

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ
ตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ

ปกรณ์ภัณ ชมเชย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2562

**Legal Problems on The Disposal of Enterprise Secured
Under The Business Security Law**

Pakornnapatt Chomchey

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2019



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมาย
ว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ

เสนอโดย นางสาวปรกรณ์ณัฏฐ์ ชมเชย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์(พิเศษ)ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์

ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ศาสตราจารย์(พิเศษ)ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ภาณี กิจพ่อคำ)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... น. สุเมธกุล คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)
วันที่ ๒๓ เดือน สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๕๖.

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ
ชื่อผู้เขียน	ปกรณณ์ภักดิ์ ชมเชย
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์
ปีการศึกษา	2562

บทคัดย่อ

การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันนั้น เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย และผู้บังคับหลักประกันก็เป็นวิชาชีพใหม่ที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งรัฐได้ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นใช้บังคับเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะในกิจการขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and Medium Enterprises : SMEs) สามารถนำเอากิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ ในลักษณะที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกันสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินต่าง ๆ ของกิจการอันเป็นหลักประกันนั้นในการประกอบธุรกิจได้ต่อไปตามปกติ โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการให้แก่สถาบันการเงินผู้รับหลักประกันแต่อย่างใด

จากการศึกษาพบว่า ภายหลังจากที่ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามคำร้องขอของสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันแล้ว ผู้บังคับหลักประกันจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเข้าครอบครองและดำเนินกิจการไปจนกว่าจะจำหน่ายกิจการอันเป็นหลักประกันให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นเพียงบทบัญญัติมาตราเดียวที่กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินราคากิจการ กำหนดเวลาขาย และวิธีการจำหน่ายว่าจะสามารถแบ่งแยกจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้หรือไม่ รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายแต่อย่างใด การที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันโดยผู้บังคับหลักประกัน เป็นเหตุให้สถาบันการเงินไม่อาจประเมินความเสี่ยงในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันได้อย่างถูกต้อง จึงเป็นข้อจำกัดที่ทำให้สถาบันการเงินไม่ยอมรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน หรือทำให้การนำกิจการเป็นหลักประกันไม่เป็นที่นิยมเท่าที่ควร ขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันของประเทศ

อังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) ของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ องค์การสหประชาชาติ (United Nations, Commission on International Trade Law : UNCITRAL) มีการกล่าวถึงประเด็นเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่มีปัญหาในการตีความเพื่อบังคับใช้อันส่งผลให้การนำกิจการไปเป็นหลักประกันเป็นที่นิยมปฏิบัติกัน

ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันของไทยให้มีความชัดเจน และเสนอให้ภาครัฐเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บังคับหลักประกันและผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถใช้และตีความกฎหมายได้อย่างสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันจะทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม สมดังเจตนารมณ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันจะมีผลทำให้สถาบันการเงินมีความมั่นใจว่าจะไม่ได้รับผลกระทบไปในทางที่จะเกิดความเสียหายจากการรับกิจการมาเป็นหลักประกัน ทำให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถเข้าถึงแหล่งสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้โดยการนำกิจการของตนไปเป็นหลักประกันการขอสินเชื่อดังกล่าว



Thesis Title	Legal Problems on the Disposal of Enterprise Secured under The Business Security Law
Author	Pakornnapatt Chomchey
Thesis Advisor	(Adjunct) Professor Paitoon Kongsomboon
Department	Law
Academic Year	2019

ABSTRACT

The taking enterprise as collateral and The process of enforcing collateral that is an enterprise by selling by Administrator is a new concept for Thailand. Administrator is a new profession that occurs under The Business Security Act 2015, which the state enacted this Act to provide opportunities for Entrepreneur, especially in small and medium enterprises (SMEs) can take the entire enterprise used as collateral for a loan from a Financial Institution or Creditor. In the manner that the entrepreneur can take possession of the collateral property in the normal course of business. Without having to hand over all possession of assets to Financial Institutions.

According to studies, it has been found that After the Administrator has a decision to enforce Enterprise secured at the request of Financial Institutions. The Administrator will be the person having the authority to take possession and operate the enterprise until selling the enterprise secured to another person. However, The Business Security Act 2015 have the only provision in Section 73 that state of the authority of Administrator in the disposal of the enterprise secured. With a broad scope of authority and responsibility of Administrator the disposal of the enterprise secured. There is no provision that sets the criteria for appraising the enterprise schedule of sales and the distribution method whether to be able to divide the assets of the business into parts or not and there is no provision to grant the Collateral Provider right to dispute the sale in any way. The lack of clear legal provisions regarding the disposal of enterprise that are secured As a result, the financial institutions may not be able to accurately assess the risk of enforcement. Therefore is a limitation that causes the financial institutions not accepting the enterprise as collateral or cause the enterprise to become collateral is not as popular. While, Law on the disposal of

Enterprise secured in United Kingdom and The Model Law on Secured Transactions 2016 of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) have these issues by clearly. They're not the problems in interpretation and enforcement law therefore the enterprise secured is popular.

Thus, the author proposed to amend the law relating to the disposal of enterprise secured of Thailand to be clear. And to propose to the government sector to enhance knowledge and understanding of the intention of the law on the sale of enterprise in the secured enforcement process, in order to ensure the compulsory collateral and those involved can use and interpret the law in accordance with the intention of the law. Which will make the collateral enforcement process by efficiency rapidly and fairness as stated by the law. Which will result in the financial institution being confident that it will not be affected in a way that will damage result from accepting the enterprise as secured. And making small and medium-sized enterprises able to access credit sources from financial institutions by applying their businesses as collateral for such loans.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลงมิได้หากไม่ได้รับความเมตตาและความอนุเคราะห์จาก ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษาแนะนำในเรื่องต่าง ๆ กับผู้วิจัย ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนทั้งในด้านข้อมูล วิชาการ การบริหารจัดการสรรเวลา รวมทั้งให้คำแนะนำแนวทางปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จอย่างสมบูรณ์ ผู้วิจัยจึงใคร่ขอกราบ ขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ที่กรุณาได้รับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ภานิณี กิจพ้อคำ และรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยอาจารย์ทุก ๆ ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่า เพื่อทำการตรวจสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความเห็นและขอเสนอแนะต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น รวมทั้งขอขอบพระคุณเจ้าพนักงาน นายทะเบียน กองทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจ การค้า กระทรวงพาณิชย์ ทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการ ทำวิจัยฉบับนี้

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา นางสาวสุนีย์ วีระเวชสุกิจ และ บุคคลในครอบครัวของผู้วิจัยที่ส่งเสริม ให้การสนับสนุนช่วยเหลือด้านการเรียนและให้กำลังใจแก่ ผู้วิจัยมาโดยตลอด จนผู้วิจัยสามารถสำเร็จการศึกษาในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ขอขอบคุณ คุณกัญญ์รัฐญาณ์ ชื่นชูจิตต์ ที่ช่วยเหลือในการพิมพ์ ตรวจสอบพิสูจน์อักษร และ คอยให้กำลังใจแก่ผู้วิจัยตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณ คุณชรรดา รุ่งเรืองผดุง และคุณอังคัรวรา สินเกษม ที่คอยช่วยเหลือในการค้นคว้าและสนับสนุนข้อมูลที่เป็นประโยชน์ ขอขอบคุณคุณคุณทศสวัสดิ์ แซ่จิว คุณสุกฤดา พิทยชิน โขติ คุณชนกนันท สีตบุตร คุณพีระพร สุวรรณรัตน์ และคุณกันติชา นิตติอักษรธรรม ที่แบ่งปันข้อมูลที่เป็นประโยชน์ ให้กำลังใจ รวมทั้งแนะนำแนวทาง ในการเตรียมตัวสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ ขอขอบคุณหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงาน บรรดาเพื่อนสนิทของผู้วิจัย รวมทั้งเพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ในสาขากฎหมายเอกชน และกฎหมาย ธุรกิจ รหัส 59 และเจ้าหน้าที่ห้องบัณฑิตศึกษาทุกท่านที่คอยช่วยเหลือให้กำลังใจ และทำให้ ทุกขั้นตอนของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปอย่างราบรื่นและสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษา และการปฏิบัติงานไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมรับไว้ แต่เพียงผู้เดียวและขอกราบขออภัยมา ณ โอกาสนี้

ปกรณ์ภัณ ชมเชย



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐาน	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
2. หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และ บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน	7
2.1 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้	7
2.2 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน	39
3. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมาย ไทยและกฎหมายต่างประเทศ	52
3.1 ประเทศไทย	53
3.2 ประเทศอังกฤษ	80
3.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) ของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)	97
4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตาม กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ	117

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การบอกกล่าวก่อนการจำหน่ายและวิธีการจำหน่ายกิจการที่เหมาะสม	118
4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประเมินราคากิจการ เพื่อกำหนดราคาขายที่เหมาะสม และกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการ	125
4.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยการจำหน่ายกิจการไป ทั้งกิจการเพื่อให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้	130
4.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการ	134
4.5 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการ	142
4.6 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย	145
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	148
5.1 บทสรุป	148
5.2 ข้อเสนอแนะ	157
บรรณานุกรม	159
ภาคผนวก	169
ก. กฎกระทรวง การไต่สวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ พ.ศ. 2560	170
ประวัติผู้เขียน	173

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันนั้น เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย และผู้บังคับหลักประกันก็เป็นวิชาชีพใหม่ที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งรัฐได้ตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นใช้บังคับเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจโดยเฉพาะในกิจการขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and Medium Enterprises : SMEs) สามารถนำกิจการของตน ซึ่งประกอบไปด้วยทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ เช่น ของในคลังสินค้า ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิการเช่า สิทธิรับชำระหนี้ ค่าสินค้าหรือบริการ ชื่อเสียงทางการค้า เป็นต้น ซึ่งมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาแปลงเป็นทุน โดยนำเอากิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ ในลักษณะที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกันสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นในการประกอบธุรกิจได้ต่อไปตามปกติ โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่สถาบันการเงินผู้รับหลักประกันแต่อย่างใด และเนื่องจากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ สถาบันการเงินจึงมีความเสี่ยงในการบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินหลักประกันภายหลังที่มีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น เพราะกระบวนการบังคับหลักประกันโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีนั้นมีความล่าช้าเนื่องจากข้อจำกัดเกี่ยวกับอัตราค่าจ้างและปริมาณงาน รวมทั้งถูกระเบียบในการปฏิบัติงานต่าง ๆ ทำให้ผู้ให้หลักประกันอาจจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นไปก่อน เป็นเหตุให้สถาบันการเงินไม่อาจบังคับยึด/อายัดทรัพย์สินหลักประกันมาขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ ดังนั้น รัฐจึงสร้างกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการขึ้นใหม่ โดยมุ่งหวังที่จะใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการสร้างความมั่นใจให้แก่สถาบันการเงินว่าเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว สถาบันการเงินจะสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม โดยการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันนั้น สถาบันการเงินไม่ต้องบังคับสิทธิผ่านกระบวนการศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดี แต่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะตกลงเลือกบุคคลภาคเอกชนที่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้บังคับหลักประกันจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เป็นผู้บังคับหลักประกัน

ซึ่งเมื่อมีคำวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว ตามมาตรา 73 ผู้บังคับหลักประกันจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการเข้าครอบครองและดำเนินกิจการไปจนกว่าจะจำหน่ายกิจการอันเป็นหลักประกันให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที รวมทั้งเป็นผู้ตรวจสอบและประเมินราคากิจการ กำหนดวิธีการจำหน่ายที่เหมาะสม และดำเนินการจำหน่ายกิจการ ตลอดจนจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันด้วย ซึ่งมาตรา 73 เป็นเพียงบทบัญญัติมาตราเดียวที่กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน โดยมีการกำหนดขอบอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการไว้แต่เพียงกว้าง ๆ เท่านั้น เพื่อให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถใช้ดุลยพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ได้ แต่ผู้บังคับหลักประกันจะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างผู้ประกอบวิชาชีพจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้น พระราชบัญญัตินี้จึงไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขาย กำหนดเวลาขาย กำหนดวิธีการจำหน่ายว่าจะสามารถแบ่งแยกจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้หรือไม่ รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิผู้ให้หลักประกันและผู้มีส่วนได้เสียในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายแต่อย่างใด

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการพิจารณารับกิจการไว้เป็นหลักประกันของสถาบันการเงิน นอกจากสถาบันการเงินจะพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ประกอบการ ความสามารถในการหารายได้จากกิจการเพื่อมาชำระหนี้ และความมั่นคงทางธุรกิจในอนาคตของกิจการที่ขอสินเชื่อแล้ว ปัจจัยในการพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ จะต้องมิบบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน และการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันที่ชัดเจนเหมาะสมเพียงพอเสียก่อน สถาบันการเงินจึงจะพิจารณารับกิจการไว้เป็นหลักประกัน¹ แต่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันที่ชัดเจนเพียงพอ มีแต่เพียงการกำหนดขอบอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 73 เท่านั้น ประกอบกับวิชาชีพผู้บังคับหลักประกันเป็นวิชาชีพใหม่ที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ ยังไม่มีสภาวิชาชีพมาทำหน้าที่กำกับดูแล และไม่มีแนวทางปฏิบัติหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บังคับหลักประกันที่ชัดเจน สถาบันการเงินจึงไม่อาจประเมินความเสี่ยงในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันได้อย่างถูกต้อง ดังจะเห็นได้จากสถิติข้อมูลการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ (นับแต่วันที่

¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3.

²สงคราม สกฤพรหมณ์, “เจาะ พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจผ่านมุมมองสถาบันการเงิน,” เอกสารประกอบการสัมมนางานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร, จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2559.

4 กรกฎาคม 2559 ถึง 3 กรกฎาคม 2561) ปรากฏว่ามีผู้มาขอจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้ว จำนวน 210,730 คำขอ มูลค่าทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน รวมทั้งสิ้น 4,849,127 ล้านบาท โดยมีมูลค่ากิจการที่นำมาเป็นหลักประกันเพียง 97 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 0.002 ของมูลค่าทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันทั้งหมด³ ทั้ง ๆ ที่กิจการนั้นประกอบไปด้วยทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจหลายรายการจึงเป็นหลักประกันที่มีมูลค่าสูงกว่าการนำทรัพย์สินหรือสิทธิเพียงบางรายการมาเป็นหลักประกัน กิจการควรจะเป็นทรัพย์สินที่เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินชอบที่จะรับไว้เป็นหลักประกันในการให้สินเชื่อ แต่จากสถิติดังกล่าวกลับพบว่า กิจการไม่ได้รับความนิยมในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเท่าที่ควร ประการต่อมา ในปี พ.ศ. 2561 ธนาคารโลกได้ทำการชี้วัดด้านความมีศักยภาพทางกฎหมายและจัดลำดับความยากง่ายในการทำธุรกิจของประเทศไทยตามดัชนีชี้วัดของธนาคารโลก ผลปรากฏว่าประเทศไทยได้ 7 คะแนน จากสูงสุด 12 คะแนน โดยกฎหมายที่ประเทศไทยต้องทำการปฏิรูปเพื่อให้ได้คะแนนที่ดีขึ้นและ ี้อีกคือการค้า การลงทุนในการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศที่ดีขึ้น ซึ่งได้แก่ การปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 เนื่องจากกฎหมายยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน หลักเกณฑ์สำคัญต่าง ๆ ภายหลังจากเข้าครอบครองทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกัน⁴ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าความไม่ชัดเจนนั้นรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันด้วย แสดงให้เห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความมั่นใจแก่สถาบันการเงินในอันที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน ทำให้ผู้ประกอบการยังมีอุปสรรคและข้อจำกัดในการเข้าถึงแหล่งสินเชื่อจากสถาบันการเงิน หรือได้รับสินเชื่อในวงเงินที่จำกัดจำนวน กระทบต่อการเจริญเติบโตและการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ

นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำหน่ายกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกันไม่ชัดเจน และไม่เหมาะสม จะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่ผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน เช่น การประเมินราคาและการกำหนดวิธีการจำหน่าย

³กองทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, “พาณิชย์เพิ่มไม่ขึ้น ต้นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นหลักประกันทางธุรกิจประเภทใหม่,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2561, จาก http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=469410191&filename=index

⁴Elaine MacDachem WORLD BANK GROUP, “International Conference on Creditors’/Debtors’ Rights and Remedies,” เอกสารประกอบการสัมมนา, จัดโดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (Office of the Public Sector Development Commission : OPDC) กรุงเทพมหานคร, 2561, ppw.11.

กิจการที่เหมาะสมนั้นจะใช้หลักเกณฑ์ใดมาเป็นตัวกำหนด เป็นต้น ทำให้การบังคับหลักประกันมีข้อขัดข้องล่าช้า และเนื่องจากวิชาชีพผู้บังคับหลักประกันเป็นเรื่องใหม่ที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังไม่มีสมาคมวิชาชีพกำหนดแนวทางปฏิบัติในการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันไว้ การดำเนินการต่าง ๆ จึงตกอยู่ภายใต้การใช้อุบายพิสดารตามอัธยาศัยของผู้บังคับหลักประกันแต่ละราย ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในกรณีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการประเภทธุรกิจเดียวกันแต่แนวทางปฏิบัติของผู้บังคับหลักประกันแตกต่างกัน อีกทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการสร้างมาตรฐานวิชาชีพในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในอนาคตด้วย

ผู้วิจัยจึงเห็นควรต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศอังกฤษที่เป็นกฎหมายแม่แบบในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของไทย และศึกษาถึงกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ องค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ได้จัดทำขึ้น เพื่อนำมาเสนอแนะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันโดยผู้บังคับหลักประกันของไทยให้มีความชัดเจน เหมาะสม เพื่อให้การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม อันจะก่อให้เกิดความมั่นใจแก่สถาบันการเงินผู้เป็นเจ้าหนี้ในพิจารณารับกิจการไว้เป็นหลักประกัน และสามารถบังคับใช้กฎหมายในส่วนของการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมดังเจตนารมณ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และกระบวนการในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และกระบวนการบังคับชำระหนี้เอจากกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ
4. เพื่อเสนอแนะ ปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจที่เกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันเป็นเรื่องใหม่ที่ปรากฏโดยผลของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 บทกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการยังมีความไม่สมบูรณ์และชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขายที่เหมาะสม รวมทั้งจะแบ่งแยกจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้หรือไม่ ปัญหาจากความไม่สมบูรณ์และชัดเจนของบทกฎหมาย ก่อให้เกิดข้อวิตกกังวลจากสถาบันการเงินผู้ซึ่งจะพิจารณารับกิจการเป็นหลักประกันอย่างมาก มีผลทำให้สถาบันการเงินไม่กล้าที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกันเท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้จึงต้องศึกษาเพื่อให้ทราบว่า กระบวนการในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันจกต้องเป็นเช่นไร เพื่อให้เกิดความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม อันจะนำไปสู่ความมั่นใจของสถาบันการเงินที่จกรับกิจการเป็นหลักประกัน ซึ่งจะสามารถลดอุปสรรคในการเข้าถึงสินเชื่อของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ได้อย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์แห่งการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นใช้บังคับ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งที่จะศึกษาถึงกระบวนการในการจำหน่ายกิจการซึ่งเป็นหลักประกันสินเชื่อที่เข้าของกิจการนำมาเป็นประกันไว้กับสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ และกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรม สัญญา ลักษณะหนี้ ลักษณะการประกันด้วยทรัพย์สิน รวมทั้งกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และกฎหมายล้มละลาย ว่ามีปัญหาคือข้อขัดข้องประการใดอันมีผลทำให้สถาบันการเงินยังไม่กล้าที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกันเท่าที่ควร ข้อขัดข้องที่มีนั้นควรจกได้รับการแก้ไขอย่างไร โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันแบบลอยตัว (Floating Charge) ซึ่งเป็นหลักประกันแม่แบบที่นำมากร่างกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย อีกทั้งศึกษาถึงกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศองค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ได้จัดทำขึ้น โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีและร่วมในการผลักดันกฎหมายแม่แบบฉบับนี้เพื่อนำมาปรับใช้กับการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการบังคับกิจการที่เป็น

หลักประกันโดยการนำกิจการออกจำหน่าย ทั้งนี้ เพื่อจะได้ นำกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ ในส่วนที่เกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันไปบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ ที่กฎหมายบัญญัติไว้

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาจะทำการค้นคว้าโดยใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยเก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากเอกสารภาษาไทย เอกสาร ภาษาต่างประเทศ การเสวนาทางวิชาการ งานวิจัย งานวิทยานิพนธ์ ตำบทยกกฎหมาย กฎกระทรวง รวมทั้งประกาศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงข้อมูลในเว็บไซต์ต่าง ๆ เพื่อนำมาเสนอแนะในการปรับปรุง แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการในการบังคับ หลักประกันที่เป็นกิจการ โดยการจำหน่ายกิจการเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่สถาบันการเงินที่เป็น เจ้าหนี้ เพื่อให้กฎหมายในส่วนนี้มีความสมบูรณ์ ถูกต้อง มีผลบังคับใช้ตรงตามเจตนารมณ์ของการ นำกิจการมาเป็นหลักประกันต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และกระบวนการในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายไทย
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการ ชำระหนี้ และกระบวนการบังคับชำระหนี้เอากิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเป็นต้นแบบของการร่างกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตาม กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ
4. ทำให้ทราบถึงข้อเสนอแนะในการปรับปรุง แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหลักประกัน ทางธุรกิจที่เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน เพื่อให้มีความเหมาะสมและสามารถ บังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพต่อไป

บทที่ 2

หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ และบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน

ในบทนี้ เพื่อให้เข้าใจถึงภาพรวมของการนำกิจการมาเป็นหลักประกันและบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ผู้วิจัยจะได้อธิบายถึงหลักการและแนวคิดในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ความหมายทรัพย์สิน และการดำเนินงานของกิจการ รวมทั้งคุณสมบัติ การแต่งตั้ง และบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน

2.1 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้

ในการพิจารณาให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน นอกจากจะพิจารณาถึงความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อแล้ว หลักประกันยังถือเป็นปัจจัยสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสถาบันการเงินต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจัดชั้นและกันสำรองตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด¹ โดยสถาบันการเงินสามารถนำราคาประเมินหลักประกันไปหักลบออกจากบัญชีของลูกหนี้ได้ก่อนการกันเงินสำรอง ทำให้จำนวนเงินที่สถาบันการเงินต้องกันสำรองมีจำนวนน้อยลง เช่น ลูกหนี้มีหนี้ค้างชำระหนี้กับธนาคารจำนวน 100 ล้านบาท โดยหนี้นั้นมีกิจการนำกิจการที่มีราคาประเมินมูลค่า 30 ล้านบาท มาเป็นหลักประกัน ดังนี้ธนาคารสามารถนำมูลค่ากิจการมาหักออกก่อนจะกันเงินสำรองได้ ในอัตราร้อยละ 60 ของราคาประเมิน² (30 ล้านบาท) เท่ากับ 18 ล้านบาท ธนาคารจึงต้องกันเงินสำรองเพียง $100 - 18 = 82$ ล้านบาท³ ในทางตรงกันข้าม หลักประกัน

¹ธนาคารแห่งประเทศไทย, ประกาศ ที่ สนส.31/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน

²ธนาคารแห่งประเทศไทย, ประกาศที่ สนส.5/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน

³อัครวรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น.20.

ยังเป็นประโยชน์แก่ผู้ขอสินเชื่อทำให้ได้รับอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าการกู้ยืมที่ไม่มีหลักประกัน และทำให้ผู้ขอสินเชื่อมีโอกาสที่จะได้รับสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ง่ายขึ้นด้วย⁴

ดังนั้น หลักประกันจึงเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นในการขอสินเชื่ออย่างมาก โดยก่อนมีการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ขึ้นใช้บังคับ กฎหมายเกี่ยวกับการประกันด้วยทรัพย์สินของไทยมีเพียงลักษณะการจำนอง จำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้จำกัดเพียงประเภทอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ เช่น เรือกำปั่น เรือระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือรถยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ หรือสังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนจำนองได้ เช่น เครื่องจักร เป็นต้น และกระบวนการบังคับหลักประกันลักษณะจำนองการบังคับจำนองมีความล่าช้า เพราะต้องใช้สิทธิผ่านทางศาลและบังคับนำทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งมีข้อจำกัดเกี่ยวกับอัตรากำล้างและปริมาณงาน รวมทั้งมีหลักเกณฑ์ กฎ ระเบียบในการปฏิบัติหน้าที่ราชการอย่างเป็นขั้นตอน ทำให้การบังคับหลักประกันเป็นไปด้วยความล่าช้า และ “ความล่าช้า นั้น คือ ความยุติธรรม” ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “Justice delayed is justice denied”

ส่วนทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ แม้ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ชนิดใดก็ได้ แต่ผู้จำนองจะต้องทำการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองนั้นให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้จึงจะสมบูรณ์เป็นการจำนองตามกฎหมาย⁵ และหากทรัพย์สินที่จำนองกลับคืนสู่ความครอบครองของผู้จำนองเป็นประกันนั้นก็สิ้นสุดลง ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ประกอบการจึงไม่อาจนำทรัพย์สินที่ต้องใช้ในกระบวนการผลิตหรือประกอบธุรกิจ อาทิเช่น สินค้าคงคลัง สิทธิการเช่า เป็นต้น ไปจำนองเป็นหลักประกันได้ แม้ว่าทรัพย์สินนั้นสินจะมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจก็ตาม โดยที่ผ่านมาสถาบันการเงินได้พยายามหาทางแก้ไขในการพิจารณาให้สินเชื่อโดยเล็งให้มีการประกันในรูปของสัญญาลักษณะพิเศษต่าง ๆ เช่น สัญญานำสินค้าคงคลังหรือสิทธิการเช่ามาเป็นหลักประกัน เป็นต้น แต่ก็เป็นการให้สินเชื่อจำกัดเฉพาะลูกค้าเพียงบางรายที่เป็นลูกค้าชั้นดีเพราะสถาบันการเงินยังไม่มี ความมั่นใจมากนักถึงผลบังคับใช้ทางกฎหมาย เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิในหลักประกันประเภทนั้นไว้โดยชัดแจ้ง ทำให้ผู้ประกอบการโดยเฉพาะในธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Small and Medium Enterprise : SMEs) ซึ่งมีอัตราส่วนในการขับเคลื่อนธุรกิจของประเทศเสียเป็นส่วนใหญ่ ไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้อย่างเต็มที่ ดังจะเห็นได้จากผลการสำรวจของธนาคารโลกพบว่า

⁴Phillip R. Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, (London : Sweet & Maxwell, 1995).

⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747.

ผู้ประกอบการในธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของไทยมีโอกาสเข้าถึงเงินทุนอยู่ในอันดับที่ 73 ของโลก ซึ่งเมื่อเทียบกับประเทศอื่นในสมาชิกประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เช่น มาเลเซียผู้ประกอบการมีความสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายที่สุด เป็นอันดับที่ 1 ของโลก สิงคโปร์อยู่ในลำดับที่ 3 เวียดนาม และกัมพูชา อันดับที่ 42 เป็นต้น⁶ โดยประเทศดังกล่าวต่างมีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเป็นเครื่องมือทางกฎหมายแก่ผู้ประกอบการในการเข้าถึงสินเชื่อ⁷

รัฐบาลไทยจึงสร้างเครื่องมือทางกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคและปัญหาการเข้าถึงสินเชื่อของผู้ประกอบการดังกล่าว และเพื่อเป็นการส่งเสริมการค้าการลงทุนอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและการแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศ โดยมีหลักการและความมุ่งหมายให้ผู้ประกอบการสามารถนำทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจหรือกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้ ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นให้แก่สถาบันการเงิน ซึ่งผู้ประกอบการยังสามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นดำเนินธุรกิจต่อไปได้ และเนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน รัฐจึงต้องสร้างความมั่นใจให้แก่สถาบันการเงินด้วยการรับรองสิทธิให้สถาบันการเงินมีสถานะเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย และเป็นเจ้าหนี้นี้มีปริสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น⁸ และสร้างกระบวนการบังคับหลักประกันทรัพย์สินให้มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม โดยในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน กฎหมายให้คู่สัญญาตกลงกันแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้บังคับหลักประกันจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ อย่างน้อย 1 คน เป็นผู้ดำเนินการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันได้ โดยสถาบันการเงินไม่จำเป็นต้องบังคับสิทธิผ่านกระบวนการทางศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีแต่อย่างใด

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันจะเป็นการเพิ่มช่องทางให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) สามารถเข้าสู่แหล่งเงินทุนในระบบได้ เนื่องจากบทบัญญัตินิยามคำว่า “กิจการตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หมายถึงทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบ

⁶ ก๊าซ จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีอนันต์การพิมพ์, 2557), น. 6-7.

⁷ ก๊าซ จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีอนันต์การพิมพ์, 2557), น. 92-93.

⁸ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 74 (3).

ทรัพย์สินให้แก่สถาบันการเงิน โดยผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อประกอบธุรกิจของตนได้ต่อไป และอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที” โดยที่ผู้ให้หลักประกันอาจนำทรัพย์สินที่ตนมีสิทธิอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใด ๆ มาใช้เป็นหลักประกันก็ได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น⁹ เช่น กิจการโรงไฟฟ้า พลังงานแสงอาทิตย์ ก็อาจนำแผงโซลาร์เซลล์ ที่ดิน อาคารโรงไฟฟ้า รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร สิทธิได้รับเงินค่าใช้ไฟฟ้า เป็นต้น ที่ใช้ในการประกอบกิจการมาเป็นหลักประกันได้ กิจการร้านอาหาร ก็อาจนำสิทธิในการเช่าที่ดินและอาคารพาณิชย์ที่ใช้ประกอบกิจการ เครื่องหมายการค้า ชื่อร้านอันเป็นชื่อเสียงทางการค้า โตะ แก้วที่ใช้ในการประกอบธุรกิจมาเป็นหลักประกันได้ เป็นต้น¹⁰

จะเห็นได้ว่า กิจการนั้นมีความหมายกว้างครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ทั้งในปัจจุบันและในอนาคตที่จะได้มาหรือใช้ในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น หากนำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้วหลักประกันย่อมครอบคลุมไปถึงสิทธิเรียกร้องต่าง ๆ สหกรณ์ทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจด้วย ทำให้เห็นได้ว่ากิจการเป็นหลักประกันที่มีมูลค่าสูงกว่าการนำทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องในการประกอบธุรกิจเฉพาะเพียงบางรายการมาเป็นประกัน ซึ่งหากสถาบันการเงินพิจารณารับกิจการไว้เป็นหลักประกันแล้ว จะเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนและได้รับวงเงินสินเชื่อเพื่อนำมาลงทุนขยายธุรกิจหรือหมุนเวียนในกิจการในจำนวนที่มากกว่าการนำทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องในการประกอบธุรกิจเฉพาะเพียงบางรายการมาเป็นหลักประกัน ดังนั้น การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน จึงเป็นเครื่องมือในการเพิ่มทั้งช่องทางและเพิ่มวงเงินสินเชื่อให้แก่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่จะสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบได้ ทำให้อันดับความยากง่ายในการทำธุรกิจในประเทศไทยตามดัชนีชี้วัด (Ease of Doing Business) ของธนาคารโลกเพิ่มมากขึ้น อันจะแสดงให้เห็นว่า

⁹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 9.

¹⁰คำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้ เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพมหานคร : ศรีอนันต์การพิมพ์, 2557), น. 28.

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีความเหมาะสมในการจัดตั้งธุรกิจ และเป็นประเทศที่น่าลงทุน ซึ่งจะส่งผลดีต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศ¹¹

การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ประเทศไทยได้นำแนวคิดและหลักการมาจากกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมสูง จึงมีการสนับสนุนการให้สินเชื่อในการพัฒนาเศรษฐกิจและการค้าทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่างมาก โดยกลไกที่สำคัญในการพิจารณาให้สินเชื่อที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือหลักประกันด้วยทรัพย์สิน ซึ่งประเทศอังกฤษมีแนวคิดและพัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันด้วยทรัพย์สินอย่างหลากหลายที่เอื้อต่อการขอสินเชื่อในการประกอบธุรกิจ เช่น หลักประกันแบบ Mortgage คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของลูกหนี้ไปเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันสามารถไถ่ถอนกรรมสิทธิ์คืน ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการโอนเป็นจำนวนมาก หลักประกันแบบ Pledge (เปรียบเทียบกับกำนำตามกฎหมายไทย) ลูกหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นมาใช้ในกิจการต่อไปได้ จากข้อจำกัดดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคต่อการให้สินเชื่อจากสถาบันการเงิน ประเทศอังกฤษจึงได้มีการพัฒนาและสร้างกลไกทางกฎหมาย เพื่อให้ผู้กู้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันในการเข้าถึงสินเชื่อได้โดยไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ (Mortgage) และไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ และยังคงสามารถใช้สอยทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นในทางธุรกิจต่อไปได้ เรียกว่า “หลักประกันแบบชาร์จ”

หลักประกันแบบชาร์จ (Charge) เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือทรัพย์สินแต่เพียงประเภท (Class of Assets) มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่มีการส่งมอบการครอบครองหรือโอนกรรมสิทธิ์ในหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่จะเป็นเพียงการสร้างภาระติดพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่านั้น¹² การประกันลักษณะนี้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการขายหรือแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) เป็นผู้ทำการบังคับหลักประกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลซึ่งมักมีค่าใช้จ่ายและขั้นตอนที่ยุ่งยากมากกว่า ทั้งนี้สามารถแบ่งหลักประกันแบบชาร์จออกเป็น 2 ประเภท ตามความแตกต่างของลักษณะแห่งสิทธิในหลักประกัน (Security Interest) คือ

¹¹กฤษฎา จินะวิจารณ์, “คลังข้อมูลกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ มีผลบังคับใช้แล้ว,” หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจออนไลน์ สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2561, จาก

<http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/705378>

¹²Royston M. Goode and Lousie Gullifer, Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4 th ed. (London : Sweet & Maxwell, 2008), p. 36.

ประเภทที่ 1 หลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fix charge) เป็นการประกันแบบระบุทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นสิ่งใด ชื่นใด และมีผลทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถูกยึดถือเอาเป็นหลักประกันทันทีที่มีการทำสัญญา เมื่อสัญญามีผลใช้บังคับแล้วลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น ไปขายหรือให้สินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยหลุดพ้นจากภาระติดพันไปยังบุคคลอื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้รับหลักประกัน หรือได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เต็มตามจำนวนแล้ว¹³ หลักประกันประเภทนี้ผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้สามัญและเจ้าหนี้บุริมสิทธิของผู้ให้หลักประกัน¹⁴ และโดยทั่วไปแล้วหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจงจะใช้กับทรัพย์สินถาวร (Fixed Asset) และไม่มีลักษณะที่ใช้หมุนเวียนในกิจการของผู้ให้หลักประกัน เช่น เครื่องจักร รถยนต์ เป็นต้น¹⁵ เพราะหากทรัพย์สินนั้นเป็นประเภทที่ใช้เป็นหมุนเวียนในกิจการ เช่น สินค้าคงคลัง หรือบัญชีลูกหนี้ในทางธุรกิจการประกัน โดยเฉพาะเจาะจงจะทำให้เกิดข้อจำกัดในการเปลี่ยนมือหรือการซื้อขายสินค้าอันเป็นอุปสรรคขัดขวางการดำเนินธุรกิจตามปกติการค้าของลูกหนี้ได้¹⁶

ต่อมาเนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจต้องการช่องทางสำหรับสร้างหลักประกันการชำระหนี้ที่มีลักษณะสำคัญ ดังนี้ (1) ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้รับมาในอนาคตมาเป็นประกันได้โดยคู่กรณีไม่ต้องมีการกระทำใด ๆ เพิ่มเติมภายหลังจากที่ผู้ให้หลักประกันได้รับทรัพย์สินมาแล้ว (2) ผู้ให้หลักประกันสามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวออกไปโดยปลอดจากสิทธิในหลักประกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน¹⁷ ซึ่งหลักประกันแบบ Fixed Charge ยังไม่สามารถตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้ จึงเป็นเหตุผลและที่มาในการพัฒนาหลักกฎหมายหลักประกันแบบลอย หรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษ

¹³Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed. (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.199.

¹⁴Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed. (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.192.

¹⁵Royston M, Goode and Louise Gullifer, Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed., pp. 142-144.

¹⁶Royston M, Goode and Louise Gullifer, Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed., p.54.

¹⁷Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2012), p.174.

ประเภทที่ 2 หลักประกันแบบลอย หรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) เป็นการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยระบุเฉพาะเพียงประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งหมายรวมถึงทรัพย์สินในประเภทเดียวกันนั้นที่จะได้มาในภายหน้าด้วย¹⁸ โดยยังไม่มีภาระระบุว่า เป็นทรัพย์สินใดโดยเฉพาะเจาะจง ส่งผลให้ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบความครอบครอง ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ และลูกหนี้ยังมีอิสระที่จะจัดการกับทรัพย์สินอันเป็น ประกันและจำหน่ายโอนทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจ โดยสิทธิของผู้รับหลักประกัน จะลอยอยู่เหนือทรัพย์สิน ผู้รับหลักประกันจะยังไม่มีอำนาจครอบครองหรือยึดทรัพย์สินนั้นไว้ แต่อย่างใด ต่อเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือที่กำหนดโดย สัญญาเกิดขึ้น เช่น ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ล้มละลาย เป็นต้น จึงทำให้อำนาจการจัดการ ทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้สิ้นสุดลง ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นก็เกิดการแปลงสภาพ (Crystallization) จากทรัพย์สินที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) กลายเป็นทรัพย์สินที่ เฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) ขึ้นมา ผู้รับหลักประกันจึงจะมีสิทธิในการครอบครองหรือยึด ทรัพย์สินนั้นเพื่อบังคับหลักประกันหรือแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อดำเนินการดังกล่าวได้ หลักประกันประเภทนี้มักใช้กับทรัพย์สินซึ่งมีลักษณะหมุนเวียนในกิจการ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง เป็นต้น มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้¹⁹

ลักษณะสำคัญของหลักประกันแบบลอย

- 1) ผู้ให้หลักประกันสามารถที่จะนำทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้รับมา ในอนาคตเป็นหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำใด ๆ เพิ่มเติมในอนาคต
- 2) คู่สัญญาสามารถที่จะสร้างสิทธิในหลักประกันให้ครอบคลุมไปถึงกลุ่มหรือประเภทของ ทรัพย์สินที่มีลักษณะหมุนเวียนได้²⁰
- 3) การก่อหลักประกันแบบลอยหรือไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) จะต้องมีการ จดทะเบียนเพื่อให้สาธารณชนสามารถตรวจสอบได้

¹⁸R.M.Goode, *Legal Problems of credit and Security.*, 1988, p. 15 อ้างถึงในพิรพร เรื่องรองปัญญา. ,”ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... : ศึกษาเฉพาะ กรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย.”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น. 26.

¹⁹Royston M. Goode and Louise Gullifer, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed., p. 124.

²⁰Royston M. Goode and Louise Gullifer, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed., p. 8.

4) ผู้ให้หลักประกันยังมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยสามารถใช้สอยหรือจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของตน โดยปลอดจากสิทธิในหลักประกัน ทั้งนี้ อำนาจในการจำหน่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวจะหมดไปเมื่อมีเหตุการณ์อันเป็นผลให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้นทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถดำเนินการบังคับหลักประกันได้²¹

5) เมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน ก็จะทำให้หลักประกันแบบลอยหรือไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) กลายเป็นการให้หลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge)

6) การบังคับหลักประกันแบบลอยหรือไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) นั้นสามารถทำได้โดยการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ครอบครองและจัดการหลักประกัน รวมทั้งนำกิจการออกขาย เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้²²

แต่เนื่องจากการให้หลักประกันแบบลอย หรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) เจ้าหนี้มิได้ครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันยังสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอนได้ในทางการค้าปกติ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงยังไม่มี ความมั่นใจนัก ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่เจ้าหนี้มักนิยมใช้หลักประกันแบบลอย หรือไม่เฉพาะจง (Floating Charge) ควบคู่ไปกับหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) หรือควบคู่กับการจำนอง ซึ่งสามารถทำขึ้นในฉบับเดียวกันได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจมากขึ้น²³

นอกจากนี้ แนวคิดเกี่ยวกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้แบบลอยหรือแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) ยังเกิดขึ้นเนื่องจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท (Company Act 1862) ได้กำหนดหลักความรับผิดชอบจำกัดของบริษัท โดยให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบแต่เพียงเท่ามูลค่าหุ้น ส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่สามารถเรียกให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้ในส่วนที่เกินกว่ามูลค่าหุ้นได้ ดังนั้น ศาลจึงเข้ามาสร้างกระบวนการเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้และวิธีหนึ่งที่นิยมใช้ใน ช่วงกลางคริสต์ทศวรรษที่ 1860 คือ หากบริษัทออกหุ้นกู้แล้ว บริษัทก็จะใช้ทรัพย์สินในกิจการทั้งหมดมาประกัน

²¹Royston M. Goode and Louise Gullifer, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th ed., p. 125.

²²Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, *The law of Security and Title-Based Financing*, 2nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2012), p. 176.

²³พิรพร เรื่องรองปัญหา, “ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), น. 30.

การชำระหนี้ในหุ้นกู้ เพราะการนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบลอยหรือไม่ เฉพาะเจาะจง จะมีประโยชน์ ดังนี้²⁴

(1) ทำให้ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการใหม่ ซึ่งอาจเป็นกิจการขนาดกลาง และขนาดเล็ก (SMEs) สามารถนำทรัพย์สินที่มีทั้งหมดในกิจการ รวมทั้งสินทรัพย์หมุนเวียนใน กิจการมาเป็นประกันในการขอสินเชื่อได้ โดยที่ยังสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นในกิจการของตน ต่อไปได้ ทำให้มีโอกาสเข้าถึงแหล่งสินเชื่อและได้รับสินเชื่อในจำนวนที่ต้องการได้มากขึ้น หลักประกันแบบลอยจึงเหมาะสำหรับการสนับสนุนทางการเงินให้แก่กิจการโครงการใหม่ ๆ เพราะโดยปกติเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะจ่ายเงินเป็นส่วนใหญ่ของโครงการ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงควรมีภูมิสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งโครงการหรือทั้งกิจการ

(2) เนื่องจากวิธีการบังคับหลักประกันแบบลอยนั้น เจ้าหนี้สามารถบังคับหลักประกัน ได้โดยการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) เข้าทำการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดและ จัดการเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปจนกว่าจะทำการจำหน่ายกิจการ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ กระบวนการทางศาล เจ้าหนี้จึงมีความรู้สึกมั่นใจมากขึ้น และเจ้าหนี้มีแนวโน้มจะให้ ความสนับสนุนสินเชื่อแก่ลูกหนี้ในระยะยาวมากกว่า

ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจึงมีการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) แก่เจ้าหนี้ และให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) มาจัดการกิจการ และจำหน่ายกิจการเองได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยที่ไม่ต้องหยุดหรือเลิกดำเนินกิจการ และสามารถขายทรัพย์สินไปได้ทั้งกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ซึ่งวิธีการ ดังกล่าวเอื้อแก่ผู้ประกอบการในการขอสินเชื่อกับธนาคาร และกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศอังกฤษ ในภาพรวมได้ ทั้งยังเป็นวิธีการที่ช่วยลดผลกระทบทางด้านเศรษฐกิจจากการบังคับหลักประกันที่เป็น กิจการภายหลังเมื่อลูกหนี้ผิดนัด โดยลูกหนี้ไม่ต้องหยุดหรือเลิกกิจการได้ด้วย²⁵

นอกจากนี้ในระดับระหว่างประเทศ องค์การสหประชาชาติ (United Nations) ก็ได้เห็น ถึงความสำคัญของหลักการและแนวคิดในการนำกิจการหรือทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการมาเป็น หลักประกันการชำระหนี้ว่าจะสามารถกระตุ้นการเติบโตทางเศรษฐกิจและส่งเสริมกิจกรรมการค้า

²⁴นิลบล เลิศนุวัฒน์, “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ในระบบกฎหมายของ ไทย,” น.4-5. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://lnilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>

²⁵วรินทรา ซาครพิพัฒน์, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ศึกษาเฉพาะ กรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 45.

การลงทุนระหว่างประเทศได้ จึงมีการพัฒนาแนวทางและร่างกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับหลักประกันขึ้น เรียกว่า กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) จัดทำ โดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) โดยมีหลักการและแนวคิดที่ว่าทรัพย์สินทุกประเภทสามารถนำมาเป็นประกันได้ ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง รวมทั้งทรัพย์สินในปัจจุบันและในอนาคตก็สามารถนำมาเป็นประกันได้²⁶ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบความครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน นอกจากนี้ผู้ให้หลักประกันยังไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นในขณะทำสัญญาหลักประกันก็ได้²⁷ ในกรณีการนำทรัพย์สินทั้งหมดของบุคคลมาเป็นหลักประกันก็คือการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั่นเอง

ส่วนหลักการและแนวคิดในการบังคับสิทธิในหลักประกันตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถใช้สิทธิบังคับหลักประกันหรือแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันทำหน้าที่ดังกล่าวได้โดยไม่ต้องใช้สิทธิผ่านกระบวนการทางศาล อันจะทำให้การบังคับหลักประกันทำได้โดยรวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่าการดำเนินคดีทางศาล

2.1.1 ความหมายของกิจการ ทรัพย์สินของกิจการ และการดำเนินงานเกี่ยวกับกิจการ

(1) ความหมายของกิจการ

ในความหมายทั่วไป คำว่า “กิจการ” หมายถึง การงานที่ประกอบ ชุระ²⁸ ธุรกิจ กิจการค้า ธุรกิจการค้า²⁹ ไม่ว่าจะเป็นขนาดใหญ่ ขนาดกลาง หรือขนาดเล็กก็ตาม

ทั้งนี้ ปัจจัยในการดำเนินธุรกิจที่ถือเป็นหัวใจสำคัญในการขับเคลื่อนกิจการ คือ เงินทุน ซึ่งนอกจากจะมาจากเงินและทรัพย์สินของผู้เป็นเจ้าของที่นำมาร่วมกันเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจ

²⁶United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Commission on International Trade Law : Legislative Guide on Secure Transactions (New York : United Nations Publication, 2010), p. 61.

²⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017) , p. 31.

²⁸พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2561, จาก <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>

²⁹พจนานุกรมแปล ไทย-อังกฤษ NECTEC's Lexitron Dictionary, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2561, จาก <https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-en-lexitron/%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3>

แล้ว อาจมีการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินหรือทรัพย์สินจากบุคคลภายนอก เรียกว่า หนี้ ดังนั้น
สินทรัพย์ในกิจการจึงประกอบด้วยทุนของเจ้าของกิจการหรือสมาชิกขององค์กรธุรกิจและหนี้ด้วย

ในความหมายเฉพาะของคำว่า “กิจการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกัน
ทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หมายความว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิ
ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้
ซึ่งผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่น
ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ทันที

จากความหมายเฉพาะของกิจการดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กิจการหมายถึงเฉพาะแต่เพียง
ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงหนี้หรือ
ภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจแต่อย่างใด และเมื่อมีการบังคับหลักประกันแล้ว
ผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะ
ที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที ดังนั้น กิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน
น่าจะต้องเป็นกิจการที่ก่อสร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว และพร้อมที่จะดำเนินกิจการได้ และจะต้องบังคับ
โอนกิจการทั้งหมด เพราะจะต้องมีการดำเนินการในลักษณะที่ให้ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจ
ต่อไปได้ทันที การนำบางแผนกหรือบางส่วนของกิจการ หรือการนำอัตราส่วนของกิจการ เช่น
ร้อยละ 30 ของกิจการหนึ่ง ๆ มาเป็นหลักประกันย่อมไม่สามารถทำได้³⁰

ประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ในกิจการจะประกอบไปด้วยทรัพย์สินและสิทธิ
หลายรายการที่อาจแยกออกเป็นส่วน ๆ ได้ แต่เนื่องจากบทบัญญัตินิยามความหมายของคำว่า
กิจการ ทำให้ทรัพย์สินนั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์ที่แบ่งแยกไม่ได้โดยผลของกฎหมาย จึงจำต้องบังคับ
หลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ ซึ่งมีข้อน่าสังเกตว่าในกรณี
ที่ผู้ให้หลักประกันมีจำนวนหนึ่งค้ำน้อยกว่ามูลค่ากิจการอย่างมีนัยยะสำคัญ การบังคับจำหน่าย
กิจการทั้งกิจการเช่นนี้จะขัดต่อหลักการรับรองคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตาม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หรือไม่ประการใด นอกจากนี้ เมื่อมีการจำหน่าย
กิจการให้แก่ผู้ซื้อแล้ว บทบัญญัตินิยามความหมายของคำว่ากิจการ ทำให้เห็นได้ว่าการโอนกิจการ
โดยผลของกฎหมายไปยังผู้ซื้อจะมีผลเพียงเฉพาะการโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิที่มีในกิจการเท่านั้น
ไม่รวมถึงภาระหนี้และหน้าที่ที่ผู้ประกอบการเดิมมีอยู่ในกิจการด้วย ซึ่งผู้ซื้ออาจใช้สิทธิที่จะปฏิเสธ
ภาระหน้าที่ต่าง ๆ ที่ผูกพันอยู่ในกิจการได้ อันอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่เจ้าหนี้ในทางการค้า รวมทั้ง

³⁰คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนา
กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ครั้งที่ 5/2557,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2561, จาก
http://www.Irct.go.th/th/?wpfb_dl=982

ลูกจ้างที่อาจได้รับผลกระทบจากการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายได้ อีกทั้ง ปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “กิจการ” นี้จะนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติของผู้บังคับหลักประกันในการประเมินเพื่อกำหนดราคาจำหน่ายกิจการในขั้นตอนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการว่าผู้บังคับหลักประกันจะต้องประเมินมูลค่าของกิจการเฉพาะเพียงมูลค่าทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ตามบทนิยามในมาตรา 3 นี้ หรือประเมินตามราคาตามมูลค่าที่แท้จริงของกิจการซึ่งมีการนำหนี้สินมาประเมินด้วยในประเด็นนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

จากการศึกษาพบว่าการนำทรัพย์สินในกิจการทั้งหมดไปเป็นหลักประกันการขอสินเชื่อของประเทศอังกฤษ มักพบได้ในกรณีที่บริษัทผู้ให้หลักประกันต้องการขอสินเชื่อเพื่อนำเงินไปลงทุนหรือใช้ในโครงการตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท มักเป็นโครงการขนาดใหญ่ เรียกว่า “การให้สินเชื่อโครงการ” ซึ่งกฎหมายไม่มีบทนิยามให้ความหมายไว้โดยเฉพาะ แต่มีความเห็นของนักวิชาการ ดังนี้

Phillip R Wood³¹ ให้ความเห็นว่า การให้สินเชื่อโครงการ หมายถึง การที่ธนาคารได้จัดให้มีสินเชื่อแก่โครงการเดี่ยวและรับความเสี่ยงส่วนใหญ่ในความสำเร็จและความผิดพลาดของโครงการ เช่น กิจการน้ำมัน ก๊าซ เคเบิล สำหรับโครงการใหญ่อาจจะมีมูลค่าหลายพันล้าน

Graham D Vinter³² ให้ความเห็นว่า การให้สินเชื่อโครงการ หมายถึง การให้สินเชื่อแก่การพัฒนาหรือใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ซึ่งธนาคารจะได้รับชำระหนี้คืนจากรายได้ที่มาจากกิจการ

อริค อัสวานันท์ ให้ความเห็นว่า การให้สินเชื่อโครงการ หมายถึง การให้สินเชื่อแก่โครงการหรือกิจการซึ่งเจ้าหนี้มุ่งหวังว่าโครงการหรือกิจการนั้นจะก่อรายได้เพียงพอที่จะชำระหนี้ทั้งหมดได้ และเจ้าหนี้จะให้สินเชื่อแก่โครงการหรือกิจการนั้น โดยนำเอาโครงการหรือกิจการนั้นเองมาเป็นหลักประกันเงินกู้

จากความหมายข้างต้นสรุปได้ว่า การนำกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกัน หมายถึง การให้สินเชื่อแก่โครงการโดยใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการ รวมทั้งทรัพย์สินที่จะได้มาจากการประกอบกิจการมาเป็นหลักประกัน โดยที่ธนาคารจะรับเอาความเสี่ยงในความสำเร็จหรือความผิดพลาดของกิจการ เนื่องจากการชำระหนี้ของการให้สินเชื่อมาจากรายได้ของกิจการ

³¹Phillips R Wood, Project finance Subordinated Debt and State Loans, (London : Sweet&Maxwell, 1995), p. 3.

³²Graham D Vinter, Project Finance, p. xxxi.

เมื่อกิจการสำเร็จ³³ ตัวอย่างเช่น ความเสี่ยงในการประกอบกิจการ เช่น การผิดสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกิจการ ความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงราคา ค่าเงิน อัตราดอกเบี้ย การล้มละลาย การบังคับสิทธิในหลักประกันภายหลังลูกหนี้ผิดนัด เป็นต้น ดังนั้น การสร้างความมั่นใจให้แก่ธนาคารในการลดความเสี่ยงต่าง ๆ จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เอื้อต่อการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการได้ เพราะธนาคารจะพิจารณาให้สินเชื่อเฉพาะกิจการที่มีความเสี่ยงที่แน่นอนและความเสี่ยงซึ่งสามารถประมาณการได้³⁴

(2) ทรัพย์สินของกิจการ

ในการประกอบธุรกิจหรือกิจการหนึ่ง ๆ จะประกอบไปด้วยทรัพย์สินทั้งที่เป็น อสังหาริมทรัพย์ สหหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ สหหาริมทรัพย์ รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ที่ไม่มีรูปร่าง แต่มีราคาและถือเอาได้³⁵ หลายรายการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประเภทและลักษณะของกิจการนั้น ๆ เช่น เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิต รถยนต์ รถบรรทุก วัตถุดิบในการผลิต ของในคลังสินค้า อุปกรณ์สำนักงานฯ ที่ใช้ประกอบในกิจการ สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ เช่น สิทธิเงินฝากในบัญชีธนาคาร สิทธิเรียกร้องตามบัญชีลูกหนี้การค้า สิทธิการเช่า เป็นต้น รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่าง ๆ เช่น เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร เป็นต้น ตลอดจนความน่าเชื่อถือและชื่อเสียงในทางการค้า ค่าความนิยม (Goodwill) อีกด้วย นอกจากนี้แล้วทรัพย์สินที่อาจได้มาในอนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใด ๆ ในกิจการก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินในอนาคตจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกัน ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น³⁶ จะเห็นได้ว่า หากนำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว หลักประกันย่อมครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะได้มาในอนาคตด้วย อันจะหมายรวมครอบคลุมถึงทรัพย์สินอื่น ๆ ที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 อันได้แก่ สิทธิเรียกร้อง สหหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง และทรัพย์สินทางปัญญาที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจด้วย³⁷ กิจการ

³³วรินทรา ชาครพิพัฒน์, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น. 10.

³⁴Graham D Vinter, *Project Finance*, pp. 4-5.

³⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138.

³⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 9.

³⁷พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8.

จึงเป็นหลักประกันที่มีความหมายกว้างและมีมูลค่าสูงกว่าการนำทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องในการประกอบธุรกิจเฉพาะเพียงบางรายการมาเป็นหลักประกัน

ส่วนประเทศอังกฤษ หลักการและแนวคิดในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะครอบคลุมเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการ ไม่ว่าจะเป็ทรัพย์สินมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง ทรัพย์สินที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาหลักประกันหรือที่จะได้มาในอนาคตก็ตาม โดยแบ่งทรัพย์สินของกิจการได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 ทรัพย์สินที่มาจาก การเข้าหุ้น หรือมูลค่าหุ้นที่บริษัทนำออกขาย หรือเงินกู้ยืม เพื่อนำมาใช้เป็นทุนของบริษัทในการประกอบกิจการ

ส่วนที่ 2 ทรัพย์สินที่มี ใ้ หรือได้มาในการประกอบกิจการตามวัตถุประสงค์ของ บริษัท รวมถึงดอกผลและทรัพย์สินที่ได้มาแทนที่ด้วย (Proceeds) เช่น ที่ดินที่ตั้งกิจการ โรงงาน อุปกรณ์สำนักงาน สินค้าคงคลัง ผลผลิตของกิจการ บัญชีรายได้ของกิจการ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร รวมทั้งสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่อบุคคลที่ 3 เช่น สัญญาการก่อสร้าง สัญญาขายส่งวัตถุดิบ สัญญาขายสินค้า สัญญาประกันภัย สัญญาสัมปทาน เป็นต้น³⁸

(3) การดำเนินงานของกิจการ

ในการดำเนินธุรกิจหรือกิจการ ผู้ประกอบการสามารถเลือกรูปแบบการดำเนินงานของตนได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับความเหมาะสมกับสภาพกิจการนั้น ๆ อาจจะกระทำโดยบุคคลคนเดียว หรือหากมีหุ้นส่วนร่วมกันหลายคน มักจัดตั้งในรูปแบบของนิติบุคคล โดยสามารถแบ่งรูปแบบการดำเนินงานออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

(ก) กิจการที่ดำเนินงานโดยบุคคลธรรมดา

กิจการเจ้าของคนเดียว (Sold Proprietorship) คือ กิจการที่มีบุคคลคนเดียวเป็นเจ้าของหรือลงทุนคนเดียว ควบคุมดำเนินการเองทั้งหมด เมื่อกิจการประสบผลสำเร็จมีผลกำไรก็จะได้รับผลประโยชน์เพียงคนเดียว แต่หากขาดทุนก็ต้องรับผิดชอบเพียงคนเดียว การดำเนินงานไม่สลับซับซ้อน มีความคล่องตัวสูงในการตัดสินใจดำเนินงาน รักษาความลับของกิจการได้ดี

ห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีได้จดทะเบียน คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงนำหุ้นมาลงทุน ไม่ว่าจะเป็เงินหรือทรัพย์สินสิ่งอื่นหรือลงแรงงานก็ได้ โดยกระทำกิจการร่วมกันด้วย ประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงจะได้แต่กิจการที่ทำนั้น บุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนมีสิทธิที่จะจัดการกับห้างหุ้นส่วนได้และต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้สินของห้างทั้งหมดโดยไม่จำกัดจำนวน

³⁸Phillips R Wood, Project finance Subordinated Debt and State Loans, (London :

ห้างหุ้นส่วนประเภทนี้ไม่ได้จดทะเบียนจึงไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนกับห้างหุ้นส่วนจะไม่แยกจากกันเป็นคนละบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างประเภทนี้จะอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจกันอย่างมากในการดำเนินธุรกิจ เพราะการใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น³⁹ ในลักษณะเป็นตัวแทน⁴⁰

ในการดำเนินกิจการ โดยบุคคลธรรมดา มีข้อบังคับทางกฎหมายไม่มากนัก เช่น เป็นบุคคลที่มีความสามารถสมบูรณ์ตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เป็นผู้เยาว์ ไม่เป็นบุคคลวิกลจริต หรือบุคคลไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือบุคคลล้มละลาย เป็นต้น และการเลิกกิจการทำได้ง่าย ไม่ต้องชำระบัญชีแต่อย่างใด แต่มีความเสี่ยงคือ ถ้าเจ้าของหรือผู้เป็นหุ้นส่วนเสียชีวิตกิจการอาจหยุดชะงักหรือเลิกกิจการ และความรับผิดชอบในหนี้สินทั้งหมดไม่จำกัดจำนวน เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินของเจ้าของได้ ถ้าทรัพย์สินของกิจการไม่เพียงพอชำระหนี้ แต่การบังคับชำระหนี้ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของการบังคับคดี กล่าวคือ ห้ามยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าเท่าที่เพียงพอต่อการชำระหนี้ และห้ามยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี เช่น เครื่องใช้สอยส่วนตัว ราคาไม่เกิน 20,000 บาท เครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นไม่เกิน 100,000 บาท เงินเดือนของข้าราชการ เงินเดือนพนักงานเอกชนจำนวนไม่เกิน 20,000 บาท เป็นต้น⁴¹

(ข) กิจการที่ดำเนินงานโดยนิติบุคคล

กรณีที่บุคคลธรรมดาตั้งแต่สองคนเข้าร่วมทุนกันและมีความประสงค์ร่วมกันที่จะก่อตั้งนิติบุคคลขึ้นมาโดยมีกรอบวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการตามที่ตกลงกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงจะได้แต่กิจการที่ทำนั้น และให้มีสิทธิและหน้าที่ในนามของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทในรูปแบบที่เป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากเจ้าของทุน⁴² ซึ่งรูปแบบการจัดตั้งนิติบุคคลจะต้องทำการจดทะเบียนก่อตั้ง ณ สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท⁴³

การดำเนินกิจการของนิติบุคคลจะมีความซับซ้อนมากกว่ากิจการที่ดำเนินโดยบุคคลธรรมดา เนื่องจากนิติบุคคลไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ด้วยตนเองได้ ความประสงค์ของนิติบุคคล

³⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050.

⁴⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1042.

⁴¹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301 และมาตรา 302.

⁴²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66, มาตรา 67.

⁴³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1016.

ยอมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคลนั้น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย ขอบังคับหรือตราสารจัดตั้ง ได้กำหนดไว้⁴⁴ จึงทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ผู้ถือหุ้น กรรมการ ผู้เป็นหุ้นส่วน เป็นต้น ในปัจจุบันกิจการที่ดำเนินการโดยนิติบุคคลจะมีรูปแบบสำคัญพบเห็นได้บ่อยครั้ง ในประเทศไทย ดังนี้⁴⁵

ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน (Partnership) คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงร่วมทุนกัน ซึ่งจะลงทุนเป็นเงินสด สินทรัพย์อื่นหรือแรงงานก็ได้ ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด ต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจอย่างไม่จำกัดจำนวน

ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership) คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงร่วมทุนกัน ซึ่งจะลงทุนเป็นเงินสด สินทรัพย์อื่นหรือแรงงานก็ได้ โดยมีผู้เป็นหุ้นส่วน 2 จำพวก ได้แก่ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด ต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดเพียงจำนวนเงินที่ตนรับว่าจะลงทุนในห้างหุ้นส่วนเท่านั้น กับหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน โดยหุ้นส่วนจำพวกนี้เท่านั้นที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการได้

บริษัทจำกัด (Limited Company) คือ กิจการบริษัทที่มีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป จัดตั้งด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้น แต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน แต่ไม่ต่ำกว่าหุ้นละ 5 บาท และต้องชำระเงินค่าหุ้นครั้งแรกไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของมูลค่าหุ้น โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ โดยกรรมการคนเดียวหรือหลายคนมีอำนาจกระทำการแทนในนามของบริษัทเพื่อผูกพันบริษัทได้

บริษัทมหาชนจำกัด (Public Limited Company) คือ บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลเพื่อที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ และได้ระบุมูลค่าที่แท้จริงไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ซึ่งตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดลักษณะโครงสร้างของบริษัทมหาชนจำกัดโดยกำหนดให้มีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 15 คนขึ้นไป ซึ่งหุ้นแต่ละหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากันและต้องชำระค่าหุ้นครั้งเดียวเต็มมูลค่าหุ้น และต้องมีจำนวนกรรมการของบริษัทไม่น้อยกว่า 5 คน และกรรมการไม่น้อยกว่า

⁴⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70.

⁴⁵สทธรณ รัตนไพจิตร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 19 - 28.

กึ่งหนึ่งต้องมีที่อยู่เป็นหลักแหล่งในประเทศไทย โดยกรรมการของบริษัทที่มีอำนาจกระทำการแทน
ในนามของบริษัทเพื่อผูกพันบริษัทได้

ส่วนกิจการที่ได้รับอนุญาตให้นำมาเป็นหลักประกันแบบลอยได้ตามกฎหมายของ
ประเทศอังกฤษ จะต้องเป็นกิจการที่กระทำโดยนิติบุคคลเป็นเจ้าของกิจการเท่านั้น กิจการของ
บุคคลธรรมดาจึงไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันแบบลอยได้ ทั้งนี้ นิติบุคคลจะจัดตั้งขึ้นตาม
กฎหมายบริษัท (Company Act 2006) ต้องมีการจดทะเบียนจัดตั้ง และดำเนินกิจการภายใต้กรอบ
วัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้งนิติบุคคลนั้น ๆ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการนั้นต้องไม่เป็นการ
อันต้องห้ามด้วยกฎหมาย⁴⁶ และการดำเนินงานในกิจการของบริษัท จะกระทำโดยบุคคลธรรมดาที่
เป็นกรรมการของบริษัท โดยกรรมการถือเป็นผู้แทนบริษัทในการทำธุรกรรมต่าง ๆ กับบุคคลอื่น
ภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของบริษัท เช่น การซื้อขายสินค้า วัตถุดิบ เครื่องจักร การจ้างแรงงาน
 เป็นต้น กรรมการบริษัทจะต้องดำเนินกิจการของบริษัทด้วยความสุจริต โดยบริษัทสามารถจำกัด
อำนาจของกรรมการได้แต่ต้องแสดงให้เห็นเอกสารทางทะเบียน ทั้งนี้ สมาชิกหรือผู้ถือหุ้น
ของบริษัท จะเป็นผู้ลงมติแต่งตั้งบุคคลที่จะมาเป็นกรรมการของบริษัท และเป็นผู้ควบคุมและ
ตรวจสอบการกระทำของกรรมการบริษัทด้วย⁴⁷

2.1.2 การนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับสถาบันการเงิน

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่ง คือ
เพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบการ โดยเฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ในการ
เข้าถึงสินเชื่อในระบบได้โดยการนำกิจการซึ่งประกอบไปด้วยทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมา
ใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็น
หลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน

ส่วนในประเทศอังกฤษหลักประกันแบบลอยหรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง
(Floating Charge) นิยมใช้ในกรณีที่บริษัทต้องการขอสินเชื่อเพื่อใช้ในกิจการหรือโครงการ
ขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินทุนจำนวนมาก จึงนำทรัพย์สินในกิจการทั้งกิจการมาเป็นหลักประกันการ
ชำระหนี้กับธนาคาร โดยกิจการหรือโครงการ (Project) ขนาดใหญ่ แบ่งได้เป็น 4 ลักษณะ⁴⁸ ดังนี้

1. เป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ถนน รางรถไฟ เป็นต้น
2. เป็นอุตสาหกรรมที่มีความซับซ้อน เช่น อุตสาหกรรมเคมี โรงงานกระดาษ
โรงงานหลอมอลูมิเนียม เป็นต้น

⁴⁶Company Act 2006 Part 2 - Company formation Article 7.

⁴⁷Company Act 2006 Article 40.

⁴⁸Michel Rowe, *Trade and Project Finance in Emerging Market*, p. 111.

3. กิจกรรมประเภทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม เช่น การกำจัดขยะ เป็นต้น
4. กิจกรรมที่รวมถึงโรงไฟฟ้า

รูปแบบการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน จะแตกต่างกันไปตามลักษณะและประเภทของกิจการ ไม่มีรูปแบบแน่นอน แต่มีรูปแบบพื้นฐาน ดังนี้⁴⁹

1. กลุ่มผู้สนับสนุนกิจการ (Project Sponsor) ได้รับสัมปทานในโครงการหรือกิจการขนาดใหญ่จากรัฐบาล จึงได้มีการเข้าหุ้นร่วมทุนกันตั้งบริษัทขึ้นมา และบริษัทจะทำหน้าที่กู้ยืมเงินจากธนาคาร โดยนำกิจการไปเป็นหลักประกัน นอกจากนี้ธนาคารจะเรียกให้ผู้สนับสนุนกิจการทำการค้ำประกันหนี้เงินกู้ของบริษัทด้วย

2. ธนาคารจะศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการและข้อมูลโครงการ รวมทั้งสัญญาหลักทางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้อง เช่น สัญญาก่อสร้าง สัญญาสนับสนุนเครื่องมือในการผลิต สัญญาซื้อผลิตภัณฑ์ สัญญาประกันความเสียหายในการดำเนินกิจการหรือความเสียหายจากการกระทำของบุคคลที่ 3 เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อธนาคารรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน ธนาคารจะรับเอาความเสี่ยงในความสำเร็จหรือความผิดพลาดของกิจการไว้ด้วย เนื่องจากการชำระหนี้ของการให้สินเชื่อนี้จะมาจากรายได้ของกิจการ มุมมองที่สำคัญของธนาคารในการพิจารณาให้สินเชื่อโดยรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน คือ⁵⁰ จะต้องมีการอนุญาตให้เอาประกันเหนือทรัพย์สินเกือบทุกชนิดทุกประเภท รวมทั้งทรัพย์สินในอนาคต นอกจากนี้ ธนาคารที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันต้องมีอำนาจจัดการทรัพย์สิน (ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองทรัพย์สินโดยตัวของเขาเองหรือโดยการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ไปด้วย โดยกระบวนการนำกิจการมาเป็นหลักประกันและการบังคับหลักประกันจะต้องมีการชำระค่าธรรมเนียมและค่าภาษีที่ต่ำ

ส่วนแนวความคิดในเรื่องการนำทรัพย์สินทั้งหมดหรือกิจการมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) นิยมในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคล โดยเฉพาะธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Small & Medium Enterprises : SMEs) ซึ่งต้องการได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากผู้รับหลักประกันเพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินธุรกิจของนิติบุคคลนั้น ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน จึงได้เสนอว่าการนำสินทรัพย์ทั้งหมดหรือการนำกิจการมาเป็นหลักประกันโดยระบุในเอกสารฉบับเดียวย่อมสามารถกระทำได้⁵¹ ข้อดี คือ การใช้ทรัพย์สินทั้งหมด

⁴⁹Phillip R.Wood. Project finance Subordinated Debt and State Loans, pp. 3 - 5.

⁵⁰Graham D Vinter, Project Finance, pp. 86 - 87.

⁵¹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 81.

ในกิจการมาเป็นประกันมีมูลค่าสูงได้รับความน่าเชื่อถือมากขึ้นและมีค่าใช้จ่ายน้อยลง⁵² อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน อาจมีข้อเสียบางประการ คือ เจ้าหนี้มีประกันมักจะหรือกลายมาเป็นผู้ให้สินเชื่อหลักหรือแต่เพียงผู้เดียวแก่นิติบุคคลผู้ให้หลักประกัน และสถาบันการเงินผู้รับหลักประกันมีความเสี่ยงในที่อาจประสบความล้มเหลวในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของผู้ให้หลักประกันอย่างเพียงพอ นอกจากนี้ข้อเสียในทางปฏิบัติอีกประการหนึ่ง คือ ในกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันมีมูลค่าของสินทรัพย์เกินกว่าหนี้ที่มีประกันอย่างมีนัยยะสำคัญ ในขณะที่ในหลักประกันไม่อาจบังคับหลักประกันไปได้มากกว่าหนี้บวกด้วยดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย (บางกรณีความเสียหายจากการผิดนัด) ทำให้หลักประกันที่มากเกินไปอาจก่อให้เกิดปัญหาความยากลำบากในการบังคับหลักประกัน นอกจากนี้เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจถูกขัดขวาง หรืออย่างน้อยก็ทำให้บังคับลำบากมากยิ่งขึ้นในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินซึ่งติดภาระหลักประกัน ทั้งนี้ ศาลได้พัฒนาแนวทางการแก้ปัญหาไว้อย่างหลากหลาย การแก้ปัญหาประการแรก คือการพิพากษาให้สินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันในขนาดที่มากเกินไปจากหนี้ที่มีประกันบวกด้วยดอกเบี้ย ค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายตกเป็นโมฆะ อีกวิธีหนึ่งคือ การให้สิทธิแก่เจ้าหนี้หลักประกันเพื่อให้ปลดหลักประกันที่มากเกินไป และวิธีที่สาม คือ กำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันเจรจาต่อรองกับผู้ให้หลักประกันอย่างสุจริต ตามคำขอของผู้ให้หลักประกันเพื่อปลดหลักประกันที่มากเกินไป ซึ่งในทางปฏิบัติวิธีการนี้ใช้ได้ผลจริง หากส่วนต่างทางธุรกิจเพียงพอต่อเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายนักในทุกคดี ในขณะที่ปัญหาหลักทรัพย์ค้ำประกันที่มากเกินไปถือเป็นสิ่งที่น่ากังวลอย่างแท้จริง การตอบสนองที่เหมาะสมต่อความกังวลนี้มีแนวโน้มที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ ดังนั้น ข้อเสนอแนะตามแนวทางร่างกฎหมายธุรกรรมที่มีหลักประกันจึงไม่ได้แนะนำว่า ควรให้ศาลมีอำนาจในการแสดงความเป็นโมฆะหรือลดขอบเขตแห่งสิทธิในหลักประกันโดยวิธีออกคำสั่งศาลในหลักทรัพย์ค้ำประกันที่มากเกินไป⁵³ โดยให้เป็นไปตามแนวนโยบายสาธารณะของรัฐนั้น ๆ

(ก) การประเมินมูลค่าของกิจการ

เมื่อผู้ประกอบการนำกิจการมาเป็นหลักประกันการให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน สถาบันการเงินจะต้องทำการประเมินมูลค่าของกิจการเพื่อใช้วิเคราะห์ในการกำหนดจำนวนเงินสินเชื่อที่จะให้แก่ผู้ประกอบการ และเพื่อการจัดชั้นและกันสำรองตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่ง

⁵²United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 81.

⁵³United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 82.

ประเทศไทยกำหนด โดยการประเมินราคา คือ การที่ผู้ประเมินราคาได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการประเมินที่เหมาะสมตามมาตรฐานการประเมิน เพื่อประมาณการราคาของกิจการที่เป็นหลักประกันซึ่งควรจะสามารถซื้อขายได้ในตลาดโดยเปิดเผย และได้พิจารณาถึงลักษณะของสินทรัพย์และสถานะตลาดร่วมด้วยแล้ว เพื่อให้ทราบถึงมูลค่าตลาด⁵⁴ ของกิจการที่เป็นหลักประกันนั้น ๆ ณ วันที่ทำการประเมิน

ทั้งนี้ ในการประเมินมูลค่าของกิจการ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดให้สถาบันการเงินต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) และในกรณีที่กิจการมีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท ให้ใช้วิธีการประเมินราคากิจการ ดังนี้

(1) วิธีพิจารณาจากรายได้ (Income approach) เป็นวิธีที่นิยมสำหรับการประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ โดยวิธีการคำนวณกระแสรายได้สุทธิในอนาคตแล้วทอนเป็นมูลค่าปัจจุบันด้วยอัตราคิดลดที่เหมาะสม หรือ

(2) วิธีพิจารณาจากสินทรัพย์สุทธิของกิจการ (Asset Based approach) หมายถึง การใช้กระบวนการกรรมวิธีในการปรับมูลค่ารายการทรัพย์สินและอาจรวมถึงหนี้สินที่บันทึกอยู่ในงบดุลของกิจการให้เป็นมูลค่าตลาด หรือมูลค่าปัจจุบันที่เหมาะสม หรือ

(3) วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด (Market approach) เป็นวิธีที่ใช้ประเมินมูลค่ากิจการผ่านการเปรียบเทียบ อัตราส่วนราคาต่อผลกำไร (P/E Ratio Method) วิธีการนี้เป็นวิธีการประเมินมูลค่าธุรกิจของกิจการที่นิยมใช้กับบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีข้อมูลเปรียบเทียบโดยตรง เนื่องจากวิธีนี้จะใช้เทคนิคการเปรียบเทียบจากข้อมูลที่มีการซื้อขายหุ้นในอุตสาหกรรมเดียวกัน เปรียบเทียบกับผลตอบแทนต่อหุ้น ซึ่งอัตราส่วนนี้จะถูกกำหนดจากตลาด จึงเป็นวิธีที่ดีที่สุดวิธีหนึ่ง

⁵⁴ธนาคารแห่งประเทศไทย, “แนวนโยบาย เรื่อง การประเมินราคาหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์รอการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2562, จาก

<https://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2562/ThaiPDF/25620100.pdf> ได้ให้บทนิยามคำว่า

“มูลค่าตลาด” หมายถึง “มูลค่าเป็นตัวเงินซึ่งประมาณว่าเป็นราคาของสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่สามารถใช้ตกลงซื้อขายกันได้ระหว่างผู้เต็มใจขายกับผู้เต็มใจซื้อ ณ วันที่ประเมินราคา ภายใต้เงื่อนไขการซื้อขายปกติที่ผู้ซื้อผู้ขายไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวเนื่องกัน โดยได้มีการเสนอขายสินทรัพย์ในระยะเวลาพอสมควร และโดยที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงใจซื้อขายด้วยความรอบรู้อย่างรอบคอบและปราศจากภาวะกดดัน ทั้งนี้ ให้ถือได้ว่าสามารถโอนสิทธิครอบครองตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ในสินทรัพย์ได้ มูลค่าตลาดโดยทั่วไปจะไม่คำนึงถึงต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายในการซื้อ หรือค่าธรรมเนียม หรือภาษีใด ๆ.”

สำหรับการเปรียบเทียบมูลค่าหุ้นโดยตรงที่สะท้อนมาจากตลาด และข้อมูลตลาดที่การซื้อขายหุ้นกันตามที่เป็นจริง หรือ

(4) วิธีอื่นใดที่สามารถสะท้อนมูลค่ากิจการได้อย่างแท้จริงและเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล

นอกจากนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยยังได้กำหนดปัจจัยที่สถาบันการเงินจะต้องพิจารณาในการประเมินมูลค่ากิจการร่วมด้วย ได้แก่ ประวัติและลักษณะของกิจการ ข้อมูลการซื้อขาย การควบรวมกิจการหรือบริษัทอื่นในอุตสาหกรรมเดียวกันกับกิจการ รวมถึงปัจจัยที่มีผลต่อราคาซื้อขาย เช่น สภาพคล่อง ระยะเวลาในการขาย สภาพเศรษฐกิจ และอุตสาหกรรมของกิจการ เช่น สภาพการแข่งขันในตลาด ฐานะและผลการดำเนินงานของกิจการทั้งในอดีต ปัจจุบัน และในอนาคต ประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่จะได้รับจริงจากสินทรัพย์กิจการ เอกสารสัญญาทางกฎหมายที่ระบุถึงบุริมสิทธิของสถาบันการเงินเหนือกิจการ รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินการของกิจการ เช่น ความผันผวนของราคาผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับผลิตภัณฑ์ของกิจการ เป็นต้น โดยให้สถาบันการเงินเลือกใช้ปัจจัยในการประเมินมูลค่ากิจการให้เหมาะสมกับวิธีการที่เลือกใช้ในการประเมินกิจการด้วย และสถาบันการเงินจะต้องทำการประเมินราคากิจการใหม่ทุก ๆ 1 ปี หรือภายใน 60 วันนับจากวันที่ลูกหนี้เปลี่ยนแปลงการจัดชั้นลูกหนี้ โดยใช้วิธีการประเมินราคากิจการเช่นเดียวกับวิธีที่เลือกใช้ ณ วันที่ให้สินเชื่อ หรืออาจจะเลือกใช้วิธีการประเมินราคาวิธีอื่นซึ่งได้มูลค่ากิจการที่ต่ำกว่าวิธีการประเมินราคาวิธีเดิมก็ได้⁵⁵

ทั้งนี้ สมาคมวิชาชีพผู้ประเมิน ได้แก่ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย และสมาคมนักประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ ก็ได้ร่วมกันกำหนดแนวทางและหลักการการประเมินมูลค่ากิจการที่มีมูลค่าไม่เกิน 15 ล้านบาทให้ผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสมาชิกของแต่ละสมาคมวิชาชีพยึดถือปฏิบัติเป็นการชั่วคราว โดยการประเมินมุ่งเน้นให้ทราบถึงมูลค่าตลาดของกิจการที่สะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินการทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องไปในอนาคต (Market Value - Going Concern)⁵⁶ โดยกำหนดให้ใช้วิธีการประเมินมูลค่ากิจการเช่นเดียวกับธนาคารแห่งประเทศไทย

⁵⁵ธนาคารแห่งประเทศไทย, “แนวนโยบาย เรื่อง การประเมินราคาหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์รอการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2562, จาก

<https://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2562/ThaiPDF/25620100.pdf>

⁵⁶สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์, “ประกาศแนวทางและหลักการการประเมินมูลค่ากิจการ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2561, จาก

https://www.ipthailand.go.th/images/business_valuation_01_07_59.pdf

ไทยดังกล่าวข้างต้น แต่แนวทางและหลักเกณฑ์ในการประเมินมูลค่ากิจการของธนาคารแห่งประเทศไทยและของสมาคมวิชาชีพ มีผลบังคับใช้เฉพาะกับสถาบันการเงิน และผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพเท่านั้น ไม่ใช่กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และไม่มีสภาพบังคับให้ผู้บังคับหลักประกันที่ไม่ใช่สถาบันการเงินและผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพ ต้องปฏิบัติตามในการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาจำหน่ายในชั้นบังคับหลักประกันแต่อย่างใด ซึ่งการที่ไม่มียกเว้นข้อบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติของผู้บังคับหลักประกันในการประเมินมูลค่ากิจการเพื่อกำหนดราคาจำหน่ายกิจการดังกล่าว ทำให้สถาบันการเงินยังไม่มี ความมั่นใจที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน เพราะไม่สามารถจะประเมินถึงความเสี่ยงได้อย่างถูกต้องเหมาะสม⁵⁷ ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

ในประเทศอังกฤษ การให้สินเชื่อโดยการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ก่อนอนุมัติวงเงินสินเชื่อให้แก่บริษัท สถาบันการเงินหรือธนาคารผู้ให้สินเชื่อจะทำการตรวจสอบกิจการและประเมินมูลค่ากิจการเช่นกัน โดยใช้วิธีการสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) ซึ่งเป็นการตรวจสอบกิจการในเชิงลึก และหลายมิติ ไม่ใช่เพียงศึกษาจากงบการเงินของบริษัทเท่านั้น แต่จะพิจารณารอบด้าน เพื่อสะท้อนให้เห็นมูลค่าของกิจการที่แท้จริง อาทิเช่น สินทรัพย์และภาระหนี้ของบริษัทที่ไม่ปรากฏในงบการเงิน วิเคราะห์ตลาดของสินค้าในกิจการ (สินค้านั้นเป็นที่ต้องการของตลาดหรือไม่ และครอบครองอัตราส่วนในตลาดเพียงใด) วงจรของธุรกิจ ชื่อเสียงทางการค้า ภาระหลักประกันในทรัพย์สิน ประวัติการชำระหนี้ทางการเงินของบริษัทที่ผ่านมา มีการผิมนัดและถูกฟ้องร้องหรือไม่ รวมทั้งคุณสมบัติของผู้บริหารกิจการของบริษัท และจำนวนพนักงานลูกจ้างของบริษัท เป็นต้น โดยผู้ประเมินจะทำการตรวจสอบทางเอกสารต่าง ๆ ของบริษัทในทางทะเบียน รวมทั้งการสอบถามพนักงานลูกจ้างหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง แต่การประเมินกิจการโดยการสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) ให้รอบด้านนั้นต้องใช้เวลาและมีความค่าใช้จ่ายสูง ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงได้เสนอเหตุผลและหลักการให้บริษัททำการประเมินกิจการไว้ เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการขอสินเชื่ออันจะทำให้ผู้ประเมินของธนาคารสามารถประเมินมูลค่ากิจการได้รวดเร็วขึ้น และมีความถูกต้องน่าเชื่อถือ ดังนี้

หลักการที่ 1 ข้อมูล

บริษัทควรรวบรวมและเก็บข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่จำเป็น เช่น งบดุลที่ผ่านการรับรองแล้ว ข้อมูลสินเชื่อต่าง ๆ รวมทั้งข้อมูลสนับสนุนการวิเคราะห์สินเชื่อในอดีตที่ผ่านมา

⁵⁷สงคราม สกุดพราหมณ์, “เจาะ พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจผ่านมุมมองสถาบันการเงิน,” เอกสารประกอบการสัมมนางานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร, จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2559.

ความเกี่ยวข้องของกิจการ ข้อมูลที่ละเอียดเกี่ยวกับตำแหน่งการค้าของบริษัท และการจัดการสภาพคล่อง กระแสเงินสดรวมถึงหลักทรัพย์เพื่อการลงทุน ข้อมูลทางกฎหมายและการเงินเกี่ยวกับหลักประกันที่มีให้กับบริษัท รวมถึงเอกสารเพื่อสนับสนุนมูลค่าหลักประกันพื้นฐานที่ให้สินเชื่อและผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่น ๆ ข้อมูลเกี่ยวกับสินทรัพย์หนี้สินและการค้าประกันภายในกลุ่ม ข้อมูลเกี่ยวกับมูลค่าตามบัญชีของสินทรัพย์และหนี้สินที่ไม่ใช่ทางการเงินของบริษัท เพื่อวิเคราะห์ความเสี่ยงนอกงบดุล ข้อมูลเกี่ยวกับลำดับชั้นของเจ้าหนี้และภาระผูกพันของสินทรัพย์ แผนกลยุทธ์ในการดำเนินกิจการ รายได้และต้นทุนในการดำเนินงาน เพื่อให้สามารถคาดการณ์รายได้ ข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาเช่า สัญญาบริการและค่าใช้จ่ายพนักงาน เป็นต้น เพื่อให้ผู้ประเมินสามารถประเมินค่าได้อย่างละเอียด รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

หลักการที่ 2 แบบจำลองการประเมิน

บริษัทที่จะไปขอสินเชื่อควรมีแบบจำลองการประเมินมูลค่ากิจการไว้ ควรมีการประเมินธุรกิจในทุกด้าน อย่างน้อยที่สุดควรมีโมเดลเกี่ยวกับสินทรัพย์และควรมีการคาดการณ์รายได้จากการดำเนินงาน แผนธุรกิจ

หลักการที่ 3 วิธีการประเมินค่า

วิธีการประเมินค่าของบริษัทในการทำแบบจำลองการประเมินตามหลักการที่ 2 จะถูกกำหนดโดยผู้มีวิชาชีพประเมินราคา เพื่อให้แบบจำลองการประเมินมูลค่าของบริษัท มีประสิทธิภาพและเข้ากันได้กับวิธีการประเมินค่าที่ผู้ประเมินราคาของธนาคารใช้

หลักการที่ 4 ข้อสมมติฐานการประเมินค่า

บริษัทควรมีกระบวนการที่สนับสนุนการใช้สมมติฐานการประเมินมูลค่าที่เป็นจริง เช่น การประเมินมูลค่าหนี้สิน การประเมินมูลค่าหุ้น เป็นต้น และควรให้ผู้ประเมินที่มีความเชี่ยวชาญตรวจสอบเพื่อทบทวนและแก้ไขและแสดงความเห็นต่อสมมติฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ สมมติฐานการประเมินค่านี้ ผู้ประเมินจะต้องเข้าใจถึงขอบเขตและผลกระทบของความไม่แน่นอนของการประเมินค่า ผู้ประเมินราคาจะต้องวิเคราะห์เพิ่มเติมให้เป็นปัจจุบัน โดยอาศัยแบบจำลองการประเมินของบริษัท

หลักการที่ 5 การกำกับดูแล

บริษัทควรใช้การจัดการและกระบวนการกำกับดูแลที่ดี รวมทั้งการตรวจสอบภายในเท่าที่เป็นไปได้ เพื่อสร้างความมั่นใจว่ามีการประเมินมูลค่าตามหลักการเหล่านี้ และบริษัทควรมีขั้นตอนการบันทึกที่ชัดเจน และควรทำการประเมินค่าอย่างต่อเนื่อง บริษัทควรจะมีนโยบายให้มีบุคคลรับผิดชอบในการตรวจสอบและติดตามการปฏิบัติตามหลักการเหล่านี้ ซึ่งบุคคลนั้นควร

เป็นตัวแทนของบริษัทในการให้ความร่วมมือกับผู้ประเมินราคาที่ได้รับการแต่งตั้งจากธนาคาร เพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาสินเชื่อ

หลักการที่ 6 ความโปร่งใส

บริษัทควรจัดทำเอกสารและเปิดให้ธนาคารและผู้ประเมินราคากิจการตรวจสอบแบบจำลองการประเมิน สมมติฐาน โมเดลสินทรัพย์ พวกเขาควรพร้อมให้ผู้ประเมินราคาใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการประเมิน รวมทั้งกรณีที่บริษัทถูกหนีมีปัญหาหรือตกอยู่ในภาวะยากลำบาก บริษัทควรให้ข้อมูลตามที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนการแก้ไขปัญหาของธนาคาร เพราะบริษัทส่วนใหญ่จะมีข้อมูลเชิงลึกและมีความเข้าใจบริษัทของตนที่ดีกว่าผู้ประเมินราคาที่ได้รับการแต่งตั้งใหม่

หลักการที่ 7 การประกัน

บริษัทควรทบทวนและประเมินความสามารถในการประเมินมูลค่าเป็นระยะ ๆ และควรอำนวยความสะดวกในการตรวจสอบที่ดำเนินการโดยธนาคารหรือบุคคลที่สามเพื่อทำการทดสอบการปฏิบัติตาม

การปฏิบัติตามข้อเสนอของธนาคารแห่งประเทศไทยข้างต้น จะเป็นมาตรการที่ช่วยในการควบคุม ดูแล กำกับการบริหารจัดการกิจการให้แก่ธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อ อีกทั้ง ยังมีส่วนช่วยให้การประเมินมูลค่ากิจการขึ้นต่ำเพื่อกำหนดวงเงินการระดมทุนในกระบวนการบังคับหลักประกันเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ถูกต้องและน่าเชื่อถือด้วย⁵⁸

(ข) การจัดทำข้อตกลงในสัญญาหลักประกันเพื่อรับกิจการเป็นหลักประกัน

เมื่อผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันประสงค์จะทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพื่อรับกิจการเป็นหลักประกันนี้สินเชื่อแล้ว คู่สัญญาจะทำการตกลงเนื้อหาและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นประการใดก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵⁹ ทั้งนี้ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา (Freedom of Contract) แต่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กำหนดให้คู่สัญญาจะต้องทำการตกลงกันในเรื่องต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย คือ

1. หนี้ประเภทที่คู่สัญญาตกลงให้นำกิจการเป็นหลักประกันการชำระ

⁵⁸Bank of England, “The Bank of England’s proposed policy on valuation capabilities to support resolvability,” 2017, pp. 19-27., สืบค้นเมื่อวันที่ 14 เมษายน 2562, จาก <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/financial-stability/resolution/boes-proposed-policy-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability>

⁵⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150, มาตรา 151.

2. รายละเอียดของกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน หากเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้ระบุประเภทของทะเบียน หมายเลขทะเบียน และนายทะเบียนไว้ด้วย หากเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ ให้ระบุประเภท ปริมาณ และมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวจะเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันมีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตก็ได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น และผู้ให้หลักประกันมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใต้บังคับเงื่อนไขเช่นใด จะใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประกันได้ภายใต้เงื่อนไขบังคับเช่นนั้น⁶⁰

3. จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้กิจการเป็นประกัน

4. เหตุบังคับหลักประกัน คู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นประการใดก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶¹

5. เลือกผู้รับใบอนุญาตคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้บังคับหลักประกัน⁶² และกำหนดค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน

6. รายการอื่นตามที่เจ้าพนักงานทะเบียนกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีประกาศกำหนดรายการอื่น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยไม่ได้บังคับให้ผู้สัญญาจะต้องทำการตกลงเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไว้แต่อย่างใด เช่น วิธีการประเมินราคากิจการ วิธีการจำหน่ายกิจการ สิทธิของผู้ให้หลักประกันในการคัดค้านการจำหน่าย หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันในการให้ความร่วมมือในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ เป็นต้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่ผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

ในประเทศอังกฤษ การจัดทำข้อตกลงในสัญญาหลักประกันเพื่อรับกิจการเป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลก็ได้ ส่วนผู้ให้หลักประกันจะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited liability Partnerships) อุตสาหกรรมที่จดทะเบียน (Registered Industrial) และ Provident Society เท่านั้น

⁶⁰พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 9 และมาตรา 10.

⁶¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 11.

⁶²พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 12 และมาตรา 18 (4).

ส่วนบุคคลธรรมดาไม่สามารถที่จะนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อได้⁶³ โดยการจัดทำข้อตกลงในสัญญาหลักประกัน อย่างน้อยต้องมีเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ระบุตัวตนของผู้ให้หลักประกัน บุคคลที่เป็นลูกหนี้ (กรณีผู้ให้หลักประกันไม่ใช่ลูกหนี้) และผู้รับหลักประกัน
- (2) ระบุหนี้ที่จะมีประกัน โดยอาจจะระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือระบุเป็นการทั่วไป
- (3) ระบุถึงขอบเขตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยอาจจะระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือระบุเป็นการทั่วไปแต่เพียงประเภทของทรัพย์สิน (Class of assets) ก็ได้
- (4) วัน เดือน ปี ที่มีการทำตราสารหลักประกัน
- (5) การลงนามของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน⁶⁴

นอกจากรายละเอียดข้อตกลงข้างต้นข้างต้นแล้ว คู่สัญญาามีอิสระในการกำหนดเนื้อหาและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาหลักประกันตามที่ตนประสงค์ เว้นแต่จะมีกฎหมายเป็นอย่างอื่น⁶⁵ ซึ่งโดยปกติธนาคารมักจะกำหนดให้ต้องนำสัญญาหลักประกันไปจดทะเบียน ส่วนเหตุบังคับหลักประกันหรือเหตุแห่งการแปลงสภาพหลักประกันในสัญญามักกำหนดห้ามมิให้บริษัทผู้ให้หลักประกันเอากิจการหรือทรัพย์สินในกิจการไปเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) ในภายหลัง เพราะจะทำให้ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นหลักประกันทรัพย์สินแบบลอยมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจงและทำให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ไม่มีค่า⁶⁶

ส่วนการจัดทำข้อตกลงในสัญญาหลักประกันตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน และแนวทางการร่างกฎหมายธุรกรรมหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)⁶⁷ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า

⁶³พิรพร เรื่องรองปัญหา, “ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), น. 42.

⁶⁴EBRD Model Law on Secured Transactions, 2004 Article 7.3.1, 7.3.2, 7.3.4 and 7.3.5.

⁶⁵EBRD Model Law on Secured Transactions, 2004 Article 15.1.

⁶⁶Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed., p.198.

⁶⁷นาวิน มั่นไสยต์, “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณีสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 130. - 138.

สัญญาหลักประกันจะต้องมีการทำหลักฐานเป็นหนังสือระหว่างคู่สัญญา⁶⁸ รายละเอียดในสัญญาจะต้องประกอบด้วย⁶⁹

(1) ข้อความที่แสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ประสงค์จะก่อให้เกิดสิทธิในหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน

(2) ระบุตัวตนของผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน

(3) ระบุถึงหนี้ที่มีประกัน

(4) ระบุถึงทรัพย์สินที่สิทธิในหลักประกันครอบคลุมไปถึง ซึ่งอาจจะมีการระบุทรัพย์สินเป็นการเฉพาะเจาะจงหรืออาจระบุเป็นการทั่วไปก็ได้ ตัวอย่างของการระบุเป็นการทั่วไป เช่น “สินทรัพย์ที่มีในปัจจุบันหรือได้มาในอนาคตทั้งหมด” “all of the grantor’s assets” การระบุถึงหมวดหมู่หรือประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน อาทิ “สินค้ำคงคลังทั้งหมด” หรือ “สินค้ำคงคลังในคลังสินค้ำหมายเลข... “ หรือ “เรือใบและเรือแคนู” เป็นต้น เหตุที่ต้องอนุญาตให้คู่สัญญาระบุถึงทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นการทั่วไปได้ก็เพื่อลดความซับซ้อนและลดค่าใช้จ่ายในการสร้างสิทธิในหลักประกัน อย่างไรก็ตาม ยังมีหลาย ๆ ระบบกฎหมาย ที่ไม่อนุญาตให้มีการระบุสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันอย่างทั่ว ๆ ไป ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเป็นผู้บริโภคหรือเป็นผู้ค้ารายย่อย ดังนั้น ข้อเสนอแนะของแนวทางร่างกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน จึงเสนอว่าสัญญาหลักประกันจะต้องบรรยายถึงทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างชัดเจนเพียงพอที่จะแสดงให้คู่สัญญา ผู้มีส่วนได้เสีย หรือบุคคลอื่นทราบได้ว่า สินทรัพย์ใดเป็นหลักประกันตามข้อตกลง และในบางรัฐอาจมีกฎเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับการบรรยายทรัพย์สิน เช่น ให้ระบุมูลค่าสูงสุดของราคาตลาดที่อาจนำไปขายได้ของทรัพย์สินนั้น ระบุเลขรหัสทรัพย์สิน (Serial number)⁷⁰ หรือหลักเกณฑ์อื่น เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค

(5) ระบุจำนวนเงินสูงสุดที่ใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประกัน (หากรัฐพิจารณาเห็นว่าควรกำหนดให้ระบุจำนวนเงินสูงสุดดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในการกู้ยืมเงินในลำดับต่อไป)

ทั้งนี้ คู่สัญญาย่อมมีอิสระที่จะระบุว่าสินทรัพย์นั้นจะตกอยู่ภายใต้หลักประกันเพียงบางส่วนได้ แต่ถ้าไม่ระบุจำนวนเงินสูงสุดที่ใช้เป็นประกันย่อมหมายความว่าประสงค์จะให้

⁶⁸UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions : Recommendation 15.

⁶⁹UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions : Recommendation 14.

⁷⁰United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017) , pp. 60-61, Article 11.

สินทรัพย์มีประกันเต็มจำนวนสิทธิที่มีอยู่ในสินทรัพย์นั้น และ หากมูลค่าของสินทรัพย์เพิ่มขึ้น ในระหว่างเป็นหลักประกัน สินทรัพย์นั้นจะยังคงตกเป็นหลักประกันเต็มจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ⁷¹

(ค) ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงซื้อสัญญา และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการรับเอากิจการมาเป็นหลักประกันเรียบร้อยแล้ว คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องทำ ข้อตกลงนั้นเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นต่อเจ้าพนักงาน ทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ สำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และต้องระบุชื่อผู้รับใบอนุญาตคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันไว้ด้วย⁷² ตราบใดที่ยังไม่ได้ทำเป็นหนังสือและนำไปจดทะเบียน ข้อตกลงนั้นก็ยังไม่สมบูรณ์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นแบบแห่งนิติกรรม หากคู่สัญญาฝ่าฝืน จะส่งผลให้นิติกรรมนี้กลายเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะมีผลบังคับใช้ได้จะต้องมีการนำไปจดทะเบียน ต่อเจ้าพนักงานทะเบียนแล้ว โดยวิธีการจดทะเบียนนั้นกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ (Username & Password) ที่สำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้⁷³ ซึ่งผู้มีหน้าที่ดำเนินการขอ จดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน ได้แก่ ผู้รับหลักประกัน ภายใต้ความยินยอมเป็นหนังสือจาก ผู้ให้หลักประกัน โดยผลภายหลังเจ้าพนักงานทะเบียนรับจดทะเบียนแล้วให้ถือว่าผู้รับหลักประกัน เป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย และผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน เจ้าหนี้สามัญไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม⁷⁴ เว้นแต่ หลักประกันนั้นเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียน เปลี่ยนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยทางการค้าปกติของทรัพย์สินนั้น ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยปลอดภาระหลักประกัน⁷⁵

การจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้น อย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้⁷⁶

⁷¹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 77.

⁷²พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 13.

⁷³ประกาศกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทาง ธุรกิจ พ.ศ. 2559.

⁷⁴พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 และ มาตรา 29.

⁷⁵พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 32 วรรคแรก.

⁷⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 18.

(1) วัน เดือน ปี และเวลาที่จดทะเบียน
 (2) ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน
 (3) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน
 (4) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับใบอนุญาตซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันและอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน และต้องมีหนังสือของผู้รับใบอนุญาตซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกันไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนด้วย⁷⁷

(5) หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระ
 (6) รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน
 (7) ข้อความที่แสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
 (8) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
 (9) เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
 (10) รายการอื่นตามที่เจ้าพนักงานทะเบียนกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ทั้งนี้ หากผู้ให้หลักประกันต้องได้รับความยินยอมจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการก่อนจึงจะโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ ผู้รับหลักประกันต้องยื่นหนังสือของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่ยินยอมให้ผู้ให้หลักประกัน โอนสิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ต่อเจ้าพนักงานทะเบียนไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนด้วย⁷⁸

ในประเทศอังกฤษหลักการในการทำสัญญาหลักประกันที่เป็นกิจการไม่มีแบบโดยเฉพาะเจาะจง คู่สัญญาอาจตกลงกันเป็นวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ดังนั้น เมื่อคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญาต้องตรงกันก็จะเกิดสัญญาขึ้นและมีผลสมบูรณ์ใช้ยื่นผู้รับหลักประกัน และบริษัทผู้ให้หลักประกันได้ในฐานะบุคคลสิทธิ⁷⁹ แต่ไม่อาจใช้ยื่นบุคคลภายนอก เช่น ผู้ชำระบัญชี (Liquidator) บรรดาเจ้าหนี้ของบริษัท ผู้รับโอนทรัพย์สินในกิจการ เป็นต้น⁸⁰ โดยเมื่อผู้ให้หลักประกันจำหน่ายโอนหลักประกันแบบลอยให้แก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนจะได้รับทรัพย์สิน

⁷⁷พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 วรรคสาม.

⁷⁸พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 วรรคท้าย.

⁷⁹Royston M. Goode and Louise Gullifer, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4 th ed., p.87.

⁸⁰Company Act 2006, section 874 (1).

ที่เป็นหลักประกันที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้นไปโดยไม่มีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย⁸¹ ส่งผลให้ผู้รับโอนมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่โอนคิดว่าผู้รับหลักประกันแบบลอย ดังนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจึงมักกำหนดให้มีการจดทะเบียนหลักประกันแบบลอยดังกล่าว⁸² เพื่อให้สัญญาหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นมีผลใช้บังคับภายนอกในฐานะทรัพย์สิน (right in rem) ได้นอกจากนี้ การจดทะเบียนยังเป็นการแจ้งให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ว่า บริษัทได้ใช้กิจการและทรัพย์สินที่ใช้ในกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบลอย (Floating Charge) โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของบริษัทผู้ให้หลักประกันที่จะต้องยื่นคำขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ภายใน 21 วัน นับแต่วันที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาหลักประกันขึ้น⁸³ หากบริษัทไม่นำไปจดทะเบียนจะต้องระวางโทษปรับ และถือเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้หลักประกันแปลงสภาพที่บริษัทผู้ให้หลักประกันจะต้องชำระเงินกู้ยืมให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันโดยทันที

การยื่นคำขอจดทะเบียนหลักประกันแบบลอยนั้น ปัจจุบันสามารถยื่นได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้แบบฟอร์มที่เรียกว่า MG01 Form ซึ่งต้องมีรายละเอียดประกอบไปด้วย

1. ชื่อ ที่อยู่ และรายละเอียดของบริษัทผู้ให้หลักประกัน และผู้รับหลักประกัน
2. วัน เดือน ปี ที่มีการทำสัญญาหลักประกัน
3. การอธิบายถึงหนังสือตราสาร (Instrument) ที่สร้างหรือเป็นหลักฐานของสัญญาหลักประกัน และจำนวนหนี้ที่มีประกันโดยสัญญาหลักประกันดังกล่าว
4. รายละเอียดโดยย่อของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

เมื่อมีการยื่นคำขอจดทะเบียน เจ้าหนี้ที่ผู้รับจดทะเบียนจะตรวจสอบรายการต่าง ๆ หากเจ้าหนี้ที่ผู้รับจดทะเบียนเห็นว่าถูกต้องแล้ว ก็จะดำเนินการออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนให้เพื่อเป็นหลักฐานว่าได้มีการทำตามข้อกำหนดสำหรับการจดทะเบียนครบถ้วนแล้ว⁸⁴ และบริษัทผู้ให้หลักประกันจะต้องจดทะเบียนหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ลงในสมุดทะเบียน

⁸¹Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed., p. 472.

⁸²Company Act 2006, Section 860 (7) (g).

⁸³Company Act 2006, Section 870 (1) (a).

⁸⁴Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed , pp. 403-404.

บริษัทและจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนนั้นไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ผู้ให้หลักประกัน เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย⁸⁵

ในกรณีที่บริษัทผู้ให้หลักประกันนำสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์มีทะเบียน พิเศษมาเป็นหลักประกัน เช่น ที่ดิน เรือและเครื่องบิน เป็นต้น นอกจากต้องมีการนำไปจดทะเบียน ตามขั้นตอนดังกล่าวข้างต้นแล้ว คู่สัญญาสามารถนำไปจดทะเบียนในระบบทะเบียนพิเศษของ อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนพิเศษดังกล่าวได้ ซึ่งการจดทะเบียนในระบบทะเบียน พิเศษจะเกี่ยวข้องกับการจัดบุริมสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁸⁶

ผลทางกฎหมายเมื่อมีการจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินในกิจการที่เป็นหลักประกันซึ่งได้ มีการจดทะเบียนไว้แล้ว คือ บุคคลที่รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะได้ทรัพย์สิน ดังกล่าวไปโดยมีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย⁸⁷ เนื่องจากสิทธิในหลักประกันถือเป็น ทรัพย์สิน (right in rem) อย่างหนึ่ง จึงตกติดไปกับทรัพย์สินดังกล่าวแม้จะมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่ เป็นเจ้าของ⁸⁸ เว้นแต่ในกรณีที่การจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้กระทำไป ในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของบริษัทผู้ให้หลักประกัน หรือได้รับความยินยอมจากผู้รับ หลักประกัน บุคคลภายนอกผู้รับโอนจะได้รับทรัพย์สินนั้นไปโดยปลอดจากสิทธิในหลักประกัน

ส่วนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)⁸⁹ เมื่อคู่สัญญาสร้างสิทธิในหลักประกันที่มีผลสมบูรณ์แล้วย่อมไม่เสื่อมเสียไป แม้สัญญาดังกล่าว จะไม่ได้นำไปจดทะเบียนเป็นสิทธิในหลักประกันทั่วไปหรือไม่ได้นำไปจดทะเบียน ในทะเบียนสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ⁹⁰ กล่าวคือ มีผลใช้บังคับระหว่างผู้ให้หลักประกันและ

⁸⁵Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed., p. 426.

⁸⁶Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer, and Eva Lomnicka, The Law of Security and Title-Based Financing, 2 nd ed., p. 394.

⁸⁷EBRD Model Law on Secured Transactions, 2004 Article 21.1.

⁸⁸The European Bank for Reconstruction and Development, Model Law on Secured Transactions and a Commentary, p.23, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2562, จาก <https://www.ebrd.com/documents/comms-and-bis/pdf-model-law-on-secured-transactions.pdf>

⁸⁹นาวิน มั่นไสย, “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณี สังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 130. - 138.

⁹⁰UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 30.

ผู้รับหลักประกันในฐานะบุคคลลัทธิ ทั้งนี้ สิทธิในหลักประกันที่ไม่ได้จดทะเบียนจะไม่สามารถใช้ยันกับสิทธิใดๆ ของบุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁹¹ ไม่ว่าจะเป็นผู้ซื้อ ผู้รับโอนทรัพย์สิน ผู้เช่าทรัพย์สิน รวมทั้งเจ้าหนี้รายอื่นๆ ของผู้ให้หลักประกัน⁹² ดังนั้น ถ้ามีการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ผู้รับโอนจะได้รับทรัพย์สินดังกล่าว โดยปลอดจากสิทธิในหลักประกัน⁹³

ในทางตรงกันข้าม ถ้าหากสิทธิในหลักประกันได้ทำให้มีผลใช้ยันบุคคลภายนอก โดยการจดทะเบียนในทะเบียนพิเศษหรือบันทึกไว้ในหนังสือสำคัญแสดงสิทธิ (กล่าวคือ กรณีจดทะเบียนสิทธิในหลักประกันทั่วไป) หากผู้ให้หลักประกันทำการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือนำออกให้เช่า ผู้รับโอนหรือผู้เช่าได้รับทรัพย์สินไปโดยมีสิทธิในหลักประกันตกติดไปด้วย⁹⁴ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน⁹⁵ หรือ การจำหน่ายจ่ายโอนนั้นเป็นไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของผู้ให้หลักประกัน โดยมีเงื่อนไขว่าในเวลาทำการซื้อขายหรือเช่าทรัพย์สินนั้น ผู้ซื้อหรือผู้เช่าไม่รู้ว่าการซื้อขายหรือการเช่าดังกล่าว เป็นการละเมิดสิทธิของผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกัน⁹⁶ บุคคลภายนอกจึงจะได้รับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปโดยปลอดจากสิทธิในหลักประกัน และไม่ถูกกระทบกระเทือนจากสิทธิในหลักประกัน เพราะแนวทางการร่างกฎหมายธุรกรรมหลักประกันของ UNCITRAL เห็นว่า หากไม่คุ้มครองบุคคลที่เป็นผู้ซื้อสินค้าจากการค้าขายที่เป็นธรรมดาการค้าขายของผู้ขายแล้ว ย่อมจะเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ซื้อทรัพย์สินที่จะต้องตรวจสอบเส้นทางที่มาของทรัพย์สินดังกล่าว ว่ามีผู้นำไปเป็นหลักประกันไว้ก่อนหรือไม่ จะส่งผลกระทบต่อสภาพคล่องในการค้าขาย โดยภาพรวมได้⁹⁷

⁹¹UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 29.

⁹²United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Commission on International Trade Law : Legislative Guide on Secured Transactions, pp. 105-106.

⁹³UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 78.

⁹⁴UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 79.

⁹⁵UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 80.

⁹⁶UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Recommendation 81.

⁹⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, pp. 206-207. อ้างถึงใน นาวิณ มั่นไสย, “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณีสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 130. - 138.

2.2 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน

เนื่องจากผู้บังคับหลักประกันเป็นวิชาชีพที่เกิดขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจภาพรวมเกี่ยวกับคุณสมบัติ การแต่งตั้ง และบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน ผู้วิจัยจึงขออธิบายรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 คุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกัน

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันจะต้องเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านกฎหมาย บัญชี เศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ หรือการประเมินราคาทรัพย์สิน ทั้งนี้ จะต้องมีความสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้⁹⁸

1) เป็นผู้ประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพบัญชี ต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 3 ปี

2) เป็นที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นนายความ ตามกฎหมายว่าด้วยนายความ ต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 3 ปี

3) เป็นผู้ทำหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับหลักประกันที่ได้รับอนุญาตหรือได้รับความเห็นชอบ หรือขึ้นทะเบียน ต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 3 ปี จากหน่วยงานของรัฐ สมาคมจดทะเบียนหรือตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

(1) อนุญาโตตุลาการที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงานศาลยุติธรรม

(2) ผู้เชี่ยวชาญศาล ด้านการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงานศาลยุติธรรม

(3) ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนที่ได้จดทะเบียนไว้กับกรมบังคับคดี

(4) ผู้ประเมินซึ่งเป็นผู้ประเมินหลักที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือผู้ประเมินหลักชั้นวุฒิที่ได้รับความเห็นชอบจากสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย และสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย

⁹⁸ข้อ 4 ของประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาต การขอต่อใบอนุญาต และการขอรับใบอนุญาตผู้บังคับหลักประกัน พ.ศ.2559 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 พฤษภาคม 2559. อ้างถึงในอังคัรวรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น.34-35.

นอกจากนี้ ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้⁹⁹

1) เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต เป็นบุคคลล้มละลายหรือพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลายมาแล้วไม่ถึง 5 ปี

2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดตามมาตรา 89 หรือมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

3) เคยเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ได้รับยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

4) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน

5) เคยถูกถอดถอนจากการเป็นประธานกรรมการ กรรมการ หรือผู้จัดการตามมาตรา 144 หรือมาตรา 145 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น

6) เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง

7) เป็นข้าราชการที่มีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

8) มีลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดว่าขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย¹⁰⁰

(1) เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบจนเป็นเหตุให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันได้

(2) ถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ หรือถูกเพิกถอนการขึ้นทะเบียนหรือหน่วยงานเพิกถอนหนังสือรับรอง แล้วแต่กรณี ภายในระยะเวลา 5 ปีก่อน วันยื่นคำขอรับใบอนุญาต

ทั้งนี้ นอกจากผู้ขอใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องเข้ารับการอบรมกฎหมายว่า

⁹⁹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 55.

¹⁰⁰ข้อ 5 ของประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาต การขอต่อใบอนุญาต และการขอรับใบแทนใบอนุญาตผู้บังคับหลักประกัน พ.ศ. 2559. ในอังกัควรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายใต้คำวินิจฉัยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น.35-36.

ด้วยหลักประกันทางธุรกิจเป็นจำนวน 6 ชั่วโมง และจรรยาบรรณผู้บังคับหลักประกันเป็นจำนวน 6 ชั่วโมงด้วย¹⁰¹

ปัจจุบันพบว่ามียุทธศาสตร์ผู้บังคับหลักประกันที่ขึ้นทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจทั้งสิ้นจำนวน 406 ราย แบ่งสาขาวิชาชีพ ได้ดังนี้

1. ทนายความ จำนวน 144 ราย
2. ผู้สอบบัญชีรับอนุญาต จำนวน 158 ราย
3. ผู้ประเมินหลัก (ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์) จำนวน 34 ราย
4. ผู้ประเมินหลักชั้นวุฒิ (ได้รับความเห็นชอบจากสมาคมนักประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์และสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย) จำนวน 70 ราย¹⁰²

ในประเทศอังกฤษนั้น คุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกันซึ่งแต่งตั้งโดยศาล (Receiver) จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความสามารถในการบริหารจัดการบริษัทลูกหนี้ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีใบอนุญาตในการเป็น Insolvency Practitioner¹⁰³ ส่วนคุณสมบัติของผู้บังคับหลักประกันซึ่งแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นผู้บังคับหลักประกันในกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership) ที่เรียกว่า “Administrative Receiver” หรือในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administration) ที่เรียกว่า “Administrator” ก็ตาม จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับคุณสมบัติของ Insolvency Practitioner กล่าวคือ เป็นบุคคลที่สามารถเป็นผู้ชำระบัญชีผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมได้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายล้มละลาย

2.2.2 การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน

ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องตกลงกันเลือกผู้ได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานทะเบียนให้เป็นผู้บังคับหลักประกัน

¹⁰¹ข้อ 6 ของประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาต การขอต่อใบอนุญาต และการขอรับใบแทนใบอนุญาตผู้บังคับหลักประกัน พ.ศ. 2559. ในอังกัวรร่า สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ”, (วิทยานพินธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น.36.

¹⁰²กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, ทะเบียนรายชื่อผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2562, จาก https://esecured.dbd.go.th/eoc-app/inquiry/eoc_search.xhtml

¹⁰³Insolvency Act 1986 Section 31.

อย่างน้อย 1 คน¹⁰⁴ มาเป็นผู้บังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยคู่สัญญาจะต้องทำการเลือกผู้บังคับหลักประกันตั้งแต่ตกลงเข้าทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพื่อรับเอากิจการไว้เป็นหลักประกัน

เมื่อผู้ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้บังคับหลักประกันรายที่คู่สัญญาตกลงเลือกยินยอมที่จะรับเป็นผู้บังคับหลักประกันแล้ว จะต้องทำหนังสือแจ้งความยินยอมนั้นพร้อมทั้งอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนในการดำเนินการให้คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจทราบ¹⁰⁵ เพราะผู้รับหลักประกันจะต้องนำหนังสือแสดงความยินยอมของผู้บังคับหลักประกันดังกล่าว พร้อมทั้งอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกันไปประกอบการยื่นจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนด้วย¹⁰⁶ และเมื่อได้มีการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจรับกิจการเป็นหลักประกันเป็นที่เรียบร้อยแล้ว การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันก็จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ผู้บังคับหลักประกันยังไม่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเหตุบังคับหลักประกันและบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ จนกว่าผู้บังคับหลักประกันจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้รับหลักประกันว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว¹⁰⁷

เมื่อการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว ปรากฏต่อมาในภายหลังว่าเจ้าพนักงานเพิกถอนใบอนุญาตของผู้บังคับหลักประกันคนนั้น เพราะเหตุที่ผู้รับใบอนุญาตขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือศาลมีคำพิพากษาให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากศาลเห็นว่าผู้บังคับหลักประกันผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่อ และก่อหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้บังคับหลักประกัน¹⁰⁸ ให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกผู้รับใบอนุญาตอื่นเป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันเลือกผู้รับใบอนุญาตอื่นเป็นผู้บังคับหลักประกันแทนภายใน 15 วัน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งแต่งตั้งผู้รับใบอนุญาตคนหนึ่งหรือหลายคนตามที่ศาลเห็นสมควรเป็นผู้บังคับหลักประกันแทน¹⁰⁹

¹⁰⁴พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 54.

¹⁰⁵พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 12.

¹⁰⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 17 วรรคสอง และมาตรา 18 (4).

¹⁰⁷พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 63 วรรคแรก.

¹⁰⁸พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 59 วรรคหนึ่ง.

¹⁰⁹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 63 วรรค 3 และ 4.

ในประเทศอังกฤษ การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันจะเกิดขึ้นภายหลังจากมีเหตุแปลงสภาพกิจการที่เป็นหลักประกันเกิดขึ้น เช่น ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เป็นต้น โดยการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันสามารถทำได้ 2 วิธี ได้แก่

วิธีที่ 1 การแต่งตั้งโดยศาล โดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเป็นฝ่ายยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ในการพิจารณาแต่งตั้งศาลจะพิจารณาซึ่งน้ำหนักเกี่ยวกับผลประโยชน์และความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายหากได้มีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ขึ้น โดยใช้หลัก Balance of Convenience¹¹⁰ รวมทั้งศาลจะพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน และค่าใช้จ่ายในการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ประกอบด้วย เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งแล้ว เจ้าหนี้จะต้องส่งสำเนาคำสั่งศาลไปยังบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) คู่สัญญาทุกคนที่มีส่วนได้ส่วนเสีย และบุคคลอื่น ๆ ที่ศาลเห็นสมควร¹¹¹ อย่างไรก็ตาม วิธีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) โดยศาล เป็นวิธีการดั้งเดิมและไม่เป็นที่นิยมในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นวิธีที่จะต้องใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายมาก

วิธีที่ 2 การแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ตามพระราชบัญญัติทรัพย์สิน (Law of Property Act 1925) หรือโดยข้อตกลงตามสัญญา ทั้งนี้ การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) จะไม่มีผล เว้นเสียแต่ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้ยอมรับเข้าเป็นผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) แล้ว¹¹² และเมื่อการแต่งตั้งมีผลแล้ว ผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) จะต้องแจ้งการแต่งตั้งไปยังบริษัทผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้ทุกราย และนายทะเบียนของรัฐ¹¹³ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด¹¹⁴ ทั้งจะต้องตีพิมพ์การแต่งตั้งดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา (The London Gazette) และโฆษณาด้วยวิธีการอื่นที่ผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) เห็นว่าเหมาะสมด้วย

ผลของการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไม่ว่าโดยศาล หรือโดยเจ้าหนี้ก็ตาม จะไม่มีผลต่อสถานะทางกฎหมายของพนักงานบริษัท ในขณะที่กรรมการและประธานบริษัทจะสูญเสียอำนาจในการควบคุมทรัพย์สินภายใต้สัญญาหลักประกัน แต่ยังคงมีหน้าที่ในทางธุรการและ

¹¹⁰ หลักการซึ่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความแต่ละฝ่าย หากตัดสินไปในแต่ละทาง เพื่อนำมาเปรียบเทียบและคำตัดสินให้มีประโยชน์แก่คู่กรณีที่สุด.

¹¹¹ Civil Procedure Rules 1998 rule 69.4.

¹¹² Insolvency Act 1986 Section 33.

¹¹³ Company Act 2006 Section 871(1).

¹¹⁴ Insolvency Act 1986 Section 46.

หน้าที่ตามกฎหมายโดยทั่วไป นอกจากนี้กรรมการยังมีหน้าที่ดำเนินการในทรัพย์สินที่ไม่ได้อยู่ภายใต้หลักประกัน

อย่างไรก็ตาม กระบวนการบังคับหลักประกันโดยผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยศาล (Receiver) หรือที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Administrator Receiver) ในประเทศอังกฤษได้รับการวิจารณ์อย่างมากมา โดยข้อโต้แย้งหลักคือการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการตัดสินใจที่ก่อให้เกิดสิ่งไม่ถูกต้อง อาทิเช่น เนื่องจากสิ่งที่เจ้าหนี้ปรารถนา คือความต้องการให้มีการชำระหนี้โดยรวดเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งตามหลักการแล้วการปิดกิจการและชำระบัญชีจะทำได้เร็วกว่าจึงมีแนวโน้มที่เจ้าหนี้จะทำการโต้แย้งต่อการดำเนินธุรกิจต่อไปของบริษัทที่กำลังประสบปัญหาและไม่อนุญาตให้บริษัททำการฟื้นฟูกิจการ องค์กรทางธุรกิจที่ดีจึงต้องถูกบังคับให้ปิดกิจการไป อีกทั้ง ยังปรากฏปัญหาอีกว่าบริษัทที่มีสินทรัพย์ที่เป็นประกันมากกว่าจำนวนหนี้ซึ่งตามหลักการบังคับหลักประกันเจ้าหนี้ในหลักประกันจะไม่สามารถเรียกร้องในทรัพย์สินส่วนที่เหลือหลังจากได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้วได้ ดังนั้น พวกเจ้าหนี้จึงไม่สนใจในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน เช่น ค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทน ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและสิ้นเปลืองที่เพิ่มขึ้น อันส่งผลให้ผู้ให้หลักประกันเสียหายเกินสมควร ดังนั้นนับตั้งแต่วันที่ 15 กันยายน ค.ศ.2003¹¹⁵ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver)¹¹⁶ ได้อีก เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย เช่น เป็นเจ้าหนี้หลักประกันแบบลอยที่มีหนี้สินเชื่อในกิจการไม่ต่ำกว่า 50 ล้านปอนด์¹¹⁷ เจ้าหนี้หลักประกันแบบลอยในกิจการของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลมหาชน ซึ่งตั้งขึ้นมาโดยองค์การมหาชนเพื่อทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง¹¹⁸ เจ้าหนี้หลักประกันแบบลอยในกิจการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อดูแลบริษัททางด้านสาธารณูปโภค เช่น ก๊าซ ไฟฟ้า น้ำ รถไฟ หรือขนส่งไปรษณีย์¹¹⁹ เป็นต้น นอกนั้นเจ้าหนี้

¹¹⁵นิลบล เลิศนุวัฒน์., “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ในระบบกฎหมายของไทย,” น.8 -9, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://nilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>

¹¹⁶“Administrative Receivership,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch49-60/Chapter%2056-2/Part%203/Part%203.html>

¹¹⁷Insolvency Act 1986, section 72B and 72E.

¹¹⁸Insolvency Act 1986, section 72C (2).

¹¹⁹Insolvency Act 1986, section 72D (2) and Schedule 2A paragraph 10.

จะต้องแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อดำเนินกระบวนการ ฟื้นฟูกิจการ (Administration) โดยเรียกบุคคลดังกล่าวว่าผู้บังคับหลักประกัน (Administrator)¹²⁰

โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับประกันย่อมมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาล ภายใต้เงื่อนไขว่าสัญญาหลักประกันนั้นจะต้องมีการนำไปจดทะเบียน และต้องมีข้อตกลงให้เจ้าหน้าที่สามารถแต่งตั้ง ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ได้ และหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) จะต้องลอยอยู่เหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ด้วย¹²¹ ในการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เจ้าหน้าที่ต้องยื่นเอกสารแจ้งการแต่งตั้งไปยังศาล โดยเอกสารนี้จะต้องทำขึ้นไม่เกิน 5 วันทำการก่อนส่งให้ศาล และจะต้องมีเอกสารที่ยืนยันตามกฎหมายว่า ผู้แต่งตั้งเป็นเจ้าหน้าที่ในหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย โดยการแต่งตั้งดังกล่าวได้กระทำตามแบบในพระราชบัญญัติ Insolvency Act 1986 ทั้งนี้ เอกสารจะต้องกำหนดชื่อของผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) พร้อมทั้งความยินยอมของเขาด้วย และยังต้องให้ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ยืนยันว่ากระบวนการฟื้นฟูกิจการมีแนวโน้มที่จะประสบความสำเร็จ¹²² เมื่อศาลได้รับเอกสารแล้ว ศาลจะประทับตราและอนุมัติในวันเวลาที่ได้อื่นเอกสาร และการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะมีผลในวันและเวลาที่เอกสารแจ้งการแต่งตั้งได้ยื่นต่อศาล¹²³ และเมื่อบริษัทลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ มาตรการพักการชำระหนี้ (Moratorium) จะถูกใช้บังคับ¹²⁴ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ต้องแจ้งเตือนการแต่งตั้งของตนไปยังบริษัทลูกหนี้ และเจ้าหน้าที่ทั้งหลายเท่าที่ทราบโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ และต้องแจ้งการแต่งตั้งไปยังนายทะเบียนของรัฐ (Registrar of Companies) ภายใน 7 วันนับแต่การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator)¹²⁵

¹²⁰วสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์ มหามบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 42. - 43.

¹²¹Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 14.

¹²²Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 18 และ Insolvency Rules 1986 Rules 2.15, 2.16 และ 2.17.

¹²³Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 18 และ 19 และ Insolvency Rules 1986 Rules 2.17 และ 2.19 (5).

¹²⁴วสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์ มหามบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 45. - 47.

¹²⁵Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 46.

อีกทั้งยังต้องประกาศการแต่งตั้งในราชกิจจานุเบกษา (The London Gazette) และอาจโฆษณาด้วยวิธีการอื่นอีกด้วยก็ได้

2.2.3 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน

บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

(1) บทบาทในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกันด้วยความเป็นกลาง กล่าวคือ ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียในประเด็นข้อพิพาทเรื่องนั้น และมีความเป็นอิสระ กล่าวคือ ไม่สังกัดใครและไม่ขึ้นแก่ใคร นอกจากนี้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและไม่ประมาทเลินเล่อ หากคู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของผู้บังคับหลักประกัน หรือต้องเสียหายหรืออาจได้รับความเสียหายจากการการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่อ ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้บังคับหลักประกันพ้นจากตำแหน่งได้¹²⁶

(2) บทบาทในการไต่สวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริง

การไต่สวน คือ การต้องการค้นหาความจริง โดยทุกฝ่ายแม้กระทั่งศาลหรือผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยจะมีบทบาทในเชิงรุกในการค้นหาความจริง เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวก เช่น มีอำนาจเรียกพยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ มีหน้าที่ซักถามพยานได้เอง หรือกล่าวได้ว่าผู้พิพากษาหรือผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยไม่ถูกจำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาหรือทำคำวินิจฉัยให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย¹²⁷

ดังนั้น เมื่อใช้ระบบการไต่สวนแล้วผู้บังคับหลักประกันจึงมีหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องยึดติดกับพยานหลักฐานที่คู่สัญญาเสนอมาเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การทำคำวินิจฉัยเป็นไปอย่างถูกต้องและยุติธรรม

(3) อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนวินิจฉัยเหตุบังคับหลักประกัน

¹²⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 76 วรรคหนึ่ง.

¹²⁷กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์, “ศาลกับการมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) น.14-17.

เมื่อผู้บังคับหลักประกันได้รับแจ้งจากผู้รับหลักประกันว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว ภายในเวลาไม่เกิน 7 วันนับแต่วันได้รับแจ้งเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น ผู้บังคับหลักประกันต้องกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว และจะต้องมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบ รวมทั้งต้องแจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับหลักประกันและประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนาหนังสือของผู้รับหลักประกันให้แก่ผู้ให้หลักประกันด้วย¹²⁸ โดยผู้บังคับหลักประกันต้องวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก¹²⁹

(4) อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการทำคำวินิจฉัย

เมื่อไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วเสร็จ ผู้บังคับหลักประกันจะต้องวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ หากมีผู้บังคับหลักประกันหลายคน การลงมติวินิจฉัยให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ในกรณีที่มีเหตุบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับหลักประกันทันที ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน แต่หากไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน¹³⁰ หรือมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น แต่ผู้รับหลักประกันยินยอมผ่อนผันให้แก่ผู้ให้หลักประกันเป็นหนังสือ ให้ถือว่ายังไม่เคยมีเหตุบังคับหลักประกันดังกล่าวเกิดขึ้น โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน

ทั้งนี้ ห้ามมิให้คัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เว้นแต่การไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อมีคำวินิจฉัยนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือคำวินิจฉัยนั้นบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ โดยผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย และคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในชั้นนี้ให้เป็นที่สุด¹³¹

ส่วนที่ 2 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

(1) บทบาทในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเช่นเดียวกันกับการปฏิบัติหน้าที่ในการไต่สวนและทำคำวินิจฉัยเหตุบังคับหลักประกัน โดยผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่อาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ

¹²⁸พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 63 วรรคสอง.

¹²⁹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 68.

¹³⁰พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 67 วรรคสี่.

¹³¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 70.

ของตนให้คู่สัญญาทราบโดยไม่ชักช้า¹³² นอกจากนี้ ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องใช้ความเอื้อเพื่อ สอดส่องอย่างผู้ประกอบวิชาชีพจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้นด้วย

(2) อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ได้แก่ อำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการ กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการ ดำเนินการ จำหน่ายกิจการ และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการตามกฎหมาย¹³³ โดยผู้บังคับหลักประกัน อาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่น ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือ กระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการ ได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ และให้ถือว่าการดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันดังกล่าวเป็นการดำเนินการโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน

ในประเทศอังกฤษ หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน หากผู้บังคับหลักประกันมาจากการแต่งตั้งของศาล (Receiver) บุคคลดังกล่าวจะถือเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) ต้องเป็นไปอย่าง ยุติธรรมและเป็นกลาง โดยผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) จะมีอำนาจหน้าที่ภายใต้กรอบอำนาจที่ ศาลกำหนดไว้เท่านั้น¹³⁴ ซึ่งศาลจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) แตกต่างกันไปในแต่ละสถานการณ์ แต่โดยส่วนใหญ่มักมีอำนาจหน้าที่ในการรวบรวมทรัพย์สิน บริหารงานธุรกิจ เก็บค่าเช่า และจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการได้ตามปกติการค้าเพื่อให้กิจการของ บริษัทลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) จะมีอำนาจจำหน่ายกิจการของ บริษัทลูกหนี้ได้เฉพาะในกรณีที่กิจการของผู้ให้หลักประกันอยู่ในภาวะที่เสี่ยงและมีแนวโน้มว่า จะต้องเลิกกิจการหรือล้มละลายเท่านั้น หากว่าอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) มิใช่เพียงพอ ผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) สามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพื่อการ ปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ตลอดเวลา¹³⁵

ส่วนผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหน้าที่ (Administrative Receiver) จะมีอำนาจ ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ตาม Schedule 1 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) โดยกำหนดอำนาจ 23 ประการ ซึ่งรวมถึงอำนาจในการเข้าครอบครองและดำเนินกิจการของผู้ให้ หลักประกันก่อนการจำหน่าย และมีอำนาจในการขายหรือจำหน่ายกิจการหรือทรัพย์สิน

¹³²พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 75.

¹³³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73.

¹³⁴R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 1990, p.77.

¹³⁵Civil Procedure Rules 1998 rule 69.6.

ในกิจการที่เป็นหลักประกัน หรือเพื่อดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการขอลิขิตกิจการ¹³⁶ ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Administrative Receiver) จะเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ และมีหน้าที่หลักคือ จัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทที่อยู่ภายใต้การครอบครองของตน เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ในหลักประกันแบบชาร์จ (Charge) สำหรับการดูแลและบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Administrative Receiver) จะใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาควบคุมไปพร้อมกันกับอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากอำนาจที่กฎหมายกำหนดขัดกับอำนาจที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้ว อำนาจในสัญญาย่อมมีสถานะเหนือกว่า¹³⁷ ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Administrative Receiver) ได้รับการคาดหวังจะต้องการกระทำอย่างสุจริตด้วยความระมัดระวัง

ทั้งนี้ ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในข้อ 2.2.2 แล้วว่า นับตั้งแต่ 15 กันยายน ค.ศ.2003 เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) ในกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership)¹³⁸ ได้อีก แต่เจ้าหนี้อาจจะแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เพื่อดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administration) ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) ซึ่งหลักการของกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีเป้าหมายเพื่อให้บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินสามารถดำเนินการเยียวยาความเสียหายหรือหาหนทางในการจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการซึ่งจะได้ประโยชน์มากกว่าการเลิกกิจการ โดยมีเป้าหมายเพื่อไม่ให้บริษัทต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ ดังนั้น ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะมีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เข้ามาจัดการกับธุรกิจและทรัพย์สินของบริษัท¹³⁹ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ที่ได้รับการแต่งตั้งมาจะกลายมาเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล มีอำนาจตาม Schedule B1 ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986)¹⁴⁰

นอกจากนี้ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) มีหน้าที่ต้องทำแผนฟื้นฟูกิจการให้แล้วเสร็จภายใน 8 สัปดาห์นับแต่วันที่บริษัทสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ¹⁴¹ แผนการฟื้นฟูกิจการ (Statement of Proposals) จะต้องประกอบไปด้วย เหตุการณ์ที่นำไปสู่การฟื้นฟูกิจการ (Administration)

¹³⁶Insolvency Act 1986, Schedule 1.

¹³⁷Insolvency Act 1986, Ssection 42 (1).

¹³⁸“Administrative Receivership,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก

<https://insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch49-60/Chapter%2056-2/Part%203/Part%203.html>

¹³⁹Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 1.

¹⁴⁰Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 5.

¹⁴¹Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 49, 107 และ 108.

ข้อสรุปของงบแสดงสถานะกิจการ (Statement of Affairs) คำตอบแทนของผู้บังคับหลักประกันกำหนดอย่างไร วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ รายละเอียดของแผนที่ทำให้กระบวนการฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จ เช่น แผนการปรับปรุงโครงสร้างหนี้หรือโครงสร้างองค์กร เพื่อบริหารจัดการกิจการต่อไปและนำรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เป็นต้น โดยผู้บังคับหลักประกันอาจกำหนดแผนในการจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการของผู้ให้หลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้ เมื่อเจ้าหนี้ลงมติเห็นชอบด้วยกับแผน ผู้บังคับหลักประกันจึงจะสามารถดำเนินการตามแผนได้ ภายหลังจากประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะต้องแจ้งผลการประชุม พร้อมทั้งแผนไปยังศาล นายทะเบียนของรัฐ บรรดาเจ้าหนี้เท่าที่ทราบและบุคคลอื่นที่เคยได้รับการแจ้งมาก่อน¹⁴²

เมื่อผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เข้ามาปฏิบัติหน้าที่จะต้องเข้าไปดูแลรักษาและควบคุมทรัพย์สินจัดการธุรกิจของบริษัท¹⁴³ เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จึงมีสถานะเป็นตัวแทนของบริษัท มีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่จำเป็นและเห็นว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการจัดการกับงานและทรัพย์สินของบริษัททุกหนี้ โดยมีอำนาจเทียบเท่ากับบริษัททุกหนี้หรือกรรมการของบริษัททุกหนี้¹⁴⁴ นอกจากนี้ ยังมีอำนาจในการคัดค้านธุรกรรมของบริษัทที่เกิดขึ้นก่อนตนเข้ารับหน้าที่ โดยการยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งหยุดพักธุรกรรม ซึ่งอาจเป็นสัญญาที่ประเมินราคาต่ำไป ให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าหนี้มากเกินไป เป็นสัญญาที่บีบบังคับลูกหนี้มากเกินไป หรือเกิดขึ้นจากการฉ้อโกงของเจ้าหนี้¹⁴⁵ หากปรากฏว่าภายหลังฟื้นฟูกิจการมีทรัพย์สินในกิจการเพิ่มขึ้น ไม่ว่าจะในทางใดยังคงอยู่ภายใต้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) และเจ้าหนี้ก็ยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้มาดังกล่าว¹⁴⁶

ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อประโยชน์ของลูกหนี้ และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่าที่จะสามารถทำได้¹⁴⁷ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง โดยต้องคำนึงถึงวิธีการและระยะเวลาในการจัดการกับทรัพย์สินของบริษัททุกหนี้ด้วย หากผู้บังคับ

¹⁴²Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 53 and Insolvency Rules 1986 rule 2.46.

¹⁴³Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 67.

¹⁴⁴Insolvency Act 1986 Schedule B1 Paragraph 59, 60, 69 and Schedule 1.

¹⁴⁵Insolvency Act 1986 Section 238, 239, 244, 423 and 424.

¹⁴⁶Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 70.

¹⁴⁷Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 4.

หลักประกัน (Administrator) ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แล้ว จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทลูกนี้¹⁴⁸



¹⁴⁸วสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์
หาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 47 - 50.

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ด้วยหลักการและแนวคิดทางกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่กำหนดให้ผู้ขอสินเชื่อสามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ได้ โดยไม่ต้องส่งมอบความครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันยังคงสามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวในการประกอบธุรกิจของตนต่อไปได้ ดังนั้น เพื่อให้สถาบันการเงินผู้ซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันมีความมั่นใจในการรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน รัฐจึงสร้างกลไกและกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการขึ้นเพื่อให้การบังคับชำระหนี้เป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม โดยผู้รับหลักประกันไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ผ่านกระบวนการทางศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดี แต่ในกระบวนการวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นหรือไม่ และกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการนำกิจการออกจำหน่ายจะกระทำโดยผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งเป็นบุคคลที่มีใบอนุญาตให้เป็นผู้บังคับหลักประกันที่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้เลือกให้มาเป็นผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องใหม่และไม่เคยมีในระบบกฎหมายไทย¹ โดยประเทศไทยได้นำหลักการและแนวคิดในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการมาจากกฎหมายหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษที่มีกลไกทางด้านกฎหมายที่เอื้อต่อการอำนวยความสะดวกและการประกอบธุรกิจด้วยการนำกิจการมาใช้เป็นหลักประกันมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว และในระดับระหว่างประเทศก็ได้ให้ความสำคัญและเห็นประโยชน์ที่ประเทศต่าง ๆ จะมีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในทางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) จึงได้จัดทำแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในปี ค.ศ. 2007 มีชื่อว่า “The UNCITRAL Legislative

¹สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, การปฏิรูปกฎหมาย ปฏิรูปเพื่อ SME และเศรษฐกิจไทย, (นนทบุรี : บริษัท มาตา การพิมพ์ จำกัด, 2558), น. 21 - 22.

Guide on Secured Transactions” และในปี ค.ศ. 2016 คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้มีการสร้างกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีหลักประกันขึ้น ชื่อว่า “Model Law on Secured Transaction” เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ สามารถนำไปเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายภายในของตน ประเทศไทยก็ได้อาศัยแนวความคิดและหลักการมาจากกฎหมายดังกล่าวนี้ และนำมาปรับปรุงพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายแนวปฏิบัติทางการค้าและบริบทอื่น ๆ ของประเทศไทย²

3.1 ประเทศไทย

ผู้วิจัยได้ทำการสอบถามข้อมูลจากนายทะเบียน กองทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ทำให้ทราบว่าปัจจุบัน (ณ วันที่ 10 กรกฎาคม 2562) มีการนำกิจการมาจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ จำนวน 3,770 สัญญา คิดเป็นมูลค่าหลักประกันเป็นเงินจำนวนประมาณ 427,000,000 บาท จากจำนวนมูลค่าหลักประกันทั้งหมดประมาณ 6,800,000,000,000 บาท โดยกิจการที่นำมาเป็นหลักประกันจะเป็นกิจการขนาดเล็ก เช่น กิจการอพาร์ทเมนต์ (หอพัก) ขนาดเล็ก ร้านขายของชำ ร้านเสริมสวย ร้านซ่อมรถ สวนผลไม้ขนาดเล็ก เป็นต้น และมีวงเงินสินเชื่อที่ผู้ให้หลักประกันได้รับจากการนำกิจการเป็นหลักประกันอยู่ระหว่าง 10,000 บาท ถึง 300,000 บาท

ส่วนข้อมูลของกลุ่มสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่รับกิจการไว้เป็นหลักประกัน พบว่าผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดา และผู้รับหลักประกันจะเป็นสถาบันการเงินที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ทั้งหมด โดยธนาคารพาณิชย์ยังไม่มีกรให้สินเชื่อโดยรับกิจการไว้เป็นหลักประกันแต่อย่างใด และเนื่องจากวงเงินสินเชื่อเป็นจำนวนไม่มากนัก ดังนั้น กลุ่มสัญญาจึงตกลงเลือกผู้บังคับหลักประกันจำนวน 1 คนต่อ 1 สัญญา

ปัจจุบันพบว่าผู้บังคับหลักประกันเริ่มมีการปฏิบัติหน้าที่ในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ประมาณ 3-4 สัญญา และมีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการภายหลังมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันแล้ว จำนวน 1 สัญญา เป็นกิจการสวนผลไม้

เมื่อผู้วิจัยได้สอบถามว่าการจำหน่ายกิจการนั้นจะต้องทำการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ หรือสามารถแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้ นายทะเบียนได้พิจารณาถึงบทนิยามคำว่ากิจการตามมาตรา 3 และให้ความเห็นว่า จากบทนิยามคำว่ากิจการจะต้องทำการ

² ก๊าซ จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้ เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีอนันต์การพิมพ์, 2557), น. 18.

จำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ เพื่อให้อยู่ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบกิจการต่อไปได้ทันที ซึ่งในประเด็นนี้ได้รับการสอบถามและถกเถียงกันในหลาย ๆ ครั้งที่มีการสัมมนา หรือเสวนาท่างกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน โดยมีผู้แสดงความเห็นว่า การจำหน่ายกิจการทั้งกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนดำเนินการกิจการต่อไปได้ทันทีตามที่กฎหมายกำหนดอาจจะกระทำไม่ได้ในทางปฏิบัติ เพราะกิจการได้ประสบปัญหาจึงไม่อาจโอนกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินการกิจการต่อไป จึงต้องแยกขายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นชิ้น ๆ เพื่อนำเงินได้สุทธิจากการขายมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเท่าที่ทราบการบังคับจำหน่ายกิจการสวนผลไม่ภายหลังผู้บังคับหลักประกันได้มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันแล้วนั้น ผู้บังคับหลักประกันได้ทำการแยกจำหน่ายที่ดินในกิจการสวนผลไม่เพียง 1 แปลง เพื่อนำเงินได้สุทธิตายหลังการจำหน่ายมาชำระหนี้

แต่การโอนขายที่ดินในกิจการสวนผลไม่ นายทะเบียนได้รับทราบว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้น กล่าวคือ เจ้าพนักงานที่ดินได้ปฏิเสธการทำธุรกรรมการโอนที่ดินให้แก่ผู้ซื้อเนื่องจากไม่มีคำพิพากษาของศาลมาแสดง ซึ่งนายทะเบียนรับทราบมาว่าผู้บังคับหลักประกันกิจการสวนผลไม่ได้หาทางออกด้วยการไปใช้สิทธิทางศาลเพื่อนำคำพิพากษามาแสดงจึงจะสามารถทำการโอนที่ดินในกิจการสวนผลไม่ให้แก่ผู้ซื้อได้ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ระบบบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของประเทศอังกฤษ เมื่อเจ้าหนี้ทำการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้จะต้องยื่นเอกสารแจ้งการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันไปยังศาล เพื่อให้ศาลตรวจสอบเมื่อศาลประทับตราและอนุมัติในวันเวลาที่ได้ยื่นเอกสารแล้ว จึงจะถือว่าการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันมีผลสมบูรณ์ และผู้บังคับหลักประกันที่ได้รับการแต่งตั้งมาจะกลายมาเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ด้วยเหตุดังกล่าวในประเทศอังกฤษจึงไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินในกิจการให้แก่ผู้ซื้อ เนื่องจากผู้บังคับหลักประกันถือเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการโอนทรัพย์สินจึงให้ความเชื่อถือและไม่ปฏิเสธในการทำธุรกรรมการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ

นอกจากนี้ในการสัมมนาหรือเสวนาท่างวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ เคยมีผู้ร้องขอให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ออกกฎระเบียบ หลักเกณฑ์วิธีการจำหน่ายในแต่ละวิธีการ วิธีการประเมินราคากิจการ และกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการของผู้บังคับหลักประกันไว้ให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการประเมินมูลค่ากิจการ ในทางปฏิบัติพบว่ามีปัญหาอย่างมาก และแม้ว่าธนาคารแห่งประเทศไทย และสมาคมวิชาชีพผู้ประเมินค่าทรัพย์สินของประเทศไทยจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการประเมินมูลค่ากิจการไว้บ้างแล้วก็ตาม แต่หลักเกณฑ์และวิธีการเช่นว่านั้นไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย นายทะเบียนได้ให้ความเห็นว่า หากมีการตรากฎหมายให้สามารถแยกจำหน่าย

ทรัพย์สินในกิจการออกเป็นชั้น ๆ ได้ และกำหนดวิธีการจำหน่าย วิธีการประเมินมูลค่ากิจการ กำหนดเวลาจำหน่ายไว้อย่างชัดเจน จะเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่เอื้อหรือส่งเสริมให้การรับกิจการไว้เป็นหลักประกันเป็นที่นิยมมากขึ้น

3.1.1 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

สิทธิเรียกร้องตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจของผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นเจ้าหนี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญาประจักษ์ หรือเมื่อมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น อันเป็นเหตุบังคับหลักประกันตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

(ก) เหตุในการบังคับหลักประกัน

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุในการบังคับหลักประกันไว้แต่อย่างใด โดยเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเป็นประการใดก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และศีลธรรมอันดีต่อประชาชน³ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา (Freedom of Contract) จากการศึกษาเหตุผิดนัดตามสัญญากู้ยืมเงิน (สัญญาประจักษ์) และเหตุบังคับจำนองตามสัญญาจำนอง (สัญญาอุปกรณ์) ของสถาบันการเงินแล้ว ทำให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ อาจตกลงเหตุบังคับหลักประกัน ดังนี้

1. ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ประจักษ์ และหนี้สินอื่นใดที่มีอยู่ต่อสถาบันการเงินนั้น หรือชำระไม่ถูกต้องครบถ้วน
2. มีการใช้หนี้ประจักษ์ผิดวัตถุประสงค์แห่งการกู้ยืมและให้สินเชื่อ
3. เมื่อลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ล้มละลาย ถูกบังคับยึดหรืออายัดทรัพย์ หรือถูกบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลหรือศาลมีคำสั่งให้ไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ
4. เมื่อสถาบันการเงินตรวจสอบพบว่าข้อมูลและหรือเอกสารที่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเป็นเท็จ⁴
5. ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน มีธุรกรรมหรือพฤติกรรมอันมีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นการฉ้อโกงสถาบันการเงินหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย
6. ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันประสบปัญหาที่มีผลกระทบต่อความสามารถในการชำระหนี้กับสถาบันการเงิน เช่น ปัญหาว่างงาน ปัญหาสุขภาพ เป็นต้น

³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 11.

⁴ธนาคารกรุงไทย, “หนังสือสัญญาต่อท้ายหนังสือสัญญาจำนองที่ดินเป็นประกัน,” สืบค้นเมื่อวันที่

7. มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่ง ประกาศใด ๆ ของทางราชการหรือหน่วยงานที่มีอำนาจไม่ว่าของประเทศไทยหรือประเทศอื่นก็ตามทำให้มีผลกระทบต่อการใช้เงินเชื่อ หรือความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน

8. เมื่อลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันผิดข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาประธานและหรือสัญญาหลักประกันทางธุรกิจข้อหนึ่งข้อใด

9. ในกรณีลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดา เมื่อลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเสียชีวิต หรือถูกคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก⁵

นอกจากนี้ ตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ คู่สัญญาอาจกำหนดเหตุดังนี้เป็นเหตุบังคับหลักประกันด้วย เช่น เมื่อผู้ให้หลักประกันจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นประกันที่ไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่หมุนเวียนในกิจการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้รับหลักประกันก่อน หรือเมื่อผู้ให้หลักประกันใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในลักษณะที่ทำให้สูญหาย เสียหาย เสื่อมค่า เสื่อมราคา อันเป็นการทำให้เสื่อมสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน เมื่อผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินในกิจการที่เป็นหลักประกันไปเป็นประกันหนี้กับสถาบันการเงินอื่นซ้ำอีก⁶ เป็นต้น

(ข) การไต่สวนเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

เมื่อผู้บังคับหลักประกันได้รับแจ้งจากผู้รับหลักประกันว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว ผู้บังคับหลักประกันต้องกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว และจะต้องมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบ รวมทั้งต้องแจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นบังคับหลักประกันและประเด็นการพิจารณา รวมทั้งสำเนาหนังสือของผู้รับหลักประกัน ให้แก่ผู้ให้หลักประกันด้วย ภายในเวลาไม่เกิน 7 วันนับแต่วันได้รับแจ้งเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น⁷

ในการไต่สวนข้อเท็จจริงครั้งแรก เมื่อคู่สัญญามาพร้อมแล้วให้ผู้บังคับหลักประกันสอบถามคู่สัญญาทุกฝ่ายว่าฝ่ายใดจะยอมรับหรือปฏิเสธ โดยมีข้อโต้แย้ง ข้ออ้าง หรือข้อคัดค้านใด

⁵ธนาคารซีทีบีแบงก์, “สัญญาเงินกู้สินเชื่อบุคคล ซีที แอดวานซ์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม 2561, จาก <https://www.citibank.co.th/citi/personalloan/pdf/loancontact.pdf>

⁶สำนักนโยบายธุรกิจและบัญชีสถาบันการเงิน ฝ่ายนโยบายการค้ากับสถาบันการเงิน สายนโยบายสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย, “แนวนโยบายการประเมินราคาหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์รอการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการใช้เงินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน (ฝนสว.90-ศต22201-25590613),” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2561, จาก <http://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2559/ThaiPDF/25590127.pdf>

⁷พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 63 วรรคสอง.

สำหรับข้อเท็จจริงใดที่คู่สัญญายอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รับและเกี่ยวเนื่อง โดยตรงกับประเด็นพิจารณา ให้กำหนดไว้เป็นประเด็นพิจารณา เพื่อให้คู่สัญญานำพยานหลักฐานมาสืบ โดยผู้บังคับหลักประกันต้องให้โอกาสคู่สัญญามาชี้แจงและแสดงหลักฐานตามที่เห็นสมควร หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่มาพบผู้บังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันอาจดำเนินการไต่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและมีคำวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันต่อไป

ในการรับฟังพยานหลักฐานของผู้บังคับหลักประกัน อาจรับฟังจากเอกสารหรือจากพยานบุคคลก็ได้ ในการรับฟังพยานบุคคล พยานบุคคลต้องให้ถ้อยคำด้วยวาจา จะกระทำผ่านระบบการประชุมทางจอภาพก็ได้ โดยให้ผู้บังคับหลักประกันจดแจ้งถ้อยคำของพยานไว้ในรายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงทุกครั้ง ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายประสงค์จะเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงหรือความเห็นของพยานบุคคลแทนการซักถามพยาน ให้มีหนังสือแจ้งผู้บังคับหลักประกันพร้อมทั้งส่งต้นฉบับบันทึกถ้อยคำแทนการซักถามพยานดังกล่าว รวมทั้งส่งสำเนาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบก่อนหรือในวันไต่สวนข้อเท็จจริงที่มีการสืบพยานบุคคลนั้น และผู้บังคับหลักประกันอาจให้พยานบุคคลผู้ให้ถ้อยคำมาให้ถ้อยคำเพิ่มเติม หรือตอบคำซักถาม คำถามค้าน หรือคำถามดิงได้

ผู้บังคับหลักประกันจะต้องจัดทำรายงานการไต่สวนข้อเท็จจริง อย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้ วัน เวลา และสถานที่ที่ผู้บังคับหลักประกันดำเนินการไต่สวน ชื่อและชื่อสกุลของคู่สัญญา ชื่อ ชื่อสกุล อายุ ที่อยู่ อาชีพ และความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาของพยานบุคคล รายละเอียดแห่งข้อเท็จจริงตามที่ได้รับฟังจากพยานหลักฐาน ลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกัน คู่สัญญา และพยานบุคคลผู้ให้ถ้อยคำ⁸

(ค) การทำคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

เมื่อไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วเสร็จ ผู้บังคับหลักประกันจะต้องวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ หากมีผู้บังคับหลักประกันหลายคน การลงมติวินิจฉัยให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ในกรณีที่มีเหตุบังคับหลักประกัน และผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับหลักประกันทันที ให้ผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน แต่หากไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน⁹ หรือมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น แต่ผู้รับหลักประกันยินยอมผ่อนผันให้แก่ผู้ให้หลักประกัน

⁸กฎกระทรวง การไต่สวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ พ.ศ. 2560.

⁹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 67 วรรคสี่.

เป็นหนังสือ ให้ถือว่ายังไม่เคยมีเหตุบังคับหลักประกันดังกล่าวเกิดขึ้น โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกัน

ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 68 กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันต้องทำวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก โดยคำวินิจฉัยจะต้องจัดทำเป็นหนังสือประกอบไปด้วยสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เหตุผลแห่งการวินิจฉัย รวมถึงลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกัน และวันที่ได้มีการวินิจฉัย และในกรณีที่วินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกัน ให้ระบุจำนวนหนี้ที่ต้องชำระไว้ด้วย ส่วนในกรณีที่ไม่มีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น แต่ผู้รับหลักประกันยินยอมผ่อนผันให้แก่ผู้ให้หลักประกันเป็นหนังสือ ให้บันทึกคำยินยอมของผู้รับหลักประกันไว้ในคำวินิจฉัยด้วย¹⁰

หลังจากทำคำวินิจฉัยแล้วเสร็จ ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องส่งหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยให้ลูกหนี้ ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบ นอกจากนี้แล้วในกรณีที่มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันจะต้องมีหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยดังกล่าวให้แก่เจ้าพนักงานทะเบียน นายทะเบียน หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบด้วย เพื่อให้บุคคลดังกล่าวจดบันทึกคำวินิจฉัยลงในทะเบียน¹¹

ทั้งนี้ ห้ามมิให้คัดค้านคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เว้นแต่การไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อมีคำวินิจฉัยนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด หรือคำวินิจฉัยนั้นบกพร่องในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญ โดยผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัย และคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในชั้นนี้ให้เป็นที่สุด¹²

3.1.2 การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่ายตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนตรงตามวัตถุประสงค์ และความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้¹³ โดยเจ้าหนี้อันมีประกันดังกล่าวมีสิทธิได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นก่อนสิทธิของเจ้าหนี้อื่นสามัญรายอื่น แต่เนื่องจากการบังคับหลักประกัน

¹⁰พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 67 วรรคสามตอนท้าย.

¹¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 69.

¹²พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 70.

¹³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 208 และมาตรา 215.

ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจจะจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเอง แต่เกิดจากการที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับหลักประกันโดยอาศัยอำนาจตามข้อสัญญาหรือข้อกำหนด โดยข้อกำหนดนั้นจะต้องจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเฉพาะเท่าที่จำเป็น และต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมและไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ¹⁴ ดังจะเห็นได้จากหลักการบังคับคดีที่ห้ามมิให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น ถ้าเจ้าหนี้นำยึดหรืออายัดทรัพย์สินเกินกว่าที่จำเป็นแก่การบังคับคดีเท่าที่เพียงพอต่อการชำระหนี้แล้วถือว่าเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵ และไม่เป็นธรรมต่อลูกหนี้ ศาลสามารถสั่งเพิกถอนการยึดทรัพย์นั้นได้ เช่น ในกรณีลูกหนี้เป็นหนี้เพียง 30,000 บาท แต่เจ้าหนี้นำยึดบ้านพร้อมที่ดินซึ่งมีมูลค่าถึง 5 ล้านบาท นับว่ามีราคาต่างกันมาก และเจ้าหนี้สามารถนำยึดทรัพย์สินอื่น ๆ ภายในบ้านให้เพียงพอแก่การชำระหนี้ได้¹⁶ ดังนี้ ศาลจะเพิกถอนการบังคับคดีนั้นเพราะขัดกับหลักการห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายไม่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่ายึดทรัพย์สินไว้เพียงใดถึงจะเป็นการเพียงพอหรือเกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ จึงเป็นดุลยพินิจของเจ้าพนักงานบังคับคดีในการพิจารณาอย่างไรก็ตาม หากผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีไม่เห็นด้วยมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้ก่อนวันขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น แต่ต้องไม่ช้ากว่า 15 วันนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งหรือการดำเนินการนั้น และคำสั่งศาลให้ถือเป็นที่สุด¹⁷ ซึ่งในทางปฏิบัติการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเกินกว่าจำนวนที่เพียงพอจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา มักจะเกิดขึ้นในกรณีทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถแบ่งได้โดยสภาพ หรือกฎหมายกำหนดให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจแบ่งแยกได้¹⁸ จึงจำต้องยึดหรืออายัดเกินจำนวนและขายทอดตลาดไปทั้งหมด แต่หากทรัพย์สินนั้นมีสภาพเป็นทรัพย์สินที่แบ่งได้โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องทำการแบ่งยึดและนำออกขายทอดตลาดเฉพาะส่วนเท่าที่เพียงพอต่อการชำระหนี้¹⁹ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนด

¹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26.

¹⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 300.

¹⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 3099/2556 จาก สมชาย จุลนิตี, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), น. 231 - 233.

¹⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 300.

¹⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 142.

¹⁹รัตนินา ศุภจตุรัส. “ปัญหากฎหมายในการบังคับคดีกับทรัพย์สินที่บุคคลอื่นเป็นเจ้าของรวม,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น. 20 - 23.

ให้มีทรัพย์สินบางประเภทเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในข่ายบังคับคดี เช่น เครื่องใช้สอยส่วนตัวไม่เกิน 20,000 บาท เครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพไม่เกิน 100,000 บาท เบี้ยเลี้ยงชีพ เงินเดือนของลูกจ้างเอกชนไม่เกินเดือนละ 20,000 บาท²⁰ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ลูกหนี้และคู่สมรสยังคงมีทรัพย์สินใช้ในการดำรงชีวิตและไม่ก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมา โดยหากรายการทรัพย์สินหรือจำนวนราคาทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนด หากลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ไม่เห็นด้วยอาจจะร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนดใหม่ หรือ ร้องคัดค้านต่อศาลได้ภายใน 15 วันนับแต่ได้รับทราบคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดี อย่างไรก็ตาม ในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดรายการทรัพย์สินหรือจำนวนราคาทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดีดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีในการกำหนด ทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในข่ายบังคับคดีให้มีรายการหรือจำนวนราคาน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ แต่หากเจ้าพนักงานบังคับคดีจะกำหนดรายการหรือจำนวนราคาทรัพย์สินที่ไม่ต้องอยู่ในความ รับผิดชอบแห่งการบังคับคดีให้มีมากกว่ารายการหรือจำนวนราคาที่กฎหมายกำหนดสามารถทำได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความจำเป็นตามฐานะของลูกหนี้²¹ หลักการห้ามมิให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าที่ เพียงพอต่อการชำระหนี้สะท้อนให้เห็นอยู่ในเรื่องการบังคับทรัพย์สินให้หลุดเป็นสิทธิ ในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่กำหนดให้เจ้าหนี้ไม่สามารถ บังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิได้ เว้นแต่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่า มูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

ส่วนแนวความคิดในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น ไม่ต้องการที่จะแยกขาย ทรัพย์สินออกเป็นชิ้น ๆ แต่ต้องการขายหรือโอนกิจการทั้งกิจการไปในลักษณะที่ผู้ซื้อหรือ ผู้รับโอนกิจการนั้นสามารถดำเนินกิจการนั้นต่อไปได้ทันที อันจะทำให้ขายได้ราคามากกว่า การขายทรัพย์สินแยกเป็นชิ้น ๆ และไม่ต้องปิดกิจการหรือขายทรัพย์สินทิ้งทั้งหมด เช่น การหาผู้ประกอบการอื่นที่สามารถมารับช่วงกิจการต่อไป เป็นต้น²² กฎหมายจึงมิได้นำหลักการ บังคับคดีโดยห้ามมิให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าที่จะเพียงพอต่อการชำระหนี้มาใช้ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโดยเทียบสัดส่วนของมูลค่ากิจการกับยอดหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระว่า

²⁰ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 301 และมาตรา 302.

²¹สมชาย จุณินดี, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), น. 235.

²²กัชชัย จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้ เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีอนันต์การพิมพ์, 2557), น. 70 - 71 , น. 78 - 79.

มีความแตกต่างกันมากน้อยเพียงใดเหมาะสมแก่การนำกิจการออกจำหน่ายทั้งกิจการหรือไม่ แต่อย่างไร ผู้วิจัยวิเคราะห์แล้วเห็นว่า หากภาระหนี้คงค้างของผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้มีจำนวนน้อยกว่ามูลค่ากิจการอย่างมาก หรือกรณีมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นจากเหตุอื่นที่ไม่ใช่กรณี ลูกหนี้ผิดนัดหรือ ไร้ความสามารถในการชำระหนี้แล้ว การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันด้วยการ จำหน่ายกิจการทั้งกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จะเป็นกฎหมายที่จำกัด สิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเกินสมควรแก่กรณี และขัดกับหลักการคุ้มครองสิทธิ ในทรัพย์สินของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้

ในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73 กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนิน กิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมิน ราคากิจการ กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการ ตลอดจนดำเนินการจำหน่าย และ จัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยให้ถือว่า การดำเนินการของ ผู้บังคับหลักประกันเป็นการดำเนินการ โดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของ ผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกัน จะต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างผู้ประกอบวิชาชีพจะพึงปฏิบัติ โดยพฤติการณ์เช่นนั้น โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการจำหน่ายกิจการไว้ว่า สามารถแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นชิ้น ๆ ได้หรือไม่ การจำหน่ายกิจการจะต้องกระทำ ภายในระยะเวลาเท่าใด วิธีการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขั้นต่ำในการจำหน่ายต้องทำ อย่างไร ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการหรือไม่ และผู้สนใจเข้าซื้อ กิจการ มีสิทธิในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่ายหรือไม่อย่างไร ซึ่งวิชาชีพ ผู้บังคับหลักประกันเป็นวิชาชีพที่เกิดขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ยังไม่มีสมาคมวิชาชีพมากำกับดูแล หรือวางแนวทางปฏิบัติในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน แต่อย่างไร อันอาจก่อให้เกิดปัญหาและข้อขัดข้องในทางปฏิบัติแก่ผู้บังคับหลักประกัน ทำให้เกิด ความล่าช้า ไม่เป็นธรรมในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยจะได้อธิบายต่อ ไปในบทที่ 4

(ก) การเข้าครอบครองและดำเนินงานของกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน

เมื่อผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยให้ผู้บังคับหลักประกันแล้ว ให้อำนาจหน้าที่ในการ บริหารจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันเป็นอันสิ้นสุดลง และให้อำนาจหน้าที่ ในการบริหารจัดการกิจการดังกล่าว พร้อมทั้งบรรดาสหสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นหรือ

ผู้เป็นหุ้นส่วนในกิจการของผู้ให้หลักประกัน (ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล) ตกแก่ผู้บังคับหลักประกันโดยทันที

ในการเข้าครอบครองกิจการนั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกัน ดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ และรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการ²³ ให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน ภายใน 7 วันนับแต่วันที่ผู้ให้หลักประกันได้รับคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกัน เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นผู้บังคับหลักประกันอาจให้ผู้ให้หลักประกันส่งมอบภายในระยะเวลาที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนดไว้ หากผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกันภายในระยะเวลาข้างต้น ผู้บังคับหลักประกันจะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกัน และส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน²⁴

ในการดำเนินกิจการ ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจในการจำหน่าย จ่าย โอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้จนกว่าจะจำหน่ายกิจการ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการเข้าครอบครองและดำเนินกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันจึงเป็นไปเพื่อรอการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันเท่านั้น หากตีความคำว่า “จัดการกิจการ” เทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาล เรื่องขออำนาจการจัดการของห้างหุ้นส่วนในการจัดการกิจการแล้ว จะมีได้มีความหมายเฉพาะเพียงการดำเนินงานในทางซื้อขายหรือหากำไรเข้ากิจการเพียงอย่างเดียวแต่รวมถึงงานอื่น ๆ ที่จำเป็นหรือเกี่ยวเนื่องด้วย เช่น การบำรุงรักษาทรัพย์สินของกิจการ การจัดหาเครื่องมือเครื่องใช้และอุปกรณ์ต่าง ๆ ในการดำเนินงานของกิจการ ตลอดจนการว่าจ้างคนมาเป็นลูกจ้าง ผู้จัดการ การรับรองหนี้ของกิจการ (คำพิพากษาฎีกาที่ 773/2474) และการฟ้องคดีด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1771/2499)²⁵ โดยการดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันนี้กฎหมายให้ถือว่าเป็นการดำเนินการโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน²⁶

²³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 64.

²⁴พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 72.

²⁵โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 65.

²⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 73 วรรคสอง และวรรคสาม.

(ข) หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการในการจำหน่ายกิจการ

จุดมุ่งหมายของการเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ได้มาซึ่งราคาจำหน่ายที่สูง และเป็นประโยชน์ เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ซึ่งตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ โดยมีได้มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการไว้แต่อย่างใด โดยกฎหมายเปิดช่องให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถใช้ดุลยพินิจในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่ต้องจำหน่ายกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที

จากการศึกษาพบว่าการซื้อขายกิจการมักจะกระทำโดยนิติบุคคล ในรูปแบบ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก การซื้อกิจการ (Acquisition) คือ การที่บริษัทหนึ่งได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือเข้าควบคุมบริษัทอื่นบางส่วนหรือทั้งหมด แม้ว่าการเข้าซื้อกิจการจะมีการเปลี่ยนแปลงการเข้าควบคุมโดยสิ้นเชิง แต่บริษัทผู้ซื้อและบริษัทผู้ขายจะยังคงดำเนินการเป็นอิสระต่อกันอยู่ การซื้อกิจการวิธีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรให้ได้มากที่สุด²⁷ โดยสามารถแบ่งวิธีการซื้อกิจการได้ ดังนี้

1) การได้มาซึ่งหุ้น (Share Acquisition) เป็นกรณีที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของกิจการอีกแห่งหนึ่งทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นในจำนวนที่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทผู้ซื้อจะมีคะแนนเสียงข้างมากและสามารถเข้าไปควบคุมการบริหารจัดการในบริษัทผู้ขายได้ โดยที่ไม่ประสงค์จะควบรวมเป็นบริษัทเดียวกัน²⁸ อันมีผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างด้านการบริหารในบริษัทผู้ขายให้เป็นคณะบุคคลเดียวกันกับผู้บริหารของบริษัทผู้ขาย²⁹ หรืออาจเรียกว่า “การครอบงำกิจการ (Takeover)”

การซื้อขายกิจการโดยวิธีการซื้อหุ้น เป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบัน เพราะสามารถซื้อขายได้อย่างรวดเร็ว และบริษัทผู้ซื้อสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ทันที โดยไม่ต้องขอ

²⁷ สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า, “คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า,” (ออนไลน์), สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2561, จาก <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/03/vocabulary.pdf>

²⁸ สมเดช โรจน์คูรีเสถียร, “การรวมกิจการ (Business Combination),” เอกสารภาษีอากร, 2544, น. 42 - 52.

²⁹ ชรินทร์ สัจจญาณ, “การควบกิจการ (Merger) และการเข้าครอบงำกิจการ (Take Over),” Tax & Business Law, 2540, น. 39 - 44.

ใบอนุญาตประกอบกิจการใหม่ และบริษัทผู้ซื้อกิจการจะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดที่มีอยู่ในกิจการของบริษัทผู้ขาย รวมถึงพนักงานลูกจ้างด้วย ทำให้การซื้อกิจการโดยวิธีนี้ไม่มีผลกระทบต่อลูกจ้างหรือการจ้างแรงงาน เพราะบริษัทผู้ขายในฐานะนายจ้างก็ยังคงประกอบธุรกิจต่อไป อีกทั้งไม่มีผลกระทบต่อสิทธิต่าง ๆ ของลูกค้าหรือบุคคลภายนอกที่มีนิติสัมพันธ์กับบริษัทผู้ขาย เพราะบริษัทผู้ซื้อรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของบริษัทผู้ขายและกิจการยังคงดำเนินต่อไป แต่ปัญหาของการซื้อขายกิจการวิธีนี้คือ การตกลงมูลค่าหรือราคาหุ้น เพราะผู้ซื้อรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ด้วย ดังนั้น ก่อนการกำหนดราคาหรือมูลค่าหุ้น จำเป็นจะต้องใช้กระบวนการตรวจสอบ (Due Diligence) เพื่อนำข้อมูลมาวิเคราะห์กำหนดราคาซื้อขายกิจการกัน ปัญหาอีกประการหนึ่งของการซื้อขายกิจการด้วยการซื้อหุ้น คือ มีกฎหมายจำกัดสัดส่วนการถือครองหุ้นสำหรับบุคคลบางประเภท เช่น การถือครองหุ้นของคนต่างด้าว การซื้อหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัด จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการครอบงำกิจการ (Takeover) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นต้น³⁰

2) การได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการ (Asset Acquisition) เป็นกรณีที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อสินทรัพย์ของกิจการอีกแห่งหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial part of assets) ซึ่งกิจการที่มีการจำหน่ายสินทรัพย์ออกไปอาจจะยังคงดำรงอยู่ต่อไปหรือเลือกที่จะเลิกกิจการไปก็ได้ เช่น บริษัท A จำกัด ประกอบกิจการขายไถ่อย่างและหมูอย่าง โดยมีเต่าอย่างไถ่จำนวน 5 เครื่อง และเต่าอย่างหมูจำนวน 1 เครื่อง ส่วนบริษัท B จำกัด ประกอบกิจการขายไถ่อย่าง มีเต่าอย่างไถ่จำนวน 10 เครื่อง บริษัท B จำกัดประสงค์จะซื้อเต่าอย่างไถ่ทั้งหมดของบริษัท A จำกัด จึงได้เจรจาซื้อขายเต่าอย่างไถ่จากบริษัท A จำกัด จนเกิดการโอนทรัพย์สินกันขึ้น เช่นนี้ บริษัท B จำกัดจะเป็นเจ้าของเต่าอย่างไถ่ของบริษัท A จำกัด ทำให้บริษัท B จำกัดมีเต่าอย่างไถ่เพิ่มขึ้นเป็น 15 เครื่อง ส่วนบริษัท A จำกัดยังมีสินทรัพย์ คือ เต่าอย่างหมูเหลืออยู่ 1 เครื่อง บริษัท A จำกัดจึงไม่จำเป็นต้องเลิกกิจการ ฉะนั้นบริษัท A จำกัดจึงยังสามารถประกอบกิจการค้าขายหมูอย่างต่อเนื่อง หรือจะขายกิจการให้บุคคลอื่นก็ย่อมกระทำได้เช่นกัน³¹

ในประเทศไทย การซื้อสินทรัพย์ของกิจการเป็นรูปแบบที่มีการนำใช้มากพอสมควร โดยปกติการซื้อสินทรัพย์ของกิจการจะไม่เป็นการกระทบต่อสัญญาจ้างแรงงาน เพราะบริษัทผู้ขายยังคงดำรงฐานะเป็นนายจ้างอยู่ต่อไปไม่ว่าผู้ขายจะดำเนินกิจการต่อไปหรือผู้ขายจะเลิกบริษัทก็ตาม

³⁰กิตติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์, รัฐเพื่อ...การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), น. 94.

³¹สทธรณ รัตนไพจิตร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 443 - 452.

กล่าวคือ หนี้หรือหน้าที่ไม่โอนไปยังผู้ซื้อ เว้นแต่ผู้ซื้อกับผู้ขายจะตกลงกันให้โอนสิทธิตามสัญญาจ้างแรงงานของลูกจ้างหรือพนักงานของบริษัทผู้ขายไปด้วย แต่ข้อตกลงดังกล่าวยังไม่ส่งผลผูกพันลูกจ้างหรือพนักงานของผู้ขาย จนกว่าลูกจ้างยินยอมที่จะโอนไปทำงานให้กับผู้ซื้อด้วย หากลูกจ้างไม่ยินยอมที่จะไปทำงานในบริษัทผู้ซื้อแล้ว ถือได้ว่านายจ้างได้เลิกจ้างลูกจ้างอันเป็นเหตุให้ต้องมีการจ่ายค่าชดเชยต่อไป การซื้อขายกิจการโดยวิธีนี้ บริษัทผู้ซื้อสามารถเลือกซื้อทรัพย์สินของบริษัทผู้ขายได้เป็นรายชิ้นตามความต้องการของผู้ซื้อ ไม่จำเป็นต้องรับโอนทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทผู้ขายแต่อย่างใด และง่ายต่อการตกลงราคาซื้อขายที่เหมาะสมหรือราคาตลาด ทั้งสามารถดำเนินการซื้อขายให้เสร็จได้อย่างรวดเร็ว และบริษัทผู้ซื้อก็ไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบในภาระหนี้สิน หน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ ของบริษัทผู้ขายแต่อย่างใด³²

ประการที่สอง การควบรวมกิจการ (Merger) คือ การรวมกิจการโดยกิจการหนึ่งจะกลืนอีกกิจการหนึ่ง (Merged Corporation) เข้าไปคงเหลือไว้เพียงกิจการใดกิจการหนึ่ง มิได้มีบริษัทใหม่เกิดขึ้น ซึ่งกิจการที่คงอยู่ (Surviving Corporation) โดยส่วนมากมักจะเป็นกิจการที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจมากกว่าอีกกิจการ³³

การควบรวมกิจการวิธีนี้ต้องอาศัยความยินยอมของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัททั้งหลายที่จะรวมกันและคงผูกพันกันเองตามหลักของสัญญา กฎหมายไม่ได้รับรองการควบรวมกิจการวิธีนี้ไว้ จึงไม่อาจผูกพันเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้มิได้เป็นคู่สัญญาด้วย ทั้งจะมีผลต่อเมื่อมีการจดทะเบียนเลิกบริษัทหนึ่ง และจดทะเบียนแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของอีกบริษัทหนึ่งที่ยังคงอยู่ให้รวมกิจการของบริษัทที่เลิกไปเข้าไว้³⁴

ประการที่สาม การควบรวมกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Consolidation หรือ Amalgamation) คือ การที่บริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป ควบเข้ากันเกิดเป็นบริษัทใหม่ เป็นผลให้ทั้งสองบริษัทเดิมสิ้นสภาพจากการเป็นนิติบุคคล และบริษัทใหม่ได้ไปทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีอยู่ของทั้งสองบริษัทเดิม ตลอดจนทุน ผู้ถือหุ้น และลูกจ้างพนักงานของบริษัทเดิม

³²กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, รัฐเพื่อ...การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), น. 129 - 131.

³³อวยชัย สุขวงศ์, “รอบรู้เรื่องการควบกิจการ (1),” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2561, จาก <http://www.dlo.co.th/files/doc060116120246.pdf>

³⁴โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น. 525.

มาด้วย³⁵ เช่น บริษัท A จำกัด มีทุนจดทะเบียนจำนวน 1,000,000 บาท และมีหนี้สินจำนวน 2,000,000 บาท ต้องการควบกิจการกับบริษัท B จำกัด ซึ่งมีทุนจดทะเบียนจำนวน 3,000,000 บาท และมีหนี้สินจำนวน 1,500,000 บาท ซึ่งเมื่อดำเนินการควบรวมกิจการกันแล้วได้ตกลงให้บริษัทที่เกิดขึ้นใหม่ ชื่อ บริษัท C จำกัด ซึ่งจะมีทุนจดทะเบียนเท่ากับ 4,000,000 บาท และบริษัท C จำกัด ต้องรับเอาสิทธิ หน้าที่ รวมถึงหนี้สินของบริษัทเดิมทั้งสองบริษัท ทำให้บริษัท C จำกัดมีหนี้สินรวมแล้วทั้งสิ้น 3,500,000 บาท ส่วนบริษัท A จำกัด และบริษัท B จำกัดต้องดำเนินการจดทะเบียนควบกิจการเพื่อให้มีผลเป็นการเลิกกิจการเดิมและดำเนินการชำระบัญชีต่อไป

การควบรวมกิจการวิธีการนี้กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 บัญญัติรับรองไว้ โดยจะทำการควบรวมกิจการได้ต่อเมื่อบริษัทแต่ละบริษัทที่ตกลงควบกันมีมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นให้ความเห็นชอบ และจะต้องไม่มีเจ้าหนี้ของบริษัทคัดค้าน หากมีการคัดค้านเกิดขึ้น บริษัทนั้นต้องชดเชยหนี้หรือให้ประกันเพื่อหนี้นั้นเมื่อบริษัทได้ควบเข้ากันแล้วต้องนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ควบเข้ากัน และบริษัทที่ได้จัดตั้งขึ้นใหม่นั้นต้องจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทใหม่ และจะถือว่าบริษัทเดิมที่ควบกันนั้นสิ้นสภาพไป³⁶

จากการศึกษาพบว่า วิธีการจำหน่ายกิจการเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาขายสูงสุด มักนิยมทำด้วยการประมูล โดยอาจใช้การประมูลโดยเปิดเผย (Public Auction) หรือแข่งขันราคาแบบยื่นซองประกวดราคา หรือขายทอดตลาด (Sale by Auction) ก็ได้ โดยผู้ขายจะเป็นผู้กำหนดราคาขั้นต่ำหรือราคาที่สมควรขาย (Reserve Price) และให้ผู้เข้าประมูลแข่งขันราคากัน ผู้เข้าประมูลรายใดเสนอราคาสูงสุด ผู้เข้าประมูลผู้นั้นก็จะเป็นผู้ชนะการประมูลและได้กิจการไป อาจกล่าวได้ว่า การขายทรัพย์สินโดยวิธีการประมูลราคาแข่งขันกันระหว่างผู้ซื้อหลายคน ก็เพื่อให้สามารถขายทรัพย์สินนั้นได้ในราคาสูงกว่าการขายโดยวิธีธรรมดาทั่วไป และให้ได้ราคาสูงที่สุดเท่าที่สามารถจะประมูลขายได้ อ้างอิงจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3519/2535 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2656/2540 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7439/2540 หรืออย่างน้อยที่สุดต้องอาจเป็นราคาขั้นต่ำ³⁷ โดยขั้นตอนและ

³⁵โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น. 524.

³⁶กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์, ผู้ฟ้อง...การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), น. 104.

³⁷Randall S. Thomas and Robert G. Hansen, Auctioning Class Action and Dervative Lawsuits : A Critical Analysis, 1993, p. 423. อ้างถึงในนิริชา วรมนินทร, “การเพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี,” 2543, น. 20.

การดำเนินการประมูล เพื่อจำหน่ายนั้นจะกระทำโดยผู้ทอดตลาด (Auctioneer) ซึ่งเป็นคนกลางอาจเป็นบุคคลซึ่งผู้ขาย (Seller) จ้างมา และมีฐานะเป็นตัวแทนของผู้ขาย อย่างไรก็ตาม เมื่อทรัพย์สินถูกนำเข้าสู่กระบวนการขายทอดตลาด ผู้ทอดตลาดก็มีฐานะเสมือนตัวแทนของผู้ซื้อ (Buyer) ด้วย³⁸ ทั้งนี้ สาระสำคัญของการขายโดยวิธีการประมูล คือ การโฆษณาหรือเผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงการประมูลขายนั้น เพื่อหาผู้สนใจเข้าประมูลซื้อ โดยผู้ทอดตลาดมีหน้าที่จะต้องดำเนินการปิดประกาศทรัพย์สินที่ขายเป็นการทั่วไปแก่ประชาชนหรือลงโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ เพื่อให้ผู้ที่สนใจเข้าร่วมประมูลได้เข้ามาตรวจสอบดูทรัพย์สินที่จะประมูล³⁹ เช่น กิจการ โรงแรม Novotel Phuket Karon beach Resort & Spa และ โรงแรมถาวรแกรนด์ พลาซ่า เสนอขายกิจการโดยวิธีเปิดรับซองเสนอราคา⁴⁰ การประมูลซื้อกิจการของคาร์ฟูร์⁴¹ เป็นต้น

ในการจำหน่ายทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี กฎหมายกำหนดให้ทำการจำหน่ายโดยวิธีการขายทอดตลาดอันเป็นการประมูลเปิดเผยเช่นเดียวกัน เว้นแต่ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นมีสภาพเป็นของสดของเสียได้ หรือถ้าห่วงงำไว้จะเสี่ยงต่อความเสียหาย หรือค่าใช้จ่ายเกินส่วนแห่งค่าของทรัพย์สิน หรือเป็นทรัพย์สินที่ขายได้ยาก เจ้าพนักงานบังคับคดีจึงจะทำการขายโดยวิธีการอื่นได้⁴² โดยก่อนการขายทอดตลาดเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องพิจารณากำหนดราคาขาย และวิธีการขายบนพื้นฐานความเป็นธรรม และเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย การขายทอดตลาดทรัพย์สินที่รวดเร็ว และขายได้ในราคาสูงจะเป็นประโยชน์มากที่สุด⁴³ โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจในการรวมขายทรัพย์สินตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไป หรือแยกขายทรัพย์สินออกเป็นส่วน ๆ ได้ หากคาดหมายได้ว่าการขายเช่นนั้นจะเพียงพอแก่การบังคับคดี หรือเงินรายได้ในการขายจะเพิ่มขึ้นเพราะเหตุนั้น หลังจากนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องจัดทำ

³⁸Henry Cambell. "Black's Law Dictionary", 1990, p. 119. และ The Oxford Companion to Law, 1980. p. 94. อ้างถึงในนิรชา วรมนินทร. "การฟ้องถอนการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี," 2543, น. 18.

³⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 510.

⁴⁰ไม่ทราบชื่อผู้เขียน, "เคาะราคาโรงแรมดังกลางเมืองภูเก็ต เริ่มที่ 420 ล้าน-เปิดยื่นซอง 3 ต.ค.," MGR Online, (25 กันยายน 2554), สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://mgronline.com/daily/detail/9540000122134>

⁴¹ไม่ทราบชื่อผู้เขียน, "บิ๊กซี ชนะประมูลซื้อ คาร์ฟูร์ ในไทย," กระปุกดอทคอม, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2561, จาก <https://highlight.kapook.com/view/53599>

⁴²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 และมาตรา 332.

⁴³อมรรัตน์ รัตนกิจเจริญ, "การบังคับคดีโดยเอกชน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น. 57 - 58.

ประกาศขายทอดตลาด ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับวัน เวลา สถานที่ขายทอดตลาด รายละเอียดของทรัพย์สินที่จะขายและภาระติดพัน แผนที่แสดงบริเวณที่ตั้งทรัพย์สิน ราคาเริ่มต้นที่ใช้ในการขายทอดตลาด เงื่อนไขและข้อสัญญาในการเสนอราคา⁴⁴ เช่น ผู้เข้าสู้ราคาต้องนำเงินมาวางเป็นประกันในการเข้าสู้ราคา ผู้ซื้อที่ประมูลซื้อได้ต้องวางเงินมัดจำร้อยละ 25 ของราคาทรัพย์สินที่ประมูลซื้อได้ในวันขายทอดตลาด และต้องทำสัญญาชำระเงินส่วนที่เหลือภายใน 15 วันนับแต่วันประมูลซื้อได้ และผู้ซื้อต้องรับภาระค่าโอนและค่าภาษี เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะขายเป็นส่วนสำคัญที่สุด เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องระบุให้ชัดเจนและละเอียดที่สุดเท่าที่จะทำได้ หากเจ้าพนักงานบังคับคดีระบุไม่ละเอียดหรือระบุผิดพลาดและเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ทำให้ผู้ซื้อประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ประมูลนั้นคลาดเคลื่อน และหากมีการประมูลไปโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญบางอย่าง เช่น เจ้าพนักงานบังคับคดีนำทรัพย์สินมาขายเฉพาะส่วน แต่ตามประกาศได้ประกาศผิดพลาดหรือไม่ชัดเจน โดยประกาศขายทั้งแปลงหรือประกาศคลุมเครือ ทำให้ผู้ซื้อเข้าใจผิดในสาระสำคัญดังกล่าว และได้ประมูลซื้อไป ก็อาจเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการขายทรัพย์สินดังกล่าวภายหลังได้ ภายหลังจัดทำประกาศขายทอดตลาดเป็นที่เรียบร้อยแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องแจ้งวันเวลา สถานที่ขายทอดตลาดพร้อมส่งประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสีย⁴⁵ เช่น เจ้าหนี้ ลูกหนี้ บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของร่วมในทรัพย์สินที่จะนำออกขาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งต้องเสียหายจากการขายทรัพย์สินนั้น เป็นต้น ทราบล่วงหน้าก่อนวันขายทอดตลาดไม่น้อยกว่า 5 วัน และให้โฆษณาประกาศขายทอดตลาดในเว็บไซต์ต่าง ๆ ที่แพร่หลายหรือเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป และปิดประกาศ ณ สถานที่ขายทอดตลาดหรือสถานที่ราชการสำคัญ ก่อนวันขายทอดตลาดไม่น้อยกว่า 7 วัน โดยอาจประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายก่อนวันขายทอดตลาดไม่น้อยกว่า 5 วันด้วยก็ได้⁴⁶

ในวันขายทอดตลาด ก่อนเริ่มทำการขายทอดตลาดเจ้าพนักงานบังคับคดีจะทำการตรวจสอบคุณสมบัติและสถานะของผู้ซื้อว่าเป็นบุคคลซึ่งศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินหรือคำพิพากษาให้ล้มละลายหรือไม่ หากบุคคลนั้นถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินหรือให้ล้มละลายจะขาดคุณสมบัติไม่สามารถเข้าร่วมประมูลสู้ราคาได้ และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องปักธงเครื่องหมายการขายทอดตลาด อ่านประกาศโฆษณาการขายทอดตลาด ชี้แจงเงื่อนไข วิธีการเข้าสู้ราคา การขานราคา วิธีขายโดยการเคาะไม้ ข้อสัญญาในการชำระราคา ค่าเดือนผู้ซื้อ ให้ผู้เข้าฟังการขายและสู้ราคาทราบในการขาย และเมื่อเริ่มขายทรัพย์สินนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดีจะประกาศกำหนดราคาเริ่มต้น

⁴⁴กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559 ข้อ 6.

⁴⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287.

⁴⁶กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559 ข้อ 9.

และจำนวนเงินขั้นต่ำที่ผู้ซื้อราคาอาจเสนอเพิ่มให้สูงกว่าราคาที่มีผู้เสนอก่อนตนได้ เมื่อมีผู้ให้ราคาสูงสุดและราคาดังนั้นเป็นราคาที่สมควรขายโดยไม่มีผู้ใดให้ราคาสูงกว่านี้อีก เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุด แต่ถ้าหากว่าไม่มีผู้ใดเสนอราคา หรือให้ราคาต่ำ หรือผู้บังคับบัญชาไม่อนุมัติให้ขาย เจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะงดการขาย⁴⁷

ทั้งนี้ นอกจากวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินและนำเงินได้สุทธิจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ร้องขอต่อศาลให้นำรายได้จากการประกอบกิจการของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาชำระแทนการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ ถ้าศาลเห็นว่ารายได้ดังกล่าวอาจเพียงพอภายในเวลาอันสมควร และไม่มีข้อเท็จจริงที่จะเป็นการประวิงการชำระหนี้ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งผู้จัดการกิจการ และให้มอบเงินรายได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีภายในเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควร⁴⁸

(ค) การกำหนดราคาขั้นต่ำเพื่อจำหน่ายกิจการ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 73 กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและประเมินราคากิจการ เพื่อกำหนดราคาขั้นต่ำในการจำหน่ายกิจการที่เหมาะสม โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการประเมินเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาขายที่เหมาะสม และไม่ได้อ้างหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาขั้นต่ำเพื่อกำหนดราคาขายไว้แต่อย่างใด โดยเปิดโอกาสให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดวิธีการประเมินได้ตามที่เห็นสมควรและเหมาะสมกับกิจการประเภทนั้น ๆ แม้ว่าธนาคารแห่งประเทศไทยจะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินราคากิจการที่มีมูลค่ากิจการไม่เกิน 50 ล้านบาทไว้ว่าการประเมินจะต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) และให้ใช้วิธีการประเมินราคากิจการ โดยพิจารณาจากรายได้ สินทรัพย์สุทธิของกิจการ วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด หรือวิธีการอื่นซึ่งสามารถสะท้อนมูลค่ากิจการได้อย่างแท้จริงและเป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานสากลก็ได้ นอกจากนี้ธนาคารแห่งประเทศไทยยังกำหนดให้สถาบันการเงินที่รับกิจการไว้เป็นหลักประกันจะต้องทำการประเมินราคากิจการใหม่ทุก ๆ 1 ปี หรือภายใน 60 วันนับจากวันที่ลูกหนี้เปลี่ยนแปลงการจัดชั้นลูกหนี้ โดยให้ใช้วิธีประเมินราคากิจการเช่นเดียวกับวิธีที่เลือกใช้ ณ วันที่ให้สินเชื่อ หรืออาจจะเลือกใช้วิธีการประเมินราคา วิธีอื่นซึ่งได้มูลค่ากิจการที่ต่ำกว่าวิธีการประเมินราคาวิธีเดิมก็ได้ แต่แนวทางและหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีผลใช้กับการประเมินของสถาบันการเงินเท่านั้น ไม่มีสภาพบังคับให้ผู้บังคับหลักประกันที่ไม่ใช่สถาบันการเงินให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

⁴⁷อมรรัตน์ รัตนกิจเจริญ, “การบังคับคดีโดยเอกชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น. 61 - 63.

⁴⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 336.

จากการศึกษาการซื้อขายกิจการโดยสมัครใจระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายพบว่า การประเมินราคาเพื่อกำหนดราคาซื้อขายกิจการ ผู้ซื้อและผู้ขายมักจะทำการจ้างคนกลางซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความชำนาญ และเป็นอิสระมาเป็นผู้สอบทานธุรกิจ (Business Review) หรือที่เรียกว่า “การทำ Due Diligence” ซึ่งไม่ได้มุ่งเน้นตรวจทานเฉพาะฐานะทางการเงินของกิจการ (Financial Due Diligence) เท่านั้น แต่รวมไปถึงการสอบทานด้านกฎหมาย (Legal Due Diligence) และด้านการปฏิบัติงาน (Operational Due Diligence) เพื่อเป็นการทำความเข้าใจธุรกิจโดยภาพรวมก่อนที่จะตัดสินใจซื้อหรือขายธุรกิจนั้นว่า มีปัจจัยอะไรที่สนับสนุนให้กิจการสามารถประสบความสำเร็จต่อไปในอนาคตหลังจากการซื้อกิจการ หรือกิจการที่เข้าทำการตรวจสอบนั้นมีจุดอ่อนจุดแข็งประการใดบ้าง โดยทั่วไปหมายรวมถึงการสอบทานกิจการในเรื่องดังนี้เช่น ความสามารถในการทำกำไรของกิจการ นโยบายเกี่ยวกับเงินเดือนสวัสดิการพนักงาน แหล่งวัตถุดิบในการผลิต สภาพการแข่งขันของธุรกิจ อายุการใช้งานของโรงงานและเครื่องจักร เงื่อนไขทางการค้า จุดคุ้มทุนของกิจการ การตอบสนองและการปรับตัวของกิจการต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพแวดล้อมทางธุรกิจ โอกาสเสี่ยงทางธุรกิจหรือทางด้านการเงิน อาทิ ความเสี่ยงด้านภาษี หนี้สินที่อาจเกิดขึ้น หรือโอกาสที่อาจถูกเรียกร้อยค่าเสียหาย เป็นต้น⁴⁹ ทั้งนี้ ผู้สอบทานจะต้องเก็บรักษาข้อมูลที่ตนได้ล่วงรู้มาจากการตรวจสอบกิจการไว้เป็นความลับ และจะต้องทำรายงานเสนอข้อเท็จจริง และข้อพิจารณาต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายนำไปวิเคราะห์ว่าควรซื้อขายกิจการนั้นในราคาเท่าใด เพื่อให้ได้ราคาซื้อขายกิจการที่เหมาะสมตามความพึงพอใจของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (Freedom of Contract)

ส่วนการกำหนดราคาขั้นต่ำหรือราคาเริ่มต้นประมูล จากการศึกษาลักษณะการกำหนดราคาขั้นต่ำในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี พบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดอัตราเริ่มต้นประมูลไว้ จึงเป็นดุลยพินิจของเจ้าพนักงานบังคับคดีที่จะกำหนดราคาเริ่มต้นประมูลเองได้ โดยมีหลักเกณฑ์ปฏิบัติดังนี้ ในกรณีทรัพย์สินที่ขายเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น เครื่องจักรเจ้าพนักงานบังคับคดีจะกำหนดราคาเริ่มต้นตามดุลยพินิจของเจ้าพนักงานบังคับคดีโดยพิจารณาจากสภาพทรัพย์สินในปัจจุบัน ราคาซื้อขายในท้องตลาด เป็นต้น ส่วนกรณีทรัพย์สินที่ขายเป็นอสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานบังคับคดีจะกำหนดราคาเริ่มต้นสำหรับการขายทอดตลาดแต่ละครั้ง ดังนี้ ในการขายครั้งที่ (1) ราคาขั้นต่ำในการเริ่มต้นขายเท่ากับราคาประเมินของคณะกรรมการกำหนดราคาทรัพย์สิน เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สิน หรือเจ้าพนักงานบังคับคดี

⁴⁹อุณากร พงศ์ธาดา และศิลปะพร ศรีจันเพชร, “Due Diligence คืออะไร,” วารสารบริหารธุรกิจ ฉบับที่ 102, (เมษายน – มิถุนายน 2547) : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 23 - 34. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2561, จาก <http://library.dip.go.th/multim1/edoc/13599.pdf>

แล้วแต่กรณี หากยังไม่สามารถขายทอดตลาดได้ในครั้งก่อน ๆ การขายครั้งที่สอง (2) (3) และ (4) ราคาขั้นต่ำในการเริ่มต้นขายจะลดทอนลงไปเป็นร้อยละ 90 ร้อย ละ 80 และร้อยละ 70 ของราคาประเมิน ตามลำดับ⁵⁰ และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะเคาะไม้ขายต่ำกว่าราคาเริ่มต้นหรือราคาขั้นต่ำที่กำหนดไว้เป็นราคาสมควรขายไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา และผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีแถลง โดยชัดแจ้งต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีว่าไม่คัดค้านและยินยอมให้เจ้าพนักงานบังคับคดีขายให้ราคานั้นได้⁵¹

(ง) สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันแต่อย่างใด ทั้งที่การปฏิบัติหน้าที่ในการจำหน่ายกิจการของผู้บังคับหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาขาย วิธีการขาย อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสีย อาทิ ผู้รับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้อื่น ๆ ได้ กล่าวคือ หากวิธีการประเมินราคาไม่สะท้อนให้เห็นมูลค่ากิจการที่แท้จริงและไม่เหมาะสม ส่งผลให้ได้ราคาขายกิจการที่สูงเกินไป ทำให้ไม่มีผู้สนใจเข้าซื้อกิจการ ผู้รับหลักประกันได้รับชำระหนี้ล่าช้าและทำให้ผู้ให้หลักประกันต้องรับภาระดอกเบี้ยที่ยาวนานขึ้น หรือในทางตรงกันข้ามหากราคาขายกิจการที่กำหนดไว้ต่ำเกินไปสมควรอาจส่งผลให้เงิน ได้จากการจำหน่ายกิจการไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และผู้ให้หลักประกันยังต้องรับผิดชอบใช้ในส่วนที่ขาดจนกว่าจะชำระหนี้โดยสิ้นเชิง เป็นต้น หรือหากวิธีการจำหน่ายที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนดไม่ทำให้ได้ราคาขายกิจการที่สูง เช่น การเลือกขายโดยกำหนดผู้ซื้อโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งไม่ใช่กิจการที่ขายได้ยาก ทำให้การขายกิจการไม่ได้ราคาสูงดังเช่นการขายโดยวิธีประมูลเปิดเผย หรือขายทอดตลาด เป็นต้น การที่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ให้หลักประกันและผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิคัดค้านการจำหน่ายกิจการของผู้บังคับหลักประกัน จะก่อให้เกิดคดีขึ้นสู่ศาลอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการจำหน่ายกิจการของผู้บังคับหลักประกันได้

เมื่อพิจารณาถึงการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 41 ว่าให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้แก่การดำเนินการ

⁵⁰ประกาศคณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาเริ่มต้น และราคาที่สมควรขายในการขายทอดตลาด เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาเริ่มต้นและราคาที่สมควรขายในการขายทอดตลาด.

⁵¹คำสั่งกรมบังคับคดี ที่ 503/2560 เรื่อง การปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สิน ข้อ 9.6.

จำหน่ายทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันโดยอนุโลม จากการศึกษาพบว่าสิทธิของผู้มีส่วนได้เสีย ในการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีดังนี้

1. สิทธิในการคัดค้านวิธีการจำหน่าย กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องทำการจำหน่ายหรือขายทรัพย์สิน โดยวิธีการขายทอดตลาดที่มีลักษณะเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปเป็นหลัก เว้นแต่กรณีทรัพย์สินเป็นของสดของเสียบางอย่าง ขายได้ยาก หรือค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาและการขายทอดตลาดเกินส่วนของราคาทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดีถึงจะขายโดยวิธีการอื่นได้ ทั้งนี้ ผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่เห็นด้วยสามารถใช้สิทธิร้องคัดค้านต่อศาลได้ภายใน 2 วันนับแต่ทราบ และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะจำหน่ายโดยวิธีการนั้นได้ก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาต แต่หากศาลสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจำหน่ายโดยวิธีการอื่นแทน เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาล และคำสั่งศาลถือเป็นที่สุด⁵² หรือในกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีส่งแยกขายเป็นส่วน ๆ หรือรวมขายทรัพย์สินเป็นกอง ๆ หากผู้มีส่วนได้เสียไม่เห็นด้วยสามารถร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการขายตามวิธีการที่ตนเห็นสมควรก็ได้ หรือจะร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ได้ หากเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ยอมปฏิบัติตามผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 2 วัน นับแต่วันปฏิเสธ และหากศาลมีคำวินิจฉัยประการใดให้ถือเป็นที่สุด⁵³

2. สิทธิในการคัดค้านราคาประเมิน ในกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีมีการกำหนดราคาประเมินที่สูงหรือต่ำเกินความเป็นจริง ผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำแถลงต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการประเมินราคาใหม่พร้อมให้เหตุผลในการปรับลดหรือเพิ่มราคาประเมินได้⁵⁴ หรืออาจจะคัดค้านการประเมินราคาทรัพย์สินต่อศาลก็ได้

3. สิทธิในการคัดค้านคำสั่งหรือการดำเนินการของเจ้าพนักงานบังคับคดีในจำหน่ายทรัพย์สินเกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันขาย แต่ต้องไม่ช้ากว่า 15 วัน นับแต่วันทราบคำสั่งหรือการดำเนินการนั้น คำสั่งของศาลเป็นที่สุด⁵⁵

4. สิทธิในการร้องขอให้เพิกถอนหรือแก้ไขกระบวนการบังคับคดีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ดำเนินการบังคับคดีบกพร่อง ผิดพลาด หรือฝ่าฝืนกฎหมาย ผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี

⁵²ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 332.

⁵³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 333.

⁵⁴ระเบียบกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยการประเมินราคาทรัพย์สิน พ.ศ. 2557 ข้อ 22. และกฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559 ข้อ 12 (3).

⁵⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 300 วรรค 3.

ที่ต้องเสียหายเพราะเหตุดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขกระบวนการ
วิธีการบังคับคดีนั้นได้⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น ไม่ได้มีการกำหนดไว้
อย่างชัดเจนว่าให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม⁵⁷ จึงเป็นประเด็นที่ผู้วิจัยจะทำการพิจารณาถึงสิทธิของ
ผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันต่อไปในบทที่ 4

(จ) คุณสมบัติ และสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย
ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับ
หลักประกัน มีหน้าที่ในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้เข้าซื้อกิจการด้วย เพียงแต่ในการปฏิบัติ
หน้าที่ผู้บังคับหลักประกันจะต้องใช้ความระมัดระวังเอื้อเพื่อสอดคล้องอย่างผู้ประกอบการวิชาชีพ
พึงปฏิบัติเท่านั้น โดยหากผู้บังคับหลักประกันไม่ได้ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ซื้อและผู้ซื้อ
มีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย เช่น ผู้ซื้อเป็นบุคคลล้มละลาย⁵⁸ ผู้ซื้อเป็นคนต่างด้าวซึ่งการ
เข้าซื้อกิจการจะทำให้ถือครองที่ดินเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาต การเข้าซื้อกิจการนั้นจะมีผลให้ผู้ซื้อ
รวมกิจการอันอาจก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้า เป็นการต้องห้ามพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง
การค้า พ.ศ. 2542 เป็นต้น จะส่งผลให้นิติกรรมการซื้อขายกิจการนั้นกลายเป็นโมฆะ⁵⁹ และต้องนำ
กิจการออกขายใหม่ ทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันล่าช้า และขาดประสิทธิภาพได้ ทั้งนี้
จากการศึกษาการขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีพบว่า เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้อง
ตรวจสอบสถานภาพบุคคลล้มละลายของผู้เข้าประมูลและผู้ซื้อก่อนทุกครั้ง⁶⁰

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ก็ไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิผู้สนใจ
เข้าซื้อกิจการ (ในวิธานิพนธ์เล่มนี้ต่อไปจะเรียกว่า “ผู้ซื้อ”) ในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการ
แต่อย่างใด อีกทั้ง ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องทำการประกาศหรือ

⁵⁶ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 295 วรรคสอง.

⁵⁷อัครวรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัย
บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ,” (วิธานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560),
น. 41.

⁵⁸พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 24 “เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว ห้ามมิให้
ลูกหนี้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือกิจการของตน เว้นแต่จะได้กระทำตามคำสั่งหรือความเห็นชอบของ
ศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้จัดการทรัพย์ หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้.”

⁵⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150.

⁶⁰คำสั่งกรมบังคับคดี ที่ 503/2560 เรื่อง การปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สิน.

ให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการที่จำเป็นแก่ผู้ซื้อกิจการอีกด้วย จากการศึกษาพบว่าในการขายทอดตลาด โดยเจ้าพนักงานบังคับคดี กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้องจัดทำประกาศการขายทอดตลาด และต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินให้ละเอียดและชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ หากเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ระบุรายละเอียดที่ชัดเจนเพียงพอหรือระบุผิดพลาดคลาดเคลื่อน จนทำให้ผู้ซื้อประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ประมูลนั้นคลาดเคลื่อนหรือผู้ซื้อเข้าใจผิดในสาระสำคัญ และได้ประมูลซื้อไป ก็อาจเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการขายทรัพย์ดังกล่าว ภายหลังได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2579/2551) นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ผู้สนใจเข้าร่วมประมูล มีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะประมูลตามรายละเอียด สถานที่ และแผนที่ที่ปรากฏในประกาศขายทอดตลาด โดยถือว่าผู้ซื้อทรัพย์สินได้ทราบถึงสภาพของทรัพย์สิน นั้น โดยละเอียดแล้วตามหลักผู้ซื้อต้องระวัง⁶¹

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หากผู้ซื้อกิจการไม่ได้ข้อมูล หรือรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการ ที่เพียงพอ อาจทำให้ผู้ซื้อสำคัญผิดในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมการซื้อขาย หรือสำคัญผิด ในคุณสมบัติของทรัพย์สินหรือประเมินราคาในการเข้าซื้อผิดพลาดคลาดเคลื่อน ทำให้การซื้อขาย กิจการเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ⁶² แล้วแต่กรณี ทำให้ต้องนำกิจการออกจำหน่ายใหม่ ก่อให้เกิด ความล่าช้า และการบังคับกิจการย่อมไม่มีประสิทธิภาพก่อให้เกิดรายจ่ายจากการคืนกลับสู่ สถานะเดิมอีกเป็นจำนวนมาก จึงเป็นประเด็นที่ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

(จ) การจัดสรรเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายกิจการ เพื่อชำระหนี้แก่บรรดาผู้เป็นเจ้าของหนี้ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 นับตั้งแต่มีคำวินิจฉัยให้บังคับ หลักประกันที่เป็นกิจการแล้ว ห้ามมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่น ๆ ยึดหรืออายัดกิจการที่เป็น หลักประกัน แต่ให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้บังคับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สิน

⁶¹“หลักผู้ซื้อต้องระวัง” หมายถึง ผู้ซื้อที่มีหน้าที่ต้องตรวจสอบทรัพย์สินที่ซื้อในขณะที่ทำการซื้อขาย ให้ถูกต้องตรงตามที่ผู้ซื้อต้องการเสียก่อนทั้งปริมาณและคุณภาพ ไม่ชำระครบพร้อมหรือเสียหายประการอื่นใด เมื่อรับมอบมาแล้วต้องสันนิษฐานว่าผู้ซื้อได้ตรวจสอบถูกต้องแล้ว ซึ่งตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง หรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากใช้ ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สิน นั้นไว้โดยมิได้อัดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด.”

⁶²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 และมาตรา 157.

หรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นแทน ดังนั้น เมื่อผู้บังคับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันเรียบร้อยแล้ว ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการดังกล่าว ตามลำดับต่อไปนี้⁶³

1. ชำระค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัดตามมาตรา 73 ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาจัดการ และดำเนินกิจการของผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา 73
2. ชำระค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน
3. ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียน
4. ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการตามมาตรา 71
5. เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ในการจัดสรรเงินจากการจำหน่ายกิจการชำระหนี้โดยผู้บังคับหลักประกันนั้น กฎหมายให้ถือว่าเป็นการดำเนินการโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน⁶⁴ และหากภายหลังการจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการเพื่อชำระหนี้ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีเงินคงเหลือให้ผู้บังคับหลักประกันส่งมอบคืนให้แก่ผู้ให้หลักประกัน แต่หากปรากฏว่าเงินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน ผู้รับหลักประกันสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับชำระหนี้โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ต่อไปจนกว่าจะได้รับชำระหนี้โดยสิ้นเชิง

3.1.3 ความสัมพันธ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมายล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติใดที่แสดงให้เห็นถึงมิติความเชื่อมโยงของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แต่อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นมีความคล้ายคลึงกับการทำหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการและล้มละลาย ดังนี้

(ก) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

⁶³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 74.

⁶⁴พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73.

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หมายถึง เจ้าพนักงานศาลที่ได้รับการแต่งตั้งโดย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และยังหมายความรวมถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายจาก เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้ปฏิบัติการแทนด้วย เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การมอบหมายให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์และขายทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เป็นต้น⁶⁵ และในการ ปฏิบัติหน้าที่ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พบเจอปัญหาใดก็สามารถยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการ นั้นได้⁶⁶

ในคดีฟื้นฟูกิจการ เมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกค้าแล้ว อำนาจหน้าที่ในการ จัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารลูกหนี้จะสิ้นสุดลงทันที โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จะเข้ามาบริหารและอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้⁶⁷

(1) ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำสั่งตั้งผู้ทำแผน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อำนาจหน้าที่ กำกับดูแลผู้บริหารชั่วคราวที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง⁶⁸

(2) ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำสั่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ไม่มีอำนาจหน้าที่จะทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกค้าสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ตามปกติเว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

(3) ในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำสั่งตั้งผู้บริหารชั่วคราว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มีอำนาจเรียกให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินของลูกค้า ส่งมอบทรัพย์สิน ควงครา สมุดบัญชี และ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการของลูกค้าได้⁶⁹

(4) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อบังคับให้ บุคคลที่ยอมรับว่าเป็นลูกหนี้ หรือรับรองว่ามีทรัพย์สินของลูกค้าอยู่ในครอบครองแต่ไม่ชำระหนี้

⁶⁵ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ), 2546, น. 17-18. อ้างถึงในวสิน สิทธิสร, “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์ มหาวชิเขต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 167.

⁶⁶พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 143.

⁶⁷อัครวรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัย บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น. 45. และ น. 53 - 55.

⁶⁸พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/20.

⁶⁹พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/21.

หรือไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินของลูกค้านี้ดังกล่าวต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ โดยหมายดังกล่าวเป็นการบังคับให้ปฏิบัติเสมือนบุคคลนั้นเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁷⁰

(5) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจมีคำขอโดยเป็นคำร้องต่อศาลให้เพิกถอนนิติกรรมที่ลูกหนี้ได้กระทำให้ขึ้นด้วยการฉ้อฉลได้⁷¹

(6) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอโดยเป็นคำร้องต่อศาลให้คำสั่งเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำ ในระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนมีการยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้น โดยมีจุดมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นได้⁷²

(7) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจหน้าที่จัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกค้านี้ต่อไปเท่าที่จำเป็น นับแต่ระยะเวลาดำเนินการตามแผนล้มล้มลงจนกระทั่งศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกค้านี้เด็ดขาดหรือยกเลิกฟื้นฟูกิจการ

(8) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการเพื่อรักษาประโยชน์ของลูกค้านี้จนกว่าผู้บริหารของลูกค้านี้จะเข้าจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกค้านี้หลังจากการมีคำสั่งยกเลิกฟื้นฟูกิจการ⁷³

ในกรณีที่ลูกหนี้ต้องล้มละลาย เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกค้านี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจในการจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกค้านี้ หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกค้านี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป เก็บรวบรวมและรับเงินหรือทรัพย์สินซึ่งจะตกได้แก่ลูกหนี้ หรือซึ่งลูกหนี้มีสิทธิจะได้รับจากผู้อื่น ประนีประนอมยอมความ หรือฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกค้านี้⁷⁴ ทั้งนี้ ทรัพย์สินซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รวบรวมได้มา เมื่อลูกหนี้ล้มละลายแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายตามวิธีที่สะดวกและเป็นผลดีที่สุด การขายโดยวิธีอื่นนอกจากการขายทอดตลาดนั้น ต้องได้รับความเห็นชอบของกรรมการเจ้าหนี้ เว้นแต่ทรัพย์สินเป็นของเสียหายหรือหน่วงช้าไว้จะเสียหาย หรือค่าใช้จ่ายจะเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สินนั้น⁷⁵

⁷⁰พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/38.

⁷¹พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/40.

⁷²พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/41.

⁷³พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/71.

⁷⁴พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22.

⁷⁵พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 123.

ในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เห็นว่าลักษณะแห่งธุรกิจของลูกหนี้มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินต่อไป อำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในกรณีนี้จำกัดเฉพาะกระทำการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไปเท่านั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะไปเริ่มดำเนินการอย่างใดขึ้นใหม่ไม่ได้ ทั้งนี้ การเข้าดำเนินกิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจเริ่มดำเนินการนั้นเองหรือให้บุคคลใดหรือลูกหนี้เป็นผู้จัดการโดยกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ก็ได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นอกจากนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยังมีอำนาจในการดำเนินการยึดทรัพย์ในคดีล้มละลาย โอนทรัพย์สินใด ๆ นอกเหนือจากวิธีการขายทอดตลาด สละสิทธิ ฟ้องหรือถอนฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินในคดีล้มละลายหรือฟ้องหรือถอนฟ้องคดีล้มละลาย ประนีประนอมยอมความ หรือมอบคดีให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยแต่อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะกระทำการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากกรรมการเจ้าหนี้แล้ว⁷⁶

(ข) ผู้ทำแผน

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/1 ได้ให้นิยามของผู้ทำแผนว่า หมายความว่า ผู้จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งผู้ทำแผนนั้นจะได้รับการแต่งตั้งจากศาลล้มละลาย มีอำนาจหน้าที่ในการทำแผนฟื้นฟูกิจการเพื่อเสนอต่อที่ประชุมเจ้าหนี้ รวมทั้งมีอำนาจเข้าจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างระยะเวลาที่ศาลมีคำสั่งตั้งผู้ทำแผนจนถึงเวลาที่ผู้บริหารแผนทราบคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน โดยผู้ทำแผนอาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคล เจ้าหนี้ หรือผู้บริหารของลูกหนี้ก็ได้ เมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการและตั้งผู้ทำแผนแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ และบรรดาสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล ให้โอนไปยังผู้ทำแผนโดยผลของกฎหมาย แต่ห้ามมิให้ผู้ทำแผนจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินนอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็น เพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น⁷⁷ มีอำนาจทำคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินแทนลูกหนี้และมีอำนาจจ้างบุคคลอื่นเข้ามาช่วยตามที่จำเป็น โดยคิดค่าใช้จ่ายจากทรัพย์สินของลูกหนี้ มีอำนาจร้องขอต่อศาลขอให้บังคับกับบุคคลที่รับว่าเป็นลูกหนี้

⁷⁶พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 145.

⁷⁷พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/25.

ของลูกหนี้หรือรับรองว่ามีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในครอบครอง อำนาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมที่ลูกหนี้กระทำโดยการฉ้อฉล หรือเพิกถอนการโอนหรือกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำการ หรือยินยอมให้กระทำในระหว่างเวลาสามเดือนก่อนมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและภายหลังนั้น ที่มีจุดมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

ในกรณีที่น่าจะเป็นเพื่อประโยชน์ในการทำแผนหรือบริหารแผน ผู้ทำแผนร้องขอต่อศาลให้ออกหมายเรียกผู้เป็นหรือผู้เคยเป็นผู้บริหารของลูกหนี้ ลูกจ้างของลูกหนี้ ผู้สอบบัญชีของลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งได้ความหรือสงสัยว่ามีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในครอบครองหรือเชื่อว่าหนี้ลูกหนี้หรือเห็นว่าสามารถแจ้งข้อความเกี่ยวกับกิจการหรือทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มาพบเพื่อสอบถามหรือขอให้บุคคลนั้นส่งเอกสารหรือวัตถุพยานซึ่งอยู่ในความยึดถือหรืออำนาจของผู้นั้นอันเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้มาให้ได้⁷⁸

(ค) ผู้บริหารแผน

เป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการที่เจ้าหนี้และศาลได้เห็นชอบด้วยแล้ว โดยผู้บริหารแผนจะมาจากคัดเลือกของที่ประชุมเจ้าหนี้ โดยอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารแผนจะไม่จำกัดอยู่ในกรอบทางการค้าปกติเหมือนผู้ทำแผน แต่ผู้บริหารแผนสามารถดำเนินการได้หลากหลายเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการคล้ายคลึงกับกรรมการของบริษัท ทั้งนี้ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความสามารถอันบุคคลที่มีวิชาชีพเช่นนั้นพึงปฏิบัติ และอยู่ภายใต้การตรวจสอบของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กรรมการเจ้าหนี้ และผู้บริหารลูกหนี้เดิมแต่อย่างไรก็ตามศาลมีอำนาจเข้ามามีอำนาจในปัญหาที่เกิดขึ้น⁷⁹ นอกจากนี้ผู้บริหารแผนยังมีอำนาจต่อไปนี้

(1) มีอำนาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้จัดทำข้อบังคับของลูกหนี้ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงข้อบังคับหรือมีข้อความในหนังสือปริศนห้สนธิของลูกหนี้ให้เป็นไปตามแนวทางที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ⁸⁰

⁷⁸ อังคัรวา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยข้อยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น. 56.

⁷⁹ เอื้อน ขุนแก้ว, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2556), น. 67. อ้างถึงในวศิน สิทธิสาร, “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 169.

⁸⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/64.

(2) มีอำนาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอแก้ไขแผนฟื้นฟูปฏิบัติการเพื่อให้การฟื้นฟูปฏิบัติการสำเร็จคล่องไปได้⁸¹

(3) มีอำนาจใช้สิทธิของผู้ถือหุ้น ยกเว้นสิทธิในการรับเงินปันผล

(4) มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ออกหมายเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ เช่น ผู้บริหารลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราวหรือบุคคลที่สงสัยว่ามีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในความครอบครอง หรือบุคคลที่เป็นลูกหนี้อยู่ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวมาให้ถ้อยคำ ตอบคำถาม ส่งเอกสาร หรือเพื่อดำเนินการสอบสวนก็ได้ การร้องขอต่อศาลได้ ผู้บริหารแผนอาจร้องขอให้ศาลเรียกเฉพาะพยานเอกสารหรือวัตถุพยานได้

(5) มีอำนาจร้องขอต่อศาลขอให้บังคับบุคคลที่เป็นหนี้ลูกหนี้ หรือมีทรัพย์สินของลูกหนี้ ชำระหนี้หรือส่งมอบทรัพย์สินของลูกหนี้

(6) มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมลูกหนี้ที่กระทำโดยฉ้อฉลหรือมีคำสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำใดๆ ที่ลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างเวลาสามเดือนก่อนมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูปฏิบัติการและภายหลังนั้นที่มีจุดมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

(7) เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูปฏิบัติการ ผู้บริหารแผนมีอำนาจจัดการเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ตามสมควรแก่พฤติการณ์จนกว่าผู้บริหารของลูกหนี้จะเข้าจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้⁸²

3.2 ประเทศอังกฤษ

3.2.1 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อปรากฏว่ามีเหตุแห่งการแปลงสภาพทรัพย์สินอันเป็นประกันจากหลักประกันแบบลอยหรือแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Charge) เป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) หรือที่เรียกว่า “เหตุในการบังคับหลักประกัน” เกิดขึ้น เช่น ลูกหนี้ผิคนัดชำระหนี้ เป็นต้น และเจ้าหนี้ประสงค์จะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้อาจเลือกใช้สิทธิบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการของศาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือจะเลือกใช้กระบวนการบังคับหลักประกันนอกศาลโดยแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน

⁸¹พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/63.

⁸²อังคัรวรา สินเกษม, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), น. 57.

เพื่อบังคับหลักประกันก็ได้ ทั้งนี้ หลักการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ เจ้าพนักงานบังคับคดีจะสามารถยึดทรัพย์สินต่าง ๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้เพียงเท่าที่พอจะชำระหนี้ตามคำพิพากษาและค่าธรรมเนียมในการบังคับคดีเท่านั้น โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้องพิจารณาอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Sufficient) ว่าการรวบรวมทรัพย์สินได้กระทำเท่าที่เพียงพอแก่การชำระหนี้และต้นทุนของการบังคับคดีหรือไม่⁸³ และเจ้าพนักงานบังคับคดีอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายถ้าทรัพย์สินที่บังคับมูลค่ามากกว่าที่เพียงพอต่อการชำระหนี้⁸⁴ ซึ่งมาตรการดังกล่าวเป็นวิธีการสนับสนุนให้มีการยึดทรัพย์สินเท่าที่เพียงพอแก่การชำระหนี้⁸⁵ และเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่สามารถยึดเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นสำหรับลูกหนี้ในการประกอบอาชีพหรือเสื้อผ้า เครื่องใช้ในบ้านที่จำเป็นขั้นพื้นฐานสำหรับลูกหนี้และครอบครัว⁸⁶

ส่วนการบังคับหลักประกันนอกกระบวนการศาล เจ้าหนี้จะใช้การบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการต่าง ๆ ตามที่ตกลงไว้ในสัญญาหลักประกัน เช่น การครอบครองชั่วคราวเพื่อเรียกเก็บรายได้ (Private Rate) มาชำระหนี้ เป็นต้น ในประเทศอังกฤษเปิดโอกาสให้คู่สัญญาหลักประกันตกลงวิธีบังคับชำระหนี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้การจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันและนำเงินมาชำระหนี้เพียงวิธีการเดียว เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) โดยข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาคู่สัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักเรื่องของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contract Term) และเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับเอาทรัพย์สินหลักประกันมาน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้

ทั้งนี้ เนื่องจากการบังคับขายกิจการ มีผลกระทบต่อชื่อเสียงของลูกหนี้จะเสื่อมเสียในทางสาธารณะ อาจส่งผลให้ผู้ผลิตหรือลูกค้าบางรายอาจไม่ประสงค์จะทำธุรกิจกับบริษัทที่อยู่ในกระบวนการบังคับหลักประกันต่อไปอาจทำให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย โดยเจ้าหนี้ไม่ประสงค์เช่นนั้นเพราะในกระบวนการล้มละลายมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อีกทั้ง มูลค่าที่ได้รับจาก

⁸³P.ST.J.Langan and L.D.J. Henderson, Civil Procedure, 3rd ed., (London : Sweet & Maxwell, 1983), p. 240.

⁸⁴Halsbury's Law of England, Sheriff, 4 th ed. Vol. 42 (London : Butterworth & co. (publishers) Ltd., 1981), p. 560.

⁸⁵พิมล แสงพิสิทธิ์, "ปัญหาการยึดทรัพย์สินเกินส่วนที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องรับผิดชอบ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น. 70 - 71.

⁸⁶วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ และคณะ, "การพัฒนากระบวนการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้," ในโครงการตามแผนพัฒนากฎหมายประจำปี 2548 เสนอคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อขยายโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของรัฐและติดตามการบังคับใช้กฎหมาย, 2549, น. 84.

การขายกิจการของลูกหนี้ลดลงเพราะการถูกบังคับขาย โดยปราศจากการตรวจสอบ วิเคราะห์ กิจการ (Due Diligence) หรือการรับประกันของผู้ขาย⁸⁷ ดังนั้น ก่อนธนาคารผู้รับหลักประกัน จะตัดสินใจใช้สิทธิบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน ธนาคารมักทำการเจรจากับผู้ให้หลักประกันและ ลูกหนี้เพื่อนำไปสู่บทสรุปที่เหมาะสม ซึ่งหากปรากฏว่าธุรกิจของบริษัทลูกหนี้สามารถดำเนิน ต่อไปได้แล้ว ธนาคารอาจเลือกให้บริษัทลูกหนี้ยืมเงินต่อไปและไม่บังคับชำระหนี้ก็ได้ แต่หาก พบว่าธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ไร้ค่าที่จะดำเนินการต่อไป ธนาคารจะตัดสินใจเลือกใช้กลยุทธ์ ทางออก ซึ่งอาจนำบริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายและจำหน่ายกิจการของบริษัท หรือ เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administration) หรือ CVA (Company Voluntary Arrangement) หรืออาจใช้กระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership) ก็เป็นได้⁸⁸ ซึ่งในตัวเลือกเหล่านี้ ธนาคารที่มีหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) มักเลือกกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership) ซึ่งสิ่งนี้จะปกป้องผลประโยชน์ของธนาคารเป็นกระบวนการที่รวดเร็วและยืดหยุ่น⁸⁹

(ก) เหตุในการบังคับหลักประกัน

ตามกฎหมายได้กำหนดสาเหตุที่ทำให้กิจการที่เป็นหลักประกันเกิดการแปลงสภาพ (Crystallize) เมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังจะกล่าวต่อไปนี้เกิดขึ้น คือ

1. มีเหตุการณ์หรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่แสดงว่าธุรกิจหรือกิจการของลูกหนี้หยุดการดำเนินการ เช่น มีการชำระบัญชี เมื่อบริษัทลูกหนี้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกร อันเป็นการหยุดทำการค้าทางกฎหมาย เป็นต้น
2. ถ้าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวคือ บริษัทลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน เช่น บริษัทลูกหนี้ค้างชำระเงินต้นและดอกเบี้ยเมื่อหนี้สินถึงกำหนดชำระแล้ว หรือลูกหนี้ถูกยึดทรัพย์บังคับคดีเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

⁸⁷Insolvency Act 1986, Section 30, อ้างถึงในวศิน สิทธิสร, “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 62 - 68.

⁸⁸Law of Property Act 1925 Section 103, อ้างถึงในวศิน สิทธิสร, “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 62 - 68.

⁸⁹Insolvency Act 1986, section 30 (1) (a), อ้างถึงในวศิน สิทธิสร, “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 62 - 68.

3. เมื่อมีการแทรกแซงโดยผู้ถือหุ้นของบริษัท (Debenture holder) ในการบังคับหลักประกัน ซึ่งทำให้อำนาจการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทถูกหนี้ยึดไป

4. การกระทำอย่างอื่นหรือเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ในใบหุ้นของบริษัท (Debenture) เป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพหลักประกัน⁹⁰

5. เมื่อมีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันนอกศาล ไม่ว่าโดยเจ้าหนี้หรือโดยศาลก็ตาม มีผลเป็นการแปลงสภาพทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทถูกหนี้ยึดไป และทรัพย์สินทั้งหมดอยู่ในความครอบครองของผู้บังคับหลักประกันแทน

นอกจากนี้บริษัทผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้สามารถเจรจาตกลงกับเจ้าหนี้ถึงเหตุการณ์ที่ทำให้กิจการที่เป็นหลักประกันเกิดการแปลงสภาพ (Crystallize) หรือกำหนดเหตุบังคับหลักประกันได้ตามความต้องการ ซึ่งเจ้าหนี้มักให้บริษัทลูกหนี้ทำข้อตกลงถึงเหตุการณ์แปลงสภาพหลักประกันเพิ่มเติม อาทิเช่น ห้ามมิให้บริษัทลูกหนี้เอาหลักประกันในภายหลังให้มีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ครั้งแรก ห้ามมิให้บริษัทลูกหนี้นำเงินสินเชื่อที่ได้รับจากเจ้าหนี้ไปใช้ผิดวัตถุประสงค์ในการกู้ยืม เป็นต้น

(ก) การไต่สวนเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ในประเทศอังกฤษ ผู้บังคับหลักประกันจะถูกแต่งตั้งโดยศาลหรือโดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันภายหลังจากที่มีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว ผู้บังคับหลักประกันจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนว่ามีเหตุแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้นหรือไม่แต่อย่างใด

(ข) การทำคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ตามที่ได้กล่าวในข้อ (ข) ข้างต้นแล้วว่าผู้บังคับหลักประกันไม่มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนว่ามีเหตุแปลงสภาพของหลักประกันเกิดขึ้นหรือไม่ ดังนั้น ผู้บังคับหลักประกันจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในการทำคำวินิจฉัยเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเช่นกัน

3.2.2 การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่าย

การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่ายนั้น จะไม่เป็นการยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที แต่ผู้บังคับหลักประกันจะทำการครอบงำบริษัทผู้ให้หลักประกันด้วยการเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สินและประเมินราคาทรัพย์สิน บริหารจัดการบริษัทตามสมควร เพื่อให้บริษัทนั้นสามารถประกอบกิจการต่อไปได้ รวมทั้งดำเนินการจำหน่าย

⁹⁰พิรพร เรื่องรองปัญหา, “ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี, 2549), น. 46 - 47.

ทรัพย์สินตามวิธีที่เหมาะสมแก่สภาพของทรัพย์สินนั้น ซึ่งอาจจำหน่ายไปทั้งกิจการ หรือ แยกจำหน่ายก็ได้⁹¹

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันถูกแต่งตั้งในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ผู้บังคับหลักประกัน มีหน้าที่เข้าไปดำเนินธุรกิจแทนกรรมการของบริษัทลูกหนี้ เพื่อช่วยให้บริษัทผู้ให้หลักประกัน ฟื้นจากวิกฤตการณ์ที่ยากลำบาก โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บริษัทไม่ต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ ซึ่งอำนาจของผู้บังคับหลักประกันอาจใช้วิธีเจรจากับเจ้าหนี้รายอื่น ขายกิจการในส่วนที่ไม่ได้ทำ กำไร ลดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นและเพิ่มรายได้ ขายทรัพย์สินในกิจการบางอย่างเพื่อชำระหนี้ให้แก่ เจ้าหนี้ เป็นต้น โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการบริษัทผู้ให้หลักประกัน และ นำเสนอเพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณา เมื่อเจ้าหนี้ลงมติเห็นชอบด้วยกับแผนแล้ว ผู้บังคับ หลักประกันจึงจะสามารถดำเนินการให้เข้าไปตามแผนฟื้นฟูกิจการได้ โดยผู้บังคับหลักประกัน จะเสนอให้ทำการขายกิจการของลูกหนี้ไปทั้งหมด ถ้ากิจการของบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถ ฟื้นตัวได้อีกและต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ⁹²

(ก) การเข้าครอบครองและดำเนินงานของกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน

เมื่อการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันมีผลแล้ว ผู้บังคับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครอง ทรัพย์สินหลักประกันได้ตามประเภทของรูปแบบของทรัพย์สินนั้น แต่ถ้าผู้บังคับหลักประกันไม่สามารถ เข้าครอบครองได้ เพราะมีข้อโต้แย้งของผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลภายนอกผู้ซึ่งครอบครองทรัพย์สิน หลักประกันอยู่ ผู้บังคับหลักประกันไม่อาจเข้าไปครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยพลการ จะต้องร้อง ขอให้ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงาน (Bailliff) จัดการเข้ายึดและส่งมอบความครอบครองให้แก่ผู้บังคับ หลักประกัน⁹³ เว้นแต่ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันถูกแต่งตั้งโดยศาล (Receiver) และศาลให้อำนาจ กระทำการดังกล่าวได้

เมื่อมีการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน อำนาจของผู้บริหารกิจการของลูกหนี้ตาม กฎหมายสิ้นสุดลงและอำนาจดังกล่าวตกไปเป็นของผู้บังคับหลักประกันทันที โดยผู้บริหารกิจการ ของลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่จำเป็นและช่วยเหลือแก่ผู้บังคับหลักประกันในการจัดการกิจการ ตามความสามารถของเขา นอกจากนี้ผู้บังคับหลักประกันอาจเรียกร้องให้บุคคลซึ่งเป็นหรือเคยเป็น ลูกจ้างของบริษัท บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งบริษัท บุคคลที่ได้รับการจ้าง หรือเคยได้รับการจ้าง

⁹¹ปกรณ นิลประพันธ์, “แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันหนี้,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 20, ตอนที่ 1, 2544, น. 80 - 96.

⁹²Insolvency Act 1986 Section 29 (1).

⁹³European Bank for Reconstruction and Development., “Model Law on Secured Transactions.”, 2004, Article 23.

มาภายในระยะเวลา 12 เดือนก่อนการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันให้ยื่นคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สิน (Statement of affairs) ก็ได้⁹⁴ หรืออาจร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้บุคคลใดส่งทรัพย์สิน หนังสือ เอกสาร บันทึก ให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน⁹⁵

ภายใน 3 เดือนนับจากวันที่ได้รับการแต่งตั้ง ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานที่อธิบายถึงเหตุการณ์ที่นำไปสู่การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน การจำหน่ายจ่ายโอนและวัตถุประสงค์ในการจำหน่ายโอนทรัพย์สินของบริษัท บริษัทจะเดินธุรกิจต่อไปหรือไม่ จำนวนหนี้ที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้น รวมถึงดอกเบี้ยและหนี้ที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน⁹⁶ และส่งไปยังเจ้าหนี้ของบริษัท (รวมทั้งเจ้าหนี้ไม่มีประกัน) นายทะเบียนของรัฐ และต้องลงในราชกิจจานุเบกษาและอาจมีการโฆษณาหากผู้บังคับหลักประกันเห็นว่าเหมาะสม

ในการดำเนินกิจการของบริษัทลูกหนี้ ผู้บังคับหลักประกันจะต้องพยายามดำเนินธุรกิจให้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้⁹⁷ โดยหลักผู้บังคับหลักประกันจะมีอำนาจหน้าที่ตามที่คู่สัญญาตกลงไว้ในสัญญาก่อตั้งหลักประกันแบบลอย เช่น มีอำนาจในการดำเนินกิจการที่ค้างอยู่ต่อไป รวมทั้งการซ่อมแซม ปรับปรุง พัฒนาทรัพย์สินในกิจการ เช่าหรือนำออกให้เช่าซึ่งทรัพย์สินในกิจการ จ้างคนงาน จ้างที่ปรึกษา เข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในนามของบริษัทลูกหนี้ ปรับปรุงโครงสร้างบริษัทลูกหนี้ ทำประกันภัยต่าง ๆ ยื่นฟ้องคดีต่อคู่คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ดำเนินการอันเป็นการทั่วไปของธุรกิจ⁹⁸ เป็นต้น และผู้บังคับหลักประกันยังมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company Act 2006) ด้วย โดยในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ถือว่าผู้บังคับหลักประกันเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้หรือกรรมการผู้มีอำนาจของบริษัทลูกหนี้ นอกจากนี้ ผู้บังคับหลักประกันยังมีอำนาจเกี่ยวกับการดำเนินกิจการบริษัทลูกหนี้ตาม Schedule 1 ของกฎหมายล้มละลาย ดังนี้⁹⁹ การเข้าครอบครอง รวบรวมและได้รับหลักประกันของบริษัทลูกหนี้ ยึดเงินและให้หลักประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ แต่งตั้งทนายความ

⁹⁴Insolvency Act 1986 Section 47.

⁹⁵Insolvency Act 1986 Section 234 (2).

⁹⁶Insolvency Act 1986 Section 48.

⁹⁷European Bank for Reconstruction and Development., “Model Law on Secured Transactions.”, 2004, Article 25.10.2.

⁹⁸Paragonbank, “Floating Charge.”, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2562, จาก <http://www.paragonbank.co.uk/resources/paragonbank/documents/mortgages/buy-to-let/portfolio/floating-charge>

⁹⁹The Insolvency Act 1986 Schedule 1 - Powers of Administrator or Administrative Receiver.

และนักบัญชีหรือบุคคลผู้มีวิชาชีพอื่นใดเพื่อมาช่วยในการปฏิบัติหน้าที่ของเขา มีอำนาจในการนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือผู้คดีหรือดำเนินการทางกฎหมายประการอื่น ทำสัญญาประนีประนอมยอมความในนามหรือในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ รวมทั้งมีอำนาจเสนอข้อพิพาทของบริษัทลูกหนี้ให้ออญาโตตุลาการวินิจฉัย มีอำนาจในการใช้ตราประทับของบริษัทลูกหนี้ อำนาจในการบังคับตามใบเสร็จรับเงินและเอกสารต่าง ๆ ในนามหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจชำระหนี้ของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจในการจัดตั้งบริษัทย่อยหรือโอนบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจให้หรือยอมรับการเช่าหรือให้เช่าทรัพย์สินใดของบริษัทลูกหนี้ และทำการเช่าหรือให้เช่าทรัพย์สินใด ๆ ที่ต้องการหรือสะดวกแก่ธุรกิจของลูกหนี้ มีอำนาจในการอ้างสิทธิในคดีล้มละลายของลูกหนี้ของบริษัท มีอำนาจในการแต่งตั้งตัวแทนใด ๆ เพื่อดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับกิจการซึ่งเขาไม่สามารถกระทำได้ หรือจะเป็นการสะดวกกว่าหากกระทำโดยตัวแทน ทั้งมีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อให้ธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้

(ข) หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการในการจำหน่ายกิจการ

วิธีการจำหน่ายกิจการในอังกฤษนั้นมีความยืดหยุ่นสูง เพื่อช่วยเหลือเจ้าหนี้มีประกันภายใต้สัญญาหลักประกันที่เหมาะสม ข้อยืดหยุ่นนั้นรวมถึงการขายโดยเอกชนโดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการทางศาล¹⁰⁰ แต่ศาลก็ยังคงอำนาจไว้บางส่วน กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสมหรือขายในราคาที่จริงตามตลาด¹⁰¹

ผู้บังคับหลักประกันจะสามารถทำการขายหรือจำหน่ายกิจการได้เมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลา 60 วัน นับแต่ส่งคำบอกกล่าวบังคับหลักประกัน รวมทั้งแจ้งการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันไปยังผู้ให้หลักประกันและลูกหนี้แล้ว โดยก่อนการขายหรือจำหน่ายกิจการ ผู้บังคับหลักประกันจะต้องพยายามดำเนินธุรกิจและโอนขายไปในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ และจะต้องทำการขายในราคาที่เหมาะสม โดยมีหน้าที่ต้องให้คำแนะนำแก่ผู้ซื้อตามกำลังความสามารถของผู้บังคับหลักประกัน¹⁰²

¹⁰⁰Philip R Wood, *Comparative Law security and Guarantees*, (London : Sweet&Maxwell, 1995), p. 142.

¹⁰¹พีรพร เรื่องรองปัญญา, “ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย,” (วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), น. 49 - 50.

¹⁰²European Bank for Reconstruction and Development., “Model Law on Secured Transactions.”, 2004, Article 24.3.2.

วิธีการขาย ผู้บังคับหลักประกันสามารถพิจารณาได้ตามความเหมาะสม ซึ่งอาจจะโอนขายโดยทำสัญญากับเอกชนรายหนึ่งรายใด หรือขายตามท้องตลาด หรือประมูลโดยเปิดเผย หรือประมูลโดยเอกชน (การประมูลโดยไม่เปิดเผยชื่อผู้ร่วมประมูล) ในการขายและดำเนินการในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องกับการขายนั้นผู้บังคับหลักประกันอาจจะมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้¹⁰³

โดยปกติการขายกิจการในประเทศอังกฤษ วิธีที่เป็นที่ยอมรับจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย คือวิธีการประมูลเปิดเผยโดยเอกชนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการประมูล เพราะจะมีกฎหมายวางกฎระเบียบ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการซื้อขายกิจการไว้อย่างชัดเจน เรียกว่า The City Code on Takeovers and Mergers (ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “The City Code”) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรอิสระของประเทศอังกฤษ ชื่อว่า The Panel on Takeovers and Mergers (ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “Panel”) จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1968 เป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลในการประมูลกิจการ มีหน้าที่ดูแลให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา อำนวยความสะดวกในการซื้อขายและควบรวมกิจการ และมีอำนาจในการออกกฎระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายกิจการโดยอาศัยอำนาจตามภาค 1 ส่วนที่ 28 ของกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company Act 2006) ซึ่งกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ของ Panel ได้จัดทำโดยกลุ่มเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ในการซื้อขายหรือควบรวมกิจการ และได้มีการปรับแก้ไขจำนวน 12 ครั้ง เพื่อให้ทันสมัย ล่าสุดแก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ. 2016 โดยหลักการและแนวคิดของ The City Code มีดังนี้ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ให้หลักประกัน (ในที่นี้ขอเรียกว่า “บริษัทผู้ขาย”) ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม และเพื่อให้แน่ใจว่าผู้เข้าทำคำเสนอซื้อหรือประมูล (ในที่นี้ขอเรียกว่า “ผู้ซื้อ”) ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน¹⁰⁴ โดยการซื้อขายกิจการวิธีนี้ผู้บังคับหลักประกันต้องปฏิบัติตามกฎหมาย The City Code เช่นกัน¹⁰⁵ ผู้วิจัยจึงขออธิบายวิธีการซื้อขายกิจการตาม The City Code ดังนี้

ก่อนการขายหรือจำหน่ายกิจการจะต้องมีการประกาศโฆษณาข้อเสนอเชิญชวนต่อสาธารณชน (ทางเว็บไซต์ หนังสือพิมพ์ท้องถิ่นอย่างน้อย 2 ฉบับ) และต้องแจ้งข้อมูลไปยังนายทะเบียนบริษัทอย่างน้อย 7 วันก่อนทำการขาย และห้ามมิให้มีการทำการเปลี่ยนแปลงข้อมูล

¹⁰³European Bank for Reconstruction and Development., “Model Law on Secured Transactions.”, 2004, Article 25.18 and 25.19.

¹⁰⁴The Panel on Takeovers and Mergers, “Takeover Code,” p. A1, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹⁰⁵The Panel on Takeovers and Mergers, “Takeover Code,” p. F23, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

บริษัทในระหว่างมีการประมูล¹⁰⁶ นอกจากนี้จะต้องแจ้งการขายไปยังผู้ถือหุ้น ตัวแทนลูกจ้างหรือลูกจ้างทุกราย และทราสต์ให้ทราบด้วย

โดยเนื้อหาที่จะประกาศต้องมีข้อมูลเหล่านี้เป็นอย่างน้อย¹⁰⁷

1. ชื่อและประเภทของกิจการที่จะขาย
2. ราคาขั้นต่ำ และวิธีที่ใช้ในการประเมินกิจการเพื่อกำหนดราคาขั้นต่ำ
3. เงื่อนไขทั้งหมดและเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามก่อนการเสนอราคาหรือให้ราคา เช่น การจัดทำมีหนังสือให้คำรับรองจากสถาบันการเงินที่จะให้การสนับสนุนทางการเงินเพื่อการเข้าซื้อกิจการดังกล่าว เพื่อให้เห็นถึงความสามารถในการชำระราคาของผู้ซื้อ การให้หลักประกัน เป็นต้น
4. คุณสมบัติของผู้ซื้อ
5. แจ้งให้ผู้ซื้อแสดงแผนการค้าและแผนการจัดการกิจการในระยะยาว เจตนาในการจ้างลูกจ้างของบริษัทผู้ขายต่อไป และการจัดการสำนักงานสาขาย่อยของบริษัทผู้ขาย นโยบายและกลยุทธ์ในการดำเนินกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อกรจ้างแรงงาน และสถานที่ปฏิบัติงานของบริษัทผู้ขาย ความตั้งใจเกี่ยวกับการสมทบเงินในส่วนของนายจ้างในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และผลประโยชน์คงค้างของสมาชิก ความตั้งใจเกี่ยวกับการจัดการหนี้ที่มีหลักประกันในทางการค้าของบริษัทผู้ขาย ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ซื้อไม่มีเจตนาจะทำการเปลี่ยนแปลงในเรื่องใด ๆ ที่ต้องอธิบายข้างต้น หรือถ้าพิจารณาเห็นว่าแผนดำเนินธุรกิจของผู้ซื้อไม่มีผลกระทบต่อกรจ้างแรงงาน และสถานที่ทำธุรกิจ จะต้องกล่าวไว้ในประกาศด้วย
6. แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดการหรือข้อตกลงใด ๆ ซึ่งถ้าผู้ซื้อเข้าเป็นคู่สัญญาหรือเข้าเกี่ยวข้องแล้ว จะทำให้ไม่อาจเข้าร่วมประมูลซื้อได้ รวมทั้งค่าธรรมเนียมที่ต้องรับผิดชอบจากผลดังกล่าว
7. แจ้งรายละเอียดใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภาระหลักประกันในทรัพย์สินใด ๆ ของบริษัทผู้ขาย ซึ่งผู้ซื้อหรือบุคคลอื่นที่เข้าร่วมประมูลต้องใส่ใจหรือกังวลกับผลประโยชน์ หรือเพื่อที่จะติดตามสิทธิ
8. แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่ไม่อาจเพิกถอนหรือยกเลิกได้ รวมถึงการแสดงผลเป็นหนังสือโดยผู้เสนอซื้อหรือบุคคลอื่นที่ร่วมในการประมูล

¹⁰⁶The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. App 5.1, 5.4, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹⁰⁷The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. D 11 – D 14, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

9. แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับบริษัทผู้ขายที่ผู้ซื้อต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับผูกพันในกรณีซื้อกิจการได้ เช่น ภาระการกู้ยืม การให้หลักประกัน การให้เช่า เป็นต้น

10. แจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาซื้อขายกรณีประมูลซื้อสำเร็จ เป็นเรื่องที่ต้องระบุไว้ด้วย

ก่อนการเข้าสู่ราคา ผู้ซื้อจะต้องทำการวางหลักประกันในกรณีที่ราคาขั้นต่ำของกิจการที่เสนอขายมีราคาตั้งแต่ 1 ล้านยูโรขึ้นไป ในอัตราที่ปรากฏตามตารางดังนี้¹⁰⁸

ราคาขั้นต่ำที่เสนอขาย (Value of the offer)	หลักประกัน (Charge)
1 ถึง 5 ล้านยูโร	2,000 ยูโร
มากกว่า 5 ถึง 10 ล้านยูโร	8,500 ยูโร
มากกว่า 10 ถึง 25 ล้านยูโร	14,000 ยูโร
มากกว่า 25 ถึง 50 ล้านยูโร	27,500 ยูโร
มากกว่า 50 ถึง 100 ล้านยูโร	50,000 ยูโร
มากกว่า 100 ถึง 250 ล้านยูโร	75,000 ยูโร
มากกว่า 250 ถึง 500 ล้านยูโร	100,000 ยูโร
มากกว่า 500 ถึง 1,000 ล้านยูโร	125,000 ยูโร
มากกว่า 1,000 ถึง 2,500 ล้านยูโร	175,000 ยูโร
มากกว่า 2,500 ถึง 5,000 ล้านยูโร	250,000 ยูโร
มากกว่า 5,000 ล้านยูโร	350,000 ยูโร

ขั้นตอนในการประมูล จะมีการประมูลทั้งหมด 5 ครั้ง เริ่มครั้งที่ 1 จะเริ่มต้นในวันทำการที่ 46 นับแต่วันโฆษณาการประมูลต่อสาธารณะ หรือนับแต่วันที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนดจนถึงเวลา 17.00 น. ส่วนครั้งที่ 2 ถึงครั้งที่ 5 จะเริ่มต้นในวันทำการถัดไปจากวันประมูลครั้งก่อน โดยเมื่อสิ้นสุดเวลาประมูลในแต่ละครั้ง ผู้บังคับหลักประกันจะทำการประกาศให้ทราบ และการประมูลจะเสร็จสิ้นลงในเวลา 17.00 น.ของวันประมูลครั้งที่ 5

ก่อนทำการประมูล ถ้าเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้การประมูลขายมีประสิทธิภาพ ผู้บังคับหลักประกัน อาจจะแนะนำลักษณะและคุณสมบัติของผู้ซื้อแต่ละคน และบริษัทที่จะขาย แต่ถ้าผู้ซื้อ มีมากกว่า 2 ราย อาจจะปรับเปลี่ยนวิธีการได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม

¹⁰⁸The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. Doc 1 , สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

ในกระบวนการขาย บริษัทผู้ให้หลักประกันและผู้มีส่วนได้เสีย (เช่น ผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกหนี้) มีสิทธิดูแลการขายและหาผู้เข้ามาประมูลซื้อได้ แต่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันไม่มีสิทธิประมูลซื้อ

ในระหว่างการประมูล ผู้ซื้อที่เข้าแข่งขันราคาหรือเสนอราคา บริษัทผู้ขาย และบุคคลอื่นใดที่เข้าร่วมในการประมูล ต้องไม่แสดงการฉ้อโกงใด ๆ ต่อสาธารณะซึ่งอาจจะมีผลกระทบต่อ การประมูล¹⁰⁹

นอกจากนี้ยังมีอีกวิธีการหนึ่งที่เป็นที่นิยมในการซื้อขายกิจการ ได้แก่ ประมูลโดยการเสนอราคา (Bid) ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตทางเว็บไซต์ เช่น www.bidspotter.co.uk www.eddisons.com เป็นต้น โดยผู้บังคับหลักประกันจะทำการโฆษณารายละเอียดและข้อมูลต่าง ๆ ของกิจการไว้ โดยสังเขป อาทิเช่น ชื่อบริษัทเจ้าของกิจการ ประเภทกิจการ เช่น อุตสาหกรรมยา อุตสาหกรรมอาหาร เป็นต้น ท่าเลที่ตั้งของกิจการ ภาพถ่ายกิจการพอสังเขป ทรัพย์สินที่จะได้รับ เช่น ระยะเวลาการเช่าโรงงานที่เหลืออยู่ ฐานข้อมูลลูกค้า คลังสินค้า เป็นต้น ราคาขั้นต่ำที่จะทำการขาย และราคาที่มีผู้เสนอสูงสุดในขณะนั้น พร้อมทั้งสกุลเงินซื้อขาย ระยะเวลาเริ่มต้นประมูลและวันเวลาสิ้นสุดการประมูล โดยปกติจะถือว่าการขึ้นโฆษณาในเว็บไซต์เป็นการเริ่มต้นการขาย ผู้จัดการประมูลจึงมักแสดงให้ปรากฏเพียงวันและเวลาที่ทำการปิดประมูล รวมทั้งระยะเวลาคงเหลือก่อนการปิดประมูลเท่านั้น เป็นต้น ทั้งนี้ ในเว็บไซต์จะปรากฏชื่อผู้จัดการประมูลและที่อยู่ในการติดต่อ เพื่อให้ผู้สนใจสามารถขอข้อมูลต่าง ๆ เพิ่มเติมได้

(ค) การกำหนดราคาขั้นต่ำเพื่อจำหน่ายกิจการ

การกำหนดราคาขั้นต่ำเพื่อจำหน่ายกิจการนั้น จะถูกกำหนดจากราคาประเมินของกิจการ ส่วนใหญ่จะใช้วิธีการประเมินเช่นเดียวกันกับวิธีการประเมินเพื่อให้สินเชื่อ โดยจะพิจารณาตามหลักการ ดังนี้ วิธีเปรียบเทียบราคาทรัพย์สินในกิจการกับราคาตลาด วิธีพิจารณามูลค่าสินค้าที่ถูกซื้อกับมูลค่าทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท (รวมทั้งเงินสด กระแสเงินสด และสิ่งที่เทียบเคียงได้กับเงินสด) และวิธีพิจารณาผลกำไรจากการประกอบการ (เช่น เงินได้สุทธิก่อนหักภาษี และผลตอบแทน เป็นต้น)¹¹⁰ นอกจากนี้ การคำนวณต้องคำนึงถึงราคาหุ้นในตลาดของบริษัทผู้ขายที่ราคาปิดวันล่าสุดก่อนการประกาศโฆษณาการขายกิจการ แนวโน้มเท่าที่เป็นไปได้ว่าราคาจะสูงขึ้นจากจำนวนผู้ที่สนใจเข้าซื้อ (Volume) งบการเงิน (ทรัพย์สินและกำไร) ที่ประกาศต่อสาธารณะ

¹⁰⁹The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. App 8.1 – 8.4, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹⁰The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. D 17, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

ล่าสุดซึ่งผ่านการรับรองโดยผู้สอบบัญชี รายงานการเงินประจำปี หรือครึ่งปีของบริษัท¹¹¹ และราคาขั้นต่ำมักจะเริ่มต้นมากกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่าที่ประเมินได้¹¹²

ทั้งนี้ ในมุมมองของผู้สนใจเข้าซื้อกิจการ ก็มักจะมีการว่าจ้างบริษัทหรือบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเพื่อให้คำแนะนำรวมทั้งทำการประเมินกิจการก่อน เพื่อที่จะใช้ประกอบการตัดสินใจว่าควรเข้าซื้อกิจการนั้นหรือไม่ และควรซื้อในราคาเท่าใด โดยการประเมินกิจการใช้การสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) เช่นกัน แต่จะเป็นการค้นหาและตรวจสอบข้อมูลโดยการตั้งคำถามและหาคำตอบเหล่านั้นแล้วจึงนำมาใช้ประเมิน ซึ่งคำถามที่มักตั้งขึ้น เช่น เหตุอะไรหรือใครเป็นสาเหตุให้การประกอบกิจการล้มเหลว สาเหตุนั้นมีที่มาอย่างไรแก้ไขได้หรือไม่ สินค้าในกิจการนั้นเป็นที่ต้องการของตลาดหรือไม่ และครอบครองอัตราส่วนในตลาดเพียงใด กิจการนั้นสามารถดำเนินต่อไปได้หรือไม่และต้องใช้เวลาเงินทุนและมีกำไรภายในกี่ปี สิ่งที่จะได้รับจากการซื้อกิจการมีอะไรบ้าง เช่น ทรัพย์สิน ชื่อเสียงทางการค้า ทรัพย์สินทางปัญญา ฐานลูกค้า เป็นต้น กิจการมีการประกันภัยใด ๆ และยังมีผลบังคับใช้อยู่หรือไม่ ภาระผูกพันมีหรือไม่ เป็นต้น¹¹³

(ง) สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน

ในการจำหน่ายกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City Code) ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการที่มีหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการซื้อขายหรือควบรวมกิจการ เรียกว่า คณะกรรมการพิจารณา (The Hearings Committee) โดยบุคคลที่จะเข้าเป็นกรรมการจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาตามหลักขัดกันระหว่างผลประโยชน์ (Conflicts of Interest) โดยบุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือมีส่วนได้เสียจากการดำเนินการเข้าครอบครองกิจการซื้อขายหรือควบรวมกิจการจากกฎระเบียบหรือจากการปฏิบัติตาม The City Code สามารถร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนในเรื่องนั้นได้ ทั้งนี้ คณะกรรมการมีอำนาจที่จะนำเรื่องขึ้นพิจารณาได้ตามที่เห็นควร โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องขอก็ได้ ดังนั้น หากผู้ให้หลักประกัน ซึ่งเป็นบริษัทผู้ขายเห็นว่าราคาขั้นต่ำที่กำหนดเพื่อขายกิจการ หรือ

¹¹¹The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," pp. D 17 – D 18, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹²The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. D 18, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹³Company Rescue, "How to buy business in administration or liquidation," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2562, จาก <http://www.companyrescue.co.uk/guides-knowledge/guides/how-to-buy-businesses-in-administration-or-liquidation-3758/>

วิธีการประเมินราคากิจการไม่เหมาะสม หรือการกระทำใด ๆ ไม่เป็นไปตามกฎและหลักเกณฑ์ของ The City Code สามารถโต้แย้งคัดค้านต่อคณะกรรมการดังกล่าวได้ โดยต้องยื่นคำร้องโดยเร็วที่สุด แต่ต้องไม่เกิน 1 เดือนนับจากเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดสิทธิร้องขอ โดยประธานคณะกรรมการพิจารณา อาจปฏิเสธไม่รับคำร้องโดยไม่จำเป็นต้องมีการประชุมคณะกรรมการพิจารณาได้ หากเห็นว่าคำร้องขอ ไม่ได้รับแจ้งอย่างถูกต้องหรือไม่มีเหตุผลที่เพียงพอ (ไม่มีมูล) หรือผู้ที่ยื่นคำขอไม่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการหรือไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ส่วนในกรณีที่รับคำร้องขอไว้พิจารณา ประธานคณะกรรมการพิจารณาจะเป็นผู้กำหนดทิศทางการพิจารณาภายใต้ระยะเวลาที่รวดเร็ว หลักในการตัดสินใจจะใช้เสียงข้างมาก ในกรณีที่มิฉะนั้นเสียงเสมอกันให้ประธานเป็นผู้ออกเสียงตัดสิน ซึ่งคำสั่งในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการอาจพิจารณากำหนดมาตรการลงโทษ และหรือ กำหนดแนวทางที่จำเป็นและเหมาะสมเพื่อการปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้ด้วย และต้องแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียกับคำสั่งดังกล่าวทราบ

ทั้งนี้ บุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของคณะกรรมการพิจารณา สามารถอุทธรณ์คำสั่งไปยังคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่เรียกว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Takeover Appeal Board) ได้ภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการพิจารณากำหนด¹¹⁴ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เป็นหน่วยงานอิสระมีอำนาจพิจารณาและมีคำสั่งชี้ขาดคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการพิจารณา¹¹⁵

ส่วนในการขายโดยวิธีการอื่น ๆ กฎหมายอังกฤษ ก็ได้รับรองสิทธิให้แก่ผู้ให้หลักประกันที่อาจอ้างสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันว่าผู้บังคับหลักประกันไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด โดยอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่ามาตรการใด ๆ ที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายนั้นเป็นโมฆะ เรียกว่าให้เจ้าหนี้และผู้บังคับหลักประกันปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด หรือให้ศาลมีคำสั่งเรื่องอื่น ๆ ตามที่เห็นสมควร ซึ่งหลักการรับรองสิทธิของผู้ให้หลักประกันดังกล่าวของประเทศอังกฤษ สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของธนาคารเพื่อการบูรณะและพัฒนาแห่งยุโรป (European Bank for Reconstruction and Development : EBRD)¹¹⁶

¹¹⁴The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. Appendix 9, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹⁵The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. A 12, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹⁶European Bank for Reconstruction and Development., "Model Law on Secured Transactions.," 2004, Article 29.4.

(จ) คุณสมบัติ และสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย ตามกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ ผู้ซื้อจะต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถ สมบูรณ์ตามกฎหมายในการทำสัญญาและรับโอนทรัพย์สิน เช่น ไม่เป็นผู้เยาว์ ไม่เป็นบุคคล วิกลจริต คนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ เป็นต้น ส่วนคุณสมบัติของผู้ซื้อตาม กฎหมายเฉพาะอื่น ๆ นั้น ผู้บังคับหลักประกันหรือผู้ดำเนินการขายจะต้องกำหนด และประกาศ โฆษณาต่อสาธารณะเพื่อให้ผู้สนใจเข้าซื้อกิจการทราบด้วย และผู้บังคับหลักประกันต้องใช้ ความระมัดระวังในการสอดส่องและตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ซื้อด้วย¹¹⁷

ผู้ซื้อกิจการ มีสิทธิดังต่อไปนี้

1. ก่อนการประมูลจะเริ่มต้น ผู้ซื้อที่มีสิทธิได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับขั้นตอนการประมูล จากผู้บังคับหลักประกัน

2. ผู้ประสงค์เข้าซื้อที่มีสิทธิขอข้อมูลหรือเอกสารต่าง ๆ (Hard copy) ที่ผู้บังคับหลักประกันประกาศโฆษณา เช่น เอกสารทางการเงิน วิธีการประเมินเพื่อกำหนดราคาขาย เป็นต้น¹¹⁸

3. บริษัทผู้ขายมีหน้าที่ให้ความร่วมมือตามที่ผู้ซื้อร้องขอ ให้คำแนะนำเกี่ยวกับกิจการ และต้องปรับปรุงข้อมูลของบริษัทในทางทะเบียนให้ทันสมัย เพื่อให้การดำเนินการขายเป็นไป โดยถูกต้อง สะดวก และเพื่อให้แน่ใจว่ากิจการจะสามารถขายได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม หากบริษัทผู้ขายให้ความร่วมมือไม่เพียงพอ ผู้ซื้อที่มีสิทธิร้องขอให้ผู้บังคับหลักประกันดำเนินการ ให้ได้¹¹⁹

4. เมื่อผู้ซื้อได้ชำระเงินหรือราคาซื้อขายครบถ้วนแล้ว ผู้ซื้อจะได้รับกิจการไป โดยปลอดจากภาระหลักประกัน แต่ถ้าในขณะที่ทำการซื้อขาย ผู้ซื้อทราบว่าทรัพย์สินนั้นยังไม่ถูก บังคับหลักประกัน หรือการบังคับหลักประกันเป็นโมฆะ หรือไม่สามารถบังคับได้ หรือภาระ หลักประกันได้สิ้นสุดลงก่อนทำการขาย หรือคำบอกกล่าวบังคับหลักประกันถูกประกาศให้เป็น

¹¹⁷ Sale of Goods Act 1979 Article 3.

¹¹⁸ The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. M 1 and Rule 30.1, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

¹¹⁹ The Panel on Takeovers and Mergers, "Takeover Code," p. App 4.1, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2562, จาก <http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>

โมฆะโดยศาล หรือการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันได้ถูกยกเลิก ผู้ซื้อจะไม่ได้กิจการไปโดยปลอดจากภาระหลักประกัน¹²⁰

(จ) การจัดสรรเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายกิจการ เพื่อชำระหนี้แก่บรรดาผู้เป็นเจ้าของหนี้ ผู้บังคับหลักประกันจะต้องจ่ายเงินให้แก่เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิก่อนเกิดการแปลงสภาพหลักประกันก่อนที่จะจ่ายให้แก่เจ้าหนี้ในหลักประกันแบบลอย¹²¹ โดยมีลำดับการจัดสรรเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายกิจการเพื่อชำระหนี้แก่บรรดาผู้เป็นเจ้าของหนี้ ดังนี้

1. ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายจ่ายโอน รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการขายที่ไม่สำเร็จหรือการดำเนินธุรกิจ เพื่อที่จะขายทรัพย์สิน

2. จำนวนหนี้ที่เกิดจากกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership) โดยผู้บังคับหลักประกัน เช่น ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายในการจ้างที่ปรึกษาเพื่อประเมินมูลค่ากิจการ เป็นต้น

3. เจ้าหนี้บุริมสิทธิและเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระหนี้

4. เจ้าหนี้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

ทั้งนี้ เนื่องจากทรัพย์สินของบริษัททั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับของเจ้าหนี้ในหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) กฎหมายจึงกำหนดมาตรการให้ผู้บังคับหลักประกันสำรองเงินร้อยละ 50 ของทรัพย์สินทั้งหมดใน 10,000 ปอนด์แรก และร้อยละ 20 ของทรัพย์สินทั้งหมดในจำนวนเงินที่เกินกว่านั้น แต่ไม่เกิน 600,000 ปอนด์ เพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันของบริษัท เรียกว่า “prescribed part”¹²² แต่ผู้บังคับหลักประกันไม่จำเป็นต้องสำรองเงินไว้ให้เจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน ในกรณีที่ทรัพย์สินของบริษัทมีจำนวนน้อยกว่า 10,000 ปอนด์ และค่าใช้จ่ายไม่ได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่ได้รับ¹²³ และในกรณีที่ “prescribed part” ได้خذใช้เงินให้แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันจนครบถ้วนแล้ว เหลือจำนวนเท่าใดก็อาจใช้แก่เจ้าหนี้ในหลักประกันแบบลอยต่อไปได้

¹²⁰European Bank for Reconstruction and Development., “Model Law on Secured Transactions.”, 2004 Article 26, 27.2.

¹²¹Insolvency Act 1986 Section 40 (2) , 251 and 387 , Companies Act 2006 Section 754.

¹²²นิลุลล เลิศนุวัฒน์, “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ในระบบกฎหมายของไทย,” น.7, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก <https://nilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>

¹²³Insolvency Act 1986 Section 176A (3) และ Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003 Article 2.

3.2.3 ความสัมพันธ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมายล้มละลายตาม The Insolvency Act 1986

แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ที่ให้อำนาจเจ้าหนี้หลักประกันแบบลอยสามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อทำการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาลนั้น เป็นแนวคิดและหลักการที่พัฒนาเพื่อลดอุปสรรคและความล่าช้าในการบังคับจำนอง ซึ่งเจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะต้องไปร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Receiver) มาเพื่อรวบรวมค่าเช่าและผลกำไรที่เกิดจากทรัพย์สินจำนอง เพื่อนำมาชำระหนี้ ซึ่งหากเจ้าหนี้เป็นผู้แต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเองจะเป็นการสะดวกมากขึ้น ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่งวนข้อตกลงในสัญญาหลักประกันว่าการบังคับหลักประกันเจ้าหนี้สามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเอง และถือว่าผู้บังคับหลักประกันเป็นตัวแทนของผู้จำนอง ไม่ใช่ตัวแทนของผู้รับจำนอง กล่าวคือผู้รับจำนองเป็นผู้แต่งตั้ง แต่มีสถานะเป็นตัวแทนของผู้จำนอง

ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติล้มละลาย (Insolvency Act 1986) มีผลใช้บังคับ เจ้าหนี้จะสามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันได้เมื่อมีข้อตกลงในสัญญาให้กระทำเช่นนั้นได้ เรียกว่า “Administrative Receiver โดยแต่งตั้งจากบุคคลผู้มีวิชาชีพทางบัญชี มีอำนาจเข้าไปดำเนินธุรกิจแทนกรรมการของบริษัทลูกหนี้ เพื่อให้บริษัทลูกหนี้พ้นจากวิกฤตการณ์ที่ยากลำบาก โดยจุดมุ่งหมายสำคัญก็เพื่อให้บริษัทลูกหนี้ไม่ต้องล้มละลาย ซึ่งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) อาจใช้วิธีการเจรจากับเจ้าหนี้รายอื่น ขายกิจการในส่วนที่ไม่ได้ทำกำไร ลดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น และเพิ่มรายได้ ซึ่งบางกรณีอาจจำเป็นต้องขายธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ไปทั้งกิจการ หรือขายในรูปแบบสาขาของบริษัท จะเห็นได้ว่าผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) ในกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership) มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลาย¹²⁴

ส่วนผู้บังคับหลักประกันที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ (Administrative Receiver) จะมีอำนาจตามกฎหมายที่กำหนดไว้ตาม Schedule 1 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) โดยกำหนดอำนาจ 23 ประการ รวมถึงอำนาจในการเข้าครอบครองและดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกันก่อนการจำหน่าย และมีอำนาจในการขายหรือจำหน่ายกิจการหรือทรัพย์สิน

¹²⁴วิทยา จิณกาญจน์., “การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE.”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 72-74. อ้างถึงในวศิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 13.

ในกิจการที่เป็นหลักประกัน หรือเพื่อดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการขอลีกกิจการ¹²⁵ ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) จะเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ และมีหน้าที่หลักคือจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทที่อยู่ภายใต้การครอบครองของตน เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ในหลักประกันแบบชาร์จ (Charge) สำหรับการดูแลและบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) จะใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาควบคุมไปพร้อมกันกับอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากอำนาจที่กฎหมายกำหนดขัดกับอำนาจที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้ว อำนาจในสัญญาย่อมมีสถานะเหนือกว่า¹²⁶ และในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) ได้รับการคาดหวังจะต้องการกระทำอย่างสุจริตด้วยความระมัดระวัง

ทั้งนี้ ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในข้อ 2.2.2 แล้วว่า นับตั้งแต่ 15 กันยายน ค.ศ.2003 เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrative Receiver) ในกระบวนการบังคับหลักประกัน (Receivership)¹²⁷ ได้อีก แต่เจ้าหนี้อาจจะแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เพื่อดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administration) ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) ซึ่งหลักการของกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีเป้าหมายเพื่อให้บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินสามารถดำเนินการเยียวยาความเสียหายหรือหาหนทางในการจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้ประโยชน์มากกว่าการเลิกกิจการ โดยมีเป้าหมายเพื่อไม่ให้บริษัทต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ ดังนั้น ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะมีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เข้ามาจัดการกับธุรกิจและทรัพย์สินของบริษัท¹²⁸ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ที่ได้รับการแต่งตั้งมาจะกลายมาเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล มีอำนาจตาม Schedule B1 ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986)¹²⁹ เช่นกัน

จะเห็นได้ว่า การบังคับหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษ มีมิติที่สอดคล้องสัมพันธ์กับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมายล้มละลายตามพระราชบัญญัติ The Insolvency Act 1986 และนอกจากผู้บังคับหลักประกันจะมีอำนาจหน้าที่ตามที่คู่สัญญาได้ตกลง

¹²⁵Insolvency Act 1986, Schedule 1.

¹²⁶Insolvency Act 1986, Ssection 42 (1).

¹²⁷“Administrative Receivership,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2562, จาก

<https://insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch49-60/Chapter%2056-2/Part%203/Part%203.html>

¹²⁸Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 1.

¹²⁹Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 5.

กันไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ผู้บังคับหลักประกันยังมีอำนาจหน้าที่ตาม Schedule B1 ของพระราชบัญญัติ The Insolvency Act 1986 อีกด้วย

3.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน (Model Law on Secured Transactions 2016) ของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)

ในระดับระหว่างประเทศกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้รับความสนใจเป็นอย่างมาก โดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ซึ่งเป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติ ในด้านกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและมีความเชี่ยวชาญในการพัฒนากฎหมายพาณิชย์ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเป็นเครื่องมือสำคัญที่ลดข้อจำกัดในการเข้าถึงสินเชื่อ อันเอื้อต่อการเจริญเติบโตและการพัฒนาธุรกิจ การค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลดีต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก¹³⁰ ดังนั้น การมีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่มีประสิทธิภาพและชัดเจน จะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจทั้งในระยะสั้นและระยะยาว¹³¹ เหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการจัดตั้งคณะทำงานขึ้นเพื่อพัฒนาระบบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินทั้งหลายที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมทางการค้า เพื่อที่จะกำหนดประเด็นสำคัญต่าง ๆ รวมถึงรูปแบบ วิธีการประเภททรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ และการบังคับหลักประกัน¹³² ในปี พ.ศ. 2545 คณะทำงานคณะที่ 6 ได้เริ่มจัดทำเอกสารเพื่อเป็นแนวทางแก่ประเทศต่าง ๆ ในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันขึ้น เรียกว่า แนวทางการร่างกฎหมายธุรกรรมหลักประกันของ UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) จัดทำแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2550 หลังจากนั้น คณะทำงานฯ ได้ดำเนินการจัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่มีหลักประกัน โดยพัฒนาต่อเนื่องจากแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจและข้อเสนอแนะ (Recommendation) ของคณะกรรมการฯ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2559 ได้ออกร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่มีหลักประกัน (UNCITRAL Model Law On Secured Transactions) ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการฯ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2559 ที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้

¹³⁰Government Decree No: 163/2006/ND-CP dated December 29, 2006 (Hanoi).

¹³¹Government Decree No: 83/2010/ND-CP dated July 23, 2010 (Hanoi).

¹³²Report of Working Group VI (Security Interest) on the work of its first session (New York 20 - 24 May 2002), A/CN.9/512, para 3.

เห็นชอบด้วยในปี พ.ศ. 2560¹³³ โดยกฎหมายแม่แบบเป็นเครื่องมือที่ทันสมัยและช่วยทำให้กฎหมายหลักประกันภายในประเทศต่าง ๆ สอดคล้องกลมกลืนกัน ทำให้ง่ายต่อการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ อันจะส่งผลให้ประเทศที่นำแนวทางกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL ไปใช้ได้รับผลดีต่อระบบเศรษฐกิจอย่างเต็มประสิทธิภาพ ทั้งนี้ กฎหมายแม่แบบถูกออกแบบให้มีความยืดหยุ่น รัฐที่นำแนวทางกฎหมายแม่แบบไปใช้สามารถนำไปประยุกต์ใช้ให้เข้ากับบริบทแห่งรัฐนั้นได้

วัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันที่สำคัญ คือ

1. เพื่อช่วยประเทศต่าง ๆ ในการจัดทำหรือพัฒนากฎหมายด้านธุรกรรมเกี่ยวกับหลักประกันภายในประเทศของตน ให้มีประสิทธิภาพและทันสมัยยิ่งขึ้น สอดคล้องกับนานาอารยประเทศ¹³⁴

2. เพื่อให้ประเทศที่ยอมรับหลักการในกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันไปใช้เป็นแนวทางการร่างกฎหมายภายในของตนได้รับประโยชน์อย่างสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจในลักษณะที่เป็นรูปธรรม ทำให้ประเทศเหล่านี้สามารถคาดการณ์ในเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นได้ เช่น การเข้าถึงสินเชื่อจากผู้ให้สินเชื่อทั้งภายในและภายนอกประเทศ อันจะเป็นการสนับสนุนการพัฒนาและเจริญเติบโตของธุรกิจภายในประเทศ โดยเฉพาะธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) เป็นต้น ตลอดจนสามารถคาดการณ์ถึงระยะเวลา และค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นตามกฎหมาย¹³⁵

3. เพื่อที่จะกำหนดแนวทางในการร่างและพัฒนากฎหมายหลักประกันธุรกิจภายในของประเทศต่าง ๆ ให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันจะเป็นการลดช่องว่างและความแตกต่างของระบบกฎหมายและกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในแต่ละประเทศซึ่งมีความขัดกันแห่งกฎหมาย อันเป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศไปพร้อมกันด้วย¹³⁶ เนื่องจากบ่อยครั้งธุรกรรมหลักประกันจะเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาหรือทรัพย์สินที่อยู่ต่างประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างกันเกี่ยวกับกฎหมาย

¹³³United Nations Commission on International Trade Law, Working Group VI [Online], สืบค้นเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 2560 , จาก

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/MLST_Guide_to_enactment_E.pdf

¹³⁴United Nations Commission on International Trade Law, Working Group VI, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2562, จาก http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups65Security_Interests.html

¹³⁵United Nations Commission on International Trade Law, “UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions,” p. 1.

¹³⁶UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2016, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2561, จาก http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html

หลักประกันภายในของแต่ละประเทศและการบังคับหลักประกันก็มีข้อจำกัดเกี่ยวกับอาณาเขตและพรมแดน ทำให้สิทธิในหลักประกันมักสูญเสียไปหรือเอื้อมไม่ถึง เพราะทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่นอกประเทศ¹³⁷ ดังนั้น หลักการและแนวคิดในการร่างกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันที่คณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ UNCITRAL ได้จัดทำขึ้น จึงต้องการสร้างหลักประกัน กระบวนการทางสัญญาหลักประกัน และกลไกการบังคับหลักประกันที่เป็นที่ยอมรับและมีผลในประเทศอื่น ๆ ด้วย เพื่อยกระดับสิทธิของผู้ถือสิทธิในหลักประกัน โดยในการสร้างกลไกหรือเครื่องมือทางกฎหมายดังกล่าวได้คำนึงถึงความแตกต่างของระบบกฎหมายในแต่ละประเทศ ทั้งระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil law) ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายอื่น ๆ ด้วย

หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันต้องการให้ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถนำมาเป็นประกันได้เพื่อประโยชน์ต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ ดังนั้น ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้จึงครอบคลุมอย่างกว้างขวาง โดยสามารถนำทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง รวมทั้งทรัพย์สินในปัจจุบันและในอนาคตมาเป็นประกันได้¹³⁸ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบความครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน นอกจากนี้ผู้ให้หลักประกันยังไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นในขณะที่ทำสัญญาหลักประกันก็ได้¹³⁹ เช่น ทรัพย์สินที่บุคคลนั้นอาจได้มาในอนาคต เป็นต้น แต่อยู่ภายใต้หลักการที่ว่า ผู้ให้หลักประกันไม่อาจให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันมากไปกว่าสิทธิที่ผู้ให้หลักประกันมีหรืออาจมีในอนาคต¹⁴⁰ และในขณะเดียวกันผู้ให้หลักประกันยังคงมีสิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนไปซึ่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันเป็นไปในทางการค้าตามปกติได้อย่างอัตโนมัติ เช่น การจำหน่ายสินค้าของบริษัท เป็นต้น¹⁴¹

¹³⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, pp. 2 - 3.

¹³⁸United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Commission on International Trade Law : Legislative Guide on Secure Transactions (New York : United Nations Publication, 2010), p. 61.

¹³⁹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 31.

¹⁴⁰United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 78.

¹⁴¹United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Commission on International Trade Law : Legislative Guide on Secured Transactions, pp. 79 - 80.

จากหลักการและแนวคิดดังกล่าวทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันได้¹⁴² ยกตัวอย่างเช่น สหกรณ์ทรัพย์ สิทธิเรียกร้องของผู้ให้หลักประกัน รวมถึงสิทธิเรียกร้องที่ผู้ให้หลักประกันได้รับ โอนสิทธิมาด้วย ตราสารเปลี่ยนมือ สิทธิเรียกร้องจากบัญชีเงินฝากธนาคาร สินค้าคงคลัง ทรัพย์สินที่ได้มาแทนที่หรือได้จากหลักประกัน ที่เรียกว่า Proceeds¹⁴³ เช่น ค่าเช่าที่ได้มาจากการนำทรัพย์สินหลักประกันออกให้เช่า เป็นต้น ทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคต เช่น รถยนต์ตามสัญญาเช่าซื้อซึ่งผู้ให้หลักประกันยังผ่อนชำระอยู่ในขณะทำสัญญา เป็นต้น ตลอดจนทรัพย์สินทั้งหมดของบุคคล อาจตกอยู่ภายใต้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ ซึ่งหมายรวมถึงการนำกิจการหรือทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการมาเป็นหลักประกันนั่นเอง

มีข้อสังเกตว่า ในระบบกฎหมายบางระบบ มีการกำหนดให้สินทรัพย์บางประเภทไม่สามารถนำเป็นหลักประกันได้ (Excluded Assets) หรือมีข้อจำกัดในรูปแบบของสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน หรือบางส่วนในมูลค่าของสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันตามนโยบายสาธารณะแห่งรัฐนั้น ตัวอย่างเช่น เมื่อรัฐต้องการป้องกันไม่ให้เกิดการนำรายได้จากการจ้างงานในจำนวนขั้นต่ำที่แน่นอนมาเป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันไม่ได้รับอนุญาตให้นำสินค้าในครัวเรือนมาเป็นหลักประกัน เป็นต้น นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายบางระบบ รัฐไม่อนุญาตให้บุคคลที่ไม่ได้ดำเนินธุรกิจนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดยไม่มีการส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ และไม่ได้รับอนุญาตให้มีประกันในสินทรัพย์ในอนาคต หรือหลักประกันในสินทรัพย์ที่เป็นประเภทกล่าวคือ เขาอาจให้หลักประกันได้แต่เฉพาะสินทรัพย์ที่มีอยู่และสินทรัพย์เฉพาะสิ่ง ซึ่งข้อจำกัดทั้งหมดนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้หลักประกัน แต่ก็ยังคงมีผลอันไม่พึงประสงค์เป็นการขัดขวางมิให้ผู้ให้หลักประกันใช้มูลค่าของสินทรัพย์อย่างเต็มจำนวนในการเข้าถึงสินเชื่อ ดังนั้น ผลกระทบในทางบวกและทางลบของข้อจำกัดดังกล่าว จึงต้องได้รับการชั่งน้ำหนักด้วยความระมัดระวังจากรัฐ โดยระบบกฎหมายบางระบบได้สร้างสมดุล โดยไม่เพิ่มข้อจำกัดเข้าไปในการบัญญัติกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ แต่เพิ่มเติมหลักเกณฑ์เฉพาะซึ่งกำหนดข้อจำกัดที่

¹⁴²United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.15 - 26. and p. 34.

¹⁴³UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Terminology and interpretation.

“Proceeds” means whatever is received in respect of encumbered assets, including what is received as a result of sale or other disposition or collection, lease or licence of an encumbered asset, proceeds of proceeds, natural and civil fruits or revenues, dividends, distributions, insurance proceeds and claims arising from defects in, damage to or loss of an encumbered asset.

เหมาะสมในกฎหมายเฉพาะ เช่น ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค วิธีนี้มีข้อดีตรงที่ รัฐสามารถ ออกแบบข้อจำกัดตามนโยบายในอนาคตซึ่งเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองผู้ให้หลักประกัน¹⁴⁴

หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการทางสัญญาหลักประกัน ได้สร้างระบบการจดแจ้งสิทธิในหลักประกัน (Security Rights) ทางทะเบียน โดยผลของการจดแจ้งทางทะเบียนจะทำให้ สิทธิในหลักประกันของผู้รับหลักประกันรายนั้น ถือเป็นทรัพย์สิน (right in rem) เหนือทรัพย์สิน เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน

หลักการและแนวคิดในการบังคับสิทธิในหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถใช้สิทธิบังคับหลักประกันหรือแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันทำหน้าที่ดังกล่าวได้โดยไม่ต้องใช้ สิทธิผ่านกระบวนการทางศาล อันจะทำให้การบังคับหลักประกันทำได้โดยรวดเร็ว และมีค่าใช้จ่าย ที่น้อยกว่าการดำเนินคดีทางศาล¹⁴⁵

3.3.1 กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

โดยทั่วไปแล้ว คู่สัญญาจะคาดหวังให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามชำระหนี้อย่างถูกต้อง โดยสมัครใจ และไม่ต้องการใช้กระบวนการบังคับหลักประกัน เนื่องจากการใช้กระบวนการ บังคับสิทธิจะมีประสิทธิภาพน้อยกว่าการที่คู่สัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้โดยสมัครใจ เนื่องจากว่า การบังคับสิทธิมีค่าใช้จ่าย ต้องใช้ระยะเวลาาน ผลจากกระบวนการบังคับสิทธิไม่มีความแน่นอน โดยผลของกระบวนการอาจนำไปสู่ความสัมพันธ์ขั้นแตกหักระหว่างคู่สัญญา และผลในระยะยาว อาจส่งผลเสียแก่ผู้ให้หลักประกันและบุคคลภายนอก อาจทำให้ธุรกิจหยุดชะงักหรือล้มละลายได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการขยับยั้งสิทธิในการบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ ภายหลังเจ้าหนี้ในหลักประกัน ได้ให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันแล้ว เจ้าหนี้จึงต้องจับตารูจกิจของผู้ให้หลักประกัน อย่างใกล้ชิด และติดต่อสื่อสารกับผู้ให้หลักประกันอยู่เสมอ เพื่อสังเกตว่าผู้ให้หลักประกัน มีสัญญาณที่จะประสบปัญหาทางการเงินหรือไม่ และเมื่อประสบปัญหาทางการเงิน ก่อนที่เจ้าหนี้ ในหลักประกันจะตัดสินใจบังคับสิทธิในหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ในหลักประกัน อาจพยายามร่วมกันแก้ไขข้อตกลงอย่างไม่เป็นทางการ และอาจมีการปรับเปลี่ยนข้อตกลงกันใน หลายรูปแบบ เช่น การยืดระยะเวลาในการชำระหนี้ออกไป (“Composition” หรือ “Work Out”) ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ เพิ่มเติมหรือลดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันก็มีอำนาจตัดสินใจว่าจะดำเนินการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันหรือไม่

¹⁴⁴United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 79.

¹⁴⁵United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 3.

การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันนั้น เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกใช้กระบวนการบังคับสิทธิผ่านทางศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระบบการบังคับสิทธิจะเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีลักษณะประสานประโยชน์ระหว่างลูกหนี้ เจ้าหนี้ และบุคคลภายนอก หรือเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจเลือกใช้วิธีบังคับสิทธิในหลักประกันเองได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล ทั้งนี้ เป็นดุลยพินิจของเจ้าหนี้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ยกตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้ในหลักประกันที่เลือกใช้วิธีภายนอกศาล อาจเปลี่ยนใจ และอาจใช้วิธีในศาลอีกวิธีหนึ่งเพื่อที่จะบังคับหลักประกัน ซึ่งการบังคับสิทธิอย่างแรกไม่ได้ทำให้การบังคับสิทธิอย่างที่สองเสียไป เพราะบางกรณีเจ้าหนี้ในหลักประกันอาจจะต้องการใช้สิทธิบังคับคดีตามกระบวนการทางกฎหมายทั่วไปด้วยการยึดทรัพย์และขายด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษา ด้วยเหตุผลที่ว่าเจ้าหนี้ในหลักประกันอาจปรารถนาที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่มีต่อการคัดค้านในภายหลัง หรืออาจสรุปได้ว่าต้องใช้กระบวนการทางศาล เพื่อเยียวยาส่วนที่ขาดไป หรืออาจกลัวและต้องการหลีกเลี่ยงการขัดต่อความสงบเรียบร้อย¹⁴⁶ ส่วนในกรณีที่มีการบังคับหลักประกันภายนอกศาล ศาลก็ยังคงเป็นที่พึ่งให้กับข้อเรียกร้องและการคัดค้านของผู้ให้หลักประกันและผู้มีส่วนได้เสียคนอื่น ๆ ในสิทธิเรียกร้องในสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน¹⁴⁷

การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันเข้าดำเนินการบังคับกิจการได้ โดยหลักผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำตามที่คุณสัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หากไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ผู้บังคับหลักประกันจะต้องบังคับหลักประกันให้เป็นไปตามกฎหมาย และตามดุลยพินิจของผู้บังคับหลักประกันที่เป็นไปโดยสุจริตและเหมาะสมในทางการค้า

แนวทางกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) แนะนำว่ารัฐควรสร้างกลไกการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่ทำให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ถึงระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างเป็นระบบ มีประสิทธิภาพและประหยัด ทำให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ได้ว่าจำนวนเงินที่เกิดจากการจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันออกไปจะเพียงพอต่อหนี้ในหลักประกันหรือไม่ นอกจากนี้ รัฐควรสร้างสิทธิในหลักประกัน (กฎหมายสารบัญญัติ) และ

¹⁴⁶United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 284. อังถึงในวศิน ลิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 100.

¹⁴⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 283.

วิธีการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในหลักประกันหรือกระบวนการบังคับหลักประกัน (กฎหมายวิธีสบัญญัติ) ไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน และควรมีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันให้ชัดเจนเพียงพอ ตัวอย่างเช่น การแจ้งการผิณฑ์ชำระหนี้ การแจ้งความประสงค์จะขายสินทรัพย์ และจะต้องรายงานต่อผู้ให้หลักประกันเกี่ยวกับการขายสินทรัพย์หลักประกัน เป็นต้น ในขณะที่เดียวกัน เนื่องจากการบังคับหลักประกันจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้อื่น ๆ ของผู้ให้หลักประกัน รวมทั้งบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ดังนั้น ระบบการบังคับหลักประกันทางธุรกิจจึงควรกำหนดหลักการเพื่อป้องกันสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบไว้เหมาะสม เพื่อป้องกันการกระทำของเจ้าหนี้ในหลักประกันที่ไม่สมควร¹⁴⁸

ทั้งนี้ ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติ ว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินหลักประกันหรือลูกหนี้ อาจสิ้นสุดการบังคับหลักประกันได้โดยการชำระหนี้คืนเต็มจำนวน รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจำต้องเสียไปในการบังคับหลักประกันด้วย อันเป็นการไถ่ถอนภาระหลักประกันหรือที่เรียกว่า “Redeem” และเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก การใช้สิทธิไถ่ถอนหลักประกันจะกระทำได้ก่อนที่เจ้าหนี้จะขายหรือจำหน่ายหลักประกันไปโดยวิธีอื่นเท่านั้น โดยการไถ่ถอนภาระหลักประกันจะไม่กระทบถึงการบังคับหลักประกันที่ได้กระทำไปแล้ว และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ในทางปฏิบัติสิทธินี้มักจะถูกใช้เมื่อมูลค่าหลักประกันสูงกว่าจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้ผู้ทำการบังคับหลักประกันอย่างมีนัยยะสำคัญ¹⁴⁹

(ก) เหตุในการบังคับหลักประกัน

สิทธิในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันจะเกิดขึ้นทันทีที่ผู้ให้หลักประกัน หรือลูกหนี้ (ถ้าผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลที่สาม) ไม่ชำระหนี้ตามภาระผูกพัน หรือมีเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่งอันถือเป็นเหตุบังคับหลักประกันตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกันเกิดขึ้น¹⁵⁰ คู่สัญญาอาจตกลงถึงเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดสิทธิในการบังคับหลักประกันประการใด

¹⁴⁸United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 276. อ้างถึงในวสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 95.

¹⁴⁹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.132 - 133, Article 75.

¹⁵⁰United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 227.

ก็ได้ตามหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาทำที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยซึ่งบางครั้งเหตุดังกล่าวไม่ใช่เพราะการชำระเงินที่ผิดพลาด เช่น การยึดสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเจ้าหนี้รายอื่นทำให้เกิดการผัดขังชำระหนี้ในสัญญาหลักประกันทั้งหมด เป็นต้น¹⁵¹

(ข) การไต่สวนเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน มีข้อสังเกตว่าผู้บังคับหลักประกันไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทแต่อย่างใด เนื่องจากผู้บังคับหลักประกันเป็นบุคคลที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมอบหมายให้ดำเนินการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันแทนภายหลังที่เจ้าหนี้มีสิทธิในการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้วนั่นเอง

(ค) การทำคำวินิจฉัยของผู้บังคับหลักประกัน เพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน มีข้อสังเกตว่าผู้บังคับหลักประกันไม่มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยเพื่อบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ¹⁵² เนื่องจากผู้บังคับหลักประกันเป็นบุคคลที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมอบหมายให้ดำเนินการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันแทนภายหลังที่เจ้าหนี้มีสิทธิในการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้วนั่นเอง

3.3.2 การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่าย

ในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่าย เจ้าหนี้ในหลักประกันมักนิยมขายสินทรัพย์ทั้งหมดของกิจการไปในลักษณะที่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เพื่อให้ได้มูลค่าสูงสุดในการบังคับหลักประกัน และเนื่องจากการขายโดยเจ้าหนี้ในหลักประกันที่มีบุริมสิทธิเป็นอันดับแรกสุดจะเพิกถอนภาระติดพันในเจ้าหนี้ลำดับรองลงมาทั้งหมด ซึ่งจะทำให้การบังคับขายได้ราคาสูงสุด เพราะผู้ซื้อจะได้รับกรรมสิทธิ์ไปโดยปราศจากภาระหลักประกันที่เป็นกิจการ ดังนั้น รัฐจะเลือกให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในหลักประกันที่มีบุริมสิทธิเป็นอันดับแรกสุดเป็นผู้ที่สามารถเข้าควบคุมกระบวนการบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ลำดับรองได้ และเพื่อเป็นการปกป้องผลกระทบที่อาจเกิดกับเจ้าหนี้ลำดับต้นจากการบังคับขายโดยเจ้าหนี้ลำดับรองด้วย

ในหลายกรณีที่มีการบังคับหลักประกันไม่มีเป้าหมายที่จะขายกิจการหรือขายสินทรัพย์บางรายการในกิจการ บางรัฐจึงอนุญาตให้ผู้บังคับหลักประกันเข้าครอบงำการบริหารและการ

¹⁵¹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 278.

¹⁵²United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.130 - 131, Article 73.

จัดการธุรกิจในช่วงเวลาที่แน่นอนภายหลังจากการผิคนัดชำระหนี้ เพื่อนำเงินหรือรายได้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการมาชำระหนี้แทนได้¹⁵³

ทั้งนี้ ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันอาจขอความช่วยเหลือในการบังคับหลักประกันจากศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในเวลาใดก็ตามที่มีปัญหาเกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันนอกศาล¹⁵⁴

(ก) การเข้าครอบครองและดำเนินงานของกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกัน

ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นก่อนที่เจ้าหนี้จะทำการบังคับสิทธิในหลักประกัน กฎหมายแม่แบบกำหนดให้เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวบังคับหลักประกันให้แก่ผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิต่าง ๆ ผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินหลักประกันอยู่ในขณะนั้น รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องทราบเสียก่อน และต้องมีการจดทะเบียนบังคับหลักประกันในทางทะเบียนด้วย เจ้าหนี้จึงจะสามารถใช้สิทธิบังคับหลักประกันได้

การเข้าครอบครองกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกัน จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การเข้าครอบครองนั้นจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ให้หลักประกันและบุคคลอื่นซึ่งครอบครองทรัพย์สินหลักประกันนั้นไม่ได้รับความเสียหายเกินสมควร รัฐควรกำหนดดังนี้ 1. เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกันต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้หลักประกันในการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ซึ่งโดยปกติเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมักจะกำหนดความยินยอมดังกล่าวของผู้ให้หลักประกันลงในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ) 2. ผู้บังคับหลักประกันต้องส่งคำบอกกล่าวให้แก่ผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลอื่นที่ครอบครองทรัพย์สินหลักประกันทราบถึงเหตุบังคับหลักประกันและความมุ่งหมายหรือเจตนาที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน แต่ถ้าทรัพย์สินหลักประกันนั้นเป็นของสละได้ง่าย หรือเสื่อมค่าเสื่อมราคาอย่างรวดเร็วแล้ว เป็นที่ยอมรับกันว่าการบอกกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องกระทำก็ได้ (โดยแต่ละรัฐอาจกำหนดให้มีรายละเอียดมากกว่านี้ได้ตามที่เห็นสมควร เช่น ระยะเวลาที่เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนดำเนินการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันตามที่เหมาะสมกับชนิด

¹⁵³United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p.278 and p.298. อ้างถึงในศิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 97.

¹⁵⁴United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 131, Article 73, Para 430 - 431.

ของทรัพย์สินและประเพณีในทางการค้า) 3. เรื่องที่สำคัญที่สุด บุคคลซึ่งครอบครองทรัพย์สินหลักประกันจะต้องไม่ได้แย้งคัดค้านในขณะที่ผู้บังคับหลักประกันเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น แต่ถ้าผู้ให้หลักประกัน หรือผู้ครอบครองคัดค้าน ผู้บังคับหลักประกันจะต้องขอความช่วยเหลือจากศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน นอกจากนี้แต่ละรัฐอาจมีการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร

มีข้อสังเกตว่าผู้บังคับหลักประกันที่เป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่มีบุริมสิทธิในหลักประกันเป็นลำดับรองไม่สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกันที่อยู่ภายใต้การบังคับหลักประกัน โดยเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันก่อนตนได้ เนื่องจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันนั้น ไม่อาจใช้สิทธิบังคับหลักประกันให้กระทบสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับสูงกว่าตนได้ และการเข้าครอบครองโดยเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือกว่านั้น โดยหลักถือว่าไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน¹⁵⁵

ในการเข้าครอบครองและดำเนินการก่อนการขายนั้น ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการระวังรักษาทรัพย์สินดังเช่นวิญญูชนพึงรักษาทรัพย์สินของตนเอง¹⁵⁶ และจะต้องมีการแจ้งเตือนผู้ผลิตวัตถุดิบให้ทราบถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในหลักประกัน และเพื่อให้ลูกค้าทราบว่าธุรกิจที่ดำเนินการขายสินค้าตามปกตินี้อยู่ในระหว่างการบังคับหลักประกัน ทั้งนี้ กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันไม่ได้แนะนำไว้อย่างเป็นทางการว่า เจ้าหนี้ในหลักประกันมีสิทธิในการเข้าควบคุมการดำเนินธุรกิจเพื่อขายธุรกิจหรือไม่¹⁵⁷

(ข) หลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการในการจำหน่ายกิจการ

กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน แนะนำหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจำหน่ายว่า จะต้องมีการส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือแสดงเจตนาที่จะทำการจำหน่ายกิจการที่เป็นประกันไปยังผู้ให้หลักประกัน ลูกหนี้ บุคคลอื่นซึ่งมีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเท่าที่ทราบ เจ้าหนี้อื่นที่ปรากฏในสารบบทะเบียน และเจ้าหนี้มีประกันรายอื่นที่ครอบครองหลักประกัน เป็นการล่วงหน้าก่อนการจำหน่าย ทั้งนี้ แต่ละรัฐจะต้องกำหนดช่วง

¹⁵⁵United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.134 - 135, Article 77.

¹⁵⁶United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), Article 53.

¹⁵⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 283 and p. 298. อ้างถึงในอ้างอิงในวาทิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 101.

ระยะเวลาที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนทำการขายตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เช่น 10-15 วัน อันเป็นการเพียงพอที่จะให้ผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลอื่นที่ได้รับคำบอกกล่าว พิจารณาและกระทำการใด ๆ รวมทั้งใช้สิทธิของพวกเขาในการสิ้นสุดกระบวนการบังคับหลักประกันโดยการชำระหนี้ ค้างทั้งหมด โดยต้องใช้ภาษาที่ทำให้ผู้รับแจ้งสามารถเข้าใจเนื้อหาได้ ซึ่งปกติมักจะใช้ภาษาตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกันเป็นหลัก¹⁵⁸ ส่วนเนื้อหาที่จะต้องบอกกล่าวก่อนการขาย หรือจำหน่าย จะต้องประกอบไปด้วย

- (1) รายละเอียดของหลักประกันที่จะทำการขายหรือจำหน่าย
- (2) จำนวนหนี้คงค้างในขณะที่ยื่นคำบอกกล่าว รวมทั้งดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายในการบังคับหลักประกัน

(3) ถ้อยคำที่แสดงว่า ผู้ให้หลักประกัน บุคคลอื่นใดที่มีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือลูกหนี้ มีสิทธิที่จะสิ้นสุดกระบวนการบังคับหลักประกัน โดยการชำระหนี้ค้างทั้งหมดก่อนทำการขายหรือจำหน่าย และทำสัญญาซื้อขายกับบุคคลภายนอก และ

(4) วันที่กำหนดนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจำหน่าย ในกรณีเป็นการขายหรือจำหน่ายโดยการประมูลเปิดเผย (Public Auction) ให้แจ้งเวลา สถานที่ขาย และวิธีการจำหน่ายด้วย

กรณีไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อนการขาย หากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเป็นของสดเสียดง่าย หรืออาจจะเสื่อมราคาได้อย่างรวดเร็ว หรือเป็นชนิดที่สามารถขายได้ในตลาดซึ่งเป็นที่ยอมรับ (Recognizes market)¹⁵⁹ มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่หลักประกันเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ผู้บังคับหลักประกันอาจใช้สิทธิขาย หรือจำหน่ายโดยวิธีการอื่นใด โดยไม่ต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นก่อน และภายหลังการขาย ผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำบัญชีรับจ่ายในการจำหน่ายหลักประกัน และระบุถึงจำนวนเงินที่ใช้ในขั้นตอนการจำหน่าย¹⁶⁰

ส่วนวิธีการจำหน่ายกิจการ เวลาในการจำหน่าย และสถานที่จำหน่าย นั้น โดยหลักจะเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกัน แต่หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกันมีสิทธิในการตัดสินใจได้ทั้งหมดไม่ว่าจะขายโดยวิธีการทำ

¹⁵⁸United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp. 136 - 137 , Article 78.

¹⁵⁹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 135. and Article 78.

¹⁶⁰United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 138, para 454.

สัญญาฉบับเอกชนรายหนึ่งรายใด กับกลุ่มบุคคล หรือขายเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่บุคคลดังกล่าว จะต้องกระทำโดยสุจริตและเหมาะสมในทางธุรกิจการค้า

ทั้งนี้ ตามกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน มีหลักการแนวคิดคุ้มครองสิทธิของ เจ้าหนี้บุริมสิทธิลำดับสูงกว่า โดยสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับสูงกว่าจะต้องไม่ได้รับผลกระทบจากการบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิต่ำกว่า ดังนั้น เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับสูงกว่าอาจใช้สิทธิเข้ารับช่วงทำการบังคับหลักประกันแทนเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับรองซึ่ง เป็นผู้เริ่มกระบวนการบังคับหลักประกันได้ ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิในลำดับรองไม่ชอบที่จะใช้สิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เว้นแต่เห็นว่าเงินที่จะได้รับจาก กระบวนการขายหรือจำหน่ายหลักประกันนั้นน่าจะเพียงพอชำระหนี้เต็มจำนวนทั้งของเจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกันนั่นเอง และหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับสูงกว่า¹⁶¹

กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน แนะนำว่าเพื่อคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย แต่ละรัฐควรกำหนดลักษณะ วิธีการ ระยะเวลา สถานที่ และเรื่องอื่น ๆ ของการขายหรือการ จำหน่ายโดยวิธีการอื่น รวมทั้งอาจกำหนดเงื่อนไขอย่างอื่นในการขายกิจการในลักษณะที่สามารถ ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร แต่ต้องสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแม่แบบที่ ต้องการให้มีการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัด¹⁶²

(ค) การกำหนดราคาขั้นต่ำเพื่อจำหน่ายกิจการ

กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันไม่มีข้อกำหนดหรือบทเสนอแนะในประเด็น ดังกล่าวว่าจะแต่ละรัฐควรใช้หลักเกณฑ์การประเมินราคาและกำหนดราคาขั้นต่ำของกิจการไว้อย่างไร จึงเป็นไปตามดุลยพินิจและตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐที่น่ากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มี หลักประกันไปปรับใช้

ทั้งนี้ กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน แนะนำว่า ในกระบวนการบังคับสิทธิหาก ไม่มีข้อกำหนด หรือข้อเสนอแนะไว้ในกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน ได้แนะนำว่าแต่ละรัฐ สามารถออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเองได้ แต่ต้องสอดคล้องตามวัตถุประสงค์และแนวทาง ของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน

(ง) สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่าย กิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน

¹⁶¹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 135, para 445.

¹⁶²United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, pp. 297 - 298.

กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันไม่ได้มีข้อกำหนดสิทธิของผู้ให้หลักประกันที่จะโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการไว้เป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีข้อกำหนดรับรองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียไว้เป็นขอบเขตกว้าง ๆ ว่า ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายในการดำเนินการบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและผู้บังคับหลักประกันได้ ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อตกลงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่ตกลงไว้ในสัญญาหลักประกัน

คำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” บางรัฐให้นิยามว่า หมายถึง ผู้ให้หลักประกัน บุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการบังคับสิทธิในหลักประกันและได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตาม หรือ ลูกหนี้เท่านั้น ในทางตรงกันข้ามบางรัฐได้กำหนดนิยามของผู้มีส่วนได้เสียกว้างกว่านั้น กล่าวคือนอกจากผู้ให้หลักประกัน ลูกหนี้ ผู้มีส่วนได้เสียในหลักประกันที่ได้รับความเสียหายแล้วยังหมายความรวมถึงผู้ค้ำประกัน หรือเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินหลักประกันด้วย¹⁶³

โดยกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันได้เสนอแนะว่า ในกรณีที่มิใช่ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการใช้สิทธิบังคับหลักประกันนอกศาล รัฐอาจจะกำหนดให้คู่กรณีสามารถเลือกใช้กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยตกลงกันใช้อุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ย ประนีประนอมยอมความ¹⁶⁴ โดยบางรัฐอาจกำหนดให้ใช้กระบวนการนอกศาลตามที่บัญญัติในกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันได้ด้วย เพื่อความรวดเร็ว¹⁶⁵

(จ) คุณสมบัติ และสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่น่าออกจำหน่าย กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันกำหนดให้ผู้ซื้อกิจการจะต้องมีความสามารถตามกฎหมายที่รัฐแต่ละรัฐกำหนด และผู้ซื้อที่มีสิทธิได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับกิจการที่จะซื้อขายจากผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน

สิทธิของผู้ซื้อนั้นหากเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับแรกสุดเป็นผู้ทำการขายหรือจำหน่ายผู้ซื้อจะได้รับทรัพย์สินไปโดยปลอดจากภาระหลักประกัน ส่วนการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับรอง ผู้ซื้อจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในภาระหลักประกันต่อเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือหลักประกันในลำดับต่ำกว่าเจ้าหนี้ที่ทำการขายหรือจำหน่าย แต่ผู้ซื้อจะได้รับ

¹⁶³United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.131 - 132, Article 74.

¹⁶⁴United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 130, Article 73, para 428. and p. 27, para 75.

¹⁶⁵United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2016, Article 74.

ทรัพย์สินไปโดยมีภาระหลักประกันของเจ้าหนี้บุริมสิทธิลำดับสูงกว่าตกติดไปด้วย ผู้ซื้อจึงมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้บุริมสิทธิลำดับสูงกว่านั้นตามภาระหลักประกัน และไม่ว่าผู้ซื้อหรือผู้รับโอนจะได้รับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปโดยปลอดจากภาระหลักประกันหรือไม่ก็ตาม การรับโอนหลักประกันจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้เช่าหรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งยังไม่ครบกำหนดระยะเวลาการเช่าหรือการอนุญาตให้ใช้¹⁶⁶

ในกรณีที่มิใช่เจ้าหนี้ผู้ทำการบังคับหลักประกันขายหรือจำหน่ายหลักประกันโดยมีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือข้อตกลง ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนจะได้รับทรัพย์สินไปโดยไม่ถูกรบกวนสิทธิ หากว่าผู้ซื้อหรือผู้รับโอนนั้นไม่ควรรู้ว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลอื่นเช่นว่านั้น¹⁶⁷

(จ) การจัดสรรเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายกิจการ เพื่อชำระหนี้แก่บรรดาผู้เป็นเจ้าหนี้กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่มีหลักประกัน ได้กำหนดว่าการจัดสรรเงินชำระหนี้จะกระทำโดยผู้บังคับหลักประกันหรือเจ้าหนี้ที่ทำการบังคับหลักประกัน โดยมีลำดับการจัดสรรเงินเพื่อชำระหนี้ ดังนี้

1. ในกรณีขายหรือจำหน่ายโดยผู้รับโอนได้รับทรัพย์สินไปโดยปลอดจากภาระหลักประกัน เงินที่ได้รับจากการขายหรือจำหน่ายจะต้องชำระคืนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการบังคับหลักประกัน ถ้ามีเงินเหลือให้ชำระให้แก่เจ้าหนี้เรียงตามลำดับบุริมสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันจนสิ้นเชิง หากมีเหลือให้ส่งเงินคืนให้แก่ผู้ให้หลักประกัน

2. ในกรณีขายหรือจำหน่ายโดยผู้รับโอนได้รับทรัพย์สินไปโดยมีภาระหลักประกันของเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับสูงกว่าเจ้าหนี้ที่ทำการบังคับหลักประกันตกติดไปด้วย เงินที่ได้รับจากการขายหรือจำหน่ายจะต้องชำระคืนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการบังคับหลักประกัน และชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้ทำการบังคับหลักประกันจนสิ้นเชิง ถ้ามีเงินเหลือให้ชำระให้แก่เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิลำดับต่ำกว่าตน หากยังคงมีเงินเหลืออยู่ให้คืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ในกรณีถ้าเงินได้สุทธิจากการจำหน่ายไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ที่มีหลักประกันโดยสิ้นเชิง ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ขาด แต่กฎหมายแม่แบบไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการใช้สิทธิของลูกหนี้ในการที่จะยกข้อต่อสู้ในเรื่องที่เจ้าหนี้หรือผู้บังคับหลักประกัน

¹⁶⁶United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 139, para 460.

¹⁶⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), pp.139 - 140. and UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2016, Article 81.

ปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมาย หรือขัดกลองในเรื่องการบังคับหลักประกันไว้ว่าจะสามารถยกขึ้นต่อสู้ได้หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ จึงขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐที่จะประกาศกำหนดโดยอาจจะพิจารณาถึงกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

นอกจากนี้กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำบัญชีรับจ่ายในการจัดสรรเงินชำระหนี้ และจำนวนเงินที่เหลือ หรือจำนวนเงินที่ยังขาดอยู่ไว้ด้วย¹⁶⁸

3.3.3 ความสัมพันธ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมายล้มละลาย

แนวคิดและหลักการของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ต้องการถ่วงดุลผลประโยชน์ระหว่างลูกหนี้ เจ้าหนี้ (ไม่ว่าจะเจ้าหนี้มีประกัน มีบุริมสิทธิหรือไม่มีประกัน) ผลกระทบต่อบุคคลภายนอก (ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนหลักประกัน) โดยประเด็นสำคัญในการถ่วงดุลคือการร่วมกันดำเนินงานอย่างใกล้ชิดระหว่างระบบกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและระบบกฎหมายเกี่ยวกับล้มละลาย ฟื้นฟูกิจการและการชำระบัญชีด้วย¹⁶⁹

ทั้งนี้ ตามกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้กล่าวถึงบุคคลผู้รับผิดชอบในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของบริษัทที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจรวมถึง ผู้บังคับหลักประกันในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Administrator) ทรัสต์ (Trustees) ผู้ชำระบัญชี (Liquidators) ผู้บริหาร (Supervisors) ผู้บังคับหลักประกัน (Receivers) ผู้ดูแล (Curators) เจ้าพนักงาน (Official) หรือ กรรมการสิทธิ (Commissions) ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไปจะรวมเรียกว่า Insolvency Representative โดยในบางประเทศอาจเป็นบุคคลเดียว บริษัท หรือองค์กรทางกฎหมายอื่นก็ได้

เมื่อ Insolvency Representative ได้รับการแต่งตั้งแล้ว Insolvency Representative จะต้องทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายล้มละลาย โดย Insolvency Representative จะได้รับอำนาจเหนือลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ พร้อมกับหน้าที่ในการปกป้องทรัพย์สินและผลประโยชน์ของลูกหนี้ ตลอดจนผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และลูกจ้าง อีกทั้งยังต้องรับรองว่ากฎหมายล้มละลายจะมีการใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม ดังนั้น

¹⁶⁸United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment, (Vienna : United Nations Publication, 2017), p. 138. and para 454.

¹⁶⁹United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 3.

จึงมีความจำเป็นที่ Insolvency Representative จะต้องมีความรู้ ประสบการณ์ และมีคุณสมบัติส่วนบุคคล ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้สามารถดำเนินกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเท่านั้น แต่ยังต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ระบบล้มละลายด้วย¹⁷⁰

คุณสมบัติของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็น Insolvency Representative อาจแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับการออกแบบกฎหมายล้มละลายในเรื่องบทบาทของ Insolvency Representative ว่า จะรวมกระบวนการชำระบัญชีหรือการฟื้นฟูกิจการด้วยหรือไม่ และระดับในการควบคุมดูแลของศาลต่อ Insolvency Representative (และของกระบวนการล้มละลายโดยทั่วไป) นอกจากนี้ ยังอาจขึ้นอยู่กับกระบวนการแต่งตั้งด้วย

ในการกำหนดคุณสมบัติของ Insolvency Representative จะต้องมีการสร้างสมดุลระหว่างการเรียกร้องให้มีคุณสมบัติที่เข้มงวดซึ่งนำไปสู่การแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติสูง แต่อาจมีบุคคลที่จะมาเป็น Insolvency Representative อย่างจำกัด และยังเป็น การเพิ่มค่าใช้จ่ายในกระบวนการ ในทางกลับกันการเรียกร้องให้ลดคุณสมบัติลง เพื่อเป็นหลักประกันว่า จะมี Insolvency Representative มาปฏิบัติหน้าที่อย่างทั่วถึง แต่อาจเป็นผู้ที่ไม่มี ความเชี่ยวชาญที่เหมาะสม ดังนั้น บทบาทหน้าที่ของศาลในการแต่งตั้งและดูแล Insolvency Representative ก็เป็นกลไกที่สำคัญในการบรรลุการสร้างสมดุลดังกล่าว

ความซับซ้อนในกระบวนการล้มละลายที่หลากหลายทำให้ Insolvency Representative จะต้องมีความรู้ที่เหมาะสมเพิ่มขึ้น รวมถึงความรู้ในทางด้านกฎหมาย ทั้งกฎหมายล้มละลาย กฎหมายการค้า การเงินและธุรกิจด้วย ตลอดจนประสบการณ์ในทางการค้าและการเงิน ด้านบัญชีที่เพียงพอ โดยหากความรู้เฉพาะทางถูกเรียกร้องเป็นกรณีเฉพาะแล้ว ก็อาจมีการจ้างผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้คำปรึกษาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายล้มละลายบางฉบับ ยังเรียกร้องให้บุคคลที่ได้รับแต่งตั้ง Insolvency Representative จะต้องมีความเชี่ยวชาญ และชำนาญที่เหมาะสมในกรณีเฉพาะดังกล่าวด้วย เช่น ความรู้เฉพาะทางเกี่ยวกับกิจการของลูกค้าหนี้ ทรัพย์สินของลูกค้าหนี้ และประเภทของตลาดการค้า (Type of Market)

การรับรองคุณสมบัติที่เหมาะสมของ Insolvency Representative มักทำโดยระบบการออกใบอนุญาต (โดยทั่วไปจะกำหนดเป็นจำนวนปี) ในกรณีที่ระบบใบอนุญาตได้ดำเนินการ

¹⁷⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York: United Nation Publication, 2005), p. 174. อ้างถึงในวสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 113.

โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญซึ่งมีการจัดอบรมและทดสอบเพื่อออกใบอนุญาต เช่น นักกฎหมาย นักการบัญชี เป็นต้น นอกจากนี้ ยังต้องมีการอบรมศึกษาอย่างต่อเนื่องเพื่อความคุ้นเคยกับการพัฒนากฎหมายและทางปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้น Insolvency Representative ยังอาจต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือการควบคุมของศาล องค์กรที่มีความเชี่ยวชาญ องค์กรที่ควบคุมดูแล หรือองค์กรอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายนอกเหนือจากกฎหมายล้มละลาย นอกจากความรู้และประสบการณ์แล้ว Insolvency Representative ยังต้องมีคุณสมบัติส่วนบุคคล (Personal Qualifies) ที่เหมาะสมด้วย เช่น มีความซื่อสัตย์ (Integrity) ความเป็นกลาง (Impartiality) ความเป็นอิสระ (Independence) และทักษะการบริหารจัดการที่ดี โดยทางกฎหมายอาจเรียกร้องให้ Insolvency Representative เป็นบุคคลที่ไม่มีประวัติอาชญากรรมหรือประวัติในการกระทำความผิดหรือความเสียหายทางการเงิน โดยบางประเทศอาจกำหนดให้ไม่มีประวัติเกี่ยวกับการล้มละลายหรือถูกถอดถอนจากตำแหน่งทางราชการ และสิ่งที่สำคัญที่สุดในคุณสมบัติของ Insolvency Representative คือจะต้องไม่มีประโยชน์ขัดกันต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดย Insolvency Representative จะต้องเป็นอิสระจากผลประโยชน์ ไม่ว่าจะในเชิงเศรษฐกิจครอบครัว หรือลักษณะอื่น เช่น เคยเป็นเจ้าของกิจการของลูกค้านี้ เคยเป็นคู่ค้ากับลูกค้านี้ เคยเป็นผู้สอบบัญชีของลูกค้านี้ เคยเป็นคู่แข่งทางการค้าของลูกค้านี้ เป็นต้น และมีหน้าที่ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ขัดกันที่มีอยู่ในขณะเริ่มกระบวนการแต่งตั้ง และในระหว่างดำเนินกระบวนการล้มละลาย โดยในบางประเทศผลประโยชน์ขัดกันอาจเป็นข้อห้ามไม่ให้แต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็น Insolvency Representative แต่ในบางประเทศบุคคลดังกล่าวอาจได้รับการแต่งตั้งให้เป็น Insolvency Representative ถ้ามาตรการเปิดเผยผลประโยชน์ขัดกันเป็นเพียงการส่งเสริมความซื่อสัตย์และความเป็นกลางของพวกเขา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายแห่งรัฐนั้น ๆ¹⁷¹

วิธีการแต่งตั้ง Insolvency Representative ในหลายประเทศ ศาลจะเป็นผู้เลือก แต่งตั้ง และกำกับดูแล Insolvency Representative ซึ่งการเลือกอาจมาจากรายชื่อผู้เชี่ยวชาญที่มีคุณสมบัติเหมาะสมตามดุลยพินิจของศาล เช่น จากการเสนอแนะร่วมกันของลูกค้านี้และเจ้าหน้าที่ เป็นต้น ในบางประเทศ อาจมีการตั้งองค์กรหรือหน่วยงานแยกออกมา ทำหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์กำกับดูแลควบคุม Insolvency Representative ทั้งหมด โดยองค์กรหรือหน่วยงานจะเป็นผู้เลือก Insolvency Representative ภายหลังจากศาลมีคำสั่งให้องค์กรดังกล่าวเป็นผู้ดำเนินการเลือก ซึ่งข้อดี

¹⁷¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York: United Nation Publication, 2005), pp. 175 - 176. อ้างถึงใน วศิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 113 - 116.

ของการให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กำกับดูแลเป็นผู้เลือกนั้น ทำให้ได้บุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในธุรกิจของลูกหนี้ได้อย่างเหมาะสม เป็นต้น อีกวิธีการหนึ่งซึ่งอนุญาตให้เจ้าหนี้ สามารถเลือก Insolvency Representative เพื่อให้ศาลแต่งตั้งได้ โดยเจ้าหนี้จะต้องเลือกบุคคลที่มี คุณสมบัติที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกัน¹⁷²

หน้าที่ของ Insolvency Representative ตามกฎหมายล้มละลาย (Insolvency Act) มีดังนี้

- (1) เข้าควบคุมสินทรัพย์โดยทันที ซึ่งประกอบไปด้วยทรัพย์สินในกระบวนการล้มละลาย และบันทึกทางธุรกิจของลูกหนี้
- (2) เป็นตัวแทนในทรัพย์สินของกระบวนการล้มละลาย
- (3) ได้รับเงินภายหลังการเริ่มกระบวนการ
- (4) ดำเนินการเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินในกระบวนการล้มละลาย ภายใต้กระบวนการในทางศาล อนุญาโตตุลาการ หรือฟื้นฟูกิจการ
- (5) ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับลูกหนี้ สินทรัพย์ของลูกหนี้ ความรับผิดชอบ และธุรกรรมที่เกิดขึ้นก่อนเข้ารับหน้าที่ รวมถึงได้สวนลูกหนี้ และบุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้
- (6) ดำเนินการทุกอย่างที่จำเป็น เพื่อปกป้องหรือสงวนรักษาทรัพย์สินในกระบวนการล้มละลาย และกิจการของลูกหนี้ รวมถึงหยุดยั้งการจำหน่ายจ่ายโอนที่ปราศจากอำนาจและใช้อำนาจยกเลิก
- (7) จัดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สิน (ในกรณีที่การจดทะเบียนมีความจำเป็น เพื่อให้สิทธิในทรัพย์สินสมบูรณ์ ต่อบุคคลที่ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริต)
- (8) แต่งตั้ง และจ่ายเงินให้แก่นักบัญชี ทนายความ และผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ ซึ่งอาจจำเป็นในการช่วยเหลือ Insolvency Representative ในการปฏิบัติหน้าที่
- (9) ตรวจสอบสัญญาที่ยังไม่ได้ปฏิบัติตามอย่างครบถ้วน พร้อมกับตัดสินใจว่าจะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปหรือเพิกถอนสัญญา
- (10) ดำเนินการกับลูกจ้างในเรื่องสิทธิหรือให้สิทธิแก่ลูกจ้าง รวมทั้งสิทธิในเงินชดเชย
- (11) ชำระบัญชี จำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ในกองทรัพย์สินล้มละลาย

¹⁷²UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York: United Nation Publication, 2005), pp. 177. อ้างถึงในวสิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 116 - 117.

(12) ยืนยันและยอมรับข้อเรียกร้อง พร้อมทั้งทำให้รายการข้อเรียกร้องดังกล่าวทันสมัย อยู่ตลอดเวลา

(13) ส่งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการไปยังศาลและเจ้าหนี้ตามกำหนดระยะเวลา โดยข้อมูลจะต้องรวมถึงรายละเอียดของทรัพย์สินที่ขายไปแล้วในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ราคาที่ขาย ค่าใช้จ่ายในการขาย และข้อมูลตามที่ศาลอาจร้องขอ หรือที่ประชุมเจ้าหนี้อาจร้องขอตาม ความเหมาะสม เช่น ใบเสร็จ รายจ่าย และสินทรัพย์ที่อยู่ในความดูแล เป็นต้น

(14) จัดประชุมเจ้าหนี้

(15) ดำเนินการบริหารจัดการกิจการของลูกหนี้ ในกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้จะต้องขาย ออกไป

(16) ส่งรายงานสุดท้าย พร้อมบัญชีรายรับ - รายจ่ายของทรัพย์สินในกระบวนการ ล้มละลายที่อยู่ในความดูแลไปยังศาลหรือบรรดาเจ้าหนี้ตามที่ร้องขอ

(17) ดำเนินการเรื่องอื่นใดที่ถูกส่งไปยัง Insolvency Representative โดยบรรดาเจ้าหนี้ หรือศาล

นอกเหนือจากหน้าที่โดยเฉพาะแล้ว บ่อยครั้งที่กฎหมายล้มละลาย (Insolvency Laws) จะกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปให้กับ Insolvency Representative ซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการทำให้สินทรัพย์ มีมูลค่าสูงสุด และจะต้องปกป้องสินทรัพย์ในกองทรัพย์สินล้มละลายด้วย นอกจากนี้ยังต้องมีหน้าที่ ในการขายให้ได้ราคาสูงที่สุด

ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายได้ยอมรับแนวทางที่หลากหลายในการดำรงความสัมพันธ์ ระหว่าง Insolvency Representative กับศาล โดยในการปฏิบัติหน้าที่ หรือทำคำตัดสินใด ๆ Insolvency Representative จะต้องแจ้งหรือรายงานไปยังศาล และบรรดาเจ้าหนี้เสียด้วย และ โดยทั่วไปศาลจะถูกร้องขอให้วินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการหรืออาจให้ศาล อนุมัติในหลาย ๆ ขั้นตอนของการปฏิบัติหน้าที่ของ Insolvency Representative¹⁷³

¹⁷³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York : United Nation Publication, 2005), pp. 179 - 180. อ้างถึงใน วศิน สิทธิสร., “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 117 - 119.

จะเห็นได้ว่า แนวคิดและหลักการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของกฎหมายแม่แบบ
รัฐธรรมนูญที่มีหลักประกันมีมิติความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมาย
ล้มละลายอย่างใกล้ชิด



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ ตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เมื่อผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจหรือตามกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายกำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันเป็นอันสิ้นสุดลง ให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวกับทั้งบรรดาสีทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนของผู้ให้หลักประกัน (ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล) ตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันที และให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการ และดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน² ซึ่งการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกันเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย และวิชาชีพผู้บังคับหลักประกันก็เป็นวิชาชีพใหม่ที่เกิดขึ้นโดยผลของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แล้วปรากฏว่ากฎหมายยังไม่มี ความสมบูรณ์และชัดเจนในเรื่องเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้บังคับหลักประกัน หลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีการจำหน่าย การประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขายกิจการ กำหนดเวลาในการจำหน่าย รวมทั้งเรื่องสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการจำหน่ายกิจการก็ยังไม่มีความชัดเจน เช่น ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกันหรือไม่ ผู้ซื้อ มีสิทธิในการตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่น่าออกจำหน่ายหรือไม่ เป็นต้น จากความไม่สมบูรณ์และชัดเจนของกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้สถาบันการเงินไม่สามารถประเมินถึงความเสี่ยงในการรับกิจการไว้เป็นหลักประกันได้อย่างถูกต้อง จึงไม่มีความมั่นใจที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน

¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 71.

²พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73.

เป็นสาเหตุให้การช่วยเหลือผู้ประกอบการในการเข้าถึงสินเชื่อด้วยการนำกิจการไปเป็นหลักประกัน ไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์แห่งการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ขึ้นใช้บังคับ นอกจากนี้ ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ยังมีการตีความกฎหมายว่าผู้บังคับหลักประกันจะต้องจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการเท่านั้น³ ไม่สามารถแยกขายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้ ซึ่งอาจส่งผลให้การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้หลักประกันในกรณีที่กิจการมีมูลค่ามากกว่าจำนวนหนี้คงค้างอย่างมีนัยยะสำคัญ อีกทั้งการจำหน่ายกิจการทั้งกิจการมีขั้นตอนดำเนินการที่ต้องใช้ระยะเวลาและมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นจำนวนมาก ส่งผลให้การจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันล่าช้า และไม่มีประสิทธิภาพอีกด้วย

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาแนวคิดและหลักการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (UNCITRAL) เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย และหาแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจให้มีความชัดเจน มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

4.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การบอกกล่าวก่อนการจำหน่ายและวิธีการจำหน่ายกิจการที่เหมาะสม

4.1.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การบอกกล่าวก่อนการจำหน่าย

ในชั้นบังคับหลักประกัน การบอกกล่าวก่อนการจำหน่าย มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียอย่างเหมาะสม เพื่อให้พวกเขาได้พิจารณาและใช้สิทธิกระทำการใด ๆ ก่อนการจำหน่าย เช่น สิทธิในการสิ้นสุดกระบวนการบังคับหลักประกันโดยการชำระหนี้ค้างทั้งหมด สิทธิในการร้องจัดทรัพย์หรือร้องขอถอนส่วน เป็นต้น วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งคือ เพื่อให้โอกาสผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสอยู่รู้เห็นด้วยในการขายหรือจำหน่ายกิจการ หรือหาผู้เข้าซื้อกิจการในราคาที่พวกเขาพอใจ ซึ่งจะส่งผลให้ราคาขายเพิ่มสูงขึ้นได้ด้วย

จากการศึกษาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำการบอกกล่าวการจำหน่ายกิจการไปยังผู้มีส่วนได้เสียก่อนดำเนินการจำหน่ายกิจการแต่อย่างใด แต่จากการศึกษาหลักเกณฑ์การขายทอดตลาดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี พบว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 วรรคสอง กำหนดให้ก่อนการขายทอดตลาดทรัพย์สิน

³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3.

เจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องแจ้งกำหนดวัน เวลา และสถานที่ซึ่งจะทำการขายทอดตลาดให้บรรดาผู้มีส่วนได้เสีย ได้แก่ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา รวมทั้งลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง ผู้รับ โอนสิทธิเรียกร้อง บุคคลที่มีชื่อในทางทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ถูกบังคับคดี เจ้าหนี้ มีบริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ถูกบังคับคดี บุคคลที่อ้างว่าตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกบังคับคดี เจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วม เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นที่ขอเฉลี่ยทรัพย์ และบุคคลอื่นใดซึ่งต้องเสียหาย เพราะเหตุแห่งการบังคับคดีเท่าที่ปรากฏในทะเบียนหรือประการอื่น⁴ ได้ทราบล่วงหน้าก่อนวันขายทอดตลาดไม่น้อยกว่า 5 วัน

ส่วนในการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 40 กำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่ และวิธีการจำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันอื่น และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือโดยวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้รับได้รับหนังสือแล้ว

ข้อยกเว้นหลักเกณฑ์การบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการจำหน่าย คือ ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีสภาพเป็นของสละเสียได้ หรือหากหน่วยงานเข้าไว้จะเป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาจะเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือผู้รับหลักประกัน แล้วแต่กรณี อาจจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทันที⁵

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ พบว่า กฎหมายได้กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องบอกกล่าวการขายไปยังผู้ถือหุ้น ตัวแทนลูกจ้างหรือลูกจ้างทุกราย และทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันให้ทราบล่วงหน้าก่อนการจำหน่ายกิจการ นอกจากนี้ ผู้บังคับหลักประกันยังต้องแจ้งไปยังนายทะเบียนบริษัททราบล่วงหน้าอย่างน้อย 7 วันก่อนทำการขาย รวมทั้งต้องมีการประกาศโฆษณาการจำหน่ายกิจการต่อสาธารณชน (ทางเว็บไซต์ หนังสือพิมพ์ท้องถิ่นอย่างน้อย 2 ฉบับ) เป็นเวลา 45 วันก่อนวันเริ่มทำการขาย โดยเนื้อหาที่จะต้องทำการประกาศจะต้องมีข้อมูลในเรื่องต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย ได้แก่ กิจการที่จะขาย คุณสมบัติของผู้เข้าร่วมประมูลหรือผู้เสนอราคา เงื่อนไขทั้งหมดและเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติก่อนการเสนอราคาหรือให้ราคา เช่น การจัดให้มีหนังสือให้คำรับรองจากสถาบันการเงินที่จะให้การสนับสนุนทางการเงินเพื่อการเข้าซื้อกิจการดังกล่าว เพื่อให้เห็นถึงความสามารถในการชำระ

⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287.

⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 332 วรรคแรก และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 40.

ราคาของผู้เข้าประมูลซื้อ การให้หลักประกัน เป็นต้น ราคาขั้นต่ำ และวิธีที่ใช้ในการประเมินกิจการ เพื่อกำหนดราคาขั้นต่ำ ให้ผู้ซื้อเสนอแผนจัดการกิจการนั้นในอนาคต แจ็งรายละเอียดใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับภาระในหลักประกันของกิจการผู้ขาย และเรื่องอื่นใดที่ผู้เสนอซื้อหรือบุคคลอื่นที่เข้าร่วมประมูลต้องใส่ใจ รวมทั้งแจ็งรายละเอียดเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาซื้อขายกรณีประมูลซื้อสำเร็จ

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติ ว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) พบว่า กฎหมายได้กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องมีการส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือแสดงเจตนาที่จะทำการจำหน่ายกิจการที่เป็นประกัน ไปยังผู้ให้หลักประกัน ลูกหนี้ บุคคลอื่นซึ่งมีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเท่าที่ทราบ เจ้าหนี้อื่นที่ปรากฏในสารบบทะเบียน และเจ้าหนี้อื่นที่มีประกันรายอื่นที่ครอบครองหลักประกัน เป็นการล่วงหน้าก่อนการจำหน่าย ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้บังคับหลักประกัน จะเลือกใช้วิธีจำหน่ายแบบใดก็ตาม โดยแต่ละรัฐจะต้องกำหนดช่วงระยะเวลาที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนทำการขายตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เช่น 10-15 วัน เป็นต้น ส่วนเนื้อหาที่จะต้องบอกกล่าวก่อนการขายหรือจำหน่าย ประกอบไปด้วย

- (1) รายละเอียดของหลักประกันที่จะทำการขายหรือจำหน่าย
 - (2) จำนวนหนี้คงค้างในขณะที่ส่งคำบอกกล่าว รวมทั้งดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายในการบังคับหลักประกัน
 - (3) ถ้อยคำที่แสดงว่า ผู้ให้หลักประกัน บุคคลอื่นใดที่มีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือลูกหนี้ มีสิทธิที่จะสิ้นสุดกระบวนการบังคับหลักประกัน โดยการชำระหนี้ค้างทั้งหมดก่อนทำการขายหรือจำหน่าย และทำสัญญาซื้อขายกับบุคคลภายนอก
 - (4) วันที่กำหนดนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจำหน่าย ในกรณีเป็นการขายหรือจำหน่ายโดยการประมูลเปิดเผย (Public Auction) ให้แจ็งเวลา สถานที่ขาย และวิธีจัดการจำหน่ายด้วย
- กรณีไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อนการขายหรือจำหน่าย หากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเป็นของสละได้ง่าย หรืออาจจะเสื่อมราคาได้อย่างรวดเร็ว หรือเป็นชนิดที่สามารถขายได้ในตลาดซึ่งเป็นที่ยอมรับ (Recognizes market)

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันต้องทำการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้มีส่วนได้เสียให้ทราบล่วงหน้าก่อนทำการขายหรือจำหน่ายกิจการแต่อย่างใด แตกต่างกับการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 วรรคสอง การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558

มาตรา 40 และกฎหมายการบังคับหลักประกันของต่างประเทศ ส่งผลให้ไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการอย่างเหมาะสม และไม่สอดคล้องเป็นเอกภาพกับกฎหมายภายในของประเทศไทยและกฎหมายของต่างประเทศ

ผู้วิจัยเสนอแนะให้เพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองในรูปของกฎกระทรวง กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ต้องทำการบอกกล่าวไปยังผู้มีส่วนได้เสียล่วงหน้าก่อนการจำหน่ายหรือขายกิจการ

4.1.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการที่เหมาะสม

จากการศึกษาผู้วิจัย พบว่า วิธีการจำหน่ายกิจการ โดยการซื้อขายด้วยความสมัครใจ มักจะกระทำโดยนิติบุคคล ในรูปแบบของ

(1) การซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ การซื้อขายวิธีการนี้ผู้ซื้อสามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ทันที โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการใหม่ และผู้ซื้อกิจการจะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดที่มีอยู่ในกิจการของบริษัทผู้ขาย รวมถึงพนักงานลูกจ้างด้วย ทำให้การซื้อกิจการโดยวิธีนี้ไม่มีผลกระทบต่อลูกจ้างหรือการจ้างแรงงาน และไม่มีผลกระทบสิทธิต่าง ๆ ของลูกค้าหรือบุคคลภายนอกที่มีนิติสัมพันธ์กับบริษัทผู้ขาย เพราะผู้ซื้อรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของบริษัทผู้ขาย และกิจการยังคงดำเนินต่อไป

(2) การซื้อสินทรัพย์ของกิจการ เป็นการที่ผู้ซื้อเข้าซื้อสินทรัพย์ของกิจการทั้งหมดหรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial part of assets) ซึ่งการซื้อขายประเภทนี้โดยหลักนี้หรือหน้าที่ไม่โอนไปยังผู้ซื้อ ผู้ซื้อไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบในภาระหนี้สิน หน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ ของบริษัทผู้ขายแต่อย่างใด เว้นแต่ผู้ซื้อกับผู้ขายจะตกลงกันให้โอนสิทธิตามสัญญาจ้างแรงงานของลูกจ้างหรือพนักงานของบริษัทผู้ขายไปด้วย และบริษัทผู้ซื้อก็ไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบในภาระหนี้สิน หน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ ของบริษัทผู้ขายแต่อย่างใด

ในทางตรงกันข้าม การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันนั้นหาได้เกิดจากความสมัครใจของผู้ให้หลักประกันไม่ แต่เป็นการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันภายหลังที่มีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น จากการศึกษาพบว่า ในชั้นบังคับหลักประกัน แนวคิดและวัตถุประสงค์ในการกำหนดวิธีการจำหน่าย คือ วิธีการจำหน่ายนั้นจะต้องเป็นวิธีเพื่อให้ได้มา ซึ่งราคาขายหรือจำหน่ายที่สูงสุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในขณะที่ทำการจำหน่าย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการได้รับชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยไม่กระทบสิทธิของลูกหนี้เกินสมควร ทั้งต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่เป็นหลักประกัน ซึ่งวิธีการจำหน่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาสูงสุดที่เป็นที่นิยม คือ การประมูล อาจใช้การประมูลโดยเปิดเผย (Public Auction) หรือแข่งขันราคาแบบยื่นซองประกวดราคา หรือขายทอดตลาด (Sale by

Auction) ก็ได้ โดยผู้ขายจะเป็นผู้กำหนดราคาขั้นต่ำหรือราคาที่สมควรขาย (Reserve Price) และให้ผู้เข้าประมูลแข่งขันราคากัน ผู้เข้าประมูลรายใดเสนอราคาสูงสุดผู้เข้าประมูลผู้นั้นก็จะเป็นผู้ชนะการประมูลและได้กิจการไป อาจกล่าวได้ว่า การขายทรัพย์สินโดยวิธีการประมูลราคาแข่งขันกันระหว่างผู้ซื้อหลายคน ก็เพื่อให้สามารถขายทรัพย์สินนั้นได้ในราคาสูงกว่าการขายโดยวิธีธรรมดาทั่วไป และให้ได้ราคาสูงที่สุดเท่าที่สามารถจะประมูลขายได้ หรืออย่างน้อยที่สุดต้องอาจเป็นราคาขั้นต่ำ ทั้งนี้ สาระสำคัญของการขายโดยวิธีการประมูล คือ การโฆษณาหรือเผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงการประมูลขายนั้น เพื่อหาผู้สนใจเข้าประมูลซื้อ

จากการศึกษาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พบว่า มาตรา 18 กำหนดให้คู่สัญญาต้องตกลงในเรื่อง หน้าที่กำหนดให้มีการประกันชำระ รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน เหตุบังคับหลักประกัน ชื่อผู้บังคับหลักประกันและค่าตอบแทน เพราะเป็นรายการที่ต้องมีตามกฎหมายในการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยกฎหมายไม่ได้บังคับให้คู่สัญญาหลักประกันธุรกิจจะต้องทำการตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 73 กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าวิธีการจำหน่ายที่เหมาะสมควรพิจารณาอย่างไร และไม่มีบทบัญญัติใดที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการไว้

ส่วนการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 40 กำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องทำด้วยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย และหลักการจำหน่ายทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจำหน่ายโดยวิธีการขายทอดตลาด ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการประมูลเปิดเผย

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า คู่สัญญามักจะตกลงวิธีการจำหน่ายกิจการในชั้นบังคับหลักประกันไว้ตั้งแต่ก่อตั้งสิทธิในหลักประกัน (ขณะทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ) และเมื่อมีเหตุแปลงสภาพทรัพย์สินหลักประกันเกิดขึ้นและมีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันแล้ว ผู้บังคับหลักประกันจะมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการให้เป็นไปตามวิธีการที่คู่สัญญาได้ตกลงกันในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ แม้ว่าข้อตกลงในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจดังกล่าวจะแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ข้อตกลงในสัญญาย่อม

มีสถานะเหนือกว่า⁶ ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงในเรื่องวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถพิจารณาได้ตามความเหมาะสม ซึ่งอาจจะโอนขายโดยทำสัญญากับเอกชนรายหนึ่งรายใด หรือขายตามท้องตลาด หรือประมูลโดยเปิดเผย หรือประมูลโดยเอกชน (การประมูลโดยไม่เปิดเผยชื่อผู้ร่วมประมูล) ก็ได้

แม้ว่าจะเปิดโอกาสให้ผู้บังคับหลักประกันพิจารณาวิธีการจำหน่ายได้ตามความเหมาะสม แต่ช่วงทศวรรษที่ผ่านมาในประเทศอังกฤษได้วิจารณ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันอย่างหนัก เนื่องจากการเปิดโอกาสให้ผู้บังคับหลักประกันใช้ดุลยพินิจที่มากเกินไปนำไปสู่การกระทำที่ผิด กล่าวคือ การใช้ดุลยพินิจที่มุ่งเน้นถึงแต่ประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นหลัก โดยไม่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียมากนัก ดังนั้น ในทางปฏิบัติผู้บังคับหลักประกันจะใช้วิธีการจำหน่ายกิจการที่เป็นที่ยอมรับจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย คือ วิธีการประมูลเปิดเผย ตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) เพราะมีการวางกฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการซื้อขายและรวบรวมกิจการไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ การซื้อขายกิจการด้วยการประมูลเปิดเผยตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) จะเป็นการซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการหรือรวบรวมกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ และผู้รับโอนต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของกิจการที่ทำการซื้อขาย รวมทั้งพนักงานลูกจ้างด้วย ทำให้ไม่มีผลกระทบต่อการจ้างแรงงานและคู่ค้าในกิจการนั้น

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกิจกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดให้วิธีการจำหน่ายกิจการในชั้นบังคับหลักประกันเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ แต่หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกันมีสิทธิในการตัดสินใจได้ทั้งหมดไม่ว่าจะขายโดยวิธีการทำสัญญากับเอกชนรายหนึ่งรายใด หรือขายเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่บุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำโดยสุจริตและเหมาะสมในทางธุรกิจการค้าเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่เพื่อคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย กฎหมายแม่แบบธุรกิจกรรมที่มีหลักประกันได้แนะนำให้แต่ละรัฐกำหนดลักษณะ ขั้นตอนระยะเวลา สถานที่ และเรื่องอื่น ๆ ของการขายหรือการจำหน่ายในแต่ละวิธีการไว้ให้ชัดเจน และต้องสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายแม่แบบธุรกิจกรรมที่มีหลักประกันที่ต้องการให้มีการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัด

⁶Insolvency Act 1986, Section 42 (1).

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าวิธีการจำหน่ายกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกันในประเทศไทยไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับให้ผู้สัญญาหลักประกันธุรกิจต้องทำการตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันแต่อย่างใด โดยวิธีการจำหน่ายกิจการกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งแม้ว่ากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศสอดคล้องกันในหลักการให้อำนาจหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่ายได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมก็ตาม แต่ลำดับการบังคับใช้ยังมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้แนะนำให้ผู้สัญญาทำการตกลงวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำการจำหน่ายกิจการตามที่ผู้สัญญาตกลงกันไว้ ทั้งนี้ ตามหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของผู้สัญญา อีกทั้ง การปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาซึ่งเกิดจากความยินยอมของผู้สัญญาแล้ว จะทำให้การกระทำของผู้บังคับหลักประกันไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) อีกด้วย แต่หากผู้สัญญาไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายไว้ จึงจะตกเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่ายได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม แต่เนื่องจากวิชาชีพผู้บังคับหลักประกันเป็นวิชาชีพที่เกิดขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และยังไม่มียุทธศาสตร์วิชาชีพมากำกับดูแล วางกฎเกณฑ์ ระเบียบและแนวทางปฏิบัติไว้อย่างเป็นมาตรฐาน ดังนั้น การใช้ดุลยพินิจกำหนดวิธีการจำหน่ายที่เหมาะสม จึงเป็นนามธรรมและเป็นอัตวิสัยของผู้บังคับหลักประกันแต่ละคนจะพึงมีตามประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญของผู้บังคับหลักประกันรายนั้น ๆ ซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล อาจทำให้การใช้ดุลยพินิจของผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการไม่ได้รับการยอมรับจากผู้มีส่วนได้เสีย และอาจก่อให้เกิดคดีขึ้นสู่ศาลอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันได้ ทำให้การบังคับกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันไม่มีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ การที่ไม่มีบทบัญญัติวางหลักการแนวคิดในการพิจารณาเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการไว้อย่างชัดเจนว่า วัตถุประสงค์ของการเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการนั้นจะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ได้มาซึ่งราคาขายที่ดีที่สุดในขณะที่ทำการขาย เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ลูกหนี้รวมทั้งผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และจะต้องจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ทันที โดยผู้ซื้อต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการจ้างแรงงาน และไม่ก่อให้เกิดปัญหากับคู่ค้าในทางธุรกิจ อาจทำให้ผู้บังคับหลักประกันใช้ดุลยพินิจกำหนดวิธีการจำหน่ายไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดดังกล่าวได้

ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้ภาครัฐเสริมสร้างความรู้เข้าใจกับสถาบันการเงินและประชาชนทั่วไปให้เข้าใจถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการที่ต้องการให้กระบวนการบังคับหลักประกันด้วยการจำหน่ายกิจการมีความยืดหยุ่น เหมาะสมกับสภาพและลักษณะแห่งกิจการนั้น ๆ และรวดเร็ว กฎหมายจึงไม่มีบทบัญญัติตายตัวว่าการจำหน่ายจะต้องกระทำโดยวิธีการใด เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้สัญญาสามารถตกลงกันได้ ดังนั้น ผู้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจควรทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจด้วย และกองทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กระทรวงพาณิชย์ ควรเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ผู้บังคับหลักประกันให้ทราบถึงแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการพิจารณากำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการว่าต้องเป็นวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาขายหรือจำหน่ายที่สูงสุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในขณะที่ทำการจำหน่าย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการได้รับชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่ไม่ต้องการให้การบังคับหลักประกันมีผลกระทบต่อพนักงานลูกจ้าง คู่ค้า ผู้ซื้อ และบุคคลภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น จึงต้องการให้จำหน่ายกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจนั้นต่อไปได้ทันที และผู้รับโอนจะต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ในกิจการด้วย

4.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประเมินราคากิจการ เพื่อกำหนดราคาขายที่เหมาะสม และกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการ

4.2.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประเมินราคากิจการ เพื่อกำหนดราคาขายที่เหมาะสม

การประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเพื่อใช้เป็นฐานในการกำหนดราคาซื้อขาย จากการศึกษาพบว่า ในการซื้อขายกิจการด้วยความสมัครใจระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จะจ้างคนกลางมาทำ Due Diligence สอบทานทั้งในด้านการเงินของกิจการ (Financial Due Diligence) ด้านกฎหมาย (Legal Due Diligence) และด้านการปฏิบัติงาน (Operational Due Diligence) เพื่อนำมาเป็นข้อมูลในการประเมินราคาซื้อขายกิจการในลักษณะที่สะท้อนให้เห็นมูลค่ากิจการที่แท้จริง

แม้ว่าธนาคารแห่งประเทศไทยจะได้ออกหลักเกณฑ์วิธีการประเมินราคากิจการเพื่อให้สถาบันการเงินนำไปใช้ในการพิจารณาให้สินเชื่อ สำหรับกิจการที่มีมูลค่าไม่เกิน 50 ล้านบาท ดังนี้ สถาบันการเงินต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) ด้วยวิธีพิจารณาจากรายได้ วิธีพิจารณาจากสินทรัพย์สุทธิของกิจการ วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด หรือสถาบันการเงินจะเลือกใช้วิธีการประเมินอื่นใดก็ได้ แต่วิธีการนั้นต้องสามารถสะท้อนมูลค่ากิจการได้อย่างแท้จริง และเป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานสากล นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาไปถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในกิจการนั้นด้วย อาทิเช่น สภาวะการแข่งขันในตลาดของกิจการ ฐานะและผลการดำเนินงานของกิจการทั้งในอดีต ปัจจุบัน และในอนาคต ประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่จะได้รับจริงจากสินทรัพย์กิจการ เอกสารสัญญาทางกฎหมายที่ระบุถึงบุริมสิทธิของสถาบันการเงินเหนือกิจการ รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อการค้าเงินของกิจการ เช่น ความผันผวนของราคาผลิตภัณฑ์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ราคากิจการที่ได้จากการประเมินสะท้อนให้เห็นมูลค่าที่แท้จริงมากที่สุด และสมาคมวิชาชีพผู้ประเมิน ได้แก่ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย และสมาคมนักประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ จะได้ร่วมกันกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการที่มีมูลค่าเกิน 15 ล้านบาท โดยการประเมินมุ่งเน้นให้ทราบถึงมูลค่าตลาดของกิจการ (Market Value - Going Concern) ที่สะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินการทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องไปในอนาคต โดยกำหนดให้ใช้วิธีการประเมินมูลค่ากิจการเช่นเดียวกับธนาคารแห่งประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น ซึ่งวิธีการประเมินมูลค่ากิจการของธนาคารแห่งประเทศไทยและสมาคมวิชาชีพผู้ประเมิน ก็คือการสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) นั่นเอง แต่แนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการของธนาคารแห่งประเทศไทยและของสมาคมวิชาชีพไม่ใช่กฎหมาย และไม่มีสภาพบังคับใดให้ผู้บังคับหลักประกันที่ไม่ใช่สถาบันการเงินและผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นสมาชิกของสมาคมวิชาชีพต้องปฏิบัติตามในการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาจำหน่ายในชั้นบังคับหลักประกัน

จากการศึกษาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พบว่า มาตรา 3 กำหนดนิยามคำว่า “กิจการ หมายความว่า ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกัน อาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที” จากบทนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่ากิจการหมายถึงเฉพาะแต่เพียงทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น หากได้รวมถึงภาระหนี้สินหรือหน้าที่ที่มีอยู่ในกิจการแต่อย่างใดไม่ จากการศึกษพบว่าในการดำเนินกิจการนั้น ไม่ได้มีแต่ทรัพย์สินเท่านั้นแต่ยังประกอบด้วยหนี้สินหรือภาระผูกพันทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันมีอยู่กับบุคคลภายนอกจากการประกอบธุรกิจด้วย

ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ มาตรา 73 กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการตรวจสอบและประเมินราคากิจการ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการประเมินราคากิจการไว้แต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดว่าการทำหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันจะต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดคล้องกับผู้ประกอบวิชาชีพพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์เช่นนั้น

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ พบว่า การประเมินมูลค่ากิจการเพื่อกำหนดราคาขั้นต่ำในการจำหน่ายกิจการ

จะใช้วิธีการประเมินมูลค่าเช่นเดียวกันกับวิธีการประเมินเพื่อพิจารณาให้สินเชื่อ ซึ่งจะใช้วิธีการทำสอบทานธุรกิจหรือตรวจสอบวิเคราะห์สถานะ (Due Diligence) โดยพิจารณากิจการรอบด้าน เช่น ด้านการเงิน ด้านการจัดการ ด้านกฎหมาย เป็นต้น ในด้านการเงินนั้นอาจใช้วิธีเปรียบเทียบราคาทรัพย์สินในกิจการกับราคาตลาด วิธีพิจารณามูลค่าสินค้าที่ถูกซื้อด้วยมูลค่าทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท (รวมทั้งเงินสด กระแสเงินสด และสิ่งที่เทียบเคียงได้กับเงินสด) และวิธีพิจารณาผลกำไรจากการประกอบการ (เช่น เงินได้สุทธิก่อนหักภาษี และผลตอบแทน เป็นต้น) นอกจากนี้ ต้องคำนึงถึงราคาหุ้นในตลาดของบริษัทลูกหนี้ที่ราคาปิดวันล่าสุดก่อนการประกาศโฆษณาการขาย แนวโน้มเท่าที่เป็นไปได้ว่าราคาจะสูงขึ้นจากจำนวนผู้สนใจเข้าซื้อ (Volume) งบการเงิน (ทรัพย์สินและกำไร) ที่ประกาศต่อสาธารณะล่าสุดซึ่งผ่านการรับรองโดยผู้สอบบัญชี รายงานการเงินประจำปี หรือครึ่งปีของบริษัทร่วมด้วย โดยจะต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาของกิจการที่สะท้อนมูลค่ากิจการอย่างแท้จริง และกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดราคาขายกิจการขั้นต่ำให้เริ่มต้นมากกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่ากิจการที่ประเมินได้

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกิจธรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) พบว่า ไม่มีข้อกำหนดหรือบทเสนอแนะในเรื่องการประเมินมูลค่ากิจการเพื่อกำหนดราคาขายหรือจำหน่ายกิจการไว้แต่อย่างใด ซึ่งหากกระบวนการใดที่ไม่มีข้อกำหนดหรือแนะนำไว้ กฎหมายแม่แบบธุรกิจธรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL แนะนำว่า รัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์บังคับหลักประกันในเรื่องต่าง ๆ ให้มีความชัดเจน โดยกำหนดเงื่อนไขได้ตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร แต่ต้องสอดคล้องตามวัตถุประสงค์และแนวทางของกฎหมายแม่แบบธุรกิจธรรมที่มีหลักประกันที่ต้องการให้มีการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัด

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขายกิจการของผู้บังคับหลักประกันไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับบทนิยามคำว่า “กิจการ” ในมาตรา 3 มีความหมายแต่เพียงเฉพาะทรัพย์สินหรือสิทธิเท่านั้น ไม่รวมถึงหนี้หรือหน้าที่ผูกพันที่มีอยู่ในกิจการด้วย จึงอาจทำให้ผู้บังคับหลักประกันต้องทำการประเมินมูลค่ากิจการเฉพาะเพียงทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น ทำให้ราคากิจการที่ประเมินได้ไม่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงมูลค่ากิจการที่แท้จริง แตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ การประเมินมูลค่ากิจการเพื่อกำหนดราคาขายจะต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) โดยใช้วิธีสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) อย่างรอบด้าน เช่น ด้านการเงิน

ด้านการจัดการ ด้านกฎหมาย เป็นต้น เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาของกิจการที่สะท้อนมูลค่ากิจการอย่างแท้จริง และไม่ใช้การประเมินราคาเฉพาะทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น แต่มีการนำหนี้หรือหน้าที่ผูกพันตามกฎหมายที่มีอยู่ในกิจการนั้นมาประเมินร่วมด้วย

การที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขายไว้อย่างชัดเจน อาจเป็นเหตุให้การประเมินราคากิจการเพื่อกำหนดราคาขายโดยผู้บังคับหลักประกันไม่สะท้อนให้เห็นมูลค่ากิจการที่แท้จริง และก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแก่ผู้ซื้อในการเสนอราคาซื้อกิจการ หรือสำคัญผิดทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมที่ซื้อขายได้ว่า ผู้ซื้อรับโอนไปเฉพาะแต่เพียงทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจเท่านั้น อันจะทำให้ผู้ซื้ออ้างว่านิติกรรมซื้อขายนั้นเป็นโมฆะได้⁷ ส่งผลให้การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการไม่มีประสิทธิภาพ ค่าเช่า และมีค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นในกรณีที่ต้องนำกิจการออกขายใหม่หรือกลับคืนสู่สถานะเดิม

ผู้วิจัยเสนอแนะให้ภาครัฐนำแนวคิดและหลักการประเมินมูลค่ากิจการของธนาคารแห่งประเทศไทย สมาคมวิชาชีพผู้ประเมินค่ามาสังเคราะห์ และออกกฎหมายลำดับรองในรูปของกฎกระทรวงกำหนดวิธีการประเมินมูลค่ากิจการให้มีความชัดเจน นอกจากนี้ ภาครัฐควรเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจแก่ผู้บังคับหลักประกัน และประชาชนทุกภาคส่วน ให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการประเมินราคากิจการว่าเพื่อต้องการให้ได้มาซึ่งราคาของกิจการที่สะท้อนให้เห็นถึงมูลค่าที่แท้จริงมากที่สุด โดยการประเมินมุ่งเน้นให้ทราบถึงมูลค่าตลาดของกิจการที่สะท้อนให้เห็นถึงการดำเนินการทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องไปในอนาคต (Market Value - Going Concern) จึงไม่ใช้การประเมินราคาแต่เพียงทรัพย์สินหรือสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น แต่การประเมินราคากิจการยังคำนึงถึงหนี้สินและหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกิจการร่วมด้วย เพื่อไม่ให้ผู้ใช้กฎหมายตีความบงกชนิยามคำว่ากิจการและทำการประเมินเฉพาะเพียงแต่ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น

4.2.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการ

จากการศึกษาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเวลาขายหรือเริ่มต้นทำการขายกิจการไว้แต่อย่างใด ซึ่งกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการนั้นเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่สถาบันการเงินต้องการให้มีความชัดเจนแห่งกฎหมาย เพื่อที่จะสามารถประเมินความเสี่ยงได้อย่างถูกต้องเหมาะสมว่ากิจการจะสามารถจำหน่ายและนำเงินมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ตนได้ภายในระยะเวลาเท่าใด

⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156.

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควรวรรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้เริ่มต้นขายครั้งที่ 1 ในวันทำการที่ 46 นับแต่วันโฆษณาการประมูลต่อสาธารณะ หรือนับแต่วันที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด จนถึงเวลา 17.00 น. ส่วนครั้งที่ 2 ถึงครั้งที่ 5 จะเริ่มต้นในวันทำการถัดไปจากวันประมูลครั้งก่อน และการประมูลจะเสร็จสิ้นลงในเวลา 17.00 น. ของวันประมูลครั้งที่ 5 โดยก่อนถึงระยเวลานานำทรัพย์สินออกขายตามกฎหมายนั้น บุคคลภายนอกและผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิไถ่ถอนหลักประกัน ร้องขอจัดทรัพย์ ได้แย้งคัดค้านเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันได้ อาทิ การกำหนดราคาขาย วิธีการจำหน่าย เป็นต้น

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้แนะนำให้แต่ละรัฐกำหนดเวลาขายให้ชัดเจนตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เพื่อให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ถึงระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างเป็นระบบ มีประสิทธิภาพและประหยัด

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับกำหนดเวลาขายหรือเริ่มต้นทำการขายกิจการ แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควรวรรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษที่กำหนดระยะเวลาเริ่มต้นทำการขายกิจการไว้อย่างชัดเจน และยังไม่สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ที่ได้แนะนำให้รัฐต้องกำหนดเวลาขายให้ชัดเจน เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถคาดการณ์ถึงระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการหลักประกันได้อย่างเป็นระบบ และมีประสิทธิภาพ

การไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการจำหน่ายกิจการ ส่งผลให้สถาบันการเงินยังไม่มี ความมั่นใจที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน เพราะไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าสถาบันการเงินจะได้รับชำระหนี้ภายหลังจากการบังคับหลักประกันเมื่อใด จึงยังเป็นข้อจำกัดและอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

ผู้วิจัยเสนอแนะให้เพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของกฎกระทรวง กำหนดเวลาเริ่มต้นขายกิจการให้มีความชัดเจน เพื่อให้ผู้รับหลักประกันสามารถประเมินความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้ได้อย่างถูกต้อง และผู้บังคับหลักประกันจะได้เร่งรัดการปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด อันจะทำให้การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเป็นไปด้วยความรวดเร็วอีกประการหนึ่งด้วย

4.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการเพื่อให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ที่นั้นหาได้เกิดจากความสมัครใจยินยอมของผู้ให้หลักประกันไม่ แต่เกิดมาจากการใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันซึ่งเป็นเจ้าหนี้ ภายหลังจากที่มีการผัดชำระหนี้หรือเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งตามที่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ตกลงให้ถือเป็นเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น เช่น การที่ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย เป็นต้น ทั้งนี้ สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่รัฐรับรองและคุ้มครองให้ รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้ว่าในการตรากฎหมายใดที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ⁸ ซึ่งตามหลักกฎหมายลักษณะหนี้แล้ว ลูกหนี้จำต้องชำระหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์ให้แก่เจ้าหนี้จนสิ้นเชิงเท่านั้น ดังนั้น ในการบังคับทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ กฎหมายจึงให้สิทธิกระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นและเพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวสะท้อนให้เห็นอยู่ในเรื่องการบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 300 ที่กำหนดห้ามมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษายึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้และขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ถ้าจำเป็นต้องยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่มีราคาสูงเกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในสภาพที่จะแบ่งยึดหรืออายัดได้ โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจแบ่งยึดหรือแบ่งอายัดทรัพย์สินแต่เพียงบางส่วนหรือเฉพาะส่วนแห่งกรรมสิทธิ์เท่าที่พอจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา และในเรื่องการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินให้หลุดเป็นสิทธิ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 37 กำหนดห้ามมิให้ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ เว้นแต่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี

ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่า การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกัน เป็นการบังคับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้น จึงต้องอยู่บนหลักการที่ห้ามมิให้บังคับเอาเกินทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าที่จะพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ด้วยเช่นกัน

⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37.

แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามคำว่า “กิจการ หมายถึง ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกัน อาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที” ดังนั้น กิจการย่อมหมายถึงทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจทั้งหมด รวมไปถึงสิทธิต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจนั้นด้วย เมื่อมีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้กับผู้รับหลักประกันแล้ว ทรัพย์สินทั้งหมดที่ใช้ในการประกอบธุรกิจจึงมีความเกี่ยวพันกัน ดังนั้น เมื่อมีการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นจึงไม่สามารถแยกบังคับเฉพาะทรัพย์สินบางชิ้นที่ใช้ในการประกอบกิจการ⁹ ทำให้มีการตีความว่าทรัพย์สินต่าง ๆ ในกิจการแม้โดยสภาพอาจแบ่งแยกได้ แต่เมื่อนำทรัพย์สินเหล่านั้นมารวมกันเป็นกิจการและนำมาเป็นหลักประกันแล้ว จะทำให้ทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการกลายเป็นทรัพย์สินที่แบ่งไม่ได้โดยผลของกฎหมาย¹⁰ ในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันจะต้องทำการจำหน่ายไปทั้งกิจการ ไม่สามารถแยกขายเป็นชิ้น ๆ ได้ โดยที่ไม่ได้พิจารณาหรือคำนึงว่ากิจการนั้นมีมูลค่ามากกว่าจำนวนหนี้คงค้างอย่างมีนัยยะสำคัญหรือไม่ ซึ่งถ้ามูลค่ากิจการของผู้ให้หลักประกันสูงกว่าภาระหนี้เป็นอย่างมาก การจำหน่ายกิจการทั้งกิจการย่อมกระทบสิทธิของผู้ให้หลักประกันเกินสมควรและไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ ยังไม่สอดคล้องกับหลักการบังคับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลดังที่กล่าวแล้วข้างต้นอีกด้วย

ในทางตรงกันข้าม การบังคับจำหน่ายกิจการทั้งกิจการ ยังอาจก่อให้เกิดความล่าช้าในการได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันเจ้าหนี้ เนื่องจากการขายกิจการทั้งกิจการจำเป็นต้องใช้เวลาตรวจสอบประเมินราคากิจการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการที่มีความซับซ้อน และยังก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในกระบวนการบังคับหลักประกันจำนวนมาก อาทิเช่น ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบและประเมินราคากิจการ ค่าใช้จ่ายในการส่งหนังสือแจ้งทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจำหน่าย เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อดำเนินการจำหน่ายกิจการสำเร็จ ผู้บังคับหลักประกันต้องจัดสรรชำระหนี้ตามลำดับดังที่ปรากฏในมาตรา 74 กล่าวคือ จะต้องนำไปชำระค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัด ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินกิจการของผู้บังคับหลักประกัน ค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าฤชาธรรมเนียมการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมในการจำหน่าย

⁹กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, “รวบรวมประเด็นคำถามจากการอบรมให้ความรู้ผู้บังคับหลักประกัน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2561, จาก

https://www.dbd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=16191&filename=secured

¹⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 142.

กิจการที่เป็นหลักประกันเสียก่อน หากมีเงินคงเหลือจึงจะนำไปจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ย ตามลำดับ¹¹ จะเห็นได้ว่าการบังคับกิจการโดยการจำหน่ายกิจการทั้งกิจการก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายต่าง ๆ แก่ผู้ให้หลักประกันอย่างมาก อีกทั้ง หากเงินได้สุทธิจากการจำหน่ายกิจการมีไม่เพียงพอจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้ให้หลักประกันยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้คงค้างพร้อมทั้งดอกเบี้ยจนกว่าจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยสิ้นเชิงอีกด้วย จึงไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้หลักประกัน และไม่สอดคล้องกับความต้องการของผู้รับหลักประกันที่ต้องการที่จะได้รับเงินสด (Cash Flow) คืนจากการให้สินเชื่อเท่านั้น

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน คือ การนำทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการมาเป็นประกัน โดยไม่ได้มีกฎหมายให้นิยามคำว่ากิจการไว้แต่อย่างใด ทำให้ทรัพย์สินต่าง ๆ ในกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินแบ่งได้ตามสภาพและลักษณะแห่งทรัพย์สินนั้นเอง ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการในประเทศอังกฤษ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะทำหน้าที่เสมือนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ มีหน้าที่บริหารจัดการธุรกิจแทนในนามของกรรมการบริษัทผู้ให้หลักประกัน เพื่อนำเงินได้จากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ โดยผู้บังคับหลักประกันจะจัดทำแผนการชำระหนี้และแผนการบริหารกิจการของลูกหนี้ให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณา รวมทั้งผู้บังคับหลักประกันอาจเสนอให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณาจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการเฉพาะบางชิ้นหรือบางส่วน เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้ แต่การจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการนั้นจะต้องไม่กระทบกับการดำเนินกิจการต่อไป เมื่อเจ้าหนี้ทั้งหลายมีมติเห็นชอบด้วยแผนแล้ว ผู้บังคับหลักประกันจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามแผน ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกันจะทำการบังคับขายกิจการทั้งกิจการก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ากิจการนั้นไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ หรือไม่สามารถก่อให้เกิดรายได้เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควร หรือมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน และการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายและจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้ทุกรายมากกว่า ซึ่งโดยหลักแล้วผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้ทั้งหลายไม่ประสงค์ให้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากการจำหน่ายกิจการในกระบวนการล้มละลายมีค่าใช้จ่ายสูงและใช้ระยะเวลานาน ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ล่าช้า อีกทั้ง มีแนวโน้มที่จะขายได้ในราคาที่ต่ำเนื่องจากถูกบังคับขายอีกด้วย

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) มีแนวคิดว่าคุณสามารถนำทรัพย์สินทั้งหมดมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดบทนิยามคำว่ากิจการ

¹¹พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 74.

ไว้แต่อย่างใด แนวความคิดในเรื่องการนำทรัพย์สินทั้งหมดหรือกิจการมาเป็นหลักประกันนี้นิยมในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคล โดยเฉพาะธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ที่ต้องการได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากผู้รับหลักประกันเพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินธุรกิจของนิติบุคคลนั้น

ในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันโดยการจำหน่าย กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน ไม่ได้มีบทบังคับให้ผู้บังคับหลักประกันหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับหลักประกันจะต้องทำการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการแต่อย่างใด ดังนั้นจึงสามารถแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นชิ้น ๆ ได้ แต่ในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ผู้รับหลักประกันมักนิยมขายสินทรัพย์ทั้งหมดของกิจการไปในลักษณะที่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เพื่อให้ได้มูลค่าสูงสุดในการบังคับหลักประกัน¹²

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า บทนิยามคำว่ากิจการตามกฎหมายหลักประกันของไทย ทำให้การจำหน่ายกิจการต้องจำหน่ายไปทั้งกิจการ ผู้บังคับหลักประกันไม่อาจแบ่งแยกขายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นรายชิ้น เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหน้าที่รายอื่นได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศที่การจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันอาจแยกขายทรัพย์สินในกิจการเป็นรายชิ้นได้ หากการแยกขายจะนำมาซึ่งรายได้ที่เพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และไม่กระทบต่อการประกอบธุรกิจของผู้ให้หลักประกันต่อไป ทั้งนี้ การจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ ในกรณีที่มูลค่ากิจการที่เป็นหลักประกันมีมูลค่ามากกว่าจำนวนหนี้คงค้างอย่างมีนัยยะสำคัญ จะส่งผลให้การบังคับหลักประกันไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้หลักประกันและขัดต่อหลักการบังคับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้ อีกทั้ง การจำหน่ายกิจการทั้งกิจการมีขั้นตอนและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เช่น ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายในการประเมินราคากิจการ ค่าดำเนินการจำหน่าย เป็นต้น ส่งผลให้กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการล่าช้า ไม่มีประสิทธิภาพได้

ผู้วิจัยเสนอแนะให้การจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันสามารถแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นชิ้น ๆ ได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการนั้นจะต้องไม่กระทบต่อการดำเนินกิจการต่อไปของผู้ให้หลักประกัน โดยผู้วิจัยได้นำแนวคิดและหลักการแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการมาจากกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน เพื่อช่วยเหลือและสนับสนุนผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและ

¹²United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 278.

ขนาดย่อม (SMEs) เฉกเช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของไทย ดังนั้นผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ดังนี้

1. แก้ไขบทนิยามคำว่า “กิจการ” ดังนี้

“กิจการ หมายความว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันชำระหนี้”

2. เพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “การจำหน่ายกิจการ” ไว้ต่างหากเป็นการเฉพาะ ดังนี้

“การจำหน่ายกิจการ หมายความว่า การจำหน่ายกิจการตามกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งจะต้องจำหน่ายกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที ทั้งนี้ หากปรากฏว่าการจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการเฉพาะแต่เพียงบางส่วนจะเป็นการเพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และไม่กระทบต่อการดำเนินกิจการต่อไปของผู้ให้หลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันอาจแยกจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการได้”

ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A ประกอบกิจการขายผลไม้กระป๋องมีเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลไม้กระป๋อง จำนวน 15 เครื่อง เครื่องละ 100,000 บาท ได้กู้ยืมเงินจากธนาคาร ก. มาใช้หมุนเวียนในกิจการจำนวน 1 ล้านบาท โดยนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ต่อมาผ่อนชำระเงินต้นไปแล้ว 900,000 บาท ปรากฏว่าบริษัท A ผิดนัดชำระหนี้ จะเห็นได้ว่า บริษัท A มีจำนวนหนี้เงินต้นคงค้างอยู่กับธนาคาร ก. จำนวน 100,000 บาท แต่กิจการมีมูลค่า 1,500,000 บาท หากแยกขายเครื่องจักรผลิตผลไม้กระป๋องเพียง 2 เครื่อง ก็เพียงพอต่อการชำระหนี้เงินต้นและหนี้อุปกรณณ์แล้ว โดยที่บริษัท A ยังคงเหลือเครื่องจักรผลิตผลไม้กระป๋องอีก 13 เครื่อง ทำให้สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ เช่นนี้ผู้บังคับหลักประกันสามารถแยกขายเครื่องจักรเพียง 2 เครื่องเพื่อชำระหนี้ได้ เป็นต้น ซึ่งการแยกจำหน่ายนี้จะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ทำให้ได้รับชำระหนี้อย่างรวดเร็ว และผู้ให้หลักประกันก็ไม่ต้องเสียกิจการของตนไปทั้งกิจการ ทำให้การบังคับหลักประกันเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม

4.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 “ผู้บังคับหลักประกัน” หมายความว่า บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นผู้บังคับหลักประกันในกรณีที่น่ากิจการมาเป็นหลักประกัน¹³ โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องเป็นผู้มีความรู้

¹³พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3.

ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านกฎหมาย บัญชี เศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ หรือการประเมินราคาทรัพย์สิน และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย¹⁴ จะเห็นได้ว่าผู้บังคับหลักประกันเป็นเพียงบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญาให้มาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจของพวกเขา ไม่มีสถานะเป็นเจ้าของหน้าที่ของศาล หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด

โดยอำนาจหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บังคับหลักประกันสามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 - บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกัน

บทบาทในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกัน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกันด้วยความเป็นกลาง และมีความเป็นอิสระ ซึ่งใกล้เคียงกับการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและไม่ประมาทเลินเล่อ โดยผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจริงที่เกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องยึดติดกับพยานหลักฐานที่คู่สัญญาเสนอมาแก่ตน ทั้งนี้ เพื่อให้การทำคำวินิจฉัยเป็นไปอย่างถูกต้องและยุติธรรม

อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการไต่สวนเหตุบังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันต้องกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว และจะต้องมีหนังสือแจ้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทราบ¹⁵ ในการไต่สวนข้อเท็จจริง ผู้บังคับหลักประกันต้องให้โอกาสคู่สัญญามาชี้แจง และแสดงหลักฐานตามที่เห็นสมควร และผู้บังคับหลักประกันต้องวินิจฉัยคำร้องขอบังคับหลักประกันให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันนับแต่วันไต่สวนข้อเท็จจริงวันแรก¹⁶

ส่วนที่ 2 – บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ภายหลังจากมีคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกัน

เมื่อผู้บังคับหลักประกันมีคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกันแล้ว กฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันเป็นอันสิ้นสุดลง และอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการดังกล่าว พร้อมทั้งบรรดาสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือ

¹⁴พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 55.

¹⁵พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 63 วรรคสอง.

¹⁶พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 68.

หุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนในกิจการของผู้ให้หลักประกัน (ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล) ตกแก่ผู้บังคับหลักประกันโดยทันที¹⁷ โดยตามมาตรา 73 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 บัญญัติให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการ กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่ ดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 74 เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ ผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือ กระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในกิจการที่เป็นหลักประกันได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยให้ถือว่า การดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันตามมาตรา 73 นี้เป็นการดำเนินการโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน

จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยผู้บังคับหลักประกัน คือ การนำกิจการออกจำหน่าย เพื่อนำเงินได้สุทธิที่ได้รับจากการจำหน่ายมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นเพียงประการเดียวเท่านั้น โดยกฎหมายไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้บังคับหลักประกันดำเนินการต่อไป เพื่อนำรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ ดังนั้น บทบาทอำนาจหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บังคับหลักประกันจึงมีอย่างจำกัด กล่าวคือ ผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่าย จ่าย โอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือ กระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในกิจการที่เป็นหลักประกันได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ก่อนทำการจำหน่ายกิจการออกไปเท่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดบทบาทในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการไว้อย่างชัดเจนว่า การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการนี้เป็นหน้าที่เฉพาะตัว หรือผู้บังคับหลักประกันสามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นทำหน้าที่แทนตนได้

อย่างไรก็ตาม วิชาชีพผู้บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการเป็นวิชาชีพที่เกิดขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ยังไม่มีสภาองค์กรวิชาชีพมากำกับดูแล และวางกฎ ระเบียบ แนวทางปฏิบัติหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไว้ ดังนั้น ผู้บังคับหลักประกันอาจมีเหตุขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกิดขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการส่งมอบดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ และรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน ภายใน 7 วันนับแต่วันที่ผู้ให้หลักประกันได้รับคำวินิจฉัยให้บังคับหลักประกัน ในกรณีนี้กฎหมาย

¹⁷พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 71.

บัญญัติให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดี ทำการยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกัน และส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกันได้¹⁸ แต่ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันมีเหตุขัดข้องอื่น ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันเกิดขึ้น กลับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้บังคับหลักประกันใช้สิทธิในการร้องขอต่อศาลให้ช่วยเหลือแก้ไขเหตุขัดข้องในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ยกตัวอย่างเช่น ในการดำเนินงานในกิจการของผู้บังคับหลักประกัน หากผู้บังคับหลักประกันพบว่า ก่อนมีคำวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น ผู้ให้หลักประกันทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สินในกิจการให้แก่บุคคลอื่นในราคาต่ำกว่าตลาดอย่างมาก อันก่อให้เกิดการกระทำโดยไม่สุจริตของผู้ให้หลักประกัน ส่งผลให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เช่นนี้ผู้บังคับหลักประกันจะสามารถเพิกถอนนิติกรรมนั้นได้หรือไม่ หรือในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดา เมื่อผู้ให้หลักประกันได้แย่งคัดค้านไม่ให้ผู้บังคับหลักประกันจำหน่ายกิจการหรือทรัพย์สินในกิจการรายการใดโดยอ้างว่าเป็นการบังคับหลักประกันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในขายบังคับคดี ผู้บังคับหลักประกันจะสามารถดำเนินการจำหน่ายกิจการนั้นต่อไปได้หรือไม่เพียงใด เป็นต้น เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตอำนาจของผู้บังคับหลักประกันในการดำเนินกิจการนั้น กฎหมายได้ให้อำนาจผู้บังคับหลักประกันแต่เพียงในการจำหน่าย จ่าย โอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้จนกว่าจะจำหน่ายกิจการเท่านั้น โดยไม่ได้ให้อำนาจในการตัดสินใจปัญหาที่เกิดขึ้นตามตัวอย่างดังกล่าวได้ ฉะนั้น เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สิทธิผู้บังคับหลักประกันในการร้องขอให้ศาลช่วยเหลือแก้ไขเหตุขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่บังคับกิจการที่เป็นหลักประกันได้อย่างชัดเจนแล้ว จะทำให้ผู้บังคับหลักประกันไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อันจะส่งผลให้การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันล่าช้าไม่มีประสิทธิภาพได้ และอาจนำไปสู่การฟ้องร้องผู้บังคับหลักประกันสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการอีกประการหนึ่งด้วย

มีข้อสังเกตว่า บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการดำเนินกิจการนั้น มีความใกล้เคียงกับการทำหน้าที่ของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ โดยผู้ทำแผน คือ บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งจากศาลล้มละลาย มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ¹⁹ เข้าบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกค้าหนี้ แต่กฎหมายห้ามมิให้ผู้ทำแผน จำหน่าย จ่าย โอน

¹⁸พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2559 มาตรา 64 และมาตรา 72.

¹⁹พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/1.

ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินนอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เว้นแต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น²⁰ โดยบรรดาสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ (ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล) โอนไปยังผู้ทำแผนโดยผลของกฎหมาย²¹ ส่วนผู้บริหารแผน คือ บุคคลธรรมดา นิติบุคคล คณะบุคคล เจ้าหนี้ หรือผู้บริหารของลูกหนี้²² ที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารกิจการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการที่เจ้าหนี้มติเห็นชอบและศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนนั้นแล้ว

ในส่วนบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน มีความใกล้เคียงกับการทำหน้าที่จำหน่ายทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในกระบวนการล้มละลาย โดยภายหลังศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว ห้ามมิให้ลูกหนี้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตนเอง²³ และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจในการจัดการเก็บรวบรวมและรับเงิน หรือทรัพย์สิน ซึ่งจะตกได้แก่ลูกหนี้ ประนีประนอมยอมความ หรือฟ้องร้อง หรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน ของลูกหนี้ และจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป²⁴ โดยในการจำหน่ายกิจการหรือโอนทรัพย์สินใด ๆ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องกระทำโดยวิธีขายทอดตลาด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินการ โอน โดยวิธีการอื่นได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากกรรมการเจ้าหนี้เท่านั้น²⁵ ทั้งนี้ หากมีปัญหาในการปฏิบัติตามหน้าที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการใดที่เป็นปัญหาได้²⁶

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 146 บัญญัติให้สิทธิแก่บุคคลล้มละลาย เจ้าหนี้ หรือบุคคลใดได้รับความเสียหายโดยการกระทำหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ สามารถยื่นคำร้องต่อศาลให้พิจารณาได้ภายในกำหนดเวลา 14 วันนับแต่วันที่ได้ทราบการกระทำหรือคำวินิจฉัยนั้น ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจ สั่งยื่นตาม กลับหรือแก้ไข หรือสั่ง

²⁰พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/25.

²¹เอื้อน ขุนแก้ว, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2556), น. 69.

²²เอื้อน ขุนแก้ว, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2556), น. 71.

²³พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 24.

²⁴พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22.

²⁵พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 145 (2) มาตรา 37 และมาตรา 41.

²⁶พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 143.

ประการใดตามที่เห็นสมควรได้ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3994/2536 การขายทอดตลาดทรัพย์พิพาทเป็นการกระทำหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หากการกระทำหรือคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการขายทอดตลาดไม่ชอบ จำเลยทั้งสองย่อมได้รับความเสียหายเพราะจำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อีกมากน้อยเท่าใดขึ้นอยู่กับการขายทอดตลาดทรัพย์พิพาท จำเลยทั้งสองจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการขายทอดตลาดทรัพย์พิพาท ย่อมมีสิทธิร้องขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดทรัพย์พิพาทได้ แต่หากไม่ร้องคัดค้านภายในกำหนดเวลา 14 วัน ย่อมหมดสิทธิที่จะร้องคัดค้าน

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะจำหน่ายกิจการทั้งกิจการออกไป แต่มีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายเพื่อที่จะช่วยเหลือบริษัทผู้ให้หลักประกันให้พ้นจากเหตุการณ์ที่ยากลำบาก ด้วยการบูรณาการระบบบริหารจัดการองค์กร และแสวงหารายได้ในอนาคตที่จะได้รับจากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควร ดังนั้น ผู้บังคับหลักประกันจะทำหน้าที่เสมือนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ มีหน้าที่จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ และบริหารกิจการไปตามแผนที่ที่ประชุมเจ้าหนี้ได้มีมติเห็นชอบแล้ว เพื่อนำรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการนั้นมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่น โดยผู้บังคับหลักประกันมีหน้าที่ช่วยเหลือเพื่อไม่ให้บริษัทผู้ให้หลักประกันต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ²⁷

การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน จะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุการณ์แปลงสภาพหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว และการแต่งตั้งของเจ้าหนี้จะยังไม่มีผลทันทีจนกว่าบุคคลดังกล่าวจะได้ยอมรับเข้าเป็นผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) และเมื่อเจ้าหนี้ได้ยื่นเอกสารแจ้งการแต่งตั้งไปยังศาลแล้ว โดยการแต่งตั้งจะมีผลในวันและเวลาที่เอกสารแจ้งการแต่งตั้งได้ยื่นต่อศาล²⁸ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะกลายมาเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล มีอำนาจตาม Schedule B1 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) ทั้งนี้ ในกรณีที่มิมีปัญหาในการดำเนินการใด ๆ สามารถขอความช่วยเหลือต่อศาลได้ เช่น กรณีผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ไม่อาจเข้าไปครอบครองกิจการได้จะต้องร้องขอให้ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงาน (Bailliff) จัดการเข้ายึดและส่งมอบความครอบครองให้ได้ เป็นต้น

ภายหลังการแต่งตั้งมีผลใช้บังคับ อำนาจของผู้บริหารกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายสิ้นสุดลงและอำนาจดังกล่าวตกไปเป็นของผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ทั้งนี้ แต่กฎหมาย

²⁷Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 5.

²⁸Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraph 18 -19., Insolvency Rules 1986 Rules 2.17 , 2.19

ของประเทศอังกฤษยังกำหนดให้ผู้บริหารกิจการของผู้ให้หลักประกันยังคงมีหน้าที่ให้ข้อมูลที่จำเป็นและช่วยเหลือแก่ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ในการจัดการกิจการ

ในการดำเนินกิจการของบริษัทลูกหนี้ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะต้องพยายามทำให้กิจการของบริษัทลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยหลักผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะมีอำนาจหน้าที่ตามที่คู่สัญญาตกลงไว้ในสัญญาก่อตั้งหลักประกันแบบลอย เช่น มีอำนาจในการดำเนินกิจการที่ค้างอยู่ต่อไป รวมทั้งการซ่อมแซม ปรับปรุง พัฒนาทรัพย์สินในกิจการ เช่าหรือนำออกให้เช่าซึ่งทรัพย์สินในกิจการ จ้างคนงาน จ้างที่ปรึกษา เข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นในนามของบริษัทลูกหนี้ ปรับปรุงโครงสร้างบริษัทลูกหนี้ ทำประกันภัยต่าง ๆ ยื่นฟ้องคดีหรือต่อสู้คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ดำเนินการอันเป็นการทั่วไปของธุรกิจ เป็นต้น และผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ยังมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company Act 2006) ด้วย โดยในการดำเนินกิจการนั้นถือว่าผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) เป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้หรือกรรมการผู้มีอำนาจของบริษัทลูกหนี้ นอกจากนี้ยังมีอำนาจเกี่ยวกับการดำเนินกิจการบริษัทลูกหนี้ตาม Schedule 1 ของกฎหมายล้มละลาย ดังนี้²⁹ การเข้าครอบครองกิจการ รวบรวมทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ยืมเงินและให้หลักประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจแต่งตั้งทนายความและนักบัญชีหรือบุคคลผู้มีวิชาชีพอื่นใดเพื่อมาช่วยในการปฏิบัติหน้าที่ของเขา มีอำนาจในการนำคดีขึ้นสู่ศาลและทำสัญญาประนีประนอมยอมความในนามหรือในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจในการใช้ตราประทับของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจในการออกและรับรองตั๋วแลกเงินใด ๆ ในนามของหรือในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจชำระหนี้ของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจให้หรือยอมรับการเช่าหรือให้เช่าทรัพย์สินใดของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทลูกหนี้ มีอำนาจในการแต่งตั้งตัวแทนเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับกิจการ ทั้งมีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อให้ธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) มีอำนาจเทียบเท่ากับบริษัทลูกหนี้หรือกรรมการของบริษัทลูกหนี้³⁰ ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกันจะใช้อำนาจตามข้อตกลงในสัญญาควบคุมไปพร้อมกันกับอำนาจตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม หากอำนาจที่กฎหมายกำหนดแตกต่างกับอำนาจที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้ว อำนาจในสัญญาย่อมมีสถานะเหนือกว่า³¹ จะเห็นได้ว่า

²⁹The Insolvency Act 1986 Schedule 1 - Powers of Administrator or Administrative Receiver.

³⁰Insolvency Act 1986 Schedule B1 Paragraph 59, 60, 69 and Schedule 1.

³¹Insolvency Act 1986, Section 42 (1).

ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) มีอย่างกว้างขวาง เทียบเท่ากับ กรรมการของบริษัทผู้ให้หลักประกัน³²

นอกจากนี้ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) มีหน้าที่ต้องทำแผนฟื้นฟูกิจการให้แล้วเสร็จภายใน 8 สัปดาห์นับแต่วันที่บริษัทผู้กระบวนกรฟื้นฟูกิจการ³³ โดยแผนฟื้นฟูกิจการ (Statement of Proposals) จะต้องประกอบไปด้วย เหตุการณ์ที่นำไปสู่การฟื้นฟูกิจการ (Administration) ข้อเสนอของงบแสดงฐานะกิจการ (Statement of Affairs) คำตอบแทนของผู้บังคับหลักประกันกำหนดอย่างไร วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ รายละเอียดของแผนที่ทำให้กระบวนการฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จ และวันนัดประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก เพื่อพิจารณาแผนด้วย นอกจากนี้ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) ยังมีอำนาจในการคัดค้านธุรกรรมของบริษัทที่เกิดขึ้นก่อนตนเข้ารับหน้าที่ โดยการยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งหยุดพักธุรกรรม ซึ่งอาจเป็นสัญญาที่ประเมินราคาต่ำไป ให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าหนี้มากเกินไป เป็นสัญญาที่บีบบังคับลูกหนี้มากเกินไป หรือเกิดขึ้นจากการฉ้อโกงของเจ้าหนี้³⁴ ที่ได้ทำขึ้นภายในหนึ่งปีก่อนที่บริษัทจะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการอาจได้รับการประกาศว่าไม่มีผลใช้บังคับ³⁵

ส่วนในการจำหน่ายกิจการ ผู้บังคับหลักประกันสามารถพิจารณาวิธีการจำหน่ายได้ตามความเหมาะสม ซึ่งอาจจะโอนขายโดยทำสัญญากับเอกชนรายหนึ่งรายใด หรือขายตามท้องตลาด หรือประมูลโดยเปิดเผย หรือประมูลโดยเอกชน (การประมูลโดยไม่เปิดเผยชื่อผู้ร่วมประมูล) ในการขายและดำเนินการในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องกับการขายนั้นผู้บังคับหลักประกันอาจจะมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้³⁶

จากการศึกษาแนวคิดและหลักการของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) พบว่า กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันต้องการให้มีการดำเนินงานร่วมกันอย่างใกล้ชิดระหว่างระบบกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและระบบกฎหมายเกี่ยวกับล้มละลาย ฟื้นฟูกิจการและการชำระบัญชีด้วย³⁷

³²Insolvency Act 1986, Schedule 1.

³³Insolvency Act 1986 Schedule B1 paragraphs 49, 107 and 108.

³⁴Insolvency Act 1986 Section 238, 239, 244, 423 and 424.

³⁵Insolvency Act 1986 Section 245.

³⁶European Bank for Reconstruction and Development, Model Law on Secured Transactions, 2004 Article 25.18, 25.19.

³⁷United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 3.

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มีความใกล้เคียงกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แต่ปรากฏว่าบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีมิติที่เชื่อมโยงแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์กับบทบาทอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แต่อย่างใด จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดและหลักการของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL ที่ต้องการให้มีการดำเนินงานร่วมกันอย่างใกล้ชิดระหว่างระบบกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและระบบกฎหมายฟื้นฟูกิจการและล้มละลาย อีกทั้ง ยังแตกต่างกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันของประเทศอังกฤษที่มีความเชื่อมโยงและเป็นหนึ่งเดียวกันกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการและล้มละลาย ผู้วิจัยจึงขอฝากไว้เป็นประเด็นแก่ผู้สนใจที่จะทำการศึกษาและเสนอแนะแนวทางแก้ไขกฎหมายต่อไป

4.5 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการ

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73 กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการประเมินราคากิจการ กำหนดวิธีการจำหน่าย ดำเนินการจำหน่ายกิจการ โดยการกระทำหน้าที่ดังกล่าวของผู้บังคับหลักประกันให้ถือเป็นการกระทำที่ได้รับความเห็นชอบด้วยจากผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกัน จึงเป็นกรณีกฎหมายปิดปากไม่ให้ผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกันมาโต้แย้งคัดค้านการดำเนินการบังคับหลักประกันของผู้บังคับหลักประกันได้ และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกันไว้แต่อย่างใด

แต่เนื่องจากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน โดยผู้บังคับหลักประกันมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการและเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง กล่าวคือ หากผู้บังคับหลักประกันใช้วิธีการประเมินราคาที่ไม่สะท้อนให้เห็นมูลค่ากิจการที่แท้จริงและไม่เหมาะสม ส่งผลให้ได้รับราคาขายกิจการที่ต่ำเกินสมควร อาจส่งผลให้เงินได้จากการจำหน่ายกิจการไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และผู้ให้หลักประกันยังต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดจนกว่าจะชำระหนี้โดยสิ้นเชิง หรือในทางตรงกันข้ามหากราคาขายกิจการที่สูงเกินไป ทำให้ไม่มีผู้สนใจเข้าซื้อกิจการ และผู้รับหลักประกันได้รับชำระหนี้ล่าช้า ทำให้ผู้ให้หลักประกันต้องรับภาระดอกเบี้ยที่ยาวนานขึ้น เป็นต้น หรือหากวิธีการจำหน่ายที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด

ไม่ทำให้ได้ราคาขายกิจการที่สูง เช่น การเลือกขายโดยกำหนดผู้ซื้อโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งไม่ใช่กิจการที่ขายได้ยาก ทำให้การขายกิจการไม่ได้ราคาสูงดังเช่นการขายโดยวิธีประมูลเปิดเผย หรือขายทอดตลาด เป็นต้น

ในขณะที่การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 มาตรา 41 วรรคสอง กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้แก่การดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันโดยอนุโลม ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียในการคัดค้านการขายทอดตลาด ดังนี้

1. สิทธิในการคัดค้านราคาประเมิน ในกรณีเจ้าพนักงานบังคับคดีมีการกำหนดราคาประเมินที่สูงหรือต่ำเกินความเป็นจริง ผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำแถลงต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการประเมินราคาใหม่พร้อมให้เหตุผลในการปรับลดหรือเพิ่มราคาประเมินได้ หรืออาจจะคัดค้านการประเมินราคาทรัพย์สินต่อศาลก็ได้ นอกจากนี้ ผู้มีส่วนได้เสียยังมีสิทธิเข้าสู่ราคาหรือหาบุคคลอื่นเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ด้วย

2. สิทธิในการคัดค้านวิธีการจำหน่ายหรือขาย กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องทำการจำหน่ายหรือขายทรัพย์สินโดยวิธีการขายทอดตลาดที่มีลักษณะเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปเป็นหลัก เว้นแต่กรณีทรัพย์สินเป็นของสดของเสีง่าย ขายได้ยาก หรือค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาและการขายทอดตลาดเกินส่วนของราคาทรัพย์สิน เจ้าพนักงานบังคับคดีถึงจะขายโดยวิธีการอื่นได้ ทั้งนี้ผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่เห็นด้วยสามารถใช้สิทธิร้องคัดค้านต่อศาลได้ภายใน 2 วันนับแต่ทราบ และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะจำหน่ายโดยวิธีการนั้นได้ก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตเท่านั้น แต่หากศาลสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจำหน่ายโดยวิธีการอื่นแทน เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาลและคำสั่งศาลถือเป็นที่สุด หรือในกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีส่งแยกขายเป็นส่วน ๆ หรือรวมขายทรัพย์สินเป็นกอง ๆ หากผู้มีส่วนได้เสียไม่เห็นด้วยสามารถร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำการขายตามวิธีการที่ตนเห็นสมควรก็ได้ หรือจะร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ได้ หากเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ยอมปฏิบัติตามผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 2 วันนับแต่วันปฏิเสธ และหากศาลมีคำวินิจฉัยประการใดให้ถือเป็นที่สุด

3. สิทธิในการคัดค้านคำสั่งหรือการดำเนินการของเจ้าพนักงานบังคับคดีในจำหน่ายทรัพย์สินเกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันขาย แต่ต้องไม่ช้ากว่า 15 วัน นับแต่วันทราบคำสั่งหรือการดำเนินการนั้น คำสั่งของศาลเป็นที่สุด

ทั้งนี้ การใช้สิทธิคัดค้านการขายทอดตลาดในการบังคับคดี ผู้มีส่วนได้เสียจะต้องใช้สิทธิคัดค้านก่อนการบังคับคดีเป็นอันเสร็จลง เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินจากการบังคับคดี

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City code) ของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสีย รวมทั้งผู้ให้หลักประกันสามารถร้องขอให้คณะกรรมการพิจารณา (The Hearings Committee) ทำการทบทวนในเรื่องราคาขายขั้นต่ำ วิธีการประเมินราคา หรือเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการซื้อขายกิจการได้ หากผลการพิจารณาบุคคลนั้นไม่เห็นด้วย สามารถอุทธรณ์คำสั่งไปยังคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่เรียกว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Takeover Appeal Board)

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) แม้จะไม่พบว่ามีข้อกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันที่จะโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการไว้โดยตรง แต่มีข้อกำหนดรับรองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียไว้เป็นขอบเขตกว้าง ๆ ว่าผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากความเสียหายในการดำเนินการบังคับหลักประกันของผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อตกลงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่ตกลงไว้ในสัญญาหลักประกันได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL ได้แนะนำให้แต่ละรัฐกำหนดหลักเกณฑ์บังคับหลักประกันในเรื่องต่าง ๆ ไว้ให้ชัดเจนตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร แต่ต้องสอดคล้องตามวัตถุประสงค์และแนวทางของกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันที่ต้องการให้มีการบังคับหลักประกันเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัด

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนดโดยผู้ให้หลักประกันแต่อย่างใด แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กฎหมายเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคบังคับคดี ที่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินและผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงมีสิทธิในการคัดค้านราคาขายและวิธีการขายได้

การที่กฎหมายไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการในการคัดค้านราคาขายและวิธีการขายที่กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกัน ทำให้ไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ให้หลักประกันอย่างเหมาะสม อีกทั้งยังทำให้กฎหมายมีความหลักหลั่นไม่เป็นเอกภาพ กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติ

หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หากนำทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่กิจการ เช่น สินค้าคงคลัง ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น มาเป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สิทธิคัดค้านการจำหน่ายทรัพย์สินได้ แต่หากนำกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว ผู้ให้หลักประกันกลับไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านการจำหน่ายกิจการ จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการ

ผู้วิจัยเสนอแนะให้เพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของกฎกระทรวง กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันเช่นเดียวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

4.6 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย

ในการบังคับนำกิจการออกจำหน่ายตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกัน จะต้องทำการประกาศโฆษณารายละเอียดเกี่ยวกับกิจการหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการที่จำเป็นแก่ผู้สนใจซื้อกิจการ (ต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า “ผู้ซื้อ”) แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากนี้ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกัน และหรือผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการที่รู้ประวัติความเป็นมาและการดำเนินงานต่าง ๆ ของกิจการเป็นอย่างดี มีหน้าที่ต้องให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการแก่ผู้ซื้อกิจการอีกด้วย

จากการศึกษากฎหมายการบังคับคดีโดยการขายทอดตลาดทรัพย์สินของเจ้าพนักงานบังคับคดี พบว่า ก่อนทำการขายทอดตลาด กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้องจัดทำประกาศการขายทอดตลาด และต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินให้ละเอียดและชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยหากเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ระบุรายละเอียดที่ชัดเจนเพียงพอหรือระบุผิดพลาดคลาดเคลื่อน จนทำให้ผู้ซื้อประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่ประมูลนั้นคลาดเคลื่อนหรือผู้ซื้อเข้าใจผิดในสาระสำคัญและได้ประมูลซื้อไป ก็อาจเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนกระบวนการขายทรัพย์สินดังกล่าวภายหลังได้ นอกจากนี้ในประกาศขายทอดตลาด เจ้าพนักงานบังคับคดียังมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเข้าประมูลราคาให้แก่ผู้ซื้อทราบด้วย ทั้งนี้ ผู้ซื้อที่มีหน้าที่จะต้องตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะประมูลตามรายละเอียด สถานที่ และแผนที่ที่ปรากฏในประกาศขายทอดตลาด โดยถือว่าผู้ซื้อทรัพย์สินได้ทราบถึงสภาพของทรัพย์สินนั้นอย่างละเอียดแล้วตามหลักผู้ซื้อต้องระวัง กล่าวคือ ผู้ซื้อที่มีหน้าที่ต้องตรวจดูทรัพย์สินที่ซื้อในขณะที่การซื้อขายให้ถูกต้องตรงตามที่ผู้ซื้อต้องการเสียก่อนทั้งปริมาณและคุณภาพ ไม่ชำระคบกพร่องหรือเสียหายประการอื่นใด เมื่อรับมอบมาแล้วต้องสันนิษฐานว่าผู้ซื้อได้ตรวจถูกต้องแล้ว ซึ่งตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 บัญญัติว่า “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง หรือควรจะได้รู้ เช่นนั้น หากใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อได้รับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควรรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้ก่อนทำการขายกิจการ ผู้บังคับหลักประกัน จะต้องทำการประกาศ โฆษณารายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่จะทำการขาย รวมทั้งเรื่องอื่นใดที่ผู้ซื้อควรทราบตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวแล้วในข้อ 4.1.1 นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควรรวมกิจการ (The City Code) ยังได้กำหนดให้สิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย ดังนี้

1. ผู้ซื้อจะมีสิทธิขอข้อมูลหรือเอกสารต่าง ๆ (Hard copy) ที่ผู้บังคับหลักประกันประกาศ โฆษณา เช่น เอกสารทางการเงิน วิธีการประเมินเพื่อกำหนดราคาขาย เป็นต้น
2. ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นบริษัทผู้ขาย มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับกิจการ และให้ความร่วมมือตามที่ผู้ซื้อร้องขอ หากบริษัทผู้ขายไม่ให้ความร่วมมือหรือให้ความร่วมมือไม่เพียงพอ ผู้ซื้อจะมีสิทธิร้องขอให้ผู้บังคับหลักประกันดำเนินการให้ได้

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการ สหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) พบว่า กฎหมายกำหนดให้ ผู้ซื้อกิจการมีสิทธิได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับกิจการที่จะซื้อขายจากผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน นอกจากนี้ กฎหมายแม่แบบยังมีข้อกำหนดคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อว่า แม้ว่าการขายหรือจำหน่ายหลักประกัน โดยผู้บังคับหลักประกันจะมีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือข้อตกลงก็ตาม แต่ผู้ซื้อจะได้รับทรัพย์สินไปโดยไม่ถูกรบกวนสิทธิ หากว่าผู้ซื้อหรือผู้รับโอนนั้นไม่รู้ว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลอื่นเช่นว่านั้น

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทย ไม่มีการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ซื้อกิจการในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย และไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการมีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการแก่ผู้ซื้อแต่อย่างใด แตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL ที่มีการให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย และกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับกิจการ

อย่างไรก็ตาม กิจกรรมเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมการซื้อขายถือเป็นหัวใจและสาระสำคัญแห่งนิติกรรม หากผู้ซื้อไม่ได้ข้อมูลหรือรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่ดีเพียงพอแล้ว อาจทำให้ผู้ซื้อแสดงเจตนาเข้าซื้อกิจการโดยสำคัญผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินในกิจการที่ทำการซื้อขายถึงขนาดที่ถ้าผู้ซื้อได้รู้ก่อนคงไม่เข้าแสดงเจตนาซื้อกิจการนั้น เช่นนี้แล้วผู้ซื้อย่อมมีสิทธิยกโมฆะกรรมขึ้นอ้าง หรือมีสิทธิบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆะดังกล่าวได้แล้วแต่กรณี³⁸ ทำให้ต้องนำกิจการออกจำหน่ายใหม่เกิดความล่าช้าในการบังคับกิจการ อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายจากการนำกิจการออกขายใหม่อีกด้วย ทำให้การบังคับกิจการไม่มีประสิทธิภาพ

ผู้วิจัยเสนอแนะให้เพิ่มเติมกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของกฎกระทรวงกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่ายได้ โดยสามารถขอข้อมูลและคำแนะนำเกี่ยวกับกิจการจากผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน รวมทั้งกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องให้คำแนะนำและช่วยเหลือในการให้ข้อมูลของกิจการที่จำเป็นแก่ผู้ซื้อ

³⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 , มาตรา 157.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกัน เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย และผู้บังคับหลักประกันก็เป็นวิชาชีพใหม่ที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยภายหลังที่มีเหตุบังคับหลักประกันที่เป็น กิจการเกิดขึ้น สถาบันการเงินผู้รับหลักประกันไม่จำเป็นต้องบังคับสิทธิผ่านกระบวนการศาลและ เจ้าพนักงานบังคับคดีแต่อย่างใด แต่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจสามารถตกลงเลือกผู้บังคับ หลักประกันทำหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวในการเข้าครอบครอง และดำเนินกิจการไป จนกว่าจะจำหน่ายกิจการให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าว ต่อไปได้ทันที รวมทั้งผู้บังคับหลักประกันทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบและประเมินราคากิจการ โดยจะกำหนดวิธีการจำหน่ายที่เหมาะสม และดำเนินการจำหน่ายกิจการ ตลอดจนจัดสรรเงินที่ได้ จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันด้วย

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นมาตราเดียวที่กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการจำหน่ายกิจการที่เป็น หลักประกัน แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดวิธีการไว้ชัดเจน เช่น ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการ ประเมินราคากิจการ การบอกกล่าวไปยังผู้มีส่วนได้เสียก่อนการจำหน่าย กำหนดวิธีการจำหน่าย ว่าจะสามารถแบ่งแยกจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการออกเป็นส่วน ๆ ได้หรือไม่ เป็นต้น

เนื่องจาก พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องที่ เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการ ที่เป็นหลักประกันโดยผู้บังคับหลักประกันไว้อย่างชัดเจน เป็นเหตุให้ สถาบันการเงินไม่สามารถประเมินความเสี่ยง ในการรับกิจการเพื่อเป็นหลักประกันได้อย่างถูกต้อง จึงทำให้สถาบันการเงินไม่ยอมรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน หรือทำให้การนำกิจการ เป็นหลักประกันไม่เป็นที่ยอมรับเท่าที่ควร ผู้ประกอบการยังมีอุปสรรคในการเข้าถึงแหล่งสินเชื่อจาก สถาบันการเงิน และอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันของผู้บังคับ

หลักประกัน อันจะส่งผลให้การบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันล่าช้า ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่เป็นธรรมได้

จากการศึกษาเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยเปรียบเทียบกับกรจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) สรุปได้ดังนี้

1. หลักเกณฑ์การบอกกล่าวก่อนการจำหน่าย

1.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำการบอกกล่าวการจำหน่ายกิจการไปยังผู้มีส่วนได้เสียก่อนดำเนินการจำหน่ายกิจการแต่อย่างใด

1.2 กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องบอกกล่าวการขายไปยังผู้ถือหุ้น ตัวแทนลูกจ้างหรือลูกจ้างทุกราย และทราสต์ของผู้ให้หลักประกันให้ทราบล่วงหน้าก่อนการจำหน่ายกิจการด้วย นอกจากนี้ยังต้องแจ้งไปยังนายทะเบียนบริษัทอย่างน้อย 7 วันก่อนทำการขาย รวมทั้งต้องมีการประกาศโฆษณาการจำหน่ายกิจการต่อสาธารณชน (ทางเว็บไซต์ หนังสือพิมพ์ท้องถิ่นอย่างน้อย 2 ฉบับ) เป็นเวลา 45 วันก่อนวันเริ่มทำการขาย

1.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องมีการส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือแสดงเจตนาที่จะทำการจำหน่ายกิจการที่เป็นประกันไปยังผู้มีส่วนได้เสียล่วงหน้าก่อนทำการขาย ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้บังคับหลักประกันจะเลือกใช้วิธีจำหน่ายแบบใดก็ตาม โดยแต่ละรัฐจะต้องกำหนดช่วงระยะเวลาที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนทำการขายตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เช่น 10-15 วัน เป็นต้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของไทยไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันต้องทำการบอกกล่าวแก่ผู้มีส่วนได้เสียล่วงหน้าก่อนการจำหน่ายกิจการ ส่งผลให้ไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียอย่างเหมาะสม

2. วิธีการจำหน่ายกิจการ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่าแนวคิดและวัตถุประสงค์ของการเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการในชั้นบังคับหลักประกัน จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ได้มาซึ่งราคาขายที่ดีที่สุด ในขณะที่ทำการขาย เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ลูกหนี้ รวมทั้งผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และจะต้องจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ทันที โดยผู้ซื้อต้องรับโอนไป

ทั้งสิทธิและหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการจ้างแรงงานและไม่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับคู่ค้าในทางธุรกิจ

2.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73 กำหนดแต่เพียงว่า ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดวิธีการจำหน่ายกิจการได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมเท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดและวัตถุประสงค์ในการเลือกวิธีการจำหน่ายกิจการไว้แต่อย่างใด นอกจากนี้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของไทยก็ไม่ได้บังคับให้คู่สัญญาหลักประกันธุรกิจจะต้องทำการตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันแต่อย่างใด

2.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้บังคับหลักประกันจะใช้วิธีการจำหน่าย และมาตรการเกี่ยวกับการจำหน่ายต่าง ๆ ตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันเป็นหลัก ทั้งนี้ ตามหลักเสรีภาพและความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา อีกทั้งการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาที่มาจากความยินยอมของคู่สัญญาแล้ว จะทำให้การกระทำของผู้บังคับหลักประกันไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) อีกด้วย ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงในเรื่องวิธีการจำหน่ายไว้ กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันสามารถพิจารณาได้ตามความเหมาะสมในทางปฏิบัติผู้บังคับหลักประกันมักจะเลือกใช้วิธีการจำหน่ายกิจการทั้งกิจการด้วยการประมูลเปิดเผย เพราะมีหลักเกณฑ์ตามกฎหมายกำหนดวิธีการและขั้นตอนในการจำหน่ายไว้อย่างชัดเจน ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจึงให้การยอมรับ เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City Code) เป็นการซื้อขายหุ้นในกิจการ โดยหลักกำหนดให้ผู้ซื้อจะต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ในกิจการของผู้ขาย รวมทั้งพนักงานลูกจ้างด้วย เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น

2.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาหลักประกัน แต่หากไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือผู้บังคับหลักประกันมีสิทธิในการตัดสินใจได้ทั้งหมดไม่ว่าจะขายโดยวิธีการทำสัญญากับเอกชนรายหนึ่งรายใด หรือขายเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่บุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำโดยสุจริตและเหมาะสมในทางธุรกิจการค้าเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่เพื่อคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน แนะนำให้รัฐกำหนดลักษณะ ขั้นตอนระยะเวลา สถานที่ และเรื่องอื่น ๆ ของการขายหรือการจำหน่ายในแต่ละวิธีการไว้ให้ชัดเจน

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ว่ากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศสอดคล้องกันในหลักการให้อำนาจหน้าที่ผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่ายได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมก็ตาม แต่ลำดับการบังคับใช้ยัง

มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายแม่แบบธุรกิจที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) ได้แนะนำให้คู่สัญญาทำการตกลงวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำการจำหน่ายกิจการตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ แต่หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายไว้จึงจะตกเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการกำหนดวิธีการจำหน่าย แต่กฎหมายหลักประกันของไทยไม่ได้แนะนำหรือกำหนดให้คู่สัญญาต้องทำการตกลงเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายกิจการไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแต่อย่างใด

3. วิธีการประเมินราคากิจการ และหลักเกณฑ์การกำหนดราคาขายขั้นต่ำ

3.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 กำหนดนิยามคำว่า “กิจการ หมายความว่า ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกัน อาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที” และมาตรา 73 กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันในการตรวจสอบและประเมินราคากิจการ แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียด เกี่ยวกับวิธีในการประเมินราคากิจการ รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาขายกิจการขั้นต่ำไว้แต่อย่างใด

3.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ วิธีการประเมินมูลค่ากิจการเพื่อกำหนดราคาขายจะใช้วิธีการทำสอบทานธุรกิจหรือตรวจสอบวิเคราะห์สถานะ (Due Diligence) โดยพิจารณากิจการรอบด้าน เช่น ด้านการเงิน ด้านการจัดการ ด้านกฎหมาย เป็นต้น ในด้านการเงินนั้นใช้วิธีการพิจารณาจากรายได้ วิธีการพิจารณาจากสินทรัพย์สุทธิของกิจการ วิธีการเปรียบเทียบตลาด หรือวิธีการประเมินอื่นซึ่งเป็นที่ยอมรับตามมาตรฐานสากล โดยจะต้องประเมินมูลค่ากิจการทั้งกิจการ (Whole Business Valuation) เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาของกิจการที่สะท้อนมูลค่ากิจการอย่างแท้จริง และกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดราคาขายกิจการขั้นต่ำให้เริ่มต้นมากกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่ากิจการที่ประเมินได้

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าการประเมินราคากิจการของประเทศอังกฤษ คือ วิธีการทำการสอบทานธุรกิจอย่างรอบด้าน นอกจากด้านการเงินแล้ว ยังอาจทำการสอบทานธุรกิจด้านการจัดการ และด้านกฎหมายด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาของกิจการที่สะท้อนให้เห็นถึงมูลค่ากิจการที่แท้จริง จึงไม่ใช่การประเมินราคาเฉพาะทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในกิจการเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติคำว่า กิจการ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

พ.ศ. 2558 จะเห็นได้ว่า กิจการมีความหมายแต่เพียงเฉพาะทรัพย์สินหรือสิทธิเท่านั้น ไม่รวมถึงหนี้หรือหน้าที่ผูกพันที่มีอยู่ในกิจการแต่อย่างใด จึงอาจทำให้ผู้บังคับหลักประกันต้องทำการประเมินมูลค่ากิจการเฉพาะเพียงทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกิจการเท่านั้น ทำให้ราคากิจการที่ประเมินได้ไม่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงมูลค่ากิจการที่แท้จริง นอกจากนี้บทบัญญัตินิยามคำว่า กิจการยังกำหนดให้การโอนกิจการ โอนไปแต่เพียงบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้น ให้แก่ผู้รับโอนเท่านั้น ไม่รวมถึงหนี้หรือหน้าที่ที่มีอยู่ในกิจการด้วย บทบัญญัตินิยามคำว่า กิจการดังกล่าวจึงขัดแย้งกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่ไม่ต้องการให้การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการมีผลกระทบต่อพนักงาน คู่ค้า และบุคคลภายนอก ฉะนั้น ผู้ซื้อหรือผู้รับโอน จึงต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ในกิจการด้วย

4. กำหนดเวลาขายกิจการ

4.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเวลาขายหรือเริ่มต้นทำการขายกิจการไว้แต่อย่างใด

4.2 กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้เริ่มต้นนำกิจการออกขายในวันทำการที่ 46 นับแต่วันโฆษณาการประมูลต่อสาธารณะ หรือนับแต่วันที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด โดยก่อนถึงระยะเวลานำทรัพย์สินออกขายตามกฎหมายนั้น บุคคลภายนอกและผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิไถ่ถอนหลักประกัน ร้องขอจัดทรัพย์ได้แย่งคัดค้านเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกัน อาทิ การกำหนดราคาขาย วิธีการจำหน่าย เป็นต้น

4.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของ UNCITRAL ได้แนะนำให้รัฐกำหนดเวลาขายให้ชัดเจนตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เพื่อให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ถึงระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างเป็นระบบ มีประสิทธิภาพและประหยัด

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนเกี่ยวกับกำหนดเวลาขายหรือเริ่มต้นทำการขายกิจการ ส่งผลให้สถาบันการเงินยังไม่มี ความมั่นใจที่จะรับกิจการไว้เป็นหลักประกัน เพราะไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าสถาบันการเงินจะได้รับชำระหนี้ภายหลังจากการบังคับหลักประกันเมื่อใด จึงยังเป็นข้อจำกัดและอุปสรรคแก่ผู้ประกอบการในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

5. การบังคับชำระหนี้โดยการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ

5.1 ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามคำว่า “กิจการ หมายถึง ทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกัน อาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าว

ต่อไปได้ทันที” ทำให้มีการตีความว่าทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการกลายเป็นทรัพย์สินแบ่งไม่ได้โดยผลของกฎหมาย ในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกันจะต้องทำการจำหน่ายไปทั้งกิจการไม่สามารถแยกขายเป็นชิ้น ๆ ได้

5.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน คือ การนำทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการมาเป็นประกัน โดยไม่ได้มีกฎหมายให้นิยามคำว่ากิจการไว้แต่อย่างใด ทำให้ทรัพย์สินในกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินแบ่งได้ตามสภาพและลักษณะแห่งทรัพย์สินนั้นเอง และสามารถแยกขายเป็นชิ้น ๆ ได้ โดยมีเงื่อนไขสำคัญคือ การแยกจำหน่ายนั้นจะต้องไม่กระทบต่อการประกอบธุรกิจของกิจการนั้นต่อไป ในประเทศอังกฤษ ผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จะทำหน้าที่เสมือนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ มีหน้าที่บริหารจัดการธุรกิจแทนในนามของกรรมการบริษัทผู้ให้หลักประกัน เพื่อนำเงินได้จากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ ทำแผนปรับปรุงโครงสร้างหนี้ โครงสร้างกิจการ เสนอให้มีการขายทรัพย์สินในกิจการบางส่วนเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และบริหารงานตามแผนที่เจ้าหนี้ได้มีมติเห็นชอบด้วย เพื่อให้กิจการนั้นสามารถดำเนินต่อไปโดยไม่ต้องเลิกกิจการหรือล้มละลาย ทั้งนี้ ผู้บังคับหลักประกันจะทำการบังคับขายทั้งกิจการต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ากิจการนั้นไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ หรือมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินและการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายหรือเลิกกิจการซึ่งการจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้ทุกรายมากกว่า

5.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (UNCITRAL) การนำกิจการมาเป็นหลักประกัน คือ การนำทรัพย์สินทั้งหมดในกิจการมาเป็นประกัน โดยไม่ได้มีกฎหมายให้นิยามคำว่ากิจการไว้แต่อย่างใด ทำให้ทรัพย์สินในกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินแบ่งได้ตามสภาพและลักษณะแห่งทรัพย์สินนั้นเอง และสามารถแยกขายเป็นชิ้น ๆ ได้ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าบทนิยามคำว่ากิจการตามกฎหมายหลักประกันของไทย ทำให้การจำหน่ายกิจการจะต้องจำหน่ายไปทั้งกิจการ ผู้บังคับหลักประกันไม่อาจแบ่งแยกขายทรัพย์สินในกิจการออกเป็นรายชิ้น เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้รายอื่นได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศที่การจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันอาจแยกขายทรัพย์สินในกิจการเป็นรายชิ้นได้ หากการแยกขายจะนำมาซึ่งรายได้ที่เพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และไม่กระทบต่อการประกอบธุรกิจของผู้ให้หลักประกันต่อไป ทั้งนี้ การจำหน่ายกิจการไปทั้งกิจการ อันอาจส่งผลให้การบังคับหลักประกันไม่เป็นธรรมต่อผู้ให้หลักประกันและขัดต่อหลักการบังคับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูรับรองและคุ้มครองให้ ในกรณีที่มีมูลค่ากิจการที่เป็นหลักประกันมีมูลค่ามากกว่า

จำนวนหนึ่งคงค้างอย่างมีนัยยะสำคัญ อีกทั้ง การจำหน่ายกิจการทั้งกิจการมีขั้นตอนและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เช่น ค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายในการประเมินราคากิจการ ค่าดำเนินการจำหน่ายกิจการ เป็นต้น ซึ่งจะทำให้กระบวนการบังคับกิจการล่าช้า ไม่มีประสิทธิภาพได้

6. บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน

6.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73 วัตถุประสงค์หรือเป้าหมายในการบังคับกิจการที่เป็นหลักประกัน คือ การนำกิจการออกจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ และนำเงินได้จากการจำหน่ายมาชำระหนี้ตามลำดับที่ตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 74 เพียงประการเดียว กฎหมายไม่ได้ให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคำเนินกิจการต่อไป เพื่อนำรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแต่อย่างใด ดังนั้น บทบาทอำนาจหน้าที่ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บังคับหลักประกันจึงมีอย่างจำกัด กล่าวคือ ผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่าย จ่าย โอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือ กระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันได้ เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้ก่อนทำการจำหน่ายกิจการออกไปเท่านั้น

6.2 กฎหมายของประเทศอังกฤษ วัตถุประสงค์หรือเป้าหมายในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการมุ่งเน้นที่จะช่วยเหลือบริษัทผู้ให้หลักประกันให้พ้นจากเหตุการณ์ที่ยากลำบาก เพื่อไม่ให้บริษัทผู้ให้หลักประกันต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ ผู้บังคับหลักประกันทำหน้าที่เสมือนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ มีหน้าที่จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ และบริหารกิจการไปตามแผนที่ที่ประชุมเจ้าหนี้ได้มีมติเห็นชอบแล้ว เพื่อนำรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการนั้นมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่น ดังนั้น ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) จึงมีอย่างกว้างขวาง เป็นไปตามข้อตกลงที่คู่สัญญาหลักประกันได้ตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกัน และตามกฎหมาย เช่น อำนาจหน้าที่ตาม Schedule 1 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย (Insolvency Act 1986) อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company Act 2006) เป็นต้น โดยมีอำนาจจำหน่ายทรัพย์สินในกิจการบางส่วน มีอำนาจแต่งตั้งทนายความและนักบัญชีหรือบุคคลผู้มีวิชาชีพอื่นใดเพื่อมาช่วยในการปฏิบัติหน้าที่ของเขา มีอำนาจในการนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือผู้คดี รวมทั้งมีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งหมดที่จำเป็นเพื่อให้ธุรกิจของบริษัทผู้ให้หลักประกันดำเนินต่อไปได้ โดยผู้บังคับหลักประกัน (Administrator) มีอำนาจเทียบเท่ากับกรรมการของบริษัทผู้ให้หลักประกัน รวมทั้งมีอำนาจพักธุรกรรมที่ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบด้วย

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของไทยเป็น เอกเทศ ไม่มีมิติที่เชื่อมโยงแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์กับกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมาย ล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ทั้ง ๆ ที่อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันมี ความใกล้เคียงกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แตกต่างกับบทบาทอำนาจหน้าที่ ของผู้บังคับหลักประกันของประเทศอังกฤษที่มีความเชื่อมโยงและเป็นหนึ่งเดียวกันกับการปฏิบัติ หน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการและล้มละลาย

7. สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เป็นเจ้าของกิจการในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่าย กิจการ

7.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 41 วรรคสอง ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งมาบังคับใช้แก่การดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันโดยอนุโลม ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียในการคัดค้านการขาย ทอดตลาด เช่น สิทธิในการคัดค้านราคาประเมินที่เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนด สิทธิในการคัดค้าน วิธีการจำหน่ายหรือขายทรัพย์สินวิธีการอื่นนอกเหนือจากการขายทอดตลาดต่อศาล เป็นต้น แต่การ บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการกลับไม่มีบทบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้ง คัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกันไว้แต่อย่างใด

7.2 กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและควบรวมกิจการ (The City code) ของประเทศ อังกฤษ ได้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสีย รวมทั้งผู้ให้หลักประกันสามารถร้องขอให้ คณะกรรมการพิจารณา (The Hearings Committee) ทำการทบทวนในเรื่องราคาขายขั้นต่ำ วิธีการ ประเมินราคา หรือเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการซื้อขายกิจการได้ หากผลการพิจารณาคัดค้านไม่เห็น ด้วย สามารถอุทธรณ์คำสั่งไปยังคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่เรียกว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Takeover Appeal Board)

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายของ ประเทศไทยไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนด โดยผู้ให้หลักประกันแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ กฎหมายเกี่ยวกับการ บังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคบังคับคดี ที่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินและเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงมีสิทธิในการคัดค้านราคาขายและวิธีการขายได้ การที่ กฎหมายไม่มีการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันที่เป็นกิจการในการคัดค้านราคาขายและวิธีการขายที่

กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกัน ทำให้ไม่มีการคุ้มครองสิทธิของผู้ให้หลักประกันอย่างเหมาะสม ส่งผลให้การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการไม่เป็นเอกภาพ และไม่เป็นธรรมได้

8. สิทธิของผู้สนใจซื้อกิจการในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย

8.1 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันจะต้องทำการประกาศโฆษณารายละเอียดเกี่ยวกับกิจการหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการที่จำเป็นแก่ผู้สนใจซื้อกิจการ (ต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า “ผู้ซื้อ”) แต่อย่างไรก็ตามขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้บังคับหลักประกัน และหรือ ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการที่รู้ประวัติความเป็นมาและการดำเนินงานต่าง ๆ ของกิจการเป็นอย่างดี มีหน้าที่ต้องให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการแก่ผู้ซื้อกิจการอีกด้วย

8.2 กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้ก่อนทำการขายกิจการ ผู้บังคับหลักประกัน จะต้องทำการประกาศโฆษณารายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่จะทำการขาย รวมทั้งเรื่องอื่นใดที่ผู้ซื้อควรทราบ โดยผู้ซื้อที่มีสิทธิขอข้อมูลหรือเอกสารต่าง ๆ ที่ผู้บังคับหลักประกันประกาศโฆษณาได้ เช่น เอกสารทางการเงิน วิธีการประเมินเพื่อกำหนดราคาขาย เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการซื้อขายและรวบรวมกิจการ (The City Code) ยังได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการที่จะขาย มีหน้าที่ให้ความร่วมมือตามที่ผู้ซื้อร้องขอและให้คำแนะนำเกี่ยวกับกิจการด้วย

8.3 กฎหมายแม่แบบธุรกรรมที่มีหลักประกันของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) กำหนดให้ผู้ซื้อกิจการมีสิทธิได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับกิจการที่จะซื้อขายจากผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยไม่มีการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ซื้อกิจการในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย และไม่ได้กำหนดให้ผู้บังคับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกิจการมีหน้าที่ให้คำแนะนำหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการแก่ผู้ซื้อแต่อย่างใด แตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่มีการให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่ายได้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่า กิจการเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมการซื้อขายถือเป็นหัวใจที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม หากผู้ซื้อกิจการไม่ได้ข้อมูลหรือรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการที่ดีเพียงพอแล้ว อาจทำให้การแสดงเจตนาเข้าซื้อกิจการของผู้ซื้อเป็นไปโดยสำคัญผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินในกิจการที่ทำการซื้อขาย เช่นนี้แล้วผู้ซื้อย่อมมีสิทธิยกโมฆะกรรมขึ้นอ้าง หรือมีสิทธิบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆะได้ แล้วแต่กรณี ทำให้ต้องนำกิจการ

ออกจำหน่ายใหม่เกิดความล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นจากการนำกิจการออกขายใหม่อีกด้วย ทำให้การบังคับกิจการไม่มีประสิทธิภาพ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาเกี่ยวกับการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ โดยผู้บังคับหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจที่ผู้วิจัยได้ยกขึ้นมาเป็นประเด็นในการศึกษาวิเคราะห์ เห็นได้ว่าปัญหาเหล่านั้นเกิดขึ้นเพราะความไม่ชัดเจน รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีความที่สมบูรณ์ในประเด็นที่สำคัญ ผู้วิจัยจึงใคร่เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหานั้นใน 2 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ กรณีแรก เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจให้มีความสมบูรณ์ชัดเจนยิ่งขึ้น และอีกกรณีเป็นภาระหน้าที่ภาครัฐที่จะเสริมสร้างให้ความรู้ความเข้าใจแก่ภาคสถาบันการเงิน ผู้ประกอบการ และผู้บังคับหลักประกัน

5.2.1 เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยแก้ไขเพิ่มเติมในสองกรณีที่สำคัญด้วยกัน กล่าวคือ

กรณีแรก แก้ไขบทนิยามคำว่า “กิจการ” และเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “การจำหน่ายกิจการ” ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยการแยกนิยามของทั้ง 2 คำนี้ออกจากกัน เพื่อให้ได้ความชัดเจนขึ้น เพราะคำนิยามเดิมของคำว่า “กิจการ” ได้รวมความถึงการจำหน่ายกิจการเข้าไปด้วย จึงทำให้เกิดปัญหาว่าจะสามารถทำการจำหน่ายเฉพาะแต่ทรัพย์สินเพียงบางส่วนของกิจการได้หรือไม่ หากได้มีการแยกความหมายของคำว่า “การจำหน่ายกิจการ” ออกจากจากคำว่า “กิจการ” แล้ว ก็จะทำให้มีความชัดเจนไม่ก่อให้เกิดปัญหาที่ต้องโต้แย้งกันอีกต่อไป

กรณีที่สอง เพิ่มเติมข้อความใหม่ลงในมาตรา 73 วรรคท้าย ความว่า “หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เพื่อกำหนดให้รัฐมนตรีที่รักษาการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 ออกกฎกระทรวงซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง เพื่อจักได้กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการต่าง ๆ เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องวิธีการจำหน่าย การประเมินราคากิจการ การกำหนดราคาขั้นต่ำในการจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการ กำหนดเวลาและสถานที่ในการจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการ การบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อนการจำหน่าย รวมทั้งสิทธิของผู้ให้หลักประกันในการโต้แย้งคัดค้านการจำหน่ายกิจการที่กำหนดโดยผู้บังคับหลักประกัน และสิทธิของผู้ซื้อในการเข้าตรวจสอบข้อมูลของกิจการที่นำออกจำหน่าย เนื่องจากการจัดทำกฎหมายลำดับรองมีกระบวนการที่รวดเร็วและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่าการแก้ไขเพิ่มเติม

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 อันเป็นกฎหมายแม่ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหลักเกณฑ์และวิธีการต่าง ๆ เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันนั้นจะต้องสามารถแก้ไขและปรับเปลี่ยนได้ง่ายและรวดเร็ว เพื่อให้ทันต่อวิธีการทางธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ดังนั้น จึงเสนอแนะให้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์และวิธีการต่าง ๆ เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันไว้ เป็นกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองต่อไป

5.2.2 กรณีให้ภาครัฐเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจแก่ภาคสถาบันการเงิน ผู้ประกอบการ และผู้บังคับหลักประกัน ได้ทราบและมีความเข้าใจถึงวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายในการกำหนดวิธีการจำหน่าย คือ วิธีการจำหน่ายนั้นจะต้องเป็นวิธีเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาขายหรือจำหน่ายสูงสุดเท่าที่จะสามารถทำได้ในขณะทำการจำหน่าย เพื่อประโยชน์ในการได้รับชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยไม่กระทบสิทธิของลูกหนี้เกินสมควร ทั้งต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่เป็นหลักประกันนั้นด้วย

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าหากดำเนินการตามข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น จะทำให้การตีความกฎหมายเพื่อบังคับใช้เกี่ยวกับการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจมีความชัดเจนและสมบูรณ์ขึ้น อันจะส่งผลให้สถาบันการเงินสามารถประเมินความเสี่ยงในการรับกิจการไว้เป็นหลักประกันได้อย่างถูกต้อง สามารถลดอุปสรรคในการเข้าถึงสินเชื่อของผู้ประกอบการได้ นอกจากนี้ยังช่วยลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของผู้บังคับหลักประกัน ส่งผลให้การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการด้วยการจำหน่ายโดยผู้บังคับหลักประกันเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ เป็นเอกภาพ และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น สมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฎกระทรวงการได้สวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ พ.ศ. 2560.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559.

กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, คู่มือปฏิบัติราชการกรมบังคับคดี.

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์. “รวบรวมประเด็นคำถามจากการอบรมให้ความรู้ผู้บังคับหลักประกัน.” https://www.dbd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=16191&filename=secured, 10 ตุลาคม 2561.

กฤษฎา จีนะวิจารณ์. “คลังย้ากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ มีผลบังคับใช้แล้ว.” หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/705378>, 15 ตุลาคม 2561.

กองทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์. “พาณิชย์เพิ่มไม่ขึ้นต้นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นหลักประกันทางธุรกิจประเภทใหม่.” http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=469410191&filename=index, 11 กันยายน 2561.

กาญจนา ปัญจกิจไพบูลย์. “ศาลกับการมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

คำชัย จงจักรพันธ์. เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด, 2557.

กิตติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์. รู้เพื่ออง...การรวบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ครั้งที่ 5/2557.” http://www.Irct.go.th/th/?wpfb_dl=982, 16 ตุลาคม 2561.

คำสั่งกรมบังคับคดี ที่ 503/2560 เรื่อง การปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สิน.

ฉลองบูรณ์ เฟื่องลำ. “การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการในคดีล้มละลาย.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.

ชรินทร์ สัจจญาณ. “การควบกิจการ (Merger) และการเข้าครอบงำกิจการ (Take Over).” Tax &
Business Law, 2540.

ธนาคารกรุงไทย. “หนังสือสัญญาต่อท้ายหนังสือสัญญาจำนองที่ดินเป็นประกัน.”

https://www.ktb.co.th/Download/product/MediaFile_2752ApplicationForm_TrustReceipt.DOC, 31 ตุลาคม 2561.

ธนาคารซีทีแบงก์. “สัญญาเงินกู้สินเชื่อบุคคล ซีที แอดวานซ์.”

<https://www.citibank.co.th/citi/personalloan/pdf/loancontact.pdf>, 31 ตุลาคม 2561.

ธนาคารแห่งประเทศไทย. ประกาศที่ สนส.31/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรอง
ของสถาบันการเงิน.

ธนาคารแห่งประเทศไทย. ประกาศที่ สนส.5/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของ
สถาบันการเงิน.

ธนาคารแห่งประเทศไทย. “แนวนโยบาย เรื่อง การประเมินราคาหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์
รอการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขาย
ทอดตลาดของสถาบันการเงิน.”

<https://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2562/ThaiPDF/25620100.pdf>,
27 มิถุนายน 2562.

ธรรมนูญ พิทยาภรณ์. ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ศึกษาเปรียบเทียบหลัก
กฎหมายแม่แบบของ EBRO และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 1.
นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2547.

นิลุบล เลิศนุวัฒน์. “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ในระบบกฎหมายของ
ไทย.” <https://lnilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>, 21 ตุลาคม
2560.

นาวิน มั่นไสย. “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณี
 สंहारิมทรัพย์ ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.”
 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

ประกาศกรมบังคับคดี เรื่อง จรรยาสำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ประเมินราคาทรัพย์สินกรมบังคับคดี.

<http://www.led.go.th/dbases/pdf/050658-6.pdf>, 25 ธันวาคม 2560.

ประกาศกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทาง
 ธุรกิจ พ.ศ. 2559.

ประกาศคณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาเริ่มต้น และราคาที่เหมาะสมในการ
 ขายทอดตลาด เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาเริ่มต้นและราคาที่เหมาะสมในการ
 การขายทอดตลาด.

ประกาศสมาคมประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย.

“แนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการ.”

www.dbd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=469400209, 25 ธันวาคม 2560.

ประภัสร์ ศรีสัตยากุล. “การร่างสัญญาหลักประกัน.” ในเอกสารการประชุมเชิงปฏิบัติ เรื่องเทคนิค
 การเจรจาต่อรองและร่างสัญญาธุรกิจ. จัดโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 กรุงเทพมหานคร, 2533.

ปิติกุล จีระมงคลชัย. กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ การนำสิทธิเรียกร้องมาเป็นหลักประกัน
การชำระหนี้. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กีเลนการพิมพ์ จำกัด, 2547.

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน. <http://www.royin.go.th/dictionary/index.php>, 16 ตุลาคม 2561.

พจนานุกรมแปล ไทย-อังกฤษ NECTEC's Lexitron Dictionary.

<https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-en->

[lexitron/%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3](https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-en-lexitron/%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3), 16 ตุลาคม 2561.

พิมล แสงพิสิทธิ์. “ปัญหาการยึดทรัพย์สินเกินส่วนที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องรับผิดชอบ.”

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

พิรพร เรื่องรองปัญญา. “ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.

มนตรี ชุณหะวัณ. “พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ : เครื่องมือใหม่ในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบกิจการ.” บทความกฎหมายน่ารู้ สำนักกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. (สิงหาคม 2558). <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfile ID=9159>, 21 ตุลาคม 2560.

ไม่ทราบชื่อผู้เขียน. “เคาะราคาโรงแรมดังกลางเมืองภูเก็ต เริ่มที่ 420 ล้าน-เปิดยื่นซอง 3 ต.ค.” MGR Online. (25 กันยายน 2554). <https://mgronline.com/daily/detail/9540000122134>, 30 พฤศจิกายน 2561.

ไม่ทราบชื่อผู้เขียน. “บีคီး ชนะประมวลชื่อ คาร์ฟูร์ ในไทย.” กระปุกดอทคอม. <https://highlight.kapook.com/view/53599>, 30 พฤศจิกายน 2561.

ยิ่งศักดิ์ เพชรนิล. “หลักประกันทางธุรกิจและปัญหาการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

รชต จำปาทอง. “ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

รัตนิศา ศุภจตุรัส. “ปัญหากฎหมายในการบังคับคดีกับทรัพย์สินบุคคลอื่นเป็นเจ้าของรวม” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

ระเบียบกระทรวงยุติธรรม ว่าด้วยการประเมินราคาทรัพย์สิน พ.ศ. 2557.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, 2542.

วรินทรา ชาญพิพัฒน์. “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

วศิน สัทธิสร. “ระบบผู้บังคับหลักประกันทางธุรกิจ (ปัญหาและข้อเสนอแนะ).” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

วิทยา จิฎกานจน์. “การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE.” วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

วิมลรัตน์ เพ็ญตระกูล. “ประเทศไทยกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ.”

http://www.dbd.go.th/ewt_dl_link.php?nid=469410377, 15 ตุลาคม 2561.

วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ และคณะ. “การพัฒนาระบบเพื่อการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของ
ลูกหนี้.” ในโครงการตามแผนพัฒนากฎหมายประจำปี 2548, 2549.

วีราภรณ์ ตั้งภักดี. “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จากการบังคับคดี., วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2553.

ศุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์., “ระบบการบังคับคดีทางแพ่ง.”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

สงคราม สกุลพรหมณ์, “เจาะ พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจผ่านมุมมองสถาบันการเงิน,” เอกสาร
ประกอบการสัมมนางานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร, จัดโดยคณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2559.

สมชาย จุฬนิตี. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560. พิมพ์ครั้งที่
ที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560.

สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย.

“ประกาศแนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ากิจการ.”

https://www.ipthailand.go.th/images/business_valuation_01_07_59.pdf, 28 ตุลาคม
2561.

สมเดช ไรจน์คูรีเสถียร. “การรวมกิจการ (Business Combination).” เอกสารภาษีอากร, 2544.

สทรน รัตนไพจิตร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2558.

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. การปฏิรูปกฎหมาย ปฏิรูปเพื่อ SME และเศรษฐกิจไทย.
นนทบุรี : บริษัท มาตา การพิมพ์ จำกัด, 2558.

สำนักนโยบายธุรกิจและบัญชีสถาบันการเงิน ฝ่ายนโยบายการกำกับสถาบันการเงิน สายนโยบาย
สถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย. “แนวนโยบายการประเมินราคาหลักประกัน
และอสังหาริมทรัพย์รอการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ
หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน (ฝนสว.90-ศส22201-25590613).”
<http://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2559/ThaiPDF/25590127.pdf>,
20 พฤศจิกายน 2561.

สำนักวิจัยเศรษฐกิจอุตสาหกรรม. “กรมพัฒนาฯ ถกสมาคมธนาคารไทยแก้ปัญหา SMEs ขาด
หลักประกัน.” ผู้จัดการรายวัน 360 องศา
www.oie.go.th/sites/default/files/attachments/news_economy/18042560.doc,
21 ธันวาคม 2560

สำนักส่งเสริมการแข่งขันทางการค้า. “คำศัพท์เศรษฐศาสตร์องค์การอุตสาหกรรมและกฎหมายการ
แข่งขันทางการค้า.” <http://otcc.dit.go.th/wp-content/uploads/2015/03/vocabulary.pdf>,
9 พฤศจิกายน 2561.

โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.

อมรรัตน์ รัตนกิจเจริญ. “การบังคับคดีโดยเอกชน.”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

อวยชัย สุขวงศ์. “รอบรู้เรื่องการควบโอนกิจการ (1).”
<http://www.dlo.co.th/files/doc060116120246.pdf>, 9 พฤศจิกายน 2561.

อังก์วรา สิ้นเกษม. “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับหลักประกันภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัย
บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิตย์, 2560.

อุณากร พฤฒิชิตา และศิลปะพร ศรีจันเพชร. “Due Diligence คืออะไร.” วารสารบริหารธุรกิจ
ฉบับที่ 102 (เมษายน – มิถุนายน 2547) : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. <http://library.dip.go.th/multim1/edoc/13599.pdf>,
16 พฤศจิกายน 2561.

อริศ อัสวานนท์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. พิมพ์ครั้งที่
ที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2541.

เอื้อน ขุนแก้ว. กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด,
2556.

เอื้อน ขุนแก้ว. การบังคับคดีแพ่ง (Civil Execution) (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2560). พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร :
บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560.

ภาษาอังกฤษ

American Jurisprudence. 2 nd ed.vVal. 30. “Execution.”

“Administrative Receivership.” <https://insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch49-60/Chapter%2056-2/Part%203/Part%203.html>, February 10, 2019.

Black’s Law Dictionary - Security.

Bank of England. “The Bank of England’s proposed policy on valuation capabilities to support
resolvability.” <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/financial-stability/resolution/boes-proposed-policy-on-valuation-capabilities-to-support-resolvability> , April 14, 2019.

Civil Procedure Rules 1998.

Company Rescue. “How to buy business in administration or liquidation.”

<http://www.companyrescue.co.uk/guides-knowledge/guides/how-to-buy-businesses-in-administration-or-liquidation-3758/>, April 9, 2019.

EBRD Model Law on Secured Transactions, 2004.

Elaine MacDachern WORLD BANK GROUP. “International Conference on Creditors’/Debtors’ Rights and Remedies.” In the Seminar documents Organized By Office of the Public Sector Development Commission : OPDC. Bangkok, 2018.

Government Decree No: 163/2006/ND-CP dated December 29, 2006 (Hanoi).

Government Decree No: 83/2010/ND-CP dated July 23, 2010 (Hanoi).

Halsbury’s Law of England. Sheriff. 4 th ed. Vol. 42 London : Butterworth & co. (publishers) Ltd., 1981.

Henry Cambell. “Black’s Law Dictionary.”, 1990.

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

Paragonbank. “Floating Charge.”

<http://www.paragonbank.co.uk/resources/paragonbank/documents/mortgages/buy-to-let/portfolio/floating-charge>, April 9, 2019.

Phillip R. Wood. Comparative Law of Security and Guarantees, London : Sweet & Maxwell, 1995.

Phillips R Wood. Project finance Subordinated Debt and State Loans. London : Sweet&Maxwell, 1995.

P.ST.J.Langan and L.D.J. Henderson. Civil Procedure. 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1983.

Randall S. Thomas and Robert G. Hansen. Auctioning Class Action and Dervative Lawsuits : A Critical Analysis, 1993.

Report of Working Group VI (Security Interest) on the work of its first session New York , 2002.

Rizwaaan Jamell Mokal. Corporate Insolvency Law Theory and Application. Oxford: Oxford University Press, 2005.

R.M. Goode. Principles of Corporate Insolvency Law, 1990.

Royston M. Goode and Lousie Gullifer. Goode on Legal Problems of Credit and Security. 4th ed.
London : Sweet & Maxwell, 2008.

Sale of Goods Act 1979.

The European Bank for Reconstruction and Development. Model Law on Secured Transactions and a Commentary. <https://www.ebrd.com/documents/comms-and-bis/pdf-model-law-on-secured-transactions.pdf>, April 10, 2019.

The Oxford Companion to Law, 1980.

The Panel on Takeovers and Mergers. "Takeover Code."

<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>, April 1, 2019.

UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, 2016.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html,
October 15, 2018.

United Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Secure Transactions. New York : United Nations Publication, 2010.

United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions : Guide to Enactment. Vienna : United Nations Publication, 2017.

United Nations Commission on International Trade Law. Working Group VI [Online].

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/MLST_Guide_to_enactment_E.pdf,
August 16, 2016.

United Nations Commission on International Trade Law. Working Group VI.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups65Security_Interests.html,
April 15, 2019.

Winnibaid E. Mcojin, Matthien Pn. Van Sint Truiden. Bank security and other credit enhancement methods. The Hague London Boston Kluwer Law International, 1995.



ภาคผนวก

ก. กฎกระทรวง

การไต่สวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

พ.ศ. 2560

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง และมาตรา 66 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ในกฎกระทรวงนี้

“คู่สัญญา” หมายความว่า ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ และให้หมายความรวมถึงผู้รับมอบอำนาจด้วย

ข้อ 2 ในการไต่สวนข้อเท็จจริง หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ดำเนินการแทน ให้จัดส่งหนังสือมอบอำนาจต่อผู้บังคับ หลักประกันด้วย

ข้อ 3 การยื่นเอกสารหรือพยานหลักฐานเพิ่มเติมให้ยื่นต่อผู้บังคับหลักประกัน และให้คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างเอกสารหรือพยานหลักฐานดังกล่าวส่งสำเนาเอกสารหรือพยานหลักฐานนั้นให้คู่สัญญา อีกฝ่ายหนึ่งทราบในวันนัดไต่สวนข้อเท็จจริงหรือวันที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด

คู่สัญญาที่มีสิทธิขอตรวจดูหรือขอคัดสำเนาเอกสารหรือพยานหลักฐานที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ยื่นไว้ต่อผู้บังคับหลักประกันตามวรรคหนึ่งได้

ข้อ 4 ถ้าเอกสารที่ยื่นต่อผู้บังคับหลักประกันได้จัดทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ หากคู่สัญญา ตกลงกันว่าไม่ต้องจัดทำคำแปลเป็นภาษาไทย และผู้บังคับหลักประกันเห็นว่าไม่ใช่พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิจารณา ผู้บังคับหลักประกันจะอนุญาตให้ส่งเอกสารนั้นเป็นพยานหลักฐาน ต่อผู้บังคับหลักประกันโดยไม่ต้องจัดทำคำแปลก็ได้

ในกรณีที่ต้องมีการแปลเอกสาร ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นเอกสารจัดทำคำแปลโดยมีคำรับรอง ความถูกต้องของคำแปลแนบไว้กับเอกสารนั้น

ข้อ 5 ในการไต่สวนข้อเท็จจริง ผู้บังคับหลักประกันต้องให้โอกาสคู่สัญญามาชี้แจงและแสดงหลักฐานตามที่เห็นสมควร และจะเรียกคู่สัญญาหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจจากคู่สัญญา มาให้ถ้อยคำด้วยก็ได้

ข้อ 6 ในการไต่สวนข้อเท็จจริงครั้งแรก ให้คู่สัญญามาพบผู้บังคับหลักประกันและให้ผู้บังคับหลักประกันสอบถามคู่สัญญาทุกฝ่ายถึงข้ออ้าง ข้อคัดค้าน และพยานหลักฐานที่ยื่นต่อ

ผู้บังคับหลักประกันว่า ฝ่ายใดยอมรับหรือปฏิเสธ โดยมีข้อโต้แย้ง ข้ออ้าง หรือข้อคัดค้านใด สำหรับข้อเท็จจริงใดที่คู่สัญญายอมรับกันก็เป็นอันยุติไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รับและเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นพิจารณา ให้ผู้บังคับหลักประกัน กำหนดไว้เป็นประเด็นพิจารณา เพื่อให้คู่สัญญานำพยานหลักฐานมานำสืบต่อไป

ข้อ 7 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายไม่มาพบผู้บังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันอาจดำเนินการได้ส่วนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงและมีคำวินิจฉัยคำร้องขอผู้บังคับหลักประกันต่อไป

ข้อ 8 การรับฟังพยานหลักฐานของผู้บังคับหลักประกัน อาจรับฟังจากเอกสารหรือจากพยานบุคคลก็ได้

ในการรับฟังพยานบุคคล พยานบุคคลต้องให้ถ้อยคำด้วยวาจา โดยให้ผู้บังคับหลักประกัน จดแจ้งถ้อยคำของพยานไว้ในรายงานการได้ส่วนข้อเท็จจริงทุกครั้ง ทั้งนี้ คู่สัญญาและพยานบุคคล สามารถขอตรวจ ขอคัดสำเนา หรือขอให้รับรองสำเนาของรายงานการได้ส่วนข้อเท็จจริงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนได้

ข้อ 9 ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายประสงค์จะเสนอบันทึกถ้อยคำยืนยัน ข้อเท็จจริงหรือความเห็นของพยานบุคคลแทนการซักถามพยาน ทั้งหมดหรือบางส่วน ให้มีหนังสือแจ้ง ผู้บังคับหลักประกันพร้อมทั้งส่งต้นฉบับบันทึกถ้อยคำแทนการซักถามพยานดังกล่าว รวมทั้งส่งสำเนา ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบก่อนหรือในวัน ได้ส่วนข้อเท็จจริงที่มีการสืบพยานบุคคลนั้น

ในกรณีที่ผู้บังคับหลักประกันเห็นสมควร หรือในกรณีที่คู่สัญญาร้องขอและผู้บังคับหลักประกัน เห็นสมควร ให้พยานบุคคลผู้ให้ถ้อยคำมาให้ถ้อยคำเพิ่มเติม หรือตอบคำถามคำถามค้าน หรือ คำถามตึง

ข้อ 10 ในกรณีที่พยานบุคคลไม่เข้าใจภาษาไทย หรือเป็นใบ้ หรือหูหนวกและอ่านหนังสือไม่ได้ ให้ผู้บังคับหลักประกันเป็นผู้จัดหาล่าม โดยเรียกค่าใช้จ่ายจากคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้นำพยานบุคคลดังกล่าวมาให้ถ้อยคำ

ข้อ 11 ผู้บังคับหลักประกันอาจอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย รวมทั้ง พยานบุคคลให้ถ้อยคำผ่านระบบการประชุมทางจอภาพได้ โดยให้คู่สัญญาฝ่ายที่ร้องขอเป็นผู้ดำเนินการจัดให้มีระบบดังกล่าวและเป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย

ข้อ 12 ในการได้ส่วนข้อเท็จจริง ให้ผู้บังคับหลักประกันจัดทำรายงานการได้ส่วนข้อเท็จจริง ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

(1) ชื่อและชื่อสกุลของคู่สัญญา

- (2) ชื่อ ชื่อสกุล อายุ ที่อยู่ อาชีพ และความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาของพยานบุคคล
- (3) วัน เวลา และสถานที่ที่ผู้บังคับหลักประกันดำเนินการไต่สวน
- (4) รายละเอียดแห่งข้อเท็จจริงตามที่ได้รับฟังจากพยานหลักฐาน
- (5) ลายมือชื่อของผู้บังคับหลักประกัน คู่สัญญา และพยานบุคคลผู้ให้ถ้อยคำ เว้นแต่เป็นการให้ถ้อยคำผ่านระบบการประชุมทางจอภาพ

ให้ไว้ ณ วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2560

อภิรดี ตันตราภรณ์

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 66 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 บัญญัติให้หลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวน ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบังคับ หลักประกันที่เป็นกิจการเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล
ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน

ปกรณ์ณภัณ ชมเชย
พ.ศ. 2547 นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2549 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 24
สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ
พ.ศ. 2552 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 61
สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา
พ.ศ. 2553 ถึง ปัจจุบัน
สำนักงานทรัพย์สินพระมหากษัตริย์
ตำแหน่งทนายความ

