

หลักประกัน (SECURITY)

ตอนที่ 1 บททั่วไป

ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนอกเหนือจากสัญญากู้ยืมเงินแล้ว ปัญหากฎหมายที่ต้องพิจารณาก็คือปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันของหนี้เงินกู้หลักประกันได้แก่ ทรัพย์สิน สัญญา ค้ำประกัน เพราะสิ่งเหล่านี้จะเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างหนึ่งในการพิจารณาการให้กู้ บทนี้ผู้วิจัยจะไม่กล่าวถึงสัญญาค้ำประกันเพราะได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ตอนที่ 4 แต่จะกล่าวถึงหลักประกันอื่น ๆ สำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนั้น ในอดีตที่ผ่านมามักจะไม่ค่อยจะคำนึงถึงหลักประกันกันมากนัก เพราะความยุ่งยากเกี่ยวกับกฎหมายวิธีการและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องมักจะมีเครดิตที่ดีโดยไม่ต้องมีหลักประกัน นอกจากนี้ข้อตกลงงดเว้นการชำระจำนวน (Negative pledge) มักเป็นที่ยอมรับในการกู้ประเภทที่ไม่มีหลักประกัน ส่วนใหญ่ปัญหาเรื่องหลักประกันจะนำมาพิจารณาในกรณีเป็นการให้กู้เงินตามโครงการ การกู้เพื่อซื้อเรือ เครื่องบินเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม การกู้เงินตามปกติ ก็จะต้องพิจารณาเรื่องหลักประกันเสมออย่างน้อยก็มีการค้ำประกัน ออกตัวสัญญาใช้เงิน เป็นต้น

วัตถุประสงค์ของการมีหลักประกัน

วัตถุประสงค์ก็เพื่อที่จะให้ผู้ให้กู้สามารถบังคับชำระหนี้จากหลักประกันได้ หากผู้กู้ไม่สามารถจะชำระหนี้ได้ เพื่อให้ผู้ให้กู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้เท่าเทียมกับเจ้าหนี้รายอื่น ทั้งนี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษ หรือออสเตรเลีย หนี้ของบริษัทสามารถจะประกันโดย Floating charge เพื่อให้ความคุ้มกัน (Insulation) โดยให้หลักประกันของผู้ที่อยู่นอกเขตเป็นหลักประกันกรณีเกิดปัญหาความยุ่งยากในทรัพย์สิน หรือหลักประกันในประเทศผู้กู้ (มักใช้ในกรณีกู้เงินภาคีรัฐบาลที่มีทรัพย์สินหลักประกันของรัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้อง) เพื่อให้ผู้ให้กู้สามารถเข้าควบคุมในกิจการได้ในกรณีเป็นการให้กู้ตามโครงการ (Project financing) และเพื่อเป็นการป้องกันเจ้าหนี้รายอื่นที่อาจจะมียุทธศาสตร์ (Protection against other creditors)

หลักประกันที่จะพิจารณาในบทนี้แบ่งเป็น

1. อสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง (Immovable)
2. สงหาริมทรัพย์ที่จับต้องได้หรือมีรูปร่าง (Tangible) เช่น เรือ เครื่องบิน
3. สงหาริมทรัพย์ประเภทไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิตามสัญญา หุ้ น กู๊ดวิลล์ สัมปทาน (Intangible movables) ในกรณีตัวเงินอาจจัดให้อยู่ได้ทั้งหลักประกันประเภทที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่างได้แล้วแต่จะพิจารณาในแง่ใด

ปัญหาเรื่องหลักประกันในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ มีข้อพิจารณาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในทางปฏิบัติอยู่หลายประการที่ผู้ให้กู้จะต้องตรวจสอบและทำการพิจารณา (Wood: 1980: 327-331)

1. จะต้องตรวจสอบความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
2. จะต้องตรวจสอบดูว่าผู้กู้ได้เข้าทำสัญญากับผู้ให้กู้อื่นที่มีข้อตกลงงวดวัน ภาระทำการ (Negative pledge) หรือไม่ เพราะการที่จัดการให้มีหลักประกันแก่ผู้ให้กู้อื่น ใหม่มยอมทำให้ผู้กู้กลายเป็นผู้ผิดสัญญาได้
3. หลักประกันสามารถก่อให้เกิดสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่น หรือเป็นเจ้าหนี้อันดับรองเหนือ เจ้าหนี้อื่นเพียงใด เพราะอาจมีเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันได้ เช่น เจ้าหนี้ ภาษีอากร
4. แบบของหลักประกันเกี่ยวกับการจดทะเบียน จะต้องดำเนินการอย่างไรหรือไม่
5. ผลประโยชน์ ดอกผล ส่วนควบที่เกิดขึ้นจากหลักประกันในภายหลังจะถือเป็น ส่วนหนึ่งของหลักประกันหรือไม่ เช่น อาคารที่สร้างภายหลังจำนอง เงินปันผลที่ได้รับเมื่อจำนำหุ้น
6. ข้อตกลงเกี่ยวกับการรักษามูลค่าของหลักประกันจะมีผลอย่างไรหรือไม่
7. หลักประกันจะเป็นอันยกเลิกหรือสิ้นสุดอันเนื่องมาจากการชำระหนี้เป็นงวด ๆ หรือไม่ (Roll over)
8. การจำนองลำดับรอง (Junior mortgage) จะก่อให้เกิดผลกระทบกระทั่งสิทธิ การจำนองลำดับแรก (Senior mortgage) หรือไม่
9. วงเงินหรือหนี้จำนองจะต้องระบุเป็นเงินตราท้องถิ่นของทรัพย์สินที่จำนองหรือไม่หาก การกู้ได้กระทำกันเป็นเงินตราต่างประเทศ

10. ผู้ให้กู้สามารถตกลงที่จะห้ามการไถ่ถอนหลักประกันหรือห้ามการชำระหนี้ก่อนกำหนด (Prepayment) ได้หรือไม่
11. หลักประกันนั้นจะมอบให้แก่ทรัสต์หรือธนาคารตัวแทนได้หรือไม่ เช่น ให้นำธนาคารตัวแทนเป็นผู้รับจำนอง
12. หากมีการผิดนัดและบังคับชำระหนี้ จะบังคับกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างไร เช่น จะต้องขายทอดตลาดหรือไม่
13. ในกรณีเป็นการจำนองทรัพย์สินจะตกลงกันให้มีการริบหรือยึด (Forfeit) มาเป็นของผู้ให้กู้เลยได้หรือไม่ แทนที่จะต้องมีการขายทอดตลาด
14. เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะสามารถเข้าครอบครองหลักประกันเพื่อเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากหลักประกันนั้นในกรณีที่ผู้ผิดนัดจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว จึงคืนไปได้หรือไม่ เช่น เข้าครอบครองที่ดินในกรณีที่เป็นการจำนองและนำไปให้เช่า เรียกเก็บค่าเช่ามาชำระหนี้
15. สัญญาที่เกี่ยวกับหลักประกันจะต้องติดอากรแสตมป์อย่างไรหรือไม่เพียงไร
16. หลักประกันจะเป็นที่ยอมรับให้ผู้ให้กู้ใช้สิทธิของตนในประเทศที่หลักประกันนั้นอยู่หรือการบังคับเอาจากหลักประกันหรือไม่ เช่น การบังคับเอาหลักประกันจากเรือที่จอดอยู่ในประเทศอื่น
17. ศาลต่างประเทศจะมีอำนาจในการที่จะบังคับเอาประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของตนหรือไม่*

ปัญหาเหล่านี้กฎหมายในแต่ละประเทศก็แตกต่างกันออกไป สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยจะกล่าวพิจารณาโดยย่อ โดยเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยในตอนที่ 2 ของบทนี้

* ตามกฎหมายไทยขอให้ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 307/2495 คดีระหว่าง นางนุ้ย ชำนาญเทศ กับพวก โจทก์ หลวงชำนาญ ณิชเทศ จำเลย โจทก์ฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินซึ่งเป็นที่ดินที่ต่างประเทศ ศาลยอมบังคับตามคำขอไม่ได้ ศาลไทยจึงไม่มีอำนาจชำระคดีนั้น

ตอนที่ 2 ข้อพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ข้อพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศ (รายละเอียดดู Wood. 1980: 331-336)

หลักประกันที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับ

1. ที่ดิน ดังนั้นกฎหมายที่ใช้กับแบบวิธีการจดทะเบียน มักเป็นไปตามกฎหมายที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ แต่เคยมีคดีศาลอังกฤษ (Richard West and Partners (Inverness) Ltd. V. Dick (1969)) ตัดสินให้มีการจำหน่ายเหนือทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ต่างประเทศได้ แต่ศาลไม่สามารถพิพากษาให้ขายทรัพย์สินที่อยู่ต่างประเทศได้ เนื่องจากศาลไม่สามารถตรวจสอบการบังคับคดีได้ (Srey V. Monitoba Railways (1897))

2. กรณีเป็นหลักประกันที่มีรูปร่าง (Tangible movable) เช่น โรงงาน เครื่องจักร เครื่องบิน เรือ แบบในการจดทะเบียนก็จะเป็นไปตามกฎหมายที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (Lex Situs) หรือหากเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ เช่น เครื่องบิน เรือ ก็มักทำตามแบบของกฎหมายสัญชาติของทรัพย์สินนั้น โดยพิจารณาจากธงประจำเครื่องบิน เรือ ปัญหาทางกฎหมายในเรื่องนี้ยังคงไม่ยุติ

3. กรณีเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Immovable) เช่น สิทธิในสัมปทาน หุ้น หลักทรัพย์ พันธบัตร สิทธิในสัญญาซึ่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ก็พิจารณากฎหมายที่เป็นภูมิลำเนาของลูกหนี้ที่สิทธิในทรัพย์สินนั้นได้โอน กฎหมายที่หลักประกันนั้นได้โอน กฎหมายที่เป็นภูมิลำเนาของผู้โอน มีรายละเอียดที่ต้องพิจารณาอีก*

ข้อพิจารณาตามกฎหมายไทย

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันตามกฎหมายไทยได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยการค้ำประกัน (ม.680-701 ป.พ.พ.) จำนอง (ม.702-746 ป.พ.พ.) จำน่า (ม.747-769 ป.พ.พ.)** สำหรับการค้ำประกันนั้นได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ตอน 4 ในการพิจารณาการใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันในเรื่อง จำนอง จำน่า ที่มีก็ต้องพิจารณาให้ใช้กฎหมายไทยเป็นหลักในการพิจารณา เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 16 วรรคแรก ของ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติว่า

* รายละเอียดดู Wood 1980:331-342

** มาตราที่กล่าวในส่วนนี้ วันแต่ละกำหนดไว้ เป็นอย่างอื่น ให้หมายความถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

"ให้ใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์ และ
อสังหาริมทรัพย์"

ส่วนเรื่องแบบของสัญญาถูกต้อง เป็นไปตามมาตรา 9 วรรค 2 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่อง
แบบเป็นพิเศษ ส่วนสิทธิเรียกร้องซึ่งการจำนำ จำนอง เป็นประกันอยู่นั้น ย่อมอยู่ใต้บังคับแห่ง
กฎหมายที่ใช้บังคับต่อผลของสัญญา (หยุด แล่งอุทัย 2482 : 280, 282)

ในล่วนนี้จะกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับหลักกฎหมายและคำพิพากษาฎีกาบางเรื่อง
อาจเกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศโดยย่อ โดยแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

1) จำนอง

1. สัญญาจำนองคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้
แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่
ผู้รับจำนอง (ม.702)
2. ทรัพย์สินที่จำนองได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนไว้
แล้วตามกฎหมาย เช่น เรือกำปั่น เรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ เรือยนต์ที่มีระวาง
5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ สังหาริมทรัพย์อื่นซึ่งกฎหมายหากบัญญัติให้จดทะเบียนเฉพาะการ
(ม.703) ดังนั้นทรัพย์สินที่อาจเกี่ยวข้องกับการจำนองในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศอาจ
ได้แก่ ที่ดิน อาคาร สิ่งปลูกสร้าง เครื่องบิน เรือ เครื่องจักร (ม.100)
3. ผู้ที่จำนองจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง (ม.705) แต่อาจจำนองเพื่อ
เป็นประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระได้ (ม.709)
4. ผู้จำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อน เจ้าหนี้สามัญ มีพัก
ต้องพิจารณาเห็นว่า กรรมสิทธิ์ได้โอนไปให้แก่บุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ (ม.702 วรรค 2) สิทธิ
ดังกล่าวเป็นสิทธิเหมือนเจ้าหนี้อุริมสิทธิ สำหรับเจ้าหนี้อุริมสิทธิกับเจ้าหนี้จำนองในหนี้รายเดียวกัน
นั้น เฉพาะเจ้าหนี้อุริมสิทธิในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์ (ม.275) บุริมสิทธิในมูลจำนองทำของบน
อสังหาริมทรัพย์ (ม.286) ที่ได้จดทะเบียนแล้วจึงจะมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้จำนอง แม้ว่าจะจด
ทะเบียนก่อนหรือหลัง เจ้าหนี้จำนองก็ตาม (ม.287) ในกรณีที่ เป็นบุริมสิทธิอื่นก็ต้องถือเอาลำดับที่
จดทะเบียน (ม.289, 730)

5. สัญญาจ้างต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (ม.715) หากไม่ทำตามแบบดังกล่าวก็ย่อมเป็นโมฆะกรรม (ม.115) สัญญาจ้างจะต้องระบุจำนวนเงินเป็นเงินไทยเป็นจำนวนแน่ตรงตัว หรือจำนวนขั้นสูงสุด (ม.708) โปรดพิจารณา คำพิพากษาฎีกา ที่ 1183/2521 คดีระหว่างบริษัทเกียรตินันทวัฒน์จำกัด โจทก์ นายอุดม ชื่นชม จำเลย ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยสัญญาจะจ้างองที่ดินเป็นประกัน การที่คนภายนอกจะซื้อน้ำมันจากโจทก์ โจทก์ขายน้ำมันไปก่อนจดทะเบียนจ้างอง จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบในการที่ไม่จดทะเบียนจ้างอง โจทก์เรียกค่าซื้อน้ำมันเชื่อเพลิงจากจำเลยไม่ได้

6. สำหรับการรับจ้างองที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ผู้รับจ้างองที่เป็นนิติบุคคลต่าง-ประเทศย่อมรับจ้างองได้โดยไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดิน เพราะมิได้มีการโอนกรรมสิทธิ์มาให้นิติบุคคลต่างประเทศ แต่พึงสังเกตว่าผู้รับจ้างองที่เป็นนิติบุคคลต่างประเทศไม่อาจจะเรียกเอาทรัพย์สินจ้างองหลุดตามมาตรา 729 ป.พ.พ. หรือรับโอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวเป็นการตีใช้หนี้ไม่ได้ เพราะจะทำให้นิติบุคคลต่างตัวนั้นเข้าถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างอันเป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดิน นิติบุคคลต่างประเทศที่เป็นผู้รับจ้างองคงทวงได้ก็โดยการฟ้องบังคับคดีให้ยึดทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้ (ม.728) แต่ในกรณีที่เป็นผู้ให้กู้ต่างประเทศที่มีสาขา เป็นธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยให้กู้ยืมโดยรับจ้างองที่ดินดังกล่าว และธนาคารดังกล่าวได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในประเทศไทยโดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์บัญญัติให้ธนาคารอาจซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีที่ได้มาจากการชำระหนี้ หรือจากการประกันให้สินเชื่อ หรือจากการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จ้างองไว้กับธนาคารตามมาตรา 12 (4) ของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ดังนั้นธนาคารต่างประเทศย่อมมีสิทธิรับโอนที่ดินชำระหนี้จ้างองได้ แต่ต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้มาในกรณีนี้ภายใน 5 ปี นับแต่วันจดทะเบียนรับโอนตามเงื่อนไขแห่งบทบัญญัติมาตรา 12 ตรี *

* หนังสือตอบข้อหารือผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรี เรื่องธนาคารเฮลล์แมนฮัตตัน สัญชาติอเมริกัน ขอรับโอนที่ดินเพื่อชำระหนี้จ้างอง ที่ มท. 0612/15557 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 2522 (วารสารที่ดิน ปีที่ 26 ฉบับพิเศษ : 2523 : 60-61)

7. มีปัญหาว่าการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นประกันการกู้ยืมเงินของผู้ให้กู้ หรือผู้รับจำนองที่เป็นนิติบุคคลต่างประเทศจะถือหรือไม่ว่า เป็นการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจดังกล่าว แต่ถ้าหากดำเนินการโดยไม่มีใบอนุญาตแล้วก็อาจจะมีความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 ได้ และอาจจะส่งผลให้การรับจำนองดังกล่าวเป็นโมฆะกรรม เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมาย ม.4 ของ พ.ร.บ.ดังกล่าวบัญญัติว่า

"กิจการ เครดิตฟองซิเออร์หมายความว่า กิจการให้กู้ยืมเงินโดยวิธีรับจำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำปกติ"

เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับจำนอง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงการคลัง ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาลูขแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ว่า การรับจำนองในการให้กู้ยืมเงินถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายโดยประกอบกิจการมิได้รับอนุญาต บริษัทโจทก์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการรับจำนองได้ ขอให้พิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2481 คดีระหว่างบริษัท แลนด์เดอส์ รามากานต์จำกัด โจทก์ หลวงสารสิน ทะเบียนสิทธิ กับพวก จำเลย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า

"เมื่อพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายฯ พ.ศ. 2471 มิได้ให้วิเคราะห้ศัพท์เครดิตฟองซิเออร์ไว้ว่าคืออะไร เช่นนี้ คำลี้ก็ฟังอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณา เครดิตฟองซิเออร์เป็นกิจการที่เกิดขึ้นและรับรองโดยกฎหมายภาคพื้นยุโรป (Continental Law) ปรากฏว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งซึ่งให้เครดิตการกู้ยืมเงิน หรือประโยชน์อื่นในทำนองเดียวกัน โดยทั่วไปแก่บุคคลทุกชนิด ไม่จำเพาะแต่พวกชาวนาหรือกสิกร โดยมีอสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าจำต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์นั้นเองเสมอไป ข้อที่ต้อพิจารณาต่อไปนี้ว่า เพียงแก่การรับจำนองที่ดินเป็นเครดิตฟองซิเออร์เสมอไปหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่าสำหรับกฎหมายสยามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2471 เป็นพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายมีสาระสำคัญอยู่ที่ว่า การประกอบกิจการตามความในพระราชบัญญัตินี้ ถ้ากระทำเป็นการค้าแล้ว ย่อมกระทบกระเทือนถึงความปลอดภัยหรือผาลูขแห่งสาธารณชน จึงต้องมีการควบคุม

บริษัทโจทก์มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์อยู่ จึง เป็นกิจการค้า และข้อพิพาทในคดีนี้ก็ เป็น เรื่อง เกี่ยวกับที่บริษัทโจทก์รับจำนองที่ดินไว้โดยประโยชน์ในทางการเงิน (Credit) ฉะนั้นกิจการของบริษัทโจทก์จึง เป็น เครดิตฟองซีเออร์ หรือกิจการอันมีสภาพคล้ายคลึงกัน จำต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาล ตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือทำลายแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 เมื่อบริษัทโจทก์ฝ่าฝืนกฎหมายโดยประกอบกิจการไม่ได้รับอนุญาตดังนี้ บริษัทโจทก์ย่อมไม่มีอำนาจทำการรับจำนองและรับโอนที่ดินรายพิพาท"

แม้คำพิพากษาฉบับนี้จะ เป็นคำพิพากษาซึ่งมีก่อน พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซีเออร์ พ.ศ. 2522 ก็ตาม ก็ เป็นสิ่งที่ละมองข้ามเสียมิได้ เพราะหลักกฎหมายเกี่ยวกับกิจการเครดิตฟองซีเออร์นั้น ก็ น่าจะถือว่าเป็นหลักอันเดียวกัน ในคำพิพากษาคดีดังกล่าวศาลพิจารณาเห็นว่า เนื่องจากบริษัทโจทก์มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์อยู่ จึงถือว่าเป็นการค้า ข้อพิจารณาตาม พ.ร.บ.ฉบับปัจจุบันนี้ต้องพิจารณาว่าการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์แค่นั้นเพียงไร จึงจะถือว่าเป็นทางค้าปกติ

ในทางปฏิบัติในกรณีผู้รับจำนอง เป็นนิติบุคคลต่างประเทศ กรมที่ดินจะพิจารณายอมรับจดทะเบียนจำนองให้ หากผู้รับจำนองมีหนังสือยืนยันจากกระทรวงการคลังว่า การรับจำนองเพื่อเป็นประกันหนี้เงินกู้ดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซีเออร์ที่จะต้องได้รับอนุญาต แต่ก็มีได้หมายความว่า การที่กรมที่ดิน ยินยอมให้มีการจดทะเบียนการจำนองนั้น ทำให้การจดทะเบียนล้มบรรณไม่ เพราะหากเกิดมีประเด็นข้อพิพาทขึ้นมาสู่การพิจารณาคดีของศาล และมีการกล่าวอ้างว่าการจำนองเป็นโมฆะกรรมเนื่องจากไม่ได้รับอนุญาต ก็เป็นข้อที่น่าพิจารณาว่าศาลไทยจะเห็นด้วยหรือไม่เพียงไร เพราะหลักการในการพิจารณาว่ากิจการใดเป็นการรับจำนองในทางการค้าปกติ เป็นเรื่องที่ศาลมีดุลพินิจในการตีความได้กว้างขวางมาก การรับจำนอง 1 ครั้ง หรือ 2 ครั้ง หรือ 3 ครั้ง หรือหลาย ๆ ครั้ง ถือว่าเป็นการประกอบการค้าหรือไม่ หากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาฎีกาฉบับดังกล่าวข้างต้น การรับจำนองอสังหาริมทรัพย์ที่ถือว่าเป็นการค่านั้น เป็นกรณีของบริษัทโจทก์มีวัตถุประสงค์ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าเป็นการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซีเออร์

ปัญหาว่าในกรณีที่บริษัทหรือผู้ให้กู้ต่างประเทศเข้ามาทำการรับจำนองในประเทศไทยและกิจการของบริษัทของผู้ให้กู้ดังกล่าว ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างประเทศมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวอยู่ จะถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์หรือไม่ ปัญหานี้ยังมิเคยมีคำพิพากษาตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐาน แต่อย่างไรก็ดี ถ้าหากเทียบเคียงเอาตามนัยคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามหนังสือที่ 0603/1475 ลงวันที่ 30 ตุลาคม 2521 ที่วินิจฉัยว่า การที่ผู้ให้กู้ต่างประเทศที่เข้ามาลงนามสัญญากู้ยืมเงิน การส่งมอบและมีการบังคับตามสัญญากู้ยืมเงินนั้นไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจในประเทศไทย การรับจำนองดังกล่าวก็อาจจะถือได้ว่ามิได้อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 แต่ประการใด ดังนั้นปัญหาเกี่ยวกับการรับจำนองโดยมิได้รับอนุญาตจากธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ จึงไม่เกิดขึ้น

ผู้วิจัยเห็นว่า ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องคือกระทรวงการคลัง ธนาคารแห่งประเทศไทย และกรมที่ดิน ควรจะมีการชี้แจงและขจัดข้อปัญหาดังกล่าวให้ชัดเจน เพราะหากยังคงเป็นปัญหาอยู่นี้อาจจะทำให้ผู้ให้กู้บางรายปฏิเสธการให้กู้ได้ เนื่องจากความไม่แน่นอนของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นการให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing)

8. การจดทะเบียนจำนองที่ดินนั้นต้องจดทะเบียนที่กรมที่ดิน หรือสำนักงานที่ดินจังหวัดที่ดินตั้งอยู่ ส่วนการจดทะเบียนจำนอง เฉพาะอาคารสิ่งปลูกสร้างในกรณีที่เป็นคนละเจ้าของกับที่ดินก็ต้องไปจดทะเบียน ณ ที่ว่าการเขต หรืออำเภอที่อาคารนั้นตั้งอยู่ โดยจะต้องมีการประกาศ ณ อาคารและที่ทำการก่อน 30 วัน เพื่อให้มีการคัดค้านก่อนจะรับจดทะเบียนการแยกการจดทะเบียนนี้ก่อให้เกิดปัญหาการจดทะเบียนจำนองอาคาร และที่ดินแยกจากกันและเกิดปัญหาในการบังคับคดีได้ ผู้รับจำนองจะต้องตรวจสอบทั้งสองอย่างอันเป็นการ เสียเวลาและไม่แน่นอน การแก้ไขดังกล่าวคือการรวมการจดทะเบียนจำนองเข้าด้วยกัน โดยเฉพาะกรมที่ดินจะได้ไม่เกิดปัญหา สำหรับการจำนองมักจะตกลงในการจำนองครอบคลุมถึงอาคารที่ปลูกสร้างในขณะจำนอง และที่จะมีขึ้นในอนาคตด้วย เพื่อขจัดปัญหาข้อโต้แย้ง สำหรับอาคารที่ก่อสร้างในภายหลังการจดทะเบียนจำนอง (ดู ม.719)

9. ปกติการจำนองจะไม่ครอบคลุมถึงดอกผลของทรัพย์สินที่จำนอง เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้บอกกล่าวแก่ผู้จำนองว่า ตนจะมีการบังคับจำนอง (ม.721) ผู้วิสัยเห็นว่าหากจะมีการตกลงยกเว้นให้ผู้รับจำนองมีสิทธิในดอกผลได้ เพราะมาตรานี้ไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

10. การจำนองย่อมระงับตาม ม.744 โดยเฉพาะหากหนี้เงินกู้ระงับจำนองย่อมระงับด้วย ม.744 (1) แม้ในกรณีที่หนี้เงินกู้ขาดอายุความ ผู้รับจำนองก็ยังบังคับจำนองได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระเกินกว่า 5 ปีไม่ได้ (ม.745)

11. การตกลงให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือให้จัดการทรัพย์สินนั้นก่อนเวลาหนี้ถึงกำหนด นอกเหนือจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนองย่อมไม่สมบูรณ์ตาม ม.711 ความไม่สมบูรณ์ตาม ม.711 นี้ มีผลเพียงทำให้ข้อตกลงนั้นไม่สมบูรณ์ ไม่ได้ทำให้สัญญาจำนองดังกล่าวเสียไปทั้งฉบับ เพราะ ม.135 กำหนดให้ส่วนที่สมบูรณ์แยกออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้ ในกรณีสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่กรณีเจตนาเช่นนั้น ในสัญญาจำนองย่อมสันนิษฐานได้ว่าคู่สัญญามีเจตนาในสัญญาจำนองส่วนที่สมบูรณ์ไว้ได้อยู่ ดังนั้นจึงถือเสมือนว่าไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น (ประเสริฐ ตัญญี 2521 : 73)

12. สำหรับการจำนองเครื่องจักร เครื่องบิน เรือ ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ เช่น พ.ร.บ.จดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เป็นต้น ผลทางกฎหมายก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

13. การบังคับจำนอง ผู้รับจำนองต้องมีเจตนาบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดในคำบอกกล่าวนั้นเสียก่อน จึงจะบังคับจำนองได้ (ม.728 ป.พ.พ.) เกี่ยวกับคำบอกกล่าวในการการบังคับจำนองนี้มีคำพิพากษาคำลฎีกาล่องฉบับที่ควรจะได้พิจารณาถึงคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1752/2520 คดีระหว่าง บริษัทไทยสมุทรประกันภัยจำกัด โฉกกับ นายกิตติ รุ่งนภา จำเลย วิจัยด้วยว่า "โฉกก็บอกกล่าวบังคับจำนองทางไปรษณีย์ลงทะเบียนไปยังบ้านเลขที่อันเป็นภูมิลำเนาของผู้จำนองมีบุคคลลงชื่อรับแทนก็เป็นการส่งตามทางการ ถือว่าจำเลยทราบคำบอกกล่าวแล้ว"



คำพิพากษาฎีกาที่ 374-375/2523 คดีระหว่าง บริษัทธนาคารกรุงเทพจำกัด
โจทก์ นายชัยภักดิ์ ตีลิมโชค จำเลย วินิจฉัยว่า "หนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองส่งทางไปรษณีย์
ถึงผู้จำนอง ณ ภูมิลำเนา แต่ผู้รับไม่ยอมรับแสดงว่ามีผู้รับแต่ไม่ยอมรับแทน เป็นการหลีกเลี่ยงไม่
ยอมรับคำบอกกล่าวโฆษณาทางหนังสือพิมพ์ จะแพร่หลายหรือไม่สำคัญ ถือเป็นการมีเจตนา
บอกกล่าวบังคับจำนอง ตาม ม.728 แล้ว"

คำพิพากษา 2 ฉบับข้างต้นนี้ อาจถือเป็นแนวทางในการที่จะกำหนดไว้ในข้อ
สัญญา เกี่ยวกับการส่งคำบอกกล่าวบังคับจำนองในกรณีที่ผู้กู้กับผู้รับจำนอง เป็นรายเดียวกัน หรือระบุ
ไว้ในสัญญาจำนอง

14. กรณีหากมีการแปลงหนี้ใหม่คู่สัญญาก็ควรจะต้องตกลงในการ โอนสิทธิการจำนำ
จำนองด้วยตาม ม.352 ป.พ.พ. เพราะมิเช่นนั้นอาจทำให้การจำนองจำนำระงับได้ เช่นการ
เปลี่ยนตัวเจ้าหนี้เงินกู้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1949/2516 คดีระหว่างธนาคารกรุงเทพ จำกัด
โจทก์ นายอนันต์ กฤตยากรณ์ จำเลย) แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงาน
เจ้าหน้าที่ ฉะนั้นห้ามมิให้ยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก (ม.746)

15. สัญญาจำนองปกติไม่ต้องติดอากรแสตมป์ แต่หากจะถือว่าสัญญาจำนองเป็น
หลักฐานการกู้ยืมเงินแล้ว ก็ต้องติดอากรแบบตราสารการกู้ยืมเงิน คือติดอากร 1 บาท ต่อ
2,000 บาท หรือเศษของ 2,000 บาท แห่งยอดเงินกู้ (ตราสารลำดับ 5 บัญชีอัตราอากร
แสตมป์ ท้ายประมวลรัษฎากร)

2) จำนำ

1. สัญญาจำนำคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์
สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ (ม.747)
การจำนำหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ อาจเป็นการจำนำหุ้น ตัวเงิน
สินค้า สิทธิต่าง ๆ ที่มีตราสาร

2. การจำนำคู่สัญญาตกลงให้บุคคลภายนอกรักษาทรัพย์สินไว้ได้ (ม.749) ใน
กรณีที่ไม่มี การส่งมอบ โดยให้ผู้จำนำครอบครองทรัพย์สินอยู่เช่นนี้การจำนำไม่สมบูรณ์

3. การจำหน่ายสิทธิซึ่งมีตราสาร เช่น ใบตราส่งแทนสินค้าระหว่างขนส่ง (ม.613, 614) ใบประทวนสินค้าแทนของฝากในคลังสินค้า (ม.775) ก็ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ คือ ต้องส่งมอบตราสารนั้นและต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือแจ้งการจำหน่ายแก่ลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วย มิเช่นนั้นเป็นโมฆะกรรม (ม.750)

4. การจำหน่ายตราสารชนิดที่ออกให้บุคคลเพื่อเขาสั่ง หรือออกให้แก่บุคคลโดยนาม เช่น ตัวเงินก็ต้องทำตามแบบคือหากเป็นตราสารที่ออกให้บุคคลเพื่อเขาสั่ง ก็ห้ามมิให้ยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้สลักหลังในตราสารให้ปรากฏการจำหน่ายนั้น (ม.751) หากเป็นตราสารที่ออกให้แก่บุคคลโดยนาม ก็ต้องจดข้อความการจำหน่ายให้แก่ลูกหนี้ในตราสาร และต้องบอกกล่าวการจำหน่ายให้แก่ลูกหนี้ในตราสาร มิเช่นนั้นจะยกเป็นข้อต่อสู้หนี้แห่งตราสารหรือบุคคลภายนอกไม่ได้ (ม.752)

5. การจำหน่ายใบหุ้นห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บริษัท บุคคลภายนอกหากมิได้จดทะเบียนการจำหน่ายไว้ในสมุดของบริษัท ตามบทบัญญัติว่าด้วย การโอนหุ้น (ม.753)

6. การจำหน่ายสิทธิ ในกรณีสิทธินั้นถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ประกัน ถ้ากรณีเป็นการส่งมอบทรัพย์สิน ผู้จำหน่ายต้องส่งมอบทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นกลายเป็นของจำหน่ายแทนสิทธิซึ่งจำหน่าย (ม.754 วรรค 1) แต่ในกรณีสิทธิที่จำหน่ายเป็นการชำระหนี้ ก็ให้ใช้เงินแก่ผู้จำหน่ายและผู้รับจำหน่ายร่วมกัน หากตกลงกันไม่ได้ให้วางเงินจำนวนนั้น ณ สำนักงานฝากทรัพย์เพื่อผลประโยชน์อันร่วมกัน (ม.754 วรรค 2) เรื่องการจำหน่ายสิทธิที่มีข้อย่นาคิดจากคำพิพากษาฎีกา 611/2522 คดีระหว่าง นายเจริญ ศรีสมบูรณ์ณานนท์ โจทก์ ธนาคารกรุงศรีอยุธยา ผู้ร้อง บริษัทธเนศพรจำกัด กับพวก จำเลย คำวินิจฉัยว่า "เงินฝากประจำในธนาคารตกเป็นกรรมสิทธิ์ของธนาคาร ข้อตกลงให้เงินฝากกับใบรับฝากที่มอบแก่ธนาคาร เป็นประกันหนี้ที่ธนาคารค้าประกันผู้ฝากเงินต่อคนภายนอกไม่ทำให้เงินฝากตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฝากที่จะมอบให้เป็นจำนำแก่ธนาคาร"

มีปัญหาว่าหากเป็นการจำหน่ายสิทธิที่จะรับเงินฝาก โดยใช้ใบรับฝากเงิน หรือบัญชีเงินฝากเป็นตราสาร จะถือว่าเป็นการจำหน่ายสิทธิได้หรือไม่ ก็ยังเป็นโต้แย้งกันหลายความเห็น และไม่มีบรรทัดฐานจากคำลฎีกา โดยตรงแต่อย่างใด

มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า จำน่าได้โดยถือว่าเป็นการ จำน่าสิทธิที่จะได้รับเงินฝากจากธนาคารได้ตาม ม.747 (ไพจิตร บุญพันธ์ 2522 : 179) แต่มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า จำน่าไม่ได้ เพราะไม่สามารถส่งมอบได้เพราะถือสิทธิดังกล่าวเป็นเพียงสิทธิเรียกร้อง (สถิตย์ เล็งไธสงค์ 2522 : 31-33)

7. การตกลงก่อนที่หนี้ถึงกำหนดชำระว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนำเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนำ หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สิน นอกเหนือจากการบังคับจำนำนั้นไม่สมบูรณ์ (ม.756)

8. เว้นแต่สัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่มิติดอกผลดินนึ่งยกเงยจากทรัพย์สินที่จำนำ ผู้รับจำนำมีสิทธิจัดสรรใช้เป็นค่าดอกเบี้ยอันค้างชำระแก่ตน ถ้ามิติดอกเบี้ยค้างชำระให้จัดสรรใช้ต้นเงินแห่งหนี้อันได้จำนำทรัพย์สินเป็นประกันนั้น (ม.761)

9. การบังคับจำนำก็ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนและหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามผู้รับจำนำ ก็เอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล (ม.764) ซึ่งต่างกับการบังคับจำนอง

10. มีข้อสังเกตว่าการทำสัญญาจำนำในกรณีที่จะให้ผู้จำนำ (หลายคน) เข้ารับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ประธานหรือหนี้เงินกู้ตาม ม.291 สัญญาจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าจะให้รับผิดชอบหนี้ร่วมกับใคร เพราะมิเช่นนั้น ศาลจะถือว่าการ เป็นลูกหนี้ร่วมเป็นการ เป็นลูกหนี้ร่วมในระหว่างผู้จำนำด้วยกันเองเท่านั้น (ดูคำพิพากษาฎีกา 875/2523 คดีระหว่างบริษัทบางกอก โนมูระอินเตอร์เนชั่นแนลซีเคียวริตี้ โลกทัก ห้างหุ้นส่วนจำกัดอุดมทรัพย์การลงทุนกับพวก จำเลย)

11. สัญญาจำนำต้องติดอากรแสตมป์ 1 บาท ทุกจำนวนหนี้ 2,000 บาท หรือเศษของ 2,000 บาท ในกรณีการจำนำไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ก็ติดอากรแสตมป์ 1 บาท แต่หากสัญญาติดอากรแสตมป์แล้ว สัญญาจำนำก็ได้รับยกเว้นไม่ต้องติดอากรแสตมป์ (บัญชีอัตราอากรแสตมป์ ลักษณะตราสารลำดับ 18 ประมวลรัษฎากร)

3) ตัวแทนหลักประกัน (Security Agent)

ในบางกรณีที่เป็นกรให้กู้ร่วม โดยมีผู้ให้กู้หลายรายสำหรับการให้กู้เงินตามโครงการ (Project Financing) อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับวิธีการจดทะเบียนหลักประกันที่ต้องมีคู่สัญญาเกี่ยวข้องและกระบวนการจัดทำเอกสารที่ยุ่งยาก จึงมีแนวความคิดให้มีกลุ่มนิติบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนหลักประกัน ทำหน้าที่เป็นผู้รับประกันและเป็นผู้สัญญากับเจ้าของหลักประกันหรือลูกหนี้ โดยรับจ้าง จ้างนายทนายสินที่เป็นหลักประกัน และดำเนินการบังคับคดีในประเทศไทยหากจะมีการดำเนินการโดยมีตัวแทนหลักประกันนี้ การพิจารณาก็ต้องพิจารณาถึงกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว (ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281) ว่านิติบุคคลต่างด้าวนั้นจะสามารถประกอบกิจการได้หรือไม่ เพราะกิจการตัวแทนนั้นเป็นกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบโดยเด็ดขาด วันแต่จะมีสนธิสัญญาหรือกฎหมายยกเว้น* ในปัจจุบันก็มีเพียงนิติบุคคลสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่อาจอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างสหรัฐอเมริกากับราชอาณาจักรไทยประกอบกิจการดังกล่าวได้ แต่การดำเนินการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลทางภาษีและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้วิจัยจะไม่กล่าวถึง แต่การที่จะให้มีตัวแทนหลักประกันนี้ การจ้าง จ้าง ตัวแทนหลักประกันจะต้องมีมูลหนี้อันใดอันหนึ่งกับลูกหนี้หรือเจ้าของทรัพย์สินที่จะนำมา เป็นประกัน เช่น ตนอาจเข้าทำสัญญาค้ำประกันกับผู้ให้กู้แทนผู้กู้และเพื่อเป็นการตอบแทนลูกหนี้ก็มอบหลักประกันแก่ตัวแทนหลักประกัน มิฉะนั้นแล้วการจ้างหรือจ้างนั้นอาจไม่มีผล เพราะไม่มีมูลหนี้ต่อกัน ในเรื่องนี้ขอให้พิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 817/2521 คดีระหว่างบริษัทจุฬาลงกรณ์ จำกัด กับพวก โจทก์ นายโชคชัย บุณกุล กับพวก จำเลย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ผู้รับจ้างต้อง เป็นเจ้าหนี้ในมูลหนี้อันใดอันหนึ่งตาม ม.702 แต่ผู้จ้างอาจไม่ใช่ตัวลูกหนี้ได้ ตาม ม.709

จำเลยที่ 1 กู้เงินโจทก์ที่ 1 จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 จ้างของที่ดินแก่โจทก์ที่ 2 ซึ่งไม่ใช่เจ้าหนี้จำนองจึงบังคับแก่นี้ที่จำเลยที่ 1 กู้โจทก์ที่ 1 ไม่ได้ "

* ดูข้อ 3 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

4) เลตเตอร์ออฟเครดิตและทรัสต์รีซีพ*

ในการให้กู้เงินตามโครงการมักจะมีการนำสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่จะผลิตได้มาเป็นประกันแก่เจ้าหนี้ เช่น การก่อตั้งทรัสต์รีซีพของสินค้าอันถือเป็นการก่อตั้งทรัสต์รีซีพตามกฎหมาย โดยโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าแก่ธนาคาร (คำพิพากษาฎีกาที่ 6/2517 คดีระหว่าง บริษัทโทรซีเอ็มมอเตอร์ (ประเทศไทย) จำกัด โจทก์ ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด ผู้ร้อง บริษัทเครื่องทุ่นแรง จำกัด จำเลย) การจำนำสิทธิตามเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นต้น อันเป็นเรื่องที่จะต้องศึกษากันรายละเอียดต่างหากนอกจากวิทยานิพนธ์นี้

มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจที่สมควรกล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์นี้ คือคำพิพากษาที่ 1150/2524 คดีระหว่าง ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด โจทก์ บริษัทมีเนอร์ว่าอินดัสตรี (ประเทศไทย) จำกัด กับพวก จำเลย ธนาคารกรุงไทย จำกัด ผู้ร้อง วินิจฉัยว่า ผู้ร้องครอบครองเครื่องจักรอยู่แล้วโดยการจำนำตามเลตเตอร์ออฟเครดิต จำเลยทำสัญญาทรัสต์รีซีพไว้กับธนาคารผู้ร้อง กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์โอนไปยังผู้ร้องได้ด้วยการแสดงเจตนา จำเลยจำหน่ายได้โดยจดทะเบียนจำนองตาม พ.ร.บ.จดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ก่อน กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรยังเป็นของผู้ร้องอยู่ตามสัญญาทรัสต์รีซีพซึ่งจำเลยทำไว้กับผู้ร้อง โจทก์ไม่มีสิทธินำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดเครื่องจักรพิพาท**

* ผู้สนใจดูรายละเอียดใน สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ 2526 : 56-72

** ตามแนวคำพิพากษาคำลฎีกาไทยเห็นว่าบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สินค้าตามสัญญาขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตคือ ลูกค้าและบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามใบรับสินค้าเชื่อต่อธนาคารซึ่งต่างกับศาลอังกฤษที่ถือว่า ลูกค้าคือเจ้าของสินค้าทั้ง 2 กรณี ทั้งนี้การที่ศาลไทยตีความก็เพื่อแก้ไขปัญหาตามข้อเท็จจริงอันเนื่องมาจาก ม.1686 ป.พ.พ. ที่ห้ามการค้าทรัสต์ แม้คำวินิจฉัยจะมุ่งคุ้มครองธนาคารมากเกินไป เพราะเป็นการทำให้ธนาคารมีฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้าและเงินที่ขายสินค้าได้ แต่ธนาคารก็ต้องส่งเงินที่ขายหรือเงินที่เหลือที่หักหนี้ที่ลูกค้า เป็นหนี้ตามสัญญาขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและทรัสต์รีซีพคืนให้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 2157/2524) (สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ 2526 : 71-72)

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิปิดหนังสือ และบุริมสิทธิตามกฎหมายไทย

ในการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศนี้ ผู้ให้กู้ก็ต้องทราบถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิปิดหนังสือ และบุริมสิทธิ เพราะตนในฐานะเจ้าหนี้จะต้องดูว่าตนมีสิทธิปิดหนังสือหรือบุริมสิทธิเพียงไร การศึกษา ก็ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องสิทธิปิดหนังสือตามมาตรา 251-250, และบุริมสิทธิตามมาตรา 251-288 และวิธีการขอรับชำระหนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งและกฎหมายล้มละลาย แต่วิทยานิพนธ์นี้จะไม่กล่าวถึง เพราะเป็นการนอกขอบเขต การวิจัย