

บทที่ 3

กฎหมายการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้เขียนจะศึกษาหลักประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายต่างประเทศ โดยเริ่มตั้งแต่กฎหมายโรมัน เนื่องจากระบบกฎหมายโรมันเป็นแม่แบบของกฎหมายในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย¹ และศึกษากฎหมายของประเทศอื่นๆ ที่สำคัญ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศฝรั่งเศส ที่ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยหลักประกันของประเทศเหล่านี้ได้พัฒนาไปมากแล้ว สมควรที่ประเทศไทยจะนำมาเป็นแบบอย่าง ในการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยหลักประกันให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม ที่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เพื่อให้กฎหมายทันสมัย ทัดเทียมกับนานาประเทศ ให้มีผลบังคับใช้ได้ อย่างแท้จริง เป็นตัวส่งเสริมและกระตุ้น การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

3.1 ประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

แนวความคิดในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ถู้อตามกฎหมายโรมันที่ว่า เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ต้องมีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา โดยเจ้าหนี้และผู้รับหนี้มีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ผู้รับหนี้ปฏิบัติตามสัญญา ในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) จะยอมรับการจ้างอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากการจ้างอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จ้างและผู้รับจ้างไม่ต้องกังวล ในกรณีที่ผู้จ้างจะก่อให้เกิดภาระผูกพันอื่นๆ ขึ้นในทรัพย์สินที่จ้างนั้น เพราะทรัพย์สินที่รับจ้างนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์เคลื่อนที่ไม่ได้ และผู้รับจ้างก็มีบุริมสิทธิตามกฎหมายในระดับหนึ่ง ในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส โปรตุเกส ออสเตรีย เนเธอร์แลนด์ สเปน สวิต บราซิล ได้หวัน เกาหลีใต้ อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น ไทย เป็นต้น

¹ประจุม โลมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541) หน้า14.

1. โรมัน

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ในสมัยโรมัน แบ่งออกเป็น 4 ประเภทคือ

1) การฝากทรัพย์สิน/การรักษาทรัพย์สิน (fiducia)² แบบส่งมอบทรัพย์สิน

ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ไม่มีการกล่าวถึงการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน มีเพียงการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำผิด เกี่ยวกับการรับฝากทรัพย์สิน ลักษณะเป็นการฝากทรัพย์สินเพื่อให้ทรัพย์สินนั้น พันภัยอันตราย การฝากทรัพย์สินแต่ละครั้งต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จะฝาก ให้กับผู้รับฝากทรัพย์สิน ผู้รับฝากทรัพย์สินกลายเป็นเจ้าของทรัพย์สินและสามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ โดยมีข้อตกลงว่าเมื่อไม่มีภัยอันตรายแล้ว ผู้รับฝากต้องโอนกรรมสิทธิ์และมอบทรัพย์สินนั้นคืนให้แก่ผู้ฝากทรัพย์สิน หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ทรัพย์สินที่ฝากนั้นจะเป็นของเจ้าหนี้โดยสมบูรณ์ โดยเจ้าหนี้ไม่ต้องดำเนินการใดๆ เนื่องจากกรรมสิทธิ์และการครอบครองตกแก่ผู้รับฝากทรัพย์สินตั้งแต่เริ่มแรกแล้ว การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินวิธีนี้เรียกว่า *mancipatio cum fiducia*³ หรือ *fiducia*

2) การฝากทรัพย์สิน / การรักษาทรัพย์สิน (fiducia)⁴ แบบไม่ส่งมอบทรัพย์สิน

วิธีนี้ มีชื่อเรียกเป็นภาษาโรมันว่า *fiducia* เหมือนกับกรณีแรก คือมีการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ต่างกันตรงที่ กรณีนี้ลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ยังครอบครองทรัพย์สินอยู่โดยการเช่าจากเจ้าหนี้หรือได้รับอนุญาตจากเจ้าหนี้ อีกทอดหนึ่ง เรียกว่า *possession in precario* โดยมีข้อตกลงว่าเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้กับลูกหนี้หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ทรัพย์สินนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้อย่างสมบูรณ์ และลูกหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้

3) การจำนำ (pignus)

การจำนำ (pignus) เป็นสัญญาสุจริต (*bonae fidei*) สองฝ่ายและเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (*res corporalis*) ให้แก่ผู้ให้ยืมเงิน (*pignerator*) เป็นประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้ยืมได้ครอบครองทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย การจำนำ (pignus) แบบนี้เป็นส่งมอบการครอบครองแต่ไม่โอนกรรมสิทธิ์

²Goebel J. Roger, *Reconstructing the Roman law of real security*, Tulane Law Review 36 (1967), p.29.

³ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 197.

⁴Goebel J. Roger, *Reconstructing the Roman law of real security*, p.38.

การจำนำ (pignus) พัฒนามาจากการรักษาทรัพย์สิน (fiducia) หรือเรียกว่ากรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน (dominium fiduciarium) ที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สิน ต้องทำแบบพิธีการคือการยกทรัพย์สินต่อหน้าไฟรตอร์ (mancipatio) จึงไม่คล่องตัว แต่การจำนำ (pignus) เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการรักษาทรัพย์สิน (fiducia) การส่งมอบทำแบบง่ายๆ โดยหยิบยื่นให้ (traditio) ผู้ยืมเงินยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และสละการครอบครองให้เจ้าของเงินเท่านั้น มีวิธีการที่ง่ายที่สุด แพร่หลายมากที่สุด จึงเป็นการประกันหนี้ที่สำคัญที่สุด มาจนถึงปัจจุบัน⁵

หน้าที่ของผู้รับจำนำและผู้จำนำ

- 1) หน้าที่ของผู้รับจำนำ ดังนี้⁶
 - (1) ทำให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่สภาพเดิมเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้แล้ว
 - (2) หากทรัพย์สินที่จำนำถูกขายต้องทำให้ส่วนที่เหลือกลับคืนสู่สภาพเดิม
 - (3) ต้องดูแลการเก็บเกี่ยวด้วยความระมัดระวัง (extra diligentia) ถ้ามีดอกผลต้องต้องเก็บเกี่ยวดอกผลนั้น นำมาชำระดอกเบี้ยก่อนจึงนำมาชำระเงินต้น หรืออาจตกลงให้เก็บดอกผลแทนดอกเบี้ยก็ได้
 - (4) เจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้นไม่ได้ เว้นแต่ข้อสัญญาจะยอมให้ใช้ได้ หากเจ้าหนี้นำไปใช้โดยไม่สุจริตมีความผิดตามกฎหมาย
- 2) หน้าที่ของผู้จำนำ ดังนี้
 - (1) จ่ายค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่เจ้าหนี้ได้จ่ายไปแล้ว เพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินจำนำ
 - (2) ค่าชดเชยค่าเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ จากการกระทำของทรัพย์สินที่จำนำ เช่น ทาสขโมยของ
 - (3) จ่ายค่าเสียหายหากทรัพย์สินที่จำนำไม่ใช่ของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสียหลักประกัน

⁵ ประชุม โจนฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, หน้า 197.

⁶ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 23.

4) การจำนอง (hypotheca)

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินลักษณะจำนอง (hypotheca) พัฒนามาจากเกษตรกรชาวโรมัน เมื่อเกษตรกรต้องการกู้ยืมเงิน จะนำทรัพย์สินที่เป็นสิ่งของและอุปกรณ์การทำการเกษตรมาเป็นหลักประกัน แต่การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินลักษณะจำนำ (pignus) ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกัน ทำให้เกษตรกรไม่สามารถทำการเกษตรกรรมต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดินเพื่อทำการเกษตรกรรม ผู้เช่าที่ดินจะต้องนำสิ่งของและอุปกรณ์ที่ใช้ในการเกษตรเป็นหลักประกันค่าเช่าที่ดิน แต่เกษตรกรมีความจำเป็นต้องใช้สิ่งของและอุปกรณ์เพื่อทำการเกษตรเจ้าของที่ดินจึงยินยอมให้สิ่งของและอุปกรณ์ตกไปอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้อีกครั้งโดยการให้เช่าสิ่งของและอุปกรณ์ (possession by lease in precario) กรรมสิทธิ์เป็นของลูกหนี้และไม่ส่งมอบการครอบครอง

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินลักษณะจำนอง (hypotheca) ได้รับความนิยม เนื่องจากลูกหนี้ไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองต่อไปตามเดิม นำไปใช้และหาประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงจะมีบังคับหลักประกันนั้น ถูกพัฒนามาใช้กับที่ดินและสังหาริมทรัพย์

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินลักษณะจำนอง (hypotheca) คือเจ้าหนี้รายใดจำนอง (hypotheca) ขึ้นก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ที่จำนอง (hypotheca) ภายหลัง⁷ บุริมสิทธิ์ของเจ้าหนี้จะเป็นไปตามหลักก่อนหลังในการจำนอง (hypotheca) ลูกหนี้จึงมีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่เป็นเจ้าหนี้ของตนว่าได้มีการจำนอง (hypotheca) ขึ้นแล้วหรือไม่ การละเลยในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง โดยกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ต่อมาในสมัยจักรวรรดิโรมัน ได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีการจำนอง (hypotheca) โดยใช้วิธีการจดทะเบียน อย่างไรก็ตามไม่ทราบแน่ชัดว่ามีการจำนอง (hypotheca) ตั้งแต่เมื่อใด แต่พบหลักฐานว่ามีการจำนอง (hypotheca) มาตั้งแต่ปี 234-149 ก่อนคริสตกาล⁸

⁷ Andrew Borkwski, *Text Book on Roman Law*, (Oxford: Oxford University Press.2005), p. 290.

⁸ H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, Third Edition (Cambridge: Cambridge at the University Press. 1978), p.320.

การประกันนี้ด้วยทรัพย์สินของโรมันลักษณะจำนำ (pignus) ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ มีลักษณะเหมือนการจำนำของไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747⁹ และการประกันนี้ด้วยทรัพย์สินของโรมันลักษณะจำนอง (hypotheca) ที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์และไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ มีลักษณะเหมือนการจำนองของไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702¹⁰

ผู้เขียนมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 657 ว่าด้วยเรื่องสัญญาฝากทรัพย์สิน คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ฝาก ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับฝาก และผู้รับฝากตกลงว่าจะเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้ในอารักขาแห่งตนแล้วจะคืนให้ สัญญาฝากทรัพย์สินมีทั้งแบบมีบำเหน็จ¹¹ ชำระค่ารับฝากและแบบไม่มีบำเหน็จ¹² ผู้รับฝากชอบที่จะยึดหน่วงเอาทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นไว้ จนกว่าจะได้รับเงินที่ค้างชำระแก่ตนเกี่ยวกับการฝากทรัพย์สินนั้น¹³ ลักษณะเหมือนสิทธิยึดหน่วง¹⁴

สัญญาฝากทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ไม่มีลักษณะเหมือน สัญญาฝากทรัพย์สินของโรมัน (fiducia) เนื่องจากสัญญาฝากทรัพย์สินของประเทศไทยไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ และทรัพย์สินที่ฝากไม่ได้เป็นหลักประกัน ผู้รับฝากมีสิทธิเพียง ยึดหน่วงไว้จนกว่าจะได้รับบำเหน็จค่าฝากทรัพย์สินเท่านั้น สัญญาฝากทรัพย์สินของประเทศไทย จึงไม่ถือว่าเป็นการประกันนี้ด้วยทรัพย์สิน

⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 บัญญัติว่า “อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้”

¹⁰ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง”

¹¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 658

¹²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659

¹³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 670

¹⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 670

2. ประเทศฝรั่งเศส

1) ลักษณะสัญญาจำนองของประเทศฝรั่งเศส

การจำนองของประเทศฝรั่งเศส อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศฝรั่งเศส (French Civil Code) โดยทรัพย์สินที่อาจนำมาจำนองได้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ¹⁵

ก. อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการค้าและสิ่งติดพันกับตัวทรัพย์สินนั้น (immoveable goods which relate to the commerce and their appendages reputs)

ข. สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิที่ติดอยู่กับอสังหาริมทรัพย์นั้น (the usufruct of the same goods and appendages during the time of its)

สำหรับสังหาริมทรัพย์ ไม่อาจนำมาจำนองได้ เว้นแต่จำนองได้ตามกฎหมายอื่น ที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ เช่น การจำนองเรือเดินทะเล นอกจากนี้ทรัพย์สินในอนาคตไม่อาจนำมาจำนองได้

2) ประเภทของการจำนองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

ก. การจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)

ข. การจำนองตามคำพิพากษา (judicial mortgage)

ค. การจำนองตามสัญญา (conventional mortgage)

ก. การจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)

คือการจำนองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เป็นการจำนองที่ต้องทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (deed) โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage) จะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมาย การจำนองตามกฎหมาย รวมถึงต่อไปนี้

(1) สิทธิของภรรยา อยู่เหนือทรัพย์สินของสามี

(2) สิทธิของผู้เยาว์หรือผู้อยู่ในความปกครอง อยู่เหนือทรัพย์สินของดูแล

(3) สิทธิของชาติ สิทธิของสังคม สิทธิขององค์กรของรัฐ อยู่เหนือทรัพย์สิน ที่อยู่ภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานหรือผู้บริหารแผนในกรณีล้มละลาย

¹⁵ Napoleon Series, French Civil Code Book III

ข. การจำนองตามคำพิพากษา (judicial mortgage)

คือการจำนองที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล แต่คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ไม่มีผลบังคับให้มีการจำนอง เว้นแต่จะได้มีคำสั่งบังคับโดยศาล ส่วนคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ อาจก่อให้เกิดการจำนองได้ หากการบังคับคดีกระทำโดยคำสั่งศาลประเทศฝรั่งเศส

ค. การจำนองตามสัญญา (conventional mortgage)

คือการจำนองที่เกิดขึ้นโดยสัญญา ซึ่งเกิดจากที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันหรือให้ความยินยอม โดยผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมจำนองคือผู้ที่มีสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นตามเงื่อนไขนั้น โดยทรัพย์สินของผู้เยาว์หรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครองไม่สามารถนำมาจำนำหรือจำนองได้ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้โดยกฎหมายหรือกำหนดไว้โดยคำพิพากษา

การจำนองตามสัญญา (conventional mortgage) ต้องปฏิบัติตามแบบและวิธีที่กฎหมายกำหนด คือต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและจดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ที่สำนักงานรักษาสีทธิจำนอง (office for preserving the mortgages) ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ โดยทำต่อหน้าผู้รับรอง 2 คน หรือผู้รับรอง 1 คน และพยาน 2 คน และต้องไปจดทะเบียนการจำนองเพื่อเกิดความชัดเจนว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่จำนองประกันหนี้และสัญญาจำนองแบบนี้ไม่มีผลทางกฎหมาย หากมิได้กำหนดจำนวนเงินที่จำนองอย่างชัดเจน และเจ้าพนักงานจะมอบสำเนาเอกสารการจดทะเบียนการจำนองให้กับผู้ร้องขอเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐาน

สัญญาจำนองที่ทำขึ้นในต่างประเทศ จะไม่มีผลบังคับเป็นการจำนองทรัพย์สินในประเทศฝรั่งเศส เว้นแต่จะได้มีข้อกำหนดไว้ในสนธิสัญญา (Political Law) และการจำนองไม่ครอบคลุมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกัน

การจำนองทั้งสามแบบข้างต้นจะมีผลสมบูรณ์ทันที นับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่จดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนด โดยการจำนองที่ได้จดทะเบียนแล้วมีผลบังคับใช้ได้ 10 ปี นับแต่วันที่จดทะเบียน และจะสิ้นผลทันทีที่ครบกำหนดเวลา เว้นแต่มีการจดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนใหม่ ก่อนวันที่ครบกำหนด

3) การบังคับงานองของประเทศฝรั่งเศส

การบังคับคดีของประเทศฝรั่งเศส เจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นเอกชนผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในขณะเดียวกันเป็นผู้แทนของกลุ่มความด้วย ได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แต่มีความเป็นอิสระในการประกอบวิชาชีพ รัฐไม่ได้เข้ามาสนับสนุนงบประมาณ การปฏิบัติงานอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ มีอำนาจหน้าที่ในการยึดทรัพย์ การขายทอดตลาดทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ หน้าที่ในการขับไล่กรณีบุกรุก ตามสัญญาเช่า มีการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทน ในการเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดี ไว้อย่างชัดเจน เจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับการคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน เว้นแต่ความผิดต่อไปนี้

- (1) ความผิดทางแพ่ง ที่เกิดจากประมาทเลินเล่อทางแพ่ง หรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่
- (2) ความผิดทางอาญา ฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ประมาททางอาญา
- (3) ความผิดในทางจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพ โดยมีสหภาพพนักงาน

บังคับคดีแห่งชาติ (chambers nationale) จะออกประมวลจริยธรรมของเจ้าพนักงานบังคับคดี เพื่อให้ถือปฏิบัติ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ในฐานะเจ้าพนักงานบังคับคดีรวมถึงการดำรงตนไม่ให้เสื่อมเสียเกียรติ แม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานของเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ตาม โดยมีสภาเจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ทำหน้าที่ดูแลระเบียบวินัยและจรรยาบรรณ

ในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน ของประเทศฝรั่งเศส อาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายในทางแพ่งได้ตลอดเวลา ดังนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีควรมีหลักประกันในการปฏิบัติงาน หากเกิดความผิดพลาดเกิดขึ้น ได้รับความช่วยเหลือชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย สภาเจ้าพนักงานบังคับคดี ได้ทำประกันภัยในความเสี่ยงภัยในการประกอบวิชาชีพ ให้กับเจ้าพนักงานบังคับคดีทุกคน

3.2 ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

แนวคิดเดิมในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือว่ามีเพียงสัญญาไม่สามารถนำมาฟ้องร้องตามสัญญาได้ ต้องมีการผิดสัญญากันก่อนจึงจะฟ้องร้องกันได้ และฟ้องร้องกันได้เฉพาะการเรียกเก็บค่าเสียหายเพราะผิดสัญญา ต่อมาในระบบอิกวิตี (equity) มาใช้จึงยอมให้มีการฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาได้ โดยระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เห็นว่า การจ้างงานคือการให้หลักประกันด้วยทรัพย์สินเฉพาะอย่าง เพื่อการชำระหนี้หรือเพื่อปฏิบัติตามภาระผูกพันที่มีระหว่างกันไม่ว่ารูปแบบใด นอกจากนี้ยังยอมรับว่าการจ้างงานไม่มีการเปลี่ยนแปลง

กรรมสิทธิ์ แต่ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองได้ แม้ว่าผู้จำนองยังไม่ผิดนัดชำระหนี้ก็ตาม โดยคอมมอนลอว์ (Common Law) จะยอมรับความสมเหตุสมผลของข้อจำกัดความรับผิดชอบขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ หากข้อสัญญาใดกำหนดไว้อย่างครอบคลุมการกระทำผิดสัญญาแล้ว สัญญานั้นยังอาจถูกพิจารณาว่าเป็นโมฆะได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสมเหตุสมผลในการตีความข้อสัญญานั้นว่ามีประสิทธิภาพและสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญา และความยุติธรรม ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา

1. ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (common law) เป็นหลัก กฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลและหลักอิกิวิตี้ (Equity)

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของประเทศอังกฤษแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ¹⁶

ก. การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย ได้แก่

- 1) สิทธิยึดหน่วง (lien)
- 2) การหักกลบลบหนี้ตามหลักอิกิวิตี้ (equitable right to set-off)
- 3) การติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักอิกิวิตี้ (equitable right to trace)

ข. การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา ได้แก่

- 1) การจำนอง (mortgage)
- 2) การจำนำ (pledge)
- 3) การใช้สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (contractual lien)
- 4) ชาร์จ (charge)

ในการศึกษาครั้งนี้จะทำการศึกษาเฉพาะหลักประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา เท่านั้น

¹⁶ R.M. Goode, Legal Problems of Credit and Security, Second Edition (London: Sweet & Maxwell, 1988) p. 10.

1) การจำนอง (mortgage)

ก. ลักษณะสำคัญของการจำนอง (mortgage) ของประเทศอังกฤษ มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเด็ดขาดหรือโดยปริยายให้แก่เจ้าหนี้ และมีเงื่อนไขว่ากรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะโอนกลับมาเป็นของเจ้าของทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว เจ้าของทรัพย์สินยังคงครอบครองทรัพย์สินและใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นตามเดิม¹⁷

การจำนองที่ดินของประเทศไทย เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลาย เนื่องจากอยู่ภายใต้กฎหมาย Law of Property Act 1925 ที่บัญญัติให้ที่ดินสามารถนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ โดยที่ดินที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ กฎหมายได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท¹⁸ คือ

ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์เด็ดขาด (fee simple absolute) ที่ดินประเภทนี้ตกทอดแก่ทายาทของเจ้าของที่ดินได้ และที่ดินอีกประเภทหนึ่งคือที่ดินที่อยู่ภายใต้กำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน (term years absolute) เป็นการเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดิน (landlord) เป็นสิทธิที่ไม่สามารถ ตกทอดแก่ทายาทของเจ้าของสิทธินั้นได้

ข. ประเภทการจำนอง (mortgage) แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ¹⁹

ก) จำนองตามหลักกฎหมาย (legal mortgage)

ข) จำนองตามหลักอภีคดี (equitable mortgage)

ก) จำนองตามหลักกฎหมาย (legal mortgage)

การจำนองตามหลักกฎหมาย (legal mortgage) เกิดจากกฎหมายที่ใช้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นกำหนดแบบในการจำนองไว้ โดยกำหนดให้การจำนองต้องโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่จำนอง ให้แก่ผู้รับจำนอง (mortgagee) หรือให้แก่ผู้ซื้อ (purchaser) เช่น ในกฎหมายทรัพย์สิน

¹⁷David Palfreman, Law Relating to Banking Services, fourth edition, (London : Pitman Publishing, 1993), p. 278.

¹⁸Iris Williams, Essential Land Law by Iris Williams BA, (Great Britain: Cavendish Publishing, 1994), p.143-145.

¹⁹Nicholas Boume, Business Law for Accountants, fifth edition, (London : Butterworth, 1987), p. 252.

(Law of Property Act 1925) กำหนดให้การสร้างหลักประกันเหนือที่ดิน โดยการจำนองต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด (legal mortgage)²⁰ คือต้องมีการจดทะเบียนและมีรูปแบบ และโอนกรรมสิทธิ์ให้ผู้รับจำนอง การจำนอง จึงจะมีผลบังคับเป็นหลักประกันได้ การจำนองแบบนี้ (legal mortgage) เป็นการสร้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น (right in rem or right over the property)²¹ โอนกรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประกันโดยเด็ดขาดให้แก่ผู้รับจำนอง (mortgagee) รวมถึงสิทธิไถ่ถอนจำนองภายหลังครบกำหนดชำระคืนให้แก่ผู้จำนอง (mortgagor) เมื่อได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ครบถ้วน และจำนองแบบนี้ (legal mortgage) จะครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคตของผู้จำนอง (mortgagor) แต่การได้รับทรัพย์สินในอนาคตเป็นหลักประกัน คู่สัญญาจะต้องจัดทำเป็นสัญญาหลักประกันอีกครั้ง

ข) การจำนองตามหลักอิกิวิตี้ (equitable mortgage)

การจำนองตามหลักอิกิวิตี้ (equitable mortgage) เกิดขึ้นจากสัญญาหรือข้อตกลงของคู่สัญญาให้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกัน โดยการจัดทำเป็นหนังสือ หรือทำเป็นสัญญาหลักประกัน โดยไม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ได้ เป็นการสร้างหลักประกันระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองเท่านั้น ไม่อาจนำมาผูกพันบุคคลภายนอกได้ เป็นเพียงบุคคลสิทธิ ไม่เป็นการสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเหมือนจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)²² ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามการจำนองตามหลักอิกิวิตี้ (equitable mortgage) จะครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่มีอยู่ขณะทำสัญญาและทรัพย์สินในอนาคต เหมือนการจำนองตามกฎหมาย (legal mortgage)²³ และจะมีผลบังคับตั้งแต่วันที่กำหนดในสัญญาหลักประกัน

จำนองตามหลักอิกิวิตี้ (equitable mortgage) กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ ดังนั้นการมอบเอกสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินหรือการจดทะเบียนจำนอง (mortgage) ที่สำนักงานที่ดินเป็นการคุ้มครองผู้รับจำนอง (mortgagee) รายอื่นๆ หรือบุคคลภายนอก หากผู้จำนอง (mortgagor) ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ผู้รับจำนองจะได้รับการคุ้มครองโดยการร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (receiver) หรือบังคับคดีขายทอดตลาด (judicial sale) หรือขอให้ศาลบังคับหลักประกันเว้นแต่

²⁰ Ibid., p. 252.

²¹ David Palfreman, Law Relating to Banking Services, p. 279.

²² Nicholas Boume, Business Law for Accountants, p. 279.

²³ Ibid., p.279.

คู่สัญญาเป็นหลักฐานเป็นหนังสือตามกฎหมายทรัพย์สิน (The Law of Property Act 1925, Section 101) บัญญัติให้อำนาจผู้รับจำนอง (mortgagee) ในการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (receiver) หรือขายหลักประกันโดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางศาล²⁴

2) การจำนำ (pledge)

การจำนำ (pledge)²⁵ หลักการสำคัญของสัญญาจำนำ (pledge) คือส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนำ ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ ผู้รับจำนำจะครอบครองทรัพย์สินที่จำนำจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วน ดังนั้นจึงถือว่าการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ (possession) เป็นสาระสำคัญของสัญญาจำนำ การที่ผู้จำนำครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ มีความสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เพื่อแสดงว่าทรัพย์สินที่จำนำได้มีการนำไปใช้เป็นหลักประกันแล้ว

ประการที่สอง เพื่อให้บุคคลภายนอกได้ทราบถึงสิทธิของผู้รับจำนำที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนำ

ปัจจุบันการจำนำของประเทศอังกฤษ สามารถนำเอาเอกสารสิทธิต่างๆ มาจำนำได้ ทำให้ทรัพย์สินที่นำมาจำนำมีมากขึ้น จนถึงขณะนี้ ทรัพย์สินที่นำมาจำนำเป็นหลักประกันนอกจากสินค้าต่างๆ แล้วยังมีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในสินค้าหรือตราสารแห่งหนี้ (documents of title to goods and instruments embodying a money obligation) เช่น bills of lading, documents of title to goods, negotiable instruments and negotiable securities สามารถนำมาจำนำเป็นหลักประกันได้ นอกจากนี้รูปแบบของการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำ อาจจะเป็นการส่งมอบการครอบครองจริงหรือทำเสมือนการส่งมอบก็ได้ เช่น ส่งมอบส่งสินค้าให้ผู้รับจำนำโดยตรง หรือ ส่งมอบกุญแจเปิดประตูบริเวณที่เก็บสินค้านั้นให้แก่ผู้รับจำนำ ในลักษณะที่ผู้รับจำนำ สามารถควบคุมสินค้าไว้ได้อย่างเต็มที่ก็ได้ แต่การลงบัญชีของผู้รับจำนำไม่ถือเป็นการส่งมอบ ต้องแสดงให้เห็นถึงความสามารถในการควบคุมสินค้าได้ด้วย หรือให้ลูกหนี้ ที่จำนำสินค้าของตน เป็นผู้เก็บรักษาสินค้าที่จำนำนั้นไว้ในอาคารสถานที่ของลูกหนี้เอง โดยผู้รับจำนำเข้าสถานที่บางส่วนของลูกหนี้เพื่อเก็บสินค้าที่จำนำ ทำการปิดกั้นเป็นสัดส่วน การเข้าและการออกบริเวณดังกล่าวจะต้องมีกุญแจ และให้ผู้รับจำนำเป็นผู้เก็บรักษากุญแจ หากจะมีการเบิกสินค้าจากสถานที่เก็บดังกล่าวก็ต้องให้ผู้รับจำนำ เป็นผู้มอบกุญแจนำไปจนของที่จำนำออกไปได้ วิธีการดังกล่าวถือว่าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำแล้ว สัญญาจำนำสมบูรณ์ มีผลบังคับตามกฎหมาย

²⁴ Ibid., p.255.

²⁵ J. Milnes Holden, The Law and Practice of Banking Volume 2: Securities for Bankers' Advance ch. 23 sec 23-1 at 274, Seventh Edition (Pitman: 1986).

นอกจากนี้ผู้รับจำนำสามารถบังคับจำนำ โดยจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่จำนำไว้ได้ เมื่อได้เงินมาแล้วก็นำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนำได้ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้บังคับ ให้ทำการจำหน่าย ทรัพย์สินดังกล่าว โดยวิธีการขายทอดตลาด

3) การใช้สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (contractual lien)

สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (contractual lien)²⁶ ลักษณะเป็นการส่งมอบการ ครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำแต่ ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ จึงมีลักษณะเหมือนจำนำ (pledge) แต่มีวัตถุประสงค์ของการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันแตกต่างกัน คือจำนำ (pledge) เป็นประกันหนี้ ทั้งหมดที่ตกลงกัน แต่สิทธิยึดหน่วงเป็นประกันหนี้ที่เกิดจากทรัพย์สินที่ยึดหน่วงนั้น ซึ่งสิทธิยึด หน่วงโดยการครอบครอง (possessory lien) ของประเทศอังกฤษ เกิดโดยผลของกฎหมาย เรียกว่า legal lien หรือเกิดจากสัญญาเรียกว่า contractual lien สิทธิยึดหน่วงทั้งสองแบบผู้ทรงสิทธิสามารถ ยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เพื่อชำระหนี้ โดยยึดหน่วงไว้จนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ แต่ สิทธิ ยึดหน่วงโดยสัญญา (contractual lien) เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ยึดหน่วงนั้น ขณะที่สิทธิยึดหน่วงโดยผลของกฎหมาย (legal lien) เจ้าหนี้มีสิทธินำทรัพย์สินที่ยึดหน่วงขาย ทอดตลาดได้

สิทธิยึดหน่วง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 241 หมายถึงเจ้าหนี้มี หนี้อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เจ้าหนี้ครอบครองอยู่นั้น เจ้าหนี้มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นจนกว่า จะได้รับชำระหนี้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไม่มีลักษณะเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน เนื่องจาก เจ้าหนี้ไม่อาจนำทรัพย์สินนั้นไปขาย นำเงินมาชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าจะ ได้รับชำระหนี้ เท่านั้น

4) ชาร์จ (charge)

การประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) มีลักษณะกรรมสิทธิ์เป็นของลูกหนี้และไม่ส่ง มอบการครอบครองลักษณะจึงเหมือนการจำนอง (mortgage) การประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) พัฒนา มาจากหลักอิกวิตี (equity) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักมโนธรรม (conscience) ของผู้พิพากษา ศาลชานเซอร์รี่ (chancery) ในการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดี โดยมีเจตนาเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมของ กฎหมายคอมมอนลอว์ (common law)²⁷

²⁶R.M. Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, Second Edition, p.14.

²⁷Ibid., p.15

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบชาร์จ (charge) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครอง หรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่เป็นเรื่องของการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือ จากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันหรือเจ้าหนี้ในลำดับรอง การประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

- 1) ชาร์จ ตามที่กฎหมายกำหนด (legal charge)
- 2) ชาร์จ ตามหลักอภีคติ (equitable charge)

- 1) ชาร์จ ตามที่กฎหมายกำหนด (legal charge)

คือคู่สัญญาแสดงเจตนาที่จะสร้างหลักประกัน ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงมีลักษณะเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างเดียวกับจำนองตามที่กฎหมายกำหนด (legal mortgage)²⁸

- 2) ชาร์จ ตามหลักอภีคติ (equitable charge)

เป็นการประกันหนี้ที่เกิดจากการตกลงร่วมกันหรือเกิดจากสัญญาที่คู่สัญญาไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ และไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ แต่เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลา เจ้าหนี้มีสิทธินำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกขายได้ การประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) เกิดจากความสมัครใจของลูกหนี้ทำสัญญาผูกพันกันหรือเกิดจากคำสั่งศาล การประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) เป็นเพียงภาระติดพันในทรัพย์สินเท่านั้น กรรมสิทธิ์ยังเป็นของเจ้าของเดิม และไม่มี การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนำมาเป็นหลักประกัน ลักษณะการประกันหนี้แบบชาร์จ (charge) ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง ลักษณะเหมือนการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ชาร์จ ตามหลักอภีคติ (equitable charge)²⁹ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

- ก) ชาร์จ แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge)
- ข) ชาร์จ แบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge)

²⁷Ibid., p.15.

²⁸Ibid., p.710.

²⁹Ibid., p.712.

ก) ชาร์จ แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge)

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ลักษณะชาร์จแบบเฉพาะเจาะจง(fixed charge)³⁰ คือเจ้าของนำทรัพย์สินที่ถูกกำหนดไว้โดยเป็นการเฉพาะเจาะจง (fixed) นำมาผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และมีผลทันที ที่มีการทำสัญญาหลักประกัน โดยทรัพย์สินนั้นไม่อาจจำหน่าย จ่าย โอน ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะหาทรัพย์สินอื่นมาทำให้เพียงพอแก่การชำระหนี้ หรือได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้

ข) ชาร์จ แบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge)

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ลักษณะชาร์จ แบบไม่เฉพาะเจาะจง(floating charge) หมายถึงทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันถูกกำหนดเป็นประเภทสินค้าหรือกลุ่มสินค้าเท่านั้น ไม่ได้ระบุเฉพาะเจาะจง (fixed) เป็นที่แน่นอน เหมือนชาร์จ แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge) ชาร์จแบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge)³¹ จึงครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิดรวมทั้งสินค้าและสิทธิเรียกร้อง รวมถึงทรัพย์สินในอนาคต ซึ่งลูกหนี้ยังไม่มีในขณะทำสัญญา แต่จะได้กรรมสิทธิ์มาภายหลังวันทำสัญญาด้วย การประกันประเภทนี้ จึงไม่ได้ก่อสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ให้หลักประกันในการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อเป็นการค้าปกติของผู้ให้หลักประกัน จึงมีลักษณะเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพตลอดเวลา ลักษณะของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน เป็นทรัพย์สินหมุนเวียน (circulating assets หรือ floating assets) โดยปกติจะถูกเปลี่ยนเป็นเงินสดภายในช่วงเวลาการดำเนินงาน ทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติให้นำมาเป็นหลักประกันเกือบทุกประเภท³² ได้แก่ บัญชีลูกหนี้ สินค้าคงเหลือ

³⁰Ibid., p.715.

³¹Ibid., p.718.

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

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

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

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

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

เป็นต้น ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจ เช่น ขายสินค้าในห้างสรรพสินค้าโดยที่ผู้ซื้อได้ไปโดยปราศจากภาระติดพัน เจ้าหนี้มีสิทธิติดตามทวงถามเงินที่ขายได้ ในกรณีของโรงงานลูกหนี้สามารถใช้วัตถุดิบเพื่อผลิตเป็นสินค้าต่างๆ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันเมื่อมีการผิดสัญญา การก่อหลักประกันชำระแบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge) ต้องมีการจดทะเบียนต่อสาธารณะชน ซึ่งตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 (Company Act 1985) บัญญัติให้จดทะเบียนการประกันหนี้ชำระแบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge) ภายใน 21 วัน³³ นับแต่วันก่อให้เกิดหลักประกัน หรือวันที่เข้าถือสิทธิรับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและนายทะเบียนจกรายการทะเบียน และ ลงวันที่รายการนั้น ในการจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว สำหรับบริษัทลูกหนี้จะต้องจดทะเบียนการประกันหนี้ชำระแบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge) ไว้ในสมุดทะเบียนบริษัทและบริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ เป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอก เพราะการจดทะเบียนเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกถึงการเอาหลักประกัน

หลักประกัน ชาร์จ แบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge) และการจดทะเบียนเป็นการแจ้งรายการต่างๆ ของข้อตกลงในสัญญาชำระแบบไม่เฉพาะเจาะจง (floating charge) ที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกรายการต่างๆ ลงไว้ในสมุดทะเบียน

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

- (i) goodwill
- (ii) intellectual property
- (iii) book debts (whether book debts of the company or assigned to the company)
- (iv) uncalled share capital of the company or calls made but not paid

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

(e) a floating charge on the whole or part of the company's property

³³TG Reeday, The Law Relating to Banking, Fifth Edition, (London: Butterworth, 1985), p.136.

5) การบังคับคดี

ประเทศอังกฤษ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ ได้ 2 แนวทางคือ

1. การฟ้องให้ชำระหนี้ตามสัญญาเงินกู้
2. การบังคับคดีจากหลักประกัน มีวิธีการ ดังนี้
 - ก. การขายทอดตลาด โดยไม่ผ่านศาล (power of sale)
 - ข. การขายทอดตลาด โดยผ่านศาล
 - ค. การเข้าครอบครองทรัพย์สินจํานอง (possession without sale)
 - ง. การเอาทรัพย์สินจํานองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ (foreclosure)
 - จ. การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (appointing of a receiver)

ก. การขายทอดตลาด โดยไม่ผ่านศาล (power of sale)

การจํานองที่สร้างขึ้นเป็นหนังสือสำคัญ (deed) ตามกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) มาตรา 101(1)(i) ของประเทศอังกฤษ ผู้รับจํานองสามารถใช้สิทธิบังคับจํานอง ขายทอดตลาดทรัพย์สินจํานองนั้นได้โดยไม่ผ่านศาล เรียกว่า power of sale โดยกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) มาตรา 103 กำหนดให้บังคับคดียึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันขายทอดตลาดโดยไม่ผ่านศาลได้เมื่อเข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่ง ดังนี้³⁴

ก) ผิดนัดชำระหนี้ หลังจากที่ได้บอกกล่าวทวงถามแล้วให้ชำระหนี้ไม่น้อยกว่า 3 เดือน อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นในสัญญาจํานองที่ทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed) เพื่อยกเว้นมาตรานี้ก็ได้

ข) ดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่า 2 เดือน

ค) ผู้จํานองทำการฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมาย หรือผิดข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กำหนดไว้ในหนังสือสำคัญการจํานองที่นอกเหนือจากข้อกำหนดเกี่ยวกับการชำระหนี้จํานองหรือดอกเบี้ย ซึ่งผู้จํานองหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญาจํานองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ

การใช้สิทธิโดยวิธีนี้ผู้รับจํานองสามารถนำทรัพย์สินที่จํานองออกขายเองได้เลย โดยการขายตามปกติ หรือโดยการขายทอดตลาดก็ได้ ผู้รับจํานองมีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของลูกหนี้ โดยทำการขายโดยสุจริตและเอาใจใส่เพื่อให้ราคาที่เหมาะสม (Cuckmere Brick Co Ltd v

³⁴Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, 6th ed., (London : Sweet&Maxwell, 2000), p.931.

Mutual Finance Ltd.(1971) ซึ่งส่วนมากจะใช้วิธีขายทอดตลาด³⁵ ถ้าหากผู้รับจำนองดำเนินการขายทรัพย์สินไปก่อนที่จะมีอำนาจตามกฎหมาย การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อไม่สามารถทำได้ เนื่องจากผู้ซื้อจะได้สิทธิไปเท่ากับที่ผู้รับจำนองมีสิทธิเท่านั้น

การบังคับจำนองโดยไม่ผ่านศาล มีข้อดีที่การบังคับคดีรวดเร็ว ลดภาระการพิจารณาคดีของศาล และการขายทอดตลาด แต่อาจมีข้อเสียที่ไม่ผ่านการพิจารณาของศาล ลูกหนี้จะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ

ข. การขายทอดตลาดโดยผ่านศาล

เป็นการบังคับจำนองโดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินเพื่อนำมาขายทอดตลาด ในประเทศอังกฤษ มีขั้นตอนบังคับจำนองเหมือนกับการบังคับจำนองของประเทศไทย โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองแก่ผู้จำนองให้ทราบก่อนและต้องผ่านกระบวนการทางศาล

ค. การเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนอง (possession without sale)

ตามกฎหมายทรัพย์สิน ค.ศ. 1925 (Law of Property Act 1925) มาตรา 99 ของประเทศอังกฤษ บัญญัติให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนองและนำออกให้เช่าได้โดยไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด และสามารถนำทรัพย์สินออกให้เช่าได้เป็นเวลานานกว่า 21 ปี ทำให้ได้เงินจากค่าเช่าทรัพย์สินนำมาชำระหนี้เจ้าหนี้ได้

ง. การเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ (foreclosure)

การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด (foreclosure) ในประเทศอังกฤษ เหมือนประเทศไทย คือต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาล ให้ศาลพิพากษาให้ทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนอง เมื่อผู้จำนองไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระ หรือมีการผิดนัด ผิดสัญญา ข้อใดข้อหนึ่ง ถือว่าลูกหนี้ผิดนัด ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับจำนอง โดยเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ (foreclosure) เว้นแต่ผู้รับจำนองจะตกลงยกเว้นไว้ ผู้รับจำนองจะได้สิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินจำนองนั้น ในกรณีที่ผู้รับจำนองเห็นว่าทรัพย์สินที่จำนองมีมูลค่าต่ำกว่ามูลหนี้ ผู้รับจำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนองได้ แต่หากผู้รับจำนองเห็นว่าทรัพย์สินที่จำนองของตนมีมูลค่าเพียงพอกับมูลหนี้ที่จำนองผู้จำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองนั้น

³⁵ E.L.G.Tyler, Law of Mortgage, 4th ed., (London : Butterworth, 1988), p.384.

จ. การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (appointing of a receiver)

การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ผู้จ้างเองผิคนัดชำระหนี้ ผู้รับจ้างยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver) ทำหน้าที่ดูแลและเก็บผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่จ้างเอง นำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจ้างเอง ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนให้ผู้จ้างเองแต่งตั้งผู้ดูแลเอง ซึ่งจะสะดวกและรวดเร็วกว่า เพื่อมิให้ลูกหนี้เสียเปรียบ จึงมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver)

ผู้ดูแลทรัพย์สิน (receiver) จะแต่งตั้งโดยศาลหรือโดยผู้รับจ้างเอง แต่มีสถานะทางกฎหมาย อำนาจ หน้าที่ ต่างกัน กล่าวคือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาล จะเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล จึงไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ และหากแต่งตั้งโดยผู้รับจ้างเองจะถือเป็นการบังคับคดีอย่างหนึ่ง ผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยศาลจะมีอำนาจที่จำกัดและยืดหยุ่นกว่าผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยผู้รับจ้างเอง ดังนี้

ก. ผู้ดูแลทรัพย์สิน ที่แต่งตั้งโดยศาล จะมีอำนาจหน้าที่ตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ผู้ดูแลทรัพย์สิน ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ดังนั้น ผู้ดูแลทรัพย์สินที่ตั้งโดยศาลจะมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่จำกัดน้อยกว่าผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้

ข. ผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยศาล มีอำนาจในการจำหน่ายธุรกิจที่เกี่ยวข้องของลูกหนี้เฉพาะแต่กรณีที่ปรากฏว่าลูกหนี้เลิกกิจการ

ค. ผู้ดูแลทรัพย์สิน ได้รับอำนาจให้ดำเนินธุรกิจเฉพาะแต่ในกรณีที่ต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการ ในกรณีอื่น อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้น เนื่องจากสถานะของผู้ดูแลทรัพย์สิน ที่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล เป็นข้าราชการมิใช่บุคคลธรรมดา

ง. ผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยศาลมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า ผู้ดูแลทรัพย์สินที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เนื่องจากผู้ที่ได้รับแต่งตั้งโดยศาลจะต้องได้รับคำสั่งจากศาล ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดมาก่อน ไม่อาจดำเนินการได้ หรือจัดการให้สำเร็จลุล่วงลงได้

จ. การจัดตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน โดยศาล มีขั้นตอนที่ยุ่งยากและต้องมีหลักประกันเพื่อเป็นประกันความเสียหายของผู้ดูแลทรัพย์สิน นอกจากนี้เสียเวลาในกระบวนการพิจารณาของศาล และมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นมาก³⁶ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน ค.ศ.1925 (Law of Property Act 1925)

³⁶Paul Lange and H.J. Hartwig, The Law and Practice of Administrative Receivership and Associated Remedies. (London : Sweet & Maxwell, 1989) p.23-25.

ฉ. ศาลเป็นผู้แต่งตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่ และเงินค่าตอบแทนแก่ผู้ดูแลทรัพย์สิน (Appointment, Powers, Remuneration and Duties of Receiver)

สำหรับการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน โดยผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมาย (legal mortgage) และการจ้างอสังหาริมทรัพย์ตามหลักอภิปัตติ (equitable mortgage) มีการทำเป็นหนังสือสำคัญ (deed) ที่ตกลงให้ผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์แต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน เพื่อดูแลทรัพย์สินที่จ้างอสังหาริมทรัพย์³⁷ เมื่อหนี้จ้างอสังหาริมทรัพย์ชำระและถูกหนี้ไม่ชำระ โดยไม่ต้องยื่นฟ้องต่อศาล แต่มีเงื่อนไขผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์ต้องแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินหลังจากที่ตนได้ใช้สิทธิบังคับจ้างอสังหาริมทรัพย์แบบขายทอดตลาดทรัพย์สินจ้างอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ผ่านศาล (Power of Sale) แล้ว ผู้ดูแลทรัพย์สินจึงจะมีหน้าที่รับเงิน เพื่อนำมาจัดสรรชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องเข้าไปครอบครองทรัพย์สินนั้น ผู้ดูแลทรัพย์สินเป็นผู้รับผิดชอบหากเกิดความเสียหายขึ้น

ในเรื่องค่าตอบแทนของผู้ดูแลทรัพย์สินนั้น ตามกฎหมายทรัพย์สิน คส.1925 (Law of Property Act 1925) ของประเทศอังกฤษ มาตรา 109(6) ได้กำหนดให้คิดค่าตอบแทนให้แก่ผู้ดูแลทรัพย์สิน (Receiver) ไม่เกิน 5 เปอร์เซ็นต์ต่อจำนวนเงินทั้งหมดที่เก็บรักษาไว้ ก่อนที่จะมีการหักค่าใช้จ่ายใดๆ หรือแล้วแต่จำนวนที่ศาลเห็นเหมาะสม

หน้าที่ของผู้ดูแลทรัพย์สินตามกฎหมายทรัพย์สิน คส.1925 (Law of Property Act 1925) ของประเทศอังกฤษ มาตรา 109(8) บัญญัติหน้าที่ไว้ดังนี้

- ก. มีหน้าที่ในการปลดปล่อยค่าเช่า ภาษี และค่าใช้จ่ายต่างๆ ของทรัพย์สินจ้างอสังหาริมทรัพย์
- ข. มีหน้าที่ในการควบคุมจำนวนเงิน หรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ และผลประโยชน์ ผลกำไร รวมถึงมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินจ้างอสังหาริมทรัพย์

ค. เงินที่ได้จากการเช่า นำมาชำระให้แก่ผู้ดูแลทรัพย์สิน ค่าเบี้ยประกันอัคคีภัย หรือประกันอื่นๆ ถ้ามีการชำระเงินอย่างถูกต้องภายใต้กฎหมายทรัพย์สิน คส.1925 (Law of Property Act 1925) และมีการนำไปชำระค่าใช้จ่ายในการบังคับคดี ใช้ในการซ่อมแซมทรัพย์สินนั้น โดยต้องมีคำสั่งจากผู้รับจ้างอสังหาริมทรัพย์เป็นลายลักษณ์อักษร ที่เหลือนำไปชำระดอกเบี้ยและเงินต้นของเจ้าหนี้

ง. ผู้ดูแลทรัพย์สินมีหน้าที่เป็นผู้จัดการเรียกเก็บค่าเช่า (rents) และยังสามารถหาผลกำไรจากบริเวณสถานที่ซึ่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตั้งอยู่ (profits of the premises) เพื่อนำรายได้มาจัดสรรชำระหนี้

³⁷Phillip H Kenny, Russell Hewitson, Property Law, (London: Butterworths, 1994) p. 101

6) ผลหลังจากบังคับจำนอง

สิทธิในการบังคับหลักประกันของผู้รับจำนองตามกฎหมายอังกฤษ โดยบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญา หรือบังคับต่อหลักประกันก็ได้ โดยวิธีการต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งหากกรณีบังคับหลักประกัน หากไม่สามารถชำระหนี้ได้หมด ผู้รับจำนองมีสิทธิฟ้องให้ลูกหนี้ให้ชำระหนี้เพิ่มเติมในส่วนที่ขาดได้

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปกครองแบบมลรัฐ แต่ละรัฐสามารถออกกฎหมายใช้ภายในประเทศได้ ดังนั้นการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงแยกพิจารณาออกเป็นสองส่วนคือ

1) การจำนอง (mortgage)

2) ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ มาตรา 9 (Uniform Commercial Code : U.C.C. : Article 9 Secured Transactions)

1) การจำนอง (mortgage)

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกัน ไปแต่ละมลรัฐ แต่การจำนองโดยทั่วไปจะมีลักษณะเหมือนกัน แยกออกเป็น 2 ประเภท

ก. การจำนองแบบโอนกรรมสิทธิ์ (title mortgage)

ข. การจำนองแบบภาระผูกพัน (lien mortgage)

ก. การจำนองแบบโอนกรรมสิทธิ์ (title mortgage)³⁸ การจำนองที่มีลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จากผู้จำนอง (mortgagor) ไปยังผู้รับจำนอง (mortgagee) โดยผู้รับจำนองเป็นผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองตามเอกสารสำคัญ (deed) โดยมีเงื่อนไข เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ผู้รับจำนองต้องโอนกรรมสิทธิ์คืนให้แก่ผู้จำนอง

ข. จำนองแบบภาระผูกพัน (lien mortgage)³⁹ การจำนองแบบนี้ กฎหมายถือว่าการจำนองเป็นเพียงภาระผูกพันที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาวางเป็นประกันการชำระหนี้เท่านั้น ผู้จำนองยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่จำนองตามเดิม ผู้รับจำนองไม่มีสิทธิในทรัพย์สิน

³⁸ Unger, Marrce Albert, Real Estate Principle and Practice, Eight Edition, (Cincinnati, South-Western Pub.Co.), p.105.

³⁹ Ibid., p.106.

นอกจากมีไว้เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินของผู้รับจำนองและสิทธิในการขายทรัพย์สิน หลักประกัน เป็นไปตามสัญญาเงินกู้ซึ่งเป็นสัญญาประจักษ์ที่ตกลงกัน ส่วนสัญญาจำนองถือเป็น สัญญาหลักประกันเท่านั้น (collateral agreement) เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ตามสัญญาประจักษ์ ผู้จำนองจะมีสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนอง (equity of redemption) เมื่อชำระหนี้ตามเงื่อนไขในสัญญาเงินกู้หรือสัญญาประจักษ์เรียบร้อยแล้ว และสิทธิจำนองนี้จะติดตามไปกับทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะโอนกรรมสิทธิ์ไปให้ผู้อื่นก็ตาม

2) ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ มาตรา 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Commercial Code : U.C.C. : Article 9 Secured Transactions)

ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code : U.C.C) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้นแบบกฎหมายเพื่อให้แต่ละมลรัฐพิจารณานำไปปรับใช้และบัญญัติกฎหมายของตนเองให้สอดคล้องกันเป็นแบบอย่างเดียวกัน เนื่องจาก ในแต่ละรัฐจะมีรัฐสภา มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายบังคับใช้ภายในรัฐของตน (States Law) ได้ทำที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Constitution) อันเป็นกฎหมายพื้นฐานของประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับรัฐสภากลางได้บัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Law หรือ United States Code : U.S.Code) โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ในการออกกฎหมายในกรณีต่างๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยระหว่างรัฐ หรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สังคม หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับรัฐ⁴⁰ ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ การพาณิชย์ และการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ (secured transaction) แต่ละรัฐจะมีการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกันออกไป ทำให้มีปัญหาในการปรับใช้ระหว่างรัฐด้วยกันเอง รัฐต่างๆ จึงได้ร่วมมือกันรวบรวมและออกกฎหมายให้มีรูปแบบและวิธีการแบบเดียวกัน เพื่อให้การดำเนินธุรกิจเป็นไปได้ในทำนองเดียวกันและลดความขัดแย้งระหว่าง

⁴⁰ US federal law promulgated by the United States federal government which are applicable throughout the United States and will general override any conflicting state law (Robert M. Plehn, Bank security and other credit enhancement methods, (Netherland : Kluwer Law International, 1995), p.433

รัฐ โดยร่วมมือกันออก ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.)⁴¹ โดยความร่วมมือสองสถาบันคือ The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws และ The American Law Institute ร่วมกันจัดทำต้นแบบกฎหมายเพื่อเป็นแบบอย่าง ให้แต่ละรัฐพิจารณานำไปปรับใช้และบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งใน U.C.C จะประกอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ การพาณิชย์ และหลักประกัน ทั้งหมด 9 มาตรา โดยเรื่องหลักประกันบัญญัติไว้ใน มาตรา 9

ผู้เขียนเห็นว่า ต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่กฎหมายที่จะบังคับกับเอกชนทั่วไป เป็นเพียงแบบอย่างให้แต่ละรัฐ พิจารณานำไปปรับใช้และบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละรัฐอีกทอดหนึ่งเท่านั้น

วัตถุประสงค์ของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code :U.C.C.) มาตรา 9 เพื่อเป็นการประกันให้กับเจ้าหนี้ว่าจะได้รับชำระหนี้คืน โดยให้เจ้าหนี้อำนาจเรียกทรัพย์สินและมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ที่เป็นหลักประกัน การชำระหนี้ นั้นทั้งหมด

ก. ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ตาม U.C.C. มาตรา 9

ทรัพย์สิน (property) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แยกออกเป็นสองกลุ่มดังนี้

ก) ทรัพย์สินส่วนบุคคล (personal property) หมายถึง ทรัพย์สินที่แยกออกจากที่ดินได้ และทรัพย์สินที่ไม่ใช่ส่วนบุคคล (real property) หมายถึงทรัพย์สินที่ติดอยู่กับพื้นดิน

ข) ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (tangible property) สามารถจับต้องและส่งมอบการครอบครองได้ และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible property) ไม่สามารถจับต้องและไม่สามารถส่งมอบการครอบครองได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

⁴¹William H. Lawrence, Understanding Secured transactions, Second Edition, (San Francisco: Matthew Bender&Co., Inc. 1999), p. v

ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.) มาตรา 9 จะต้องเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล (personal property) เท่านั้น ส่วนทรัพย์สินที่ไม่ใช่ทรัพย์สินส่วนบุคคล (real property) เช่น ที่ดิน สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ โดยวิธีการจำนอง(mortgage) ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.) มาตรา 9 นำมาเป็นหลักประกันได้ทุกประเภท เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้เท่านั้น เช่นทรัพย์สินที่ยกเว้นห้ามนำมาเป็นหลักประกันตามรัฐธรรมนูญ⁴² หากจะพิจารณาโดยรวมแล้วทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.) มาตรา 9 แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ⁴³

ก) ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น สินค้าอุปโภคบริโภค (consumer good)⁴⁴ ผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากฟาร์ม (farm products)⁴⁵ สินค้าคงเหลือ (inventory)⁴⁶ อุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ (equipment)⁴⁷

ข) เอกสารแสดงสิทธิ หรือหลักฐานแสดงสิทธิ (rights evidenced by indispensable) เช่น หลักฐานเป็นหนังสือในหนี้และหลักประกัน (chattel paper)⁴⁸ ตราสารหรือสิทธิเรียกร้องตาม ตราสาร (instrument)⁴⁹ และเอกสารแสดงสิทธิ (document)⁵⁰

ค) ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหรือไม่มีเอกสารแสดงสิทธิเรียกร้องใดๆ (not in writing or,even if , they are not dealt with as though they are negotiable) เช่น บัญชีลูกหนี้ที่นอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้ว (account)⁵¹ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทั่วไป (general intangible)⁵²

⁴² U.C.C., Article 9, Section 9-109 (c) ,(d)

⁴³ Len Young Smith, Richard A Mann, Barry S. Roberts, Essentials of Business Law, (The United States of America: West publishing Company , 1989), p. 778.

⁴⁴ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (23)

⁴⁵ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (34)

⁴⁶ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (48)

⁴⁷ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (33)

⁴⁸ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (11)

⁴⁹ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (47)

⁵⁰ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (30)

⁵¹ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (2)

⁵² U.C.C., Article 9, Section 9-102 (42)

ข. การสร้างหลักประกัน (attachment)

การสร้างหลักประกันและความสมบูรณ์ของหลักประกัน (creation and enforceability of security interest or attachment) ตามที่บัญญัติไว้ในต้นแบบกฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code:U.C.C.) มาตรา 9 คือการจัดทำสัญญาหลักประกัน (security agreement)⁵³ ควบคู่กับสัญญากู้ยืมเงิน ทำให้มีผลบังคับสมบูรณ์ระหว่างคู่สัญญาและมีผลบังคับเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน (attachment) มีผลโดยตรงต่อบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินและมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญรายอื่น โดยประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ⁵⁴

ก) มีสัญญาหลักประกันที่สร้างขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้⁵⁵ โดยมีข้อตกลงว่าลูกหนี้นำทรัพย์สินที่กำหนดนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งสัญญาหลักประกันจะต้องทำเป็นหนังสือ (writing) ลงลายมือชื่อลูกหนี้ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาหลักประกันหรือผู้รับมอบอำนาจ (signed or authenticated by the debtor) และสัญญาหลักประกันต้องระบุทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกัน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากหลักประกันนั้นได้ และมีรายละเอียดของหลักประกัน (description of the collateral)

ข) ต้องกำหนดมูลค่าของหลักประกัน⁵⁶ (value) กำหนดมูลค่าไว้ค่อนข้างกว้างเท่ากับจำนวนหนี้ หรือจำนวนที่เจ้าหนี้กำหนด เพื่อเพิ่มความเชื่อมั่นของเจ้าหนี้ ซึ่งหากมีการบังคับหลักประกัน เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ มูลค่าของหลักประกันอาจหมายถึงมูลค่าในสัญญา มูลค่าในหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น เช่น ผู้ซื้อได้ซื้อสินค้าไปแล้วไม่สามารถชำระหนี้ได้ ภายในกำหนดเวลา ผู้ซื้อและผู้ขายได้ตกลงทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้ค่าสินค้าที่ค้างชำระ โดยนำสินค้าที่ซื้อขายกันนั้นเป็นหลักประกัน

ค) ลูกหนี้ตามสัญญาหลักประกันต้องเป็นเจ้าของหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สินที่ให้ไว้เป็นหลักประกันเท่านั้น⁵⁷ ที่มีสิทธิทำสัญญาหลักประกัน เนื่องจากหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้จากหลักประกันดังกล่าวได้

⁵³U.C.C., Article 9, Section 9-202 (73)

⁵⁴William H. Lawrence, Understanding Secured Transactions, p 77.

⁵⁵U.C.C., Article 9, Section 9-203 (3)(A)

⁵⁶U.C.C., Article 9, Section 9-203 (1)

⁵⁷U.C.C., Article 9, Section 9-203 (2)

เมื่อทำสัญญาหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน (proceeds)⁵⁸ เช่น เจ้าหนี้อุ่นมัติให้ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์กู้ยืมเงิน โดยนำรถยนต์เป็นหลักประกัน ซึ่งหากตัวแทนได้จำหน่ายรถยนต์อันเป็นหลักประกัน เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะขอรับผลประโยชน์จากการขายหลักประกันนั้นได้ด้วย ถึงแม้ว่าตัวแทนจำหน่ายรถยนต์นั้น จะมีรถยนต์คันใหม่นำมาแทนที่รถยนต์อันเป็นหลักประกันเดิมที่จำหน่ายไปแล้ว ก็ตาม

ผลของสัญญาหลักประกัน นอกจากจะบังคับได้กับคู่สัญญาหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันและมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่นๆ เจ้าหนี้สามารถปกป้องสิทธิของตนต่อเจ้าหนี้คนอื่นหรือต่อบุคคลภายนอกที่ซื้อหลักประกันนั้นไปได้

ค. ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกัน (perfection) ต่อบุคคลภายนอก

การสร้างสัญญาหลักประกันตามที่กล่าวมาแล้ว มีผลสมบูรณ์เพียงคู่สัญญาหลักประกันตาม attachment of security interests แต่ไม่มีผลต่อบุคคลภายนอก หากเจ้าหนี้ต้องการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกัน (attachment) และมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่นๆ ต้องมีการดำเนินการให้สัญญาหลักประกันสมบูรณ์ (perfection) ยันต่อบุคคลภายนอกได้

วิธีการทำให้สัญญาหลักประกันมีความสมบูรณ์ (perfection) ยันต่อบุคคลภายนอกได้ มี 3 วิธี ขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน คือ

- ก) โดยการส่งมอบการครอบครอง (by the creditor's taking possession of the collateral)
- ข) โดยอัตโนมัติ (by automatic perfection or perfection by attachment)
- ค) โดยการจดทะเบียน (by filing a public notice of the security interest)

⁵⁸ U.C.C., Article 9, Section 9-102 (64)

ก) โดยการส่งมอบการครอบครอง

หมายถึงเจ้าของส่งมอบทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันให้เจ้าหนี้ครอบครอง หรือส่งมอบให้กับตัวแทนของเจ้าหนี้ หรือผู้ดูแลทรัพย์สิน(a third party)⁵⁹ วิธีนี้เหมาะสมกับ ทรัพย์สินที่สามารถส่งมอบการครอบครองได้ เช่นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง มีขนาดเล็ก เช่น สินค้า ตราสาร เอกสารแสดงสิทธิ⁶⁰ วิธีนี้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้แล้ว ยันต่อ บุคคลภายนอกได้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิคิดว่าเจ้าหนี้รายอื่นๆ หากถูกหนีไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้บังคับ หลักประกันได้ทันที

ข) โดยอัตโนมัติ

หมายถึง ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกัน (perfection) เกิดขึ้นพร้อมกับการ ทำสัญญาหลักประกัน (attachment) วิธีนี้เหมาะสมกับทรัพย์สินที่เป็นสินค้าอุปโภคบริโภค (consumer goods) เช่น ซื้อสินค้าโดยผู้ขายให้ผ่อนชำระ ผู้ซื้อทำสัญญาหลักประกันพร้อมๆ กับการ ได้รับสินค้าที่ซื้อไว้ในครอบครองแล้ว สัญญาหลักประกันเกิดขึ้นและสมบูรณ์ทันทีโดยอัตโนมัติ⁶¹ คู่สัญญาไม่ต้อง ดำเนินการใดๆ อีกแล้ว วิธีนี้มีข้อเสียที่บุคคลภายนอกไม่ทราบภาระผูกพันของ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เนื่องจากผู้ซื้อหรือผู้ให้สัญญาหลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สิน นั้น อาจนำไปโอนให้บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ถึงสัญญาหลักประกันได้

ค) โดยการจดทะเบียน

การจดทะเบียน เป็นวิธีการที่ชัดเจนและมีความนิยมนมากที่สุด ให้ความคุ้มครองได้ดีที่สุด ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถสร้างความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกัน (perfection) ต่อ บุคคลภายนอกโดยการจดทะเบียน การจดทะเบียนในวิธีนี้คือการจดทะเบียนในแบบฟอร์มเอกสาร ทางการเงิน (financing statement on a form U.C.C.-1) เป็นรูปแบบเอกสารที่กำหนดไว้ในต้นแบบ

⁵⁹Bradford Stone, Uniform commercial code, Fourth edition (U.S.A. : West Publishing Company, 1995), p.399.

⁶⁰U.C.C., Article 9, Section 9-302 (1)(a), 9-303 (1), 9-305.

⁶¹Richard A. Mann and Barry S. Robert, Business law and the regulation of business, (U.S.A. : West Educational Publishing Company, 1999), p.769.

กฎหมายว่าด้วยเรื่องการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code: U.C.C.) มาตรา 9 เพื่อให้เป็นแนวทางปฏิบัติให้เหมือนกัน โดยจะประกอบไปด้วย ชื่อ ที่อยู่ ของคู่สัญญา รายละเอียดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและที่ตั้งของทรัพย์สิน เป็นต้น⁶²

สถานที่ที่ใช้จดทะเบียนมี 3 แห่ง ขึ้นอยู่กับลักษณะและประเภทของทรัพย์สิน โดยทั่วไปจะจดทะเบียนที่สำนักงานจดทะเบียนกลาง (The Office of The Secretary of State, Central Filing) หรือ ภูมิภาคเนาของลูกหนี้ (section 9-103, 9-401) ซึ่งการจดทะเบียนนี้มีผลบังคับเพียง 5 ปี นับแต่วันที่ได้จดทะเบียน (section 9-403(2)) แต่สามารถต่ออายุหลักประกันได้ แต่ต้องทำการต่ออายุล่วงหน้าภายใน 6 เดือน ก่อนการจดทะเบียนเดิมหมดอายุ โดยการต่ออายุแต่ละครั้งไม่เกิน 5 ปี

3) การบังคับหลักประกัน

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองแบบมลรัฐ การฟ้องบังคับคดีของแต่ละมลรัฐ จะมีบทบัญญัติของกฎหมายและวิธีการที่แตกต่างกันออกไป แต่โดยทั่วไปทุกมลรัฐ มีแบบการบังคับคดีที่ใกล้เคียงกัน คือผู้รับจำนองใช้สิทธิฟ้องให้ชำระหนี้ หรือฟ้องบังคับจำนอง (foreclosure) อย่างเข้าหนี้จำนองก็ได้ โดยสามารถฟ้องบังคับจำนองได้หลายวิธี โดยอาจเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหรือโดยการขายสู่สาธารณชนก็ได้⁶³ วิธีการบังคับจำนอง ดังนี้

1) การเอาทรัพย์สินจำนองหลุด (strict foreclosure) ผู้รับจำนองขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนอง โดยเด็ดขาด ไม่จำเป็นต้องเอาทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเหมือนกรณีทั่วไป

⁶²Thomas Bowers, Law of Commercial Transactions and Business Associations : Concept and Case, (United States : Richard D. Irwin Inc., 1955, p. 436.

⁶³Willam J.Granger and Thomas C. Woodbury, Manual of Real Estate Law and Procedures, 2th ed. , (USA : The World press Company, 1968), p.340-345.

2) การขายทอดตลาด (judicial foreclosure) เป็นการบังคับจำนองโดยการนำคดีขึ้นสู่ศาล ขอให้ศาลพิพากษาบังคับจำนอง นำทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาด ก่อนบังคับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้และเจ้าของทรัพย์สินทราบก่อนว่าจะบังคับจำนอง ให้ลูกหนีนำเงินมาชำระให้เสร็จภายในกำหนดเวลา ศาลจะมีคำสั่งชี้ขาดให้บังคับจำนองตามสิทธิในสัญญาจำนอง เมื่อขายทอดตลาดได้เงินสุทธิหลังหักค่าใช้จ่ายในการขายทอดตลาดแล้วนำมาชำระหนี้ เมื่อนำสู่การขายทอดตลาดแล้วเป็นการระงับสิทธิของผู้จำนองที่จะขอไถ่ถอนหลักประกันออกไป เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าราคาที่ยขายทอดตลาดนั้นเป็นราคาที่แท้จริง เป็นราคาตลาดที่ซื้อขายกัน มลรัฐส่วนใหญ่จึงกำหนดให้มีการประเมินราคาทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาด โดยบุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับมีประโยชน์ได้เสีย เป็นผู้ประเมินราคาหลักทรัพย์สิน ก่อนที่จะออกขายทอดตลาด กำหนดราคาขั้นต่ำเมื่อเทียบกับราคาประเมิน ตามเกณฑ์ที่กำหนด บางมลรัฐมีการประมูลล่วงหน้า

3) การขายทรัพย์สินโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล (power of sale foreclosure) เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมมากที่สุด เป็นวิธีที่ใช้เวลาน้อยและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าวิธีการบังคับจำนองแบบขายทอดตลาดหลักทรัพย์สินตามคำสั่งศาล ที่มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ค่าใช้จ่ายในการบังคับคดี และมีขั้นตอนและเสียเวลามาก การบังคับคดีแบบนี้ไม่ต้องผ่านกระบวนการศาลวิธีนี้ เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาระบุไว้ในสัญญา หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองหรือบุคคลอื่นที่ตกลงกันได้ ในสัญญา นำทรัพย์สินที่จำนองนั้นออกขายสู่สาธารณชนได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลหรือคำสั่งศาลแต่อย่างใด (foreclosure based upon terms in a mortgage, giving a mortgagee or third party the power to sell mortgaged property upon default without resorting to judicial foreclosures) วิธีนี้เป็นวิธีหนึ่งที่มีการเยียวยาความล่าช้าในการบังคับคดี