



วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันและกฎหมายที่จะใช้บังคับ

เนื่องจากกฎหมายเรื่องหลักประกันในประเทศไทยมีข้อจำกัดในการนำทั้งกิจการมาเป็นหลักประกัน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องนำแนวคิดกฎหมายของประเทศอังกฤษ ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้มาแสดงเพื่อให้ได้เห็นรูปแบบหลักเกณฑ์กฎหมายที่มีอยู่เพื่อใช้เป็นแนวทางในการจัดร่างกฎหมายที่จะใช้บังคับกับประเทศไทยในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

และในส่วนของประเทศไทยเนื่องจากมีการยกร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจขึ้นมาเพื่อเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายค้ำประกันในบทนี้ผู้เขียนจะยิ่ร่าง พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจเป็นกรณีศึกษา

3.1 รูปแบบการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายอังกฤษ

ในกฎหมายอังกฤษนั้นมีกฎหมายอยู่หลายประเภท ที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตัวอย่างเช่น¹

(1) **Legal Mortgage** คือ การโอนอย่างเด็ดขาด หรือโอนสิทธิเรียกร้องในกรรมสิทธิ์ทางกฎหมายในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ใช้เป็นหลักประกัน การโอนอย่างเด็ดขาดซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าลูกหนี้สามารถไถ่ถอนกรรมสิทธิ์คืนได้เสมอแม้จะล่วงเลยเวลาไถ่ถอนที่ตกลงกันไว้ในสัญญาแล้วก็ตามก็ยังมีสิทธิไถ่ถอนการบังคับขายหรือการเอาทรัพย์สินนั้นหลุด เมื่อไถ่ถอนแล้ว Legal Mortgagee ถูกกำหนดให้ทำการโอนคืนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในทรัพย์สินนั้นคืนแก่ลูกหนี้ ในทางความเป็นจริงแล้ว การพัฒนาการของหลักการไถ่ถอนของ equity ที่มีมาอย่างยาวนานทำให้การแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินระหว่าง mortgagor และ mortgagee กล่าวคือ สาระสำคัญของกรรมสิทธิ์ยังคงอยู่กับ mortgagor แม้ว่าตามแบบพิธีของกฎหมายนั้น mortgagor จะได้อิ่ถอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปให้ mortgagee โดยสิ้นเชิงแล้ว คงเหลือแต่เพียงสิทธิในการไถ่ถอนเท่านั้นตามกฎหมายแล้วหากคิดค้นไม่ชำระหนี้ในวันที่กำหนด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของ mortgagee โดยเด็ดขาด การทำสัญญา legal mortgage นี้จะต้องทำขึ้นตามแบบพิธีเหมาะสมแก่ทรัพย์สินแต่ละประเภทตามที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย หลักประกันในลักษณะนี้ในประเทศอังกฤษมีลักษณะคล้ายกับ การจำนองของไทย

¹ อธิก อัครวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข, หน้า 56-59.

(2) **Equitable mortgage** สามารถตกลงทำกันขึ้นมาได้โดยไม่ผูกพันว่าจะต้องทำตามแบบหนึ่งแบบใดโดยเฉพาะ การทำตามแบบนี้มีความสำคัญน้อยเพราะ equitable mortgage ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นเป็นเรื่องระหว่างบุคคล สัญญาดังกล่าวนั้น เมื่อมีค่าตอบแทนก็จะถือเป็นสัญญาก่อให้เกิด equitable mortgage (ในกรณีที่มีการให้ยืมเงิน) ซึ่งสามารถบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ สัญญานี้อาจก่อให้เกิดขึ้นได้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย เช่น โดยการส่งมอบโฉนดที่ดินหรือ ใบหุ้น

(3) **Pledge** คือการที่ลูกหนี้ส่งมอบสินค้าหรือเอกสารแห่งกรรมสิทธิ์ของสินค้านั้นหรือใบหุ้นหลักทรัพย์ที่ออกให้แก่ผู้ถือให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้หรือเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น โดยเป็นที่เข้าใจกันว่าเมื่อมีการชำระหนี้หรือการปฏิบัติการชำระหนี้แล้วลูกหนี้จะได้รับสิทธิต่างๆที่สูญเสียไปเนื่องในการ Pledge นั้นกลับคืนมา

ภายใต้กฎหมายอังกฤษนั้น การส่งมอบอาจจะเป็นการส่งมอบการครอบครองจริงหรือทำเสมือนการส่งมอบก็ได้ แต่การลงบัญชีเท่านั้นไม่ถือเป็นการส่งมอบ การครอบครองอาจส่งมอบให้แก่ธนาคารโดยการส่งสินค้าไปยังธนาคาร หรือ อาจทำโดยไม่มีการขนส่งสินค้าไปส่งมอบแต่ส่งมอบกุญแจเปิดประตูบริเวณที่เก็บสินค้านั้นให้แก่ธนาคารในลักษณะที่ธนาคารจะสามารถควบคุมสินค้าไว้ได้อย่างเต็มที่ก็ได้

Pledgee สามารถบังคับ Pledge โดยการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ Pledge ไว้ แต่ทั้งนี้ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ทำการจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินดังกล่าว โดยวิธีการขายทอดตลาด แต่อย่างใด เมื่อได้เงินแล้วก็นำมาชำระหนี้ได้

Pledge ตามกฎหมายอังกฤษนี้อาจให้ลูกหนี้ Pledge สินค้าของลูกหนี้แก่ธนาคาร โดยให้เก็บรักษาสินค้าที่จำนำนั้นไว้ในอาคารสถานที่ของลูกหนี้เอง โดยธนาคารอาจเช่าสถานที่บางส่วนของลูกหนี้เพื่อการครอบครองของธนาคารแล้วให้เก็บสินค้าของลูกหนี้ไว้ในบริเวณดังกล่าวซึ่งจะทำการปิดกั้นเป็นสัดส่วน การเข้า ออกบริเวณดังกล่าวต้องมีกุญแจแล้วให้ธนาคารเป็นผู้ถือกุญแจนั้น โดยวิธีนี้ ธนาคารก็จะมีการครอบครองสินค้าที่ pledge นั้นหากจะมีการเบิกสินค้าจากสถานที่เก็บดังกล่าวก็ต้องให้ธนาคารเป็นผู้เปิดให้ แต่ธนาคารอาจมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของลูกหนี้เป็นตัวแทนได้ วิธีดังกล่าวมีการเสี่ยงภัยมากจึงอาจใช้ได้เฉพาะกรณีลูกค้านั้นที่ไว้วางใจของธนาคารเท่านั้น หลักประกันประเทศนี้มีลักษณะคล้าย กับการจำนำในประเทศไทย

(4) **Equitable charge** นี้ลูกหนี้ไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และไม่มีการโอนการครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นประกันไปให้เจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับแก่หลักประกันโดยการขาย หรือตั้ง Receiver (ผู้พิทักษ์ทรัพย์) ช้อแตกต่างระหว่าง mortgage กับ

charge ก็คือ mortgage เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ลูกหนี้มีสิทธิไถ่ถอน ในขณะที่ charge นั้นไม่มีการโอนสิ่งใดให้แก่เจ้าหนี้ แต่ให้สิทธิบางอย่างเหนือหลักประกันแก่เจ้าหนี้

ซึ่ง Charge จะมีอยู่ 2 ชนิดด้วยกัน คือ Fixed Charge (หลักประกันแบบตายตัว) และ Floating Charge (หลักประกันแบบลอยตัว) โดยหลักประกันแบบ Floating Charge นั้น ส่วนใหญ่จะให้โดยบริษัท ให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้โดยไม่ต้อง ระบุรายการทรัพย์สินนั้นหรือให้แต่บางส่วนก็ได้ โดยที่ในระหว่างที่ไม่มีการผิดสัญญา ลูกหนี้ก็สามาถใช้สอย ซื้อมาขายทรัพย์สินของตนต่อไปได้ตามปกติทางธุรกิจ จนกว่าจะมีการ แปลงสภาพหลักประกัน (Crystallize) ส่วนหลักประกันแบบ Fixed Charge นั้นผู้ให้หลัก ประกันจะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนจึงจะสามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ ทำให้ไม่สามารถนำสินค้าและวัตถุดิบไปใช้ในการดำเนินธุรกิจได้

การที่จะนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะมีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แก่เจ้าหนี้เพราะหลักประกันประเภทนี้เจ้าหนี้สามารถมีอำนาจในการตั้ง Receiver เข้ามาดำเนินการ จัดการกับกิจการได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยไม่ต้องหยุดดำเนินกิจการและสามารถขายทรัพย์สิน นั้นไปได้ทั้งกิจการ ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

ในการให้หลักประกันแบบ Floating Charge นี้เจ้าหนี้มักจะใช้ควบคู่กับหลักประกันแบบ Fixed Charge หรือควบคู่กับการจำนอง เพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจมากขึ้น การที่ลูกหนี้ได้ให้หลัก ประกันประเภทนี้ก็จะเป็นการยับยั้งการแต่งตั้งผู้บริหารแผน เพราะหน้าที่ของผู้บริหารแผน คือทำ เพื่อเจ้าหนี้ทุกคนรวมถึงเจ้าหนี้ไม่มีประกันด้วย (ตามที่กล่าวแล้วในบทที่ 2) นอกจากนี้หลักประกัน แบบ Floating Charge ยังมีรูปแบบที่ลูกหนี้สามารถครอบครองทรัพย์สินได้จนกว่าจะมีการแปลง สภาพหลักประกันดังนั้นจึงสามารถใช้วัตถุดิบ สินค้า มาดำเนินการค้าขายได้ในทางปกติและเมื่อมี การให้สินเชื่อโครงการ (Project Finance) ก็จะมีการให้ประกันแบบ Floating Charge เหนือทรัพย์สิน ของกิจการเพื่อที่ผู้ให้หลักประกันจะสามารถแต่งตั้ง Receiver มาดำเนินการจัดการและจำหน่ายหลัก ประกันเองได้ เพราะฉะนั้นในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวโดยละเอียดถึงรูปแบบการให้หลักประกันแบบ Floating Charge

3.1.1 ลักษณะและความหมายของ Floating Charge

ลักษณะและความหมายของ Floating Charge นั้นไม่ได้มีการกำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติ Company Act แต่ได้มีคำพิพากษาในหลายคดีได้มีการให้ความหมายและลักษณะของ Floating Charge ไว้ เช่น

ความคิดที่ 1 โดย Lord Macnaughten ในคดี Illingworth v Houldsworth[1904]aac335

“มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อยๆ โลกเลี้ยวอยู่เหนือหรือกล่าวได้ว่าลอยอยู่บนเนื้อทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือมีการกระทำบางอย่างที่ทำให้มันตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”²

ความคิดที่ 2 โดย Romer LJ ใน ReYorkshire Woolcombers Association Ltd.

“ข้าพเจ้าไม่ได้ตั้งใจที่จะพยายามให้คำจำกัดความที่แน่นอนของ Floating Charge ทั้งไม่ได้ต้องการที่จะกล่าวว่าถ้าไม่ได้เป็นตามลักษณะ 3 ประการที่จะกล่าวต่อไปนี้แล้วจะไม่ใช่ Floating Charge แต่ข้าพเจ้าคิดว่าถ้าหลักประกันมี 3 ลักษณะที่กล่าวไว้มันก็จะเป็น Floating Charge 1 ถ้าเป็นการเอาประกันเนื้อทรัพย์สินของบริษัทในปัจจุบันและในอนาคต 2 ถ้าทรัพย์สินมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาในทางปกติของธุรกิจ 3 จนกระทั่งมีการกระทำบางอย่างในอนาคตโดยหรือในนามของผู้มีผลประโยชน์ในหลักประกันที่จะบังคับหลักประกัน บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจของเขาได้ไปตามปกติทางธุรกิจ”³

ความคิดที่ 3 โดย Buckley LJ ใน Evans v Rivel Granite Quarries Ltd.

“Floating Charge ไม่ใช่หลักประกันในอนาคต เป็นหลักประกันในปัจจุบันซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินของบริษัทโดยตรง รวมทั้งเป็นหลักประกันที่มีความลอยตัวไม่ใช่การจำนองทรัพย์สินโดยเฉพาะเจาะจง (Fixed Mortgage) บวกกับอนุญาติให้ผู้ให้จำนองสามารถขายทรัพย์สินได้ในทางธุรกิจ แต่เป็นการจำนองลอยตัว (Floating Mortgage) ซึ่งปรับใช้กับทุกอย่างที่รวมอยู่ในหลักประกัน แต่จะไม่กระทบต่อวัตถุใดจนกระทั่งเกิดการกระทำ หรือเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นหรือการกระทำบางอย่างของผู้รับหลักประกันทำให้ทรัพย์สินนั้นถูกแปลงสภาพกลายเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge ”⁴

หลักสำคัญ 2 ประการที่ได้จากการให้ความคิดเห็นที่ 3 นั่นคือ หลักประกันนั้นเป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และหลักประกันนั้นดูจาก “ทุน” ของทรัพย์สิน ซึ่งลูกหนี้มีสิทธิจัดการทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจ สถานะของ Floating Charge ที่ถูกกำหนดว่าเป็นหลักประกันใน

² Philip R Wood, Comparative law security and Guarantees,p12

³ J R Lingard,Bank Security Documents,(Butterworth,1993),p123

⁴ R.M.Goods,Legal Problems of Credit and Security 2ed,(The Carswell Company Ltd.,1988),p48

ปัจจุบัน จะแตกต่างจากการให้หลักประกันตามวันที่กำหนดในอนาคต จากการเกิดของเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนในอนาคต

ในกฎหมายอังกฤษหลักเรื่อง “ทุน” มีหลักที่แน่นอน หลักของทุนก็คือการที่เปลี่ยนจากทุนมาเป็นทรัพย์สิน นั่นคือย้ายจากทุนมาอยู่ในทรัพย์สินและทรัพย์สินใหม่จะเข้ามาแทนที่ในทุน แต่การแสดงว่าเป็นทุนก็ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลง มีการเปรียบเทียบไว้ว่าเหมือนกับกรณีแม่น้ำ Thames ยังคงเป็นแม่น้ำ Thames แม้ว่าความจริงน้ำนั้นไม่มีวันที่จะเหมือนเดิม การเปรียบเทียบลักษณะนี้ในประเทศอังกฤษมีการนำไปเปรียบเทียบกับเรื่อง Trust เพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบผู้ให้หลักประกันใน Floating Charge เหมือนกับกรณีของผู้รับผลประโยชน์ใน กองทุน Trust คือตราใบที่ Trustee ยังคงมีอยู่นั้น ผู้รับประโยชน์จะไม่มีสิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะเจาะจงในกองทุนนั้น ผลประโยชน์จะมีลักษณะลอยตัวอยู่เหมือนกับกรณี ผู้ให้หลักประกันภายใต้ Floating Charge

ความสำคัญของการที่ถือว่า Floating Charge เป็นหลักประกันในปัจจุบัน⁶

- (1) การเกิดของการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallise) ทำให้หลักประกันนั้นมีผลต่อลูกหนี้ (attach) โดยไม่ต้องมีการกระทำใหม่อย่างอื่นในส่วนของลูกหนี้
- (2) ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture holder)⁷ มีสิทธิที่จะติดตามทรัพย์สินที่ไปตกในมือของ ผู้ซื้อหรือ ผู้มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สิน โดยก่อนที่จะมีการบังคับหลักประกันได้เอาทรัพย์สินของบริษัทไปนอกเหนือจากตามปกติทางธุรกิจ
- (3) ข้อจำกัด (Retriiction) ของ การเอาประกันแบบ Floating Charge ในการจัดการทรัพย์สินของบริษัทมีผลผูกพันต่อบุคคลที่เข้ามาเอาประกันลำดับหลังให้ต้องผูกพันตามข้อจำกัดนั้น

⁵ Ibid,p49.

⁶ Ibid,p50.

⁷ เมื่อบริษัทต้องการเงินทุนมากขึ้นก็ทำการขอให้บุคคลให้เงินกู้ โดยจะมีการให้หลักประกันในรูปแบบของการจำนอง หรือให้หลักประกันในทรัพย์สินของบริษัท บุคคลที่ให้เงินกู้แก่บริษัทในกรณีนี้จะไม่ได้กลายมาเป็นสมาชิกของบริษัท แต่จะเป็นเพียงเจ้านั้นของบริษัท โดยที่เจ้านั้นจะได้รับดอกเบี้ยในอัตราตายตัว (ไม่ใช่จากเงินปันผล) คำว่า "Debenture" คือเป็นเอกสารที่แสดงถึงการยอมรับของบริษัทในหนี้ที่มีอยู่และการให้หลักประกันในหนี้นั้นแก่ผู้ให้ยืม โดยผู้ที่ให้ยืมที่บริษัทออก Debenture ให้นี้เรียกว่า Debenture holder

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

- (4) ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture holder) สามารถมีคำสั่งยับยั้งการจัดการบริษัทที่นอกเหนือไปจากการกระทำตามปกติทางธุรกิจหรือมีการละเมิดใบหุ้นกู้ของบริษัท (debenture)
- (5) เนื่องจากที่ว่าผลประโยชน์ในหลักประกันได้เกิดขึ้นแล้วแม้ว่าจะมีการลอยตัวอยู่ แต่ ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (debenture holder) มีสิทธิที่จะฟ้องไปยังศาลสำหรับการแต่งตั้ง Receiver กรณีที่หลักประกันเกิดอันตราย แม้กระทั่งในกรณีหลักประกันนั้นยังไม่ถูกแปลงสภาพ

หลักประกันในเรื่อง Floating Charge ในอังกฤษนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิดรวมทั้งสินค้าและสิทธิเรียกร้องแม้ว่าเจ้าหนี้ผู้รับประกันจะไม่มีกรอบครอบงำก็ตาม โดยให้ลูกหนี้ครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นต่อไปหลักประกันแบบ Floating Charge นั้นสามารถครอบคลุมทรัพย์สินในระบบที่ต้องมีวิธีการพิเศษ เช่น ที่ดิน เรือ อากาศยาน แต่หากไม่จดทะเบียนทรัพย์สินนั้นโดยวิธีการพิเศษอีกตามประเภททรัพย์สินนั้น นั่นคือจดทะเบียน ที่ดิน เรือ อากาศยาน ต่างหากอีก ก็จะทำให้บุริมสิทธิของ หลักประกันแบบ Floating Charge นั้นมีสิทธิที่อ่อน⁸

ประเทศอื่นที่ใช้ Floating Charge ตามระบบกฎหมายของอังกฤษด้วย ได้แก่ ออสเตรเลีย มาเลเซีย ปากีสถาน ฮองกง สิงคโปร์ เป็นต้น⁹

ในประเทศอเมริกาเองก็มีระบบหลักประกันประเภทเดียวกันกับ “Floating Charge” แต่โดยที่อเมริกาประกอบด้วย 51 มลรัฐและเขตปกครองอีกจำนวนมากซึ่งต่างสามารถออกกฎหมายได้เองกฎหมายของแต่ละรัฐจึงมีลักษณะแตกต่างกันไปบ้างซึ่งมีผู้เห็นว่าเป็นเรื่องไม่เหมาะสม เอกชนจึงร่วมกันจัดทำ Uniform Commercial Code ขึ้นมาเป็นกฎหมายแม่แบบสำหรับให้มลรัฐต่างนำไปประกาศใช้เป็นกฎหมาย มลรัฐต่างๆเล็งเห็นความสำคัญว่าการที่มีกฎหมายพาณิชย์ที่มีลักษณะเหมือนกันนั้นจะเป็นแรงผลักดันให้เศรษฐกิจการค้าเจริญเติบโตได้รวดเร็วจึงได้รับเอากฎหมายแม่แบบซึ่งรวมทั้ง มาตรา 9 ซึ่งเป็นการเรียบเรียงจัดระเบียบกฎหมายหลักประกัน ซึ่งกฎหมายมาตรานี้ ของ อเมริกา มีลักษณะคล้ายคลึงกับ “Floating Charge” ของระบบอังกฤษ ซึ่งในการนำกฎหมายมาตรานี้ไปประกาศใช้ในอเมริกามีเพียงรัฐ หลุยเซียน่ารัฐเดียวที่ยังไม่ประกาศใช้¹⁰

⁸ Philip R Wood, Comparative law security and Guarantees,p11

⁹ Ibid,p15

¹⁰ อธิก ชัดวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข ,หน้า117.

ลักษณะสำคัญของ Floating Charge¹¹

- (1) หลักประกันนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคต จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุนายการของทรัพย์สินใหม่ทุกรายการหรือจำนวนทรัพย์สินทุกชิ้นที่ลูกหนี้ได้มา
- (2) ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจ เช่น ขายสินค้าในห้างสรรพสินค้าโดยที่ผู้ซื้อซื้อไปได้โดยปราศจากภาระติดพัน ลูกหนี้สามารถติดตามทวงถามหนี้สินและใช้สอยเงินที่เก็บได้ ในกรณีของโรงงาน ลูกหนี้ก็สามารถใช้วัตถุดิบเพื่อผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ต่างๆ เป็นต้น จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันเมื่อมีการผิดสัญญา
- (3) การก่อหลักประกันต้องมีการจดทะเบียนต่อสาธารณะชนเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้
- (4) การบังคับหลักประกันนั้นสามารถทำได้โดยการตั้ง Receiver ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ครอบครองและจัดการหลักประกัน โดย Receiver จะทำหน้าที่ เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้และ โดยนัยเดียวกันจะทำให้กิจการนั้นสามารถถูกขายไปได้ทั้งกิจการเป็นหน่วยเดียว ซึ่งทำให้ได้ราคาดีกว่าแยกขายทรัพย์สินแต่ละชนิด
- (5) จะกลายมาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge เมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน

ประโยชน์ของ Floating Charge คือ¹²

- (1) หลักประกันนี้เหมาะกับการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการใหม่ๆ เพราะโดยปกติเจ้าหนี้จ่ายเงินเป็นส่วนใหญ่ของโครงการ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงควรมีปริวิตกเหนือทรัพย์สินทั้งโครงการ
- (2) โดยทั่วไปแล้ว เจ้าหนี้การค้าแม้จะไม่มีหลักประกันพิเศษ แต่เจ้าหนี้การค้าจะได้รับการจ่ายเงินจากลูกหนี้เป็นค่าสินค้าและบริการมาตลอดจนสถานการณ์ของลูกหนี้หมดหวังจริงๆซึ่งต่างกับเจ้าหนี้โครงการซึ่งได้รับการชำระหนี้ไปไม่เท่าใด
- (3) เจ้าหนี้จะรู้สึกมั่นใจมากขึ้น เจ้าหนี้นี้มีแนวโน้มจะอยู่สนับสนุนลูกหนี้มากกว่าทำให้อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้มากกว่า ทำให้อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการได้ซึ่งการช่วยเหลือโดยเอกชนจะได้ผลดีกว่าการช่วยเหลือจากศาล

¹¹ Philip R Wood, Comparative law security and Guarantees,p12.

¹² Ibid,p12

- (4) การบังคับหลักประกันที่เป็นแบบ Floating Charge จะเป็นโดยวิธีการตั้ง Receiver ทำการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้จนกว่าจะทำการขาย
- (5) เนื่องจากหลักประกันครอบคลุมทุกอย่างจึงสามารถขายธุรกิจในลักษณะต่อเนื่องได้ทำให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่ต้องหยุดดำเนินกิจการ

3.1.2 วิธีการก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบ Floating Charge

การประกันหนี้แบบ Floating Charge เป็นการประกันหนี้ที่เกิดจากสัญญา ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปของสัญญาประกันหนี้ หรือหุ้นกู้ (Debenture) มีประกัน โดยจะแยกพิจารณาต่อไปตามลำดับ

1. การทำสัญญาประกันหนี้แบบ Floating Charge¹³ การทำสัญญา Floating Charge เพื่อประกันหนี้เงินกู้ ไม่มีแบบของสัญญาโดยเฉพาะเจาะจง แต่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ เป็นสัญญาระหว่างบริษัทซึ่งเป็นลูกหนี้ (ผู้กู้) กับเจ้าหนี้ (ผู้ให้กู้) ปกติจะมีการระบุไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันตาม Floating Charge ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในปัจจุบัน และจะได้มาในอนาคต ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งของลูกหนี้ และลูกหนี้สามารถจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจของบริษัท เจ้าหนี้จะไม่แทรกแซงจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นและเป็นเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

ปกติจะมีการใช้ถ้อยคำจำนวนเพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่าเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge เช่น ถ้อยคำว่า “โดยวิธีประกันหนี้แบบ Floating Charge (by way of floating charge) หรือ “โดยมีวิธีมีหลักประกันหนี้แบบลอย (by way of floating security)” ซึ่งจะมีการใช้ถ้อยคำจำนวนดังกล่าวบ่อยครั้ง เพื่อเป็นการยืนยันถึงเจตนาของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อความที่แตกต่างไปเป็นอย่างอื่น เช่น ในกรณีที่ไม่มีข้อความว่า “ทรัพย์สินในอนาคต (future assets)” ปรากฏอยู่ในสัญญาอย่างชัดเจน แต่หากสามารถที่จะตีความไปได้ว่าความจริงแล้ว บ่งบอกถึงเจตนาที่จะก่อให้เกิดการคิดค้นตัวทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันและจะได้รับมาในอนาคต ก็เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge

การประกันหนี้แบบ Floating Charge ไม่มีรูปแบบของถ้อยคำจำนวนที่ใช้ในสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประกันหนี้แบบนี้ อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีถ้อยคำจำนวนว่า “ทรัพย์สินในปัจจุบันและอนาคต” หรือ “ทรัพย์สินของกิจการค้า” หรือ “หลักประกันหนี้แบบลอย” การใช้ถ้อยคำ

¹³ วิทยา จินกาญจ, การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) หน้า 56-58.

ตำนานดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการประกันหนี้แบบ Floating Charge โดยอัตโนมัติ หลักการสำคัญจึงอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออกมาโดยไม่มีข้อสงสัยว่า ประสงค์จะให้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้อยู่ขณะทำสัญญา หรือจะได้รับมาภายหลัง เป็นหลักประกันหนี้แบบ Floating Charge นับได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นเรื่องสำคัญของการก่อให้เกิดสัญญา Floating Charge

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

2. **หุ้นกู้ที่มีประกันแบบ Floating Charge** ตามพระราชบัญญัติ Companies Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 ของประเทศอังกฤษ บริษัทสามารถระดมเงินทุน โดยการออกหุ้นกู้ (Debenture) ซึ่งเป็นตราสารที่บริษัทออกให้แก่ผู้ถือหุ้นกู้ เพื่อแสดงว่าบริษัทเป็นหนี้เงินกู้ผู้ถือหุ้นตามจำนวนที่ระบุไว้ในหุ้นกู้ ปกติหุ้นกู้จะมีประกันการชำระหนี้แบบซาง ทั้ง Fixed และ Floating Charge โดยจะระบุไว้ในหุ้นกู้ว่าทรัพย์สินของบริษัทประเภทใดที่จะใช้เป็นหลักประกันหนี้แบบ Fixed Charge หรือ Floating Charge กรณีที่มีการกู้เงินจากเจ้าหนี้รายเดียว เช่น จากธนาคาร บริษัทก็จะออกหุ้นกู้ฉบับเดียว (a single debenture) แต่ในกรณีที่บริษัทออกหุ้นกู้ เพื่อกู้ยืมเงินจากประชาชนทั่วไป บริษัทจะออกหุ้นกู้เป็นชุด (debenture stock) หุ้นกู้แบบนี้สามารถซื้อขายในตลาดหุ้นได้ทำนองเดียวกับหุ้นสามัญ (shares) ทำให้มีผู้ถือหุ้นหลายรายและถ้าหากมีการออกหุ้นกู้เป็นชุด โดยมีหลักประกัน (secured debenture stock) จะต้องมีการจัดตั้งผู้แทนผู้ถือหุ้นที่เรียกว่า Trustee เพื่อให้ทำหน้าที่แทนผู้ถือหุ้นกู้ โดยบริษัทจะทำข้อตกลงกับ Trustee ในเรื่องต่าง ๆ เป็นตราสาร เรียกว่า Trust Deed

ในทางปฏิบัติจะพบเห็นเป็นเรื่องธรรมดาสำหรับการประกันหนี้แบบ Floating Charge ที่มาจากหุ้นกู้ฉบับเดียว หรือหุ้นกู้ฉบับใดฉบับหนึ่งของหุ้นกู้ที่มีลักษณะเป็นชุด และจะมีการจำนองเป็นประกันด้วยหรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การประกันหนี้แบบ Floating Charge อาจเกิดขึ้นและมีอยู่ได้โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับหุ้นกู้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาประกันหนี้แบบ Floating Charge เพื่อประกันหนี้เงินกู้ แต่โดยปกติแล้วในการประกันหนี้เงินกู้หรือหุ้นกู้มีประกันแบบ Floating Charge จะประกอบด้วยการประกันแบบ Fixed Charge คู่กับ Floating Charge หรือจำนองคู่กับ Floating Charge ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจในหลักทรัพย์ประกันมากยิ่งขึ้น

3.1.3 บุคคลผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge

เจ้าหนี้ตาม Floating Charge มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่ง อาจเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินต่างๆ ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้ยืมเงินได้ก็อาจเป็นเจ้าหนี้เงินกู้ที่มีประกันแบบ Floating Charge

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสามารถเป็นลูกหนี้ที่จะให้หลักประกันแบบ Floating Charge ได้ นั้น จากการศึกษาค้นคว้า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ส่วนใหญ่เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้น ที่สามารถตกลงก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบนี้ได้ มีกรณีข้อยกเว้นที่บุคคลธรรมดาสามารถให้หลักประกันแบบ Floating Charge ได้คือ ชาวนา ซึ่งสามารถใช้ทรัพย์สินในเกษตรกรรมมาใช้เป็นประกันแบบ Floating Charge ได้¹⁴

3.1.4 การจดทะเบียนหลักประกัน

ในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นกำหนดไว้ให้มีการจดทะเบียนหลักประกันตามพระราชบัญญัติ Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 มาตรา 395 กำหนดไว้ สำหรับรายการต่างๆของ charge ที่บริษัทได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งต้องจดทะเบียนตามมาตรา 395 กำหนดไว้ในมาตรา 396(1)¹⁵ ซึ่ง

¹⁴ Holden, J Milnes, The Law and Practice of Banking Volume 2 7th (London: Pitman Publishing 1986) p.341

¹⁵ พระราชบัญญัติ Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 section 396(1) lists the following categories of charge:

- (a) a charge on land or any interest in land ,other than-
 - (i) in England and Wales, a charge for rent or any other periodical sum issuing out of the land.
 - (ii) in Scotland, a charge for any rent, ground annual or other periodical sum payable in respect of the land;
- (b) a charge on goods or any interest in goods, other than a charge under which the chargee is entitled to possession either of the goods or of a document of title to them;
- (c) a charge on intangible movable property (in Scotland, incorporeal movable property) of any of the following descriptions-
 - (i) goodwill,
 - (ii) intellectual property,
 - (iii) book debts (whether book debts of the company or assigned to the company)
 - (iv) uncalled share capital of the company or calls made but not paid;

ได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียน Floating Charge ภายใน 21 วันนับแต่ก่อให้เกิดหลักประกัน¹⁶ หรือวันที่เข้าถือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และนายทะเบียนถูกกำหนดให้ จดรายการจดทะเบียนและลงวันที่รายการนั้นมาถึงเขา ในการจดทะเบียนนั้นนายทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียน ตามที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว แม้ว่ารายการจดทะเบียน ไม่ถูกต้องทั้งหมดก็ไม่มีผลต่อหนังสือรับรอง

นอกจากนี้บริษัทลูกนี้ต้องจดทะเบียน Floating Charge ลงในสมุดทะเบียนบริษัทและบริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกนี้ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้

การจดทะเบียนเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกโดยปริยายถึงการเอาหลักประกันแบบ Floating Charge และการจดทะเบียนของ Floating Charge เป็นการจดทะเบียนรายการต่างๆของข้อตกลงในสัญญา Floating Charge ตามที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกรายการต่างๆลงไว้ในสมุดทะเบียน มิใช่การจดทะเบียนจำนองซึ่งต้องกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้าบริษัทไม่ได้จดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายใน 21 วัน บริษัทและเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งผิดพลาดจะต้องโดนปรับและทำให้ charge เป็นโมฆะไม่สามารถต่อสู้กับผู้บริหารแผน ผู้ชำระบัญชีของบริษัทและผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลังระยะเวลา 21 วันในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือการฟื้นฟูกิจการแต่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเข้ากระบวนการชำระบัญชีหรือกระบวนการฟื้นฟูก็สามารถใช้ยื่นกับตัวบริษัทผู้ให้หลักประกันได้¹⁷ นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ตาม Floating Charge บริษัทลูกนี้อาจต้องชำระเงินกู้ที่กู้ยืมให้แก่เจ้าหน้าที่โดยทันที

ถึงแม้ว่าจะกำหนดว่าการจดทะเบียนนั้นเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge แต่แนวคิดที่สำคัญภายใต้หลักที่ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge คือ การจดทะเบียนนั้นถือเป็นการแจ้งเพียงกรณีบุคคลนั้นโดยหลักแล้วสามารถตรวจสอบได้ โดยปกติแล้วจะไม่รวมถึงผู้ซื้อตามปกติทางธุรกิจ เพราะว่าเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติที่บุคคล

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

¹⁶ TG Reeday, The Law Relating to Banking 5th, (London :Butterworths 1985), p136

¹⁷ R.M.Goods, Legal Problems of Credit and Security, p40

เหล่านั้นจะถูกคาดหวังให้ทำการตรวจสอบในการจดทะเบียน เช่น ผู้ซื้อสินค้าจากผู้ผลิต หรือตัวแทนที่นำสินค้าไปขาย เพราะเขาไม่สามารถที่จะทำการตรวจสอบทุกครั้งที่ต้องการสินค้า และเนื่องจากผู้ซื้อสินค้าที่เป็นหลักประกันแบบ Floating Charge จะไม่มีภาระผูกพันในหลักประกันเพียงเพราะทราบถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge นอกจากได้รับการแจ้งว่าการขายสินค้าให้เขานั้นเป็นการผิดเงื่อนไขของหลักประกัน ดังนั้นผู้ซื้อจึงได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน¹⁸

3.1.5 ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกัน

ในระบบกฎหมายของอังกฤษนั้น ลูกหนี้ไม่มีปัญหาในการใช้ทรัพย์สินต่างๆของตนเป็นหลักประกันเพราะมีระบบหลักประกันที่เรียกว่า Floating Charge ซึ่งเป็นการใช้ทรัพย์สินทั้งในปัจจุบันและอนาคตของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทซึ่งในการนำมาเป็นหลักประกันนั้นจะระบุไว้แต่เพียงประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น(class of assets) รวมตลอดถึงสินค้าคงคลังและสิทธิเรียกร้องต่างๆเป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ โดยที่หลักประกันแบบ Floating Charge นี้ทำให้สามารถใช้สิ่งเหล่านี้เป็นหลักประกันได้¹⁹

- (1) ใช้สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่นๆเป็นหลักประกัน โดยยังให้อยู่ในความครอบครองและการใช้สอยซื้อขายของลูกหนี้ได้
- (2) ใช้สิทธิเรียกร้องต่างๆตามสัญญาเป็นหลักประกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ
- (3) ใช้หลักทรัพย์การลงทุนต่างๆเป็นประกัน โดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์การลงทุนนั้นๆ
- (4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้
- (5) สามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้นทุกรายการ

ทรัพย์สินบางชนิดสามารถเป็นได้ทั้ง Fixed Charge และ Floating Charge โดยจะต้องมีการ

¹⁸ R.M.Goods, Legal Problems of Credit and Security, p45

¹⁹ อธิก อัครวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข หน้า 115.

พิจารณาว่าเป็นการให้หลักประกันประเภทใดเพราะ ทั้ง 2 ชนิดนี้ มีความแตกต่างกันทั้งลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้²⁰ โดยปกติแล้ว ศาลจะดูจากความสามารถของลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจว่าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ก็จะเป็นการให้หลักประกันแบบ Floating Charge

ทรัพย์สินที่มักจะมีปัญหาว่าเป็นการให้หลักประกันประเภทใด เช่น สินค้าในสต็อก วัตถุดิบ และสินค้าในการผลิต ตามปกติสินค้าในสต็อกจะพิจารณาจากความอิสระของบริษัทในการจัดการทรัพย์สินว่ามีหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการก็จะเป็นการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แต่ถ้าในส่วนของวัตถุดิบและสินค้าในการผลิตทางทฤษฎีก็สามารถให้หลักประกันแบบ Fixed Charge ได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถจะขอความยินยอมในการดำเนินการกับวัตถุดิบหรือในการประกอบสินค้าได้ในทุกขั้นตอนการดำเนินการ

เพราะฉะนั้นถ้าต้องการที่จะให้การเอาประกันในทรัพย์สินข้างต้นเป็นการเอาประกันแบบ Fixed Charge ต้องมีการควบคุมทรัพย์สินที่เอาประกันจากเจ้าหนี้ เช่น ในกรณีเอาสินค้าเป็นประกัน ต้องมีการเก็บรักษาไว้ในโกดังของเจ้าหนี้หรือที่เจ้าหนี้เป็นคนจัดหาและต้องมีการขออนุญาตจากเจ้าหนี้ในการปล่อยสินค้า

3.1.6 การแปลงสภาพทรัพย์สิน (Crystallize) ของ Floating Charge

จากความหมายของการหลักประกันแบบ Floating Charge ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้นสาระสำคัญของหลักประกันประเภทนี้คือให้อิสระกับลูกหนี้ในการดำเนินการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจของทรัพย์สินนั้น ซึ่งเจ้าหนี้จะไม่เข้ามาแทรกแซงในทรัพย์สินที่เอาประกันจนกว่าบริษัทจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือโดยคำสั่งศาลหรือถูกพิทักษ์ทรัพย์สิน หรืออำนาจในการดำเนินการของบริษัทสิ้นสุดลงเนื่องจากเอกสารในการเอาประกัน หรือมีการยุติการดำเนินธุรกิจตามปกติ ดังนั้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ข้างต้น เกิดขึ้น ก็จะกล่าวได้ว่าหลักประกันนั้นได้มีการแปลงสภาพ (Crystallise) แล้ว โดยปกติแล้วต้องมีการแจ้งการแปลงสภาพทรัพย์สินเพื่อทำการจดทะเบียน

(1) ผลของการแปลงสภาพทรัพย์สิน

การแปลงสภาพหลักประกันทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หมดไปและผลคือ

²⁰ R M Good, Legal Problems of Credit and Security, pp54-55.

ทำให้หลักประกันนั้นเปลี่ยนจากหลักประกันแบบ Floating Charge มาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge มีผลผูกพันกับทรัพย์สินทุกชิ้นของบริษัทที่มีในเวลานั้นหรือผลประโยชน์ที่ได้มาในภายหลัง การแปลงสภาพทรัพย์สินไม่ใช่การจดทะเบียนอีกครั้งเพราะไม่มีหลักประกันเกิดขึ้น แต่เป็นการยุติการลอยตัวของทรัพย์สิน

(2) เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพ

เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพสามารถแบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ๆ 3 กลุ่มคือ

กลุ่มที่หนึ่ง ได้มีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดการค้าขายของธุรกิจ

กลุ่มที่สอง มีการแทรกแซงโดยผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(debenture holder) ในการบังคับหลักประกันของเขาซึ่งทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไป และทำให้ความสามารถในการจัดการทรัพย์สินโดยปราศจากภาระหลักประกันหมดไป

กลุ่มที่สาม การกระทำอย่างอื่นหรือเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ใน ใบหุ้นกู้ของบริษัท (debenture) ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกัน

กลุ่มที่หนึ่ง คือมีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดดำเนินการค้าขายของบริษัท ตัวอย่าง 2 อย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ²¹

- (1) การชำระบัญชีไม่ว่าจะโดยมติของผู้ร่วมหุ้น หรือคำสั่งศาล ในกรณีของการบังคับให้มีการชำระบัญชีวันที่ทรัพย์สินถูกแปลงสภาพคือวันที่ศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชี ไม่ใช่วันที่ยื่นคำร้องขอชำระบัญชี
- (2) มีการหยุดการค้าขาย คือเมื่อบริษัทหยุดการค้าขาย กฎหมายให้ถือว่าหลักประกันนั้นได้มีการแปลงสภาพ

กลุ่มที่สอง โดยการแทรกแซงของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(debenture holder) ในการเข้ามาควบคุมทรัพย์สิน ตัวอย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ

- (1) โดยการครอบครอง ถ้า ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(debenture holder) เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยถูกกฎหมายทรัพย์สินนั้นก็จะมีการแปลงสภาพ ทำให้บริษัทหมดความสามารถในการควบคุม ในการครอบครองทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องยึดครองทรัพย์สินทั้งหมดทันทีเพราะ กรณีส่วนใหญ่ไม่สามารถทำได้ผู้ถือใบหุ้นกู้ของ

²¹Ibid,pp60-64

บริษัท (debenture holder) เพียงแต่เข้าครอบครองบางส่วนในนามของการครอบครองทั้งหมด

- (2) เมื่อมีคำสั่งให้ส่งมอบการครอบครองหรือขาย เมื่อมีคำสั่งบริษัทต้องส่งการครอบครอง ที่ดินหรือสินค้าให้กับ ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (debenture holder) ก็จะมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพ จากการมีคำสั่งทำให้สิทธิของบริษัทในการครอบครองและจัดการ ที่ดินหรือสินค้าหมดไป เพียงแต่การเริ่มกระบวนการยังไม่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทหมดสิทธิในการควบคุม เพราะในที่สุดอาจจะไม่มีคำสั่งนั้น
- (3) การแต่งตั้ง Receiver นอกศาล การแปลงสภาพหลักประกันไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่า Receiver เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือไม่ เพียงแต่การแต่งตั้ง Receiver ก็มีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพ
- (4) การแต่งตั้ง Receiver โดยศาล ทำให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของ Receiver ทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไปและมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพ เพียงแต่การร้องขอให้มีการแต่งตั้งเจ้า Receiver นั้นยังไม่เป็นการแปลงสภาพหลักประกันเพราะอาจจะไม่มีคำสั่งศาลในการบังคับหลักประกัน

กลุ่มที่สาม จากเหตุการณ์อื่นหรือที่กำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture)

3.1.7 สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge ที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลังเจ้าหนี้อื่น

ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาออกเป็น 2 ส่วนคือก่อนทรัพย์สินประกันเกิดการแปลงสภาพและภายหลังทรัพย์สินประกันแปลงสภาพ

3.1.7.1 สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นก่อนการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน โดยจะพิจารณาจากกรณีทั่วไปและกรณีที่มีข้อจำกัด

กรณีทั่วไป

1. การก่อให้เกิดหลักประกันแบบ Fixed charge ในภายหลัง ผู้ให้หลักประกันแบบ Floating Charge จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังหลักประกันแบบ Fixed charge แม้จะได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge ก็ตาม นอกจากจะมีข้อจำกัดเอา
2. การก่อให้เกิดหลักประกันแบบ Floating Charge ภายหลังเหนือทรัพย์สินอย่างเดียวกัน จะสันนิษฐานว่ามีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากการเอาประกันครั้งแรก นอกจากจะมีข้อตกลงอย่างอื่น

3. ในการฉีกที่มีการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน ถ้าในกรณีที่มีการบังคับคดีนั้นเสร็จเรียบร้อยแล้ว ก่อนที่จะมีการแปลงสภาพ แต่ปัญหาก็มีว่าเมื่อไรที่จะตัดสินว่าการบังคับคดีนั้นเสร็จสมบูรณ์แล้ว

กรณีมีข้อจำกัดในการห้ามการเอาหลักประกันให้มีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับ Floating Charge

ถ้ามีข้อจำกัดในการจดทะเบียนบริษัทหรือในใบหุ้นกู้ของบริษัท debenture โดยชัดแจ้ง ในการห้ามให้การเอาหลักประกันภายหลังมีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับการเอาหลักประกันแบบ Floating Charge ครั้งแรก และ ผู้รับหลักประกันลำดับหลังจะต้องได้รับแจ้งข้อห้ามนั้น เพราะถ้าไม่มีข้อห้ามก็จะทำให้ หลักประกันแบบ Fixed Charge มีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบ Floating Charge ดังนั้นปัจจุบันจึงมักมีการเขียนข้อจำกัดไว้ซึ่งเพราะถ้าปราศจากข้อจำกัดนั้นก็ทำให้หลักประกันแบบลอย Floating Charge ไม่มีค่า²²

เงื่อนไขของข้อจำกัดเพื่อป้องกันการมีสิทธิเหนือกว่าหลักประกันแบบ Floating Charge ต้องมีการจดไว้ในการจดทะเบียน Company Registry ซึ่งจะทำให้ผู้ที่เอาประกันภายหลังไม่ว่าจะเป็น Legal mortgage หรือ Equitable mortgage ได้รับแจ้งถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge และทราบข้อห้ามในการมีสิทธิเหนือหลักประกันนั้น ดังนั้นผู้ที่เอาประกันภายหลังก็จะมีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบ Floating Charge ไม่ว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันแล้วหรือไม่ และถ้าผู้รับหลักประกันภายหลังได้รับแจ้งว่าการให้หลักประกันของบริษัทนั้นเป็นการละเมิดข้อห้าม ดังนั้นผู้รับหลักประกันภายหลังก็จะมีสิทธิหลังจากหลักประกันแบบ Floating Charge ข้อห้ามนั้นจะต้องมีการตีความอย่างเข้มงวด

มันเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้เอาหลักประกันลำดับหลังได้รับแจ้ง ถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge และข้อจำกัดนอกจากจะถือว่าการจดทะเบียนที่ Company Registry เป็นการแจ้งโดยปริยาย ในความเห็นของ J R Lingard ภายใต้ Company act 1985 ที่ยังไม่มีการแก้ไข ถือว่าการจดทะเบียนเป็นการแจ้งโดยปริยายต่อผู้เอาประกันลำดับหลัง แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางบุคคล²³

3.1.7.2 สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

²² J R Lingard, Bank Security Documents, p160.

²³ Ibid, p161.

เนื่องจากอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หมดไปเมื่อเกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินและมีผลให้หลักประกันจะกลายมาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่จะเกิดปัญหาหาขึ้นกับคนภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ในกรณีที่เหตุทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ถือว่าเป็นการแจ้งให้สาธารณชนทราบแล้ว เช่น การบอกเลิกอำนาจการจัดการของกรรมการของบริษัทลูกหนี้ซึ่งจะมีผลเปลี่ยนเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในเวลาที่บอกเลิก ดังนั้น เจ้าหนี้ Floating Charge ในกรณีนี้ จะมีสิทธิในสินทรัพย์ประกันดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ทำนองเดียวกับการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันที่เกิดจากการเลิกกิจการหรือหยุดกิจการของลูกหนี้มีผลทำให้เจ้าหนี้ Floating Charge มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่น แต่เหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินประกัน ยังมีนอกเหนือจากที่กล่าวอีก เช่น การแต่งตั้งเป็นหนังสือ ประกอบกับในขณะเดียวกัน Receiver ได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ายอมรับเป็น Receiver จึงต้องมีการกระทำบางอย่างอีกเท่าที่จำเป็น เพื่อแจ้งให้สาธารณชนทราบถึงการเข้ามาแทรกแซงของ Receiver เช่น โดยการประกาศแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้ง Receiver

ตามหลักการนี้มีข้อยกเว้นอย่างน้อย 2 ประการคือ

(1) ผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สิน โดยปราศจากการได้รับแจ้งการแปลงสภาพหลักประกัน โดยผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ได้ดำเนินการเสร็จหลังจากมีการแปลงสภาพหลักประกันแต่ก่อนที่จะได้รับการแจ้งถึงการแปลงสภาพหลักประกันจะได้รับทรัพย์สินนั้นไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน เนื่องจากเขาได้มีการดำเนินการธุรกิจกับบริษัทก่อนที่จะมีการแปลงสภาพหลักประกัน ในกรณีนี้ถือว่าเขามีสิทธิที่จะกล่าวว่าเขาไม่ทราบถึงการสิ้นสุดอำนาจ การจัดการของบริษัท

(2) เจ้าของที่ดินในการยึดหน่วงทรัพย์สินเป็นค่าเช่า การแปลงสภาพหลักประกันไม่ทำให้สิทธิในการยึดทรัพย์สินเพื่อหักกลบลบหนี้ในค่าเช่าของเจ้าของที่ดินหมดไปเพราะใน common law เจ้าของที่มีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้เช่าหรือไม่²⁴

²⁴ Ibid,p158.

3.1.8 สิทธิของบุคคลภายนอก

1. กรณีผู้ซื้อหรือผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือหลักประกันจากการขายตามปกติทางธุรกิจของบริษัท ความสำคัญของ หลักประกันแบบ Floating Charge คือบริษัทมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินในทางธุรกิจ สำหรับความหมายของคำว่า “ปกติทางธุรกิจ” นั้นมีคำขยายความที่กว้างซึ่งรวมถึง การมีสิทธิในการ ขาย เช่าซื้อ จริงๆแล้วคืออยู่ในรูปใดก็ได้ โดยเป็นการจัดการโดยสุจริต อยู่ในอำนาจของบริษัทและเป็นการส่งเสริมบริษัทมากกว่าเป็นการทำลายหรือทำให้สิ้นสุดของธุรกิจ²⁵ ดังนั้น ผู้ซื้อ หรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สิน ที่ได้ทรัพย์มาตามปกติทางธุรกิจจึงมีสิทธิเหนือผู้ซึ่งเอาประกันแบบ Floating Charge แม้ว่า จะทราบถึงการเอาประกันแบบ Floating Charge ก็ตาม แต่ถ้ามีการจำกัดอำนาจในการจัดการของบริษัทเอาไว้ ผู้รับประกันแบบ Floating Charge ก็จะมีสิทธิเหนือกว่า

ในกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินซื้อ ไปโดยมีข้อจำกัดไปด้วยคือมีภาระผูกพันในหลักประกัน สิทธิของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(debenture holder) ที่จะเข้าถือสิทธิในหลักประกันจะปรากฏขึ้นเมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน และจนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันก็จะถือว่าสิทธิในการเข้าถือสิทธิในหลักประกันนั้นไม่สมบูรณ์ นอกจากจะมีการกำหนดไว้ใน ใบหุ้นกู้(Debenture)

2 ผู้ซื้อหรือ ผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนอกเหนือจากตามปกติทางธุรกิจ ผู้ซื้อ หรือ ผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทรัพย์มาจากบริษัท ลูกหนี้ นอกเหนือจากทางธุรกิจ จะมีสิทธิหลังจากผู้รับประกันแบบ Floating Charge ผลของการขายมีผลเหมือนการขายสินค้าที่เป็นการละเมิดข้อจำกัด คือสิทธิของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(Debenture holder) ในฐานะ ผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge จะยังไม่สมบูรณ์และสามารถถือสิทธิเมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน

การที่ขายทรัพย์สินนอกจากทางปกติทางธุรกิจไม่ทำหลักประกันนั้นแปลงสภาพ แต่อาจจะเป็นสาเหตุให้ ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท(Debenture holder) เข้าแทรกแซงผลประโยชน์ในหลักประกันของเขาและทำการบังคับหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำตามเงื่อนไขใน ใบหุ้นกู้ของบริษัท(Debenture) หรือ มีสิทธิที่จะแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินเนื่องจากเกิดความเสี่ยงกับหลักประกัน

²⁵ R M Goods, Legal Problems of Credit and Security, p85.

3.1.9 การบังคับหลักประกัน

เมื่อมีการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะมีมาตรการต่างๆที่ตกลงกันไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหลักประกันหรือในหุ้นกู้ซึ่งในอังกฤษมีข้อยึดหยุ่น เช่น Private sale หรือครอบครองชั่วคราวเพื่อเรียกเก็บรายได้ ความอิสระของการทำสัญญาในของกฎหมายอังกฤษอาจถูกกักร่อนโดยเงื่อนไขของสัญญา ดังนั้นผู้ทำสัญญาจะถูกควบคุมโดยหลักเรื่อง Unfair Contract Terms ซึ่งข้อตกลงในการบังคับหลักประกันส่วนใหญ่จะมีมาตรการ 4 แนวคือ

3.1.9.1 อำนาจในการขายในอังกฤษนั้นมีการยึดหยุ่นในการขายเพื่อช่วยเหลือเจ้าหนี้นี้มีประกันภายใต้สัญญาหลักประกันที่เหมาะสม ข้อยึดหยุ่นนั้นรวมถึงการขายโดยเอกชนโดยไม่ผ่านศาล (private sale)²⁶ เพราะทำให้มีการขายโดยเร็ว โดยปราศจากการชักช้าหรือค่าใช้จ่ายของศาลแต่ก็มีความเสี่ยงของเจ้าหนี้ในการป้องกันราคาซึ่งเจ้าหนี้จะต้องมีค่าใช้จ่ายของผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำการควบคุมการขาย²⁷ นอกจากนี้ศาลก็ยังคงอำนาจไว้บ้างคือเจ้าหนี้นี้มีประกันจะต้องขายในราคาที่เหมาะสม หรือที่ราคาจริงตามตลาด

ตรงข้ามกับในหลายประเทศกำหนดให้มีการประมูลขายต่อสาธารณะและต้องหลังจากมีคำสั่งศาลซึ่งกระบวนการนี้มีการล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายมาก²⁸ และในบางประเทศจะมีการดำเนินคดีโดยสรุปแทนที่กระบวนการเต็มรูปแบบเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการประมูลขายแต่ถ้ามีการคัดค้านโดยลูกหนี้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบซึ่งจะทำให้ช้า²⁹

3.1.9.2 อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver³⁰ (ในกรณีไม่มีอำนาจนี้ก็สามารร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้ง Receiver ได้) โดยปกติเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้มีประกันจะเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ผู้ถือหุ้นกู้มีวิธีการขั้นพื้นฐานในการแต่งตั้ง Receiver ได้ 2 ทางด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก โดยการยื่นคำร้องต่อศาล the High Court เพื่อขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ประการที่สอง โดยผู้ถือหุ้นกู้แต่งตั้ง Receiver ได้เอง ไม่ต้องขอศาลแต่งตั้ง อำนาจที่จะแต่งตั้ง Receiver ได้เองนี้ อาจกำหนดได้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติ Law of Property Act 1925 หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

²⁶ Philip R Wood, Comparative law security and Guarantees ,p.138

²⁷ Ibid,p142

²⁸ Ibid,p142

²⁹ Ibid,p144

³⁰ วิทยา จินกาญ,การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge,หน้า74-79.

1) เหตุที่จะมีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล ศาล the High Court จะตั้ง Receiver ตามคำขอของเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้ เมื่อศาลพิจารณาเห็นว่า การแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรม กรณีต่างๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ ได้แสดงถึงเหตุที่ศาลจะแต่งตั้ง Receiver

- ก. บริษัทลูกหนี้ค้างชำระต้นเงินและดอกเบี้ยเมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว
- ข. เมื่อบริษัทลูกหนี้หยุดกิจการขาย
- ค. เมื่อทรัพย์สินเป็นหลักประกันตกอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น กรณีมีการกล่าวหาว่า บริษัทลูกหนี้ดำเนินธุรกิจไปในทางที่ผิดกฎหมาย หรือเมื่อผู้ถือหุ้นได้มีการขายหุ้นให้ผู้อื่นไปตามคำสั่ง ศาลจะนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาพิจารณาในการตัดสินใจว่า ทรัพย์สินเป็นหลักประกันอยู่ในภาวะของความเสี่ยงหรือไม่
- ง. เมื่อสามารถบังคับชำระเอาจากหลักประกันได้ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

2) เหตุที่จะมีการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้ อาจแต่งตั้ง Receiver ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องอาศัยศาล ถ้าตามสัญญาประกันหุ้นกู้ได้ระบุข้อความว่า ให้ผู้ถือหุ้นกู้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver ถ้าหากว่าหุ้นกู้ซึ่งมีประกันนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว ข้อเท็จจริงซึ่งแสดงว่าหุ้นกู้ถึงกำหนดชำระแล้ว จะรวมถึงข้อเท็จจริงว่าได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร หรือถ้าไม่ได้มีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องมีการเหตุการณต่างๆ ดังต่อไปนี้เกิดขึ้นคือ

- ก. ถ้ามีคำสั่งหรือมีมติออกมาว่าให้บริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ
- ข. ถ้าได้มีการบังคับคดี หรือครอบครองยึดถือเอาสังหาริมทรัพย์เพื่อชำระหนี้ หรือบังคับเหนือหรือต่อทรัพย์สินของบริษัท แต่ก็ยังไม่ได้ชำระภายใน 2 วัน
- ค. เมื่อบริษัทหยุดจ่ายเงิน หรือหยุดดำเนินธุรกิจหรือข่มขู่ว่าจะหยุดดำเนินธุรกิจ
- ง. ถ้าได้มีการแต่งตั้ง Receiver เพื่อจัดการทรัพย์สินของกิจการค้า หรือบางส่วนของทรัพย์สินของกิจการค้า
- จ. เมื่อบริษัทผิดสัญญา หรือเงื่อนไข หรือข้อกำหนดในสัญญา
- ฉ. ถ้ามีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการแต่งตั้ง Administrator
- ช. ถ้าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 123 ของพระราชบัญญัติ Insolvency Act 1986 กล่าวโดยสรุปคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน

3) เงื่อนไขในการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ เพื่อที่จะให้การแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้า

หนี้มีประกันแบบ Floating Charge มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย จึงมีเงื่อนไขกำหนดไว้ 6 ประการ กล่าวคือ

- ก. ไม่มี Administration Order ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่
- ข. หลักประกันที่กำหนดให้มีการแต่งตั้ง Receiver นั้น มีผลบังคับได้
- ค. หนี้ตามหุ้นกู้ที่มีประกันนั้น เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่มีผลบังคับได้
- ง. อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver มาจากข้อความในหุ้นกู้
- จ. การแต่งตั้ง Receiver ทำได้โดยบุคคลและโดยวิธีการตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้
- ฉ. บุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งเป็น Receiver จะต้องมิคุณสมบัติที่จะกระทำหน้าที่ได้

4) อำนาจหน้าที่และผลของการแต่งตั้ง Receiver

อำนาจและหน้าที่ของ Receiver ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่า Receiver ที่แต่งตั้ง โดยศาลและแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ตาม Floating Charge จะมีสถานะทางกฎหมายอำนาจและหน้าที่ต่างกัน Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลเป็นเจ้าของศาล ไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ ซึ่งตรงกันข้ามกับ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ ทางเทคนิคแล้วเป็นตัวแทนของลูกหนี้แต่ก็อยู่ในความควบคุมของเจ้าหนี้ อำนาจ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลขึ้นอยู่กับคำสั่งของศาลโดยเฉพาะ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญา การกระทำของ Receiver ที่ขัดต่อข้อแนะนำของศาล ก็อยู่ในดุลยพินิจของศาล และศาลเป็นผู้ให้ความคุ้มครองในการกระทำของ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาล กล่าวคือ

ก. Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาล จะมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็น เพื่อให้ Receiver ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ผลก็คือ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจจำกัด แต่ Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้จะมีอำนาจมากกว่า

ข. Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีอำนาจจัดการจำหน่ายธุรกิจที่เกี่ยวข้องของบริษัทลูกหนี้ เฉพาะแต่ในกรณีที่ปรากฏว่าบริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ แต่ถ้าจะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการการค้า ก็จะทำให้ธุรกิจการค้าของบริษัทคงอยู่ต่อไป ในกรณีที่หลักทรัพย์ประกันของเจ้าหนี้อยู่ในภาวะเสี่ยงภัย และมีแนวโน้มว่าบริษัทลูกหนี้จะเลิกกิจการ ก็จะต้องพิจารณาว่าควรจะให้ Receiver และ Manager ดำเนินธุรกิจต่อไป หรือควรจะขายธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ เพื่อประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ค. โดยปกติ Receiver ได้รับอำนาจจากศาลให้ดำเนินธุรกิจ เฉพาะแต่ในกรณีที่จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้า ในกรณีอื่นอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากสถานะของ Receiver ที่เป็นเจ้าหนี้ที่ศาล เพื่อที่จะขจัดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว ปกติศาลจะให้อำนาจแก่ Receiver ในการจัดการกรณีดังกล่าวเพียงชั่วระยะเวลาอันสั้น เช่น 3-6 เดือน

ง. นอกจากนี้ข้อจำกัดในเรื่องอำนาจจัดการแล้ว Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า Receiver ที่แต่งตั้ง โดยเจ้าหนี้ ทั้งนี้เพราะ Receiver จะต้องขอคำแนะนำจากศาล ในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นโดยที่ไม่คาดคิดมาก่อน ซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการตามอำนาจที่มีอยู่ได้ ส่วน Receiver ที่เจ้าหนี้แต่งตั้งจะต้องขออนุญาตจากศาลในกรณีที่ไม่ประสงค์จะรับเอาสัญญาทางการค้าที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อบริษัทลูกหนี้ ซึ่งมีมาก่อนการแต่งตั้ง Receiver ซึ่ง Receiver จะได้รับมอบอำนาจให้ทำเช่นนั้นได้ ถ้าบริษัทลูกหนี้ไม่สนใจที่จะรักษาชื่อเสียงทางธุรกิจของบริษัทลูกหนี้

จ. นอกจากข้อจำกัดในความยืดหยุ่นและในเรื่องอำนาจดำเนินธุรกิจจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของกิจการแล้ว ค่าใช้จ่าย Receiver ก็เป็นเรื่องสำคัญ Receiver ที่ศาลแต่งตั้งจะต้องหาหลักประกัน ปกติจะมีบุคคลค้ำประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทรัพย์สินประกัน

ฉ. แบบพิธีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล จะสลับซับซ้อน และเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ ผลที่ตามมาก็คือ การยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver จะกระทำเฉพาะกรณีที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้

ผลของการแต่งตั้ง Receiver

เมื่อมีการแต่งตั้ง Receiver ไม่ว่าศาลหรือเจ้าหนี้แต่งตั้งจะมีผลดังต่อไปนี้

ก. ถ้าหาก Floating Charge แปลงสภาพไม่เสร็จเรียบร้อย Floating Charge ก็จะไม่เกิดการแปลงสภาพ

ข. การแต่งตั้ง Receiver จะเป็นการกีดกันมาตรการของ Administration Order

ค. หยุดพักอำนาจของกรรมการบริษัทลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินประกันและดำเนินธุรกิจทั่วไปของบริษัทลูกหนี้

ช. บอกลีกสัญญาว่าจ้างแรงงาน ซึ่งไม่สามารถดำเนินไปด้วยกันได้กับการจัดการของ Administrative Receiver

จ. ไม่มีผลกระทบต่อสัญญาอื่นที่มีอยู่

จะเห็นว่า Receiver มีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมและดูแลผลประโยชน์ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge จึงนับได้ว่า Receiver เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของระบบการประกันหนี้แบบ Floating Charge

3.1.9.3 สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน³¹ คือสิทธิที่จะเข้าครอบครองเพื่อที่จะเก็บรายได้ของกิจการและเมื่อหนี้สินได้ถูกจ่าย เจ้าหนี้ก็จะสละสิทธิครอบครอง ซึ่งอาจจะเป็นการครอบครองโดยเจ้าหนี้โดยตรงหรือจาก Receiver ซึ่งโดยเทคนิคเป็นตัวแทนของผู้จำนอง การครอบครองนี้จะแตกต่างกับการครอบครองเพื่อการขาย โดยปกติแล้วเจ้าหนี้จะไม่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันเอง เพราะเจ้าหนี้จะต้องทำรายงานทรัพย์สินที่ได้รับและจะต้องรับผิดชอบในการละลายในการดูแลทรัพย์สินของเจ้าหนี้และความเสียหายของทรัพย์สินซึ่งทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าลดลง นอกจากนี้จะต้องดูแลทรัพย์สินตามปกติวิญญูชน แต่เจ้าหนี้ก็มีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายในการครอบครองแต่ถ้าครอบครองโดย Receiver ไม่ต้องรายงานเพราะเป็นตัวแทนของตัวเอง ดังนั้นการครอบครองโดยเจ้าหนี้เองจะใช้เมื่อเป็นการครอบครองเพื่อทำการขาย

3.1.9.4 สิทธิในการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ³² จะทำได้โดยมีคำสั่งศาลเท่านั้นในกรณีถ้าเงินกู้มีมูลค่าเกินกว่าหลักประกันซึ่งการใช้วิธีนี้เจ้าหนี้มักไม่ค่อยใช้เพราะเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้ยืมอีกได้

โดยปกติในทางปฏิบัติจะใช้มาตรการในการขายและการแต่งตั้ง Receiver และจะใช้การครอบครองในการขายเท่านั้น

3.2 วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันที่ก่อให้เกิดผลสมบูรณ์ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

แนวความคิดของการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ คือต้องการแก้ไขข้อจำกัดของกฎหมายในปัจจุบัน เช่น ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองหลักประกัน และสามารถใช้สอยจำหน่าย จ่ายโอน ฯ ได้ จะทำให้ผู้ให้หลักประกันยังสามารถครอบครองทรัพย์สินเพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ จึงมีหลักการและวิธีการดังนี้

3.2.1 วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

³¹ J R Lingard, Bank Security Document, p182.

³² Ibid, 183

- 3.2.2 บุคคลที่สามารถทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
- 3.2.3 การจดแจ้งการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ
- 3.2.4 ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน
- 3.2.5 สิทธิหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน
- 3.2.6 สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก
- 3.2.7 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ
- 3.2.8 การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ
- 3.2.9 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

3.2.1 วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะต้องมีการทำสัญญาที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 สัญญาคือ สัญญาการให้สินเชื่อ และสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

1. สัญญาการให้สินเชื่อ โดยเมื่อมีการขอสินเชื่อเพื่อทำการกู้ยืมเงินก็จะมีพิจารณาถึงการให้สินเชื่อแก่ผู้กู้ว่ามีคุณสมบัติเพียงพอหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาการให้สินเชื่อนั้นได้มีการกล่าวถึงแล้วในบทที่ 2 และเมื่อผู้กู้ได้ผ่านขั้นตอนตามบทที่ 2 แล้วธนาคารก็จะมีกรให้สินเชื่อแก่ผู้กู้โดยในการให้สินเชื่อแก่ผู้กู้นั้นธนาคารจะทำการให้สินเชื่อโดยการทำสัญญาการให้สินเชื่อขึ้น ซึ่งสัญญาที่ธนาคารทำขึ้นนั้นจะขึ้นอยู่กับจุดประสงค์ของลูกหนี้แต่ละราย ตัวอย่างสัญญาการให้สินเชื่อ เช่น

สัญญากู้ (Loans)

เพื่อใช้ลงทุนในทรัพย์สินถาวรหรือสินค้าประเภททุนเช่นที่ดิน โรงงาน เครื่องจักร เป็นต้น ปกติจะมีระยะเวลาชำระคืนไม่เกิน 7 ปี ยกเว้นเงินกู้บางประเภท เช่นสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย จะมีกำหนดเวลาชำระคืนนาน 20-30 ปี แล้วแต่นโยบายของแต่ละธนาคาร สินเชื่อประเภทเงินกู้นี้หากธนาคารอนุมัติแล้วจะจ่ายเงินให้แก่ลูกค้ครั้งเดียวทั้งหมด ยกเว้นบางกรณีเช่น เงินกู้เพื่อนำไปก่อสร้างอาคารโรงงานลูกค้อาจจะขอรับเงินกู้เป็นงวด ๆ เพื่อลดภาระดอกเบี้ย ส่วนการชำระหนี้ธนาคารจะใช้ตารางการชำระหนี้ (Repayment Schedule) เพื่อคำนวณให้ลูกค้ชำระหนี้เงินต้นพร้อมดอกเบี้ยเท่า ๆ กันทุกเดือน (ลักษณะต้นลด ดอกลด) ตามระยะเวลาที่ตกลงกันได้ แต่ในกรณีที่ลูกค้กู้เงินเพื่อไปซื้อเครื่องจักร และเครื่องจักรดังกล่าวต้องเสียเวลาในการติดตั้งและทดลองเดิน

เครื่อง ลูกค้าอาจจะขอระยะเวลาปลอดหนี้ (Grace Period) คือยังไม่ชำระเงินต้น คงชำระแต่ดอกเบี้ยก็ได้ ซึ่งระยะเวลาปลอดหนี้มักไม่เกิน 2 ปี หลังจากนั้นก็ชำระปกติตามเงื่อนไขที่กำหนด³³

สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี³⁴

คือการให้สินเชื่อที่มีวัตถุประสงค์ใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียน ลูกค้าสามารถใช้เช็คถอนเงินเกินกว่าเงินที่ตนมีอยู่ในบัญชี กล่าวคือ ถ้าลูกค้าได้วงเงิน หนึ่งล้านบาท จากธนาคารก็สามารถใช้เช็คเบิกถอนเงินไปได้ แม้ตัวเองจะไม่มีเงินสดอยู่ในบัญชีเลยก็ตาม และสามารถเบิกถอนใช้ได้สูงสุด หนึ่งล้านบาท สินเชื่อประเภทนี้ทำให้ลูกค้ามีความคล่องตัวสูง แต่มีความเสี่ยงตรงที่ว่าธนาคารผู้ให้สินเชื่อไม่สามารถควบคุมการใช้เงินของลูกค้าให้จำกัดอยู่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการได้

2 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ได้บัญญัติในมาตราว่า 5 ซึ่งเป็นการประกันหนึ่งอีกประเภทหนึ่งโดยใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน โดยทรัพย์สินที่วางนี้มีความหมายกว้างกว่าคำว่าทรัพย์สินในลักษณะ จ้างง จ้างนำ ซึ่งได้ให้ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจว่า “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจคือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้หลักประกันเอาทรัพย์สินตราไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับหลักประกันเป็นประกันการชำระหนี้ โดยจะส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับหลักประกันหรือไม่ก็ได้”

ตามปกติแล้วสัญญาโดยทั่วไปกฎหมายมิได้กำหนดคกกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้ เพียงแต่แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนารับก็เป็นสัญญาแล้ว กล่าวคือการทำสัญญาก็คือ³⁵ “การแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันที่มุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์” และการที่จะแสดงเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกันต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีก็สามารถทำนิติกรรมสัญญาได้แต่ก็มี สัญญาบางประเภทกฎหมายระบุให้ทำเป็นหนังสือ³⁶ หรือ บางประเภทต้องทำเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

³³ เทพ รุ่งธนาภิรมย์, หลักการและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเครดิต, หน้า 22.

³⁴ ดนัย ปัตตพงศ์, การวิเคราะห์ความเป็นไปได้ทางการเงินและการจัดวงเงินเครดิต, หน้า 67.

³⁵ จำปี โสถิติพันธ์, นิติกรรมสัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) หน้า 198

³⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536)

สำหรับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดรูปแบบของสัญญาคือ ต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ* และจะยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้เมื่อมีการจดทะเบียนหลักประกันและเมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันแล้วผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าของนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแล้วยังเป็นการรวมเอาหลักการของการค้ำประกัน จำนอง จำนำเข้าด้วยกัน เป็นแนวคิดที่จะเสริมส่วนของกฎหมายที่ครอบคลุมไปไม่ถึงทำให้ สามารถแก้ปัญหาข้อจำกัดของกฎหมายปัจจุบันได้เช่น จำนำ ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินมาใช้ประโยชน์ได้³⁷ ส่วนจำนองนั้น ถึงแม้ผู้รับจำนองสามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาทำประโยชน์ได้แต่ก็มีทรัพย์สินน้อยประเภทที่จะนำมาใช้เป็นหลักประกันได้

ตารางเปรียบเทียบสัญญาทั่วไปกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

| | สัญญาทั่วไป | สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ |
|----------------------|---|--|
| บุคคลที่เป็นคู่สัญญา | บุคคลหรือนิติบุคคลที่ไม่ถูกจำกัดโดยข้อห้ามของกฎหมาย | ต้องเป็นนิติบุคคลที่รับรองโดยกฎหมายไทย หรือบุคคลอื่นที่กำหนด โดยรัฐมนตรีและต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา |
| รูปแบบของสัญญา | สามารถตกลงกันด้วยวาจา | ต้องทำเป็นหนังสือและต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดและต้องจดทะเบียนการให้หลักประกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ |
| วงเงินในการทำสัญญา | ไม่จำกัดวงเงิน | วงเงินต้องไม่ต่ำกว่า 500 ล้านบาท(ในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน) |

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 9

³⁷ อธิก อัครวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข, หน้า 66

ตารางเปรียบเทียบงานของ เจ้าหน้าที่ และ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

| ข้อเปรียบเทียบ | งานของ | เจ้าหน้าที่ | สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ |
|---|--|---|--|
| 1. ผู้ทำสัญญา | บุคคลทั่วไปที่ไม่ถูกจำกัด โดยข้อห้ามของกฎหมาย | บุคคลทั่วไปที่ไม่ถูกจำกัดโดยข้อห้ามของกฎหมาย | กฎหมายระบุคุณสมบัติของผู้รับและผู้ให้ประกันเป็นนิติบุคคลเท่านั้น (บุคคลอื่นที่กำหนดโดยรัฐมนตรีและต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา) |
| 2. รูปแบบของสัญญา | ทำเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ | ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ หากตราเป็นตราสารใบหุ้น ฯลฯ ต้องทำการนำมาให้ปรากฏในตราสารนั้น | ต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดและต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ |
| 3. การส่งมอบหรือการครอบครองทรัพย์สิน | ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่งานของงานของยังคงครอบครองทรัพย์สินที่งานของ | ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่งานของ การครอบครองทรัพย์สินที่งานของถือเป็นสาระสำคัญ | ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้น ให้แก่ผู้รับหลักประกัน |
| 4. วงเงินการทำสัญญา | ไม่จำกัด | ไม่จำกัด | ไม่ต่ำกว่า 500 ล้านบาท ในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน |
| 5. ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน | อสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่กฎหมายกำหนด หากได้จดทะเบียนไว้ตามกฎหมาย | สังหาริมทรัพย์ ตราสาร ใบหุ้น ฯลฯ | ทรัพย์สินไม่ว่าประเภทใด ทั้งที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและจะมีในอนาคตใช้เป็นหลักประกันได้ยกเว้นอสังหาริมทรัพย์ (ยกเว้นหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีอสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย) ฯลฯ |
| 6. การจำหน่ายจ่ายโอน ใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลัก | ผู้งานของสามารถใช้สอยทำประโยชน์ได้ แต่จำหน่ายจ่ายโอน | ใช้สอยไม่ได้ จำหน่ายจ่ายโอนไม่ได้ | ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอน ใช้สอยจำไปรวมกับทรัพย์สินอื่น |

| | | | |
|--------------------------------|--|---|--|
| ประกัน | ไม่ได้ | | ใช้ไปสิ้นไปในกรณีครอบครองเพื่อใช้สิ้นเปลืองได้ |
| 7.ทรัพย์สินที่ได้มา ในอนาคค | จำนองไม่ได้ เพราะ ไม่มีค้ำทรัพย์สิน | จำนำไม่ได้ เพราะไม่ มีทรัพย์สินที่จะส่ง มอบ | ทรัพย์สินซึ่งผู้ให้หลัก ประกันจะได้ในอนาคค เป็นหลักประกันได้ |

3.2.2 บุคคลที่สามารถทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ในการทำสัญญาการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดประเภทของบุคคลที่จะให้หลักประกันและรับหลักประกันไว้ว่าจะต้องเป็นบุคคลประเภทใด ซึ่งจะแตกต่างกับการจำนองและจำนำที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ ดังนั้นผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันจึงต้องเป็นบุคคลดังต่อไปนี้คือ*

1. ต้องเป็นนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลนิติบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับตามกฎหมายของต่างประเทศ
2. นิติบุคคลที่มีกฎหมายไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ
3. นิติบุคคลที่ดำเนินการโดยรัฐบาลต่างประเทศ นิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศองค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การที่ตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศ
4. บุคคลอื่นที่กำหนดโดยรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

จะเห็นว่าบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาจะต้องเป็นนิติบุคคล ไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศ และบุคคลอื่นตามที่รัฐมนตรีกำหนดที่เป็นเช่นนี้เพราะสัญญาหลักประกันมุ่งหมายที่จะช่วยเหลือเศรษฐกิจจึงกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันต้องเป็นนิติบุคคลและการนำกิจการมาเป็นหลักประกันก็มีการกำหนดให้นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นนั้นต้องเพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวตามที่บัญญัติไว้ใน บทนิยามตามมาตรา 3 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจว่า “หลักประกันที่เป็นกิจการ” หมายความว่าหลักประกันซึ่งนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการ คือ โครงการอย่างหนึ่งอย่างใดเพียงอย่างเดียวใช้ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นหลักประกันหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าวตามกฎหมายนี้ หนึ่งที่เป็นประกันในกรณีดังกล่าวนี้ ต้องมีจำนวนไม่

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 6.7

น้อยกว่า จำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาแต่มีให้น้อยกว่า ห้าร้อยล้านบาท แนวความคิดนี้จะเห็นได้ว่ามีแนวคิดมาจากวิธีการให้สินเชื่อ (Project Finance) (ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่2)

3.2.3 การจดทะเบียนการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้ว จะยกเป็นคู่ต่อสู้บุคคลภายนอกได้เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกัน

เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันแล้วผู้รับหลักประกันจะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย การที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมาตรา 9 บัญญัติไว้ว่าเมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันแล้วให้ถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากตามกฎหมายล้มละลายนั้น "เจ้าหนี้มีประกัน" หมายความว่าเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งเมื่อเราพิจารณาจากความหมายของเจ้าหนี้มีประกันนั้น ไม่ได้มีการกำหนดว่าให้ผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย ดังนั้นจึงต้องมีการบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะเอาไว้

เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น หรืออาจจะขอรับชำระหนี้ก็ได้แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประการ คือ³⁸

- 1 การสละหลักประกัน การสละหลักประกันทำให้เจ้าหนี้มีประกันกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน จึงอาจขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน
- 2 บังคับหลักประกันเอง เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิบังคับเองแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้เสมอ เมื่อได้บังคับหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่
- 3 ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดหลักประกัน เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนหนี้ที่ยังขาดอยู่
- 4 ตีราคาหลักประกัน เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

การจดทะเบียนการให้หลักประกันนั้นเพื่อเป็นการแสดงต่อสาธารณะว่าบริษัทได้นำทรัพย์สิน

³⁸ วิชา มหาคณ.กฎหมายล้มละลาย,พิมพ์ครั้งที่5,(กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ,2539)หน้า176.

ใดมาเป็นหลักประกัน

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเมื่อเป็นเจ้าของมีประกันแล้วผู้รับหลักประกันจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินก่อนเจ้าหนี้สามัญ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ให้สิทธิดังกล่าวสิ้นสุดลง * คือ

- 1 ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปลอดจากภาระหลักประกันจนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันทำหนังสือยินยอมให้กระทำเช่นนั้น
- 2 ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งอยู่ในครอบครองของตนโดยปลอดจากภาระหลักประกันจนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกันในกรณีที่เป็นการขายทรัพย์สินนั้นในลักษณะที่เป็นสินค้าในทางการค้าตามปกติของผู้ให้หลักประกัน หากมีข้อตกลงห้ามหรือจำกัดสิทธิดังกล่าวให้ข้อตกลงมีผลผูกพันคู่สัญญาแต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกที่ไม่รู้ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้

กรณีที่ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนนอกจากจะต้องดำเนินการจดทะเบียนการให้หลักประกันแล้วให้แจ้งการให้หลักประกัน โดยระบุหมายเลขทะเบียนการจดทะเบียนการให้หลักประกันต่อนายทะเบียนที่เกี่ยวข้องด้วยการจดทะเบียนการให้หลักประกันจะสมบูรณ์เมื่อนายทะเบียนที่เกี่ยวข้องได้บันทึกการจดทะเบียนลงในทะเบียนทรัพย์สินนั้นแล้ว ตัวอย่างเช่น การให้หลักประกัน โดยนำกิจการมาเป็นหลักประกันทั้งกิจการซึ่งมีที่ดินรวมอยู่ด้วยต้องมีการจดทะเบียนนำที่ดินไปเป็นหลักประกันไว้ในทะเบียนที่ดินด้วย

การจดทะเบียนการให้หลักประกันนั้นให้มีผลใช้บังคับเป็นเวลา 5 ปี นับจากวันที่จดทะเบียนขึ้น กำหนดดังกล่าวแล้วให้ถือว่าการจดทะเบียนนั้นสิ้นสุด เว้นแต่จะมีการต่ออายุการจดทะเบียน การต่ออายุการจดทะเบียน ต้องทำภายใน 6 เดือนก่อนวันหมดอายุการจดทะเบียนและให้มีผลบังคับครั้งละ 5 ปี นับจากวันที่จดทะเบียนครั้งก่อนหมดอายุลง

การจดทะเบียนการให้หลักประกันต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- (1) หมายเลขทะเบียนการจดทะเบียน
- (2) วันที่และเวลาที่จดทะเบียน
- (3) วันที่ที่ต้องต่ออายุการจดทะเบียน
- (4) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้หลักประกันและลูกหนี้
- (5) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ, มาตรา 27

- (6) ข้อความซึ่งแสดงว่าผู้ให้หลักประกันเอาทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเป็นการประกันการชำระหนี้
- (7) หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระหนี้
- (8) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
- (9) ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน
- (10) ระบุว่าเป็นการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ
- (11) รายชื่อเอกสารที่แนบมาด้วยตามมาตรา 20¹
- (12) ลายมือชื่อของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน
- (13) รายการอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการจดทะเบียนการให้หลักประกันนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมีความแตกต่างกับการจดทะเบียนจำนองเพราะตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแม้ไม่มีการแจ้งการให้หลักประกันต่อเจ้าหน้าที่ก็สามารถใช้บังคับระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันได้(ไม่สามารถใช้ยื่นบุคคลภายนอก) แต่ในเรื่องการจำนองนั้นต้องมีการทำสัญญาจำนองและจะทะเบียนจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสมบูรณ์เพราะถ้าไม่มีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ก็จะไม่ถือว่าเป็นการจำนอง³⁹

3.2.4 ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ให้นิยามความหมายของหลักประกันที่เป็นกิจการหมายความว่า “หลักประกันซึ่งนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการคือ โครงการอย่างหนึ่งอย่างใดเพียงอย่างเดียวใช้ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นหลักประกันหนี้ที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าวตามกฎหมายนี้ หนี้ที่เป็นประกันในกรณีดังกล่าวต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาแต่มิให้น้อยกว่าห้าร้อยล้านบาท ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

1. ใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนนิติบุคคลของผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และลูกหนี้ 2. สำเนาทะเบียนทรัพย์สินที่จดทะเบียนเป็นหลักประกันในกรณีที่เป็นทรัพย์สินมีทะเบียน

³⁹ พจนานุกรมศัพท์กฎหมาย, คำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ ,พิมพ์ครั้งที่4,(กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,2540)หน้า141.

ซึ่งทรัพย์สินของกิจการที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นได้ระบุไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 8 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ทรัพย์สินไม่ว่าประเภทใดทั้งที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและที่จะมีในอนาคตใช้เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้ ทั้งนี้ทรัพย์สินต่อไปนี้จะใช้เป็นหลักประกันไม่ได้

- (1) อสังหาริมทรัพย์ ยกเว้นหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีอสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย
- (2) ทรัพย์สินและสิทธิที่ยึดหรืออายัด ไม่ได้ตามกฎหมายหรือไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี
- (3) ทรัพย์สินและสิทธิที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย รวมทั้งสิทธิที่โดยสภาพไม่เปิดช่องให้โอนกันได้
- (4) สิทธิที่มีตราสาร
- (5) เงิน ยกเว้นเงินที่ได้มาแทนที่หลักประกันและที่ได้รับจากสิทธิเรียกร้อง

ทั้งนี้ยังสามารถนำทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตเป็นหลักประกันด้วยก็ได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้ทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ หลักประกันอาจเป็นประกันการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วหรือหนี้ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตหรือหนี้ที่มีเงื่อนไขด้วยก็ได้

ซึ่งถ้ากรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้องผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้เมื่อมีการจดทะเบียนให้หลักประกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และได้บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้อินยอมตามสัญญานั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ต้องทำเป็นหนังสือ

กิจการตามความหมายของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ กิจการคือโครงการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยใช้ทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการนั้น กล่าวคือ ธุรกิจที่ดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น โรงงานเหล็ก โครงการจัดสรรที่ดิน โรงงานกลั่นน้ำมัน โครงการหรือธุรกิจแต่ละอย่างจะมีเครื่องมือเครื่องใช้ อุปกรณ์วัตถุดิบที่ต้องใช้ในกระบวนการผลิตหรือการดำเนินธุรกิจ เช่น โรงงานผลิตเหล็ก เครื่องมือยกเหล็ก เตาหลอมเหล็ก เครื่องรีดเหล็ก ส่วนวัตถุดิบมีเหล็ก สารเคมี เป็นต้นโครงการจัดสรรที่ดิน ก็จะมีที่ดินเป็นวัตถุดิบมีเครื่องจักร เครื่องมือที่ใช้ในการปรับปรุงพัฒนาที่ดิน ฉะนั้นส่วนต่าง ๆ ของกิจการหรือธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งคือสาระสำคัญที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น ๆ สามารถใช้เป็นหลักประกันได้ตามความหมายนี้

นอกจากนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้กิจการนั้นจะต้องมีมูลค่าไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท และการใช้กิจการเป็นหลักประกันนี้หน้าที่จะใช้เป็นประกันจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับโครงการที่เป็นหลักประกันด้วย เช่น นำมาก่อสร้างอาคาร นำมาขยายขนาดของกิจการ เป็นต้น ดังนั้นกรณีที่ หน้าที่มีอยู่ไม่เกี่ยวข้องกับโครงการแต่ใช้โครงการมาเป็นหลักประกันก็จะไม่เข้ากรณีของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ เช่น โรงงานผลิตเหล็กตามที่กล่าวข้างต้น ต้องการซื้อที่ดินอีกแปลงหนึ่งเพราะเห็นว่าจะมีกำไรในอนาคตจึงซื้อไว้ ที่ดินแปลงนี้ไม่ใช่หลักประกันที่เป็นกิจการตามความหมายของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ ส่วนที่ดินที่โรงงานเหล็กตั้งอยู่เป็นทรัพย์สินที่เป็นกิจการตามความหมายนี้ ที่ดินแปลงที่โรงงานเหล็กซื้อมาเพื่อหวังกำไร ก็สามารถนำไปจำนองเป็นหลักประกันได้ตามปกติ แต่จะนำมาพร้อมกับทรัพย์สินที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้

ฉะนั้นคำว่ากิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมาตรา 3 จึงหมายความว่ารวมถึงทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา และ สิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการดำเนินกิจการนั้น

การใช้กิจการเป็นหลักประกันตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นแล้วข้างต้นแล้วว่ากิจการหนึ่งประกอบด้วยทรัพย์สินหลายรายการรวมเข้าด้วยกัน เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกิจการที่ตั้งไว้

กิจการที่เป็นหลักประกันตามความหมายของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจสามารถแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ

- ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ของกิจการหรือโครงการ นำมาเป็นหลักประกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนเป็นการให้หลักประกันทั้งกิจการตามมาตรา 19(10)
- ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ของกิจการหรือโครงการนำมาเป็นหลักประกันและได้จดทะเบียนเป็นการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามมาตรา 19 (10) ซึ่งทำให้หลักประกันที่เป็นกิจการนี้สามารถจำหน่ายหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับโอน สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้*

การให้หลักประกันที่เป็นกิจการเมื่อมีการบังคับหลักประกันแล้วผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ต้องจดทะเบียนนำกิจการมาเป็นหลักประกันด้วยตามมาตรา 19 (10) คือต้องระบุชัด

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา59

แจ้งว่าเป็นการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ เพราะหมวด 7 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้มาตรา 57 ก็ยังกำหนดว่าหากไม่ระบุไว้ว่าเป็นการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามมาตรา 19 (10) ก็ไม่สามารถใช้หมวด 7 มาบังคับได้ คงใช้ได้เพียงบังคับตามหมวด 5 เท่านั้น

ความแตกต่างระหว่างการที่ได้กิจการมาจดแจ้งหลักประกันตามมาตรา 19(10) กับการไม่ระบุว่ามีกิจการเป็นหลักประกันนอกจากไม่สามารถบังคับตามหมวด 7 แล้ว คือผู้โอนอาจไม่สามารถใช้ทรัพย์สินบางอย่าง เช่น เครื่องชั่งงาน ซึ่งเสี่ยงของกิจการ มาใช้เพื่อเพิ่มมูลค่าของกิจการ ดังนั้นในการให้หลักประกันที่เป็นกิจการนั้นจะมีทรัพย์สินในรูปแบบต่าง ๆ รวมอยู่ด้วย เช่น อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ต่าง ๆ ทั้งที่จดทะเบียนได้และที่จดทะเบียนไม่ได้ สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ โครงการสร้างการดำเนินงาน เครื่องชั่งงาน บุคคลากรต่าง ๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นกิจการด้วย กิจการจะมีค่าเป็นหลักประกันมากขึ้นเมื่อมีการขายไปในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ตัวอย่างเช่นรถยนต์คันหนึ่ง ถ้าถอดล้อ เครื่องตัวถังออกจากกัน ก็จะเป็นเพียงทรัพย์สินแต่ละส่วนไม่เป็นรถ ถ้าเป็นรถต้องรวมกันเหมือนกิจการต้องรวมทรัพย์สินที่เป็นกิจการทุกอย่างเข้าด้วยกัน เช่นเครื่องชั่งลูกค้าขายตรง เป็นต้น

กิจการที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นหลักสำคัญคือผู้ให้หลักประกันต้องสามารถครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เพราะกิจการต้องมีการดำเนินธุรกิจไปด้วย ขณะที่นำหลักประกันเหล่านี้ไปเป็นหลักประกัน ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้จึงได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันมีความคล่องตัวโดยจะส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ยังสามารถจำหน่ายจ่ายโอน ใช้สอย ใช้ในการผลิต นำไปรวมกับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้ไปสิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สิน จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน*

การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

เนื่องจากการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น การครอบครองทรัพย์สินยังอยู่ที่ผู้ให้หลักประกันซึ่งผู้ให้หลักประกันจะสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน ทรัพย์สินได้ จนกว่าจะมีการบังคับหลักประกันดังนั้นผู้ให้หลักประกันจึงมีหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 22

ซึ่งกำหนดไว้ตามมาตรา 22 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจว่า “ กรณีที่ผู้ให้หลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันต้องสงวนทรัพย์สินนั้นเสมือนเช่นวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนเองหากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างนั้น”

นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจยังกำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย จำนอง มาใช้ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 16 ของร่างพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่ผู้ให้ประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่อง จำนอง มาใช้บังคับ โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายนี้”

หน้าที่ของผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ข้างต้น จะมีลักษณะคล้ายกับหน้าที่ของผู้ครอบครองทรัพย์สินตามกฎหมายลักษณะอื่นๆ คือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

จำนำ มาตรา 759 ผู้รับจำนำต้องรักษาทรัพย์สินจำนำไว้ให้ปลอดภัยและต้องสงวนทรัพย์สินจำนำนั้นเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง

จำนอง มาตรา 723 เป็นเรื่องทรัพย์สินที่จำนองบุบสลายหรือสูญหายจะเป็นเหตุให้ผู้รับจำนองบังคับจำนองได้ ดังนี้ผู้จำนองจึงต้องมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินที่จำนองไม่ให้บุบสลายหรือสูญหาย

เช่าทรัพย์สิน มาตรา 533 กำหนดให้ผู้เช่าต้องสงวนทรัพย์สินที่เช่าเสมือนกับวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง

ฝากทรัพย์สิน มาตรา 659 บัญญัติไว้มีใจความว่าหากการฝากทรัพย์สินไม่มีค่าจ้างหรือบำเหน็จผู้รับฝากต้องรักษาทรัพย์สินที่รับฝากเสมือนเช่นทรัพย์สินของตนเองหากการฝากทรัพย์สินมีค่าจ้างหรือบำเหน็จผู้รับฝากต้องระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อรักษาทรัพย์สินนั้นเหมือนวิญญูชนพึงกระทำและหากต้องใช้ฝีมืออันพิเศษก็ต้องทำหากการรับฝากทรัพย์สินผู้รับฝากเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด ก็ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือในกิจการหรืออาชีพที่ตนทำได้

3.2.5 สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

เมื่อมีการนำหลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ไม่ว่าจะ เป็นไปตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจหรือสิทธิและหน้าที่ของผู้นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีสิทธิและหน้าที่ไม่ต่างกันมากนัก

ส่วนหัวข้อนี้จะศึกษาถึงกรณีสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจและจะกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตามกฎหมายลักษณะอื่นตอนท้าย โดยแสดงถึงความเหมือนกันหรือต่างกันของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกับกฎหมายหลักประกันลักษณะอื่น

หัวข้อสำคัญที่จะพิจารณาคือ

3.2.5.1 สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

1. มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจำหน่าย จ่าย โอน ใช้ สอย ใช้ในการผลิต นำไปรวมกับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้ไปสิ้นไป¹
2. มีสิทธิได้ดอกผลจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน²
3. มีสิทธิขอให้ผู้รับหลักประกันยืนยันหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระเป็นหนังสือโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แต่ต้องห่างจากการขอยืนยันหนี้ครั้งแรกหกเดือนขึ้นไป³
4. มีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเวลาใดก็ได้ ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁴
5. สิทธิที่ยอมให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ⁵
6. มีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนอง จำนำ ต่ออีกทอดได้⁶

3.2.5.2 หน้าที่ของผู้ให้หลักประกัน

1. มีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเช่นวิญญูชนพึงรักษาทรัพย์สินของตนเอง

¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 22

² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 22

³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 26

⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 50

⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 35

⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 31,32

หากผู้ให้หลักประกันมีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขาย หรือมีอาชีพอื่นก็ต้องใช้ความระมัดระวัง และฝีมือเช่นว่านั้น* ในกรณีผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครอง

2. มีหน้าที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นครั้งคราว**
3. มีหน้าที่รับผิดชอบหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมค่า โดยความประมาทเลินเล่อของผู้ให้หลักประกัน*** ในกรณีผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

3.2.5.3 สิทธิของผู้รับหลักประกัน

1. มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหาย หรือเสื่อมราคา เนื่องจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ****
2. มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่แทนได้จากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้แทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหาย***** มาเป็นหลักประกัน
3. มีสิทธิเข้าตรวจสอบดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นครั้งคราว

3.2.5.4 หน้าที่ของผู้รับหลักประกัน

มีหน้าที่ต้องตอบหนังสือยืนยันหนี้ หรือระบุจำนวนหนี้ที่ถูกต้องเป็นหนังสือให้กับผู้ให้หลักประกันภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ให้หลักประกัน

3.2.5.5 เปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ของผู้นำหลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันตามกฎหมายลักษณะอื่นกับร่าง พ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ

กฎหมายลักษณะอื่นที่มีการนำหลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่ง

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 23,16

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 25

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 23

**** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 23

***** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 29

และพาณิชย์มีจําเอง ขายฝาก* เป็นต้น กฎหมายแต่ละลักษณะกำหนดสิทธิและหน้าที่แตกต่างกัน บ้างคล้ายกันบ้างตามลักษณะกฎหมายนั้นดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบสิทธิหน้าที่ของผู้นำหลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันตามกฎหมายลักษณะอื่นกับ

ร่าง พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจ

| สิทธิและหน้าที่ | จําเอง | จํานำ | ขายฝาก | ร่าง พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจ |
|------------------------------|--|---|--|--|
| 1. หน้าที่ดูแล หลักทรัพย์ | ถ้าทรัพย์สินซึ่ง จําเองบุบสลาย หรือถ้าทรัพย์สิน ซึ่งจําเองแต่สิ่ง ใดสิ่งหนึ่งสูญ หาย หรือ บุบ สลายเป็นเหตุให้ ไม่เพียงพอแก่ การประกันไซ้ ท่าน ว่า ผู้รับ จําเองจะบังคับ จําเองเสียในทัน ทีก็ได้ เว้นแต่เมื่อ เหตุนั้นมีได้เป็น เพราะความผิด ของผู้จําเอง และ ผู้จําเองก็เสนอ จะจําเองทรัพย์ สินอื่นแทนให้มี ราคาเพียงพอ หรือเสนอจะรับ ซ่อมแก้ไขความ บุบสลายนั้นภาย | ผู้รับจํานำจําต้อง รักษาทรัพย์สิน จํานำไว้ให้ปลอด ภัยและต้องสงวน ทรัพย์สินจํานำ เช่นอย่างวิญญูชน จะ พึ่ง ส ง ว น ทรัพย์สินของตน เอง | ทรัพย์สินซึ่งได้ นั้นท่านว่าต้องสง คินตามสภาพที่ เป็นอยู่ในเวลาได้ แต่ ถ้า หาก ว่า ทรัพย์สินนั้นถูก ทำลายหรือทำให้ เสื่อมเสียไป เพราะความผิด ของผู้ซื้อไซ้ ท่านว่าผู้ซื้อจะ ต้องใช้ค่าสินไหม ทดแทน | ผู้ให้หลักประกัน จะ ต้อง ส ง ว น รักษาทรัพย์สิน นั้นเหมือนเช่น วิญญูชนพึงสงวน ทรัพย์สินของตน เอง หากผู้ให้หลัก ประกันเป็นผู้มี วิชาชีพเฉพาะกิจ การค้าขายหรือ อาชีพะอย่างหนึ่ง อย่างใดก็จําต้อง ใช้ความระมัด- ระวังและใช้ฝีมือ เท่าที่เป็นธรรมดา จะต้องใช้และสม ควรจะต้องใช้ใน กิจการค้าขาย หรืออาชีพะอย่าง นั้นถ้าผู้ให้หลัก ประกัน ทำให้ ทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันสูญ |

* โดยเนื้อแท้แม้มิใช่กฎหมายหลักประกันแต่ก็มีการนำมาเป็นหลักประกัน

| | | | | |
|--|---|---|--|--|
| | ในเวลาอันสมควรแก่เหตุ | | | หายหรือเสื่อมราคาลงเพราะการกระทำหรือความประมาทเลินเล่อแห่งตนเป็นเหตุให้ผู้รับหลักประกันต้องเสียหาย ผู้ให้หลักประกันจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น |
| 2. ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน | ผู้จำนองเป็นเจ้าของดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน | ผู้จำนำเป็นเจ้าของดอกผล | กฎหมายไม่ได้กำหนดจึงดูจากกรรมสิทธิ์เป็นหลัก ดังนั้นผู้ซื้อฝากได้ดอกผล | ในกรณีผู้ให้หลักประกันครอบครองทรัพย์สินผู้ให้หลักประกันมีสิทธิได้ดอกผลจากทรัพย์สินที่เป็นประกัน |
| 3. การไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน | ถ้าไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่นผู้จำนองจะชำระหนี้โดยต่างจำนองเป็นงวดๆ หรือชำระทั้งหมดก็ได้ | ผู้จำนำจะชำระหนี้เมื่อไรก็ได้ หากชำระไม่ครบเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะยึดของที่จำนำไว้ได้ทั้งหมดจนกว่าจะได้รับชำระหนี้และค่าอุปกรณ์ครบถ้วน | กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องไถ่เมื่อไรเพียงกำหนดระยะเวลาที่ทำการขายฝากว่าต้องไม่เกิน 10 ปี ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ และ 3 ปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ | ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเวลาใดก็ได้ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน |
| 4. ความรับผิดชอบของลูกหนี้ ผู้ให้หลักประกันเมื่อบังคับหลักประกันแล้ว | ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ส่วนที่ขาดผู้ให้หลักประกันไม่ต้องชำระส่วน | ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ส่วนที่ขาดอยู่ผู้จำนำไม่ต้องชำระส่วนที่ขาด | | ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ส่วนที่ขาดอยู่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องชำระส่วน |

| ได้เงินน้อยกว่า หนี้ที่ค้างชำระ | ที่ยังขาดอยู่ | | | ที่ขาด |
|--|---|--|--|--|
| 5. การเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ | เอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิได้ | เอาทรัพย์สินจำนำหลุดเป็นสิทธิไม่ได้ต้องขาดทอดตลาด | เมื่อพ้นกำหนดไถ่ผู้ซื้อฝากก็เป็นเจ้าของกรรมสิทธิโดยสมบูรณ์ | ถ้าต้องการที่จะเอาหลักประกันหลุดเป็นสิทธิจะต้องบังคับหลักประกันในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินธรรมดาตามหมวด 5 แต่ถ้าบังคับหลักประกันในลักษณะหลักประกันที่เป็นกิจการตามหมวด 7 แล้ว จะ ไม่สามารถเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิได้ |
| 6. ข้อตกลงว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับหลักประกันเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน | ไม่สามารถนำข้อตกลงนี้ได้ หากมีข้อตกลงเช่นนั้นไม่สมบูรณ์ | ไม่สามารถนำข้อตกลงนี้ได้หากมีข้อตกลงเช่นนั้นไม่สมบูรณ์ | ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงเพราะเมื่อพ้นกำหนดไถ่ผู้ซื้อฝากเป็นเจ้าของกรรม-สิทธิอยู่แล้ว | ไม่สามารถทำข้อตกลงเช่นนี้ได้ หากมีข้อตกลงเช่นว่านี้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ |

3.2.6 สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

สิทธิและหน้าที่นอกจากของผู้ให้หลักประกันกับผู้รับหลักประกันแล้ว สิทธิและหน้าที่นี้อาจเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกที่ต้องเข้าเกี่ยวข้องกับผู้ใช้หลักประกันและหรือผู้รับหลักประกัน ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมได้รับความเสียหาย ดังนั้นกฎหมายจึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันบุคคลภายนอกที่สุจริต เช่นการให้จดแจ้งหลักประกัน เพื่อบุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ซึ่งจะได้รู้ถึงสภาพของตัวทรัพย์สินว่ามีภาระผูกพันหรือไม่ และเพื่อที่จะได้ทราบถึงฐานะของลูกหนี้เป็นต้น

3.2.6.1 สิทธิของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

(1) ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือทรัพย์สินที่ได้มาแทนหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ ไม่ว่าจะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ เว้นแต่กรณีผู้โอนสิทธิสามารถโอนทรัพย์สินโดยปลอดภาระหลักประกันซึ่งผู้รับหลักประกันได้ทำหนังสือยินยอมไว้ หรือในกรณีเป็นการขายทรัพย์สินนั้นในลักษณะที่เป็นสินค้าในทางการค้าตามปกติของผู้ให้หลักประกัน ในสองกรณีนี้สิทธิของผู้รับหลักประกันจะหมดไป

(2) สิทธิของผู้รับหลักประกันเมื่อจดแจ้งหลักประกันแล้ว เป็นเจ้าหนีที่มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย**

(3) ในกรณีมีนุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจสิทธิของผู้รับหลักประกันมีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนองในกรณีจดทะเบียนสงฆ์ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนำในกรณีที่มี การจดทะเบียนสงฆ์ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้หากมีจดทะเบียนจำนองสงฆ์ทรัพย์สินนั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกันกับผู้รับหลักประกันและผู้รับจำนำ***

(4) ผู้รับหลักประกันหลายราย หรือ ระหว่างผู้รับหลักประกันกับเจ้าหนี้จำนองหรือจำนำ ถือตามลำดับก่อนหลังในการจดทะเบียนหรือผู้รับจำนำที่รับจำนำก่อน****

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 27

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 9

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 32

**** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 30 ,31

3.2.6.2 หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

ต้องมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้

ผู้รับหลักประกันต้องจดทะเบียนหลักประกันทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่ายจ่ายโอน แลกเปลี่ยน หรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสียหาย จึงสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้

หากทรัพย์สินที่ได้มาเป็นสิทธิเรียกร้อง ผู้รับหลักประกันต้องมีหน้าที่บอกกล่าวไปยังลูกหนี้^{**} หรือลูกหนี้ยินยอมตามสัญญา^{***} โดยคำบอกกล่าวหรือความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือ ต้องมีจดแจ้งคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวจึงสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ของบุคคลภายนอกได้^{****}

3.2.6.3 สิทธิของบุคคลภายนอก

สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้จะยกเป็นคู่ต่อสู้บุคคลดังต่อไปนี้ไม่ได้

- (1) บุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่รู้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ในการขายทอดตลาดหรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น^{****}
- (2) บุคคลภายนอกซึ่งได้เงินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่รู้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ^{*****}

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 29

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 13,9

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 65

**** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 28(1)

***** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 28(2)

3.2.7 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ก็ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนหลักประกันที่เป็นกิจการไว้แล้วตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 19(10) หรือจะบังคับตามบทบัญญัติในหมวด 5 ก็ได้ หากไม่ได้จดทะเบียนไว้คงใช้บทบัญญัติในหมวด 5 บังคับเท่านั้น^{*}

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการหมายถึงการบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจให้นำบทบัญญัติในหมวด 5 เรื่องการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน มาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดแย้งหรือแย้งกับการจำหน่ายและการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ^{**}

นอกจากการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้แล้วในหมวด 5 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้มาตรา 49 ยังระบุให้นำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับหลักประกัน โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้

บทบัญญัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นบททั่วไปซึ่งใช้อ้างอิงในการบังคับคดีทั่วไป ส่วนการบังคับคดีตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ มีกฎเกณฑ์การบังคับหลักประกันเพื่อนำหลักประกันของผู้ให้หลักประกัน ออกจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ส่วนใดที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้มิได้บัญญัติไว้ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ

และการที่จะตกลงกันไว้ก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับหลักประกันเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใดนอกจากตามที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจในเรื่องการบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ ข้อตกลงเช่นว่านี้เป็นโมฆะ

(1) สาเหตุที่บังคับหลักประกันได้

ก. ลูกหนี้ผิดนัด

^{*} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 57

^{**} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 58

สัญญาหลักประกัน สัญญาจำนอง สัญญาจำนำ เป็นสัญญาอีกสัญญาหนึ่งซึ่งแยกจากสัญญาหลักได้ เช่นสัญญากู้เงิน โดยมีที่ดินจำนองค้ำประกัน สัญญากู้เป็นสัญญาหนึ่ง สัญญาจำนองก็เป็นสัญญาหนึ่ง การจำนองที่ดินก็เพื่อประกันการชำระหนี้เงินกู้ของผู้กู้ ดังนี้เมื่อศึกษาถึงสัญญาที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันต้องคำนึงถึงว่ามีสองสัญญาซ้อนกันอยู่ คือสัญญาหลักและสัญญานำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน

เมื่อมีการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญาต้องกระทำหรือเว้นการกระทำใดแล้วนั้น การค้ำประกันก็เป็นการรับรองการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจว่าจะได้รับการชำระหนี้ที่ตกลงสัญญากันไว้

ดังนั้นลูกหนี้คิดนัด จึงหมายถึงลูกหนี้ที่ทำสัญญาประจาน ไม่ใช่ผู้ทำสัญญาหลักประกัน เพราะผู้ทำสัญญาหลักประกันเมื่อทำสัญญาเสร็จแล้วก็ไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรอีก เพราะผู้ให้หลักประกันไม่ใช่ลูกหนี้ เว้นแต่ว่าลูกหนี้คือผู้ให้หลักประกันด้วย

ข. มีเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกัน

เหตุที่จะบังคับหลักประกันได้ตามสัญญาหลักประกันคือเป็นข้อตกลงอย่างใดอย่างหนึ่งตามสัญญาหลักประกัน เช่น เมื่อมีการเลิกกิจการ หรือมีการยุติการค้าขาย เพราะถ้าผู้ให้หลักประกันเลิกกิจการ หรือ ยุติการค้าขายเท่ากับว่ากิจการนั้นไม่สามารถทำกำไรเพื่อมาชำระหนี้ได้ จึงต้องมีการบังคับหลักประกันเพื่อให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวเข้าไปดำเนินงาน หรือ ตกลงให้บังคับหลักประกันในกรณีหลักประกันมีความเสี่ยง

(2) การบอกกล่าวบังคับหลักประกัน

เมื่อจะมีการบังคับหลักประกันจะต้องมีการบอกกล่าวการบังคับหลักประกันแก่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน ซึ่งถ้าลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าว ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกันซึ่งในการบอกกล่าวบังคับหลักประกันต้องมีข้อความอย่างน้อยดังต่อไปนี้

หนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกันต้องมีข้อความดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ให้หลักประกัน
- (2) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน

- (3) รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ประสงค์จะบังคับ พร้อมด้วยหมายเลขทะเบียนการจดทะเบียนการให้หลักประกัน
- (4) หน้าที่ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกัน
- (5) เหตุแห่งการผินผัน หรือเหตุที่จะบังคับหลักประกันได้ตามสัญญา
- (6) ข้อความที่แสดงถึงเจตนาที่จะบังคับหลักประกันรวมทั้งวิธีการบังคับหลักประกันและต้องมีข้อความที่แสดงถึงเจตนาที่จะบังคับหลักประกันโดยวิธีจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

(3) ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกัน

เมื่อศาลได้รับคำร้องขอบังคับหลักประกันแล้วจะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลถึงรายการดังต่อไปนี้

1. สัญญาหลักประกัน
2. หลักฐานการจดทะเบียนทางทะเบียน
3. หนังสือบอกกล่าวบังคับหลักประกัน ต้องมีข้อความเพิ่มเติมว่ามีเจตนาที่จะบังคับหลักประกัน โดยวิธีจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้
4. หนังสือยืนยันของผู้รับหลักประกันว่าลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันผินผันชำระหนี้
5. แสดงให้ศาลเห็นว่าสามารถจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

จะเห็นได้ว่าการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น การที่ศาลจะสั่งบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ก็ต่อเมื่อผู้รับหลักประกันต้องแสดงให้เห็นว่าสามารถจำหน่ายหลักประกันของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน โดยที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ การขายลักษณะนี้จะมีราคาสูงกว่าแยกขาย หากผู้รับหลักประกันไม่แสดงคือไม่นำสืบให้เห็นในประเด็นที่กล่าวข้างต้นศาลก็คงไม่อนุญาตให้บังคับหลักประกันในลักษณะที่เป็นหลักประกันที่เป็นกิจการ

เมื่อศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุอันบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกัน และศาลจะตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราว โดยที่จะมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้

บริหารกิจการชั่วคราว วิธีการทำงาน เงื่อนไขการทำงาน กำหนดเวลาจัดการและจำหน่ายหลักประกันตามที่ศาลเห็นสมควร^{*}

เมื่อศาลแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวแล้ว ผู้รับหลักประกันจะใช้สิทธิบังคับหลักประกันตามวิธีการที่บัญญัติในหมวด 5 อีกไม่ได้แล้วเว้นแต่ผู้ให้หลักประกันยินยอมหรือศาลเห็นสมควร^{**}

ทำไมถึงกำหนดให้ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกันที่บัญญัติไว้ในหมวด 5 อีกไม่ได้ เพราะว่า

1. เป็นการขอบังคับหลักประกันซ้ำซ้อน คือ ขอบังคับหลักประกันตามหมวด 7 แล้วยังขอบังคับหลักประกันตามหมวด 5 อีกด้วย
2. เมื่อขอบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามหมวด 7 ศาลแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราว แล้วขอบังคับหลักประกันตามหมวด 5 ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดี จึงเป็นคดีเรื่องเดียวมีเจ้าพนักงานดำเนินการถึง 2 คน ซึ่งต่างคนก็มีอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ร่างมาตรา 60 วรรค 2 จึงกำหนดห้ามไว้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันหรือศาลเห็นสมควรก็กลับไปใช้หมวด 5 ได้

กรณีที่ผู้ให้หลักประกันยินยอม หรือศาลเห็นสมควรให้กลับไปใช้ตามหมวด 5 เช่น ผู้รับหลักประกันขอให้จำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินการต่อไปได้ ศาลเห็นว่าเหตุที่จะบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการได้ก็บังคับให้ ต่อมาผู้ให้หลักประกันเห็นว่าหากขายไปทั้งกิจการก็ไม่ทำให้ราคาขายดีขึ้น อีกทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายมากโดยไม่จำเป็น เช่น ค่าใช้จ่ายส่วนของผู้บริหารกิจการชั่วคราว ค่าดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นกิจการทั้งหมดซึ่งลงทุนสูงกว่า จะกลับไปใช้บังคับตามหมวด 5 อีกก็ไม่ได้ เพราะกฎหมายห้ามไว้แล้ว ต้องปรึกษากับผู้ให้หลักประกันหรือแจ้งข้อเท็จจริงต่อศาล เมื่อศาลเห็นสมควรหรือผู้ให้หลักประกันยินยอมก็สามารถทำได้

(4) กรณีผู้ให้หลักประกันคัดค้านการบังคับหลักประกัน

เมื่อลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันได้รับคำสั่งบังคับหลักประกันแล้วอาจจะยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งบังคับหลักประกันได้ภายในสามสิบวันนับแต่ทราบคำสั่งศาล ถ้าเห็นว่าเป็นกรณีลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันไม่ได้ผิดนัด หรือมีข้อโต้แย้งอันอันแสดงให้เห็นว่าผู้รับหลักประกันไม่มีสิทธิบังคับหลักประกัน เมื่อศาลได้รับคำร้องแล้วให้มีคำสั่งงดการบังคับและจำหน่าย

^{*} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 60

^{**} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 60 ว.2

ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้จนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำพิพากษา และเมื่อมีการส่งหมายเรียกและสำเนาคำร้องแล้วให้ผู้รับหลักประกันทำการคัดค้านเป็นหนังสือต่อศาลภายในสิบห้าวันถ้าไม่ได้มีการคัดค้านให้ศาลเพิกถอนคำสั่งบังคับหลักประกัน แต่ในกรณีที่มีคำคัดค้านจากผู้รับหลักประกันให้ศาลดำเนินคดีต่อไปเช่นคดีสามัญโดยถือว่าคำร้องขอเพิกถอนคำสั่งบังคับหลักประกันเป็นคำฟ้องและคำคัดค้านเป็นคำให้การ โดยให้การดำเนินการพิจารณาคดีติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จวันแต่มีเหตุจำเป็นและเมื่อเสร็จการพิจารณาคดีแล้วให้ศาลรีบทำคำพิพากษาโดยเร็ว

(5) การยกเลิกคำสั่งบังคับหลักประกัน

ถ้าข้อเท็จจริงหรือมีพฤติการณ์ที่ศาลอาศัยเป็นหลักในการมีคำสั่งบังคับหลักประกันเปลี่ยนแปลงก่อนมีการจำหน่ายหลักประกัน ศาลจะมีคำสั่งแก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งเดิมก็ได้ เมื่อศาลนั้นเห็นสมควร หรือเมื่อผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน ผู้บริหารกิจการชั่วคราว หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีมีคำขอ* และถ้าศาลได้มีคำสั่งยกเลิกคำสั่งบังคับหลักประกันให้มีการแจ้งคำสั่งนั้นไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ นายทะเบียนที่เกี่ยวข้อง และนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทหรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยด่วนเพื่อพนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียนดังกล่าวจะได้จัดแจ้งคำสั่งศาลดังกล่าวและให้ศาลแจ้งคำสั่งดังกล่าวแก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราว เจ้าพนักงานบังคับคดี ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน และลูกหนี้โดยไม่ชักช้า เมื่อทราบคำสั่งแล้วให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวส่งมอบทรัพย์สิน ควงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สินหนี้สินและกิจการของผู้ให้หลักประกันแก่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันโดยเร็วที่สุด** และให้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันกลับเป็นของผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน และให้ผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกันมีสิทธิตามกฎหมายต่อไป*** คำสั่งศาลที่ยกเลิกคำสั่งบังคับหลักประกันไม่กระทบถึงการใดที่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวได้กระทำไปแล้วก่อนศาลมีคำสั่งยกเลิกการบังคับหลักประกัน

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 60

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 77

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 78

(6) ผู้บริหารกิจการชั่วคราว

ถ้าในกรณีที่ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกันแล้วจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อมาทำหน้าที่ดำเนินการจัดการหลักประกันและทำการจำหน่าย ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้ให้ความหมายว่า ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือบุคคลอื่นที่ศาลสั่งให้มีอำนาจจัดการหลักประกันที่เป็นกิจการเป็นการชั่วคราว และดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการดังกล่าวในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวก็คือผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้มีอำนาจจัดการหลักประกันที่เป็นกิจการ และดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้โดยศาลจะกำหนดอำนาจ หน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราว วิธีการดำเนินการ เงื่อนไขการทำงาน และกำหนดเวลาในการจัดการและจำหน่ายหลักประกันได้

เมื่อศาลมีคำสั่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวแล้ว ให้ผู้รับหลักประกันแจ้งคำสั่งนั้นแก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราว เจ้าพนักงานบังคับคดี ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน ถูกหนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่ นายทะเบียนที่เกี่ยวข้อง และนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท หรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยด่วน เพื่อพนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียนดังกล่าวจะได้จดแจ้งคำสั่งศาลไว้ในทะเบียน อำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวเริ่มแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้เมื่อมีการจดแจ้งคำสั่ง

ก. บุคคลที่เป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราวได้คือ

- (1) บุคคลที่ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นหรือ
- (2) ในกรณีไม่มีความตกลงให้ศาลแต่งตั้งจาก ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันหรือ เจ้าพนักงานบังคับคดี บุคคลอื่นที่ศาลเห็นสมควรให้เป็นเมื่อบุคคลนั้นยินยอม** และบุคคลที่เป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราวไม่ได้คือ ผู้รับหลักประกัน

ข. สิทธิของผู้บริหารกิจการชั่วคราว

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 60

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 63

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวมีสิทธิได้รับค่าตอบแทน ในกรณีได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราว ค่าตอบแทนดังกล่าวนี้ ศาลเป็นผู้กำหนด เว้นแต่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในกฎกระทรวง

ค. อำนาจของผู้บริหารกิจการชั่วคราว

เมื่อศาลแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวแล้ว ผู้บริหารกิจการชั่วคราวมีอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอำนาจในบางกรณีต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าพนักงานบังคับคดีอำนาจของผู้บริหารกิจการชั่วคราวเช่น

1. อำนาจหน้าที่ในการจัดการหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันตกแก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราว และสิทธิของผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกัน ตกแก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวด้วย ยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล อำนาจที่กล่าวมาข้างต้นของผู้บริหารกิจการชั่วคราว ต้องอยู่ภายใต้การ กำกับดูแลของเจ้าพนักงานบังคับคดี*

2. มีอำนาจขยายระยะเวลาที่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน ต้องยื่นคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกัน** ภายใน 7 วันนับแต่วันที่ทราบคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราว ออกไปได้ตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกิน 30 วัน

3. มีอำนาจเรียกให้ผู้ครอบครองส่งมอบทรัพย์สิน คงวนตรา สมุดบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการของผู้ให้หลักประกันแก่ตนได้ด้วย***

4. มีอำนาจจ้างบุคคลอื่นเข้ามาช่วยจัดการทำคำชี้แจงที่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันไม่ทำหรือไม่สามารถทำได้ ค่าใช้จ่ายในการจ้างบุคคลอื่น คิดหักจากทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกัน****

ง. หน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราว

ตามที่กล่าวมาข้างต้น อำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อจัดการทรัพย์สิน หลักประกันที่เป็นกิจการ ให้ดำเนินการจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 66

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 67,68

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 65วรรค 2

**** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 70 วรรค 1

หน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ มาตรา 71 และหน้าที่อื่น ๆ อีกที่กำหนดไว้ในมาตราต่าง ๆ เช่น

(1) มาตรา 71 ให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดการกิจการและทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแทนผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน
2. ดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกันต่อไป
3. มอบเงินรายได้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนต่อศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดี ภายในเวลาและกำหนดตามที่ศาลเห็นสมควร
4. แจ้งศาล เจ้าพนักงานบังคับคดีและผู้รับหลักประกัน ในกรณีเห็นว่า จะไม่สามารถจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอน สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้
5. ดำเนินการให้มีการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยบุคคลและวิธีการที่ศาลกำหนด เช่น ขายทอดตลาด ขายในห้องตลาด หรือขายโดยการประมูล เพื่อให้ราคาอันสมควร
6. แจ้งผู้ที่ได้รับ โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทั้งหมดให้ชำระราคา แก่เจ้าพนักงานบังคับคดีโดยตรง
7. หน้าที่อื่น ๆ ตามที่ศาลกำหนด

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามข้างต้น ผู้บริหารกิจการชั่วคราวต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขาย ผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง

(2) มีหน้าที่ไปศาลเพื่อตอบข้อซักถามในเรื่องเกี่ยวกับ กิจการที่เป็นหลักประกัน

(3) มีหน้าที่ทำคำชี้แจงในเรื่องบัญชี เรื่องการเงิน หรือเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีสั่ง*

(4) มีหน้าที่ทำการหรือมิให้กระทำการใดๆตามที่เห็นสมควร ตามที่เจ้าพนักงานบังคับคดีสั่ง**

(5) มีหน้าที่ทำคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันเมื่อผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันไม่ทำหรือไม่สามารถทำคำชี้แจงได้***

* ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 66วรรค2

** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 66วรรค2

*** ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 67 วรรค2

- (6) มีหน้าที่จัดทำรายงานการปฏิบัติตามคำสั่งศาลเสนอต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีทุกรอบสามเดือน หรือภายในระยะเวลาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนด^{*}
- (7) เมื่อผู้บริหารกิจการชั่วคราวพ้นจากตำแหน่ง ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ควงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการของผู้ให้หลักประกันแก่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันโดยเร็วที่สุด^{**}

จ. ข้อห้ามของผู้บริหารกิจการชั่วคราว

ได้กำหนดไว้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมาตรา 66 วรรค 3 ว่า ห้ามจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินนอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการทางการค้า ตามปกติของผู้ให้หลักประกันสามารถดำเนินต่อไปได้เว้นแต่เป็นการดำเนินการบังคับหลักและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ

ฉ. หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันที่มีต่อผู้บริหารกิจการชั่วคราว

ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันเมื่อทราบคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวแล้ว อำนวยหน้าที่ในการจัดการหลักประกันที่เป็นกิจการของผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันคดแก่ผู้บริหารชั่วคราว ดังนี้ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันจึงมีหน้าที่ต่อผู้บริหารกิจการชั่วคราวดังนี้

1. ส่งมอบทรัพย์สิน ควงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการของผู้ให้หลักประกันแก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวโดยเร็วที่สุด^{***}
2. ต้องชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกัน ในเรื่องบัญชี เรื่องการเงิน หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกิจการและทรัพย์สิน ต่อผู้บริหารกิจการชั่วคราวภายใน 7 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับทราบคำสั่งแต่งตั้ง^{****}

^{*} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 77

^{**} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 77วรรค2

^{***} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 62

^{****} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 67

3. ต้องให้ข้อมูลที่จำเป็น และ ให้ความช่วยเหลือผู้บริหารกิจการชั่วคราวในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดำเนินกิจการต่อไปและจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน^{*}

ข. ผู้บริหารกิจการชั่วคราวพ้นจากตำแหน่ง

ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะพ้นจากตำแหน่งในกรณีดังต่อไปนี้^{**}

1. ตาย
2. นิติบุคคลซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราวเลิกกัน
3. ศาลอนุญาตให้ลาออก
4. ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หรือ ให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
5. ถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความคิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดพลาดุโทษ
6. พ้นจากตำแหน่งตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในศาล
7. เมื่อระยะเวลาดำเนินการตามคำสั่งศาลสิ้นสุดลง หรือเมื่อได้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามคำสั่งศาล
8. ศาลมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากไม่ดำเนินการตามคำสั่งศาลหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน หรือขาดคุณสมบัติของผู้บริหารกิจการชั่วคราวตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงหรือมีเหตุอื่นที่ไม่สมควรเป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราวต่อไป

ในกรณีผู้บริหารกิจการพ้นจากตำแหน่งนี้ไม่กระทบถึงการใดที่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวได้ทำไปแล้วก่อนพ้นจากตำแหน่ง

ถ้าผู้บริหารกิจการชั่วคราวพ้นจากตำแหน่งแล้วยังมีกิจการที่จะต้องดำเนินต่อไปให้ศาลมีคำสั่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวใหม่โดยเร็วที่สุด

ในกรณีที่ผู้บริหารกิจการชั่วคราวพ้นจากตำแหน่งเมื่อได้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามคำสั่งแล้วให้ศาลแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าว ไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ นายทะเบียนที่เกี่ยวข้อง และนาย

^{*} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 69

^{**} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ,มาตรา 72

ทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทหรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยด่วนเพื่อพนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียนดังกล่าวจะได้แจ้งข้อเท็จจริงนั้น แก่ผู้บริหารกิจการชั่วคราว เจ้าพนักงานบังคับคดี ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน และลูกหนี้โดยไม่ชักช้า และเมื่อทราบคำสั่งแล้วให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวส่งมอบทรัพย์สิน ควางตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สินหนี้สินและกิจการของผู้ให้หลักประกันแก่ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน โดยเร็วที่สุด และให้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันกลับเป็นของผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน และให้ผู้ถือหุ้นของผู้ให้หลักประกันมีสิทธิตามกฎหมายต่อไป

(7) การไถ่ถอนหลักประกัน

การไถ่ถอนหลักประกันที่เป็นกิจการ ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน จะไถ่ถอนเมื่อใดก็ได้แต่ต้องก่อนที่จะมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน^{*}

3.2.8 การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการ

การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการต้องแสดงให้เห็นว่าสามารถจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยให้ศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกัน และให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวเป็นผู้มีอำนาจจัดการดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการดังกล่าวในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยศาลอาจกำหนด วิธีเงื่อนไข และกำหนดเวลาในการจัดการและจำหน่ายหลักประกันตามที่เห็นสมควร^{**} โดยบุคคลและวิธีการที่ศาลกำหนด เช่น ขายทอดตลาด ขายในห้องตลาด หรือ ขายโดยการประมูล^{***} เพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสม และในการขายนี้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวต้องใช้ ความเอื้อเฟื้อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง

3.2.8.1 การจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

^{*} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 50

^{**} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 60

^{***} ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ,มาตรา 71

การจัดสรรเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน กฎหมายได้ระบุลำดับการจ่ายเงินไว้ ดังนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา และจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- (2) ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าฤชาธรรมเนียม การบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
- (3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งปรากฏหลักฐานทางทะเบียนตามสำคัญ
- (4) เงินที่เหลือหากมีให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

นอกจากนี้ระบุให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287 289 และมาตรา 319 มาใช้บังคับกับการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิตาม (3) โดยอนุโลม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 287 เกี่ยวกับเรื่องการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ย่อมไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิหรือสิทธิอื่น_ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอบังคับทรัพย์สินนั้น ได้ตามกฎหมาย เช่นผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำนองอย่างไร เมื่อทรัพย์สินที่จำนองนั้นถูกเจ้าหนี้อื่นยึดเพื่อขายทอดตลาด ผู้รับจำนองก็มีสิทธิเหนือทรัพย์สินจำนองเหมือนเดิม

วิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 เรื่องสิทธิของผู้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน โดยอาศัยอำนาจแห่งการจำนองหรืออาศัยอำนาจแห่งบุริมสิทธิ ยื่นคำร้องต่อศาลให้เอาเงินที่ได้จากการบังคับชำระหนี้มาชำระหนี้แก่ตนก่อนเจ้าหนี้อื่น

วิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 319 เป็นเรื่องการจัดสรรเงินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หลายคน ซึ่งอาจมีบุริมสิทธิต่างกันตามลำดับสิทธิของเจ้าหนี้นั้น ๆ มีอยู่

3.2.8.2 ความรับผิดชอบของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกันหลังการจัดสรรเงินที่จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว

ความรับผิดชอบของลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันนั้น มีดังนี้

ลูกหนี้ จะต้องชำระหนี้ส่วนที่ขาด หากนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจำหน่ายแล้วได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ

ผู้ให้หลักประกัน ไม่ต้องรับผิดชอบหนี้ส่วนที่ขาด หากนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
จำหน่ายแล้วได้เงินสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ และห้ามมิให้ตกลงเกี่ยวกับความรับผิดชอบ
ของผู้ให้หลักประกันตามสัญญาเป็นอย่างอื่น มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ

3.2.8.3 สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจากการจำหน่ายกิจการหลังจากมีการบังคับคดีตามร่าง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

ผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจากการจำหน่ายกิจการหลังจากการบังคับคดียอมได้รับ
โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปลอดการภาระหลักประกัน จำนอง จำน่า เว้นแต่ได้รู้ว่าการ
บังคับคดีหรือการจำหน่ายหลักประกันขัดต่อกฎหมายหรือคำสั่งศาลหรือทำการไม่สุจริตในการซื้อ
ทรัพย์สินดังกล่าว

ข้อบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจข้างต้นมีจุดมุ่งหมายคุ้มครองผู้
สุจริตให้ได้รับความคุ้มครอง แม้จะขัดกับหลักกฎหมายที่ว่า “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน”⁴⁰ ก็
ตาม

3.2.9 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์หรือสัญญาที่สอง ก็จะมีสัญญาหลัก เช่น จำนองที่
ดินค้ำประกันสัญญาเงินกู้ แม้สัญญาจำนองอาจจะระงับสัญญาภูก็ยังคงอยู่ แม้สัญญาภูขาดอายุความ
สัญญาจำนองก็ยังคงอยู่* ต้องคำนึงว่ามีสองสัญญาเสมอ และตระหนักถึงความเกี่ยวพันของทั้งสอง
สัญญาซึ่งความรับผิดชอบของแต่ละลักษณะสัญญามีกฎหมายกำหนดไว้

หมวดความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ กับกฎหมายลักษณะจำนอง
หมวดความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง ทั้งสองหมวดนี้มีลักษณะคล้ายกันมาก อาจมีแตกต่าง
กันบ้างในการใช้

การระงับสิ้นไปของสัญญาหลักประกัน ทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับมูล
หนี้ที่ต้องเข้าค้ำประกันอีก ส่วนลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเพียงใด หรือไม่ ร่างพระราชบัญญัติหลัก

⁴⁰ วิษณุ เครืองาม, ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536),
หน้า 261

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 745

ประกันทางธุรกิจมาตรา 55 วรรค 2 ระบุให้ลูกหนี้ชำระส่วนที่ขาด ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องชำระส่วนที่ขาด

ตารางเปรียบเทียบความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจกับจำนอง

| ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ หมวด 8 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทาง ธุรกิจ | ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 12 หมวด 6 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง |
|--|--|
| <p>มาตรา 81 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจย่อมระงับสิ้นไป</p> <p>(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ</p> <p>(2) เมื่อปลดหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันด้วยหนังสือ</p> <p>(3) เมื่อผู้ให้หลักประกันหลุดพ้น</p> <p>(4) เมื่อถอนหลักประกัน</p> <p>(5) เมื่อจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาจากการบังคับหลักประกันหรือถอนหลักประกัน</p> <p>(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันหลุด</p> | <p>มาตรา 744 อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป</p> <p>(1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใด มิใช่เหตุอายุความ</p> <p>(2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นลำดับ</p> <p>(3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น</p> <p>(4) เมื่อถอนจำนอง</p> <p>(5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอื่นเนื่องมาจากการบังคับจำนองหรือการถอนจำนอง</p> <p>(6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด</p> |
| <p>มาตรา 82 ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกินกว่าห้าปีไม่ได้</p> | <p>มาตรา 745 ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองแม้เมื่อหนี้ที่ประกันนั้นขาดอายุความแล้วก็ได้ แต่จะบังคับเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่าห้าปีไม่ได้</p> |
| <p>มาตรา 83 การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหน้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจหรือหนี้อันเป็นประกันนั้นเป็นประการใดก็ดี ต้องนำความไปจดแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับคำบอกกล่าวเป็นหนังสือจากผู้มีส่วนได้เสีย หากยังมีได้มีการจดแจ้งดังกล่าว ห้ามมิให้ยกขึ้นเป็น</p> | <p>มาตรา 746 การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือบางส่วนก็ดี การระงับหน้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรืออันจำนองเป็นประกันนั้นเป็นประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อมีคำร้องของผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกให้เป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก</p> |

| | |
|--|--|
| <p>ข้อต่อสู้บุคคลภายนอก ทั้งนี้ ให้นำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมาตรา 18 เรื่องการจดทะเบียนหลักประกันมาใช้บังคับโดยอนุโลม</p> <p>กรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้องให้นำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมาตรา 13 เรื่องการบอกกล่าวลูกหนี้ มาบังคับใช้ในการดำเนินการตามวรรคก่อนด้วยโดยอนุโลม</p> | |
|--|--|