

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบังคับชำระหนี้ ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันโดยเอกชน

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

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

3.1 ระบบ Civil Law

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

กฎหมายการบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของประเทศฝรั่งเศส

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

1) องค์กรและบุคลากรที่ดำเนินการบังคับคดีทางแพ่งในประเทศฝรั่งเศส¹

(1) ลักษณะและการแต่งตั้ง (Huissiers)

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

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

ก. มีสัญชาติฝรั่งเศส

ข. มีบุคลิกที่ดี (Good Character)

ค. เป็นสมาชิกในสำนักงานของ Huissiers มา 3 ปี

ง. ได้ผ่านการทดสอบและได้รับความเห็นชอบของศาลในท้องถิ่นที่เป็นภูมิลำเนาของเขาแล้ว

(2) อำนาจและหน้าที่ของ Huissiers

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

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

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

อนึ่ง ในกรณีที่ไม่มี Official Commissaries Priseurs Huissiers ก็จะต้องดำเนินการขยายทอดตลาดทรัพย์สินส่วนบุคคลด้วย ซึ่งอาจจะถูกแต่งตั้งให้ทำการสืบสวนข้อเท็จจริงให้แก่คู่ความหรือศาลด้วยก็ได้

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

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

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

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

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

ซ. สำหรับการจัดการในสำนักงาน Huissiers ทั้งหลายอาจจะแบ่งกันจัดการหรือจัดการร่วมกันอย่างเป็นหุ้นส่วนก็ได้

2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีในทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศส

การบังคับคดีทางแพ่งของประเทศฝรั่งเศส แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

(1) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจแบ่งแยกอธิบายได้เป็น 3 กรณี ด้วยกันคือ

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

จำเลยได้ปฏิเสธที่จะลงนามในเอกสารนั้นโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ศาลอาจจะพิพากษาให้คำพิพากษานั้นมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ได้ ส่วนในกรณีทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่ไม่แน่นอน (Unascertained Fungible Goods) โจทก์ก็อาจจะซื้อทรัพย์สินที่มีค่าเหมือนกันจากท้องตลาดแล้วบังคับเอาราคาตามที่ตนจ่ายไปจากจำเลยได้

ข. การบังคับคดีโดยให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ถ้าปรากฏว่าจำเลยไม่ชำระหนี้ด้วยการไม่ยอมทำงาน โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ศาลก็จะกำหนดให้โจทก์ได้รับงานนั้นได้ ด้วยค่าใช้จ่ายของจำเลย และในกรณีฉุกเฉินโจทก์ก็อาจกระทำได้ โดยที่ศาลจำต้องไม่ให้อำนาจ แต่โจทก์ก็ต้องแสดงให้เห็นได้ว่างานนั้นได้ถูกทำขึ้น อย่างสิ้นเปลืองน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กรณีนี้ ศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการให้อำนาจต่อการชำระหนี้แทน เช่นนี้ เพราะกรณีดังกล่าวเป็นในกรณีที่ต้องอาศัยคุณสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญ ถ้าเป็นกรณีที่จำเลยได้สร้างสิ่งก่อสร้างที่มีข้อผูกพันอยู่ว่าจะไม่กระทำการสร้าง เช่น การก่อสร้างกำแพงขึ้นไปปิดกั้นแสงสว่าง ไม่ให้ส่องมายังบ้านโจทก์ ศาลจะให้อำนาจโจทก์บังคับคดีได้ โดยซื้อหรือเคลื่อนย้ายกำแพงดังกล่าวออกไปโดยให้จำเลยเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของโจทก์ ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมาก ทั้งในกรณีที่จะให้จำเลยชดใช้ตามที่โจทก์ได้กระทำไป หรือจะให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลอาจสั่งให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในหลายสถานการณ์ เช่น เพื่อป้องกันซื้อทางการค้า เพื่อป้องกันการแทรกแซงสิทธิ เพื่อป้องกันการแทรกแซงการรับการศึกษาทางวิทยุของโจทก์ หรือสถานการณ์อื่นๆ ที่คล้ายกัน เป็นต้น

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

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

ที่เพียงพอที่จะจ่ายหนี้ได้ และในกรณีที่บุคคลภายนอกที่เป็นจำเลยในกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเพียงเจ้าของโรงเรียนที่ถูกจำนองโดยเจ้าของคนก่อน ก็อาจจะหลีกเลี่ยงกระบวนการบังคับหนี้ได้ โดยการสละโรงเรียนนั้นให้แก่โจทก์ หรือโดยการจ่ายชำระหนี้นั้น และเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องจากโจทก์ หรือโดยการปล่อยไปตามกระบวนการที่เรียกว่า “Purge” ที่เป็นการจ่ายชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันอีกอย่างหนึ่ง

อนึ่ง เนื่องจากกระบวนการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์นี้ เป็นกระบวนการที่มีความยุ่งยากซับซ้อน จึงจำเป็นต้องมีการแทรกแซงของศาลในทุกคดี ซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณากระบวนการเช่นนี้ ก็คือศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ และในกรณีมีทรัพย์สินอยู่ในหลายท้องที่ศาลที่มีเขตอำนาจย่อมแก่ศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่ที่สิ่งปลูกสร้างที่เป็นหลักส่วนใหญ่ตั้งอยู่และนอกจากนี้ กระบวนการทั้งหมดก็จะต้องถูกกระทำโดยตลอดโดย An Avoue อีกด้วย

(2) ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับคดีต่อทรัพย์สินประเภท อสังหาริมทรัพย์

ก. การทำคำสั่งให้จ่าย

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

ข. การทำบัญชีสิทธิเรียกร้อง (The Cahier Des Charges)

ภายในระยะเวลา 40 วัน ของการบันทึกคำสั่งให้จ่ายดังกล่าว คู่ความก็จะต้องเตรียมเอกสารที่เรียกว่า Cahier Des Charges ที่ต้องระบุงรายการต่างๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขของการขายทรัพย์

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

ค. การขายทรัพย์สิน

หลังจากที่มีการโต้แย้ง และเอกสาร Cahiers Des Charges ได้ถูกแก้ไขแล้ว จะต้องดำเนินการพิมพ์ประกาศขายขึ้นในท้องที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ และประกาศนั้นก็ต้องประกาศเป็นการทั่วไป อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าของการนั่งพิจารณาก็อาจจะสั่งให้ประกาศเพิ่มเติมหรือยอมให้ประกาศน้อยกว่านั้นก็ได้ การประกาศนั้นต้องกระทำขึ้นในเวลาระหว่างวันที่ 15 และ 30 ก่อนการขาย การดำเนินการขายนั้น ต้องกระทำในศาลที่มีองค์คณะผู้พิพากษาครบ 3 คน ถ้ากระบวนการขายมีความไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะต้องมีการยกความไม่ถูกต้องนั้นขึ้นว่ากล่าวก่อนเริ่มการประมูลราคา และถ้าข้อกล่าวอ้างนั้นมีเหตุผล การขายก็ต้องถูกเลื่อนออกไป ผู้เข้าสู่วราคาที่มีปรากฏตัวจะต้องประมูลราคาต่อผู้ขายทอดตลาด ('An Avone') และ 'Avone' ก็จะไม่ยอมให้คู่ความใดที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายเข้าสู่วราคา ถ้าไม่มีการเข้าสู่วราคา ทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ (Struck Down) คู่ความใดที่ทำการบังคับคดีตามราคาประมูลขั้นต่ำที่ระบุไว้ในเอกสาร Cahier Des Charge นั้น แต่ถ้ามีการสู่วราคาทรัพย์สินนั้นก็จะตกได้แก่ผู้ที่สู่วราคาสูงสุด ในระหว่างการสู่วราคาผู้ขายทอดตลาด (An Avone) ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยหลักวิธีการของเขา แต่ต้องกระทำเมื่อมีการสู่วราคาสำเร็จภายใน 3 วัน จากนั้นผู้สู่วราคาได้จะต้องจ่ายราคาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามที่ได้ประกาศไว้ก่อนเริ่มการประมูลด้วยอย่างไรก็ดี บุคคลใดที่ได้เข้าสู่วราคาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามที่ได้ประกาศไว้ก่อนเริ่มการประมูลด้วยอย่างไรก็ดี บุคคลใดที่ได้เข้าสู่วราคาอาจจะเรียกร้องให้มีการขายครั้งที่สองได้ โดยการเสนอที่จะให้ราคาเกินกว่าราคาที่ขายได้ในการขายครั้งแรกอย่างน้อย 10 เปอร์เซ็นต์ ถ้าการสู่วราคาในครั้งที่สองนั้น ไม่ได้ราคาที่สูงกว่าเดิม

หลังจากสรุปผลของการประมูลทั้งหมดแล้ว ศาลก็จะทำคำพิพากษาว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ประมูลได้ โดยต้องมีการแสดงสิทธินั้นลงไว้ในสำเนาคำพิพากษาและในรายงาน Cahier

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

ง. สิทธิของผู้ซื้อจากการขายทอดตลาด

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

จ. การเปลี่ยนแปลงจากการขายในการบังคับคดี

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

3.2 ระบบ Common Law

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

- 1) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย
- 2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์ที่เกิดจากสัญญา

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์ที่เกิดขึ้นโดยผลกฎหมายมีหลายกรณี เช่น สิทธิยึดหน่วงการหักกลบลบหนี้ ตามหลัก Equity การติดตามเอาทรัพย์คืนตามหลัก Equity การยึดอายัดทรัพย์สินของจำเลยตามวิธีการพิจารณาของศาล (Procedural Security)

ส่วนของการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา (Consensual Security) ในความหมายอย่างแคบตามหลัก Common Law จะเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์ที่เป็นประกัน รวมถึงดอกผลและรายได้จากทรัพย์ที่เป็นประกัน ยกเว้นคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

ในที่นี้จะศึกษากฎหมายการบังคับหลักประกันในระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ของประเทศอังกฤษ²

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

1) จำนำ เป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการประกันหนี้ประเภทอื่น หลักการสำคัญคือ เจ้าหนี้จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์จำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ทั้งนี้ หลักกฎหมาย Common Law ถือว่าการครอบครองทรัพย์จำนำ (Possession) เป็นสาระสำคัญของการจำนำ เพราะการที่ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์ที่จำนำอยู่นั้น เป็นหนทางที่ทำให้ลูกหนี้สามารถหลอกหลวงเจ้าหนี้อื่นๆ ได้ โดยเจ้าหนี้นั้นอาจเข้าใจว่าลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นอยู่ ดังนั้น ในระยะแรกของหลักกฎหมาย Common Law ถือว่า การครอบครองทรัพย์จำนำของเจ้าหนี้นั้น เป็นเงื่อนไขสำคัญของการจำนำ ซึ่งการจำนองที่ดินในระยะแรกก็มีจุดกำเนิดมาจากการจำนำเหมือนกัน โดยผู้รับจำนองที่ดินจะครอบครองที่ดินที่จำนองไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ ต่อมาการจำนองได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบ โดยให้ผู้จำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์จำนองและหลังจากนั้นอีกจึงมีการจำนองสินค้าได้

² บงกช ชาญศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 76-87.

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

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

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

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

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

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

การที่จะนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะมีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แก่เจ้าหนี้เพราะหลักประกันประเภทนี้เจ้าหนี้สามารถมีอำนาจในการตั้ง Receiver เข้ามาดำเนินการจัดการกับกิจการได้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยไม่ต้องหยุดดำเนินกิจการและสามารถขายทรัพย์สินนั้นไปได้ทั้งกิจการ ในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

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

ลักษณะและความหมายของ Floating Charge⁵

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

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

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

“มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อยๆ โฉมเฉี่ยวอยู่เหนือหรือกล่าวได้ว่าลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือมีการกระทำบางอย่างที่ทำให้ตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”⁶

ความคิดที่ 2 โดย Romer LJ ใน *ReYorkshire Woolcombers Association Ltd.*

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

1. ถ้าเป็นการเอาประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทในปัจจุบันและในอนาคต
2. ถ้าทรัพย์สินมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาในทางปกติของธุรกิจ
3. จนกระทั่งมีการกระทำบางอย่างในอนาคต โดยหรือในนามของผู้มีผลประโยชน์ในหลักประกันที่จะบังคับประกัน บริษัทสามารถดำเนินธุรกิจของเขาได้ไปตามปกติทางธุรกิจ”⁷

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

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

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

ในกฎหมายอังกฤษหลักเรื่อง “ทุน” มีหลักที่แน่นอน หลักของทุนก็คือการที่เปลี่ยนจากทุนมาเป็นทรัพย์สิน นั่นคือย้ายจากทุนมาอยู่ในทรัพย์สินและทรัพย์สินใหม่จะเข้ามาแทนที่

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

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

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

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

ความสำคัญของการที่ถือว่า Floating Charge เป็นหลักประกันในปัจจุบัน⁹

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

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

(3) ข้อจำกัด (Retriction) ของการเอาประกันแบบ Floating Charge ในการจัดการทรัพย์สินของบริษัทมีผลผูกพันต่อบุคคลที่เข้ามาเอาประกันลำดับหลังให้ต้องผูกพันตามข้อจำกัดนั้น

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

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

⁹ Ibid. p.50.

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

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

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

ประเทศอื่นที่ใช้ Floating Charge ตามระบบกฎหมายของอังกฤษด้วย ได้แก่ ออสเตรเลีย มาเลเซีย ปากีสถาน ฮองกง สิงคโปร์ เป็นต้น¹²

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

ลักษณะสำคัญของ Floating Charge¹⁴

(1) หลักประกันนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคต จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุรายการของทรัพย์สินใหม่ทุกรายการหรือจำนวนทรัพย์สินทุกชิ้นที่ลูกหนี้ได้มา

(2) ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจ เช่น ขายสินค้าในห้างสรรพสินค้าโดยที่ผู้ซื้อซื้อไปได้โดยปราศจากภาระติดพัน ลูกหนี้สามารถติดตามทวงถามหนี้สินและใช้สอยเงินที่เก็บได้ ในกรณีของโรงงานลูกหนี้ก็สามารถใช้วัตถุดิบเพื่อผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ต่างๆ เป็นต้น จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันเมื่อมีการผิดสัญญา

(3) การก่อหลักประกันต้องมีการจดทะเบียนต่อสาธารณชนเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้

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

¹² Ibid,p15.

¹³ อธิ์ อัสวานนท์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. หน้า 117.

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

(4) การบังคับหลักประกันนั้นสามารถทำได้โดยการตั้ง Receiver ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ครอบครองและจัดการหลักประกัน โดย Receiver จะทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ และโดยนัยเดียวกันจะทำให้กิจการนั้นสามารถถูกขายไปได้ทั้งกิจการเป็นหน่วยเดียว ซึ่งทำให้ได้ราคาดีกว่าแยกขายทรัพย์สินแต่ละชนิด

(5) จะกลายเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge เมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกันประโยชน์ของ Floating Charge คือ¹⁵

(1) หลักประกันนี้เหมาะสมกับการสนับสนุนทางการเงินแก่โครงการใหม่ๆ เพราะโดยปกติเจ้าหนี้จ่ายเงินเป็นส่วนใหญ่ของโครงการ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงควรมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งโครงการ

(2) โดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้การค้าแม้จะไม่มีหลักประกันพิเศษ แต่เจ้าหนี้การค้าจะได้รับการจ่ายเงินจากลูกหนี้เป็นค่าสินค้าและบริการมาตลอดจนสถานการณ์ของลูกหนี้หมดหวังจริงๆ ซึ่งต่างกับเจ้าหนี้โครงการซึ่งได้รับการชำระหนี้ไปไม่เท่าใด

(3) เจ้าหนี้จะรู้สึกมั่นใจมากขึ้น เจ้าหนี้มีแนวโน้มจะอยู่สนับสนุนลูกหนี้มากกว่าทำให้อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้มากกว่า ทำให้อาจมีการช่วยเหลือลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการได้ซึ่งการช่วยเหลือโดยเอกชนจะได้ผลดีกว่าการช่วยเหลือจากศาล

(4) การบังคับหลักประกันที่เป็นแบบ Floating Charge จะเป็นโดยวิธีการตั้ง Receiver ทำการครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ จนกว่าจะทำการขาย

วิธีการก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบ Floating Charge

การประกันหนี้แบบ Floating Charge เป็นการประกันหนี้ที่เกิดจากสัญญา ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปของสัญญาประกันหนี้ หรือหุ้นกู้ (Debenture) มีประกัน โดยจะแยกพิจารณาต่อไปตามลำดับ

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

¹⁵ Ibid,p12.

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

จ่าย โอนทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติทางธุรกิจของบริษัท เจ้าหนี้จะไม่แทรกแซงจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นและเป็นเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

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

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

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

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

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

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

บุคคลผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge

เจ้าหนี้ตาม Floating Charge มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นธนาคารหรือ สถาบันการเงินต่างๆ ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้ยืมเงิน ได้ก็อาจเป็นเจ้าหนี้เงินกู้ที่มีประกัน แบบ Floating Charge

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสามารถเป็นลูกหนี้ที่จะให้หลักประกันแบบ Floating Charge ได้ นั้น จากการศึกษาพบว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ส่วนใหญ่เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้นที่สามารถตกลงก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบนี้ได้ มีกรณีขกเว้นที่บุคคลธรรมดาสามารถให้ หลักประกันแบบ Floating Charge ได้คือ ชาวต่างชาติสามารถใช้ทรัพย์สินในเกษตรกรรมมาใช้เป็น ประกันแบบ Floating Charge ได้¹⁷

การจดทะเบียนหลักประกัน

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

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

¹⁸ พระราชบัญญัติ Company Act 1985 แก้ไขเพิ่มเติม 1989 section 396(1) lists the following categories of charge:

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

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

หลักประกัน¹⁹ หรือวันที่เข้าถือสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และนายทะเบียนถูกกำหนดให้จรรยาการจดทะเบียนและลงวันที่รายการนั้นมาถึงเขา ในการจดทะเบียนจะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว แม้ว่ารายการจดทะเบียนไม่ถูกต้องทั้งหมดก็ไม่มีผลต่อหนังสือรับรอง

นอกจากนี้บริษัทลูกหนี้ต้องจดทะเบียน Floating Charge ลงในสมุดทะเบียนบริษัทและบริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้

การจดทะเบียนเป็นการบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกโดยปริยายถึงการเอาหลักประกันแบบ Floating Charge และการจดทะเบียนของ Floating Charge เป็นการจดแจ้งรายการต่างๆ ของข้อตกลงในสัญญา Floating Charge ตามที่กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนจดบันทึกรายการต่างๆ ลงไว้ในสมุดทะเบียน มิใช่การจดทะเบียนจำนองซึ่งต้องกระทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้าบริษัทไม่ได้จดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายใน 21 วัน บริษัทและเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งผิดพลาดจะต้องโดนปรับและทำให้ Charge เป็นโมฆะไม่สามารถต่อสู้กับผู้บริหารแผน ผู้ชำระบัญชีของบริษัทและผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันไม่ว่าจะเกิดก่อนหรือหลังระยะเวลา 21 วัน ในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือการยื่นฟ้องกิจการแต่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเข้ากระบวนการชำระบัญชีหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็สามารถใช้ยันกับตัวบริษัทผู้ให้หลักประกันได้²⁰

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

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

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

(i) goodwill,

(ii) intellectual property,

(iii) book debts (whether book debts of the company or assigned to the company)

(iv) uncalled share capital of the company or calls made but not paid;

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

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

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

นอกจากนี้เพื่อเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ตาม Floating Charge บริษัทลูกหนี้จะต้องชำระเงินกู้ที่กู้ยืมให้แก่เจ้าหนี้โดยทันที

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

ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกัน

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

(1) ใช้สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่นๆ เป็นหลักประกัน โดยยังให้อยู่ในความครอบครองและการใช้สอยซื้อขายของลูกหนี้ได้

(2) ใช้สิทธิเรียกร้องต่างๆ ตามสัญญาเป็นหลักประกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ

(3) ใช้หลักทรัพย์การลงทุนต่างๆ เป็นประกันโดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์การลงทุนนั้นๆ

(4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้

(5) สามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้น

ทุกรายการ

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

²² อธิก อิศวานนท์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. หน้า 115.

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

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

เพราะฉะนั้นถ้าต้องการที่จะให้การเอาประกันในทรัพย์สินข้างต้นเป็นการเอาประกันแบบ Fixed Charge ต้องมีการควบคุมทรัพย์สินที่เอาประกันจากเจ้าหนี้ เช่น ในกรณีเอาสินค้าเป็นประกันต้องมีการเก็บรักษาไว้ในโกดังของเจ้าหนี้หรือที่เจ้าหนี้เป็นคนจัดหา และต้องมีการขออนุญาตจากเจ้าหนี้ในการปล่อยสินค้า

การแปลงสภาพทรัพย์สิน (Crystallize) ของ Floating Charge

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

(1) ผลของการแปลงสภาพทรัพย์สิน

การแปลงสภาพหลักประกันทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หมดไป และผลคือทำให้หลักประกันนั้นเปลี่ยนจากหลักประกันแบบ Floating Charge มาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge มีผลผูกพันกับทรัพย์สินทุกชิ้นของบริษัทที่มีในเวลานั้น หรือผลประโยชน์ที่

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

ได้มาในภายหลังการแปลงสภาพทรัพย์สินไม่ใช่การจดทะเบียนอีกครั้งเพราะไม่มีหลักประกันเกิดขึ้น แต่เป็นที่ยุติการลอยตัวของทรัพย์สิน

(2) เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพ

เหตุที่ทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแปลงสภาพสามารถแบ่งเป็นกลุ่มใหญ่ๆ 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่ง ได้มีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดการค้าขายของธุรกิจ

กลุ่มที่สอง มีการแทรกแซงโดย ผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ในการบังคับหลักประกันของเขาซึ่งทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไป และทำให้ความสามารถในการจัดการทรัพย์สินโดยปราศจากภาระหลักประกันหมดไป

กลุ่มที่สาม การกระทำอย่างอื่นหรือเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ใน ใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture) ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการแปลงสภาพของหลักประกัน

กลุ่มที่หนึ่ง คือมีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดดำเนินการค้าขายของบริษัท ตัวอย่าง 2 อย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ²⁴

(1) การชำระบัญชีไม่ว่าจะโดยมติของผู้ร่วมหุ้น หรือคำสั่งศาล ในกรณีของการบังคับให้มีการชำระบัญชีวันที่ทรัพย์สินถูกแปลงสภาพคือวันที่ศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชี ไม่ใช่วันที่ยื่นคำร้องขอชำระบัญชี

(2) มีการหยุดการค้าขาย คือเมื่อบริษัทหยุดการค้าขายกฎหมายให้ถือว่าหลักประกันนั้นได้มีการแปลงสภาพ

กลุ่มที่สอง โดยการแทรกแซงของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ในการเข้ามาควบคุมทรัพย์สิน ตัวอย่างของการแปลงสภาพหลักประกันที่ถูกกำหนดให้อยู่ในกลุ่มนี้คือ

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

(2) เมื่อมีคำสั่งมอบการครอบครองหรือขาย เมื่อมีคำสั่งบริษัทต้องส่งการครอบครองที่ดินหรือสินค้าให้กับผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ก็จะมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพจากการมีคำสั่งทำให้สิทธิของบริษัทในการครอบครองและจัดการที่ดินหรือสินค้าหมดไป เพียงแต่การเริ่มกระบวนการยังไม่เพียงพอที่จะทำให้บริษัทหมดสิทธิในการควบคุมเพราะในที่สุดอาจจะไม่มีคำสั่งนั้น

²⁴ Ibid. pp 60-64

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

(4) การแต่งตั้ง Receiver โดยศาลทำให้ทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของ Receiver ทำให้อำนาจในการควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหมดไปและมีผลให้หลักประกันนั้นแปลงสภาพเพียงแต่การร้องขอให้มีการแต่งตั้งเจ้า Receiver นั้น ยังไม่เป็นการแปลงสภาพหลักประกัน เพราะอาจจะไม่มีคำสั่งศาลในการบังคับหลักประกัน

กลุ่มที่สาม จากเหตุการณ์อื่นหรือที่กำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture)

สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge ที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลังเจ้าหนี้อื่น

ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือก่อนทรัพย์สินเกิดการแปลงสภาพ และภายหลังทรัพย์สินแปลงสภาพ

(1) สิทธิของเจ้าหนี้อื่นที่เกิดขึ้นก่อนการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน โดยจะพิจารณาจากกรณีทั่วไปและกรณีที่มีข้อจำกัด

กรณีทั่วไป

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

2. การก่อให้เกิดหลักประกันแบบ Floating Charge ภายหลังเหนือทรัพย์สินอย่างเดียวกันจะสันนิษฐานว่ามีสิทธิได้รับชำระหนี้หลังจากการเอาประกันครั้งแรก นอกจากจะมีข้อตกลงอื่น

3. ในกรณีที่มีการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะได้รับทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน ถ้าในกรณีที่การบังคับคตินั้นเสร็จเรียบร้อยโดยสมบูรณ์แล้ว ก่อนที่จะมีการแปลงสภาพ แต่ปัญหาก็มีว่าเมื่อไรที่จะตัดสินว่าการบังคับคตินั้นเสร็จสมบูรณ์แล้ว

กรณีมีข้อจำกัดในการห้ามการเอาหลักประกันให้มีสิทธิเหนือกว่าหรือเท่ากับ Floating Charge

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

ดังนั้นปัจจุบันจึงมักมีการเขียนข้อจำกัดไว้ซึ่งเพราะถ้าปราศจากข้อจำกัดนั้นก็ทำให้หลักประกันแบบลอย Floating Charge ไม่มีค่า²⁵

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

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

(2) สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน

เนื่องจากอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดไปเมื่อเกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินและมีผลให้หลักประกันจะกลายมาเป็นหลักประกันแบบ Fixed Charge โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่จะเกิดปัญหาขึ้นกับคนภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ภายหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ในกรณีที่เหตุทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ถือว่าเป็นการแจ้งให้สาธารณชนทราบแล้ว เช่น การบอกเลิกอำนาจการจัดการของกรรมการของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งจะมีผลเปลี่ยนเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในเวลาทีบอกเลิก ดังนั้น เจ้าหนี้ Floating Charge ในกรณีนี้จะมีสิทธิในสินทรัพย์ประกันดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ทำนองเดียวกับการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันที่เกิดจากการเลิกกิจการหรือหยุดกิจการของลูกหนี้มีผลทำให้เจ้าหนี้ Floating Charge มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่น แต่เหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพทรัพย์สินประกันยังมีนอกเหนือจากที่กล่าวอีก เช่น การแต่งตั้งเป็นหนังสือประกอบกับในขณะที่เดียวกัน Receiver ได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ายอมรับเป็น Receiver จึงต้องมีการกระทำบางอย่างอีก

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

²⁶ Ibid. p. 161.

เท่าที่จำเป็น เพื่อแจ้งให้สาธารณชนทราบถึงการเข้ามาแทรกของ Receiver เช่น โดยการประกาศแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้ง Receiver

ตามหลักการนี้มีข้อยกเว้นอย่างน้อย 2 ประการ คือ

(1) ผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สิน โดยปราศจากการได้รับแจ้งการแปลงสภาพหลักประกัน โดยผู้ซื้อหรือผู้มีสิทธิในทรัพย์สินนั้น ได้ดำเนินการเสร็จหลังจากมีการแปลงสภาพหลักประกันแต่ก่อนที่จะได้รับการแจ้งถึงการแปลงสภาพหลักประกันจะได้รับทรัพย์สินนั้นไปโดยปราศจากภาระหลักประกัน เนื่องจากเขาได้มีการดำเนินธุรกิจกับบริษัทก่อนที่จะมีการแปลงสภาพหลักประกัน ในกรณีนี้ถือว่าเขามีสิทธิที่จะกล่าวว่าเขาไม่ทราบถึงการสิ้นสุดอำนาจการจัดการของบริษัท

(2) เจ้าของที่ดินในการยึดหน่วงทรัพย์สินเป็นค่าเช่า การแปลงสภาพหลักประกันไม่ทำให้สิทธิในการยึดทรัพย์สินเพื่อหักกลบลบหนี้ในค่าเช่าของเจ้าของที่ดินหมดไปเพราะใน Common Law เจ้าของที่มีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้เช่าหรือไม่²⁷

สิทธิของบุคคลภายนอก

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

ในกรณีที่ผู้ซื้อหรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือตัวทรัพย์สินซื้อไปโดยมีข้อจำกัดไปด้วยคือมีการผูกพันในหลักประกัน สิทธิของผู้ถือใบหุ้นกู้ของบริษัท (Debenture Holder) ที่จะเข้าถือสิทธิในหลักประกันจะปรากฏขึ้นเมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกัน และจนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันก็จะถือว่าสิทธิในการเข้าถือสิทธิในหลักประกันนั้นไม่สมบูรณ์นอกจากจะมีการกำหนดไว้ในใบหุ้นกู้ (Debenture)

2. ผู้ซื้อหรือ ผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนอกเหนือจากตามปกติทางธุรกิจ ผู้ซื้อ หรือผู้ที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทรัพย์สินมาจากบริษัทลูกหนี้

²⁷ Ibid. p. 158.

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

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

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

การบังคับหลักประกัน

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

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

ตรงข้ามกับในหลายประเทศกำหนดให้มีการประมูลขายต่อสาธารณะแล้วต้องหลังจากมีคำสั่งศาลซึ่งกระบวนการนี้มีการล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายมาก³¹ และในบางประเทศจะมีการดำเนินคดีโดยสรุปแทนที่กระบวนการเต็มรูปแบบเพื่อให้มีคำสั่งศาลในการประมูลขายแต่ถ้ามีการคัดค้านโดยลูกหนี้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีแบบเต็มรูปแบบซึ่งจะทำให้ช้า³²

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

³⁰ Ibid. p.142.

³¹ Ibid. p.142.

³² Ibid. p.144.

(2) อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver³³ (ในกรณีไม่มีอำนาจนี้ก็สามารกร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้ง Receiver ได้) โดยปกติเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นก็มีประกันจะเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ผู้ถือหุ้นก็มีวิธีการขั้นพื้นฐานในการแต่งตั้ง Receiver ได้ 2 ทางด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก โดยการยื่นคำร้องต่อศาล The High Court เพื่อขอให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง Receiver ประการที่สอง โดยผู้ถือหุ้นผู้แต่งตั้ง Receiver ได้เอง ไม่ต้องขอศาลแต่งตั้งอำนาจที่จะแต่งตั้ง Receiver ได้เองนี้ อาจกำหนดได้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ เช่น ตามพระราชบัญญัติ Law of Property Act 1925 หรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

1) เหตุที่จะมีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล ศาล The High Court จะตั้ง Receiver ตามคำขอของเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้น เมื่อศาลพิจารณาเห็นว่า การแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรม กรณีต่างๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ได้แสดงถึงเหตุที่ศาลจะแต่งตั้ง Receiver

ก. บริษัทถูกหนี้ค้างชำระต้นเงินและดอกเบี้ยเมื่อถึงกำหนดชำระแล้ว

ข. เมื่อบริษัทถูกหนี้หยุดกิจการขาย

ค. เมื่อทรัพย์สินเป็นหลักประกันตกอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น กรณีมีการกล่าวหาว่าบริษัทถูกหนี้ดำเนินธุรกิจไปในทางที่ผิดกฎหมาย หรือเมื่อผู้ถือหุ้นได้มีการขายหุ้นให้ผู้อื่นไป ตามคำสั่ง ศาลจะนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาพิจารณาในการตัดสินใจว่า ทรัพย์สินเป็นหลักประกันอยู่ในภาวะของความเสี่ยงหรือไม่

ง. เมื่อสามารถบังคับชำระเอาจากหลักประกันได้ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาประกัน

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

ก. ถ้ามีคำสั่งหรือมีมติออกมาว่าให้บริษัทถูกหนี้เลิกกิจการ

ข. ถ้าได้มีการบังคับคดี หรือครอบครองยึดถือเอาสังหาริมทรัพย์เพื่อชำระหนี้หรือบังคับเหนือหรือต่อทรัพย์สินของบริษัท แต่ก็ยังไม่ชำระภายใน 2 วัน

ค. เมื่อบริษัทหยุดจ่ายเงิน หรือหยุดดำเนินธุรกิจหรือข่มขู่ว่าจะหยุดดำเนินธุรกิจ

ง. ถ้าได้มีการแต่งตั้ง Receiver เพื่อจัดการทรัพย์สินของกิจการค้า หรือบางส่วนของทรัพย์สินของกิจการค้า

จ. เมื่อบริษัทผิดสัญญา หรือเงื่อนไขหรือข้อกำหนดในสัญญา

³³ วิทยา จินกาญจน์. เล่มเดิม. หน้า 74-79.

ฉ. ถ้ามีการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีการแต่งตั้ง Administrator

ช. ถ้าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ ตามความหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 123 ของพระราชบัญญัติ Insolvency Act 1986 กล่าวโดยสรุปคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน

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

ก. ไม่มี Administration Order ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่

ข. หลักประกันที่กำหนดให้มีการแต่งตั้ง Receiver นั้น มีผลบังคับได้

ค. หนี้ตามหุ้นกู้ที่มีประกันนั้น เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่มีผลบังคับได้

ง. อำนาจในการแต่งตั้ง Receiver มาจากข้อความในหุ้นกู้

จ. การแต่งตั้ง Receiver ทำให้โดยบุคคล และโดยวิธีการตามที่กำหนดไว้ในหุ้นกู้

ฉ. บุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งเป็น Receiver จะต้องมีความสมบัติที่จะกระทำหน้าที่ได้

4) อำนาจหน้าที่และผลของการแต่งตั้ง Receiver

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

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

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

ค. โดยปกติ Receiver ได้รับอำนาจจากศาลให้ดำเนินธุรกิจเฉพาะแต่ในกรณีที่จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินของกิจการค้า ในกรณีอื่นอาจมีปัญหามาทางปฏิบัติ เนื่องจากสถานะของ

Receiver ที่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล เพื่อจะขจัดปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าว ปกติศาลจะให้อำนาจแก่ Receiver ในการจัดการกรณีดังกล่าวเพียงชั่วระยะเวลาอันสั้น เช่น 3-6 เดือน

ง. นอกจากมีข้อจำกัดในเรื่องอำนาจจัดการแล้ว Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า Receiver ที่แต่งตั้ง โดยเจ้าหนี้ ทั้งนี้ เพราะ Receiver จะต้องขอคำแนะนำจากศาลในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นโดยที่ไม่คาดคิดมาก่อน ซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการตามอำนาจที่มีอยู่ได้ ส่วน Receiver ที่เจ้าหนี้แต่งตั้งจะต้องขออนุญาตจากศาลในกรณีที่ไม่ประสงค์จะรับเอาสัญญาทางการค้าที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อบริษัทลูกหนี้ ซึ่งมีมาก่อนการแต่งตั้ง Receiver ซึ่ง Receiver จะได้รับมอบอำนาจให้ทำเช่นนั้นได้ ถ้าบริษัทลูกหนี้ไม่สนใจที่จะรักษาชื่อเสียงทางธุรกิจของบริษัทลูกหนี้

จ. นอกจากข้อจำกัดในความยืดหยุ่นและในเรื่องอำนาจดำเนินธุรกิจจำหน่าย โอนทรัพย์สินของกิจการแล้ว ค่าใช้จ่าย Receiver ก็เป็นเรื่องสำคัญ Receiver ที่ศาลแต่งตั้งจะต้องหาหลักประกัน ปกติจะมีบุคคลค้ำประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับทรัพย์สินประกัน

ฉ. แบบวิธีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาล จะสลับซับซ้อนและเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ ผลที่ตามมาก็คือ การยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver จะกระทำเฉพาะกรณีที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้

ผลของการแต่งตั้ง Receiver

เมื่อมีการแต่งตั้ง Receiver ไม่ว่าจะศาลหรือเจ้าหนี้แต่งตั้งจะมีผลดังต่อไปนี้

ก. ถ้าหาก Floating Charge แปลงสภาพไม่เสร็จเรียบร้อย Floating Charge ก็จะเกิดการแปลงสภาพ

ข. การแต่งตั้ง Receiver จะเป็นการกีดกันมาตรการของ Administration Coder

ค. หยุดพักอำนาจของกรรมการบริษัทลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สินประกัน และการดำเนินธุรกิจทั่วไปของบริษัทลูกหนี้

ง. บอกลีกสัญญาว่าจ้างแรงงาน ซึ่งไม่สามารถดำเนินไปด้วยกันได้กับการจัดการของ Administrative Receiver

จ. ไม่มีผลกระทบต่อสัญญาอื่นที่มีอยู่

จะเห็นว่า Receiver มีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมและดูแลผลประโยชน์ทั้งของเจ้าหนี้และลูกหนี้ตาม Floating Charge จึงนับได้ว่า Receiver เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของระบบการประกันหนี้แบบ Floating Charge

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

(4) สิทธิในการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ³⁵ จะทำได้โดยมีคำสั่งศาลเท่านั้น ในกรณีถ้าเงินกู้มีมูลค่าเกินกว่าหลักประกันซึ่งการใช้วิธีนี้เจ้าหนี้มักไม่ค่อยใช้เพราะเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องผู้ยืมอีกได้

โดยปกติในทางปฏิบัติจะใช้มาตรการในการขายและการแต่งตั้ง Receiver และจะใช้การครอบครองในการขายเท่านั้น

3.2.2 การบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในโลกยุคปัจจุบัน มีการแข่งขันทางการค้าสูงมาก ดังนั้นหากมีการผัดนัดชำระหนี้แล้วมีวิธีการบังคับหลักประกันที่รวดเร็วและเป็นธรรม ก็ย่อมทำให้การดำเนินธุรกิจไปได้อย่างสะดวกไม่ติดขัดทำให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่ได้รับความเสียหาย หรือได้รับความเสียหายน้อยที่สุด ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อกฎหมายบางส่วนที่น่าจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการบังคับชำระหนี้ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน โดยเอกชนในประเทศไทยได้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.2.1 นิติกรรมเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินในประเทศ สหรัฐอเมริกา

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

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

³⁵ Ibid. p.183.

สัญญาที่มีหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

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

(1) หลักทั่วไปของ UCC มาตรา 9

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

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

(ข) ผู้รับหลักประกันจะต้องให้วัตถุอันมีมูลค่าแก่ลูกหนี้

(ค) ลูกหนี้จะต้องมี “สิทธิ” ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

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

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

(2) เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย

บทบัญญัติของมาตรา 9 ของ UCC มีลักษณะเด่นที่แตกต่างจากการจำนำตามกฎหมายไทย จุดที่เห็นได้อย่างชัดเจน ได้แก่

(2.1) เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกัน (Secured Creditor) ตามหมวดมาตรา 9 นั้น โดยทั่วไปเจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Collaterals) แต่จะต้องมีสัญญา (ที่อาจเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นข้อความที่บันทึกหรือปรากฏอยู่บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้)³⁷ ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เป็นหลักฐานแสดงว่าลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้นี้มี Security Interest ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง สัญญาตามมาตรา 9 เรียกว่า สัญญา Security Agreement สิทธิในการบังคับชำระหนี้เฝ้าจากตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Security Interest) เกิดขึ้นเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้และติดยึด (Attach) กับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันทีเมื่อ

(ก) มีการทำสัญญา Security Agreement

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

(ค) ลูกหนี้มีสิทธิบริบูรณ์เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (มีสิทธิเด็ดขาดในการจำหน่ายจ่ายโอน ทั้งนี้โดยลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้อยู่ในการครอบครองของลูกหนี้แต่อย่างใด

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

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

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

³⁸ UCC § 9-203 (b)(3)(B)

³⁹ UCC § 9-313.

(2.2) ให้เจ้าหนี้สามารถทำสัญญาให้ตนมี Security Interest ในทรัพย์สินที่มีการแลกเปลี่ยนหมุนเวียน เช่น สต็อกสินค้า (Floating Lien Over Inventory) หรือทรัพย์สินที่ลูกหนี้จะพึงได้มาภายหลัง (After-Acquired Property) ซึ่งเจ้าหนี้และลูกหนี้จะทำสัญญาให้เจ้าหนี้มี Security Interest ในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่แล้วและที่จะได้มาภายหลังตามกรอบของมาตรา 9 ก็ได้ เมื่อลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันตามสัญญา Security Interest ของเจ้าหนี้จะติดยึด (Attach) เข้ากับตัวทรัพย์สิน โดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องมีการทำสัญญากันใหม่ การที่เจ้าหนี้มี Security Interest ในทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาภายหลังโดยอัตโนมัติกลายเป็นกลไกที่เป็นประโยชน์ต่อการทำธุรกิจการค้าอย่างมาก แต่ถ้าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นเป็นสินค้าผู้บริโภค⁴⁰ (Consumer Goods) สินค้าผู้บริโภคที่ได้มาภายหลัง จะกลายเป็นหลักประกันตามสัญญาเดิมได้เฉพาะส่วนที่ได้มาภายใน 10 วัน นับตั้งแต่เจ้าหนี้ได้ปล่อยเครดิต หรือปล่อยเงินกู้ให้ลูกหนี้⁴¹ นอกจากนี้ ยังมีข้อยกเว้นในหมวดมาตรา 9 อีกด้วยว่า การทำสัญญาให้เจ้าหนี้มี Security Interest ในทรัพย์สินที่เป็นสิทธิเรียกร้องมูลละเมิดทางการค้า (Commercial Tort Claims) ที่ยังไม่เกิดขึ้น ไม่อาจทำได้⁴²

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

(2.4) Security Interest ติดตามทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตลอดไปไม่ว่าจะถูกแปรสภาพเป็นเงินหรือเป็นทรัพย์สินอื่นใด ไม่ว่าจะกี่ทอดก็ตาม

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

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

⁴¹ UCC § 9-204 (b)(1)

⁴² UCC § 9-204 (b)(2)

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

3.2.2.2 ประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันตามหมวดมาตรา 9 (Collaterals) ได้แก่ สังหาริมทรัพย์ (Personal Property) ทั้งปวง รวมทั้งสังหาริมทรัพย์ที่ติดตรงเข้ากับอสังหาริมทรัพย์จนกลายเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์นั้น (Fixtures) ได้มีการจัดประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

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

โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ วัตถุที่มีรูปร่าง และวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งผู้เขียนขอแสดงไว้ตามตาราง ดังนี้

ตารางที่ 3.1 ประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา

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

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเภทของหลักประกัน	ความหมาย	การทำให้หลักประกันมีผลสมบูรณ์
2. อุปกรณ์ [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	สินค้าที่มีวัตถุประสงค์หลักในการนำไปใช้ในทางธุรกิจ (แต่ไม่รวมถึงสินค้าสำหรับขายหรือ สินค้าเกษตร) เช่น รถส่งของ [UCC 9-102 (A) (33)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสารหรือ การเข้าถือครองโดยผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
3. สินค้าเกษตร [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	พืชผล (รวมถึง สินค้าจากทะเล) ปศุสัตว์หรือ สินค้าที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางการเกษตร เช่น นม ขา [UCC 9-102 (A) (34)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสารหรือ การเข้าถือครองโดยผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
4. สินค้าสำหรับขาย [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	สินค้าที่ถือครองโดยบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขาย หรือตามสัญญาให้บริการ หรือสัญญา เช่าซื้อ หรือวัตถุประสงค์ที่มีไว้สำหรับการผลิต หรือใช้ในกระบวนการผลิต [UCC 9-102(A)(48)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสารหรือ การเข้าถือครองโดยผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
5. ทรัพย์สินเบ็ดเตล็ด [UCC 9-301, 9-310 (A), 9-313 (A)]	ทรัพย์สินของบุคคลที่มีอยู่ หรือ ติดอยู่กับทรัพย์สินอื่นของบุคคลที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสินค้า เช่น เครื่องเล่น DVD ที่อยู่ในรถยนต์ [UCC 9-102 (A) (1)]	การยื่นแบบฟอร์มเอกสารหรือ การเข้าถือครองโดยผู้รับหลักประกัน (ไม่ค้ำยมีการใช้)
วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง	ทรัพย์สินที่ไม่สามารถจับต้องได้แต่จะมีอยู่ โดยความสัมพันธ์กับสิ่งอื่นๆ	
1. หลักฐานเป็นหนังสือเกี่ยวกับทรัพย์สิน [UCC 9-301, 9-310 (A),	เอกสาร หรือ การบันทึกที่เป็นหนังสือ ซึ่งเป็นหลักฐานแสดงถึงหนี้เงิน และสิทธิเรียกร้องในสินค้า เช่น สัญญาหลักประกันหรือ ตัวสัญญาใช้เงิน หมายเหตุ: ในกรณีที่มีการบันทึก หรือ สิ่งที่บันทึกอยู่เก็บอยู่ในสื่อกลางทางอิเล็กทรอนิกส์ หลักประกันจะ	การยื่นแบบฟอร์มเอกสารหรือ การเข้าถือครอง หรือ ควบคุม โดยคู่สัญญาฝ่ายที่รับหลักประกัน

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

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

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

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

3.2.2.3 การติดยึดของสิทธิเข้ากับตัวทรัพย์สิน⁴⁴ (Attachment)

การยึดติดของ Security Interest เข้ากับตัวทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันเป็นหนึ่งในสองขั้นตอนของการก่อตั้ง Security Interest หากไม่มีการติดยึดตามแบบหรือพิธีการที่ระบุไว้ในหมวดมาตรา 9 การดำเนินการวิธีในขั้นตอนที่จะทำให้เกิดความบริบูรณ์ของสิทธิก็จะไม่บังเกิดผลใดๆ เจ้าหนี้จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน (Unsecured Creditor) องค์ประกอบที่ทำให้เกิดการติดยึดของสิทธิมี 3 อย่าง คือ

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

(1) มีการทำสัญญา Security Agreement ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งต้องมีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

(ก) ชื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้

(ข) มูลหนี้ที่มีอยู่ต่อกัน

(ค) ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันชำระหนี้ และ

(ง) ลูกหนี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน คู่สัญญาจะเพิ่มเติมเงื่อนไขอื่นๆ เข้าไปในสัญญาได้ ตัวสัญญาจะอยู่ในรูปแบบของสิ่งพิมพ์ หรือการเขียนด้วยลายมือก็ได้ นอกจากนี้กฎหมายยังอนุญาตให้ทำสัญญาในรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้อีกด้วย อนึ่ง คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรหากลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเชิงผู้รับจำนำ

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

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

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

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

3.2.2.4 การทำให้สิทธิมีผลบริบูรณ์ (Perfection)⁴⁵

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

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

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

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 66-69.

⁴⁶ UCC § 9-319 (b)(6).

ประการที่สอง เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ไม่ต้องยื่น Financing Statement ต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อทำให้สิทธิมีผลบริบูรณ์

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

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

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

⁴⁷ UCC § 9-313(a)-(B).

⁴⁸ UCC § 9-328.

⁴⁹ UCC § 9-309

มาแล้วในบทที่ 1 ของหมวดที่ 3⁵⁰ Security Interest ของหน้าค้าหุ้นหรือโภคภัณฑ์ที่มีอยู่เหนือหุ้นหรือหน่วยลงทุนที่นายหน้าได้ซื้อตามคำสั่งของลูกค้าซึ่งเป็นลูกค้า Security Interest ที่เจ้าหนี้อาศัยอยู่เหนือสิทธิของลูกค้าที่จะได้รับมรดกที่ยังไม่ได้แบ่งของผู้ตาม และ Security Interest ของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือสิทธิของลูกค้า (สิทธิเรียกร้อง) ที่จะได้รับรางวัลสลากกินแบ่งหรือรางวัลที่ได้จากการประกวดแข่งขันหรือการชิงโชคต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ที่ลูกค้าทำสัญญา Security Agreement ยอมให้เจ้าหนี้มี Security Interest เหนือทรัพย์สินที่เป็นสินค้าผู้บริโภค หรือหุ้นหรือหน่วยลงทุน รวมทั้งสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่กล่าวมานี้ การติดยึดและความบริบูรณ์ของ Security Interest จะเกิดขึ้นพร้อมกันทันทีโดยอัตโนมัติ โดยที่เจ้าหนี้ที่ไม่ต้องยื่น Financing Statement หรือเข้าครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินหรือสิทธิที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด

3.2.2.5 การบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

1) หลักการและเหตุผล⁵¹

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

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

⁵¹ สุวิทย์ สุบรรณ. เล่มเดิม. หน้า 76.

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

2) ประเภทการบังคับชำระหนี้จากหลักประกัน ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ แบ่งเป็น 2 กรณี

2.1) การบังคับทรัพย์สินตามสัญญาหลักประกันโดยกระบวนการยุติธรรม

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

2.2) การบังคับทรัพย์สินตามสัญญาหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

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

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

3) วิธีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาบังคับชำระหนี้

ในการเข้ายึดคืนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าแต่อย่างใด เพราะ เจ้าหนี้ส่งคำบอกกล่าวลูกหนี้ก่อน ลูกหนี้ก็อาจจะชักย้ายถ่ายเททรัพย์สินหรือซ่อนทรัพย์สิน ผลสุดท้ายก็จะเป็นการทำให้เจ้าหนี้ที่เพิ่มขึ้นของทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม หากสัญญา Security Agreement กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบก่อนการยึดคืนทรัพย์สิน เจ้าหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามนั้น หลังจากได้ทรัพย์สินมีอยู่ในครอบครองของตนแล้ว เจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้าเกี่ยวกับวันเวลาและสถานที่ที่จะทำการขายทรัพย์สินเสมอ ในกรณีที่เป็นการบังคับชำระหนี้โดยการขายหลักประกัน เจ้าหนี้ที่ไม่ประสบความสำเร็จในการยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจากลูกหนี้ด้วยการช่วยเหลือตัวเองดังที่กล่าวมาแล้วเพราะลูกหนี้รู้ทันหรือรู้ทางหนีทีไล่ดีกว่าสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทุกเมื่อ หลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองตั้งแต่ต้นแบบการจำนำหรือเป็นการยึดคืนมาในภายหลัง เจ้าหนี้จะต้องเก็บรักษาให้อยู่ในสภาพที่ดีเสมอเหมือนกับการรักษาทรัพย์สินของตัวเองโดยวิญญูชนทั่วไป ในกรณีที่หลักประกันเป็นเครื่องจักรกลขนาดใหญ่ที่เคลื่อนย้ายหรือถอดประกอบต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญหรือค่าใช้จ่ายสูง หรือเป็นอุปกรณ์ที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงในการดูแลรักษา เจ้าหนี้ส่วนมากจะไม่ใช้สิทธิยึดคืนเว้นแต่จะไม่มีทางเลือกอื่น ถ้ากิจการของลูกหนี้ยังพอไปได้ไหว เจ้าหนี้มักจะฟ้องเรียกให้ชำระหนี้แบบเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งคดีแบบนี้เป็นคดีไม่มีข้อยุ่งยากและปล่อยให้ลูกหนี้ใช้ประโยชน์ในเครื่องจักรกลหรืออุปกรณ์ไปตามปกติ ทั้งนี้เพราะการยึดคืนหลักประกันดังกล่าวจะทำให้เจ้าหนี้ต้องตรองออกค่าใช้จ่ายในการถอดประกอบ การขนย้าย และการเก็บรักษาอีกเป็นจำนวนมากนอกเหนือไปจากหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระ

วิธีการในการนำทรัพย์สินมาชำระหนี้

ในกรณีที่ผู้รับหลักประกันได้เข้าครอบครองทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้แล้ว ผู้รับหลักประกันมีวิธีการในการนำทรัพย์สินมาชำระหนี้ 2 วิธี คือ (1) การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาด (Strict Foreclosure) หรือ (2) การขายทรัพย์สินที่เข้าไปครอบครอง และการขอให้มี คำพิพากษาบังคับส่วนต่าง

3.1) การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาด

เมื่อลูกหนี้ผิดนัด และมีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ผู้รับหลักประกันมีทางเลือกที่จะไม่ต้องนำทรัพย์สินนั้นไปขาย เนื่องจาก UCC ได้ให้ผู้รับหลักประกันมีรับหลักประกันเสมือนหนึ่งเป็นการชำระหนี้เต็มจำนวน ตามมาตรา 9-505(2) ดังนั้น เจ้าหนี้นี้ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องในส่วนต่าง⁵² การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดเช่นนี้ถือเป็นหลักกฎหมาย Common Law และหลักการนี้ก็มีการนำไปใช้ใน Uniform Conditional Sales Act การบังคับเช่นนี้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมักจะพิจารณาว่าจะใช้การบังคับทรัพย์สินโดยเด็ดขาด หรือเลือกที่จะการขายและฟ้องคดีเพื่อเรียกเอาส่วนต่าง เจ้าหนี้ที่ใช้วิธีการบังคับทรัพย์สินส่วนใหญ่จะพิจารณาว่า หากมูลค่าของหลักประกันมีมูลค่าเท่าเทียมกับจำนวนหนี้ที่มีอยู่ เจ้าหนี้จะเลือกการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดซึ่งจะมีข้อได้เปรียบบางประการที่ดีกว่าการนำหลักประกันไปขาย หรือ การฟ้องเพื่อเรียกร้องหนี้ การบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดจะประสบความสำเร็จโดยไม่ต้องใช้ความพยายามของผู้รับหลักประกันมากนัก และที่สำคัญไปกว่านั้นเจ้าหนี้ที่รับหลักประกันซึ่งได้กระทำการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดจะไม่ถูกลูกหนี้หรือบุคคลอื่นกล่าวอ้างถึงความไม่เป็นธรรมในการกรณีที่ทรัพย์สินนั้นไปขายต่อในกรณีที่จับทรัพย์ตามมาตรา 9-504 ทั้งนี้ มาตรา 9-502(2) ให้อำนาจการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดดังนี้

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

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

มาตรา 9-502(2) กำหนดกระบวนการในการบังคับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดดังนี้

(1) ผู้รับหลักประกันจะต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินหลังจากลูกหนี้ผิดนัด

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

3.2) การขายทรัพย์สินที่เข้าไปครอบครอง และการขอให้มีการชำระหนี้บางส่วน

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

รวมถึง วิธีการ ข้อปฏิบัติ เวลา สถานที่ และข้อกำหนดจะต้องเป็น “การกระทำทางพาณิชย์ที่เหมาะสม”

4) หลักเกณฑ์ในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ โดยวิธีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

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

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

ในกรณีที่การกระทำประการใดประการหนึ่งที่กล่าวมานี้ขาดไป ย่อมถือว่าเจ้าหนี้ได้กระทำการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง ทำให้เจ้าหนี้ต้องผิดต่อลูกหนี้ในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ต้อง หรือในบางกรณีเจ้าหนี้อาจจะต้องรับผิดชอบแม้การกระทำนั้นจะกระทำโดยตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน นอกจากนี้ หากกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สินได้มีการกระทำละเมิดต่อลูกหนี้ต่างหากจากการกระบวนการครอบครอง ย่อมทำให้เจ้าหนี้ หรือตัวแทนของเจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดด้วย

จากองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนขออธิบายละเอียดและคดีที่เกี่ยวข้องพอสังเขปดังนี้

- (1) เจ้าหนี้จะต้องมีสิทธิเรียกร้องในหลักประกันที่เข้าครอบครอง

ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิในการบังคับคดีโดยการเข้าครอบครองได้จะต้องเป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งในประเด็นนี้มีคดีที่น่าสนใจ คือ

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

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

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

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

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

ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยผู้ขายข่มขู่เป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง (Wrongful Repossession) เป็นต้น

(2) ลูกหนี้จะต้องผิคนัด การที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จะต้องเป็นกรณีที่ดีได้ว่าลูกหนี้ผิคนัดเสียก่อน หากเจ้าหนี้ หรือตัวแทนของเจ้าหนี้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยที่ลูกหนี้ยังไม่ผิคนัด ข่มขู่ว่าเจ้าหนี้กระทำการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง อันจะมีผลทำให้ก่อความรับผิดชอบแก่เจ้าหนี้ หรือตัวแทนผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินได้

กรณีที่ได้มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่ในความเป็นจริงยังไม่อาจถือได้ว่าลูกหนี้ผิคนัด มีสาเหตุหลัก 3 ประการ ดังนี้

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

ประการที่สอง ลูกหนี้ได้ผิคนัดแล้วจริงๆ แต่ในกระบวนการเจรจากับเจ้าหนี้ได้มีการละสิทธิในการเรียกร้องที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ผิคนัด เช่น ในคดี Rogers V Allis-Chalmers Credit Corp.⁵⁶ ในคดีนี้ลูกหนี้ได้ซื้อรถแท็กซี่เก๋งคันหนึ่งซึ่งผู้ขายมีสิทธิเรียกร้องในรถแท็กซี่คันนี้ในฐานะหลักประกัน ในเวลาต่อมาลูกหนี้ไม่ได้ชำระเงินเดือนกันยายน และเดือนตุลาคมซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ผิคนัด และเจ้าหนี้ข่มขู่มีสิทธิในการเข้าครอบครองรถแท็กซี่คันนี้ อย่างไรก็ดีตาม พนักงานบัญชีของเจ้าหนี้ได้แจ้งให้กับลูกหนี้ทราบว่า หากลูกหนี้ได้ทำการส่งเงินมาชำระเงินภายในสิ้นเดือนตุลาคมจะไม่มีการดำเนินคดีใดๆ ในระหว่างการเจรจาของพนักงานบัญชีกับลูกหนี้ หลังจากนั้น ลูกหนี้จึงได้ส่งเงินไปชำระในวันที่ 28 ตุลาคม ตามที่ได้มีการแจ้งให้

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

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

ทราบ แต่ได้มีการส่งเงินชำระหนี้กลับมา และได้มีการเข้าไปครอบครองรถแท็กซี่ในวันที่ 31 ตุลาคม คณะลูกขุนในคดีนี้ เห็นว่าเจ้าหนี้ได้เข้าไปครอบครองรถแท็กซี่โดยไม่ถูกต้อง และศาลอุทธรณ์ก็ได้ยืนตามความเห็นของคณะลูกขุน โดยเห็นว่าการขยายเวลาของเจ้าหนี้ในการชำระเงินของลูกหนี้เป็นการคุ้มครองลูกหนี้จากการถูกบังคับคดีตามบทบัญญัติที่เคร่งครัดในสัญญา

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

(3) การฟ้องคดีของเจ้าหนี้จะต้องเป็นไปตามข้อสัญญาของที่ตกลงไว้กับลูกหนี้

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

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

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

ต้องการที่จะใช้สิทธินั้นเสียก่อน ดังนี้ การที่เจ้าหนี้เข้าครอบครองรถยนต์โดยที่มิได้มีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบตามข้อสัญญาการค้ำหนวบรวมเงินที่ถึงกำหนด ย่อมถือเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง และในคดีนี้ศาลยังเห็นว่าลูกหนี้สามารถขอให้มีการพิพากษาในกรณีการเบียดบังทรัพย์สินจากการเข้าครอบครองรถยนต์ได้ เพราะสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้มิได้ก่อให้เกิดสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยทันที

(4) การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องกระทำไปโดยปราศจาก “การขัดต่อความสงบสุข”

จากการศึกษาพบว่าประเด็นที่สำคัญที่สุดในเรื่องการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ไม่ถูกต้องที่กฎหมาย UCC ของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญมากที่สุด คือ การเข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุข ดังนี้ เมื่อใดที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุข การเข้าครอบครองทรัพย์สินเช่นนี้ย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง

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

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

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

ในคดีนี้ศาลพิจารณาว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการข่มขู่ที่จะกระทำอันตรายเพื่อการเข้าครอบครองทรัพย์สินเพื่อให้ถือเป็นการละเมิดต่อความสงบสุข ซึ่งในข้อเท็จจริงที่กล่าวมานี้ถือว่าเพียงพอต่อการทำให้เกิดความหวาดกลัว และความไม่สงบแล้ว

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

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

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำละเมิดเสมอไป เพียงแค่ว่าจะกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคมก็ถือว่าการขัดต่อความสงบสุขแล้ว

จากการศึกษาพบว่ามีประเด็นดังต่อไปนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลจะใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขหรือไม่

การให้ผู้ซึ่งบังคับกฎหมายมาเข้าร่วมในการครอบครองทรัพย์สิน

ในบางกรณีที่ตัวแทนเข้าครอบครองทรัพย์สินได้มีความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงบทบัญญัติ UCC ในเรื่องขัดต่อความสงบสุข โดยให้ผู้ซึ่งบังคับกฎหมายในระดับท้องถิ่นเข้าร่วมมาอยู่ร่วมในกระบวนการเข้าครอบครองด้วย ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า เมื่อการเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้เกิดขึ้นได้ เพราะมีเจ้าหน้าที่ตำรวจเข้าร่วมด้วย กรณีเช่นนี้ย่อมถือเป็นการขัดต่อความสงบสุขเช่นกัน เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว การนำเจ้าพนักงานผู้ซึ่งบังคับกฎหมายมาเข้าร่วมใน

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

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

การครอบครองทรัพย์สินถือเป็นเหตุให้ฟ้องคดีได้ เพราะเป็นการทำให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ต้องแจ้งและการรับฟังเห็นผล ไม่มีผลทางกฎหมายอีกต่อไป

ในคดี *First & Farmer Bank V Henderson*⁶² ในคดีนี้ธนาคารได้พยายามที่จะเข้าครอบครองเรือโดยขอให้ผู้ที่มิตำแหน่งเป็นรองนายอำเภออยู่เหตุการณ์ด้วย โดยธนาคารได้พยายามที่จะลากเรือออกไป แต่ลูกหนี้ได้เข้ามาห้ามไว้จนมีการโต้เถียงกันเกิดขึ้น รองนายอำเภอจึงเข้ามาในการโต้เถียงนั้น ลูกหนี้จึงได้ไปติดต่อกับนาย แต่ในระหว่างนั้นลูกจ้างของธนาคารก็ได้นำเรือออกไปแล้ว ศาลเห็นว่ากฎหมายได้กำหนดให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินต้องกระทำโดยปราศจากการขัดต่อความสงบ ทำให้เจ้าหนี้จึงไม่สามารถใช้อำนาจรัฐเข้ามาป้องกันการขัดต่อความสงบสุขที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงพิจารณาว่าหากจำเป็นต้องใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐยอมถือได้ว่าการขัดต่อความสงบสุขเกิดขึ้นแล้ว ดังนั้น เจ้าหนี้จึงต้องรับประกันต่อการแทรกแซงของกระบวนการยุติธรรมในการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น

การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยฉ้อฉล

ในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นเกิดจากการหลอกลวง หรือเข้าครอบครองโดยใช้กลอุบาย ย่อมถือว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นกระทำโดยไม่ถูกต้อง และถือว่าเป็นเหตุให้ฟ้องคดีว่ามีการการเบียดบังทรัพย์สินได้ด้วย

คดี *Ford Motor Credit Co. V Byrd*⁶³ ลูกหนี้ซื้อรถยนต์มาจากตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ตามสัญญาซื้อเงินผ่อนซึ่งได้มีการโอนสิทธิในการรับเงินให้กับบริษัทให้เงินกู้ พนักงานผู้เข้าถือครอบครองทรัพย์สินของบริษัทเงินกู้จึงได้ติดต่อกับลูกหนี้ และแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่าชำระเงินของลูกหนี้เป็นเงินที่ค้างชำระเดิม แต่ลูกหนี้ได้ยืนยันว่าการชำระเงินนั้นเป็นหนี้ปัจจุบัน พนักงานเข้าครอบครองทรัพย์สินจึงได้เชิญลูกหนี้มาเข้าพบ ลูกหนี้จึงได้นำใบเสร็จรับเงินมาเปรียบเทียบกับใบบันทึกการชำระเงินให้กับตัวแทนขายรถยนต์ และในการโต้เถียงของลูกหนี้ ก็ได้มีการเคลื่อนย้ายรถไปในที่เก็บของตัวแทนขาย ในคดีนี้ศาลเห็นว่า การฉ้อฉลและใช้อุบายของบริษัทให้เงินกู้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง และถือเป็นเหตุให้ฟ้องคดีจากการเบียดบังทรัพย์สินได้ นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าการทำลายทรัพย์สินหลักประกันก็คือเป็นการขัดต่อความสงบสุขได้

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

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

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

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

การกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขอาจเกิดขึ้นในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยที่ไม่ได้มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในระหว่างการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ย่อมถือว่าการกระทำที่ขัดต่อความสงบสุขเกิดขึ้นอันเป็นผลให้การเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นไม่ถูกต้อง ดังนี้ นอกจากผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินจะต้องรับผิดชอบจากการครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องแล้ว ผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินยังต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นต่างหากด้วย เช่น

การบุกรุก

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

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

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

มีการคิดนัดตามสัญญาที่มีรถยนต์เป็นหลักประกัน ดังนั้น จึงไม่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุข และไม่ถือเป็นการทะเลาะเบาะแว้งโดยบุกรุก อย่างไรก็ตามในกรณีที่เจ้าหนี้ได้กำหนดลูกหนี้ให้ความยินยอมไว้ในข้อสัญญาในการเข้าไปในทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ถือว่าเป็นการปรับเปลี่ยนหลักกฎหมายที่อนุญาตให้เจ้าหนี้เข้าไปในทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายตราบเท่าที่การเข้าไปในนั้นไม่ถือเป็นการขัดต่อความสงบสุข ดังนั้น การที่เจ้าหนี้เข้าไปครอบครองยานพาหนะของลูกหนี้ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดในฐานบุกรุก เบียดบังทรัพย์สิน หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อจิตใจโดยประมาท

ในเรื่องการละเมิดโดยการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลซึ่งไม่ใช่หลักประกันก่อนการเข้าครอบครองทรัพย์สินหลักประกัน

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

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

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

การเข้าครอบครองทรัพย์สินตามข้อเท็จจริงนี้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องในตัวเอง ดังนั้น ข้อสัญญา ย่อมไม่ตัดสิทธิของลูกหนี้ในการฟ้องคดีจากการเข้าครอบครองทรัพย์สินส่วนตัวโดยไม่ชอบด้วย กฎหมาย

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

5.2) บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบในกระบวนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

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

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

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

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

6) การเยียวยาความเสียหาย จากการเข้าบังคับชำระหนี้จากสังหาริมทรัพย์ที่มีขอบ

6.1) การเยียวยาความเสียหายตาม UCC

ตาม UCC 9-507 ได้บัญญัติถึงการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในกระบวนการบังคับทรัพย์สินไว้ดังนี้

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

จากบทบัญญัติที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่ามีวิธีในการเยียวยาความเสียหาย 2 ประการ จากการถูกรับครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องดังนี้

(1) ลูกหนี้มีสิทธิขอคำสั่งห้ามเพื่อป้องกันการขายทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้หลังจากที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

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

6.2) การเยียวยาความเสียหายอื่นๆ

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

(1) ค่าเสียหายทั่วไป

ในกรณีที่เจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้นี้ย่อมต้องรับผิดชอบลูกหนี้จากการกระทำการเบียดบังทรัพย์สิน (Conversion) ด้วย ทั้งนี้ การเบียดบังทรัพย์สิน คือ การกระทำที่ใช้อำนาจของตนเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบ ทั้งนี้ การคำนวณค่าเสียหายจากการเบียดบังทรัพย์สิน โดยทั่วไปจะพิจารณาจากมูลค่าของสินค้าในเวลาที่ถูกเบียดบัง และดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่มีการเบียดบัง ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในทางธุรกิจ มิใช่ นำไปใช้ส่วนตัว ลูกหนี้นี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายพิเศษ รวมไปถึงค่าขาดกำไร ตามการพิสูจน์ค่าขาดประโยชน์ที่มีความแน่นอนตามควร หากเป็นการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่ถูกต้อง ค่าเสียหายอาจจะรวมไปถึงค่าเสียหายจากการทำให้เกิดความอับอาย หรือค่าเสียหายต่อจิตใจได้ด้วย (คดี Dawson V Piazza)⁶⁹ ในกรณีที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินกระทำไม่ถูกต้อง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระดับเครดิตของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ยังสามารถฟ้องคดีจากการทำให้เสีย

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

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

(2) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ในกรณีที่มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องเกิดขึ้น โจทก์ในหลายมลรัฐสามารถเรียกร้องค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ ซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญในการป้องกันการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการดักเตือนว่าการกระทำเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ถูกต้องนั้นเป็นการกระทำที่ไม่พึงกระทำ

7) ตัวแทนในการบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์⁷²

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

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

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

⁷² สุวิทย์ สุบรรณ. อ้างแล้ว. หน้า 78.

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

7.1) ความหมาย

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

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

5. บุคคลผู้เป็นเจ้าของบ้านที่ หรือลูกจ้างของรัฐ ซึ่งในขณะที่ได้ทำงานที่ปฏิบัติหน้าที่ของตน

6. ผู้ถือใบรับรองคุณวุฒิหรือผู้ลงทะเบียน เมื่อดำเนินการ ในนามของผู้รับใบอนุญาต

7.2) องค์กรที่ควบคุมการปฏิบัติของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man)

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

⁷³ California Business and Professions Code มาตรา 7500.3

⁷⁴ California Business and Professions Code มาตรา 7501

ละเมิดที่เกิดขึ้น⁷⁵ ทั้งกำหนดข้อบังคับต่างๆรวมถึงข้อกำหนดต่างๆ ที่ใช้ในการออกใบอนุญาตในการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ด้วย⁷⁶ โดยหน้าที่หลัก คือ เพื่อให้การให้การคุ้มครองสาธารณชน⁷⁷

7.3) คุณสมบัติของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man)⁷⁸

(1) จะต้องมียุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์

(2) ต้องเคยมี ประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมาย อย่างน้อย 2 ปี

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

(3) ผ่านการทดสอบ ตามที่กำหนด

(4) จ่ายค่าใบสมัครที่ตามที่กำหนดและจ่ายค่าธรรมเนียมการทดสอบของทางสำนักงาน

7.4) หน้าที่ของบุคคลผู้เข้าเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ที่สำคัญได้แก่

หน้าที่เมื่อเข้าทำการยึดทรัพย์สิน⁷⁹

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

1. ทำหนังสือบอกกล่าวการยึดทรัพย์สิน

2. ทำรายงานการใช้จ่ายยานพาหนะที่เข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน

⁷⁵ California Business and Professions Code มาตรา 7501.4

⁷⁶ California Business and Professions Code มาตรา 7501.6

⁷⁷ California Business and Professions Code มาตรา 7500.05

⁷⁸ California Business and Professions Code มาตรา 7504

⁷⁹ California Business and Professions Code มาตรา 7507.3

3. ทำบัญชีทรัพย์สิน

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

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

หน้าที่ ในกรณีลูกหนี้ชำระเงินแทนการครอบครองทรัพย์สิน⁸¹

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

หน้าที่ ในกรณีอื่น

กรณีที่มีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) จะต้องไม่ประเมินราคา มูลค่า ของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น⁸²

⁸⁰ California Business and Professions Code มาตรา 7504.10

⁸¹ California Business and Professions Code มาตรา 7507.4

7.5) การรับโทษของตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) โดยองค์กรที่ควบคุม

เหตุในการกำหนดโทษ

ในกรณี ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ที่กระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากจะได้รับโทษตามกฎหมายอาญา หรือกระทำละเมิดในอันที่จะต้องชดใช้ตามกฎหมายแพ่งแล้ว อธิบดีกรมคุ้มครองผู้บริโภคสามารถประเมินค่าปรับสำหรับตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน (Repo Man) ได้⁸³ โดย California Business and Professions Code มาตรา 7508.1 ถึง 7508.6 ได้กำหนดไว้กรณีที่อธิบดีสามารถประเมินโทษเป็นค่าปรับไว้ดังนี้

1. เจตนารายงานอันเป็นเท็จ ไปยังนายจ้าง
2. แสดงบัตรการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน โดยบัตรอื่น นอกเหนือจากบัตรที่ได้จดทะเบียนการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ออกโดยทางสำนักงาน ยกเว้นบัตรประจำตัวนายจ้างที่ออกโดยตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งตามที่สำนักงานอนุมัติ
3. ใช้ชื่อปลอมในการติดต่อกับทางราชการ ในการกระทำที่เกี่ยวกับธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตการเป็นผู้เข้าครอบครองทรัพย์สิน
4. การปรากฏตัวเสมือนว่าเป็นคู่สัญญาผู้รับโอนในบรรดาการดำเนินการทางศาลที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้อง และการส่งการคืนทรัพย์สินที่ยึดมา หรือการฟ้องคดีในศาลในเรื่องการเข้าครอบครองอื่นใด การฟ้องคดีในการยึดทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ที่นำมาจำนอง สิทธิยึดห่วงของช่างเครื่อง สิทธิยึดห่วงของผู้จัดเตรียมวัสดุ หรือบรรดาสหสิทธิยึดห่วงอื่นใด แต่จะไม่ห้ามกรณีผู้รับใบอนุญาตเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สินปรากฏตัวเป็นจำเลยในบรรดาการดำเนินการฟ้องคดี
5. ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน นำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ดินยึด ไปใช้ในการส่วนตัว
6. การขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยมิได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าหนี้
7. ไม่ส่งเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทั้งหมดไปให้เจ้าหนี้ (ผู้ว่าจ้าง) ภายใน 10 ทำการหลังจากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันครั้งสุดท้าย การขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันครั้งสุดท้าย หมายถึง เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ หรือแสดงความเป็นเจ้าของได้มีการโอนกรรมสิทธิ์จากเจ้าของตามกฎหมายไปยังผู้ซื้อ โดย ตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

⁸² California Business and Professions Code มาตรา 7507.115

⁸³ California Business and Professions Code มาตรา 7508

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

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

10. การเข้าในบรรดาอาคารส่วนตัว หรือส่วนที่ปลอดภ้ย โดยผิดกฎหมาย ซึ่งในเวลา ที่การเข้าครอบครองทรัพย์สินปราศจากความยินยอมของเจ้าของหรือของบุคคล ที่เข้าครอบครอง สิ่งนั้น ตามกฎหมายในเวลา ที่การเข้าครอบครองทรัพย์สิน

11. กระทำการทำร้าย ร่างกาย บุคคลอื่นใดโดยผิดกฎหมาย

12. ทำการการปลอมแปลง หรือการแก้ไข รายการทรัพย์สิน

13. ดำเนินการเข้า ครอบครองหรือยึด ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยวิธีดังต่อไปนี้

13.1 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงตัวอย่างใดอย่างหนึ่งให้สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

13.2 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงตัวอย่างใดอย่างหนึ่งให้สามารถเข้าใจได้ว่าเป็นทนายความ

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

13.4 การขู่เชิญโดยมิชอบด้วยกฎหมายแม้จะไม่เจตนาก็ตาม

13.5 แสดงตัวอันเป็นเท็จ หรือแสดงความหมายโดยนัยอันเป็นเท็จ ที่ให้ลูกหนี้เข้าใจว่าตนได้กระทำความผิดในทางอาญา หรือดำเนินการอื่นใด เพื่อให้เกิดความ เสื่อมเสียกับลูกหนี้

13.6 ใช้หรือแสดงเอกสารปลอม หรือเอกสารเท็จที่ใช้การติดต่อสื่อสารที่ออกโดยศาลหรือรัฐบาล

13.7 แสดงซึ่งเอกสารที่ใช้ในกระบวนการทางกฎหมายอันเป็นเท็จ

13.8 ใช้ชื่อในการประกอบธุรกิจอื่นใด นอกจากชื่อจริงของธุรกิจการเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน

13.9 การใช้รูปแบบการหลอกลวงอื่นใด

การระงับและการเพิกถอน โดยองค์กรที่ควบคุม
อธิบดีอาจ ระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาต การเป็นตัวแทนการเข้าครอบครองทรัพย์สิน
ในกรณีดังต่อไปนี้⁸⁴

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

⁸⁴ California Business and Professions Code มาตรา 7510.1