



วิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่สำคัญในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

จากการศึกษาถึงรูปแบบการให้หลักประกันแบบ Project Finance ของประเทศอังกฤษในบทที่ 2 เจ้าหนี้จะมีสิทธิในกิจการที่นำมาเป็นหลักประกันทั้งกิจการโดยการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ภายใต้สัญญาหลักประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ นอกจากนี้ได้มีการศึกษาถึงวิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ. ... ในบทที่ 3 ดังนั้นในบทนี้จะทำการวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่สำคัญในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน เพราะการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นช่วยทั้งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน คือในด้านของผู้ให้หลักประกันนั้นยังคงสามารถครอบครองใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน ทรัพย์สินได้ จนกว่าจะมีการบังคับหลักประกัน และในส่วนของผู้รับหลักประกันนั้นเมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้วก็จะมีกระบวนการทำให้สามารถดำเนินการในระหว่างที่มีการบังคับหลักประกันและทำการจำหน่ายกิจการไปได้ทั้งกิจการซึ่งจะทำให้มูลค่าของกิจการนั้นมีมูลค่ามากขึ้นกว่าการแยกส่วนขาย

โดยในการวิเคราะห์นี้จะยึดร่างที่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีที่ใช้ทำการศึกษาคือเป็นหลักโดยนำร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกามาประกอบเนื่องจากในระหว่างที่ทำการศึกษานั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อวันที่ 19 เดือนธันวาคม 2545

4.1 วิเคราะห์ประเด็นการนำกิจการมาเป็นหลักประกันและการจัดทำนิติกรรมสัญญาที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์ปัญหาการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันและการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจและการจัดทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

4.1.1 ข้อจำกัดภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันต่อกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

ในปัจจุบันเมื่อนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะใช้วิธีการจำนอง จำนำ และการโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งวิธีเหล่านี้ยังมีข้อจำกัด เช่น การโอนสิทธิเรียกร้องเป็นประกันหนี้ โดยจะแบ่งเป็น

2 ช่วงคือ ในช่วงก่อสร้างโครงการถ้าผู้กู้ผิดสัญญาผู้ไม่ชำระดอกเบี้ยในช่วงก่อสร้างหรือผู้ผิดสัญญาโดยประการอื่น ผู้ให้กู้อาจบังคับเอากับหลักประกันที่เป็นการ โอนสิทธิในสัญญาก่อสร้างเพื่อสวมสิทธิของผู้กู้ในสัญญาก่อสร้างในฐานะเจ้าของโครงการเพื่อดำเนินการก่อสร้างต่อไปเพื่อให้มีรายได้มาชำระคืนผู้กู้และช่วงต่อมาคือ เมื่อก่อสร้างเสร็จแล้วถ้าผู้กู้ไม่ชำระผู้ให้กู้ก็มีสิทธิบังคับเอากับหลักประกันประเภทโอนสิทธิที่เป็นสัญญาการค้าของผู้กู้ เพื่อให้ลูกหนี้ของผู้กู้จ่ายเงินแก่ผู้ให้กู้แทน แต่เนื่องจากมีปัญหาในทางปฏิบัติในการ โอนสิทธิมาเป็นหลักประกันซึ่งทางสถาบันการเงินยังมีความเคลงใจในหลักประกันประเภทนี้ว่าจะมีผลบังคับใช้เมื่อใดและบังคับได้จริงหรือไม่

นอกจากนี้ทรัพย์สินบางชนิดของกิจการก็ไม่สามารถนำเป็นหลักประกันได้เนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายในเรื่อง จำนอง จำน่า คือในเรื่องการจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทำให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินมาใช้ประโยชน์ได้ ส่วนในเรื่องการจำนองนั้นถึงแม้ลูกหนี้จะยังคงครอบครองใช้สอยทรัพย์สินอยู่แต่ประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้ก็มีจำนวนน้อย ซึ่งทำให้มีปัญหาในการใช้ทรัพย์สินต่างๆของกิจการมาเป็นหลักประกัน เช่น¹

1. วัตถุดิบ ที่ใช้ในการผลิตส่วนมีมูลค่าเชิงพาณิชย์สามารถ ซื่อขายได้ แต่เจ้าของกิจการไม่สามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นหลักประกันได้เพราะเป็นของที่ต้องใช้สอยอยู่ตลอดเวลา จึงไม่สามารถส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเหล่านี้ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อทำการจำนำได้
2. ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากโรงงาน เช่นเดียวกับวัตถุดิบ ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตมาจากโรงงานนั้นเป็นปัจจัยสำคัญของธุรกิจของลูกหนี้ ลูกหนี้ขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้เพื่อนำมาใช้จ่ายและชำระหนี้คืน ผลิตภัณฑ์เหล่านี้เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเชิงพาณิชย์ซึ่งสามารถจำนำได้ แต่เมื่อลูกหนี้ผลิต ผลิตภัณฑ์เหล่านี้ออกมาและเก็บไว้เพื่อรอส่งจำหน่ายให้แก่ลูกค้า ไม่ว่าผลิตภัณฑ์นี้จะมีมูลค่าและมีต้นทุนสูงเพียงใด ลูกหนี้ก็ไม่สามารถจะใช้ผลิตภัณฑ์เหล่านี้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ได้เพราะลูกหนี้ต้องมีการเคลื่อนย้ายผลิตภัณฑ์อยู่เสมอ จึงไม่สามารถส่งมอบการครอบครองผลิตภัณฑ์เหล่านี้แก่เจ้าหนี้เพื่อจำนำเป็นหลักประกันได้ ถ้าหากลูกหนี้จะใช้วิธีเอาของไปฝากในคลังสินค้าของผู้อื่นเพื่อจำนำสินค้าในคลังสินค้าและสลักหลังใบรับของคลังสินค้า ก็จะเป็นการเพิ่ม

¹ อธิก อัครวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข ,หน้า112-

ภาระค่าใช้จ่ายของโรงงาน โรงงานต่างๆจึงนิยมที่จะมีคลังเก็บสินค้าของตนเองในบริเวณโรงงานเพื่อความสะดวกในการจัดการและการขนย้าย หากโรงงานต่างๆต้องจำหน่ายสินค้าในคลังสินค้าของบุคคลภายนอกแล้วย่อมต้องมีภาระในการขนย้ายจากโรงงานไปคลังสินค้าของบุคคลภายนอกและจากคลังสินค้าของบุคคลภายนอกไปยังลูกค้าอีกต่อหนึ่ง ซึ่งจะต้องเสียค่าใช้จ่ายแก่คลังสินค้าอีกด้วย

3. **สินค้าที่วางจำหน่าย** วิธีการประกอบธุรกิจมีการพัฒนาไปตามสภาพความเป็นอยู่ในแต่ละยุคแต่ละสมัย เดิมห้างร้านที่จำหน่ายสินค้ามีขนาดไม่ใหญ่โตนักและแต่ละห้างมีสินค้าอยู่ไม่มาก มาในปัจจุบันเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจทำให้ลูกค้าไม่สามารถไปทำการซื้อของได้หลายแห่งแต่นิยมที่จะไปแห่งเดียวที่มีสินค้าให้เลือกซื้อได้มากชนิดที่สุด เพื่อเป็นการประหยัดเวลาการเดินทางและการลดปัญหาการจราจรด้วย สภาพห้างร้านในปัจจุบันจึงเปลี่ยนไปในลักษณะที่มีขนาดใหญ่ขึ้น เป็นห้างสรรพสินค้า คือเป็นห้างขนาดใหญ่ที่มีสินค้าทุกประเภทและเป็นลักษณะอาคารศูนย์การค้าซึ่งมีห้างร้านไปรวมอยู่ในอาคารเดียว จำหน่ายสินค้าได้หลายประเภทให้ลูกค้าเลือกซื้อได้ ห้างร้านขนาดใหญ่นี้นิยมที่จะเอาสินค้าทุกประเภทออกวางแสดงเพื่อให้ลูกค้าเห็นและจะเลือกซื้อได้ จำนวนสินค้าที่นำออกแสดงในแต่ละห้างร้านนั้นมีมูลค่าหลายสิบล้านบาทไปจนถึงหลายร้อยล้านบาทต่อแห่ง สินค้าเหล่านี้ในขณะที่วางแสดงไปและขายไปนี้ไม่สามารถนำมาใช้เป็นประกันเพื่อทำการกู้หนี้ยืมสินได้ทั้งๆที่มูลค่าสูงมากเพราะข้อจำกัดทางกฎหมาย หากจะจำหน่ายผู้ประกอบการก็ต้องส่งมอบการครอบครองสินค้าที่แสดงอยู่นั้นให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถนำสินค้ามาจำหน่ายได้ ดังนั้นการใช้วัตถุดิบผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้และสินค้าเพื่อจำหน่ายเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยจึงเกือบทำไม่ได้เลย
4. **เครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์และอะไหล่** ในปัจจุบันหากเครื่องจักรมีคุณสมบัติตามบัญชี 1 และบัญชีที่ 2 ของกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ผู้ประกอบอุตสาหกรรมก็สามารถจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ของเครื่องจักรเหล่านั้นและจำนองเครื่องจักรที่จดทะเบียนแล้วเป็นหลักประกันได้ ข้อจำกัดก็คือผู้ประกอบอุตสาหกรรมไม่สามารถใช้เครื่องจักรและอุปกรณ์ทั้งหมดเป็นหลักประกันได้ เช่น เครื่องมืออุปกรณ์ต่างๆที่ใช้ในการบำรุงรักษาตลอดจนชิ้นส่วนและอะไหล่ของโรงงานนั้น รวมทั้งสิ่งก่อสร้างอื่นๆ เช่น บ่อเก็บกักน้ำ ท่อส่งน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย เป็นต้น ก็ไม่สามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องจักรได้ จึงใช้จำนองไม่ได้

อีกทั้ง ทรัพย์สินเหล่านี้จะใช้จ่านาก็ไม่ได้เช่นกันเพราะผู้ประกอบการต้อง
ครอบครองเพื่อการใช้สอย

สรุปแล้วเครื่องมือ เครื่องจักร เครื่องใช้ต่างๆที่ใช้ในอุตสาหกรรมมี
เพียงส่วนน้อยที่สามารถใช้จ่านองเป็นหลักประกันได้ นอกจากนี้เครื่องจักรที่จะ
สามารถใช้เป็นหลักประกันนั้นเมื่อจะจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ เพื่อใช้จ่านองเป็นประกัน
ก็ยังมีข้อจำกัดในเรื่องเวลา เนื่องจากเครื่องจักรที่จะใช้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์เพื่อใช้
จ่านองนั้นต้องมีลักษณะเป็นเครื่องจักรตามคำจำกัดความของ มาตรา 3 แห่งพระราช
บัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 กล่าวคือต้องสามารถใช้ก่อกำเนิดพลังงาน
เปลี่ยนหรือแปลงสภาพพลังงานหรือส่งพลังงานได้ และต่อมาได้เพิ่มให้รถไฟฟ้ ถือ
ว่าเป็นเครื่องจักร ดังนั้นเครื่องจักรที่ประกอบมาสำเร็จรูปซึ่งส่วนใหญ่มีขนาดเล็กนั้น
ก็จะสามารถจดทะเบียน ได้เร็ว แต่สำหรับเครื่องจักรขนาดใหญ่ที่จะต้องนำเข้ามา
ประกอบขึ้นภายในประเทศแล้วจะทำการจดทะเบียนเครื่องจักรเพื่อใช้จ่านองก็จะทำ
ไม่ได้จนกว่าจะประกอบเสร็จซึ่งอาจเป็นเวลา 1 ปีหรือ 2 ปี นับจากการนำเข้า เพราะ
ฉะนั้นในช่วงที่มีการชำระเงินค้ำประกันส่วนเครื่องจักร ไปจนถึงเวลาที่ประกอบเครื่อง
จักรจนเสร็จผู้ประกอบการไม่สามารถใช้เครื่องจักรหรือชิ้นส่วนเหล่านั้น
จ่านองเป็นประกันได้

เนื่องจากมีข้อจำกัดของกฎหมายหลักประกันข้างต้นทำให้ทรัพย์สินบางชนิดของกิจการ
ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ และประการสำคัญคือประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะนำกิจ
การมาเป็นหลักประกันได้ทั้งกิจการ โดยจะมีกระบวนการที่ทำให้สามารถขายทรัพย์สินของกิจการ
ไปได้ทั้งกิจการโดยไม่ต้องทำการแยกชิ้นขาย ซึ่งจะทำให้กิจการมีมูลค่าเพิ่มขึ้น แต่เมื่อได้มีการ
ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจขึ้นได้มีแนวคิดในการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน โดย
สามารถนำทรัพย์สินทุกชนิดของกิจการมาเป็นหลักประกันได้ซึ่งเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของ
กฎหมายในเรื่องจ่านองและจ่านำ นอกจากนี้ก็จะมีกระบวนการการจดทะเบียนหลักประกันโดยจด
แจ้งว่าเป็นหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งเมื่อจดทะเบียนแล้วจะมีกระบวนการบังคับคดีและการจำหน่าย
กิจการเป็นลักษณะพิเศษ

4.1.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระ ราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้มีแนวคิดในการนำทรัพย์สินทุกชนิด
ของกิจการมาเป็นประกันได้ตามมาตรา 8 ทำให้ข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันนั้น

ไม่เป็นปัญหาอีกต่อไปซึ่งในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันนี้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง ทำให้ผู้ให้หลักประกันได้ประโยชน์ในการให้หลักประกันมากขึ้น เพราะยังสามารถครอบครองใช้สอยได้ เป็นการแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องการส่งมอบของจำนำและการจำกัดประเภทของทรัพย์สินในการจำนองในปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายในลักษณะนี้มีใช้ในประเทอังกฤษ คือหลักในเรื่อง Floating Charge

นอกจากนี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้มีการกำหนดให้สามารถจัดแจงการให้หลักประกันว่าเป็นการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ ซึ่งมีแนวคิดมาจากการให้สินเชื่อโครงการ (Project Finance) ในประเทศอังกฤษ คือสามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้โดยต้องมีการให้หลักประกันในรูปแบบหลักประกันแบบ Floating Charge ทั้งกิจการหรือหลักประกันแบบ Fixed Charge กับ Floating Charge ในทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการ หรือ การจำนอง (Mortgage) กับ Floating Charge ในทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการ ซึ่งรูปแบบการประกันแบบ Floating Charge เมื่อมีการบังคับหลักประกันเจ้าหนี้สามารถตั้ง Receiver ได้เองโดยไม่ต้องผ่านศาล(ในกรณีมีการกำหนดในสัญญา)

อย่างไรก็ดีบทบัญญัติในเรื่องการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมีขอบเขตที่แคบทำให้กิจการที่สามารถนำมาเป็นประกันได้ทั้งกิจการนั้นมีน้อยรายดังนั้นจึงควรแก้ไขปรับปรุงให้ใช้ประโยชน์ได้มากขึ้นดังที่จะกล่าวต่อไป

1. ปัญหาเรื่องขอบเขตของการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้น หลักประกันที่เป็นกิจการ หมายความว่า “หลักประกันซึ่งนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการคือ โครงการอย่างหนึ่งอย่างใดเพียงอย่างเดียว ใช้ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นประกันหนี้ที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าวตามกฎหมายนี้ หนี้ที่เป็นประกันในกรณีดังกล่าวต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าจำนวนที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา แต่มีให้น้อยกว่าห้าร้อยล้านบาท ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ กิจการที่ใช้เป็นประกันจะ โครงการที่มีนิติบุคคลจัดตั้งขึ้น เพื่อทำโครงการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยใช้ทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เป็นสาระของกิจการมาเป็นหลักประกัน โดยเป็นประกันหนี้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการและหนี้ที่เป็นประกันต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท โดยการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นผู้ให้หลักประกันยังคงสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันจะต้องมีการจดแจ้งว่าเป็น “หลักประกันที่เป็นกิจการ” เพราะถ้าไม่ได้มีการจดแจ้งว่าเป็นการให้หลักประกันที่เป็นกิจการ ก็จะไม่สามารถใช้กระบวนการบังคับหลักประกันและจำหน่ายหลักประกันโดยวิธีการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวได้

นิติบุคคลที่สามารถเป็นผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันได้คือ

1. บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด และห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกันตามกฎหมายของต่างประเทศ
2. นิติบุคคลที่มีกฎหมายไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ
3. นิติบุคคลที่ดำเนินการโดยรัฐบาลต่างประเทศ นิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศองค์การรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การที่ตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศ
4. บุคคลอื่นที่กำหนดโดยรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

แนวคิดของการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ นี้มุ่งเน้นที่จะช่วยเหลือภาคธุรกิจเฉพาะที่เป็นธุรกิจขนาดใหญ่ในการระดมเงินทุนมาเป็นประกันในการกู้ เพราะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้ให้หลักประกันต้องเป็นนิติบุคคลและหนี้ที่เป็นประกันนั้นต้องไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท การกำหนดให้หนี้ที่เป็นหลักประกันต้องไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาทนี้ทำให้กิจการขนาดกลางและเล็กไม่สามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าถ้ามีการลดจำนวนหนี้ที่เป็นประกันลงหรือไม่กำหนดจำนวนหนี้ไว้เลยก็จะทำให้ช่วยเหลือธุรกิจได้มากขึ้น ดังที่มีแนวคิดเรื่อง Enterprise Charge^๑ ใน Model Law ที่จัดทำโดย European Bank for Reconstruction and Development ที่เป็นกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันซึ่งมีการกำหนดเกี่ยวกับ Enterprise Charge ไว้โดยไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เป็นประกันไว้ทำให้กิจการขนาดกลางและเล็กสามารถนำกิจการมาเป็นหลักประกันได้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรจะนำแนวคิดในเรื่องนี้มาปรับใช้กับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันของไทย

ซึ่งตามร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงจากร่างที่ทำการศึกษาคือได้เปลี่ยนแปลงนิยามของคำว่ากิจการ โดยไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เป็นประกันว่ามีจำนวนเท่าใด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสอดคล้องกับความเห็นข้างต้นเนื่องจากไม่ได้กำหนด

^๑ หลักประกันที่ให้โดยบริษัทซึ่งสามารถนำทรัพย์สินของบริษัทมาเป็นประกันและเมื่อมีการบังคับหลักประกันก็สามารถขายไปได้ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

จำนวนหนี้ขั้นต่ำไว้ซึ่งจะทำให้กฎหมายสามารถใช้ประโยชน์ได้กับทั้งธุรกิจขนาดเล็กและใหญ่ซึ่งจะช่วยเหลือธุรกิจได้มากขึ้น และได้มีการเปลี่ยนแปลง บุคคลที่จะเป็นผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันได้ ส่วนผู้รับหลักประกันนั้นต้องเป็นสถาบันการเงิน การกำหนดให้บุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันได้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากเหตุผลของการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่กำหนดให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันก็เพื่อช่วยเหลือเศรษฐกิจของประเทศโดยจะเห็นได้จากมีการกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันยังคงสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ก็เพื่อที่จะช่วยเหลือธุรกิจ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ทำการศึกษานี้ผู้ร่างไม่ต้องการให้มีการกระทบกับบุคคลธรรมดา จึงกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคล เนื่องจากนิติบุคคลนั้นจะมีการจดทะเบียนนิติบุคคลและต้องมีการแสดงบัญชีซึ่งจะทำให้สามารถตรวจสอบสถานะของนิติบุคคลนั้นได้ และในอนาคตที่ต้องมีการให้ผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดาร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาก็ได้มีการเปิดช่องให้บุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันไว้แล้ว ส่วนผู้ที่รับหลักประกันนั้นตามร่างที่แก้ไข โดยคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดไว้ว่าเป็นสถาบันการเงิน เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าทำให้หลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้เป็นการให้หลักประกันอันเนื่องมาจากการให้สินเชื่อรูปแบบหนึ่งดังนั้นเพื่อให้เป็นไปอย่างเป็นระบบและอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐจึงกำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงิน

4.1.3 การจัดทำข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นได้มีการกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน ไว้แล้วตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากข้อกำหนดที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดไว้แล้วนั้นจะต้องมีข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน คือ สัญญาการให้สินเชื่อซึ่งจะมีการกำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน เช่น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา หน้าที่เป็นประกัน เป็นต้น ดังนั้นในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันเราจะต้องตระหนักว่ามีความเกี่ยวพันอยู่ระหว่าง 2 สัญญา คือมีทั้งสิทธิหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วก็มีสิทธิหน้าที่ตามสัญญาด้วย ซึ่งถ้าข้อกำหนดในกฎหมายข้อใดที่ยังไม่ได้มีการกำหนดไว้หรือไม่ชัดเจนก็จะมีผลกระทบกันระหว่างคู่สัญญาแต่ข้อตกลงนั้นต้องไม่ขัดกับที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งการจัดทำสัญญาที่เหมาะสมนั้นจะช่วยแก้ไขปัญหานั้นที่อาจจะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติได้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นจะมีสัญญาที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 สัญญา คือ

1. สัญญาประธาน ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ เช่น สัญญากู้ สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น ในการทำสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้นั้นจะมีการกำหนดจำนวนเงินที่เป็นหนี้และหลักประกันที่ใช้เป็นประกันหนี้ที่กำหนดไว้ในสัญญา สิทธิหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้(ผู้ให้ยืม) และลูกหนี้(ผู้ยืม) ว่ามีสิทธิอย่างไร ซึ่งจะต้องไม่ขัดกับที่กฎหมายกำหนดไว้ และในบางกรณีสัญญาจะระบุข้อกำหนดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้หรือไม่ชัดเจน หรือในบางกรณีสัญญาจะนำเทคนิคทางการเงินมาใช้

ดังเช่นในปัญหาที่จะกล่าวต่อไป

2. สัญญาอุปกรณ คือสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากเป็นสัญญาการประกันหนี้ของสัญญาประธานข้างต้น การทำสัญญานี้จะเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันซึ่งผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลเดียวกับลูกหนี้ในสัญญาประธานหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นในกรณีผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะต้องมีการเขียนไว้ด้วยว่าเป็นประกันแก่ใคร และมีสิทธิหน้าที่อย่างไร

การทำสัญญาหลักประกันนั้นกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดมิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะและจะยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้เมื่อมีการจดทะเบียนให้หลักประกันแล้วซึ่งถ้ายังไม่มีจดทะเบียนก็สามารถใช้ยื่นระหว่างคู่สัญญาได้แต่ไม่สามารถใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้ แตกต่างกับการจำนอง เพราะถ้าไม่ได้มีการทำสัญญาจำนอง และจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ก็ไม่ถือว่าเป็นการจำนอง การจดทะเบียนการทำสัญญาให้หลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมีลักษณะเหมือนกับการจดทะเบียนการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษคือเป็นการจดทะเบียนให้นายทะเบียนจรายการต่างๆไว้มิใช่จดทะเบียนจำนองซึ่งต้องกระทำต่อเจ้าหน้าที่ ในอังกฤษถ้าไม่มีการจดทะเบียนก็ไม่สามารถใช้ยื่นกับผู้บริหารแผน ผู้ชำระบัญชี และผู้อื่นที่มีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น

เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแล้วถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าหนี้นี้ประกันตามกฎหมายล้มละลายซึ่งจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ ไม่ว่ากรรมสิทธิ์จะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่

ยกเว้นกรณีผู้รับหลักประกันยินยอมหรือกรณีขายทรัพย์สินนั้นตามปกติทางการค้า สิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนก็จะหมดไป

ซึ่งในการจัดทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการเปลี่ยนแปลงจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ทำการศึกษาโดยกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับจำนอง โดยเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะระงับสิ้นไปโดยไม่ได้อำนาจการจดทะเบียนไว้ เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าตามร่างเดิมนั้นกรณีถ้าไม่มีการต่ออายุก็จะไม่สามารถใช้ยันกับบุคคลภายนอกได้ ซึ่งจะไม่เป็นธรรมกับผู้รับหลักประกัน ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ทำการศึกษา

ปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจจะมีเกิดขึ้นซึ่งควรจะมีการเขียนไว้ในสัญญาคือ

1. ปัญหาเรื่องการควบคุมการใช้เงินสินเชื่อในกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน

ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้น คือใช้ทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินโครงการดังกล่าว เป็นประกันหนี้ที่เกี่ยวข้องกับโครงการนั้น ดังนั้นในการกู้เงินนั้นจุดมุ่งหมายของเจ้าหนี้คือการกู้เงินเพื่อไปดำเนินงานในโครงการ เพราะเงินที่เจ้าหนี้จะได้รับคืนนั้นคือเมื่อโครงการเสร็จสมบูรณ์และมีรายได้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงสมควรที่จะสามารถควบคุมการใช้เงินที่ผู้กู้นำไปใช้ว่านำไปดำเนินการในโครงการหรือไม่หรือลูกหนี้ยำเงินสินเชื่อไปใช้ตามที่มีการแจ้งแก่ผู้ให้กู้หรือไม่ ดังนั้นเจ้าหนี้ก็ควรต้องสามารถควบคุมแผนการดำเนินงานของลูกหนี้ได้ เพราะถ้าเจ้าหนี้ไม่สามารถควบคุมการนำเงินไปใช้ลูกหนี้ก็จะสามารถนำเงินไปใช้ทางอื่นได้ เช่น เอากิจการมาเป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาขยายกิจการแต่เมื่อได้เงินมาแล้วกลับนำไปใช้ในการเก็งกำไรที่ดินหรือไปเล่นหุ้น ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้ปรากฏให้เห็นเด่นชัดในประเทศไทยระหว่างปี 2540-2542 ซึ่งเป็นช่วงวิกฤตเศรษฐกิจเพราะการใช้เงินผิดวัตถุประสงค์หรือผิดประเภททำให้เกิดความเสียหายแก่ทั้งผู้กู้และผู้ให้กู้ แต่เนื่องจากตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ไม่ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถควบคุมการใช้เงินสินเชื่อได้คงให้แต่สามารถตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้เป็นครั้งคราวเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เพียงพอดังนั้นจึงเห็นว่าควรให้มีการทำสัญญาระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ในการให้เจ้าหนี้สามารถควบคุมการนำเงินไปใช้ของลูกหนี้ได้ ซึ่งจะทำได้มั่นใจได้ว่าเงินที่ให้สนับสนุนแก่โครงการนั้นได้ลงไปโครงการอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยซึ่งเป็นการป้องกันโอกาสที่จะมีปัญหาเกิดขึ้นได้

ตัวอย่างของการควบคุมการใช้เงินแก่ลูกหนี้²

โครงการบ้านจัดสรร ถ้าเปรียบเทียบการให้ความสนับสนุนทางการเงินในรูปเงินกู้เบิกเกินบัญชีหรือในรูปเงินกู้ สถาบันการเงินน่าจะเลือกให้ความสนับสนุนในรูปเงินกู้มากกว่า เพราะในขณะที่เงินกู้เบิกเกินบัญชีอาจถูกนำไปใช้ในธุรกิจหรือวัตถุประสงค์อย่างอื่นได้ โดยสถาบันการเงินไม่มีสิทธิทราบได้แต่เงินกู้นั้น สถาบันการเงินสามารถตกลงในสัญญาให้การเบิกจ่ายผูกพันกับความก้าวหน้าของงวดงาน ซึ่งอาจเป็นในลักษณะดังต่อไปนี้

- ค่าทำถนนกำหนดให้ทุก 1 ตารางเมตร ของถนนที่สร้างขึ้นในโครงการจะจ่าย 150 บาท
- ค่าก่อสร้างระบบสาธารณูปโภค กำหนดให้ทุกความยาวของสาธารณูปโภคอันได้แก่ ประปา ไฟฟ้า จะจ่ายให้เมตรละ 200 บาท
- ค่าก่อสร้างบ้าน ก็อาจกำหนดการให้ความช่วยเหลือดังต่อไปนี้
 - ลงเสาเข็ม เทคานคอดินจ่ายส่วนหนึ่ง
 - ขึ้นเสาชั้น 1 เทคานชั้น 2 จ่ายส่วนหนึ่ง
 - ขึ้นโครงหลังคา มุงหลังคา จ่ายส่วนหนึ่ง
 - สี สุขภัณฑ์ ทุกอย่างครบถ้วนจ่ายส่วนหนึ่ง

นอกจากจะมีการควบคุมการใช้เงินของลูกหนี้โดยผ่านทางเงื่อนไขการจ่ายเงินของลูกหนี้แล้วเจ้าหนี้สามารถกำหนดเงื่อนไขในสัญญาที่จะช่วยให้เจ้าหนี้สามารถประเมินผลการดำเนินงานของลูกค้าย่างใกล้ชิดขึ้น ตัวอย่างเงื่อนไขที่สถาบันการเงินกำหนด³

- ก. ถ้าไม่แน่ใจในลูกค้า ไม่แน่ใจในธุรกิจของลูกค้า ก็อาจจะให้ความช่วยเหลือทางการเงินในรูปวงเงินชั่วคราวมีการตรวจสอบเป็นระยะๆ เช่น ทุกปี การตั้งเงื่อนไขนี้เป็นการสร้างระบบให้สถาบันการเงินต้องมาประเมินตัวลูกค้าและตัวธุรกิจของลูกค้า ถ้ามีความเปลี่ยนแปลงในทางที่เลวลง สถาบันการเงินจะได้หาช่องทางลดวงเงินให้ลูกค้าลง
- ข. ในธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง สมมติสามารถประเมินได้ว่าจะต้องใช้เงินซื้อวัสดุ ก่อสร้าง 50 ล้านบาท สถาบันการเงินอาจให้ความสนับสนุนทางการเงินในรูปการให้วงเงินอ่าวัดตัวสัญญาใช้เงินค่าวัสดุ จำนวน 10 ล้านบาท ซึ่งมีลักษณะเป็น REVOLVING CREDIT คือใช้แล้วถ้าลดยอดได้ก็สามารถใช้ได้อีก อย่างไรก็ตามสถาบันการเงินจะตั้งเงื่อนไขไว้ด้วยว่า ยอดรวมการใช้วัสดุทั้งสิ้นรวมกันต้องไม่เกิน 50 ล้านบาทดังนั้น ตราใบเช็คยอดการซื้อวัสดุไม่เกิน 50 ล้านบาทถือว่าธุรกิจดำเนินไปได้โดยปกติ

² ดนัย ปัตตพงศ์, การวิเคราะห์ความเป็นไปได้ทางการเงินและการจัดวงเงินเครดิต, หน้า 83.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 85-56.

ดังนั้นในการจัดทำสัญญาถ้าให้เจ้าหน้าที่สามารถควบคุมการใช้เงินที่กู้ไปของลูกหนี้นั้นก็จะทำให้เงินที่กู้ไปใช้นั้นสามารถใช้ไปโดยไม่ผิดวัตถุประสงค์ คือเป็นการประกันหนี้ที่เกี่ยวกับกิจการผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการควบคุมการใช้เงินสินเชื่อนี้ควรจะให้เป็นการตกลงระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ โดยไม่ต้องบัญญัติในกฎหมาย

นอกจากนั้นในกรณีที่มีการนำเงินไปใช้ผิดประเภทหรือนอกจากที่ตกลงไว้ควรจะกำหนดว่าเป็นการผิดสัญญา ซึ่งเป็นสาเหตุให้บังคับหลักประกันได้โดยอาศัยจากที่กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญากำหนดสาเหตุการบังคับหลักประกันได้และอาศัยจากความอิสระในการทำสัญญาซึ่งไม่ขัดกับหลักความเป็นธรรม ส่วนในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ใช่ลูกหนี้ก็ต้องมีการตกลงกันระหว่างผู้ให้หลักประกัน ลูกหนี้และเจ้าหน้าที่ ว่าถ้าลูกหนี้ใช้เงินผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่มีการแจ้งไว้แล้วผู้ให้หลักประกันยินยอมให้มีการบังคับหลักประกันได้

2. ปัญหาเรื่องสิทธิของคู่สัญญาในการจำหน่าย จ่ายโอน ใช้สอยๆ ทรัพย์สินในกิจการที่นำมาเป็นหลักประกัน

หลักการที่สำคัญอย่างหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ คืออำนาจในการจัดการทรัพย์สินของผู้ให้หลักประกันคือสามารถจำหน่าย จ่ายโอน ทรัพย์สินได้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้นในมาตรา 22 บัญญัติไว้ว่า “ ถ้ามิได้มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาในกรณีผู้ให้หลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจำหน่าย จ่ายโอน ใช้สอย ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สอยและได้ดอกผลของทรัพย์สินนั้น จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน” นั่นคือในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นผู้ให้หลักประกันก็สามารถจำหน่าย จ่ายโอนๆ หลักประกันได้

เนื่องจากการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นทรัพย์สินในกิจการมีอยู่หลายประเภททั้งที่เป็น วัตถุดิบ เครื่องมือ เครื่องจักรฯ ซึ่งถ้าไม่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญาเป็นอย่างอื่นผู้ให้หลักประกันสามารถขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่เขาครอบครองได้ โดยที่ทรัพย์สินที่ขายไปนั้นจะมีภาระผูกพันติดไปด้วย (เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้รับหลักประกันให้ขายโดยปลอดภาระหลักประกัน หรือขายทรัพย์สินนั้นไปตามปกติทางการค้าของผู้ให้หลักประกัน ทรัพย์สินที่ขายไปนั้นก็จะไม่มีภาระหลักประกันติดไปด้วย) ถ้ากรณีขายทรัพย์สินของกิจการไปโดยมีภาระผูกพันติดไปด้วย แต่ทรัพย์สินบางชนิดของกิจการนั้นมีความสำคัญต่อการดำเนินงานของกิจการก็อาจจะทำให้อกิจการเกิดความเสียหายได้ เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่จะก่อให้เกิดรายได้ให้แก่กิจการซึ่งถ้ามีการ

ขายทรัพย์สินนั้นไปจะทำให้รายได้ของกิจการลดลงซึ่งสิ่งสำคัญของการนำกิจการมาเป็นหลักประกันก็คือรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตของกิจการ

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าผู้รับหลักประกันอาจจะกำหนดไว้ในสัญญาว่าไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินบางประเภทของกิจการได้ เช่น เครื่องจักร เพราะถ้ามีการขายทรัพย์สินไปแล้วจะทำให้เกิดความเสียหายแก่กิจการเช่นอาจจะทำให้กำลังผลิตน้อยลง และในบางกรณีก็อาจจะกำหนดให้ไม่สามารถนำไปจำนองในภายหลังได้อีก ซึ่งมีลักษณะเดียวกับการกำหนดให้มีข้อจำกัดในการจำหน่าย จ่าย โอน ฯ ในการหลักให้ประกันแบบ Floating Charge⁴

แต่แนวคิดในเรื่องที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันเรื่องการจำหน่าย จ่าย โอน ฯ ได้ข้างต้นนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งกำหนดไว้ว่า “ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครองใช้สอย จำหน่าย จ่าย โอน ใช้เป็นหลักประกันในการจำนอง ใช้ในการผลิต และไม่สามารถนำทรัพย์สินไปจำนองได้ ข้อตกลงที่ไม่เป็นไปตามนี้จะเป็นโมฆะ” ผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดเช่นนี้ในบางกรณีอาจจะทำให้เกิดความเสียหายได้ดังเช่น ตัวอย่างข้างต้นดังนั้นจึงเห็นว่าควรมีการปรับปรุงให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเกี่ยวกับเรื่องการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินได้

3. ปัญหาเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกในการบังคับเหนือทรัพย์สินในกิจการที่ผู้ให้หลักประกันนำมาเป็นหลักประกัน

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นทรัพย์สินบางอย่างของกิจการอาจจะมีการจำนองเอาไว้กับผู้รับจำนองรายอื่น เนื่องจากตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ทรัพย์สินของกิจการสามารถนำไปเป็นหลักประกันได้อีก ดังจะเห็นได้จากว่ามีข้อกำหนดลำดับการจัดสรรการชำระหนี้ของเจ้าหนี้หลายคนไว้

ในกรณีที่ทรัพย์สินของกิจการมีการนำไปจำนองกับผู้รับจำนองรายอื่นหรือมีการจำนองอยู่ก่อนแล้ว เช่น ในกรณีมีการจำนอง ที่ดินหรือเครื่องจักร ไว้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้รายอื่น ดังนั้นเมื่อมีการบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ผู้รับจำนองหลักประกันนั้น ถ้ามีการบังคับจำนองก็จะมีกรยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่จำนองนั้น ซึ่งในการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปนั้นก็ทำให้กิจการไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ซึ่งทำให้ผู้รับหลักประกันไม่ได้ชำระหนี้ในการกู้ ดังนั้นเพื่อทำการแก้ปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการทำสัญญาตกลงระหว่างผู้รับจำนองรายอื่น ผู้รับหลัก

⁴ J R Lingard, Bank Security Documents, p160.

ประกันและผู้ให้หลักประกัน ในการแจ้งแก่ผู้รับหลักประกันที่เป็นกิจการเพื่อที่จะได้ทำการแก้ไขปัญหาก่อนเพื่อให้กิจการนั้นสามารถดำเนินไปได้โดยไม่หยุดชะงัก

นอกจากข้างต้นแล้วในการดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกันนั้นจะต้องมีการทำธุรกิจกับบุคคลภายนอกเช่น มีการทำสัญญาก่อสร้างกับผู้รับเหมาก่อสร้าง มีการทำสัญญาในการจัดส่งวัสดุ คิบแก่กิจการ ซึ่งสัญญาเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งที่จะทำให้กิจการสามารถดำเนินกิจการไปได้ เพื่อที่จะทำให้โครงการเสร็จสมบูรณ์ มีรายได้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ สัญญาเหล่านี้จึงมีความจำเป็นสำหรับการดำเนินกิจการ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ให้หลักประกัน ผิดสัญญากับบุคคลภายนอกนั้นบุคคลภายนอกมีสิทธิที่จะไม่ต้องกระทำการในส่วนของตน เช่น ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้แก่ผู้ก่อสร้างของกิจการ ทำให้ผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ต้องดำเนินการก่อสร้าง เพราะเป็นสัญญาต่างตอบแทนกัน ระหว่างผู้ให้หลักประกันและบุคคลภายนอก ดังนั้นถ้ายอมให้ผู้รับเหมาไม่ทำการก่อสร้าง จะทำให้เกิดความเสียหายแก่กิจการได้

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรทำสัญญา 3 ฝ่ายระหว่างผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันและบุคคลภายนอก ว่าเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับบุคคลภายนอก ก็จะต้องมีการแจ้งการไม่ชำระหนี้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อให้ผู้รับหลักประกันนั้นทำการแก้ไขแก่บุคคลภายนอกนั้น เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินกิจการไปได้โดยที่กิจการนั้นไม่ต้องหยุดชะงัก

การโอนสิทธิตามสัญญาสัมปทาน

ในกรณีที่กิจการมีสิทธิตามสัญญาสัมปทาน⁶ จะต้องมีการตกลงกันระหว่าง รัฐ ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันว่าสิทธิในสัมปทานนั้นจะมีอยู่ต่อไปในกรณีที่กิจการนั้นมีการจำหน่ายไปเพื่อให้บุคคลผู้รับโอนกิจการนั้นสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เนื่องจากการปฏิบัติ

⁵ โสภณ รัตนากร, หนี้, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 102.

⁶ สัญญาสัมปทานเป็นสัญญาที่รัฐทำระหว่าง รัฐกับเอกชนซึ่งสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

1. สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นการมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยการลงทุนและความเสี่ยงภัยของฝ่ายเอกชนเองโดยฝ่ายปกครองมิได้จ่ายเงินค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทานแต่ฝ่ายปกครองให้สิทธิในการเรียกเก็บค่าบริการหรือค่าตอบแทนในการใช้บริการจากประชาชนผู้ให้บริการแก่เอกชนผู้รับสัมปทาน

2. สัญญาสัมปทานที่ให้แสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, มานิตย์ วงศ์เสรี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 145

หน้าที่ตามสัญญาสัมปทานผู้รับสัมปทานจะต้องดำเนินการด้วยตนเองจะ โอนสิทธิตามหนังสือ อนุญาตให้แก่ผู้อื่นไม่ได้ให้ใครไม่ได้เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายรัฐ⁷

ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการกำหนดให้ ผู้ให้หลักประกันในกรณีที่ต้องการนำกิจการมาเป็นหลักประกันต้องยื่นหนังสือ ยินยอมจากผู้อนุญาตสิทธิในการดำเนินกิจการมาพร้อมกับการจดทะเบียนด้วยเพื่อที่จะทำให้ผู้รับ โอนสิทธิการนั้นสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

4.1.4 บทบาทอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราว

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นสิ่งสำคัญคือการขายกิจการไปในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ดังนั้นในระหว่างที่มีการดำเนินการบังคับหลักประกันเพื่อทำการ ขายนั้น จึงต้องมีผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อทำหน้าที่ดำเนินกิจการเพื่อที่กิจการจะไม่ต้องหยุด ชะงักในระหว่างการบังคับหลักประกันและทำให้ธุรกิจสามารถดำเนินการตามปกติได้ เพื่อให้ผู้ที่ รับโอนนั้นสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้

ซึ่งอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวก็คือ จัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและ ดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับ โอนสามารถดำเนินกิจการต่อไป ได้โดยบุคคลและวิธีการที่ศาลกำหนดส่วนเงินที่ได้จากการดำเนินธุรกิจนั้นก็ให้มอบให้ไว้ต่อศาล หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีเพื่อจัดสรรแก่เจ้าหนี้ต่อไป ซึ่งวัตถุประสงค์ของการบังคับหลักประกัน ก็นเพื่อให้มีการจำหน่ายกิจการแก่ผู้รับ โอนในลักษณะที่สามารถดำเนินกิจการได้ แต่ถ้าในระหว่าง ที่มีการดำเนินกิจการโดยผู้บริหารกิจการแล้วถ้าสามารถชำระหนี้ได้ก็อาจจะมีการร้องขอต่อศาล ให้กิจการนั้นกลับไปเป็นของผู้ให้หลักประกันได้ หรือในกรณีกิจการนั้นไม่สามารถดำเนินการ จำหน่ายได้ก็จะมีวิธีการขอให้ยกเลิกการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับ โอน สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ตามหมวด 7 ของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแล้ว กลับไปใช้การจำหน่ายหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามหมวด 5 ของร่างพระราชบัญญัติหลัก ประกันทางธุรกิจก็ได้

⁷ ฤทัย หงส์ศิริ, "การนำแนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับแก่ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะในประเทศไทย", วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 18 ตอนที่ 1 เมษายน 2542, หน้า 62.

⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ, มาตรา 60

ผู้ที่บริหารจัดการชั่วคราวตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้น คือ บุคคลผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกันให้เป็นหรือในกรณีไม่มีความตกลงกันให้ศาลแต่งตั้งจากผู้บริหารของผู้ให้หลักประกันหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือบุคคลอื่นที่ศาลเห็นสมควรให้เป็นเมื่อบุคคลนั้นยินยอมและบุคคลผู้ที่จะเป็นผู้บริหารจัดการชั่วคราวไม่ได้คือผู้รับหลักประกัน

การที่ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถเป็นผู้บริหารจัดการชั่วคราวเนื่องจากเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ คือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือในกรณีที่มีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา ซึ่งจะเห็นว่ามีความแตกต่างกับกรณีลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามกฎหมายล้มละลาย

ในกรณีลูกหนี้ผิดนัดตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจลูกหนี้ยังสามารถชำระหนี้ได้ คือมีทรัพย์สินมากกว่าหนี้สินคือกิจการนั้นยังเป็นของลูกหนี้อยู่ เพียงแต่ผิดนัดชำระหนี้ จะแตกต่างกับกรณีลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามกฎหมายล้มละลายซึ่งลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้วคือมีแต่หนี้สินซึ่งเป็นทรัพย์สินที่กู้ยืมมาจากเจ้าหนี้ยุ่ดนั้นในกฎหมายล้มละลายจึงยอมให้เจ้าหนี้เป็นผู้ทำแผนได้ ดังนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งลูกหนี้เพียงแค่เริ่มต้นผิดนัดยังสามารถชำระหนี้ได้ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจึงกำหนดให้ผู้รับหลักประกัน (เจ้าหนี้) ไม่สามารถเป็นผู้บริหารจัดการชั่วคราวได้

4.2 วิเคราะห์ประเด็นการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ.

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นได้มีการกำหนดวิธีการพิเศษเอาไว้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้กิจการที่นำมาเป็นหลักประกันสามารถดำเนินกิจการไปได้จนกว่าจะมีการขาย ในการบังคับหลักประกันนั้นมีส่วนที่เกี่ยวข้องคือ ข้อบัญญัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกัน และในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็กำหนดให้มีการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิธีการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจยังมีข้อที่ควรจะทำกรปรับปรุงซึ่งจะทำการศึกษาในส่วนต่อไป

4.2.1 ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ.

ในการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้น มีลักษณะที่พิเศษต่างจากการให้หลักประกันที่มีอยู่ในปัจจุบันเพราะหลักประกันที่เป็นกิจการนั้น

หลักสำคัญ คือการนำกิจการมาเป็นประกันทั้งโครงการและสามารถจำหน่ายหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ลักษณะพิเศษของการบังคับหลักประกัน คือมีการตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อทำหน้าที่ดำเนินกิจการต่อไปจนกว่าจะมีการขาย ดังนั้นการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้จะมีวิธีการบังคับหลักประกันและจำหน่ายหลักประกันที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ

ซึ่งแนวความคิดการตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวในการดำเนินการจัดการทรัพย์สินของกิจการและจำหน่ายกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้นั้นมีแนวคิดมาจากการตั้ง Receiver ในประเทศอังกฤษซึ่งกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver ได้นั้นต้องมีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันทั้งกิจการโดยมีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge แล้วเจ้าหนี้ผู้เอาประกันแบบ Floating Charge ก็สามารถ ตั้งReceiver ได้

โดยวิธีในการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้นั้น สามารถทำได้ 2 แนวทาง คือ 1 แต่งตั้งโดยศาล 2. แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน คือ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลจะมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ ซึ่งตรงกันข้ามกับ Receiver ถึงแม้โดยเทคนิคจะเป็นตัวแทนของลูกหนี้แต่ก็ถูกควบคุมโดยเจ้าหนี้ อำนาจของ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลจะขึ้นอยู่กับคำสั่งของศาล โดยเฉพาะไม่ได้ขึ้นอยู่กับสัญญา Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลจะมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็น ผลก็คืออำนาจของ Receiver จะมีอำนาจจำกัดกว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ นอกจากนี้ข้อจำกัดในเรื่องอำนาจจัดการแล้ว Receiver ที่ศาลแต่งตั้งมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เพราะ Receiver จะต้องขอคำแนะนำจากศาลในกรณีที่มีสถานการณ์เกิดขึ้นโดยที่ไม่คาดคิดมาก่อนซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการตามอำนาจที่มีอยู่ได้ ส่วน Receiver ที่เจ้าหนี้แต่งตั้งจะสามารถจัดการได้เลย และแบบพิธีการแต่งตั้ง Receiver โดยศาลจะสลับซับซ้อนและเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ผลที่ตามมาก็คือ การยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver จะกระทำเฉพาะกรณีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้งเจ้าหนี้

ซึ่งเมื่อเราพิจารณาจากการแต่งตั้ง Receiver ในประเทศอังกฤษนั้นเจ้าหนี้ส่วนใหญ่จะใช้วิธีการกำหนดไว้ในสัญญาให้เจ้าหนี้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver ได้เอง เนื่องจากกระบวนการทางศาลจะเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและเสียค่าใช้จ่ายมาก

จากการศึกษาพบว่าการบังคับหลักประกันตามกฎหมายอังกฤษนั้นแตกต่างกับของไทย โดยของไทยนั้นศาลจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวซึ่งจะทำให้เสียเวลาในการดำเนินกระบวนการทางศาลนอกจากนั้นกระบวนการบังคับกิจการ โดยการตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวนั้น

เป็นเรื่องใหม่ซึ่งศาลอาจจะไม่มีความเชี่ยวชาญซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรมีการปรับปรุงวิธีการบังคับหลักประกัน

4.2.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ....

ในการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้นกระทำโดยศาลเป็นผู้ทำการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเพื่อดำเนินธุรกิจของผู้รับหลักประกันและดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยที่ศาลจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราว ซึ่งกระบวนการบังคับหลักประกันเริ่มจากผู้รับหลักประกันแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีการผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้และแสดงว่าสามารถจำหน่ายหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ศาลก็จะมีคำสั่งบังคับหลักประกันและแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราว ซึ่งมีอำนาจในการดำเนินการกิจการที่เป็นหลักประกันเป็นการชั่วคราวและดำเนินการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ บุคคลที่จะเป็นผู้บริหารกิจการนั้นศาลจะทำการแต่งตั้งจาก

1. บุคคลที่ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตกลงกัน
2. ในกรณีไม่มีข้อตกลงจะแต่งตั้งจาก ผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน เจ้าพนักงานบังคับคดี บุคคลอื่นตามที่เห็นสมควรเมื่อบุคคลนั้นยินยอม แต่ห้ามไม่ให้แต่งตั้งผู้รับหลักประกันเป็นผู้บริหารกิจการชั่วคราว

การที่ศาลจะทำการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวข้างต้นนั้นเปิดโอกาสให้มีการตกลงกันระหว่างผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน ซึ่งถ้าตกลงกันไม่ได้ก็จะให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งการร่างกฎหมายเช่นนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน เพราะไม่ได้เพียงช่วยเหลือผู้ให้หลักประกันเท่านั้นแต่ก็เปิดโอกาสให้ผู้รับหลักประกันมีส่วนร่วมด้วย นอกจากนี้ยังห้ามให้ผู้รับหลักประกันเป็นผู้บริหารชั่วคราว เนื่องจากลูกหนี้เพียงผิดนัดชำระหนี้เท่านั้นยังไม่ถึงขั้นเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

ซึ่งผู้บริหารกิจการชั่วคราวนั้นจะมีอำนาจหน้าที่คือ

1. จัดการกิจการและทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแทนผู้บริหารของผู้ให้หลักประกัน
2. ดำเนินกิจการของผู้ให้หลักประกันต่อไป
3. มอบเงินรายได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนต่อศาลหรือเจ้าพนักงานบังคับคดีภายในเวลา และกำหนดตามที่ศาลเห็นสมควร

4. เจ้าศาล เจ้าพนักงานบังคับคดี และผู้รับหลักประกัน ในกรณีที่เห็นว่าจะไม่สามารถจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้
5. คำเนิการให้มีการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยบุคคลและวิธีการที่ศาลกำหนด เช่น ขายทอดตลาด ขายในท้องตลาด หรือขายโดยการประมูลเพื่อได้ราคาอันสมควร
6. เจ้าผู้ที่ได้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทั้งหมดให้ชำระราคาแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีโดยตรง
7. หน้าที่อื่นตามที่ศาลกำหนด

กระบวนการบังคับหลักประกันในประเทศไทยนั้นจะต้องดำเนินการผ่านทางศาล โดยที่เจ้าหนี้ไม่สามารถแต่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวได้เอง ซึ่งแตกต่างกับของประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่ต้องดำเนินการผ่านทางศาลเพราะเห็นว่ากระบวนการอาจจะมีผลล่าช้าในการดำเนินการ จึงมีแนวคิดให้เจ้าหนี้สามารถตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวได้เองถ้าได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจผ่านศาลจะมีความล่าช้า กล่าวคือเมื่อศาลมีคำสั่งบังคับหลักประกันก็จะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวให้มาดำเนินการเป็นการชั่วคราวซึ่งอำนาจของผู้บริหารกิจการชั่วคราวบางอย่างยังอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าพนักงานบังคับคดี ทำให้ศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับหลักประกัน

ดังนั้นเพื่อให้กระบวนการบังคับหลักประกันและการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการเร็วขึ้นจึงควรจะมีการลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับหลักประกัน เนื่องจากการให้ศาลมีอำนาจบังคับหลักประกันเช่นเดียวกับการบังคับจำนองจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีบังคับหลักประกันมีลักษณะเช่นเดียวกับการพิจารณาคดีบังคับจำนองคือเป็นไปโดยล่าช้าซึ่งเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการทั้งของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน นอกจากนี้การให้กระบวนการบังคับคดีหลักประกันเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะทำให้เกิดความล่าช้าในการบังคับคดีเพราะเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแบบแผนของทางราชการซึ่งจะทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันล่าช้า ซึ่งความล่าช้านี้จะเป็นผลเสียแก่ผู้รับหลักประกัน เนื่องจากทรัพย์สินในกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้อยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกันซึ่งถ้ามีการบังคับหลักประกันล่าช้าผู้ให้หลักประกันอาจเบียดบังทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปเพื่อประโยชน์ของตนหรือผู้อื่นได้

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขให้ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันทำการแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเองได้โดยไม่ต้องผ่านศาลซึ่งจะทำให้กระบวนการเร็วขึ้นและก็จะได้ผู้เชี่ยวชาญในการบังคับหลักประกันเพราะในบางกิจการอาจจะมีลักษณะเฉพาะ เช่น โรงงานบ่อบำบัดน้ำเสีย เป็นต้น โดยในการทำหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบว่าได้ทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือกระทำหน้าที่โดยสุจริตหรือไม่

ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงกระบวนการบังคับหลักประกันที่เป็นหลักประกันโดยกำหนดให้ผู้สัญญาในการทำสัญญาหลักประกันเลือกผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้บังคับหลักประกันจากรายชื่อที่กำหนดไว้ ซึ่งผู้บังคับหลักประกันจะทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยไต่สวนว่ามีเหตุให้บังคับหลักประกันหรือไม่ ถ้ามีคำสั่งบังคับหลักประกันผู้บังคับหลักประกันก็มีอำนาจในการจัดการ ดำเนินการกิจการที่เป็นหลักประกัน โดยให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบการทำงานของผู้บังคับหลักประกันว่าวินิจฉัยถูกต้องตามหลักเกณฑ์หรือไม่และให้ศาลตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้บังคับหลักประกันว่าเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงนี้จะช่วยแก้ปัญหาความล่าช้าและความเชี่ยวชาญตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้

4.3 วิเคราะห์ประเด็นการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ...

เนื่องจากหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นคุณสมบัติอย่างหนึ่งก็คือสามารถจำหน่ายกิจการไปได้ทั้งกิจการ เช่น กรณีของโรงงาน การใช้โรงงานเป็นหลักประกันนั้นมีลักษณะพิเศษในตัวเอง คุณค่าของโรงงานที่เป็นหลักประกันนั้นไม่ได้อยู่ที่การแยกส่วนประกอบของโรงงานออกขายเป็นส่วนๆ เช่น แยกที่ดินออกไปขาย แยกเครื่องจักร และชิ้นส่วนออกไปขาย เป็นต้น แต่คุณค่าของโรงงานที่เป็นหลักประกันนั้นขึ้นอยู่กับความสามารถของโรงงานนั้นที่จะดำเนินการสร้างผลผลิตต่อไปได้อย่างต่อเนื่องกัน^๖

^๖ อธิก ฉัตรวานันท์, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข, หน้า 108.

4.3.1 ปัญหาการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ...

ในการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ ให้ศาลเป็นผู้กำหนดวิธีการ และเงื่อนไขในการขาย ซึ่งการจำหน่ายกิจการนั้นสามารถดำเนินการได้หลายวิธี เช่น การขายทอดตลาด ขายในท้องตลาด หรือขายโดยการประมูลขาย ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการขายโดยวิธีใดต้องให้ได้ราคาที่เหมาะสม

โดยที่ศาลจะเป็นผู้กำหนดวิธีการ เงื่อนไข และกำหนดเวลาในการจัดการและจำหน่ายหลักประกัน โดยที่การจำหน่ายหลักประกันนั้น ผู้บริหารกิจการชั่วคราวต้องจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ จากการศึกษาพบว่ากระบวนการจำหน่ายหลักประกันโดยศาลนั้นจะมีความล่าช้า นอกจากนั้นศาลอาจจะไม่มีความเชี่ยวชาญในการประเมินราคากิจการว่าราคาใดเป็นราคาที่เหมาะสมซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในการจำหน่ายหลักประกันซึ่งต้องมีการปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติร่างหลักประกันทางธุรกิจให้เหมาะสม

4.3.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพ.ศ. ...

ในการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ จะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าเป็นการจำหน่ายในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งเมื่อศาลพิจารณาแล้วก็จะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน โดยมีคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวให้มีอำนาจดำเนินการจัดการหลักประกันเป็นการชั่วคราวและดำเนินการจำหน่ายหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้โดยวิธีการเงื่อนไข และกำหนดเวลาในการจัดการซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนด ในการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันผู้บริหารกิจการชั่วคราวต้องจำหน่ายให้ได้ราคาอันสมควรซึ่ง

เมื่อมีการจำหน่ายแล้วจะมีการจัดสรรดังนี้คือ

1. ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
2. ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าฤชาธรรมเนียม การบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน
3. ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งปรากฏหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ
4. เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ตามหัวข้อที่ 3 นั้นเจ้าหน้าที่อื่นที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้มีการกำหนดไว้ในกรณีมีการเอาประกันหลายครั้งในทรัพย์สินประเภทเดียวกัน คือ ในกรณีมีบุริมสิทธิแย้งกับสิทธิตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ สิทธิของผู้รับหลักประกันมีสิทธิ เช่นเดียวกับผู้รับจำนองในกรณีจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้รับจำนำในกรณีที่มีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจหากมีการจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินนั้นไว้ด้วย ให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเป็นอย่างเดียวกับผู้รับหลักประกันและผู้รับจำนำและในกรณีมีผู้รับหลักประกันหลายรายหรือระหว่างผู้รับหลักประกันเจ้าหนี้จำนอง หรือจำนำ ถือลำดับก่อนหลังในการจดทะเบียนหรือผู้รับจำนำที่รับจำนำก่อน

กรณีของผู้ซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจากการจำหน่ายหลังจากมีการบังคับหลักประกันแล้วย่อมได้รับ โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปโดยปลอดภาระหลักประกัน จำนองและจำนำ เว้นแต่ได้รู้ว่าการบังคับหรือจำหน่ายหลักประกันขัดต่อกฎหมายหรือคำสั่งศาล หรือกระทำการโดยไม่สุจริตในการซื้อทรัพย์สินดังกล่าว การที่ต้องมีการกำหนดเช่นนี้เพราะถ้าเป็นการขายทรัพย์สินที่เป็นอำนาจในการจัดการหลักประกันของผู้ให้หลักประกันที่มีสิทธิจำหน่ายใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วหลักประกันที่ขายนั้นจะมีภาระหลักประกันติดไปด้วย

จากการศึกษาพบว่า การจำหน่ายหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้นกระทำการโดยผ่านกระบวนการทางศาล แตกต่างกับกระบวนการจำหน่ายกิจการในอังกฤษที่ไม่ต้องดำเนินกระบวนการทางศาลซึ่งทำให้มีการจำหน่ายเร็วขึ้น และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายของศาล ซึ่งกระบวนการจำหน่ายนั้นก็สอดคล้องกับการบังคับหลักประกัน เช่น ในประเทศอังกฤษ นั้นเจ้าหน้าที่สามารถแต่งตั้ง Receiver เพื่อมาดำเนินธุรกิจได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล เพราะฉะนั้น เมื่อมีการจำหน่ายหลักประกันก็จะสามารถตกลงให้มีการขายได้โดยไม่ต้องผ่านศาล

ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการจำหน่ายหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้จะมีความล่าช้าเนื่องจากวิธีการจำหน่ายหลักประกันของผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะต้องผ่านกระบวนการทางศาลซึ่งจะทำให้เป็นไปโดยล่าช้าเช่นเดียวกับการบังคับจำนองซึ่งจะไม่เป็นประโยชน์แก่ทุกฝ่าย นอกจากนั้นศาลอาจจะไม่มีความเชี่ยวชาญในการจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการเนื่องจากในบางกิจการอาจจะมีลักษณะพิเศษ เช่น โรงงานบำบัดน้ำเสีย กิจการขุดเจาะน้ำมัน เป็นต้น

ดังนั้นสำหรับประเทศไทยผู้เขียนเห็นว่าสมควรให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวสามารถจำหน่ายหลักประกันได้โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาลก็จะทำให้มีกระบวนการที่เร็วขึ้น นอกจากนี้ให้ผู้เชี่ยวชาญในการจำหน่ายและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกันก็จะทำให้ได้ราคาที่เหมาะสม โดยที่ศาลทำหน้าที่ตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวว่ากระทำไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือทำหน้าที่โดยสุจริตหรือไม่

ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นได้มีการแก้ไข โดยกำหนดให้คู่สัญญาเลือกผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้บังคับหลักประกันจากรายชื่อที่กำหนดไว้ ทำหน้าที่ตรวจสอบและประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จำหน่ายหลักประกัน และจัดสรรชำระหนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดเช่นนี้จะทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันเร็วขึ้นและทำให้ผู้รับหลักประกันได้รับความคุ้มครองเร็วขึ้นเนื่องจากไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลและการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งมีการล่าช้า และจะทำให้ได้ผู้เชี่ยวชาญในการดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน

