

## บทที่ 5

### บทสรุปและเสนอแนะ

#### บทสรุป

เนื่องจากในปัจจุบันนั้นได้มีการทำธุรกิจมากขึ้น ซึ่งจะต้องมีการขอสินเชื่อเพื่อมาเป็นเงินทุนในการดำเนินธุรกิจแต่เนื่องจากกฎหมายในเรื่องหลักประกันยังมีข้อจำกัด กล่าวคือในเรื่องการจำนำก็ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทำให้ผู้จำนำไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นมาใช้ประโยชน์ได้ ส่วนกรณีการจำนองนั้นผู้จำนองสามารถครอบครองหลักประกันได้แต่ประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นก็มีน้อยประเภท ทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหลายประเภทไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้นอกจากนั้นกระบวนการบังคับจำนองก็ยังมีความล่าช้าซึ่งเป็นอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ

ดังนั้นจึงมีจึงมีแนวคิดในการออกกฎหมายที่จะช่วยแก้ไขข้อจำกัดนี้เพื่อที่จะทำให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันได้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่ผู้รับหลักประกัน และสร้างวิธีการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็วขึ้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ซึ่งร่างกฎหมายที่ร่างขึ้นมาเรียกว่า “ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ...” โดยในการศึกษานี้จะยึดร่างที่ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการเป็นหลักและนำร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกามาประกอบเนื่องจากในระหว่างที่ทำการศึกษานั้นร่างกฎหมายได้ถูกแก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อวันที่ 19 เดือนธันวาคมปี 2545

แนวคิดของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนั้นได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันมากขึ้น โดยไม่ต้องมีการส่งมอบครอบครองโดยได้แบ่งประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันไว้ 2 ประเภทคือ หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินทั่วไป กับหลักประกันที่เป็นกิจการ โดยในการศึกษานั้นจะทำการศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน และเนื่องจากในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นมีแนวคิดมาจากประเทศอังกฤษดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงวิธีและหลักเกณฑ์การนำกิจการมาเป็นหลักประกันของประเทศอังกฤษเพื่อให้เกิดความเข้าใจในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมากขึ้น

## ลักษณะของกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกัน

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันในประเทศอังกฤษนั้นมีรูปแบบการให้สินเชื่อที่เรียกว่า Project Finance ซึ่งอาจจะสรุปความหมายของ Project Finance ไว้ว่า หมายถึงการให้สินเชื่อแก่โครงการ โดยใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการซึ่งรวมทั้งสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติโดยที่ธนาคารจะรับเอาความเสี่ยงในความล้มเหลวหรือความผิดพลาดของกิจการโดยยอมรับที่จะได้รับชำระหนี้จากรายได้ของกิจการเมื่อกิจการเสร็จสมบูรณ์ ความเสี่ยงที่จะมีในโครงการ เช่น ความเสี่ยงจากการสำเร็จของกิจการ ความเสี่ยงจากอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ความเสี่ยงจากปัญหาการเมือง การจลาจล และ ความเสี่ยงจากปัญหาแรงงาน เป็นต้น

ซึ่งลักษณะของกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันในประเทศอังกฤษนั้นจะเป็นกิจการที่มีขนาดใหญ่เช่น

- เป็นกิจการ โครงสร้างพื้นฐาน รถรางไฟฟ้า เป็นต้น
- เป็นกิจการที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมที่มีความซับซ้อน เช่นอุตสาหกรรมเคมี โรงงานกระดาษ เป็นต้น
- กิจการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
- กิจการร้านค้าที่มีขนาดใหญ่

จะเห็นได้ว่าลักษณะของกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นจะเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่ไม่ว่าจะเป็นโครงการเกี่ยวกับอะไรก็ตาม

ส่วนลักษณะของกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ในการศึกษาก่อนมีการแก้ไขนั้นมีแนวคิดเดียวกับเรื่อง Project Finance คือได้กำหนดลักษณะของกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันว่าจะต้องเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เดียวและกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นต้องเป็นประกันหนึ่งของกิจการและต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีความมุ่งมั่นที่จะให้กิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้นั้นจะต้องเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่ ทำให้ไม่สามารถนำกิจการขนาดกลางและเล็กมาเป็นหลักประกันได้ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการปรับปรุง ซึ่งตามร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงในจุดนี้ คือไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ที่เป็นหลักประกันไว้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดนอกจากนั้นยังมีการแก้ไขว่าหนี้ที่เป็นประกันนั้นไม่ต้องเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการไม่กำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำไว้แต่ควรจะต้องกำหนดว่าเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการ

## หลักเกณฑ์และวิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน

ในประเทศอังกฤษนั้นการให้สินเชื่อโครงการโดยการนำกิจการมาเป็นประกันนั้นไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว แต่ก็มีวิธีพื้นฐาน คือ เมื่อผู้สนับสนุนกิจการ (Project Sponsor) ต้องการทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็จะมีที่ตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เดียว (Project Company) ขึ้นมาเพื่อบริหารกิจการ โดยที่หุ้นในโครงการจะเป็นเจ้าของโดยผู้สนับสนุนกิจการ และระหว่างผู้สนับสนุนกิจการจะใช้วิธีการร่วมทุน (Joint Venture) เพื่อควบคุมสิทธิระหว่างผู้สนับสนุนด้วยกันเอง แนวคิดของการตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เดียวคือเพื่อประโยชน์บางอย่างของผู้สนับสนุนกิจการ เช่น ไม่มีการรวมความรับผิดชอบใน Project Company ไว้ในบัญชีของผู้สนับสนุนกิจการ(นอกจากกรณีบริษัทกิจการจะอยู่ในเครือ) เนื่องจาก Project Company เป็นผู้ทำการกู้ยืมเงินจากธนาคารแทนผู้สนับสนุนกิจการ ดังนั้นธนาคารจึงต้องการการสนับสนุนจากผู้สนับสนุนกิจการ เช่น การประกันภัย หรือการค้ำประกันเพื่อกระจายความเสี่ยงของธนาคาร รวมทั้งธนาคารจะต้องได้รับสิทธิต่างๆของกิจการเมื่อมีการไม่ชำระหนี้เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินธุรกิจไปได้แม้จะมีการโอนธุรกิจไปยังบุคคลภายนอก

นอกจากนั้นวิธีการสำคัญของการให้สินเชื่อโครงการ (Project Finance) คือธนาคารจะต้องสามารถตั้ง Receiver เพื่อมาทำหน้าที่ดำเนินงานและจำหน่ายกิจการเองได้โดยไม่ต้องผ่านศาล เมื่อธนาคารสามารถตั้ง Receiver ได้ ก็จะสามารถกีดกันการแต่งตั้ง Administrator ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้เพราะกระบวนการฟื้นฟู(Administration) นั้นจะเป็นเครื่องมือของเจ้าหนี้ไม่มีประกันในการต่อสู้กับเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งการที่ธนาคารจะมีสิทธิในการแต่งตั้ง Receiver นั้นมาจากการเอาประกันแบบ Floating Charge เหนือทรัพย์สินทั้งหมดหรือทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญของกิจการ หรือการเอาประกันแบบ Floating Charge กับ Fixed Charge หรือการเอาประกันแบบ Floating Chargeกับการจ้างงาน การเอาประกันแบบ Floating Charge นั้นได้มีการให้ความหมายว่า “มีรูปแบบเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ โอบล้อมอยู่เหนือหรือกล่าวได้ว่าลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือมีการกระทำบางอย่างที่ทำให้หลักประกันนั้นตั้งหลักถล่มยีดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”

กล่าวคือลักษณะสำคัญของ Floating Charge คือ

1. หลักประกันนี้ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในอนาคต จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุรายการของทรัพย์สินใหม่ทุกรายการหรือจ้างงานทรัพย์สินทุกชิ้นที่ถูกหนี้ได้มา
2. ลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติทางธุรกิจ
3. ต้องมีการจดทะเบียนเพื่อให้ตรวจสอบได้

4. การบังคับหลักประกันนั้นสามารถทำได้โดยการตั้ง Receiver ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ครอบครองและจัดการหลักประกันโดยจะทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้โดยนัยเดียวกันกิจการนั้นสามารถถูกขายไปได้ทั้งกิจการเป็นหน่วยเดียวซึ่งทำให้ได้ราคาดีกว่าแยกขาย

ทรัพย์สินที่สามารถใช้เป็นหลักประกันได้คือ

- สินค้าคงคลัง อุปกรณ์ เครื่องมือและสินค้าอื่น ๆ เป็นประกัน โดยยังให้อยู่ในความครอบครองและการใช้สอยของลูกหนี้ได้
- ใช้สิทธิเรียกร้องต่างๆตามสัญญาเป็นหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ
- ใช้หลักทรัพย์สินการลงทุนต่างๆเป็นหลักเป็นประกัน โดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์สินการลงทุนนั้นๆ
- ทรัพย์สินในขนาดของลูกหนี้
- สามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้นทุกรายการ

การเอาประกันแบบ Floating Charge นั้นผู้ให้หลักประกันโดยส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทจำกัด โดยวิธีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge อาจจะทำโดยสัญญาการให้หลักประกันหรือการออกหุ้นกู้ (Debenture) และเมื่อมีการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ต้องมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันที่ Company Registry เพื่อที่จะสามารถใช้นับกับผู้ชำระบัญชี ผู้บริหารแผน และเจ้าหนี้อื่นที่เอาประกันในภายหลัง ในกรณีที่มีการชำระบัญชีหรือเข้ากระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่ถ้าไม่มีการจดทะเบียนก็สามารถใช้นับกับบริษัทผู้ให้หลักประกันได้ในกรณีที่ไม่มีชำระบัญชี หรือการเข้ากระบวนการฟื้นฟูกิจการเท่านั้น การให้หลักประกันแบบ Floating Charge นั้นผู้ให้หลักประกันสามารถครอบครองใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอน นำไปเป็นประกันแก่เจ้าหนี้คนอื่นได้ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallize) ซึ่งสิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนฯ นี้จะทำได้ในกรณีไม่มีข้อจำกัด เพราะถ้ามีข้อจำกัดเอาไว้สิทธิของคู่สัญญา ก็จะเป็นไปตามที่จำกัดเอาไว้ เช่น กรณีที่มีการให้หลักประกันแบบ Fixed Charge เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยปกติแล้วผู้รับหลักประกันแบบ Fixed Charge จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge แต่ถ้าในกรณีที่มีข้อจำกัดไว้ว่าห้ามให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันในลำดับหลังมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge ดังนั้นก็จะเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน คือผู้รับหลักประกันในภายหลังก็จะไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge รายแรก ส่วนในกรณีที่จะถือว่าผู้ใดเป็นผู้ที่ได้รับทราบข้อจำกัดนั้นก็ต้องพิจารณาว่าจะสามารถตรวจสอบการมีข้อจำกัดหรือไม่

สาเหตุของการแปลงสภาพสาเหตุของการแปลงสภาพสามารถแบ่งเป็นได้เป็น 3 กลุ่ม ย่อย คือ

1. มีเหตุการณ์ซึ่งแสดงถึงการหยุดการค้าขายของธุรกิจ
2. มีการแทรกแซงโดยผู้เอาหลักประกันแบบ Floating Charge เช่นในการเข้ามาครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือมีการแต่งตั้ง Receiver เป็นต้น
3. กรณีที่มีการกำหนดเอาไว้ในสัญญา

เมื่อมีการแปลงสภาพหลักประกันทำให้หลักประกันจาก Floating Charge มาเป็น Fixed Charge

เมื่อมีการบังคับหลักประกันจะทำโดยการแต่งตั้ง Receiver เพื่อมาดำเนินการจัดการและจำหน่าย โดยในการจำหน่ายหลักประกันนั้นเนื่องจากนำทรัพย์สินทั้งหมดของกิจการมาเป็นหลักประกันเมื่อทำการจำหน่ายก็ทำให้สามารถจำหน่ายได้ไปทั้งกิจการ โดยไม่ต้องแยกขายซึ่งเป็นลักษณะที่ทำให้ผู้รับโอนนั้นสามารถดำเนินธุรกิจไปได้

การแต่งตั้ง Receiver เพื่อมาดำเนินการจัดการธุรกิจนั้น สามารถแต่งตั้งได้ 2 วิธี คือ

1. การแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ซึ่งต้องมีการกำหนดไว้ในสัญญา
2. การแต่งตั้งโดยศาล

ซึ่งจากการศึกษาพบว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้จะมีอำนาจในการจัดการมากกว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลเนื่องจากอำนาจหน้าที่ของ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลนั้นศาลเป็นผู้กำหนดหน้าที่ซึ่งในบางกรณีมีเหตุการณ์ที่ศาลไม่ได้ให้อำนาจไว้ก็ต้องไปขออนุญาตจากศาลก่อน ซึ่งจะเสียเวลาในการบังคับหลักประกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

1. วิธีการนำกิจการมาเป็นหลักประกันตามร่างที่ใช้ทำการศึกษาได้กำหนดให้มีการทำสัญญาหลักประกันซึ่งจะต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ และสามารถไต่ถามกับบุคคลภายนอกได้เมื่อมีการจดทะเบียนให้หลักประกันต่อเจ้าหน้าที่กต่างคือถ้าไม่มีการจดทะเบียนให้หลักประกันก็ยังคงสามารถไต่ถามกับคู่กรณีได้ เมื่อมีการจดทะเบียนให้หลักประกันแล้วถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายซึ่งอายุของการจดทะเบียนให้หลักประกันนั้น มีอยู่ 5 ปี ซึ่งแนวทางของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้มีการถูกเปลี่ยนแปลงโดยร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งได้เปลี่ยนแปลงให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับการจำนอง นอกจากนั้นเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วสิทธิของผู้รับหลักประกันจะมีอยู่ต่อไปจนกว่าหนี้ที่เป็นประกันจะระงับ โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาของการจดทะเบียนไว้

2. จำนวนหนี้ที่เป็นประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาค้นคว้าได้มีการกำหนดจำนวนหนี้ที่เป็นประกันไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท ซึ่งจำนวนหนี้ที่ไม่มีมีการแก้ไขโดยร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำไว้

3. ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาค้นคว้าได้มีการกำหนดไว้ว่าเป็นนิติบุคคล แต่ต่างจากร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคือกำหนดให้ผู้รับหลักประกันเป็นสถาบันการเงินเท่านั้น ส่วนกรณีผู้ให้หลักประกันก็ได้เพิ่มเติมให้บุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้ให้หลักประกันได้

4. ในการนำกิจการมาเป็นหลักประกันนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาค้นคว้าได้กำหนดว่าผู้ให้หลักประกันสามารถครอบครองใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้จนกว่าศาลจะมีคำสั่งบังคับหลักประกัน แต่ถ้าคู่สัญญามีการตกลงเป็นอย่างอื่นก็สามารถใช้บังคับได้ แต่ตามร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยไม่ได้กำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเรื่องสิทธิในการจำหน่าย จ่ายโอน ฯ เป็นอย่างอื่นได้

ส่วนในการครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นทั้งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาและร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กำหนดว่าผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพเช่นนั้น และในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายผู้ให้หลักประกันก็ต้องรับผิดชอบเว้นแต่จะพิสูจน์ว่าความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เกิดจากสาเหตุที่ตนต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะตรวจสอบหลักประกันเป็นครั้งคราว

5. สิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน กับบุคคลภายนอกในกรณีมีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน โดยทั้งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาและร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะ โอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่ เว้นแต่กรณีผู้ซื้อทรัพย์สินตามปกติทางธุรกิจของผู้ให้หลักประกันหรือในกรณีที่ผู้รับหลักประกันยินยอมให้ขายไปโดยปลอดภาระหลักประกัน นอกจากสิทธิหน้าที่ตามร่างพระราช

บัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแล้วคู่สัญญาจะต้องพิจารณาถึงข้อกำหนดในสัญญาและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

6. การบังคับและจำหน่ายหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาคำหนดให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่แต่งตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารกิจการชั่วคราวในการดำเนินงานจัดการกิจการและทำการจำหน่ายหลักประกันในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้โดยวิธีการในการจำหน่ายหลักประกันนั้นให้ศาลเป็นผู้กำหนด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการแต่งตั้งที่ต้องผ่านศาลนั้นจะทำให้การบังคับหลักประกันมีการล่าช้าและนอกจากนั้นศาลอาจไม่มีความเชี่ยวชาญในการจำหน่ายหลักประกัน ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการปรับปรุง โดยให้ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันสามารถแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเองได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลซึ่งจะทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันเร็วขึ้น นอกจากนี้ในการจำหน่ายหลักประกันก็ให้ผู้บริหารกิจการชั่วคราวจะสามารถดำเนินการจำหน่ายหลักประกันได้เองโดยไม่ต้องให้ศาลเป็นผู้กำหนดวิธีการ และเงื่อนไขในการขาย โดยจะทำให้ได้ผู้เชี่ยวชาญในการจำหน่ายหลักประกัน ซึ่งสอดคล้องกับร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้มีการแก้ไขจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษา คือได้มีการแก้ไขปรับปรุงวิธีการบังคับและจำหน่ายหลักประกัน โดยทำการแก้ไขให้ผู้รับหลักประกันผู้ให้หลักประกันสามารถแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเองได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล แต่ให้ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงานของผู้บริหารกิจการชั่วคราวว่าทำหน้าที่ตามกฎหมายหรือทำหน้าที่โดยสุจริตหรือไม่

#### ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้การศึกษามีข้อที่ยังไม่สมบูรณ์หลายประการ กล่าวคือในกรณีของขอบเขตของกิจการที่จะนำมาเป็นหลักประกันนั้นได้มีการกำหนดจำนวนหนี้ที่เป็นประกันเอาไว้ทำให้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจใช้ไม่ได้เต็มที่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าต้องมีการแก้ไขเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลทุกฝ่าย ซึ่งก็สอดคล้องกับการแก้ไขตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไข โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ที่เป็นประกันเอาไว้

ส่วนในกรณีของสิทธิระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาคำหนดให้ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันสามารถตกลงกันในเรื่องการครอบครองใช้สอย จำหน่าย จ่ายโอนฯ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในกิจการ แต่ตามร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการเปลี่ยนแปลงว่าคู่สัญญาไม่สามารถ

ตกลงเกี่ยวกับสิทธิในการจำหน่าย จ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในกิจการได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมเนื่องจากทรัพย์สินบางชนิดของกิจการไม่สมควรให้มีการจำหน่าย หรือการก่อให้เกิดหลักประกันในภายหลังได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะยึดตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษา

การบังคับและจำหน่ายหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ใช้ทำการศึกษาได้กำหนดให้ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราว ในการดำเนินการจำหน่ายและบังคับหลักประกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความล่าช้าและศาลอาจจะไม่มีความเชี่ยวชาญในการจำหน่ายหลักประกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันสามารถแต่งตั้งผู้บริหารกิจการชั่วคราวเองได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล โดยให้ศาลเพียงแต่ทำหน้าที่ในการควบคุมการทำงานของผู้บริหารกิจการชั่วคราวว่าได้ทำไปโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยสุจริตหรือไม่ ซึ่งแนวคิดนี้ก็สอดคล้องกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา

นอกจากนั้นในบางกรณีซึ่งยังไม่ได้มีการกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งอาจจะเป็นปัญหาในทางปฏิบัติก็สมควรมีการตกลงเอาไว้ในสัญญาคือ

1. คู่สัญญาควรมีการตกลงกันในการควบคุมการใช้เงินสินเชื่อของผู้ให้หลักประกันว่านำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กู้หรือไม่เนื่องจากหน้าที่เป็นประกันกันต้องเป็นหน้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการ
2. การเขียนข้อกำหนดในการจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเนื่องจากทรัพย์สินบางประเภทนั้นมีความจำเป็นต่อการดำเนินกิจการถ้ายินยอมให้จำหน่าย จ่าย โอนไป หรือ มี จำนองเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันในภายหลัง ก็อาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับหลักประกันได้ เพราะถึงแม้ภาระหลักประกันจะคิดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประกันด้วยแต่ก็อาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่กิจการของผู้ให้หลักประกันได้ ในกรณีทรัพย์สินมีความสำคัญต่อกิจการแต่การเขียนสัญญาในข้อนี้ต้องมีการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาก่อนมิฉะนั้นข้อตกลงนี้จะตกเป็นโมฆะ
3. ในกรณีที่มีการเอาจำนองเหนือทรัพย์สินที่อยู่ในกิจการถ้าผู้รับจำนองต้องการบังคับจำนองต้องมีการแจ้งแก่ผู้รับหลักประกันก่อนเพื่อดำเนินการแก้ไขและในกรณีของผู้ทำสัญญากับผู้ให้หลักประกัน เช่น ในกรณีผู้รับเหมาก่อสร้างอาคาร ซึ่งเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ชำระราคา ผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ต้องดำเนินการก่อสร้าง ซึ่งถ้ามีเหตุการณ์ เช่นนี้ก็จะทำให้การดำเนินการหยุดชะงัก ซึ่งจะทำให้การดำเนินการจึงควรให้ผู้รับเหมาก่อสร้างแจ้งการไม่ชำระหนี้ไปยังผู้รับหลักประกันเพื่อทำการชำระหนี้แก่กิจการ ซึ่งสัญญานี้จะเป็นสัญญา 3 ฝ่ายระหว่างผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน และบุคคลภายนอก



4. ในกรณีผู้ให้หลักประกันนำสิทธิสัญญาสัมปทานมาเป็นหลักประกันต้องมีการตกลงกันระหว่างผู้ให้หลักประกัน รัฐ และผู้รับหลักประกันว่าจะยินยอมให้สิทธิในสัญญาสัมปทานมีอยู่ต่อไปในกรณีกิจการนั้นได้ทำการขายต่อไปเพื่อบุคคลที่ได้รับโอนนั้นจะสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ซึ่งการตกลงสัญญาในข้อนี้ได้มีการกำหนดไว้ในร่างที่แก้ไขโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ปรับปรุงใหม่แล้วว่าในการจดทะเบียนการให้หลักประกันนั้นจะมีหนังสือของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นยินยอมให้สิทธินั้นสามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้