

บทที่ 2

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

ก่อนที่จะได้ศึกษาถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ ควรจะทราบถึงแนวคิดพื้นฐานและประวัติความเป็นมาของกฎหมายหลักประกันซึ่งเป็นกฎหมายที่รองรับสถานะและสิทธิเจ้าของหนี้มีประกัน เพื่อให้เข้าใจว่าเหตุใดกฎหมายของแต่ละระบบ หรือแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกัน รวมทั้งวัตถุประสงค์ในการเรียกหลักประกัน ความหมาย ประเภทและลักษณะทั่วไปของเจ้าหนี้มีประกันว่ามีความแตกต่างจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันอย่างไร เพื่อจะได้ทราบว่าเจ้าหนี้มีประกันคือใคร พร้อมทั้งเปรียบเทียบสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีแพ่งและคดีล้มละลายโดยสังเขป เพื่อจะได้เป็นพื้นฐานในการศึกษาสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และ 4

2.1 แนวคิดพื้นฐานและประวัติความเป็นมาของกฎหมายหลักประกัน

กฎหมายที่สนับสนุนธุรกรรมสินเชื่อที่มีหลักประกันค้ำประกันค้ำประกัน เป็นสิ่งสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจ เพราะนอกจากจะช่วยลดค่าใช้จ่ายในการจัดหาสินเชื่อแล้วยังช่วยเพิ่มปริมาณสินเชื่อในระบบเศรษฐกิจด้วย¹ ซึ่งวิธีที่นิยมมากที่สุด คือ ระบบสินเชื่อที่ให้เจ้าหนี้มีบุริมสิทธิเหนือสินทรัพย์ของลูกหนี้ (An Asset-Based Priority Credit System)² อันมีรากฐานแนวคิด ดังจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสังคมมนุษย์มาช้านาน ตั้งแต่โบราณกาลจนกระทั่งปัจจุบัน ดังนี้คือ

ระบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในประเทศทางยุโรปตะวันตก ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือ Common Law ในปัจจุบัน ล้วนมีจุดกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน

กฎหมายที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันของโรมัน ได้ใช้บังคับอยู่ในยุโรปตะวันตกเป็นเวลากว่า 12 ศตวรรษ (ประมาณ 753 ปีก่อนคริสตศักราช – ประมาณคริสตศักราชที่

¹ Alan Schwartz, "Security interest and bankruptcy priorities: A review of current theories," 10 *Journal of Legal Studies* 1 (January 1981): 2-4.

² Berry E. Adler, "An equity-agency solution to the bankruptcy-priority puzzle," 22 *Journal of Legal Studies* 73 (January 1993): 77.

535) ซึ่งลักษณะสำคัญของวิธีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันของกฎหมายโรมันนั้น จะเป็นการโอนทั้งกรรมสิทธิ์ (Title) ในทรัพย์สิน และการครอบครองไปยังเจ้าหนี้

ตามปกติแล้ว การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นสิทธิตามกฎหมายที่มีอำนาจมากที่สุด ดังนั้น วิธีการที่เจ้าของทรัพย์สินนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยการโอนไปทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ นั้น จึงเป็นสิทธิตามกฎหมายอันแรกที่เจ้าของกรรมสิทธิ์นำมาใช้ เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการใช้สอยประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์

แต่ในช่วงปลายสมัยยุค Republic และช่วงต้นของยุค Principate แนวคิดเรื่องการให้มีหลักประกันเหนือทรัพย์สิน โดยไม่จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปให้เจ้าหนี้ นั้นคือ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์เหนือหลักประกัน (Non-Title Charge on Property) เริ่มกลายมาเป็นแนวคิดเรื่องหลักประกัน

ในกฎหมายโรมันยุคคลาสสิก มีวิธีการที่เจ้าหนี้มักจะนำมาใช้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้อยู่ 4 ลักษณะคือ

Nexum คือ ข้อตกลงที่ลูกหนี้* ตกลงผูกพันตน หรือภรรยาหรือบุตรที่อยู่ภายใต้การปกครองของตนต่อเจ้าหนี้เพื่อยอมเป็นทาส (Contract of Slavery) หากตนไม่ชำระหนี้

Pignus คือ สัญญาซึ่งลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ โดยเจ้าหนี้จะยึดทรัพย์สินนั้นไว้เสมือนเป็นทรัพย์สินที่ใช้จำนำ (Pawn) จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ ซึ่งโดยปกติเจ้าหนี้จะมีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่จำนำได้และถ้าลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ก็สามารถยึดทรัพย์สินนั้นไว้ได้ (Lex Commissaria) Pignus นี้จึงเป็นที่มาของการจำนำ (Pledge) ในปัจจุบัน

Hypotheca คือสัญญาที่ลูกหนี้ก่อภาระติดพัน (Charge) เหนือทรัพย์สิน** ให้แก่เจ้าหนี้ แต่ยังคงครอบครองทรัพย์สินที่มีภาระติดพันนั้น หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่มีภาระติดพัน (Hypothecated Property) นั้นได้และสามารถขายทรัพย์สิน โดย

* ในกฎหมายโรมัน หมายถึง พลเมืองชาวโรมันผู้ซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัว

** หมายความว่ารวมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์

เอาเงินที่ได้จากการขายมาชำระหนี้ หรือจะยึดทรัพย์สินนั้นมาเป็นของตนก็ได้ (Lex Commissaria) Hypotheca จึงเป็นที่มาของการจำนองในปัจจุบัน

The Fiducia Cum Creditore คือสัญญาที่ลูกหนี้โอนทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกัน โดยมีข้อแม้ว่าจะมีการโอนขายคืนเมื่อมีการชำระหนี้แล้ว หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็เพียงแต่เก็บทรัพย์สินนั้นไว้ในครอบครองของตนต่อไป ทรัพย์สินจะตกเป็นของเจ้าหนี้ทันทีโดยไม่ต้องบังคับจำนอง และไม่มีทางไถ่คืน แต่หากลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่ลูกหนี้ ซึ่งวิธีนี้ลูกหนี้จะไม่มีสิทธิในทรัพย์สินที่เอามาประกัน (Object of the Fiducia) จนกว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้

ส่วนสัญญาซื้อขาย (Emptio-Venditio) ที่ตามปกติจะมีการแลกเปลี่ยนสินค้ากับค่าตอบแทนกันทันที กฎหมายที่จะคุ้มครองผู้ขายสินค้าเงินเชื่อจึงไม่ค่อยได้รับการพัฒนาเท่าที่ควรในกฎหมายโรมัน อย่างไรก็ตาม การซื้อขายสินค้าเงินเชื่อก็เกิดขึ้นแล้วในสมัยนั้น โดยผู้ซื้อที่ได้รับสินค้าไปแล้ว จะยังคงไม่มีกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นจนกว่าจะชำระหนี้จนครบ หรือจนกว่าจะมีบุคคลที่ 3 เข้าทำสัญญาค้ำประกันว่าจะชำระหนี้แทน (Sponsio, Fidepromissio และ Fidejussio) หรือผู้ซื้อได้ให้หลักประกันแก่ผู้ขายว่า เขาจะกระทำการชำระราคาสินค้าให้โดยวิธี Pignus, Hypotheca หรือ Fiducia³

ดังนั้น กฎหมายโรมันจึงยอมรับธุรกรรมที่มีหลักประกันเพียง 2 ประเภทเท่านั้นคือ Pignus และ Hypothec เนื่องจาก Fiducia เป็นการโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นไปมากกว่าที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประกัน Pignus จึงกลายมาเป็นการจำนำที่เจ้าหนี้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ (Possessory Pledge) และ Hypothec ได้กลายมาเป็นการจำนอง (Non-Possessory Pledge or Mortgage) ในปัจจุบัน โดยทั้ง 2 วิธีนี้ใช้ได้กับทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งกฎหมายโรมันเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีหลักประกันนี้ ได้ใช้บังคับในประเทศที่เป็นระบบ Civil Law และระบบ Common Law แบบอังกฤษมาเป็นเวลานาน⁴

³ Roderick A. Macdonald, History and theory of secured transactions, [Online]. Available from: http://www.law.mcgill.ca/academics/coursenotes/macdonald/secured_transactions/frame/course%20topics/topic%204.htm [2001, September 10]

⁴ Yoram Keinan, The evolution of secured transactions, [Online]. Available from: <http://www.worldbank.org/wdr/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf> [2001, September 15]

2.1.1 แนวคิดพื้นฐานและประวัติความเป็นมาของกฎหมายหลักประกันในกลุ่มประเทศ Civil Law

ในยุโรปตะวันตก ยุคก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรม (ศตวรรษที่ 19) มีวิธีการที่คล้ายคลึงกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน แม้จะมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปบ้างก็ตาม วิธีที่ใช้มากที่สุดคือ สัญญาค้ำประกัน ในขณะที่เดียวกัน สัญญาที่ลูกหนี้ยอมเป็นทาส (Nexum) ของชาวโรมันก็ถูกยกเลิกไป นอกจากนี้ แนวคิดของชาวโรมันแคทอลิกที่ถือว่าการปล่อยกู้โดยคิดดอกเบี้ยเป็นสิ่งขัดต่อหลักศีลธรรมทางศาสนาเริ่มแพร่หลาย ส่งผลให้การจำนองสังหาริมทรัพย์ และการจำนองลดลง ผู้ให้กู้ชาวโรมันแคทอลิกจึงคิดวิธีการหลีกเลี่ยงการกู้โดยมีดอกเบี้ย โดยวิธีการให้ลูกหนี้ขายทรัพย์สินให้กับผู้กู้ในราคาเท่ากับจำนวนเงินที่กู้ แต่ลูกหนี้มีสิทธิซื้อทรัพย์สินนั้นคืนภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยราคาที่สูงขึ้น ซึ่งความแตกต่างระหว่างราคาซื้อและราคาขายจะเท่ากับดอกเบี้ยนั่นเองและทรัพย์สินที่ลูกหนี้ขายให้แก่เจ้าหนี้ก็เปรียบเสมือนเป็นหลักประกัน การขายทรัพย์สินโดยให้ลูกหนี้มีสิทธิไถ่ทรัพย์สินคืนนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับ Fiducia Cum Creditore อีกวิธีหนึ่งที่ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการกู้แบบมีดอกเบี้ย คือการจำนองสังหาริมทรัพย์ (Antichresis) โดยผู้ให้กู้จะเข้าครอบครองสังหาริมทรัพย์ และในระยะเวลาที่กู้ เจ้าหนี้จะเก็บเกี่ยวดอกผลหรือผลกำไรจากสังหาริมทรัพย์นั้น เช่น ให้นำบุคคลอื่นเช่าสังหาริมทรัพย์นั้น และนำค่าเช่านั้นมาเป็นดอกเบี้ย

ในช่วงปลายยุคนี้ ยังปรากฏว่ามีการห้ามจำนอง (Hypothecation) สังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้ยังคงครอบครองตัวทรัพย์สินอยู่ การนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันจึงทำได้แค่เพียง Pignus ซึ่งยังคงเป็นพื้นฐานกฎหมายของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในประเทศ Civil Law หลาย ๆ ประเทศ ในกฎหมายโรมันนั้น ไม่เพียงแต่สังหาริมทรัพย์จะสามารถนำมาจำนอง (Antichresis) ได้เท่านั้น แต่สังหาริมทรัพย์ก็สามารถนำมาจำนอง (Hypothecated) ได้ นอกจากนี้ ยังมีกฎที่ออกมาเพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหนี้มีประกันยัด Surplus* จากทรัพย์สินที่เป็นประกันของลูกหนี้⁵ ซึ่งลักษณะนี้เป็นลักษณะที่สำคัญของธุรกรรมที่มีหลักประกันที่ยังไม่เคยปรากฏอยู่ในแนวคิดดั้งเดิมทั้งในประเทศในทวีปยุโรปและอังกฤษ เพราะเดิมผู้รับจำนองหรือผู้รับจำนองไม่มีหน้าที่ต้องคืน surplus ให้ลูกหนี้ รวมทั้งไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

* หมายถึง มูลค่าของทรัพย์สินหลักประกันที่มากกว่าจำนวนหนี้

⁵ Roderick A. Macdonald, History and theory of secured transactions, [Online]. Available from: http://www.law.mcgill.ca/academics/coursenotes/macdonald/secured_transactions/frame/course%20topics/topic%204.htm [2001, September 10]

มีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนที่เป็นหนี้ แต่ไม่เกินปลายยุค Middle Age (ศตวรรษที่ 14 และหลังจากนั้น) ระบบกฎหมายเยอรมันนิกได้กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้หากมูลค่าทรัพย์สินหลักประกันมากกว่าจำนวนหนี้ และสามารถฟ้องไล่เบี้ยลูกหนี้ได้หากทรัพย์สินนั้นมีมูลน้อยกว่าหนี้ อีกทั้งในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด กฎหมายยังบังคับให้เจ้าหนี้ต้องฟ้องศาลหรืออย่างน้อยก็ต้องนำทรัพย์สินนั้นออกขายต่อสาธารณชน เจ้าหนี้ไม่สามารถเก็บหรือยึดทรัพย์สินนั้นไว้ โดยการประกาศการยึดเหมือนเช่นเคย⁶

ตลอดช่วงยุค Middle Age และยุค Renaissance (ระหว่างศตวรรษที่ 14-16) นั้น สังหาริมทรัพย์ยังคงมีมูลค่าน้อยหรือสามารถที่ระบุได้ง่ายว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นใด ปัญหาเกี่ยวกับการประกาศให้สาธารณชนรับรู้ว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินนั้น (เหมือนกับการจำนอง (Hypothecation)) จึงมีน้อย แต่เมื่อทรัพย์สินเริ่มมีมูลค่ามากขึ้น และการระบุชัดว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นใดเป็นไปได้ยาก ลูกหนี้จึงสามารถนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นหลักประกันกับเจ้าหนี้หลายรายได้อย่างอิสระ (เนื่องจากทรัพย์สินยังคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้) ซึ่งเป็นผลจากการที่คิดว่าการประกาศให้สาธารณชนรับรู้ว่าทรัพย์สินใดมีภาระติดพัน (Publication of Charge) เป็นสิ่งไม่จำเป็น เมื่อสังคมขาดระบบการประกาศโฆษณาเผยแพร่ที่เชื่อถือได้ การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเจ้าหนี้จึงเป็นสิ่งที่จำเป็น

ความต้องการระบบการประกาศโฆษณาเผยแพร่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่เชื่อถือได้ยังรวมถึงการจำนอง (Hypotheca) ด้วย โดยบังคับให้การจำนองต้องจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ จนกระทั่งมีการตั้งสำนักงานจดทะเบียนที่ดินแห่งรัฐขึ้น บันทึกของพนักงานเจ้าหน้าที่จึงเป็นข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมทุกอย่างที่มีผลเกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ นับจากนั้นมาการจำนองจึงต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อความคุ้มครองบุคคลภายนอก และผู้รับจำนอง ส่งผลให้การให้สินเชื่อโดยมือสังหาริมทรัพย์จำนองเป็นประกันได้รับความนิยม นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในศตวรรษที่ 19 คือเป็นจุดเริ่มต้นการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างจำนำว่าเป็นการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกัน และจำนองว่าเป็นการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันเป็นครั้งแรก

⁶ Edward A. Tomlinson, "Security for A Commercial Loan: Historical & International Perspectives," 23 The Maryland Journal of International Law & Trade 77 (Spring/Summer, 1999) : 86-87.

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ได้มีความพยายามจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น กฎหมายเกี่ยวกับหลักประกัน และความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงเริ่มมีความแน่นอนมากขึ้น นอกจากนี้ลักษณะพิเศษของนโยบายในยุคนี้ที่เห็นได้ชัด คือ หลักนิติธรรมที่เกิดจากการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดยความยินยอม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า นโยบายเกี่ยวกับหลักประกันในยุคนี้ มีความเหมาะสมกับการใช้ และลักษณะของสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งลักษณะของการกู้ยืมแบบมีประกัน ซึ่งนโยบายบางอย่างในยุคนี้ ก็ยากที่ในปัจจุบันจะหาเหตุผลใดมาโต้แย้งได้

จนกระทั่งในศตวรรษที่ 20 มีการปรับปรุงกฎหมาย นำทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ มาเป็นหลักประกันครั้งสำคัญ เช่น มีการนำธุรกรรมที่ใช้เป็นเสมือนหลักประกัน และปรับปรุงรูปแบบของกฎหมายให้ทันสมัยขึ้นเป็นต้น⁷

เนื่องจาก ระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่ยึดตัวบทกฎหมายเป็นหลัก ศาลในประเทศ Civil Law จึงมักจะไม่ตีความกฎหมาย แต่จะยึดตามถ้อยคำในตัวบทกฎหมายมากกว่า ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่ง (รวมทั้งพาณิชย์ด้วย) ในประเทศที่เป็นระบบ Civil Law จะบัญญัติกฎหมายอย่างชัดเจนและมีระเบียบ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีหลักประกันก็มักจะรวมอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหล่านี้ด้วย

จากที่กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายในประเทศทางยุโรปส่วนใหญ่ มีรากฐานมาจากกฎหมายแพ่งโรมันสมัยโบราณ การล่าอาณานิคมในสมัยนั้นจึงทำให้กฎหมายแพ่ง รวมทั้งกฎหมายเรื่องหลักประกัน เผยแพร่จากประเทศใหญ่ ๆ อย่างฝรั่งเศส เยอรมัน ไปยังที่ต่าง ๆ เช่น เมืองคิวเบค เป็นต้น และในบางประเทศ เช่น เยอรมัน ยังคงใช้หลักการแบบโรมันมาจนถึงทุกวันนี้⁸

⁷ Roderick A. Macdonald, History and theory of secured transactions. [Online]. Available from: http://www.law.mcgill.ca/academics/coursenotes/macdonald/secured_transactions/frame/course%20topics/topic%204.htm [2001. September 19]

⁸ Yoram Keinan, The evolution of secured transactions. [Online]. Available from: <http://www.worldbank.org/war/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf> [2001, September 15]

ในส่วนวิวัฒนาการของกฎหมายไทยเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีหลักประกัน เช่น จำนำหรือจำนองนั้น มีอยู่ในกฎหมายเก่าของเราเพียงเล็กน้อย คือ บทกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจำนำมีบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะกัณฑ์ซึ่งมีน้อยมาก แต่เป็นบทบัญญัติในหลักกฎหมายทั้งสิ้น ทรัพย์สินที่จำนำอาจเป็นสิ่งหามทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ แต่เพื่อที่จะให้สมบูรณ์ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนำ และตามพระอัยการนี้เป็นบทกฎหมายที่เข้มงวดมาก เช่น เมื่อทรัพย์สินที่จำนำเป็นทรัพย์สินที่ถูกลักมา นอกจากผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินจะมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้รับจำนำแล้ว ยังถือต่อไปว่า บุคคลผู้รับจำนำทรัพย์สินมาน่าจะเป็นพวกผู้ร้ายด้วย ฉะนั้นหากผู้รับจำนำไม่สามารถนำตัวผู้ที่เอาทรัพย์สินมาจำนำมาให้เจ้าหน้าที่ได้ หรือมิได้แจ้งเจ้าหน้าที่ทราบเมื่อรู้สึกสงสัยในทรัพย์สินจำนำนั้น ผู้รับจำนำต้องถูกปรับไหมเสมอผู้ร้ายลักทรัพย์ (ใจร 105, 148) ดังนั้นต่อมาจึงมีการแก้ไขให้เบาบางลง และเพิ่มให้ครบถ้วนยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากพระราชกำหนดของพระบรมโกษฐ์ ลงวันที่ 5-6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2284⁹ พระราชกำหนดนี้บรรจุข้อบัญญัติวางระเบียบเกี่ยวกับการจำนำสังหาริมทรัพย์ โดยมุ่งที่จะให้ความปลอดภัยแก่ผู้ให้ยืมเงิน โดยมีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน คือการจำนำจะต้องกระทำในเวลากลางวัน ผู้รับจำนำจะรับจำนำแต่ผู้ที่ตนรู้จักดี ในกรณีที่สงสัยผู้รับจำนำจะต้องร้องขอเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งจะเป็นผู้สอบสวนในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้จำนำมาจำนำนั้น¹⁰ ส่วนวิวัฒนาการเกี่ยวกับการจำนองก็มีอยู่บ้างเล็กน้อยในพระอัยการลักษณะกัณฑ์ (ศก 1278) กับพระอัยการเบ็ดเสร็จ (ศก 1263)แต่ก็มีได้เป็นที่มาของกฎหมายไทยในปัจจุบันในเรื่องนี้¹¹ เนื่องจากในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์กฎหมายโรมันเข้ามามีบทบาทอย่างมากในกฎหมายไทย เพราะกฎหมายโรมันเป็นแม่บทของประมวลกฎหมายทั่วโลก ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายทั้งหลาย เช่น ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมัน ก็ล้วนใช้กฎหมายของโรมัน เมื่อไทยยอมรับเอาวิธีการจัดทำประมวลกฎหมายมาใช้ โดยอาศัยกฎหมายฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และเยอรมัน เป็นหลัก ก็ย่อมได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาด้วยทางอ้อม ฉะนั้น

⁹ พระราชกำหนดเก่า บทที่ 10 ลงวันอังคารขึ้น 1 ค่ำ เดือน 3 ปีระกาตรีศก จุลศักราช 1103.

¹⁰ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2526) , หน้า 223-225.

¹¹ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์, ไชยยศ เหมะรัชตะ และคณะ, รายงานผลการวิจัยวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในรอบสองร้อยปี ภาค 3 ภาคกฎหมายสารบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายวิจัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 121.

จึงถือได้ว่า กฎหมายโรมันเป็นที่มาอันหนึ่งของกฎหมายไทยในปัจจุบัน ซึ่งหมายความถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยนั่นเอง¹²

2.1.2 แนวคิดพื้นฐานและประวัติความเป็นมาของกฎหมายหลักประกันในกลุ่มประเทศ Common Law

วิวัฒนาการของกฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law จะพัฒนามาจากคดีต่าง ๆ (Case Law) ที่เกิดขึ้น ระบบกฎหมาย Common Law มีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษ และกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีประกันในอังกฤษก็พัฒนามาจากคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเช่นกัน¹³ หลักกฎหมายเรื่องหลักประกันของประเทศอังกฤษในยุคก่อนปฏิวัติอุตสาหกรรม (ศตวรรษที่ 19) มีลักษณะแตกต่างจากสังคมของชาวโรมัน เนื่องจากสัญญาค้ำประกันจะเป็นที่นิยมกว่า ซึ่งเหมือนกับประเทศในทวีปยุโรป โดยมีรากฐานมาจากแนวคิดการคุมขังลูกหนี้ (Debtor's Prison) จนกว่าจะชำระหนี้ แรงงานที่ถูกคุมขังทุกคนต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ นอกจากนี้ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันก็พัฒนามาจากขนบธรรมเนียมประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาจากระบบศักดินา (Feudalism) ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นประกันนั้น ยังไม่ปรากฏในยุคนี้

กฎหมาย Common Law ในช่วงแรก ๆ ได้พัฒนาทฤษฎีเกี่ยวกับหลักประกันเสมือนเป็นก้าวย่างไปอย่างรวดเร็วของกฎหมายทรัพย์สิน หลังจากที้ออกกฎหมายการจำนำ (Vif-Gage) แล้ว การจำนอง (The Mort-Gage) ก็ถูกพัฒนามาเสมือนเป็นวิธีก่อหลักประกันเหนือที่ดินเป็นครั้งแรก โดยในสัญญาจำนอง ผู้กู้จะโอนสิทธิทุกอย่างและกรรมสิทธิ์ที่เขามีเหนือทรัพย์สินนั้นให้กับผู้กู้ โดยผู้ให้กู้สัญญาว่าจะคืนทรัพย์สินนั้นให้เมื่อลูกหนี้ชำระครบแล้ว ซึ่งมีลักษณะเหมือนการ Fiducia Cum Creditore ในโรมัน ซึ่งผู้จำนองจะไม่มีสิทธิใด ๆ ในที่ดินที่โอนไป ลูกหนี้มีเพียงบุคคลสิทธิที่จะเรียกให้ผู้รับจำนองคืนทรัพย์สินให้เท่านั้น ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิที่จะเก็บทรัพย์สินนั้นไว้ โดยไม่ต้องคืนให้ลูกหนี้

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

¹³ Yoram keinan, The evolution of secured transactions. [Online]. Available from: <http://www.worldbank.org/war/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf> [2001, September 15]

ในยุคนี้ วิวัฒนาการของการจำนองจะเป็นไปใน 2 รูปแบบ คือ ประการแรก Courts of Equity ได้พัฒนากฎหมายเกี่ยวกับหลักประกัน โดยให้ผู้จำนองเริ่มมีสิทธิที่จะได้ทรัพย์สินที่จำนองคืนได้ ทำให้ผู้รับจำนองไม่สามารถขายทรัพย์สินนั้นได้ โดยปราศจากคำสั่งให้บังคับจำนองได้ ประการที่ 2 คือ เกิดแนวคิดที่ว่า เจ้าหนี้ต้องบังคับจำนองโดยผ่านกระบวนการทางศาล

นอกจากนี้ การก่อภาระติดพัน (The Charge, Hypotheca) ยังไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่ดินของประเทศอังกฤษ และการจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Antichresis) ก็พบเห็นได้น้อย เนื่องจากถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์แล้ว ผู้ให้กู้มักจะใช้วิธีการจำนำมากกว่า ซึ่งเหมือนกับ Civil Law¹⁴ อย่างไรก็ตาม การใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้มาจำนำเพื่อเป็นหลักประกันก็ยังมีข้อจำกัด เพราะการจำนำจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่เจ้าหนี้อย่างน้อยไว้ในความครอบครอง แต่ลูกหนี้ส่วนใหญ่ไม่อยู่ในสถานะที่จะส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้ได้ เนื่องจาก ตามปกติแล้ว ลูกหนี้ต้องการนำเงินที่ได้รับจากการให้สินเชื่อขึ้นมาใช้เพื่อซื้อสินค้า หรือใช้ในการดำเนินงานของธุรกิจ สินเชื่อเช่นนี้จะไม่ได้ก่อประโยชน์ใด ๆ แก่ลูกหนี้เลยหากลูกหนี้ต้องมอบสินค้า หรือธุรกิจให้เจ้าหนี้ครอบครองไว้ เพราะว่าลูกหนี้จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นในการดำเนินงานทางธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งกำไร อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าลูกหนี้มีความจำเป็นต้องครอบครองทรัพย์สินบางอย่างไว้ก็ตาม โดยทั่วไปแล้วประเทศทางยุโรปที่ใช้ระบบ Civil Law ก็ยึดถือตามหลักกฎหมายโรมันที่บังคับให้เจ้าหนี้ต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนำอยู่ดี ซึ่งรวบรวมอยู่ใน Article 2076 ของ Napoleonic Civil Code 1804 ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เจ้าหนี้จะยังคงมีสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันในทรัพย์สินที่จำนำตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของเจ้าหนี้หรือของบุคคลที่สาม ที่ตกลงกันโดยสัญญา วิธีการนี้จึงทำให้เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ทราบว่า ทรัพย์สินนั้นได้มีการนำไปเป็นประกันหนี้ของเจ้าหนี้อื่นแล้ว ซึ่งหลักการนี้ยังคงมีผลจนกระทั่งถึงปัจจุบัน นอกจากนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษซึ่งเป็นระบบ Common Law ก็ยึดถือหลักนี้เช่นกัน โดยถือว่าการจำนำที่เจ้าหนี้ยังคงให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนำนั้นเป็นการฉ้อฉล (Fraud) เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ ทั้งนี้คดีที่เป็นที่รู้จักกันดี คือ คดี Twyne's Case ในคำพิพากษาที่ 1601 ที่อนุญาตให้เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ร้องขอให้การจำนำที่เจ้าหนี้จำนำยังคงอนุญาตให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนำนั้นเป็นโมฆะ โดยถือเป็นการทำให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบเนื่องจากไม่ทราบว่าทรัพย์สินนั้นมีการนำไปเป็น

¹⁴ Roderick A. Macdonald, *History and theory of secured transactions*. [Online]. Available from: http://www.law.mcgill.ca/academics/coursenotes/macdonald/secured_transactions/frame/course%20topics/topic%204.htm [2001, September 10]

หลักประกันแล้ว ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้จำนำที่ยอมให้ลูกหนี้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่จะต้องสูญเสียสิทธิประโยชน์ที่หลักประกันในทรัพย์สินนั้น นั่นคือ ไม่ได้ว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันนั่นเอง

แต่การลงทะเบียนเจ้าหนี้ที่ปกปิดสิทธิยึดหน่วงของตนในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ("Secret" Lien) ในลักษณะนี้จะไม่ใช่บังคับ ในกรณีที่ผู้ขนส่งหรือโกดังสินค้าเป็นผู้ครอบครองสินค้านั้นไว้แทนลูกหนี้ ในกรณีนี้ Common Law ยอมรับเอกสารสิทธิ* ว่าสามารถใช้ได้ไม่เพียงแต่ควบคุมการเข้า-ออกของสินค้าเท่านั้น แต่ยังให้เจ้าหนี้มีสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันในสินค้านั้นด้วย นอกจากนี้ การลงทะเบียนที่เจ้าหนี้ไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะไม่ใช่บังคับกับการนำที่ดินมาเป็นประกัน เช่น จำนอง เพราะว่าแม้ทรัพย์สินจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ก็สามารถตรวจสอบบันทึกทางทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินนั้นได้

จนกระทั่งในศตวรรษที่ 19 ความจำเป็นในการได้รับสินเชื่อของผู้ประกอบการในยุคนั้นทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทนข้อจำกัดในการใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อเป็นประกันในระบบ Common Law ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการต้องการสินเชื่อเพื่อนำไปซื้อสินค้า ซึ่งโดยปกติจะเป็นวัตถุดิบ และนำสินค้าหรือวัตถุดิบนั้นมาผ่านกระบวนการผลิตเป็นผลิตภัณฑ์สำเร็จรูปและยังคงเก็บรักษาสินค้านั้นไว้เพื่อที่จะขายให้แก่ลูกค้าของตน ดังนั้น เพื่อเป็นการตอบสนองการขายสินเชื่อให้แก่ผู้ขายสินค้านี้ เจ้าหนี้จะยอมรับสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันในสินค้า เครื่องจักร ทรัพย์สินหรือสิ่งของที่ลูกหนี้เสนอมา แต่เพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หนายความในยุคนั้นจึงได้ร่างเอกสารที่มีชื่อว่า Chattel Mortgage** ซึ่งเป็นสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขหรือ Trust Receipts*** ที่อนุญาตให้เจ้าหนี้ยึดหรือขายทรัพย์สินนั้นได้ ถ้าลูกหนี้ผิดนัด นั่นคือ ทรัพย์สินหรือสินค้าที่ใช้เป็นหลักประกันจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้ใช้สอยประโยชน์ได้ ซึ่งบางครั้งศาลจะบังคับสัญญานี้ให้ โดยให้เจ้าหนี้มีประกันมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินที่จำนำเหนือเจ้า

* เช่น ใบตราส่งสินค้าหรือใบประทวนสินค้า เป็นต้น

** หมายถึง การก่อให้เกิดสิทธิยึดหน่วงเหนือสิ่งหาริมทรัพย์ที่จำนอง

ธง วิทย์วัฒน์, พจนานุกรม ศัพท์ และสำนวนกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537), หน้า 56.

*** หมายถึงตราสารที่แสดงว่าธนาคารผู้ให้กู้ได้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้นำเข้าเพื่อยึดไว้แทนตน จนกว่าผู้นำเข้าจะใช้เงินแก่ธนาคารจนครบถ้วนแล้ว

เรื่องเดียวกัน, หน้า 335.

หนี้อื่นของลูกหนี้ แต่บางครั้งศาลก็ไม่รับบังคับให้ ดังนั้นเพื่อให้สัญญาามีผลใช้บังคับแน่นอน เมื่อ
 หนี้ความของเจ้าหนี้มีโอกาสเข้าไปเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติ จึงได้ออกกฎหมายให้สัญญา
 Chattel Mortgage* สัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไข และสัญญาต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ที่มี
 ประกันในสังหาริมทรัพย์โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้มีผลบังคับใช้ได้ภายใต้ Bill of
 Sale and Chattel Mortgage Acts โดยจะมีระบบการบันทึกที่เป็นศูนย์กลาง (A Centralized
 Recording System) ทำให้ทั้งเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้และผู้ที่จะซื้อสินค้าจากลูกหนี้ ได้รู้ถึงสิทธิ
 ประโยชน์ที่มีหลักประกันในทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ บันทึกเหล่านี้จึงทำให้ความไม่ชัดเจนในเรื่อง
 การฉ้อฉลของลูกหนี้หมดไป และยังส่งผลให้เจ้าหนี้มีประกันยังคงมีเริ่มสิทธิในทรัพย์สินนั้นเหนือ
 เจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้และผู้ซื้อสินค้าจากลูกหนี้ สัญญาเหล่านี้จึงได้รับความนิยมมาก เนื่องจากสม
 ประโยชน์ทั้งฝ่ายเจ้าหนี้ (ได้รับหลักประกัน) และฝ่ายลูกหนี้ (ได้รับเงินทุน)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับ Chattel Mortgage ก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด
 โดยคำนึงถึงปัญหาที่ยุงยากในการบังคับ Floating Lien เนื่องจากสินค้าที่อยู่ในความครอบครอง
 ของลูกหนี้มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ยิ่งไปกว่านั้น ลูกหนี้จะใช้เครื่องมือ เครื่องจักร และอุปกรณ์
 อื่น ๆ (ซึ่งมีทั้งสิ่งของที่ใช้แล้วหมดไปหรือเสียไปและการนำสิ่งของใหม่มาแทนที่ด้วย) เพื่อเปลี่ยน
 วัตถุเดิมเหล่านี้ให้เป็นผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป ดังนั้น สินค้าซึ่งลูกหนี้เก็บไว้จนกระทั่งขายไปจะถูก
 แทนที่ด้วยผลิตภัณฑ์ใหม่สำเร็จรูปที่ผลิตขึ้นมาใหม่อย่างนี้เรื่อยไป จึงก่อให้เกิดปัญหาในระบบ
 Common Law ซึ่งมีแนวคิดว่ายึดติดหนองของเจ้าหนี้ (Creditor's Lien) จะยึดติดกับทรัพย์สินโดย
 เฉพาะเจาะจง ถ้าเป็นเช่นนั้น การเปลี่ยนสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะทำให้สิทธิ
 ประโยชน์ที่มีหลักประกันของเจ้าหนี้หายไป ดังนั้น ลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าจะไม่สามารถเสนอหลัก
 ประกันที่เพียงพอได้ เนื่องจากสินค้านั้นจะมีการเปลี่ยนแปลงไปทุกวัน หนี้ความในยุคนั้นจึงแก้
 ปัญหานี้โดยการสร้าง Floating Lien ซึ่งจะติดตามทรัพย์สินของลูกหนี้ไปในกระบวนการเปลี่ยน
 สภาพทุกขั้นตอน ยิ่งไปกว่านั้น นอกจาก Floating Lien จะใช้กับทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาหลังจาก
 ก่อสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันของเจ้าหนี้แล้ว ยังใช้เพื่อดำเนินการจากการขายทรัพย์สินที่เป็น

* ในประเทศอังกฤษนั้น Chattel Mortgage ได้มีขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยมีวิธีการที่ซับซ้อนกว่า แต่ยังคง
 อยู่บนหลักการของ Common Law คือพัฒนามาจากคำพิพากษาคดีของศาล ส่วนประเทศ Common Law
 อื่นๆ เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย ที่ยอมรับ Chattel Mortgage เมื่อประเทศเหล่านั้นรับเอากฎหมายของอังกฤษไป
 ใช้

หลักประกันด้วย โดย Floating Lien นี้ ได้รับการรับรองโดย Uniform Trust Receipts Act ภายใต้ชื่อว่า Trust Receipt¹⁵ เนื่องจากความหลากหลายของกฎหมายหลักประกัน ราว ๆ กลางศตวรรษที่ 20 ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้รวบรวมกฎหมายหลักประกันทั้งหลายให้อยู่ในรูปแบบเดียวกัน ภายใต้ Article 9 ของ Uniform Commercial Code

นอกจากนี้การปรับปรุงกฎหมายหลักประกันในกลุ่มประเทศ Common Law ที่เด่นที่สุดในอังกฤษคือการปรับปรุงกฎหมายเพื่อตอบสนองการปฏิวัติอุตสาหกรรม (ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19) ซึ่งเกิดจากความจำเป็นของผู้ประกอบการในการนำหุ้นกู้ (Bonds) มาเป็นหลักประกันเพื่อขอสินเชื่อในการลงทุน สิ่งนี้จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่นำมาสู่การก่อหลักประกันประเภทหนึ่ง ที่มีชื่อว่า Floating Charge *

¹⁵ Edward A. Tomlinson, "Security for a commercial loan: historical & international perspectives," 23 *The Maryland Journal of International Law & Trade* 77 (Spring/Summer 1999): 87-90.

* Jacob S. Ziegel, "Canadian perspective on chattel security law reform in the United State Kingdom," 54 *Cambridge Law Review* 430, cited in Yoram Keinan, *The evolution of secured transactions*, [Online]. Available from: <http://www.worldbank.org/war/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf> [2001, September 15]

คือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะมี Uniform Commercial Code ได้ยอมรับสิทธิประโยชน์ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังก่อหลักประกัน (A Security Interest in After-Acquired Property) ภายใต้ article 9 แห่ง Uniform Commercial Code นี้ เจ้าหนี้มีประกันจึงสามารถมีสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน ซึ่งมีอยู่เหนือ ("Floats") ทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งปัจจุบันและอนาคตได้ ซึ่งอังกฤษ ออสเตรเลีย แคนาดา ก็ได้ยอมรับวิธีการนี้ในศตวรรษที่ 19 เช่นกัน

ส่วน Floating Charge ในอังกฤษมีความสำคัญโดยถูกใช้เพื่อเป็นประกันหนี้ในการออกหุ้นกู้ (Bonds) ซึ่งวิธีการนี้ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการออกหุ้นกู้ได้เป็นอย่างมาก Floating Charge จะชักจูงให้ผู้ถือหุ้นกู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัทมากขึ้น ซึ่งที่จริงแล้วผู้ถือหุ้นกู้ (Bondholders) จะกลายเป็นผู้ร่วมลงทุนในกิจการร่วมค้า (Joint ventures) นั่นเอง

Robert E. Scott, "The truth about secured financing," 82 *Cornell Law Review* 6 (September 1997): 1455-1456.

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าวิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันของ Common Law จากอดีตถึงปัจจุบัน นอกจากจะมีความจำเป็นต้องยอมรับการจำนำสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้ยังคงครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ หรือ Chattel Mortgage แล้วประเทศที่เป็นระบบ Common Law ยังยอมรับ Floating Charge* ซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันที่อยู่เหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ทั้งในปัจจุบันและอนาคต รวมทั้งธุรกรรมที่ก่อภาระผูกพัน (Charge) ในรูปแบบต่าง ๆ จึงเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมนั่นเอง

ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายหลักประกัน** ของ Civil Law และ Common Law จะมีที่มาจากกฎหมายโรมัน แต่เมื่อแต่ละประเทศนำไปใช้และนำไปปรับปรุงพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของตนเอง จึงทำให้กฎหมายหลักประกันของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ หรือในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายเดียวกันก็ตาม ก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่

2.2. วัตถุประสงค์ของการเรียกหลักประกัน

จากประวัติศาสตร์ที่ยาวนานของกฎหมายหลักประกันแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของธุรกรรมสินเชื่อที่มีการให้ประกัน ซึ่งเกิดขึ้นมานานแล้วตั้งแต่สังคมในอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้ว รากฐานสำคัญของสินเชื่อ ก็คือ ธุรกรรมหรือสินเชื่อที่มีประกัน ทั้งนี้ เนื่องจากในการดำเนินธุรกิจนั้น หากผู้ประกอบการมีเงินทุนไม่เพียงพอในการดำเนินธุรกิจ จะก่อให้เกิด

* ปัจจุบัน Floating Charge ยังไม่เป็นที่ยอมรับในประเทศที่เป็นระบบ Civil Law แม้ว่าจะมีบางประเทศ เช่น ญี่ปุ่น รับเอาไปใช้แล้วก็ตาม ในส่วนของประเทศไทย ก็ได้มีความพยายามที่จะนำแนวคิดเรื่อง Floating Charge มาใช้ โดยปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจฉบับใหม่

** ปัจจุบันมีหลายหน่วยงานให้ความสนใจในการปรับปรุงกฎหมายหลักประกัน เพื่อส่งเสริมให้หลักประกันได้ทำหน้าที่ตรงตามวัตถุประสงค์ และตอบสนองความต้องการทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริง โดยสามารถค้นคว้าเพิ่มเติมจาก Website ที่น่าสนใจได้ที่

Asian Development Bank, Law and Policy Reform at the ADB, Vol.II, 2000 Edition, [Online]. Available from: http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000_2.asp?p=lawdevt [2001, September 16], European Bank for Reconstruction and Development, Secured transactions project. [Online]. Available from: http://www.ebrd.com/english/region/legion/legtran/st_core.htm [2001, September 18]

ความเสียหายไม่เพียงแต่ธุรกิจของตนเองเท่านั้น แต่ยังมีผลเสียต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศอีกด้วย ผู้ประกอบการจึงต้องขอขวญหาเงินทุนจากแหล่งให้สินเชื่อ เช่น สถาบันการเงินต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งผู้ให้สินเชื่อจะให้สินเชื่อหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าเขาได้รับสิ่งใดเป็นประกันการชำระหนี้¹⁶ เพราะการให้สินเชื่อมีความเสี่ยงเนื่องจาก¹⁷

1. เจ้าหนี้ไม่ทราบสถานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกค้า การจะตัดสินใจให้สินเชื่อหรือไม่ขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของลูกค้าว่าจะสามารถชำระหนี้คืนได้หรือไม่ และลูกหนี้จะนำเงินนั้นไปใช้ตรงตามที่ระบุไว้ในสัญญาหรือไม่ เจ้าหนี้จึงมีความเสี่ยง เพราะลูกหนี้อาจไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือหลบหนีไปในที่สุด

2. การคิดดอกเบี้ยในอัตราสูงไม่สามารถทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้ต้องแบกรับ ความเสี่ยงที่อยู่ในระดับสูงได้อย่างสมบูรณ์ เพราะลูกหนี้ที่ยอมจ่ายดอกเบี้ยในอัตราที่สูง มักมีแนวโน้มว่าจะนำเงินไปดำเนินธุรกิจที่เสี่ยงภัยสูง หรือถ้าเลวร้ายกว่านั้นคือ ลูกหนี้มีเจตนาที่จะไม่ชำระหนี้เลย สิ่งเหล่านี้ทำให้เจ้าหนี้จำเป็นต้องจำกัดปริมาณสินเชื่อที่ให้แก่ลูกหนี้

จากปัญหาต่าง ๆ ในการปล่อยสินเชื่อของเจ้าหนี้ที่กล่าวมานี้ เจ้าหนี้จึงมักปล่อยสินเชื่อและมีการเรียกหลักประกัน โดยมีหลักการและเหตุผลในการเรียกหลักประกัน ดังต่อไปนี้ คือ¹⁸

1. เพื่อคุ้มครองรักษาสีทธิของเจ้าหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้ล้มล้มพันตัว ไม่สามารถจะชำระหนี้ได้

¹⁶R. Goode, J. Westbrook, et al., *Building effective insolvency systems: Debtor-creditor regimes*. [Online]. Available from: <http://www4.worldbank.org/legal2insolvencvini/WG10-paper.htm> [2001, September 19]

¹⁷Asian Development Bank, *Law and policy reform at the ADB vol.II*. 2000 Edition, [Online]. Available from: http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000.asp?p=lawdevt [2001, September 16]

¹⁸ Philip R. Wood, *Comparative law of security and guarantees* (London: Sweet & Maxwell, 1995), p 3.

2. เพื่อป้องกันการเกิดภาวะการล้มละลายต่อเนื่องเป็นลูกโซ่ (Domino Insolvencies) อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจได้
3. ระบบกฎหมายที่อำนวยความสะดวกให้หลักประกันที่ดีจะส่งเสริมให้มีการลงทุนมากขึ้น
4. การที่เจ้าหนี้ให้เงินกู้โดยได้รับหลักประกันที่ดีตอบแทนจะทำให้ต้นทุนของเงินกู้ถูกลง กล่าวคือ เงินกู้ที่มีหลักประกันมั่นคงมีภาระความเสี่ยงน้อย ก็ย่อมมีอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าเงินกู้ที่ปราศจากหลักประกันซึ่งมีภาระความเสี่ยงที่สูงกว่า
5. เจ้าหนี้ผู้ให้เงินกู้นับสนุนการซื้อทรัพย์สินใด ควรจะมีสิทธิได้เบี่ยงพิเศษเหนือทรัพย์สินดังกล่าวที่ใช้เงินกู้ของเจ้าหนี้นั้นซื้อมา
6. การมีหลักประกันที่มั่นคงจะช่วยให้มีการตัดสินใจ ทำการเข้าช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ง่ายขึ้นในยามที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน เพราะเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันจะรู้สึกมั่นใจมากกว่า*
7. หลักประกันเป็นการคุ้มครองการลงทุนในเชิงป้องกันตัว (Defensive Control) ในหลาย ๆ กรณี
8. หลักประกันเป็นปัจจัยที่แตกต่างกับสินเชื่อที่เหมาะสม โดยเจ้าหนี้สามารถกำหนดจำนวนปริมาณหนี้ให้สอดคล้องกับมูลค่าหลักประกันเพื่อลดความเสี่ยงได้

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การประกันนอกจากจะมีประโยชน์ต่อลูกหนี้ในแง่ที่ทำให้ลูกหนี้ได้รับสินเชื่อง่ายขึ้น ในปริมาณที่มากขึ้น ด้วยอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำลง อันทำให้มีเงินทุนหมุนเวียนก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศแล้ว ยังเกิดประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ก่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะได้รับชำระหนี้มากขึ้น ทั้งยังเป็นการคุ้มครองสาธารณชนทั่วไปในแง่ที่ว่า หากลูกหนี้ได้นำทรัพย์สินของตนไปเป็นหลักประกันหนี้ จนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะนำไปขอสินเชื่อกับเจ้าหนี้รายหลังได้ เจ้าหนี้รายหลังก็จะได้ทราบสถานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้ได้ เพื่อช่วยในการตัดสินใจว่าจะปล่อยสินเชื่อให้หรือไม่เป็นจำนวนเท่าใด และจะคิดค่าตอบแทนเป็นประการใด เพื่อคุ้มค้ำกับความเสียหายของตน เพราะสุดท้ายเจ้าหนี้ก็อาจไม่ได้รับชำระหนี้ หรือได้

* ซึ่งแนวโน้มในระดับสากลนั้น มุ่งส่งเสริมสินเชื่อที่มีหลักประกัน แม้บางครั้งการคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันจะทำได้ไม่เต็มที่ในกรณีที่สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันถูกกระทบในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็ตาม

Philip R. Wood, *Principles of international insolvency* (London: Sweet & Maxwell, 1995), p.

รับชำระไม่ครบถ้วน การปล่อยสินเชื่อโดยให้ลูกหนี้หาหลักประกันมาให้จึงเป็นการคุ้มครองตนเอง เพื่อที่จะลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับตนเอง ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้ทั้งหลายจึงพยายามชวนชววยเพื่อที่จะทำให้ตนอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน

2.3 ความหมาย ประเภท และลักษณะทั่วไปของเจ้าหนี้มีประกัน

ก. ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

คำว่า "เจ้าหนี้มีประกัน" เป็นคำรวมที่มีความหมายกว้าง ใช้เรียกเจ้าหนี้ประเภทต่าง ๆ เช่น เจ้าหนี้จำนำ เจ้าหนี้จำนอง ว่าต่างก็เป็นเจ้าหนี้มีประกัน แม้ในกฎหมายต่างประเทศเอง ส่วนใหญ่ก็ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหนี้มีประกันหมายความว่าอย่างไร แต่จะบัญญัติไว้ว่า ถ้าเป็นเจ้าหนี้ประเภทนี้กฎหมายถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน นอกจากนี้ เจ้าหนี้ที่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายในประเทศหนึ่ง อาจไม่ถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ซึ่งอาจเกิดจากความเหมาะสมทางนโยบายของรัฐ สภาพสังคมและเศรษฐกิจที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ การจะศึกษาความหมายของคำว่า "เจ้าหนี้มีประกัน" จึงอาจจะศึกษาถึงความหมายที่ท่านผู้ทรงคุณวุฒิได้อธิบายไว้ ดังนี้

Black's Law Dictionary ให้ความหมายของคำว่า "เจ้าหนี้มีประกัน" ไว้ว่า เจ้าหนี้มีประกัน คือเจ้าหนี้ผู้ซึ่งมีหลักประกันการชำระหนี้เป็นพิเศษ เช่น จำนอง หลักประกัน หรือสิทธิยึดหน่วง*

* Secured Creditor = A creditor who holds some special pecuniary assurance of payment of his debt, such as a mortgage, collateral, or lien.

Henry Campbell Black, Black's law dictionary. 6th ed. (St. Paul: West Publishing, 1990), p. 1354.

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ก็ได้ให้ความหมายของคำว่า ประกัน ไว้ดังนี้ว่า ประกัน คือ (กฎหมาย) รับรองว่าจะรับผิดชอบหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา, (คำนาม) หลักทรัพย์ที่ให้ไว้เป็นเครื่องรับรอง¹⁹

รายงานผลการวิจัยเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายหลักประกันของธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank) ได้อธิบายไว้ว่า สินเชื่อที่มีประกัน คือ การที่ให้เจ้าหนี้และผู้ขายสินเชื่อมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งปกติจะเป็นของลูกหนี้ หากไม่มีการปฏิบัติการชำระหนี้²⁰

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน อธิบายว่า "ประกัน (Security ; Securite ; Sicherung) หมายความว่า การนำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง มาเป็นหลักประกันสัญญาว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างแน่นอน²¹

ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์กัลยา ด้านวิวัฒน์ อธิบายว่า "ประกันแห่งนี้" หมายความว่า การรับรองต่อเจ้าหนี้ว่าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากบุคคลตามสัญญาค้ำประกันหรือจากทรัพย์สินตามสัญญาจำนอง จำน่า หรือจากทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องบุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วง²²

¹⁹ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอักษรเจริญทัศน์ อจท. จำกัด, 2539), หน้า 499.

²⁰ Asian Development Bank, Law and policy reform at the ADB vol.II. 2000 Edition, [Online]. Available from: http://www.adb.org/Documents/Others/Law_ADB/lpr_2000.asp?p=lawdevt [2001, September 16]

²¹ ศ.ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน) จำกัด, 2540), หน้า 9.

²² ศ.กัลยา ด้านวิวัฒน์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง บุริมสิทธิ (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์อักษรกิจ, 2527), หน้า 1.

เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายหรือการให้ความหมายเกี่ยวกับการประกันหรือเจ้าหนี้มีประกันข้างต้นแล้ว สามารถอธิบายได้ว่า เจ้าหนี้มีประกันคือ เจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินเฉพาะอย่างหรือบุคคลคนอื่นนอกจากผู้เป็นลูกหนี้เข้ามาประกันว่าลูกหนี้จะปฏิบัติตามชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้มีประกันนั้นสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่นำมาประกันหรือเรียกร้องจากบุคคลที่ยอมตนเข้ามาประกันให้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ได้ นั่นคือเจ้าหนี้มีประกันจะมีทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นเข้ามาเป็นเครื่องรับรองหรือรับประกันการปฏิบัติตามชำระหนี้ของลูกหนี้อีกชั้นหนึ่งนั่นเอง

ข. ประเภทและลักษณะทั่วไปของเจ้าหนี้มีประกัน

จากความหมายของเจ้าหนี้มีประกันทำให้ทราบว่าคุณหมายบัญญัติวิธีการประกันไว้หลายวิธี แต่สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ²³ คือ

การประกันด้วยบุคคล ซึ่งหมายถึง การมีบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้แทน ซึ่งเรียกว่า คำประกัน²⁴

ส่วนการประกันด้วยทรัพย์สิน คือ การที่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันนั้นจะเข้ามาแย่งขอแบ่งชำระหนี้ด้วยไม่ได้ ทรัพย์สินที่เอามาเป็นประกันบางอย่างยังอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ แต่เอามาทำสัญญาว่าเป็นประกันชำระหนี้ วิธีนี้เรียกว่าจำนอง²⁵ หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เลย โดยสัญญาให้เอาเป็นประกันชำระหนี้วิธีนี้เรียกว่าจำนำ²⁶

²³ พจนี ปุษาปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2533), หน้า 3.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 – 701.

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 – 746.

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 – 769.

นอกจากการประกันโดยเอาทรัพย์สินมาทำสัญญาประกันการชำระหนี้ กฎหมายยังบัญญัติให้เจ้าหนี้ในมูลหนี้บางอย่างมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้บางชนิดได้ก่อนกันและก่อนเจ้าหนี้ธรรมดาเรียกว่าบุริมสิทธิ²⁷

อีกวิธีหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหนี้ยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้บางอย่าง จนกว่าจะรับชำระหนี้ สิทธิดังกล่าวนี้เรียกว่า สิทธิยึดหน่วง*

ทั้งบุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงนั้นมีผลตามกฎหมายคล้ายกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน แต่มีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ทั้งบุริมสิทธิและสิทธิยึดหน่วงไม่ใช่การประกันหนี้²⁸ โดยให้เหตุผลว่าการเอาทรัพย์สินเป็นประกันต้องบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินนั้นได้คือ เอาทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ จึงจะมีความหมายว่าเป็นประกัน แต่สิทธิยึดหน่วงเจ้าหนี้จะเอาทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ไปขายชำระหนี้ไม่ได้ ได้แต่ยึดไว้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ บุริมสิทธิก็เหมือนกันเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิมีแต่เพียงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้คนอื่น แต่ก็เอาทรัพย์สินของลูกหนี้ไปขายชำระหนี้ไม่ได้

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 251 – 289.

* เรื่องเกี่ยวกับสิทธิยึดหน่วงทั่วไป อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 241 – 250 นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิยึดหน่วงเฉพาะเรื่องอีก เช่น สิทธิของผู้ขายที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้จนกว่าจะได้รับชำระราคา (มาตรา 468) สิทธิของผู้ขนส่งและนายคลังสินค้ามีสิทธิยึดสินค้าไว้เป็นประกันการชำระหนี้ (มาตรา 630, 772) สิทธิของผู้รับฝากทรัพย์สินที่จะยึดทรัพย์สินที่ยึดหน่วงทรัพย์สินที่รับฝากไว้จนกว่าจะได้รับเงินที่ค้างชำระแก่ตนเกี่ยวกับการฝากนั้น (มาตรา 670) สิทธิของเจ้าสำนักโรงแรมที่จะยึดหน่วงเครื่องเดินทางหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของคนเดินทางหรือแขกอาศัยอันเอาไว้ในโรงแรมจนกว่าจะได้รับใช้เงินที่ค้างชำระแก่ตน (มาตรา 679) สิทธิของตัวแทน (มาตรา 819) สิทธิของผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จะยึดสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ของตน (มาตรา 452) เป็นต้น

²⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำน่า (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2516), หน้า 2. และกุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 114.

แต่นี้มีกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า บุริมสิทธิและสิทธิยึดเหนี่ยวเป็นประกันหนี้²⁹ โดยให้เหตุผลว่า เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยวมีสิทธิที่จะยึดเหนี่ยวทรัพย์สินนั้นไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ จึงจัดเป็นสิทธิอันเป็นประกันทำนองเดียวกับจำนอง จำนำ จึงถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง คือเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับหนี้ที่ลูกหนี้ไม่ชำระ เป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการบังคับชำระหนี้ ส่วนผู้ทรงบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น แม้ต้องฟ้องศาลแล้วยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้ก็ตาม จะเห็นได้ว่า แม้จำนองที่ถือว่าเป็นประกันการชำระหนี้ก็ต้องฟ้องศาลให้ใช้หนี้ แล้วบังคับคดียึดเอาทรัพย์สินที่จำนองขายทอดตลาดเอาเงินชำระหนี้ ฉะนั้น สิทธิยึดเหนี่ยวและบุริมสิทธิจึงถือว่ามีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ธรรมดา เป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจัดเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง และเป็นประกันแห่งหนี้ โดยผลของกฎหมายนอกเหนือไปจากการจำนองและจำนำที่เป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินข้างต้นแล้ว จะพบว่ามีความหมายแตกต่างกันหลายประการ แต่ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดของการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คือ สิทธิในการบังคับชำระหนี้ เพราะเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยบุคคลจะมีเพียงบุคคลสิทธิหรือสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ หรือผู้ค้ำประกันรับผิดชอบ แต่ในกรณีของเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน เจ้าหนี้มีทรัพย์สิน หรือสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยบุคคลสิทธิ (Personal Right หรือ Jus in personam) และทรัพย์สินสิทธิ (Real Right หรือ Jus in Rem) มีข้อแตกต่างกันโดยสังเขป³⁰ ดังนี้คือ

ก. ทรัพย์สินสิทธิมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง ชอบที่จะใช้สอย จำหน่าย ได้ดอกผลติดตามเอาทรัพย์สินคืน และขัดขวางมิให้ผู้ใดสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วย

²⁹ ดาวร โพร้ทอง, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 8., พจนี ปุษาปาคม, เรื่องเดียวกัน, หน้า 393., โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 292. และหน้า 315-316 และอุกฤษ มงคลนาวิน, สารานุกรมกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิยึดเหนี่ยว (กรุงเทพมหานคร: บริษัทอัมรินทร์ พรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด(มหาชน), 2539), หน้า 11.

³⁰ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีวีวีการพิมพ์, 2544), หน้า 67-71.

กฎหมาย เช่น ผู้รับจ้างย้อมมีสิทธิบังคับจ้างของเขาจากตัวทรัพย์สินที่จ้างย้อมได้เสมอ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะตกไปอยู่ที่ใด

บุคคลสิทธิ มีวัตถุประสงค์สิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ เช่น สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะบังคับให้ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันกระทำการชำระหนี้

ข. ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น เช่น กรรมสิทธิ์ และสิทธิอื่น ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 สิทธิยัดห่วง บุริมสิทธิ จ้างนองและจำนำ

บุคคลสิทธิ ย่อมเกิดขึ้นโดยนิติกรรม เช่น ทำสัญญาค้ำประกันหนี้ หรือเกิดโดยนิติเหตุ เช่น เมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น ผู้ถูกละเมิดย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้

ค. ทรัพย์สิน ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปที่จะต้องงดเว้นไม่ขัดขวางต่อการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน เช่น จ้างนองจะตกติดไปกับทรัพย์สินเสมอ ไม่ว่าผู้ใดได้ทรัพย์สินภายใต้ทรัพย์สินเหล่านี้ก็ต้องยอมรับรู้ทรัพย์สินเหล่านี้ จะขัดขวางหรือมิยอมให้ผู้ทรงทรัพย์สินใช้สอยหรือบังคับสินหนี้ค้นหาได้ไม่

บุคคลสิทธิ ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น กล่าวคือ คู่สัญญา ทายาท หรือผู้สืบสิทธิของคู่สัญญาเท่านั้นที่มีหน้าที่กระทำหรืองดเว้นการกระทำตามสัญญา

ง. ทรัพย์สิน มีลักษณะคงทนถาวรและไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ เช่น จ้างนอง ย่อมตกติดไปกับทรัพย์สินที่จ้างย้อม

บุคคลสิทธิมีลักษณะไม่ถาวร และย่อมสิ้นไป ถ้ามิได้ใช้สิทธินี้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ สิทธิเรียกร้องนั้นเป็นอันตรายอายุความ เช่น สัญญาค้ำประกัน ถ้าเจ้าหนี้ไม่ฟ้องร้องภายใน 10 ปี ก็เป็นอันตรายอายุความ

เมื่อพิจารณาจากความแตกต่างของสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้การประกันด้วยบุคคลอาจจะสะดวกรับกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้ที่ยอมเลี้ยงที่จะเข้ามาค้ำประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ เพราะบุคคลที่เข้ามาทำการค้ำประกันอาจเป็นบุคคลที่ลูกหนี้รู้จักหรือมีผลประโยชน์ร่วมกันจึงยอมเข้ามาค้ำประกันลูกหนี้ให้ ซึ่งหากบุคคลที่เข้ามาค้ำประกันมีความน่าเชื่อถือเพียงพอของเจ้าหนี้หรือเจ้าหนี้เชื่อใน

ความสามารถของผู้ค้าประกันแล้ว การค้าประกันก็เกิดขึ้นได้ง่ายเพราะกฎหมายต้องการเพียงหลักฐานเป็นหนังสือเท่านั้น แต่ผู้เขียนเห็นว่าการประกันด้วยบุคคลไม่ค่อยมีความมั่นคงแน่นอนแก่เจ้าหนี้ เพราะเพียงทำให้เจ้าหนี้มีกองทรัพย์สินของผู้ค้าประกันมาเป็นประกันชำระหนี้เพิ่มเติมจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น แต่ก็ไม่ทราบว่าเป็นทรัพย์สินขึ้นใดเป็นการบังคับเอากับทรัพย์สินทั่วไป หากผู้ค้าประกันยอมชำระหนี้ก็จะไม่เกิดปัญหาใด ๆ แต่หากผู้ค้าประกันไม่ยอมชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะมีหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งสามารถฟ้องร้องผู้ค้าประกันได้ ก็ไม่แน่ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ เพราะผู้ค้าประกันอาจมีเจ้าหนี้หลายราย ซึ่งอาจมีทั้งเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยบุคคล หรือเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ การบังคับชำระหนี้เอาที่กองทรัพย์สินของผู้ค้าประกัน เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยบุคคลหรือเจ้าหนี้ค้าประกันนี้จะตกอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันทันที เพราะเจ้าหนี้มีประกันประเภทนี้จะมีเพียงบุคคลสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ ซึ่งการบังคับชำระหนี้อาจได้เพียงส่วนเฉลี่ย หรือหากไม่มีทรัพย์สินของผู้ค้าประกันเหลือก็อาจไม่ได้รับชำระหนี้ได้ ๆ เลย แต่เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินผู้มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น โดยเจ้าหนี้เชื่อในมูลค่าหรือราคาของทรัพย์สินนั้นที่จะนำมาขายเพื่อชำระหนี้ได้ และไม่ว่าทรัพย์สินที่เป็นประกันจะอยู่ ณ ที่ใด เจ้าหนี้ก็ยังคงติดตามบังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินนั้นได้ โดยมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้สามัญ ในทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คงด้วยเหตุนี้เองที่เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายไม่ว่าของไทยหรือในระดับสากล ซึ่งมีวัตถุประสงค์มุ่งชำระสะสางหนี้สินและทรัพย์สินของลูกหนี้ในคราวเดียวกัน โดยจะรวบรวมทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ แล้วนำมาแบ่งเฉลี่ยให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ ทั้งนี้เพื่อความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม จะหมายความว่าเฉพาะเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น* แม้ประเภทของการประกันด้วยทรัพย์สินจะมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศก็ตาม** เนื่องจากเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินเป็นผู้ที่มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สิน

* เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ ฉะนั้นเนื้อหาต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำว่า "เจ้าหนี้มีประกัน" จะหมายความว่า เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น

** ความแตกต่างของประเภทของการประกันด้วยทรัพย์สินในประเทศต่าง ๆ มักเกิดจากการพัฒนามาจากแนวความคิดดั้งเดิม เช่น ในอดีต ถือว่า การจะนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันกับเจ้าหนี้จะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นให้กับเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคืนให้แก่ลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้วเป็นต้น ซึ่งประวัติศาสตร์ของกฎหมายหลักประกันในกฎหมาย แต่ละระบบ โดยสังเขปในหัวข้อ 1.1 ฉะนั้น ประเภทของการประกันด้วยทรัพย์สินที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไปนี้ ผู้เขียนขอใช้คำศัพท์เป็นภาษาอังกฤษ เพื่อ

สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินได้โดยตรง ทรัพย์สินสามารถไต่ถามบุคคลได้ทั่วไป มีลักษณะคงทนถาวรไม่หมดสิ้นไปด้วยการไม่ใช้ และจะตกติดไปกับตัวทรัพย์สินที่เป็นประกันเสมอ แม้ลูกหนี้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัวจนต้องเข้าสู่ภาวะล้มละลายก็ตาม เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินก็ยังสามารถได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายล้มละลาย* เพราะไม่มีกฎหมายใดจะทำให้เจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินผู้มีทรัพย์สินสิทธิตามกฎหมายต้องได้รับความเสียหายหรือกระทบกระเทือนเกินสมควรได้ด้วยตัวอย่างของการประกันด้วยทรัพย์สินในประเทศต่าง ๆ เช่น, Mortgage**, Pledge***, Charge†, Hypothecation††, Lien†††, เป็นต้น

รูปแบบของการประกันด้วยทรัพย์สินนั้น บางประเภทต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เจ้าหนี้ เช่น จำน่า บางประเภทต้องจดทะเบียนการก่อหลักประกันให้สาธารณชนทั่วไปรับรู้ เช่น จำนอง นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้วหลักประกันมักจะเป็นทรัพย์สินที่ระบุไว้ชัดเจน

ป้องกันความสับสน เนื่องจากประเภทของการประกันด้วยทรัพย์สินบางประเภท แม้บางประเทศจะใช้คำๆ เดียวกันก็มีลักษณะของการประกันที่แตกต่างกัน

Philip R. Wood, *Comparative law of security and guarantees..* p. 4.

* กฎหมายล้มละลายมีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ นอกจากจะต้องพิจารณาตามหลักของกฎหมายล้มละลายแล้ว ยังต้องพิจารณาหลักพื้นฐานความแตกต่างระหว่างทรัพย์สินและบุคคลสิทธิ (Real and Personal Rights) และขอบเขตซึ่งสิทธิประโยชน์ที่เจ้าหนี้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ฉะนั้น การที่จะเข้าใจกฎหมายล้มละลายจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินและนี้รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายล้มละลายและกฎหมายเหล่านี้ด้วย

** คำว่า Mortgage ตามกฎหมายไทย หมายถึง จำนอง แต่ตามกฎหมายอังกฤษการประกันแบบ mortgage มีลักษณะเหมือนขายฝากตามกฎหมายไทย

*** หมายถึง จำน่า

† คำว่า Charge ส่วนใหญ่เป็นวิธีการก่อหลักประกันในแถบประเทศกลุ่ม Common Law แบ่งออกเป็น Fixed Charge และ Floating Charge ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.2.2

†† Hypothecation เป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นไม่ได้โอนส่งมอบ แต่ยังคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ การประกันประเภทนี้เป็นที่มาของการ จำนอง (Mortgage) ในปัจจุบัน

††† Lien หมายถึง สิทธิยึดหน่วง ซึ่งการก่อให้เกิดสิทธิยึดหน่วงในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน เช่น ตามกฎหมายไทย สิทธิยึดหน่วงเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากกฎหมาย แต่ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะมี Lien หลายประเภท ซึ่งอาจจะเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1.2

และไม่รวมถึงทรัพย์สินที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future Assets) หรือทรัพย์สินที่จะได้มาในภายหลัง (After – Acquired Assets) แต่เพื่อประโยชน์และส่งเสริมให้หลักประกันสามารถใช้ได้อย่างกว้างขวาง ในบางประเทศจึงได้มีการขยายความหลักประกันไปถึงทรัพย์สินที่จะมีขึ้นในอนาคตหรือทรัพย์สินที่จะได้มาในภายหลัง³¹ และนอกจากนี้ในแต่ละประเทศก็ยังให้การยอมรับในหลักประกันที่แตกต่างกัน โดยสังเกตได้จากกฎหมายของแต่ละประเทศที่มีบทบัญญัติและเนื้อหาในเรื่องการให้หลักประกันและการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ประเภทของการประกันและทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันจะแตกต่างกันไป แต่สิ่งสำคัญที่เจ้าหนี้มีประกันมุ่งประสงค์ก็คือ เจ้าหนี้มีประกันต้องการคุ้มครองรักษาสิทธิของตนเองโดยการมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ หรือเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ไม่ว่าจะในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และถูกฟ้องเป็นคดีแพ่งทั่วไป หรือในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้มีประกันก็มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ดังผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

2.4 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

2.4.1 ความแตกต่างระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีแพ่ง

เจ้าหนี้มีประกันมีความแตกต่างจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันในแง่ที่ว่าความรับผิดชอบในทางหนี้ของลูกหนี้ในอันที่จะต้องชำระหนี้ นั้นจะถูกเสริมด้วยการที่เจ้าหนี้มีทรัพย์สิน (A Right in Rem) เหนือทรัพย์สินบางอย่างของลูกหนี้³² กล่าวคือ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินนั้นได้ไม่ว่าจะด้วยการขายหรือเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิก็ตาม ดังนั้น เจ้าหนี้มีประกันจึงอยู่ในฐานะที่มั่นคงกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เพราะไม่เพียงแต่จะมีสิทธิฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เท่านั้น แต่ยังมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นประกันนั้นดังกล่าวอยู่ด้วย

³¹ Philip R. Wood, *Comparative law of security and guarantees*. p. 5.

³² Brian A. Blum, *Bankruptcy and debtor creditor*. 2nd ed. (New York: Aspen Publishers, Inc., 1999), p.7.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันจะมีสิทธิในการบังคับชำระหนี้
 เอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอทำการเปรียบเทียบถึงความแตกต่างของเจ้า
 หนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันว่ามีลักษณะและสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่าง
 ต่างกันประการใด ในกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย ทั้งเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกัน
 โดยมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ ดังนี้คือ

ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องฟ้องศาลบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ เมื่อศาลมีคำ
 พิพากษา หรือคำสั่งแล้ว หากผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามคำ
 พิพากษาหรือคำสั่ง เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาชอบที่จะขอให้ศาลออกหมายบังคับคดียึดหรืออายัด
 ทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาด เพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาต่อไป

ข้อพิจารณาจึงมีว่า เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานั้นมีสิทธิจะบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สิน
 ของลูกหนี้ได้เพียงใด

หลักทั่วไปในเรื่องนี้ คือ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214
 ซึ่งบัญญัติว่า "ภายในบังคับแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิจะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของ
 ลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกต้องชำระแก่ลูกหนี้ด้วย"

กล่าวคือ บรรดาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ย่อมเป็นประกันในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่
 หลักประกันของเจ้าหนี้ตามมาตรา 214 นั้น ไม่มีความมั่นคง เพราะลูกหนี้ในฐานะเจ้าของทรัพย์
 สิ้น ย่อมมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอน หรือก่อให้เกิดภาระติดพันในทรัพย์สินของตนได้³³ หรือทำการยก
 ย้ายถ่ายเททรัพย์สินเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ผลที่สุดอาจไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้เหลือ
 เลย แม้กฎหมายจะมีมาตรการบางอย่างเพื่อควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น ให้สิทธิเจ้าหนี้
 ฟ้องร้องเพิกถอนการฉ้อฉล³⁴ เป็นต้น ก็ตาม ดังนั้น ทรัพย์สินอันเป็นประกันการชำระหนี้ตามมาตรา
 นี้ จึงเป็นหลักประกันอันเลื่อนลอย³⁵ เพราะเจ้าหนี้ทุกคนของลูกหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้

³³ กุศล บุญยืน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 53-54.

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237-240.

³⁵ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบ
 บริบูรณ์) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 324.

จากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเท่าเทียมกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า ถ้าทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ ผลจะเป็นประการใด เจ้าหนี้รายใดมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลัง และเจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับชำระหนี้เป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งหากได้รับชำระหนี้ไม่ครบตามสิทธิของตนผลจะเป็นประการใด ในกรณีนี้กฎหมายบัญญัติหลักไว้ว่า เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคดีหนึ่งได้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อที่จะนำมาขายทอดตลาดเอาเงินใช้หนี้นั้น ถ้าปรากฏว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีทรัพย์สินอื่นที่จะให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นยึดหรืออายัดเพื่อนำมาขายทอดตลาดชำระหนี้ หรือมีทรัพย์สินอื่นที่ยังไม่ได้ถูกยึดหรืออายัด แต่ทรัพย์สินที่เหลือนั้นไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่นได้ ในกรณีนี้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของลูกหนี้ในคดีอื่นต้องมาขอเฉลี่ยทรัพย์* เนื่องจากกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้มีการยึดหรืออายัดซ้ำ ฉะนั้นถ้าลูกหนี้มีทรัพย์เหลือน้อย มีเจ้าหนี้หลายราย เมื่อเฉลี่ยกันแล้วก็ไม่พอชำระหนี้จำนวนที่ยังขาดอยู่ เจ้าหนี้ต้องรอดต่อไปจนครบ 10 ปี ว่าลูกหนี้จะมีทรัพย์สินอะไรขึ้นมาใหม่ที่จะยึดได้อีกหรือไม่ หากไม่มีหนี้ที่เหลือก็เป็นอันสูญไป จึงเห็นได้ว่าการที่เจ้าหนี้คนหนึ่งเป็นเจ้าหนี้มาก่อนเจ้าหนี้คนอื่นหาได้ทำให้เจ้าหนี้นั้นมีสิทธิพิเศษที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้คนอื่น ๆ ไม่ เว้นแต่เจ้าหนี้นั้นจะเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกันเป็นพิเศษ ได้แก่ เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหวงและเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ จึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ทั้งนี้ เนื่องจากการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ไม่กระทบกระทั่งถึงบุริมสิทธิอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินนั้นได้³⁶ ตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นจะมีการโอนไปยังบุคคลอื่นหรือไม่³⁷ เพราะผู้รับจำนองมี

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290

ข้อสำคัญ คือ เจ้าหนี้ที่จะมาขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดได้ต้องเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้วเท่านั้น ไม่ว่าจะถึงที่สุดแล้วหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าจะมีการออกคำบังคับหรือหมายบังคับคดีหรือไม่ ไม่สำคัญ แม้คดียังไม่ถึงที่สุดหรือไม่ได้ออกคำบังคับหรือหมายบังคับคดีก็มีสิทธิขอเฉลี่ยทรัพย์ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 515/2499, 2700/2520, 698/2518) แต่เจ้าหนี้ที่จะมาขอเฉลี่ยต้องยังไม่พ้นกำหนดเวลาที่จะบังคับคดีตามคำพิพากษาคือยังไม่พ้นกำหนด 10 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษา (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271) และได้ขอเฉลี่ยภายในเวลาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287.

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคท้าย.

ทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่จำนอง แต่หนี้จำนองที่จะใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ต้องเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้ว ส่วนในกรณีที่หนี้จำนองยังไม่ถึงกำหนดชำระ การจำนองก็จะติดไปกับตัวทรัพย์สินโดยไม่กระทบถึงสิทธิของผู้รับจำนองซึ่งเป็นบุคคลภายนอก³⁸ กล่าวคือ หากมีการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ผู้ที่ซื้อทรัพย์สินนั้นไปก็จะซื้อไปโดยทรัพย์สินนั้นติดจำนอง ฉะนั้น หากผู้รับจำนองร้องขอให้ตนได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น การขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นก็ขายโดยปลอดจำนอง แล้วนำเงินที่ได้จากการขายชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองก่อน เป็นต้น ส่วนเจ้าหนี้มีประกันประเภทอื่น เช่น ผู้รับจำนำ ผู้ทรงปริณิณัติ ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยวก็เช่นกัน กล่าวคือ จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า เจ้าหนี้มีประกันมีลักษณะพิเศษกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันอยู่ 2 ประการ³⁹ กล่าวคือ

1. เจ้าหนี้มีประกันเป็นผู้มีสิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่นำมาเป็นหลักประกัน เพื่อเป็นหลักประกันว่าลูกหนี้จะปฏิบัติตามสัญญา
2. เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธินำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นออกขายเพื่อชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้มีพอที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้รายใดจะได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลังไม่สำคัญ แต่หากทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจได้รับชำระไม่ครบหรือไม่ได้รับชำระเลย สิทธิบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันจึงมีสิทธิพิเศษหรือดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันคือ จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันหรือเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้ เนื่องจากเจ้าหนี้มีประกันเป็นเจ้าหนี้ที่ชวนขายและกระทำการทุกประการเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักประกันพิเศษ หรือกรณีที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้เป็นพิเศษโดยให้ถือว่าเจ้าหนี้ประเภทนั้นเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณี

³⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287, 289.

³⁹ Daniel R. Cowans, Bankruptcy law and practice ,Vol. 3, 7thed. (U.S.A., Lexis Law Publishing, 1998), p. 394.

อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและไม่มีประกันที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้เป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ และเจ้าหนี้ได้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับลูกหนี้เป็นคดีแพ่งสามัญ ซึ่งการฟ้องร้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งสามัญมีข้อเสีย คือ ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของตน หรือที่เรียกว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น การจะปล่อยให้เจ้าหนี้แต่ละรายแย่งกันฟ้องบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นคดีแพ่งสามัญในทำนองใครมาก่อนย่อมได้ก่อน (First Come First Serve)⁴⁰ อาจทำให้เจ้าหนี้รายหลัง ๆ เสียหายได้ เนื่องจากอาจทำให้เจ้าหนี้บางรายไม่ได้รับชำระหนี้ หรือการปล่อยให้ลูกหนี้เลือกชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แต่เพียงคนหนึ่งหรือหลายคนเท่าที่ลูกหนี้พอใจ ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยจึงได้ตรากฎหมายล้มละลายขึ้นเพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกฟ้องลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นคดีล้มละลายได้อีกประเภทหนึ่งที่ต่างไปจากคดีแพ่งสามัญ⁴¹

การฟ้องคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ มีวัตถุประสงค์หลักเกณฑ์ และวิธีการที่แตกต่างไปจากการฟ้องคดีแพ่งสามัญ โดยมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งเก็บรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคราวเดียวกัน จึงเป็นธรรมดาที่นอกจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจะมีผลต่อลูกหนี้แล้วยังมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายตามกฎหมายอื่นด้วย ดังนั้นสิ่งที่ควรพิจารณา คือ เมื่อกฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์และวิธีการดำเนินคดีที่จำกัดกระทบกับสิทธิเจ้าหนี้ตามกฎหมายอื่น เช่น ต้องเกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้แล้ว เจ้าหนี้ดังกล่าว จะได้รับการรับรองสิทธิและทำให้เกิดความสมดุลระหว่างนโยบายตามกฎหมายล้มละลาย และนโยบายตามกฎหมายอื่น เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายได้อย่างไร⁴² โดยสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลายจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร จะได้รับความคุ้มครองเพียงใด เมื่อเข้าสู่คดีล้มละลายรวมทั้งวิธีดำเนินการตามกฎหมายล้มละลายและผลเสียที่เจ้าหนี้ได้รับหากไม่ทำตามกฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

⁴⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 16.

⁴¹ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 1.

⁴² Thomas H. Jackson, The logic and limits of bankruptcy law (U.S.A.: Harvard University, 1986), p.2.

2.4.2 ความแตกต่างระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีล้มละลาย

การฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายนั้น เจ้าหนี้ไม่ได้ฟ้องเพื่อเรียกเงินหรือทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่เป็นการฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยจะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมด ทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบัน หรือที่จะมีขึ้นในอนาคต รวมทั้งติดตามเอาทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้โอนให้เจ้าหนี้ไปก่อนหน้านั้นแล้ว เอามารวมเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ แล้วนำมาแบ่งเฉลี่ยชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายที่มาขอรับชำระหนี้ตามสัดส่วนแห่งหนี้ (PARI PASSU) โดยเสมอภาคกัน กล่าวคือ ใครเป็นเจ้าหนี้มากก็ได้รับชำระมาก ใครเป็นเจ้าหนี้น้อยก็ได้รับชำระน้อย อันก่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกันว่าถึงอย่างไรตนก็ยังได้รับชำระหนี้ กฎหมายล้มละลายจึงเปรียบเสมือนเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้อีกทางหนึ่ง นอกเหนือไปจากวิธีการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายแพ่ง

สิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีล้มละลาย

ในคดีล้มละลายนั้น เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้จนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยอำนาจของศาลในคดีล้มละลายได้อีกต่อไป จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายล้มละลายบัญญัติไว้เท่านั้น⁴³ กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันซึ่งหมายถึงเจ้าหนี้ที่ไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่สามารถฟ้องร้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้เป็นคดีแพ่งได้อีกต่อไป โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์⁴⁴ เจ้าหนี้จะรับชำระหนี้โดยวิธีอื่นไม่ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่งที่ยังอยู่ในระหว่างพิจารณาก็ตาม ก็ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งสิ้น เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำขอรับชำระหนี้นำพยานหลักฐานมาแสดงต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่าหนี้สินนั้นมีอยู่จริง และลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหนี้สินนั้นต้องเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ในคดีล้มละลาย⁴⁵ ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบจำนวนหนี้สินทั้งหมดของลูกหนี้ และนำทรัพย์สินที่เก็บรวบรวมได้มาแบ่งเฉลี่ยให้กับเจ้าหนี้

⁴³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 27

⁴⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 91

⁴⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 94

ทั้งหลายตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ โดยในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ไม่ว่าเจ้าหนี้จะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือไม่ก็ตามต้องยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายใน 2 เดือน นับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด⁴⁶ หากไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดก็หมดสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้⁴⁷

เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหนี้ไม่มีประกันจะได้รับชำระหนี้ตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ ซึ่งโดยมากมักได้รับชำระเพียงส่วนเฉลี่ยเล็กน้อยจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย เนื่องจากลูกหนี้ในคดีล้มละลายเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว มีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ และเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ประเภทนี้ด้วย เจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงต้องรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพียงเท่าที่ยังเหลืออยู่

สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย

ในส่วนของเจ้าหนี้มีประกันนั้น ผู้เขียนได้กล่าวแล้วว่าเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายจะหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น * โดยกฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องมายื่นขอรับชำระหนี้ก็ได้ เพราะเจ้าหนี้มีประกันยังคงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนพิทักษ์ทรัพย์* * เจ้าหนี้มีประกันจึงถือเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ

⁴⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 91

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 163 / 2511, 1808 / 2512, 295 / 2526

* หมายถึง เจ้าหนี้ที่มีสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน(Security Interest) หรือเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินสิทธิ (Real Right)หรือสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้

Roy Goode, *Principle of corporate insolvency law* (London: Sweet & Maxwell,1997), p.5.

** มีข้อสังเกตว่า มาตรา 94 ใช้คำว่า เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แต่ตามมาตรา 95 ใช้คำว่า ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ ดังนั้นในกรณีที่ลูกหนี้ให้หลักประกันกับเจ้าหนี้ไว้ในวันเดียวกับวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ต้องดูว่าลูกหนี้ได้ให้ประกันไว้ในเวลา ก่อนที่ศาลจะอ่านคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์หรือไม่ ถ้าให้ไว้ก่อนเวลาที่ศาลจะอ่านคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ก็ถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95 แต่หากลูกหนี้ได้ให้ประกันไว้หลังจากศาลอ่านคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เช่น จดทะเบียนจำนองเสร็จหลังจากเวลาที่ศาลอ่านคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ไปแล้ว เช่นนี้ไม่ถือว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนองนั้นเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 95 นี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2968/2522)

รวมทั้งก่อนเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย (Super-Priority Creditors) * กล่าวคือ มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้จนเต็มจำนวนมูลหนี้ที่ทรัพย์สินนั้นเป็นประกัน หากบังคับกับหลักประกันแล้วมีเงินเหลือก็จะนำไปรวมกับทรัพย์สินอื่นในกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำไปแบ่งให้กับเจ้าหนี้อื่น ๆ ต่อไป โดยเจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับเอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องเข้าสู่คดีล้มละลาย กล่าวคือ ไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ และไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักการได้รับชำระหนี้ตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ (Pari Passu Rule) เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไป จึงมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่น ๆ คือสามารถฟ้องร้องบังคับเอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นได้ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายล้มละลาย แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น⁴⁸ ฉะนั้น เจ้าหนี้มีประกันจึงมีทางเลือกอยู่ 2 ทาง⁴⁹ คือ

* ลำดับการได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย (A Scale or Hierarchy or Ladder of Priorities) มีดังนี้ คือ

1. เจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น (Super-Priority Creditors) เช่น เจ้าหนี้มีประกัน เป็นต้น
 2. เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย (Priority Creditors) คือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยเป็นไปตามลำดับที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ เช่น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 130 เป็นต้น

3. เจ้าหนี้ไม่มีประกัน (Pari Passu Creditors) คือเจ้าหนี้ที่ไม่ใช่เจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายและไม่ใช่เจ้าหนี้มีบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย เช่น เจ้าหนี้การค้า เป็นต้น

4. เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ (Deferred Creditors) เจ้าหนี้ประเภทนี้จะได้รับชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันได้รับชำระหนี้ครบแล้ว เช่น เจ้าหนี้หุ้นกู้ด้อยสิทธิ

5. ผู้ถือหุ้น (Equity Shareholders) โดยปกติผู้ถือหุ้นจะไม่ได้รับชำระหนี้คืนในคดีล้มละลาย เนื่องจากทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายมีไม่พอที่จะชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม หากชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายแล้วมีเหลือก็จะคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นไป

Philip R Wood, *Principles of international insolvency*, pp. 10-31.

⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 593 / 2538

⁴⁹ วิชา มหาคณ, กฎหมายล้มละลาย. พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 216.

1. ถ้อยสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันของลูกหนี้ไว้โดยไม่มาขอรับชำระหนี้⁵⁰ หรือ

2. สามารถใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ก็ได้ โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด⁵¹ เช่น

ก. ยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน ซึ่งวิธีนี้เจ้าหนี้มีประกันมากไม่น้อยไปกว่ากัน เพราะเมื่อสละหลักประกันแล้วจะทำให้เจ้าหนี้มีประกันกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แม้อาจขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวนก็มีสิทธิได้รับเพียงส่วนเฉลี่ยเหมือนเจ้าหนี้อื่น ๆ ซึ่งมักจะได้น้อยกว่าที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้เอาหลักประกัน หรือ

ข. เมื่อนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกมาขายทอดตลาดแล้วได้เงินไม่พอใช้หนี้ ก็ขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ คือ เจ้าหนี้มีประกันขอรับชำระหนี้โดยมีเงื่อนไขว่า หากตนฟ้องร้องบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ได้เงินไม่พอชำระหนี้จึงขอชำระหนี้สำหรับจำนวนเงินที่ยังขาดอยู่ได้ เจ้าหนี้ต้องบังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนจนรู้จำนวนหนี้ที่ยังขาดอยู่และนำหนี้ที่ยังขาดอยู่มาขอรับชำระหนี้ ถ้าหากยังไม่ได้บังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน จะขอรับชำระหนี้ตามอนุมาตรา⁵²นี้ไม่ได้

ค. เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ วิธีนี้เป็นที่นิยมกันมาก เพราะเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องบังคับชำระหนี้โดยการขายทอดตลาดด้วยตนเอง เช่น การบังคับจำนอง เจ้าหนี้ก็ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ก็ยังมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่ขาดได้ แต่จะได้เพียงส่วนเฉลี่ยเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ธรรมดา⁵²

⁵⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 95, Insolvency Act 1986 section 285(4), Bankruptcy Code section 362(d)

⁵¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 96, Insolvency Rules 1986 rule 6.109, Bankruptcy Code section 554,363

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 1725 / 2538.

ง. เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่วิธีนี้เจ้าหนี้ต้องระมัดระวังในการตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันไม่ให้สูงหรือต่ำเกินไปจึงจะได้รับประโยชน์สูงสุด เพราะถ้าตีราคาต่ำเกินไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจใช้สิทธิไถ่ถอนเอาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นมารวมไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ แต่ถ้าตีราคาสูงเกินไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ก็อาจปล่อยทรัพย์สินนั้นหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ได้ ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ขาดทุนที่ได้ทรัพย์สินนั้นมาสูงกว่าราคาตามความเป็นจริงทำให้เจ้าหนี้เสียหายได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เช่น เจ้าหนี้ผู้รับจำนองซึ่งไม่มีข้อตกลงพิเศษกับลูกหนี้ว่าหากบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด หรือผู้รับจำนำที่มีข้อตกลงพิเศษกับผู้จำนำว่า หากบังคับกับทรัพย์สินที่จำนำแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาดนั้น กรณีนี้ผู้รับจำนองหรือผู้รับจำนำที่ยกตัวอย่างมานี้ จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายโดยใช้สิทธิตาม มาตรา 96 หาได้ไม่

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า หากเจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิยื่นขอชำระหนี้ตาม มาตรา 96 โดยเลือกที่จะบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการฟ้องเป็นคดีแพ่งเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากปรากฏว่าบังคับกับหลักประกันแล้วได้เงินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้มีประกันทั้งหมดสิทธิที่จะได้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด เจ้าหนี้อาจเสียหายได้ ฉะนั้นเจ้าหนี้มีประกันที่ประสงค์จะได้รับชำระหนี้เกินกว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันควรใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้ก่อนเสมอ เพื่อให้กฎหมายรับรองสิทธิดังกล่าวของตน

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันก็ยังคงมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน กล่าวคือสามารถเลือกที่จะบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่ต้องมาขอรับชำระหนี้ หรือเลือกที่จะขอรับชำระหนี้ก็ได้ เพราะแม้เจ้าหนี้มีประกันไม่ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายก็ตาม ก็หาอาจจะทำให้เจ้าหนี้มีประกันเสียหายสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปไม่ นั่นคือสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้จะไม่ได้รับความกระทบกระเทือน แม้ลูกหนี้จำต้องเข้าสู่คดีล้มละลายก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้สิ่งที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วตั้งแต่ต้นจะแสดงให้เห็นว่า สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เนื่องจากเจ้าหนี้มีประกันมีทรัพย์สินหรือมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะไม่สามารถกระทบกระเทือนไม่ว่าในคดีแพ่งหรือในคดีล้มละลายก็ตาม แต่ในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และจำเป็นต้องเข้าสู่คดีฟื้นฟูกิจการที่มีวัตถุประสงค์และกระบวนการในการดำเนินคดีที่แตกต่างไปจากคดีแพ่งหรือคดีล้มละลาย กล่าวคือ การฟื้นฟูกิจการมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินชั่วคราว แต่มีโอกาสที่จะสามารถแก้ไขปรับปรุงกิจการของบริษัทให้ดีขึ้น ไม่ให้ต้องล้มละลายไป เนื่องจากจะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมและเศรษฐกิจของประเทศมากกว่าที่จะปล่อยให้กิจการนั้นต้องเลิกกิจการไป กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงจำเป็นต้องมีมาตรการบางอย่าง เช่น มีมาตรการในการพักบังคับชำระหนี้ อันจำเป็นต้องกระทบต่อสิทธิในการบังคับชำระหนี้เอากับหลักประกันของเจ้าหนี้มีประกัน เป็นต้น สิ่งที่ควรพิจารณา คือ เมื่อกฎหมายฟื้นฟูกิจการจำเป็นต้องมีมาตรการในการช่วยเหลือลูกหนี้ให้สามารถฟื้นฟูกิจการของตนเองได้แล้ว ในขณะเดียวกัน กฎหมายฟื้นฟูกิจการมีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันอย่างเพียงพอหรือไม่อย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงในบทต่อไป