

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการนำ ผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในเรื่องการนำลิขสิทธิ์มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ทั้งของต่างประเทศและในประเทศไทย ซึ่งได้ทำการศึกษาค้นคว้า มาตรการทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลॉว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลॉว์เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยให้เห็นความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสีย ของมาตรการที่แต่ละประเทศใช้บังคับอยู่ได้อย่างชัดเจน และเพื่อให้ทราบว่ากรณีมีบทบัญญัติว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดและหากมีมาตรการทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจะส่งผลให้กระบวนการนำลิขสิทธิ์มาเป็นหลักประกันมีประสิทธิภาพและเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เพียงใด

3.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลॉว์หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย จึงสมควรทำการศึกษาเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ในประเทศไทย โดยประเทศญี่ปุ่นมีการบัญญัติกฎหมายให้สามารถนำลิขสิทธิ์มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

3.1.1 หลักการสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นมีจุดเริ่มต้นมาจากการออกกฎหมาย The Publishing Ordinance ในปี ค.ศ. 1869 โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ความคุ้มครองและควบคุมกิจการสิ่งพิมพ์ ภายใต้กฎข้อบังคับนี้บุคคลที่ต้องการพิมพ์หนังสือจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อนถึงจะได้รับการคุ้มครอง โดยรัฐบาลจะให้ความคุ้มครองตลอดอายุของผู้ประพันธ์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1887 ก็ได้มีการแยกส่วนที่มีเนื้อหาของกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับลิขสิทธิ์โดยตรงออกเป็น The Copyright Ordinance และในปี ค.ศ. 1899 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (The Copyright Act of Japan 1899) ซึ่งถือเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับแรกของญี่ปุ่นที่บทบัญญัติเป็นมาตรฐานสากลสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม โดยในปีเดียวกันนี้ญี่ปุ่นก็ได้เข้าร่วมเป็นภาคีของสหภาพเบอร์น์ กฎหมายลิขสิทธิ์

ดังกล่าวได้ใช้บังคับเป็นเวลากว่า 70 ปี จนกระทั่งปี ค.ศ. 1970 จึงมีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (The Copyright Act of Japan 1970) และมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาจนถึงปัจจุบัน¹

กฎหมายลิขสิทธิ์ ตาม The Copyright Act of Japan 1970 วางหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ว่าให้ความคุ้มครองทันทีที่สร้างสรรค์งานแล้วเสร็จ ทั้งนี้ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นขอจดทะเบียนที่ข้อมูลลิขสิทธิ์กับ Agency for Cultural Affairs ได้² และอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยทั่วไป คือ ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย หรือ ในกรณีที่มีผู้สร้างสรรค์ร่วม อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ให้มีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ร่วม และมีอยู่ต่อไปอีกเป็นเวลา 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย ในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์เป็นนิติบุคคล ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้น แต่ถ้ามีการโฆษณางานนั้น ให้ลิขสิทธิ์มีอายุ 50 ปี นับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์สามารถโอนลิขสิทธิ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่ผู้อื่นได้³ โดยการโอนลิขสิทธิ์ซึ่งมิใช่ทางมรดกจะมีผลสมบูรณ์ต่อบุคคลภายนอกเมื่อทำการจดทะเบียนแจ้งโอนกับ Agency for Cultural Affairs แล้ว⁴

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายในเรื่องการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ในประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ไว้โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่ จำนอง (Mortgage) และ จำนำ (Pledge)

การ จำนอง (Mortgage) เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง อันทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น และมีสิทธิได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินหลักประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้รายอื่น โดยการ จำนอง ไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบการครอบครอง

¹ อติเทพ ศิริพงษ์ศติกานนท์. (2553, น. 46). สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในฐานะหลักประกันการชำระหนี้: ศึกษาเฉพาะกรณีของลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. อ้างถึง Teruo Doi. (1980). The intellectual property law of Japan. pp. 201-202.

² กรมทรัพย์สินทางปัญญา. (2548, น. 110). คู่มือการขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในต่างประเทศ 30 ประเทศ.

³ Copyright Act of Japan 1970, Article 61(1).

⁴ Copyright Act of Japan 1970, Article 77(i).

หลักประกันนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง⁵ การที่ผู้รับจำนองยังคงเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนองทำให้มีโอกาสนี้ที่จะใช้สอยทรัพย์สินนั้นให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ การจดทะเบียนถือว่าเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ของสัญญาจำนองที่จะใช้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ กรณีที่ทรัพย์สินอันเดียวได้จำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้หลายราย ลำดับของผู้รับจำนองจะเรียงตามเวลาที่จดทะเบียน⁶

การจำนำ (Pledge) เป็นการทำสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้รับจำนำที่จะครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเพื่อใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ อันทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่น⁷ การจำนำจะสมบูรณ์เมื่อผู้จำนำส่งมอบทรัพย์สินจำนำให้แก่ผู้รับจำนำเพื่อวัตถุประสงค์เป็นหลักประกันการชำระหนี้⁸ โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนำจะให้ผู้รับจำนำครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวแทนตนไม่ได้⁹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดลักษณะของทรัพย์สินที่จะนำมาจำนำเอาไว้ด้วยว่าทรัพย์สินใดที่ไม่อาจโอนให้แก่ผู้อื่นได้จะนำมาจำนำไม่ได้¹⁰ ซึ่งทรัพย์สินที่จะนำมาจำนำเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้นั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) การจำนำสังหาริมทรัพย์ (Movable) การก่อสิทธิจำนำเหนือสังหาริมทรัพย์จะเกิดขึ้นได้จำเป็นต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับจำนำ¹¹ และผู้รับจำนำสังหาริมทรัพย์จะอ้างสิทธิจำนำยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่ตนจะได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นอยู่¹² ถ้าผู้รับจำนำถูกแย่งการครอบครองในหลักประกันไป ผู้รับจำนำมีสิทธิจะได้คืนซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้อีกครั้ง โดยเอาการครอบครองหลักประกันกลับคืนมา¹³

(2) การจำนำอสังหาริมทรัพย์ (Immovable) การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น นอกจากกฎหมายจะให้คู่สัญญาได้ตกลงใช้

⁵ Civil Code of Japan, Article 369.

⁶ Civil Code of Japan, Article 373.

⁷ Civil Code of Japan, Article 342.

⁸ Civil Code of Japan, Article 344.

⁹ Civil Code of Japan, Article 345.

¹⁰ Civil Code of Japan, Article 343.

¹¹ Civil Code of Japan, Article 344.

¹² Civil Code of Japan, Article 352.

¹³ Civil Code of Japan, Article 353.

อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีจำนองโดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง อันทำให้ผู้จำนองมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ในช่วงระยะเวลาที่ใช้เป็นหลักประกันแล้ว คู่สัญญาก็ยังสามรถที่จะตกลงใช้อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันด้วยวิธีการจำนองได้อีกด้วย แต่ปัจจุบันการจำนองอสังหาริมทรัพย์ไม่ค่อยได้รับความนิยมนัก ผลของสัญญาจำนองอสังหาริมทรัพย์ทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะใช้และรับเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันได้¹⁴ โดยผู้รับจำนองมีหน้าที่ต้องออกค่าใช้จ่ายในการจัดการและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์¹⁵ และไม่มีสิทธิที่จะเรียกเอาดอกเบี้ยในหนี้ซึ่งประกันได้อีก¹⁶ นอกจากนี้ การจำนองอสังหาริมทรัพย์จะกำหนดระยะเวลายาวกว่า 10 ปีไม่ได้ ถ้าสัญญากำหนดระยะเวลาเกินกว่า 10 ปี ก็ให้มีผลใช้บังคับได้เพียง 10 ปี อย่างไรก็ตามคู่สัญญาสามารถที่จะต่ออายุสัญญาได้แต่ต้องไม่เกิน 10 ปีนับจากเวลาที่ต่ออายุสัญญา¹⁷ ทั้งนี้การจำนองอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์และสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนเป็นหลักประกันแล้วเท่านั้น¹⁸

(3) การจำนองสิทธิ (Right) ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติให้มีการนำสิทธิต่าง ๆ มาจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ด้วย โดยให้นำบทบัญญัติว่าด้วยบทเบ็ดเสร็จทั่วไปการจำนองอสังหาริมทรัพย์ และการจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้แก่การจำนองสิทธิโดยอนุโลม¹⁹ อย่างไรก็ตาม สิทธิบางประเภทมีแบบพิธีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นพิเศษ ประมวลกฎหมายแพ่งจึงบัญญัติวิธีการจำนองสำหรับสิทธิบางประเภทเอาไว้โดยเฉพาะ เช่น กรณีทรัพย์สินที่จำนองเป็นสิทธิเรียกร้อง วิธีการจำนองต้องกระทำโดยการส่งมอบตราสารที่เป็นหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้รับจำนอง²⁰ และการจำนองสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใด โดยเฉพาะเจาะจงนั้นจะต้องยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิหรือบุคคลภายนอกได้ แต่เมื่อได้บอกกล่าวการจำนองไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิ หรือลูกหนี้แห่งสิทธิจะได้ยินยอมด้วยในการจำนองนั้น²¹ ถ้าจำนองสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่ง การจำนองจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้

¹⁴ Civil Code of Japan, Article 356.

¹⁵ Civil Code of Japan, Article 357.

¹⁶ Civil Code of Japan, Article 358.

¹⁷ Civil Code of Japan, Article 360.

¹⁸ Civil Code of Japan, Article 361.

¹⁹ Civil Code of Japan, Article 362.

²⁰ Civil Code of Japan, Article 363.

²¹ Civil Code of Japan, Article 364.

บุคคลภายนอกไม่ได้เว้นแต่จะได้ส่งมอบตราสารและสลักหลังไว้ที่ตราสารนั้น²² หากสิทธิเรียกร้องซึ่งจำนำนั้นเป็นมูลหนี้ที่ต้องชำระเป็นเงิน ถึงกำหนดชำระก่อนหนี้ซึ่งประกันไว้ ผู้รับจำนำชอบที่จะเรียกให้ลูกหนี้แห่งสิทธิวางเงินจำนวนนั้นไว้แก่สำนักงานฝากทรัพย์²³ แต่ถ้าสิทธิซึ่งจำนำนั้นไม่ใช่มูลหนี้ที่ต้องชำระเป็นเงิน ผู้รับจำนำชอบที่จะรับมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้แทนสิทธิซึ่งจำนำ²⁴

3.1.3 การนำสิทธิมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้และการบังคับหลักประกันตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

ตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ได้มีการบัญญัติเรื่องการประกันการชำระหนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งโดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล (Personal Security) และการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน (Real Security) และได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินไว้ 2 รูปแบบ คือ จำนอง (Hypothec) และจำนำ (Pledge) นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นยังได้แบ่งประเภททรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนำได้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ (Immovable) สังหาริมทรัพย์ (Movable) และสิทธิ (Rights) ซึ่งการจำนำทรัพย์สินแต่ละประเภทนี้กฎหมายจำนำได้กำหนดวิธีการแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ

(1) อสังหาริมทรัพย์ (Immovable) แนวคิดที่กฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้สามารถนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยวิธีการจำนำได้นั้น เนื่องจากต้องการให้ผู้รับจำนำได้มีอำนาจที่จะใช้และหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำนำได้ในแต่ละกรณีที่เหมาะสม²⁵ ซึ่งการให้ผู้รับจำนำได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำนำนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา แต่มิได้เป็นบทบังคับในเรื่องการจำนำอสังหาริมทรัพย์ หากได้มีการใช้หรือหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำนำแล้ว ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการจัดการหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินที่จำนำนั้นก็ไม้อาจเรียกได้อีก²⁶ รวมทั้งไม้อาจเรียกดอกเบี้ยในหนี้อันเนื่องมาจากการใช้หรือหาประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำนำนั้นถูกพิจารณาว่า ได้รับดอกผลเท่ากับดอกผลในหนี้ที่ควรจะได้รับคือดอกเบี้ย²⁷ สำหรับระยะเวลาในการทำสัญญาจำนำอสังหาริมทรัพย์นั้น

²² Civil Code of Japan, Article 365.

²³ Civil Code of Japan, Article 366 (3).

²⁴ Civil Code of Japan, Article 366 (4).

²⁵ Civil Code of Japan, Article 356.

²⁶ Civil Code of Japan, Article 357.

²⁷ Civil Code of Japan, Article 358.

ถูกจำกัดไว้เพียง 10 ปี²⁸ อันเนื่องมาจากการนำมาทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ผู้จำหน่ายอุปสรรคในการใช้ประโยชน์ในด้านต่าง ๆ จากทรัพย์สินที่จำหน่ายได้เท่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น หากสัญญาไคร่บระยะเวลาจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ไว้เกินกว่า 10 ปี กฎหมายก็ให้ลดลงมาเป็น 10 ปี และคู่สัญญาอาจขยายระยะเวลาได้ทุก ๆ 10 ปี นอกจากนี้ การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ยังอยู่ภายใต้กฎหมาย The Immovable Registration Act ซึ่งกำหนดให้การก่อการผูกพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย หรือ จำนอง จะต้องมีการจดทะเบียนด้วยเสมอ²⁹

(2) สสังหาริมทรัพย์ (Movable) การจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนำของประเทศไทย กล่าวคือ การจำหน่ายสังหาริมทรัพย์จะต้องมีการส่งมอบการครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่จำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ไว้แก่ผู้รับจำนำด้วย³⁰ ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปได้ทราบว่าสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอยู่ในฐานะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และเพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเกิดความมั่นใจว่าลูกหนี้จะไม่นำสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันไปจำหน่าย จ่าย โอน อันจะทำให้เจ้าหนี้สูญเสียหลักประกัน เพราะสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้³¹

(3) สิทธิ (Rights) นอกจากสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นยังได้บัญญัติให้สิทธิ ไม่ว่าจะเป็ น สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินที่สามารถโอนให้แก่กันได้ นั้น สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยวิธีการจำหน่ายได้ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่าสิทธิมีคุณค่าและมีประโยชน์ที่จะนำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักเกณฑ์การจำหน่ายสิทธิไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกำหนดให้สิทธิในทรัพย์สินซึ่งถือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างสามารถนำมาจำหน่ายได้เช่นเดียวกับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นการทำให้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้นมีคุณค่าเทียบได้กับทรัพย์สินที่มีรูปร่างชนิดอื่น ๆ ³² ส่วนสิทธิเรียกร้องนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดว่าต้องมีการส่งมอบเอกสารหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องนั้นให้แก่

²⁸ Civil Code of Japan, Article 360.

²⁹ Civil Code of Japan, Article 1.

³⁰ Civil Code of Japan, Article 352.

³¹ พิชรินทร์ ฉัตรวิชระกุล. (2542, น. 53). การใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³² พิชรินทร์ ฉัตรวิชระกุล. (2542, น. 54). การใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เจ้าหนี้ผู้รับจำนำด้วยจึงจะสมบูรณ์³³ และจะต้องบอกกล่าวการจำนำไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องนั้นด้วย มิฉะนั้นจะไม่สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิหรือบุคคลภายนอกได้³⁴

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติให้สามารถนำสิทธิในทรัพย์สินมาจำนำได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติรายละเอียดของหลักเกณฑ์การจำนำลิขสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจน แต่ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิในทรัพย์สินสามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีจำนำตามกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นได้ โดยบทบัญญัติที่อนุญาตให้มีการจำนำลิขสิทธิ์เพื่อเป็นหลักประกันได้นั้น ได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ ดังนี้การปรับใช้กฎหมายเรื่องการจำนำลิขสิทธิ์ในประเทศญี่ปุ่นจึงต้องนำกฎหมายแพ่งว่าด้วยการจำนำสิทธิประกอบกับกฎหมายลิขสิทธิ์มาพิจารณาด้วยกัน โดยกฎหมายทั้งสองฉบับอาจสรุปได้ใจความว่าการจำนำลิขสิทธิ์นั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ยังคงมีสิทธิที่จะใช้ลิขสิทธิ์อยู่เช่นเดิม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ส่วนสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนำนั้น กฎหมายกำหนดให้ครอบคลุมไปถึงสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย³⁵ โดยในการใช้ลิขสิทธิ์เป็นหลักประกันด้วยวิธีจำนำนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศญี่ปุ่นมีบทบัญญัติกำหนดว่า การก่อ โอน เปลี่ยนแปลง หรือระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนำลิขสิทธิ์ (อันมิใช่กรณีที่ระงับสิ้นไปเพราะการรวมสิทธิจำนำ เพราะอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ หรือเพราะการบังคับจำนำ) หรือข้อตกลงจำกัดสิทธิที่จะใช้ประโยชน์ในลิขสิทธิ์ตามสัญญาจำนำ จะมีผลสมบูรณ์ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ก็ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนกับ Agency for Cultural Affairs³⁶ และกรณีที่นำ

³³ Civil Code of Japan, Article 363.

³⁴ Civil Code of Japan, Article 364.

³⁵ Copyright Act of Japan 1970, Article 66 (1) The copyright holder shall be entitled to exercise the copyright even when a pledge has been established thereon, unless otherwise provided by the act of establishment.

(2) A pledge on a copyright may also be exercised on the money or any other thing to be received by copyright holder in connection with the transfer of said copyright or the exploitation of the work which is the subject of the copyright(including any consideration for establishment of a right of publication); provided, however, that before payment or delivery [of the money or other thing], the right to receive the same has been attached.

³⁶ Copyright Act of Japan 190, Article 77 Unless registered, the matters set forth in the following items may not be asserted against a third party:

ลิขสิทธิ์ที่มีผู้สร้างสรรค์ร่วมมาเป็นหลักประกัน การจำนำจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้สร้างสรรค์ร่วมคนอื่นด้วย³⁷ ซึ่งการบัญญัติไว้เช่นนี้ ก็เพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถทำการตรวจสอบสถานะของลิขสิทธิ์ว่ามีภาระค้ำประกันอย่างใด ๆ อยู่หรือไม่ในกรณีที่จะต้องเข้าทำนิติกรรมสัญญาอันเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ดังกล่าว ทั้งนี้หากการจำนำมิได้มีการจดทะเบียนผู้รับจำนำก็ไม่อาจยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้ อันมีผลต่อสถานะความเป็นเจ้าหนี้มีปริมสิทธิของผู้รับจำนำ การจดทะเบียนจำนำลิขสิทธิ์นั้นคู่สัญญาจะต้องลงลายมือชื่อในหนังสืออนุญาตให้จำนำ (The acknowledgement of the grant of the pledge) และต้องนำส่งให้แก่กรมทรัพย์สินทางปัญญาด้วย และในกรณีที่ผู้รับจำนำเป็นนิติบุคคลที่มีได้จดทะเบียนตามกฎหมายญี่ปุ่นจะต้องมีการนำส่งหนังสือรับรองจากโนตารีพับลิกเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลดังกล่าวด้วย³⁸

ส่วนในเรื่องของการบังคับหลักประกันเพื่อชำระหนี้ นั้น เนื่องจากตามกฎหมายจำนำของประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติครอบคลุมถึงการจำนำสิทธิไว้เรียบร้อยแล้วจึงสามารถนำทบัญญัติว่าด้วยการจำนำสิทธิมาใช้บังคับได้ และลิขสิทธิ์เป็นสิทธิประเภทหนึ่งซึ่งสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตามกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น การบังคับชำระหนี้ในกรณีนำลิขสิทธิ์มาเป็นหลักประกันจึงกระทำได้โดยการโอนสิทธิมาเป็นของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอย่างถาวร ทั้งนี้เพราะสิทธิซึ่งจำนำนั้นไม่ใช่มูลหนี้ที่ต้องชำระเป็นเงิน ผู้รับจำนำชอบที่จะรับมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิเป็นหลักประกันการชำระหนี้แทนสิทธิซึ่งจำนำไว้ได้ กล่าวคือ ผู้รับจำนำจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ ถ้าลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ผู้รับจำนำจะต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้บังคับจำนำ ซึ่งเมื่อจะต้องมีการบังคับจำนำ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น ว่าด้วยการบังคับคดีแพ่ง (The Law on Civil Execution)

(ii) the establishment, transfer, modification or termination of the pledge on a copyright (other than termination by reason of merger or by reason of the termination of the copyright or the claim secured by the pledge), or a restriction on the disposal of a pledge established on the copyright.

³⁷ Copyright Act of Japan 1970, Article 65 (1) A co-holder of a copyright in work of joint authorship or of any other co-owned copyright (hereinafter in this Article referred to as "joint copyright") may not transfer or pledge his share without the consent of the other co-holder.

³⁸ พชรินทร์ ฉัตรวชิระกุล. (2542, น. 57). การใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บัญญัติให้ดำเนินการเปลี่ยนหลักประกันให้เป็นเงิน (Realization) ซึ่งในส่วนของ การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญานั้น ได้มีการบัญญัติถึงมาตรการในการบังคับคดีไว้ ดังนี้³⁹

(1) คำสั่งโอน ซึ่งศาลจะกำหนดมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาที่นำมาเป็นหลักประกัน แล้วโอนไปยังผู้รับจำนำ

(2) คำสั่งจำหน่ายหลักประกันในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการเหมาะสมที่จะจำหน่ายทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นหลักประกันนั้นไปยังบุคคลภายนอก

(3) คำสั่งให้ผู้รับจำนำสามารถรับประโยชน์ในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นหลักประกันนั้นต่อไปแม้กรรมสิทธิ์จะยังเป็นของลูกหนี้ผู้จำนำ

(4) วิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสม

วิธีการดังกล่าวมาข้างต้น ศาลจะใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าควรใช้วิธีการใดบังคับ เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทโดยเฉพาะลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่อาจเป็นประโยชน์และมีคุณค่าแตกต่างกันออกไป ดังนั้น การบัญญัติวิธีการบังคับหลักประกันที่หลากหลายนี้ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาหาวิธีการที่เหมาะสมมาบังคับใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

3.2 มาตรการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้

3.2.1 หลักการสำคัญของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศอังกฤษ

ปัจจุบันในประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่ชื่อว่า Copyright, Designs and patents Act 1988 มีเนื้อหาครอบคลุมส่วนของลิขสิทธิ์ การออกแบบ และเทคโนโลยีของสื่อประเภทต่าง ๆ และการละเมิดลิขสิทธิ์ โดย เนื้อหาของลิขสิทธิ์จะปรากฏอยู่ในภาคที่ 1 (Part I Copyright) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์

การคุ้มครองในงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ จะเกิดขึ้นที่ที่ผู้สร้างสรรค์สร้างงานนั้นเสร็จโดยไม่ต้องขอรับความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นการยื่นคำร้องขอ การตรวจสอบคำขอ การประกาศ การคัดค้าน การเพิกถอน โดยมีเงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองว่าต้องเป็นงานสร้างสรรค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่ งานสร้างสรรค์ทางวรรณกรรม การละคร ดนตรี

³⁹ พัทธินันท์ ฉัตรวชิระกุล. (2542, น. 59-60). การใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้.

กรรม ศิลปกรรม งานสร้างสรรค์ทางภาพยนตร์ การบันทึกเสียง การแพร่ภาพแพร่เสียง และการจัดรูปแบบเกี่ยวกับการพิมพ์ และงานนั้นต้องเป็นงานที่มีความคิดริเริ่ม เช่น ต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์สร้างขึ้นมาจากความคิดริเริ่มของตนเองโดยไม่ได้ลอกเลียนแบบใคร ต้องมีความพยายามที่เพียงพอในการสร้างสรรค์งาน เพื่อให้ได้รับลิขสิทธิ์ ผู้สร้างสรรค์ต้องมีสัญชาติอังกฤษ มีภูมิลานาในสหราชอาณาจักร หรือมีคุณสมบัติอื่นภายใต้อนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อังกฤษและประเทศที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานขึ้น สำหรับงานวรรณกรรม การละคร ดนตรีกรรม จะไม่ได้รับลิขสิทธิ์จนกว่างานดังกล่าวจะได้รับการจัดแจ้ง⁴⁰ และงานที่ไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวมานี้ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง

ผู้ทรงสิทธิ์หรือผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ ทำสำเนา งานออกเผยแพร่สู่สาธารณชน ให้เช่าหรือให้ยืมงานแก่สาธารณชน นำเสนอ นำออกแสดง หรือถ่ายทอดงานสู่สาธารณชน เผยแพร่งานออกสู่สาธารณชน คัดแปลงงานหรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดดังที่กล่าวมาแก่งานที่ดัดแปลง บุคคลอื่นที่มีใจเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิกระทำการใด ๆ ที่กล่าวมาเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น อย่างไรก็ตาม บุคคลทั่วไปมีสิทธิใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) ใช้อย่างเป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นคว้าศึกษาวิจัยส่วนบุคคล
- (2) ใช้อย่างเป็นธรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจารณ์และเขียนบทวิจารณ์
- (3) การนำงานส่วนหนึ่งมาใช้โดยไม่เจตนา

เจ้าของลิขสิทธิ์ชอบที่จะโอนสิทธิแต่ผู้เดียวนั้น ไปยังผู้อื่นได้โดยการโอนนี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้โอน และชอบที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ลิขสิทธิ์ได้ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษมิได้บังคับว่าการอนุญาตให้ใช้ลิขสิทธิ์นั้นจะต้องทำตามแบบ

ส่วนอายุการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้อายุคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของงานที่ได้รับความคุ้มครอง โดยระยะเวลาในแต่ละกรณีคำนวณจากวันสิ้นสุดของปีปฏิทินนั้น ๆ กล่าวคือ⁴¹

(1) งานวรรณกรรม งานนาฏกรรม งานดนตรีกรรม และงานศิลปกรรม มีอายุความคุ้มครองตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์ และมีอยู่ต่ออีก 70 ปี ในกรณีของงานศิลปกรรมที่ใช้ในทางอุตสาหกรรม จะมีอายุความคุ้มครอง 25 ปีนับแต่วันแรกที่งานนั้นถูกนำออกสู่ตลาด

⁴⁰ กฎหมายลิขสิทธิ์ - ประเทศอังกฤษ. (น. 2-3). เข้าถึงได้จาก http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/250_dip.pdf. สืบค้นเมื่อ 26 สิงหาคม 2557.

⁴¹ กฎหมายลิขสิทธิ์ - ประเทศอังกฤษ. (น. 4). เข้าถึงได้จาก http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/250_dip.pdf. สืบค้นเมื่อ 26 สิงหาคม 2557.

(2) งานบันทึกเสียง มีอายุความคุ้มครอง 50 ปี หรือถ้ามีการนำออกสู่สาธารณชนภายใน 50 ปี ให้เริ่มนับระยะเวลาความคุ้มครองจากวันที่ได้โฆษณาเผยแพร่สู่สาธารณชนเป็นครั้งแรก

(3) งานภาพยนตร์ มีอายุความคุ้มครอง 70 ปี นับจากวันที่ผู้สร้างสรรค์คนสุดท้ายถึงแก่ความตาย

(4) งานแพร่ภาพแพร่เสียง มีอายุความคุ้มครอง 50 ปี นับจากวันที่ได้มีการแพร่เสียงแพร่ภาพ

(5) การจัดรูปแบบเกี่ยวกับการพิมพ์ มีอายุความคุ้มครอง 25 ปี นับจากมีการตีพิมพ์เผยแพร่เป็นครั้งแรก

ทั้งนี้ งานทุกประเภทที่ได้กล่าวมา ยกเว้นการจัดรูปแบบเกี่ยวกับการพิมพ์ ถ้าหากว่าประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของงานไม่ใช่กลุ่มประเทศสมาชิก EEA (European Economic Area) ระยะเวลาของลิขสิทธิ์นั้นจะถูกจำกัดเท่าที่งานนั้นจะได้รับความคุ้มครองในประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิด แต่ต้องไม่เกินระยะเวลาความคุ้มครองภายใต้ Copyright, Designs and patents Act 1988

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในเรื่องการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษถือว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง⁴² โดยกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายฉบับอื่น ๆ ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ได้กำหนดให้เจ้าของมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการโอนหรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิได้ ซึ่งการโอนสิทธินี้หมายความว่ารวมถึงการนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ด้วย ทั้งนี้ ลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นการให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนสิทธิเช่นเดียวกับประเทศไทย

ตามกฎหมายอังกฤษสามารถแบ่งลักษณะของหลักประกันได้ 2 ประเภท คือหลักประกันเฉพาะเจาะจง (fixed security) และหลักประกันแบบลอย (floating security)⁴³ หลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง คือ หลักประกันที่มีผลทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถูกยึดเอาไปเป็นหลักประกันทันทีที่มีการทำสัญญา กล่าวคือ มีการระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าเป็นทรัพย์สินสิ่งไหน เจ้าของทรัพย์สินหรือลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นต่อไปจนกว่าจะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้

⁴² Law of Property Act, Section 205 (1).

⁴³ วิทยา จิฎาณูจน์. (2537, น. 28-29). “การประพันธ์ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หลักประกันแบบลอยนั้น มีลักษณะตรงกันข้ามกับหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ในเบื้องต้นจะยังไม่ระบุเฉพาะเจาะจงลงไปว่าทรัพย์สินที่เป็นประกันเป็นทรัพย์สินสิ่งไหน เพียงแต่ระบุว่า เป็นกลุ่มหรือประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น โดยทรัพย์สินในกลุ่มหรือประเภทนั้นยังมีการเปลี่ยนแปลง ลูกหนี้มีอิสระในการจัดการกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น ได้อย่างปกติ จนกระทั่ง มีเหตุการณ์บางประการเกิดขึ้น อันอาจในการจัดการทรัพย์สินดังกล่าวของลูกหนี้จะสิ้นสุดลง ทรัพย์สินประกันนั้นจะเกิดการแปรสภาพจากทรัพย์สินประกันที่ไม่เจาะจง เป็นทรัพย์สินประกันเฉพาะเจาะจง ซึ่งประกอบอยู่ในกลุ่มหรือประเภททรัพย์สินนั้น และรวมถึงทรัพย์สินประกันในกลุ่มหรือประเภทนั้นที่ ลูกหนี้ได้มาภายหลัง⁴⁴

อาจกล่าวได้ว่าการนำสิทธิมาเป็นหลักประกันเป็นการให้หลักประกันแบบลอยนั่นเอง หลักประกันแบบลอย หรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง หรือที่ตามกฎหมายอังกฤษเรียกว่า Floating Charge อันเป็นหลักประกันที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ใน Company Act อย่างชัดเจน แต่ได้มีคำพิพากษาในหลายคดีที่ได้มีการให้ความหมายเอาไว้ เช่น ใน คดี Illingworth v Houldsworth (1904) acc 335 โดย Lord Macnaughten ได้ให้ความหมายไว้ว่า “มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อย ๆ และลอยอยู่เหนือทรัพย์สินที่ตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน จนกระทั่งเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น หรือมีการกระทำบางอย่างขึ้นที่ทำให้มันตั้งหลักลงยึดมั่นบนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁴⁵ และในคดี Evans v Rivel Granite Quarries Ltd. โดย Buckley LJ “Floating Charge กล่าวว่า หลักประกันแบบลอยไม่ใช่หลักประกันในอนาคต แต่เป็นหลักประกันในปัจจุบันซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินของบริษัท โดยตรงรวมทั้งเป็นหลักประกันที่มีความลอยตัวไม่ใช่การจำนองทรัพย์สินของบริษัทโดยเฉพาะเจาะจง (Fixed Mortgage) แต่เป็นการจำนองลอยตัว (Floating Mortgage) ซึ่งปรับใช้กับทุกอย่างที่รวมอยู่ในหลักประกัน แต่จะไม่กระทบต่อวัตถุใด จนกระทั่งเกิดการกระทำ หรือเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น หรือการกระทำบางอย่างของผู้รับหลักประกันทำให้ทรัพย์สินนั้นถูกแปลงสภาพการเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed

⁴⁴ รชต จำปาทอง. (2554, น. 55). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง R.M. Goode. (1988, p.15). *Legal Problems of Credit and Security* Second Edition. London : Sweet & Maxwell.

⁴⁵ รชต จำปาทอง. (2554, น. 56). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง Phillip R. Wood. (1995, p.12). *Comparative Law of Security and Guarantees*. London: Sweet & Maxwell.

Charge)” และอาจสรุปหลักการสำคัญที่ได้จากคำพิพากษาข้างต้นได้ว่าหลักประกันแบบลอยนั้น เป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และลูกหนี้มีสิทธิใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตามปกติ ซึ่งสถานภาพของหลักประกันแบบลอยที่กำหนดว่าเป็นหลักประกัน ในปัจจุบันมีความแตกต่างจากการให้หลักประกันตามวันที่กำหนดในอนาคต จากการเกิดเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนในอนาคต และหลักประกันแบบลอยนี้จะครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิด รวมทั้งสินค้าและสิทธิเรียกร้อง แม้ว่าเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะไม่ได้มีการครอบครองก็ตาม โดยหลังจากมีการทำประกันแล้ว ยังคงให้ลูกหนี้ครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นต่อไป หลักประกันแบบลอยนั้นสามารถครอบคลุมทรัพย์สินในระบบที่ต้องมีวิธีการพิเศษ เช่น เรือ ที่ดิน อากาศยาน แต่ต้องจดทะเบียนทรัพย์สินนั้น โดยวิธีพิเศษต่างหากตามที่กฎหมายกำหนด

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอยอาจเป็น ได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งอาจเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินต่าง ๆ ถ้าหากมีความสามารถที่จะให้กู้ยืมเงิน ได้ก็อาจเป็นเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอยได้ ส่วนลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันนั้นกฎหมายอังกฤษ จำกัดเฉพาะแต่บริษัท จำกัดเท่านั้นที่สามารถก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบลอยได้ ส่วนห้างหุ้นส่วน หรือบุคคลธรรมดา ไม่อาจทำได้⁴⁶

ทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันแบบลอยตามกฎหมายอังกฤษ ได้แก่

- (1) สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่น ๆ เป็นหลักประกัน โดยยังคงให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองและใช้สอยได้
- (2) สิทธิเรียกร้องต่างๆ ตามสัญญาที่เป็นหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ
- (3) ใช้หลักทรัพย์สินการลงทุนต่าง ๆ เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์สินการลงทุนนั้นๆ
- (4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้
- (5) กิจการ โดยสามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้ในกิจการเป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้นทุกรายการ

การตกลงให้หลักประกันแบบลอยนั้นจะระบุไว้แต่เพียงประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งการให้หลักประกันแบบลอยนี้ไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในตัวทรัพย์สินจนกว่าทรัพย์สิน

⁴⁶ รชต จำปาทอง. (2554, น. 60). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประกันดังกล่าวจะมีการแปลงสภาพเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินหรือสิทธิในตัวทรัพย์สินจะเกิดขึ้นไม่ได้ยังไม่ได้ระบุให้ชัดว่าเป็นทรัพย์สินที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะอย่างไร⁴⁷

ทรัพย์สินบางชนิดสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) โดยมีข้อพิจารณาว่าหลักประกันทั้ง 2 ชนิดมีความแตกต่างกันในเรื่องลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ และอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะพิจารณาจากความสามารถในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ว่าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินหรือไม่ ถ้าลูกหนี้มีอิสระในการจัดการทรัพย์สินตามปกติการค้าของธุรกิจนั้น ๆ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ถือว่าเป็นการให้หลักประกันแบบลอย ส่วนมากทรัพย์สินที่มีปัญหาว่าเป็นการให้หลักประกันแบบใดนั้น ได้แก่ สินค้าคงคลัง วัตถุดิบ และสินค้าในการผลิต ซึ่งทรัพย์สินเหล่านี้อาจเป็นการให้หลักประกันได้ทั้งแบบเฉพาะเจาะจง และหลักประกันแบบลอย ส่วนในเรื่องของวัตถุดิบ และสินค้าในการผลิตโดยทางทฤษฎีนั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจงได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่ค่อยจะพบมากนักเนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่มีการหมุนเวียนเปลี่ยนมืออยู่ตลอด และโดยสภาพก็มักจะเป็นทรัพย์สินที่อยู่กับลูกหนี้เป็นสำคัญ

การให้หลักประกันแบบลอย จะต้องมีการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติ Companies Act 2006 กำหนด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้ระบุวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนไว้ด้วย คือเพื่อให้หลักประกันแบบลอยมีผลใช้บังคับและสามารถใช้ยื่นต่อผู้ชำระบัญชี (liquidator) ผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม (administrator) แล้วเจ้าหนี้รายอื่น เป็นผลให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบลอยเกิดความมั่นใจว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดภาระติดพันตามสัญญาหลักประกันแบบลอยแล้ว อีกทั้งเพื่อเป็นการบอกกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบโดยปริยายว่าลูกหนี้ได้ใช้ทรัพย์สินประเภทใดบ้างเป็นหลักประกันแบบลอย โดยบุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ที่บริษัทของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน รวมทั้งตัดลอกข้อความที่เป็นข้อตกลงได้ อย่างไรก็ตามการจดทะเบียนไม่ถือว่าเป็นการแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงสาระสำคัญของข้อตกลงในหลักประกันแบบลอย⁴⁸ ส่วนการจดทะเบียนหลักประกันแบบลอยจะประกอบด้วยขั้นตอนสำคัญ 2 ขั้นตอน คือ การจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันและการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

⁴⁷ โสภณ รัตนากร. (2533, น.74-75). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สมมิตรออฟเซต.

⁴⁸ รชต จำปาทอง. (2554, น. 63). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบสาระสำคัญที่จะต้องจดบันทึกลงไว้ในสมุดทะเบียน อันได้แก่ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน จำนวนเงินประกัน ชื่อเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิในหลักประกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่มีการจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันก็ไม่ทำให้การให้หลักประกันแบบลอยนั้นเสียไป เพียงแต่ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันอาจมีความผิด⁴⁹

ส่วนการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันจะต้องยื่นรายการเพื่อจดทะเบียน (Particulars to be filed) ตามที่กฎหมายกำหนดต่อนายทะเบียนภายใน 21 วัน นับแต่วันทำสัญญา⁵⁰ และนายทะเบียนจะต้องออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักฐานว่าลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันได้จดทะเบียนให้หลักประกันแบบลอยไว้แล้วตามที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้แล้ว แม้ว่ารายการจดทะเบียน ไม่ถูกต้องทั้งหมดก็ไม่มีผลต่อหนังสือรับรอง หากลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันแบบลอยไม่ดำเนินการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายในเวลาที่กำหนด นอกจากลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันจะมีความรับผิดชอบแล้วการที่ให้หลักประกันไว้นั้นก็ตกเป็นโมฆะด้วยไม่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ และลูกหนี้เกิดหน้าที่ในอันที่จะต้องชำระเงินคืนแก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไว้นั้น โดยทันทีซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องได้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันเท่านั้น⁵¹

เมื่อสัญญาหลักประกันแบบลอยได้เกิดขึ้นแล้วคู่สัญญาตามหลักประกันจะมี 2 ฝ่าย คือ ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน โดยผู้ให้หลักประกันก็จะมีฐานะเสมือนเป็นผู้นำทรัพย์สินไปจำนองหรือจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายนี้ก็คือสิทธิในการสอบถามถึงจำนวนหนี้ที่ตนค้างอยู่กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และในทางตรงกันข้ามสิทธิของคู่สัญญา

⁴⁹ รชต จำปาทอง. (2554, น. 63). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยาลัยนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง Christopher Ryan. (1987, p.88). *Company Law*. Cambridge : ICSA Publishing Limited.

⁵⁰ รชต จำปาทอง. (2554, น. 64). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยาลัยนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง Christopher Ryan. (1987, p.88-89). *Company Law*. Cambridge : ICSA Publishing Limited.

⁵¹ รชต จำปาทอง. (2554, น. 65). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยาลัยนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง Christopher Ryan. (1987, p.87). *Company Law*. Cambridge : ICSA Publishing Limited.

ที่เป็นผู้รับหลักประกันนั้นก็จะได้แก่สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เมื่อเกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกัน ทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแบบลอยของลูกหนี้หมดสิ้นไป และจะเป็นผลให้ทรัพย์สินดังกล่าวกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และจะทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถเข้าถือเอาประโยชน์ในทรัพย์สินที่ประกันได้ตั้งแต่เวลาดังกล่าวเป็นต้นไป ทั้งนี้ ผู้ให้หลักประกันสามารถที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันแบบลอยไปเป็นหลักประกันอื่น ๆ กับบุคคลภายนอกได้อีก ไม่ว่าจะเป็นการจำนอง จำน่า หรือนำไปเป็นหลักประกันแบบลอยอีกทอดหนึ่ง ส่วนประเด็นในเรื่องของการบังคับหลักประกันนั้น จะเป็นประเด็นในเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นกับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีการแปลงสภาพ อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ก็จะหมดไปโดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่จะเกิดปัญหาขึ้นกับบุคคลภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ภายหลังจากการแปลงสภาพของหลักประกัน ในกรณีที่การแปลงสภาพของหลักประกันถือเป็นการแจ้งให้สาธารณะชนทราบแล้ว เช่นการบอกเลิกอำนาจจัดการของกรรมการบริษัทลูกหนี้ ซึ่งจะมีผลเป็นการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันในเวลาที่ยกเลิก ดังนั้นผู้รับหลักประกันในกรณีนี้จะมีสิทธิในทรัพย์สินดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลภายนอกที่เกิดขึ้นหลังจากการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทำนองเดียวกันกับการแปลงสภาพของทรัพย์สินประกันที่เกิดจากการเลิกกิจการหรือการหยุดกิจการของบริษัทลูกหนี้มีผลทำให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้อื่น แต่เหตุที่ทำให้เกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยังมีนอกเหนือที่กล่าวมาอีก เช่น การแต่งตั้ง Receiver ซึ่งโดยปกติจะมีผลเมื่อลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันได้รับการแต่งตั้งเป็นหนังสือ ประกอบกับขณะเดียวกัน Receiver ได้แสดงออกมาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่ายอมรับเป็น Receiver จึงต้องมีการกระทำบางอย่างอีกเท่าที่จำเป็น เพื่อแจ้งให้สาธารณะชนทราบถึงการเข้ามาแทรกแซงของ Receiver เช่น โดยการประกาศแจ้งให้ทราบถึงการแต่งตั้ง Receiver⁵²

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหลักประกันเพื่อป้องกันหรือแก้ไขความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น ซึ่งรวมไปถึงการบังคับหลักประกัน หรือการแต่งตั้ง Receiver (ผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน) ในกรณีที่มีการแต่งตั้ง Receiver แล้ว Receiver จะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการรวบรวมทรัพย์สิน ตลอดจนขายทรัพย์สินหรือเข้าดำเนิน

⁵² รชต จำปาทอง. (2554, น. 66-67). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยาลัยนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ธุรกิจของลูกหนี้ต่อไป หรือเจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลเพื่อเอาทรัพย์สินประกันหลุดเป็นของเจ้าหนี้ ก็ถือเป็นการบังคับหลักประกันอีกวิธีหนึ่ง ดังนั้นแล้วสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีผลต่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะมีมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาหลักประกันเป็นสำคัญ ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับบริษัทในฐานะเป็นผู้ชำระบัญชีหรือผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม หรือ Administrator receiver ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายล้มละลาย โดยจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นจึงสามารถเป็น Receiver ได้⁵³ การแต่งตั้ง receiver นั้น โดยปกติก็จะถูกแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ ซึ่งวิธีการแต่งตั้งนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธีด้วยกันคือ

(1) การแต่งตั้ง Receiver โดยศาล ตามคำขอของเจ้าหนี้ เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการแต่งตั้งนั้นมีเหตุอันสมควรและเป็นธรรม ตัวอย่างเช่น เมื่อลูกหนี้ค้างชำระเงินต้นและดอกเบี้ยเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ เมื่อบริษัทลูกหนี้หยุดกิจการค้าขาย เมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง เช่น มีการกล่าวหาว่าบริษัทลูกหนี้ดำเนินธุรกิจไปในทางที่ผิดกฎหมาย ซึ่งศาลจะพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่ากรณีนั้นๆ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีความเสี่ยงแล้วหรือไม่ เมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเข้าบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามเงื่อนไขในสัญญาให้หลักประกัน⁵⁴

(2) การแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้โดยไม่ผ่านกระบวนการศาล ในกรณีที่สัญญาหลักประกันได้ระบุให้อำนาจเจ้าหนี้ในการแต่งตั้ง Receiver เจ้าหนี้ก็มีอำนาจในการแต่งตั้ง Receiver ซึ่งเงื่อนไขที่ให้อำนาจในการแต่งตั้งนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญ ซึ่งอาจไม่เหมือนกันในแต่ละสัญญา เป็นอิสระของกลุ่มสัญญาที่จะตกลงกัน แต่อย่างไรก็ตามการแต่งตั้ง Receiver ของเจ้าหนี้นั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับดังต่อไปนี้⁵⁵

⁵³ รชต จำปาทอง. (2554, น. 69). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง R.M. Goode. (1988, p. 84). *Legal Problems of Credit and Security* Second Edition. London : Sweet & Maxwell.

⁵⁴ รชต จำปาทอง. (2554, น. 70). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง Paul Lang and H.J Hartwig. (1989, p.21). *The Law and practice of administrative Receivership and Associated Remedies*. London : Sweet & Maxwell.

⁵⁵ รชต จำปาทอง. (2554, น. 70). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์

(2.1) จะต้องไม่มี Administrative Order ที่มีผลใช้บังคับอยู่

(2.2) สัญญาหลักประกันที่กำหนดให้มีการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ นั้น มีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ตามกฎหมาย

(2.3) สัญญาประธานที่ก่อให้เกิดสัญญาหลักประกันสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย และ

(2.4) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้ง receiver ทั้ง 2 กรณีจะมีขอบอำนาจ และสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาล ถือเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ และอำนาจของ Receiver ก็จะขึ้นอยู่กับคำสั่งของศาลโดยเฉพาะ ส่วน Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ ก็จะถือว่าเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้และอำนาจของ Receiver ก็จะเป็นไปตามสัญญาที่กำหนด โดยข้อแตกต่างที่สำคัญ ๆ ระหว่าง Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลและแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้นี้มีดังต่อไปนี้⁶⁶

(1) Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีอำนาจตามที่ศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็นเพื่อให้ Receiver ปฏิบัติหน้าที่ได้สำเร็จ ดังนั้น Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลจึงมีอำนาจในลักษณะที่จำกัดต่างจาก Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ที่มีอำนาจมากกว่า

(2) Receiver ที่แต่งตั้งโดยศาลมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เนื่องจาก Receiver ที่ถูกแต่งตั้งโดยศาลจะต้องขอคำแนะนำจากศาลในกรณีที่มีสถานการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้น ซึ่ง Receiver ไม่สามารถเข้าไปจัดการตามอำนาจที่มีอยู่ แตกต่างจาก Receiver ที่แต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เนื่องจากส่วนใหญ่แล้ว Receiver เหล่านี้จะมีอำนาจในการจัดการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้

(3) วิธีการในการแต่งตั้ง Receiver โดยศาลจะมีวิธีการที่ยู่ยากกว่า และเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงเสียค่าใช้จ่ายมากกว่าการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้ ดังนั้นส่วนใหญ่แล้ว การที่เจ้าหนี้นั้นยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อแต่งตั้ง Receiver นั้นจะทำเฉพาะกรณีพิเศษซึ่งในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้สำหรับการแต่งตั้ง Receiver โดยเจ้าหนี้

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึง R.M. Goode. (1990, p.77). *Princciples of Corperate Insolvency Law*. London : Sweet & Maxwell.

⁶⁶ รชต จำปาทอง. (2554, น. 71). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

3.2.3 การนำลิขสิทธิ์มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้และการบังคับหลักประกันตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทสิทธิที่ไม่มีรูปร่างไม่อาจส่งมอบการครอบครองให้แก่กันได้ การนำลิขสิทธิ์มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ จึงกระทำในรูปแบบที่จะต้องจัดให้มีการโอนลิขสิทธิ์ไปยังเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน ซึ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ว่าการโอนจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอน และในกรณีที่เป็นการรับโอนมาจากเจ้าของลิขสิทธิ์คนแรกต้องมีเอกสารแสดงความเป็นเจ้าของสิทธิด้วย เพื่อเป็นหลักประกันแก่การนำมาใช้เป็นหลักประกัน และในสัญญาจะต้องมีข้อตกลงให้โอนลิขสิทธิ์กลับคืนมาเมื่อมีการชำระหนี้หรือไถ่ถอนหลักประกัน แต่หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ก็มีสิทธิขายลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ นั้นทั้งหมดหรือบางส่วน หรืออาจใช้วิธีการตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) เพื่อรวบรวมผลประโยชน์ที่เกิดจากลิขสิทธิ์นั้นมาชำระหนี้ดังกล่าวได้⁵⁷

การที่กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดว่าการโอนลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกันจะต้องมีการทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สามารถยืนยันต่อบุคคลภายนอกได้ เป็นผลให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจว่าลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกันเกิดภาระติดพันตามสัญญาที่ทำไว้ต่อกัน อีกทั้งยังเป็นการบอกกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบโดยปริยายว่าลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันได้ใช้ลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นหลักประกัน โดยบุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งการจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษนั้น จะต้องมีรายการดังต่อไปนี้⁵⁸

- (1) ลิขสิทธิ์ที่ใช้เป็นหลักประกัน
- (2) จำนวนเงินประกัน
- (3) ชื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน

นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวมีสภาพบังคับให้ลูกหนี้ที่มีได้ดำเนินการจดทะเบียนการโอนหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิในลิขสิทธิ์อาจมีความผิดและมีโทษปรับตามกฎหมาย

เมื่อลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับหลักประกัน หรือการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) กล่าวคือ อาจนำลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกันออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หรือเอาลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกันนั้นหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับ

⁵⁷ Peter J. Groves. (1997, p.155). *Intellectual property right and their valuation: A handbook for bankers, companies and their adviser*. England: Gresham Book Wood head Publishing Ltd.

⁵⁸ รัชต จำปาทอง. (2554, น. 64). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หลักประกัน หรือแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันเพื่อดำเนินการใด ๆ เอาแก่ลิขสิทธิ์เพื่อให้ได้เงินมาชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันก็ได้ ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะมีมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสำคัญ

การแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันนั้น ผู้ดูแลและบังคับหลักประกันจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการรวบรวม จำหน่าย ตลอดจนดำเนินการด้วยวิธีการต่าง ๆ เอาแก่ลิขสิทธิ์ที่เป็นหลักประกัน ซึ่งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันที่จะได้รับการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และโดยจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ซึ่งการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันสามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ การแต่งตั้งโดยศาล และการแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ในกรณีที่ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ระบุข้อความในเชิงที่ให้เจ้าหนี้มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันได้ ซึ่งเงื่อนไขในการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันต้องเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา

3.3 มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในการนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้

เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการประกันการชำระหนี้ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยแบ่งออกเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล ได้แก่ คำประกัน และการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ได้แก่ จำนองและจำนำ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 โดยละเอียดแล้ว ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติรองรับถึงการนำทรัพย์สินประเภทที่เป็นสิทธิมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วย ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามในการร่างกฎหมายเพื่อรองรับการนำสิทธิต่าง ๆ ที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.” โดยกำหนดหลักการสำคัญให้มีการนำทรัพย์สินในรูปแบบต่าง ๆ มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยที่ไม่ต้องมีการส่งมอบตัวทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้อีกต่อไป

3.3.1 การนำลิขสิทธิ์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มีหลักการเพื่อให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ และโดยที่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางธุรกิจและสภาพสถานะเศรษฐกิจใน

ปัจจุบันทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหลายประเภทไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันได้ ดังนั้นเพื่อแก้ไขสถานะดังกล่าวสมควรปรับปรุงระบบกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ได้มากขึ้นอันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ⁵⁹ จึงได้มีความพยายามในการผลักดันร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ให้มีผลใช้บังคับแก่การนำทรัพย์สินทุกประเภทที่มีมูลค่ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เพียงแต่ออกแบบและกำหนดให้ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายได้ ส่วนทรัพย์สินดังกล่าวจะเหมาะสมในการนำมาเป็นหลักประกันหรือไม่ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคู่สัญญา ทำนองเดียวกับจำนำ จำนองที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ แต่การที่ลูกหนี้จะจำนำ จำนองหรือเจ้าหนี้จะรับจำนำ จำนองสังหาริมทรัพย์ใดหรืออสังหาริมทรัพย์ใดย่อมเป็นดุลพินิจของคู่สัญญา ซึ่งย่อมตีความได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญาทุกชนิดสามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ฉบับนี้ได้ แต่ทรัพย์สินทางปัญญาชนิดใดที่ผู้รับหลักประกันจะตกลงรับเป็นหลักประกันหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ดังนี้ทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทที่โดยสภาพไม่มีผู้ใดผู้หนึ่งเป็นเจ้าของโดยแท้ หรือที่ใกล้จะครบกำหนดอายุการคุ้มครองแล้ว ผู้รับหลักประกันก็อาจพิจารณาไม่รับนำมาเป็นหลักประกันก็เป็นได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แล้วแต่ดุลพินิจของคู่สัญญา⁶⁰

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ เป็นระบบกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจรูปแบบใหม่ที่ประเทศไทยมีความพยายามแก้ไขวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจโดยใช้มาตรการต่าง ๆ ในทางปฏิบัติองค์กรธุรกิจและสถาบันการเงินต่าง ๆ ประสบปัญหาในการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นก็คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจำนองและจำนำ มีข้อจำกัด กล่าวคือ กฎหมายลักษณะจำนำบังคับว่าจะต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำซึ่งเป็นผลให้ลูกหนี้หรือผู้จำนำไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในการผลิต จำหน่าย หรือทำประโยชน์อื่นในทางเศรษฐกิจ ส่วนการจำนองแม้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้หรือ

⁵⁹ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.

⁶⁰ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, กำชัย จงจักรพันธ์. (2557, น. 69). เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ. กรุงเทพฯ: บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด.

ผู้รับจ้างเองแต่กฎหมายก็จำกัดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาจ้างองได้ไว้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันทรัพย์สินหลายประเภทซึ่งมีคุณค่าในทางเศรษฐกิจไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ได้ ด้วยเหตุนี้เองทำให้องค์กรธุรกิจและสถาบันการเงินต่าง ๆ หาทางแก้ปัญหาโดยใช้วิธีการร่างสัญญาให้มีข้อกำหนดในลักษณะพิเศษโดยหวังว่าจะมีผลในทางกฎหมายตามที่คู่สัญญาประสงค์จะผูกพันกัน อย่างไรก็ตามยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวจะมีผลผูกพันบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่เพียงใด นอกจากนี้ในกรณีที่ลูกหนี้ตกอยู่ในภาวะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวก็อาจจะเกิดปัญหากับเจ้าหนี้ตามสัญญาดังกล่าว เนื่องจากเจ้าหนี้ตามสัญญาเหล่านี้จำนวนมากอาจไม่ถึงว่าเป็น “เจ้าหนี้มีประกัน” ตามกฎหมายล้มละลายและมีได้มีบุริมสิทธิใด ๆ ของลูกหนี้ได้ การที่ไม่มีกฎหมายรองรับในเรื่องดังกล่าวโดยแน่นอนทำให้มีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการลงทุนของนักลงทุนไทยและต่างประเทศ ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้ทั้งหลายรายต้องแก้ปัญหาโดยให้ลูกหนี้ไปสร้างหลักประกันในประเทศอื่นที่มีกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันที่รองรับในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน สภาพการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดผลเสียหายในทางเศรษฐกิจ คณะอนุกรรมการพิจารณามาตรการทางกฎหมาย จึงจัดทำร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ขึ้นเพื่อเปิดช่องให้มีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ เพื่อให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ ทั้งนี้โดยมุ่งหมายที่จะใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

จากการศึกษากฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้ครอบคลุมถึงสิทธิต่าง ๆ รวมถึงสิทธิด้วย อันแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยซึ่งไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้ การมีมาตรการในการนำสิทธิในสิทธิมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะทำให้สิทธิซึ่งนับว่าเป็นสิทธิที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจอย่างมากสามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

หลักเกณฑ์การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶¹ ส่วนผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁶² ซึ่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ก็ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สถาบันการเงิน” ไว้ว่า “สถาบันการเงิน” หมายความว่า (1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน (2)

⁶¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 6.

⁶² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 7.

บริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันประกันวินาศภัย (3) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น⁶³

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ยังได้กำหนดแบบของการทำสัญญาให้หลักประกันไว้ว่า สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน⁶⁴ ทั้งนี้เพราะการจดทะเบียนมีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลทั่วไปได้อย่างดีเพราะจะต้องมีการตรวจสอบความถูกต้องของข้อความที่จะนำไปจดทะเบียน โดยหน่วยงานของรัฐด้วย นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ยังได้กำหนดรายการที่จะต้องมีการในจดทะเบียนไว้ด้วยดังนี้⁶⁵

- (1) วัน เดือน ปี และเวลาที่จดทะเบียน
- (2) ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน
- (3) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน
- (4) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกัน และอัตราหรือจำนวนค่าตอบแทนผู้บังคับหลักประกันในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน
- (5) หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระหนี้
- (6) รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน หากเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้ระบุประเภทของทะเบียน หมายเลขทะเบียน และนายทะเบียนไว้ด้วย หากเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจให้ระบุประเภท และมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย
- (7) ข้อความซึ่งแสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
- (8) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
- (9) เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา

⁶³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 3.

⁶⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 13.

⁶⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 18.

3.3.2 การบังคับหลักประกันที่เป็นลิขสิทธิ์ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

พ.ศ.

การบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. แบ่งได้เป็นการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ซึ่งบทบัญญัติที่สามารถนำมาใช้แก่การบังคับหลักประกันที่เป็นลิขสิทธิ์ได้ก็คือการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งปรากฏอยู่ใน หมวด 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กล่าวคือ เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้น และผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันไปยังผู้ให้หลักประกันแล้ว กฎหมายห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือกระทำการใด ๆ อันทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันบุบสลายหรือเสื่อมค่าลง และให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁶

ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กำหนดว่าคู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดเหตุที่จะบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นประการใดก็ได้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁷ โดยได้วางแนวทางบังคับหลักประกันเป็น 2 กรณีหลัก ๆ ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาตกลงกันได้ และกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันไม่ได้ ซึ่งหากภายหลังมีการผิดสัญญากันขึ้นแล้วคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ยินยอมส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้หนี้ก็ยอมระงับสิ้นไปโดยไม่ต้องมีการฟ้องร้องบังคับคดีกันแต่อย่างใด แต่หากลูกหนี้ไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะยังมีข้อโต้แย้งโต้เถียงเรื่องนี้อยู่ หรือโต้แย้งเรื่องให้บังคับหลักใด ๆ ก็ตาม เมื่อมีข้อพิพาทกัน ก็ต้องไปฟ้องศาลตามปกติ และในกรณีนี้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้ออกแบบให้การพิจารณาคดีโดยศาลมีความกระชับ รวดเร็ว และในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ อาทิเช่น ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็ว และออกหมายเรียกไปยังผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในหมายนั้นให้แจ้งเหตุที่ผู้รับหลักประกันร้องขอต่อศาล วิธีการบังคับหลักประกันตามคำร้องและข้อความว่าให้ผู้ให้หลักประกันมาศาล เพื่อให้การและสืบพยานในวันเดียวกันเพื่อความรวดเร็วในการพิจารณาคดี ให้ศาลนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเว้นแต่กรณีมีพฤติการณ์

⁶⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 40.

⁶⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 11.

พิเศษอันมิอาจก้าวล่วงได้⁶⁸ เพื่อให้การพิจารณาคดีมีความต่อเนื่อง เป็นต้น ซึ่งการกำหนดให้การดำเนินคดีเป็นไปโดยรวดเร็วนี้เป็นหลักการที่เป็นประโยชน์แก่ทั้งเจ้าหน้าที่และลูกหนี้ เพราะต้องไม่ลืมว่ายิ่งช้า ดอกเบี้ยก็เดินทุกวัน ไม่มีวันหยุด และยังเป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักสากล “Justice delayed is justice denied.”⁶⁹

ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันผู้รับหลักประกันก็ต้องมีหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้และผู้ให้หลักประกันชำระหนี้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าว และให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวให้ผู้รับหลักประกันอื่นและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบด้วย เว้นแต่จะเป็นกรณีของสลดเสียได้ ทั้งนี้หากผู้รับหลักประกันไม่ได้รับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือก็สามารถบังคับหลักประกันได้ 2 วิธี คือ

- (1) จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีการประมูล โดยเปิดเผย
- (2) การเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ

โดยหากไม่มีหนังสือคัดค้านการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิก็ให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและดอกผลที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกันแต่หากผู้รับหลักประกันได้รับหนังสือคัดค้าน ก็จะต้องดำเนินการบังคับหลักประกัน โดยวิธีการประมูล โดยเปิดเผย⁷⁰

ส่วนในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับหลักประกัน โดยระบุวิธีการบังคับหลักประกันที่ต้องการด้วยว่าจะบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิหรือโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้⁷¹

ส่วนเงินเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และดอกผลที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้จัดสรรชำระตามลำดับดังต่อไปนี้

⁶⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 49.

⁶⁹ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, คำชัย จงจักรพันธ์. (2557, น. 72). เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ. กรุงเทพฯ: บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด.

⁷⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 41 มาตรา 42 และมาตรา 46.

⁷¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 48.

(1) ค่าใช้จ่ายในการสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 47

(2) ค่าใช้จ่ายตามสมควรรวมทั้งค่าธรรมเนียมหรือค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดจากการตามสมควร

(3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ

(4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินตามมาตรา 41

(5) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

ถ้าจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระ เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้⁷²

3.3.2.1 เปรียบเทียบการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนำ

เนื่องจากลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างชนิดหนึ่งจึงไม่อาจมีการส่งมอบหลักประกันให้แก่กันได้ แต่กรณีของการจำนำต้องมีการส่งมอบหรือโอนการครอบครองไปยังผู้รับจำนำ สัญญาจำนำจึงจะสมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้ทำให้อาจเกิดปัญหาในเมื่อถึงเวลาครบกำหนดชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ การบังคับเอาแก่หลักประกันที่เป็นลักษณะกับการบังคับจำนำจึงมีความแตกต่างกันมาก

การบังคับจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ผู้รับจำนำต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ก่อนจะให้ชำระหนี้และอุปกรรมภายในเวลาอันควรซึ่งกำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำก็สามารถนำทรัพย์สินที่นำมาจำนำออกขายได้โดยการขายทอดตลาด และต้องมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้จำนำบอกเวลา และสถานที่ซึ่งจะขายทอดตลาดด้วย⁷³ หากไม่สามารถบอกกล่าวได้ก็ต้องรอเวลาครบหนึ่งเดือนก่อนจึงจะสามารถนำออกขายทอดตลาดได้⁷⁴

กล่าวโดยสรุปได้ว่าการบังคับจำนำแตกต่างจากการบังคับหลักประกันร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ในข้อสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

⁷² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 54.

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 764.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 765.

(1) เจ้าหน้าที่ผู้รับจําสามารถดำเนินการบังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่จําได้ทันทีเนื่องจากทรัพย์สินที่จําน้อยกว่าผู้รับจําน้อยอยู่แล้ว แต่การบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจนั้น เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ได้อยู่กับผู้รับหลักประกัน จึงต้องทำการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังผู้ให้หลักประกันเพื่อให้ส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และต้องใช้เวลาลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันชำระหนี้อย่างน้อย 15 วัน ก่อนดำเนินการบังคับหลักประกันต่อไป

(2) การบังคับจําสามารถดำเนินการได้โดยการเอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเท่านั้น แต่การบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ สามารถดำเนินการได้ทั้งการขายทรัพย์สินและการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิ

(3) การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ จะต้องดำเนินการโดยผู้บังคับหลักประกัน แต่ในการจําไม่สามารถจํากิจการได้ และไม่ได้แยกวิธีการบังคับจําตามประเภททรัพย์สินที่นำมาจําแต่อย่างใด

3.3.2.2 เปรียบเทียบการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจําสิทธิมีตราสาร

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750 กำหนดให้ สิทธิที่จะนำมาเป็นหลักประกันหนี้ได้จะต้องมีตราสาร นอกจากนั้นแล้วจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิ นั้นด้วย แต่กำหนดให้ สิทธิที่จะนำมาเป็นหลักประกันหนี้ได้จะต้องมีตราสาร นอกจากนั้นแล้ว จะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิ นั้นด้วย และนอกจากนี้ ในมาตรา 751 กำหนดให้การจําตราสารชนิดออกให้แก่บุคคลเพื่อเขาสั่ง ต้องมีการสลักหลังการจําให้ปรากฏบนตราสารนั้น แล้วจึงมอบให้แก่ผู้รับจํา หากไม่มีการสลักหลัง คู่สัญญาจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ แต่การจําในกรณีนี้ไม่ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งตราสาร แต่สิทธิไม่มีตราสารชนิดที่ออกให้แก่บุคคลที่เขาสั่ง และไม่มีลูกหนี้แห่งสิทธิในอันที่จะบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งตราสาร จึงไม่สามารถจําแบบตราสารได้ตามมาตรา 751 อีกทั้งการ โอนสิทธิสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องทำโดยผ่านตราสารหรือเอกสารที่เจ้าหน้าที่หรือผู้รับจําถืออยู่ อย่างกรณีของการ โอนสิทธิซึ่งมีตราสาร จึงไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยการจําสิทธิมีตราสารมาใช้บังคับแก่การนำสิทธิมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้รับหลักประกันได้

3.3.2.3 เปรียบเทียบการบังคับหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจํานอง

การบังคับจํานอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้รับจํานองต้องมิจดหมายบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนจะให้ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควรตามที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าว ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามคำบอกกล่าวนั้น ผู้รับจํานองจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึด

ทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาดก็ได้⁷⁵ หรือหากเข้าเงื่อนไขในการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ กล่าวคือ ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี และผู้จำนองมิได้แสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ ทั้งจะต้องไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกัน ผู้รับจำนองก็สามารถบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิได้⁷⁶ ซึ่งการบังคับจำนองและการบังคับหลักประกันทางธุรกิจนั้นมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ สามารถเลือกบังคับหลักประกันได้ 2 วิธี คือการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือการเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิก็ได้ อย่างไรก็ตามมีข้อแตกต่างระหว่างการบังคับจำนองและการบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายจำนอง ไม่มีการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการทั้งกิจการ ซึ่งต้องดำเนินการโดยผู้บังคับหลักประกัน

(2) การบังคับจำนองนั้น จะต้องดำเนินการโดยผู้รับจำนองทำการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนอง⁷⁷ แต่ตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจหากผู้ให้หลักประกันยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันก็สามารถดำเนินการบังคับหลักประกันต่อไปได้โดยไม่ต้องฟ้องบังคับหลักประกันต่อศาลแต่อย่างใด

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729.

⁷⁷ สถิตย์ เล็ง ไชยสง. (2544, น. 116). คำอธิบายคำประกัน จำนอง จำนำ การติดพันในอสังหาริมทรัพย์และยึดหน่วง. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร.