

บทที่ 2

วิวัฒนาการของหลักการประกันหนี้และแนวคิดที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้

การเจริญเติบโตของระบบเศรษฐกิจโลกทำให้มีธุรกิจทั้งขนาดกลางและขนาดเล็กเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากและต่างก็ต้องอาศัยเงินทุนในการประกอบธุรกิจ จึงได้มีแนวคิดที่ให้นำเอาทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจบางประเภทมาเป็นหลักประกัน เช่น วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า กิจการสินค้าคงคลัง เป็นต้น เพื่อให้สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้นมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เพราะกฎหมายหลักประกันที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถใช้บังคับครอบคลุมถึงทรัพย์สินดังกล่าวได้ เนื่องจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอาจมีรูปแบบวิธีการให้หลักประกันซึ่งรวมถึงวิธีการบังคับหลักประกันที่แตกต่างจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบจำนอง จำนำ ดังนั้นในบทนี้จะกล่าวถึงวิวัฒนาการของหลักการประกันหนี้และแนวคิดพื้นฐานในการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ทั้งของต่างประเทศและไทย

2.1 วิวัฒนาการของหลักประกันหนี้

การประกันการชำระหนี้ในเรื่องของการจำนองและจำนำนั้นมิมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมันและได้มีการพัฒนา รูปแบบให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมมาจนถึงปัจจุบัน ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงการประกันหนี้ในสมัยโรมันการประกันหนี้ตามกฎหมายเก่าของไทยและในเรื่องของสัญญาขายฝากทาสตลอดถึงแนวทางในการกำหนดหลักประกันหนี้ตามกฎหมายสมัยใหม่

2.1.1 การประกันหนี้ในสมัยโรมัน

การประกันหนี้สมัยโรมันมีรูปแบบที่สำคัญด้วยกัน 2 กรณี คือ

ก. Pignus (จำนำ) ของกฎหมายโรมันมีลักษณะเดียวกับการจำนำตามมาตรา 747 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองเหนือทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้ยังมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินอยู่ และลูกหนี้มีสิทธิได้รับทรัพย์สินดังกล่าวคืนเมื่อทำการชำระหนี้

ข. Hypotheca (จำนอง) ของกฎหมายโรมันมีลักษณะเกี่ยวกับการจำนองตามมาตรา 702 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองและไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้และสามารถใช้กับเจ้าหนี้ได้หลายราย โดยเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนรายแรกมีสิทธิดีกว่ารายหลัง

Pignus (จำนำ) เป็นสัญญาสองฝ่ายและมีการส่งมอบทรัพย์สินที่มีรูปร่างให้แก่ผู้ให้ยืมเงิน (Pignerator) เป็นการประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้ยืมเงินได้รับการครอบครองทรัพย์สินโดยชอบด้วยกฎหมาย¹

Pignus (จำนำ) พัฒนามาจาก Fiducia (การรักษาทรัพย์สิน) หรือเรียกโดยเคร่งครัดว่า Doinium Fiduciarium (กรรมสิทธิ์ในลักษณะพิทักษ์ทรัพย์สิน) ซึ่งเป็นการส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้ยืมเงินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแบบ Fiducia (การรักษาทรัพย์สิน) ต้องทำเป็นพิธีการ กล่าวคือ ต้องมีการยกทรัพย์สินให้ต่อหน้าไพเรเตอร์ สัญญา Pignus (จำนำ) เมื่อผู้ให้ยืมเงินได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้วสามารถที่จะจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ยืมเงินไม่ชำระหนี้² การส่งมอบทรัพย์สินใน Pignus (จำนำ) ทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้ยืมเงิน ซึ่งถือว่าเป็นการสละการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำหรือเจ้าหนี้

เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนำตามสัญญาจำนำ (Pignus) มีหน้าที่ดังนี้

1. ต้องทำให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่สภาพเดิมเมื่อหนี้ได้ถูกชำระหรือได้ถูกยกเลิกไปแล้ว
2. ถ้าหากทรัพย์สินที่จำนำนั้นถูกขายต้องทำให้ส่วนที่เหลือกลับคืนสู่สภาพเดิม ถ้ามีภายหลังที่ได้ชำระหนี้แล้ว
3. ต้องดำเนินการดูแลการเก็บเกี่ยวด้วยความระมัดระวัง (Exacta Diligentia) กล่าวคือ ต้องเก็บเกี่ยวดอกผลของทรัพย์สินนั้น ถ้ามี แล้วใช้ชำระดอกเบี้ยก่อนแล้วจึงชำระเงินต้นแต่คู่สัญญาอาจตกลงกันให้เจ้าหนี้เก็บดอกผลเป็นดอกเบี้ยก็ได้
4. ในกรณีจำนำสังหาริมทรัพย์ตามปกติ เจ้าหนี้จะใช้ทรัพย์สินนั้น ไม่ได้เว้นแต่ข้อสัญญาจะยอมให้ใช้ได้ ถ้าเจ้าหนี้นำไปใช้โดยไม่สุจริตจะมีความผิดฐานลักทรัพย์

ลูกหนี้หรือผู้จำนำตามสัญญาจำนำ (Pignus) มีหน้าที่ดังนี้

1. จ่ายค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้ได้จ่ายเพื่อความจำเป็นและเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินที่จำนำ

¹ ประชุม โฉมฉาย. (2541). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 197.

² เรื่องเดียวกัน. หน้า 198.

³ R.W. Lee (1994). *Elements of Roman Law*. Sweet & Maxwell. Limited. p.295.

2. ชดใช้ค่าเสียหายและค่าชดเชยที่เจ้าหนี้ได้รับเพราะการกระทำของทรัพย์สินที่จำนำ หรือความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ลูกหนี้รู้หรือควรได้รู้ถึงคุณสมบัติของทรัพย์สินที่อาจก่อให้เกิด ความเสียหายได้

3. จ่ายค่าเสียหายหากจำนำทรัพย์สินซึ่งไม่ใช่ของลูกหนี้ และทำให้เจ้าหนี้ต้องสูญเสีย หลักประกันไป

นอกจากนี้แล้ว เมื่อเจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินนั้นจะต้องคุ้มครองและดูแลทรัพย์สินนั้น อย่างดีหากเจ้าหนี้ปฏิบัติต่อทรัพย์สินนั้นอย่างไม่ถูกต้องสัญญาที่ระงับ เป็นต้นว่า ในกรณีที่เจ้าหนี้นำ ทาสไปค้าประเวณีหรือบังคับให้กระทำการอันเป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงแล้วสัญญาจำนำ (Pignus) จะระงับทันที⁴ เจ้าหนี้มีสิทธิรับชำระค่าใช้จ่ายต่างๆที่เกิดขึ้นจากการดูแลทรัพย์สินนั้น หากเจ้าหนี้มี ผลกำไรจากทรัพย์สินนั้นให้หักกลบลบกำไรนั้นออกจากหนี้ประชาชน ถ้าหนี้ถูกชำระหมดแล้วเจ้าหนี้ ต้องคืนทรัพย์สินพร้อมทั้งดอกผลที่งอกจากทรัพย์สินนั้น ลูกหนี้จะบังคับให้เจ้าหนี้ปฏิบัติตามหน้าที่ของ เจ้าหนี้ได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้แล้วหรือพร้อมที่จะชำระหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับชำระ เจ้าหนี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินนั้น ได้ ต่อมามีการพัฒนาว่าจะมีการทำสัญญาระบุให้อำนาจเจ้าหนี้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ Pignus ได้ จนในที่สุด Pignus ถูกพัฒนาจนเจ้าหนี้มีสิทธิจำหน่าย จ่าย โอน เว้นแต่กรณีที่คู่สัญญาจะ ตกลงไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอน เมื่อจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นแล้วให้นำเงินมาหักชำระหนี้ถ้ามีเงิน เหลือจะต้องคืนลูกหนี้ ปรากฏว่าในทางปฏิบัติมีการตกลงกันอยู่เนืองๆในสัญญาว่า หากลูกหนี้ไม่ ชำระหนี้ให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของเจ้าหนี้เลยซึ่งมีความแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย Justinian ที่ได้ยอมให้คู่กรณีตกลงกันเองถึงเงื่อนไขและเวลาของการขายทรัพย์สินนั้นได้แต่คู่สัญญาไม่มีสิทธิ ตกลงห้ามไม่ให้ขายในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงกันให้เจ้าหนี้จำหน่ายทรัพย์สินได้หลังจากส่งคำบอกกล่าว แล้วถึง 3 ครั้ง หรือโดยคำสั่งตุลาการ หรือหลังจากรอเวลามาแล้วถึง 2 ปี ถ้าไม่มีผู้ซื้อเจ้าหนี้อาจให้ องค์จักรพรรดิบัญญัติอนุญาตให้ยึดครองทรัพย์สินนั้นในฐานะเจ้าของก็ได้ อย่างไรก็ดี แม้จะมีปัญหา ดังกล่าวแล้วลูกหนี้ยังมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินนั้นได้ภายใน 2 ปี นับจากวันที่มีคำบัญชา

หลักประกันอีกชนิดหนึ่งได้แก่ Hypotheca (จำนอง) ซึ่งมีรูปแบบที่เป็นคุณต่อลูกหนี้ มากที่สุด กล่าวคือ ลูกหนี้จะยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินและยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้น ได้ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดจะสามารถมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวของลูกหนี้ Hypotheca (จำนอง) โดยส่วนใหญ่แล้วจะใช้กับการจำนองที่ดิน ถึงแม้ว่ายังใช้กับสังหาริมทรัพย์ด้วย เข้าใจว่า Hypotheca (จำนอง) นี้ คงเกิดมาจากการพัฒนาการทางสภาพเศรษฐกิจในสมัยนั้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

⁴ Andrew Borkowski. (1994). *Text Book on Roman Law*. London: Blackstone Press Limited. p.289.

เมื่อเกษตรกรเช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตร เกษตรกรก็จะนำสิ่งของและอุปกรณ์เข้ามา
 ในที่ดินที่เช่า เพื่อทำการเกษตรและเมื่อเกษตรกรทำการกู้ยืมเงินไม่สามารถทำสัญญา Pignus (จำนำ)
 หรือ Fiducia (การรักษาททรัพย์สิน) โดยใช้สิ่งของและอุปกรณ์เป็นหลักประกันได้เพราะตาม
 เงื่อนไขของสัญญาทั้ง Pignus (จำนำ) และ Fiducia (การรักษาททรัพย์สิน) นี้ เกษตรกรต้องสูญเสีย
 การครอบครองทรัพย์เหล่านั้นไป เกษตรกรจำต้องครอบครอง วัว ควาย และอุปกรณ์ที่ใช้ใน
 การเกษตรกรรมและต้องอาศัยทาสเพื่อช่วยทำงานอีกด้วยหากเกษตรกรสูญเสียการครอบครองของ
 สิ่งเหล่านี้ ดังนั้น ก็ไม่สามารถทำการเกษตรเพื่อชำระหนี้ได้ จึงจำเป็นที่จะต้องมีรูปแบบของ
 หลักประกันใหม่ที่ลูกหนี้สามารถครอบครองหลักประกันนั้นได้อยู่ การพัฒนาทางกฎหมายนี้อาจ
 เป็นผลของการยึดถือปฏิบัติกันมานาน ในสมัยนั้นว่า ผู้เช่าที่ดินเพื่อทำการเกษตรยินยอมให้เจ้าของ
 ที่ดินมีสิทธิเหนือสินค้าและผลผลิตที่ลูกหนี้ได้ทำขึ้นบนที่ดินที่เช่านั้นเป็นหลักประกันการชำระค่า
 เช่าที่ดิน และการที่ผู้เช่าบ้านยอมให้เครื่องเรือนของผู้เช่าที่อยู่ในบ้านนั้นเป็นหลักประกันการชำระ
 ค่าเช่าบ้านด้วยเมื่อมีการปฏิบัติกันมานาน ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้จึงเห็นว่าเจ้าหนี้สามารถมี
 หลักประกันโดยที่เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองหลักประกันนั้นและในช่วงเวลาดังกล่าวลูกหนี้สามารถ
 ครอบครองและใช้สอยทรัพย์ซึ่งเป็นหลักประกันนั้นอีกด้วย หลักประกันแบบ Hypotheca (จำนอง)
 จึงถูกพัฒนาขึ้นมาใช้กับทั้งที่ดินและสังหาริมทรัพย์ลักษณะของ Hypotheca (จำนอง) พอสรุปได้ว่า
 เป็นข้อตกลงว่าหากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ใน
 ระหว่างที่ยังไม่มีการผิดนัดชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองเหนือทรัพย์สินที่
 เป็นหลักประกัน การใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามแบบ Hypotheca (จำนอง) นี้ ลูกหนี้สามารถ
 ใช้ทรัพย์สินชิ้นเดียวนำมากู้เงินได้หลายครั้ง โดยหลักที่ว่าเจ้าหนี้รายใดได้ถือ Hypotheca (จำนอง)
 ก่อนจะมีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ผู้จดทะเบียนภายหลังได้เนื่องจากบุริมสิทธิของเจ้าหนี้จะเป็นไปตามหลัก
 ก่อนหลัง สัญญาจำนองนั้น ลูกหนี้มีหน้าที่แจ้งต่อผู้ที่จะเป็นเจ้าหนี้ของตนว่าได้มีการทำสัญญา
 จำนองไว้กับเจ้าหนี้อื่นด้วย การละเลยในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เป็นความผิดทางอาญา
 ของลูกหนี้ ต่อมาในปลายสมัยจักรวรรดิโรมันได้มีการเปลี่ยนแปลงลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ใหม่
 โดยให้ผู้จดทะเบียนสัญญาจำนองก่อนมีสิทธิเหนือกว่าผู้ที่จดทะเบียนจำนองภายหลัง ไม่ทราบแน่ชัดว่า
 มีการเริ่มใช้ Hypotheca (จำนอง) ตั้งแต่เมื่อใด แต่พบหลักฐานว่ามีการใช้ Hypotheca (จำนอง) นี้มาตั้งแต่
 สมัย 234-149 ปีก่อนคริสตกาลหรือสมัยเมื่อ 2 พันปีเศษมาแล้ว

⁵ H.F. Jolowicz. (1954). *Historical Introduction to Roman Law*. New York: The Syndics of the Cambridge University Press. p.319.

2.1.2 แนวทางการกำหนดหลักประกันหนี้ตามกฎหมายสมัยใหม่

ดร.รองพล เจริญพันธุ์ ได้ศึกษาค้นคว้าทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอก เรื่อง Construction of a Model of Security Law through the Methodology of Neo - Hegelianism มีความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับวิวัฒนาการของหลักประกันหนี้ดังนี้

1) การประกันหนี้ก่อนศตวรรษที่ 19⁶

ภายหลังที่ Norman ได้ปกครองอังกฤษแล้ว รูปแบบที่ใช้ในการประกันสังหาริมทรัพย์มีอยู่เพียงแบบเดียวคือจำนำ ซึ่งก็เป็นรูปแบบของการประกันหนี้ที่ใช้อยู่ในการจำนำสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน การประกันนี้เรียกว่า Vadium ซึ่งก็เหมือนกับการที่ใช้ในการประกันด้วยอสังหาริมทรัพย์ในตอนช่วงต้นศตวรรษที่ 18 การจำนำสังหาริมทรัพย์มีที่มาจากกฎหมายในสมัยโรมันซึ่งในที่นี้เรียกว่า Pignus ซึ่งมี 4 รูปแบบ คือ Muutum, Commodatum, Depositum และ Pignus⁷

ในกรณีของการจำนำสังหาริมทรัพย์ผู้จำนำมิได้สละไปซึ่งความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น ผู้รับจำนำจึงได้ไปเพียงแต่การครอบครองทรัพย์สินที่จำนำเท่านั้น สิทธิของผู้รับจำนำในทรัพย์สินนั้นให้สิทธิในการที่จะฟ้องคืนซึ่งทรัพย์สินที่ถูกยึดหน่วงโดยมิชอบด้วยกฎหมายในการที่จะเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้กระทำความผิด พัฒนาการของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในศตวรรษที่ 17 เป็นไปเช่นนี้ผู้รับจำนำที่ครอบครองทรัพย์สินไว้สามารถฟ้องจับไล่คนที่บุกรุกเข้ามาได้ ในการนี้หากผู้รับจำนำมีความประสงค์ที่จะดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เพราะสัญญาจำนำก่อให้เกิดทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนำแต่อย่างไรก็ตามผู้รับจำนำย่อมไม่มีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินที่จำนำนั้นได้

หลักกฎหมายดั้งเดิมที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 17 การจำนองสังหาริมทรัพย์ก่อให้เกิดสิทธิบางอย่างแก่เจ้าหนี้โดยปราศจากการโอนไปซึ่งการครอบครอง การครอบครองยังคงอยู่ที่ผู้จำนอง แต่ผู้รับจำนองย่อมสามารถอาศัยสิทธิจำนองเพื่อบังคับจำนองจากทรัพย์สินดังกล่าวและใช้ขันบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม คดี Twyne ในปี ค.ศ. 1601 ตัดสินโดยทำลายหลักการนี้อย่างเด็ดขาด โดยได้ตัดสินว่าการโอนไปซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยปราศจากการส่งมอบการครอบครองเป็นการโอนที่ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ กฎหมายฉบับ ค.ศ. 1570 บัญญัติว่าการโอนทรัพย์สินที่ดินหรือสินค้าที่สร้างขึ้นเพื่อผ่อนหรือเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่นตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาที่กระทำดังกล่าวจะถูกลงโทษจำคุก 6 เดือน ในปี ค.ศ. 1600 มีคดีเกิดขึ้นคือ Pierce ซึ่งเป็นคนเลี้ยงแกะ

⁶ Rongphol Charoenphandhu. (1975). *Construction of a Model of Security Law Through the Methodology of Neo-Hegelianism*. Ph.D. thesis. p.431-433.

⁷ Muutum คือ สัญญาเช่าใช้สัณเป็ลือง Commodatum คือ สัญญาเช่าใช้คงรูป Depositum คือ สัญญาฝากทรัพย์สิน และ Pignus คือ สัญญาจำนำ.

เป็นหนี้ Twyne 400 ปอนด์ และเจ้าหนี้อื่น 200 ปอนด์แต่เขามีทรัพย์สินทั้งหมดเพียง 300 ปอนด์ เจ้าหนี้อื่นได้ฟ้อง Pierce แต่ในระหว่างนั้น Pierce ได้ตกลงโอนทรัพย์สินของตนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ตกเป็นสิทธิแก่ Twyne เพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม Pierce ยังคงครอบครองทรัพย์สินเหล่านั้นอยู่ เจ้าหนี้อื่นเมื่อมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้วจึงขอให้มัติหรือขอบังคับคดีจากเกาะของ Pierce ต่อมา Twyne จึงคัดค้านว่าตนเป็นเจ้าของเกาะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี ศาลตัดสินว่าการส่งมอบของ Pierce เป็นการชำระหนี้ที่เป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้อื่น ศาลตัดสินคดีนี้อยู่บนพื้นฐานของการที่ Pierce ได้ครอบครองทรัพย์สินไว้ และใช้สอยเสมือนทรัพย์สินของตนเองเป็นการใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการโกงหรือฉ้อฉลผู้อื่น จากคดีนี้จึงได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับเรื่องการจำนองโดยอาศัยเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากผลของคดีนี้จะเห็นได้ว่าการจำนองสังหาริมทรัพย์ที่สมบูรณ์นั้นผู้รับจำนองจะต้องได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว⁸ กลางศตวรรษที่ 19 คดี Twyne เริ่มถูกลบล้างโดยผลของกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายในปี ค.ศ. 1854 ซึ่งนำเอาระบบทะเบียนเข้ามาใช้บังคับการซื้อขายสังหาริมทรัพย์บางอย่างไม่ว่าจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ตาม ผู้รับโอนจะมีอำนาจยึดถือครอบครองทรัพย์สินอย่างเป็นทางการได้ก็แต่โดยการจดทะเบียนเสียก่อน ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเริ่มมีการไม่ยอมรับหลักในคดี Twyne โดยมีแนวคิดว่าจะต้องจดทะเบียนจึงจะใช้ได้ ในทางปฏิบัติการจำนองประกันหนึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ แต่ในบางกรณีอย่างการประกันด้วยสินค้าและเครื่องมือทางการเกษตรมิได้มีการนำหลักเรื่องการจดทะเบียนมาใช้บังคับ ซึ่งการกระทำเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการสนับสนุนการให้สินเชื่อในการซื้อสินค้าและอุปกรณ์ทางการเกษตรในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม⁹

การประกันด้วยทรัพย์สินในบางกรณีเป็นวิธีการที่แปลกคือ ในขณะที่ทำสัญญานั้นยังไม่มีตัวทรัพย์สินอยู่ เช่น การที่ผู้รับจำนองยอมทำสัญญาจำนำพืชที่เพาะปลูกบนดิน แต่ในขณะที่ทำสัญญา ผู้จำนำเพียงจะนำเมล็ดมาปลูกลงบนดินเท่านั้น แต่พืชดังกล่าวยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ หรือในกรณีของการรับจำนำขนของแกะ โดยในขณะที่นั้นขนแกะยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ในกรณีเช่นนี้ก็สามารทำได้ หลักนี้เริ่มต้นใช้กับการจำนำทรัพย์สินบางอย่างในศตวรรษที่ 12 แล้วขยายไปถึงการจำนำทรัพย์สินอื่นๆ ในศตวรรษที่ 13 และ 14 ต่อมาในศตวรรษที่ 17 ได้มีความพยายามปรับใช้หลักนี้ขยายไปถึงพืชผลทางการเกษตรที่เพาะปลูกลงบนที่ดิน โดยประสงค์จะให้ผลบังคับเป็นการทั่วไป

⁸ Rongphol Charoenphandhu, supra.note.6. p.437-440.

⁹ Ibid. p.447-450.

แต่วิธีปฏิบัติดังกล่าวก็ยังมีได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติมากนัก จนกระทั่งมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมในศตวรรษที่ 19

2) การพัฒนาของการจ้างงานเพื่อที่จะไปสู่ความต้องการทางเศรษฐกิจ

ในศตวรรษที่ 17 และ 18 เป็นยุคของการเริ่มต้นระบบทุนนิยม สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นสังคมการใช้สินเชื่อ แต่ความต้องการในการให้สินเชื่อก็ยังไม่สูงมาก ที่ดินยังคงเป็นสิ่งที่เป็นตัวหลักในการให้สินเชื่อ อย่างไรก็ตามในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรมมอสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ดังนั้นจึงได้มีการนำสังหาริมทรัพย์ไปใช้เป็นหลักประกันแห่งหนึ่งมากขึ้น เช่น การนำสินค้า เครื่องมือในการผลิต เป็นต้น มาเป็นหลักประกันในศตวรรษที่ 19 นั้นการนำสังหาริมทรัพย์ยังไม่มีเหมาะสมกับธุรกิจ เพราะจำนำจะขาดองค์ประกอบเรื่องการครอบครองมิได้ หากในระหว่างที่สัญญาจำนำมีผลบังคับมีพฤติการณ์ที่ทรัพย์สินที่จำนำได้กลับคืนมาสู่การครอบครองของผู้จำนำสัญญาจำนำ กฎหมายถือว่าจำนำย่อมระงับสิ้นไป ส่วนการประกันด้วยสังหาริมทรัพย์อีกกรณีหนึ่งก็คือการจ้างมอสังหาริมทรัพย์ มีข้อจำกัดต่างๆอีกมากมายที่ปรากฏในศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 ในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงมีความจำเป็นที่จะต้องคิดค้นหลักประกันแบบใหม่ขึ้นมาโดยใช้รูปแบบสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งก็จะมีปัญหาเกิดขึ้นคือสัญญาต่างๆเหล่านั้นมีเทคนิควิธีการที่แตกต่างกัน และขาดความเป็นเอกภาพ ย่อมเป็นอุปสรรคขัดขวางการพัฒนาของหลักประกันหนี้¹⁰

2.1.3 การประกันหนี้ตามกฎหมายเก่าของไทย

การนำสังหาริมทรัพย์เป็นสัญญาที่เก่าแก่มาก แต่การจ้างที่ดินเพิ่งเกิดขึ้นในสมัยตอนปลายกรุงศรีอยุธยา ในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำนำไร่นาและสวนแคว้นมาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 มาตราบัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์ด้วย ฉะนั้นข้อที่กล่าวถึงการจำนำที่ดินในมาตรานี้อาจเป็นข้อที่เพิ่มเติมในตอนที่มีการชำระกฎหมายตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา¹¹ การจำนำนั้นจะสมบูรณ์ก็เมื่อเจ้าของได้มอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับ โดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือ แต่ถ้าภายในกำหนด 3 ปีเจ้าของไม่มาไถ่สิ่งของที่จำนำนั้นคืนก็ย่อมหลุดเป็นสิทธิของผู้รับจำนำ และในขณะเดียวกันหนี้สินนั้นก็พ้นอันหลุดพ้นกันไป ผู้จำนำต้องมอบทรัพย์สินที่จำนำให้ผู้รับจำนำเข้าครอบครอง ในเวลาต่อมาได้มีการวางข้อกำหนดขึ้นมาใหม่ว่า ในกรณีที่ผู้รับจำนำและเจ้าของที่ดินเดิมตายทั้งสองคนภายใน 10 ปีนับแต่วันที่ได้จำนำ ทรัพย์สินนั้นทายาทของผู้จำนำจะมีสิทธิไถ่ที่ดินคืน แต่ถ้าผู้รับจำนำได้ปลูกไม้มีผลไว้ ทายาทของผู้จำนำมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าปลูกพืชผลนั้นให้แก่ทายาทของผู้รับจำนำข้อบังคับนี้กำหนดขึ้นมา เพื่อให้ลูกหลานของผู้จำนำได้ไร่นา

¹⁰ Ibid. p.441-443.

¹¹ ร. เลงกานต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 354 .

เรือสวนของบรรพบุรุษกลับคืนมาเพื่อใช้ในการทำมาหาเลี้ยงชีพต่อไป สัญญาจำนำนั้นเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้ยิ่งกว่าสัญญาค้ำประกัน เพราะหากมิได้มีการชำระหนี้ตามกำหนดที่ได้มีการตกลงกันไว้ในสัญญาจำนำ หรือภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามจารีตประเพณีเจ้าหนี้น้อยมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่นำมาจำนำนั้นและจะทำให้สัญญาจำนำเป็นอันระงับสิ้นไป โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องร้อง เพราะหากมีการนำทรัพย์สินที่จำนำเป็นประกันการชำระหนี้และผู้รับจำนำมิได้ชำระราคาตามที่ตกลงกันกันไว้ หรือภายในเวลา 3 ปี หากมิได้มาไถ่ทรัพย์สินนั้นคืนก็ให้ทรัพย์สินหลักประกันนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้รับจำนำ ซึ่งหลักกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ในบทอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 และ 76 และหลักกฎหมายนี้ยังมีปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายอื่นอีกด้วย กล่าวคือ เมื่อนำทรัพย์สินที่เป็น ไร่นาเรือสวนมาจำนำถ้าผู้รับจำนำและผู้จำนำถึงแก่กรรมทั้งสองคน กฎหมายอนุญาตให้ทายาทของผู้จำนำของผู้จำนำไถ่คืนที่ดินนั้นคืนได้ภายใน 10 ปี นับแต่วันจำนำและกฎหมายยังบัญญัติต่อไปว่า หากฝ่ายผู้รับจำนำได้ปลูกไม้มีผลไว้บนที่จำนำ ให้ทายาทผู้จำนำเรียกเอาค่าปลูกไม้ผลนั้นได้ตามสมควร แต่หากผู้รับจำนำหรือผู้จำนำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังมีชีวิตอยู่¹² เมื่อทรัพย์สินที่จำนำสูญหาย ผู้รับจำนำจะเรียกร้องให้บังคับการชำระหนี้ได้ทันทีเว้นแต่ผู้จำนำจะได้อำนาจมอบทรัพย์สินอื่นเป็นจำนำแทนแล้ว และผู้รับจำนำยอมรับทรัพย์สินนั้นข้อบัญญัตินี้ชี้ให้เห็นความสำคัญของการจำนำ ในการที่ทำให้หนี้ที่เป็นประจักษ์ยังคงมีอยู่ต่อไป ในสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินได้เขยิบสูงขึ้น เจ้าของที่ดินที่ได้ขายที่ดินไปในราคาถูกจึงพยายามไถ่ที่ดินคืนโดยอ้างว่ามีได้ขายขาดแต่เป็นการขายฝากหรือจำนำ เป็นเหตุให้เกิดคดีความมากมายและยากที่จะรู้ความจริงได้ว่าเป็นการขายขาดหรือไม่อย่างไร เพราะคู่กรณีมีแต่พยานบุคคลมาอ้างว่าเป็นการขายฝากบ้างเป็นการจำนำบ้างเพื่อตัดความยุ่งยากของศาล ได้มีประกาศ 2 ฉบับ คือ ฉบับปีขาล จ.ศ. 1228 และ จ.ศ. 1229 ได้วางข้อบัญญัติไว้ว่า ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากได้ก็ต่อเมื่อเจ้าของยังถือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไว้ ถ้าเจ้าของได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้วแม้จะได้มีข้อตกลงใดก็ตามศาลต้องถือว่าเป็นการขายขาดและที่ดินก็ตกเป็นกรรมสิทธิ์แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หากว่าผู้รับทรัพย์สินนั้นอยากเอาไปขายฝากหรือจำนำอีกต่อหนึ่ง เจ้าของเดิมคิดจะเอาที่ดินนั้นคืนมาก็ได้แต่ต้องไถ่ตามราคาใหม่ที่ผู้รับจำนำหรือผู้รับขายฝากได้ตกลงกัน

ประกาศในรัชกาลที่ 4 ในเรื่องของการจำนำและการขายฝากที่ดิน มีรายละเอียดดังนี้

1. การขายฝากและการจำนำนั้นถือว่ามีลักษณะเหมือนกันหรือเป็นนิติกรรมอย่างเดียวกัน ซึ่งแตกต่างจากในปัจจุบัน การขายฝากแตกต่างจากการจำนำ และถือว่าการขายฝาก คือ สัญญาซื้อขายที่ผู้ขายมีสิทธิไถ่คืนได้

¹² เรื่องเดียวกัน. หน้า 356.

2. ประกาศในรัชกาลที่ 4 ในเรื่องการขายที่ดิน ถ้าเจ้าของมอบบที่ดินพร้อมหนังสือสำคัญ ถือว่าเป็นการซื้อขายเสร็จเด็ดขาด ผู้ขายจะขอพิสูจน์ว่าเป็นการจำหน่ายหรือขายฝากไม่ได้

3. ถ้าเจ้าของที่ดินส่งมอบบที่ดินให้แล้ว แต่ยังถือหนังสือสำคัญไว้ การซื้อขายยังไม่เสร็จเด็ดขาด ผู้ขายมีสิทธิเรียกคืนได้โดยการไ้ราคาที่ยขายไว้เดิมให้¹³

แต่ประกาศในรัชกาลที่ 4 ก็ยังไม่สามารถแก้ไขกฎหมาย ประเพณีแบบเดิมได้ราษฎร ยังคงใช้หลักการในเรื่องจำหน่ายและขายฝากคู่กัน ไปพร้อมๆ กัน เหมือนเป็นนิติกรรมอย่างเดียวกันและ ประกาศดังกล่าวก็ยังมีได้กำหนดเวลาในการใช้สิทธิไ้ทรัพย์สินนั้นคืนไว้ด้วย ต่อจากนั้น ในตอนต้น รัชกาลที่ 5 มีประกาศว่าด้วยสารกรมธรรม์ได้บัญญัติให้การทำนิติกรรมต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

ในสมัยรัชกาลที่ 5 มีการกำหนดรูปแบบการทำนิติกรรมขึ้นใหม่ กล่าวคือ เจ้าของที่ดินที่อยากรับสินเชื่อ โดยไม่ต้องมอบบที่ดินให้แก่ขายเงินเหมือนแต่ก่อน คงส่งมอบบแต่หนังสือสำคัญโดยนายสัญญาจะคืนเมื่อผู้กู้ได้ชำระเงินแล้ว การปฏิบัติแบบนี้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของทรัพย์ เพราะยังครอบครองและใช้ประโยชน์ในที่ดินได้ต่อไป แต่ต้องเสียดอกเบี้ย การปฏิบัติที่ว่าเป็น เรียกว่าจำนองในปัจจุบัน แต่ในสมัยนั้นเรียกกันว่าจำหน่าย เพราะเป็นการเอาหนังสือนั่นเองไปจำหน่ายกับนายเงิน อนึ่ง เนื่องจากการจำหน่ายอย่างเก่าและการขายฝากได้รวมเข้าเป็นนิติกรรมเดียวกันคำว่า จำหน่ายจึงใช้กันเฉพาะการปฏิบัติแบบนี้ ส่วนคำว่าขายฝากใช้สำหรับนิติกรรมที่บัญญัติอยู่ใน ประกาศรัชกาลที่ 4 คือ การมอบบที่ดินให้แก่ผู้รับซื้อ โดยไม่ต้องส่งมอบบหนังสือสำคัญให้แก่ผู้รับซื้อ ต่อมาข้อบกพร่องและข้อเสียของประกาศในสมัยรัชกาลที่ 4 ก็ยังทำให้ราษฎรเจ้าของที่ดินได้รับความเดือดร้อนมากขึ้น เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยจึงนำความขึ้นกราบบูล จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติการขายฝาก และการจำหน่ายที่ดิน ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) ใหม่ให้ยกเลิกประกาศ ปี จ.ศ. 1288 และ 1299 เสียตามมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาตามลักษณะขายฝากลักษณะจำหน่าย และลักษณะบริคณฑ์ สัญญาและอื่นๆอันมีอยู่ในพระราชกำหนดกฎหมายที่ คงใช้อยู่นั้นทุกประการ” ตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. 115 หากพิจารณาจะเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ เพียงแต่ยกเลิกประกาศสมัยรัชกาลที่ 4 เท่านั้น โดยจะเห็นได้ว่ากฎหมายใหม่นี้ใช้คำว่า “ลักษณะขายฝาก ลักษณะจำหน่าย” เพราะก่อนนั้น การขายฝากและการจำหน่ายเป็นนิติกรรมในลักษณะเดียวกัน ผิดแต่ในเรื่องแบบ และเรื่องระยะเวลาในการไ้คืนเท่านั้นตามกฎหมายดังกล่าว คู่สัญญาจะใช้คำว่า จำหน่ายหรือขายฝากก็ตาม ไม่เป็นข้อสำคัญ แต่จะถือว่าเป็นจำหน่ายหรือขายฝากก็แล้วแต่พฤติการณ์ที่ เจ้าของยังคงครอบครองที่ดินอยู่หรือได้ส่งมอบบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ตามที่ได้วิเคราะห์นี้ เป็นเหตุ ให้การจำหน่ายสังหาริมทรัพย์เป็นอันระงับสิ้นไป ต่อมาได้มีการตราประกาศเรื่องจำหน่ายและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 ขึ้น ซึ่งประกาศฉบับนี้เป็นกฎหมายที่วางรูปแบบการจำหน่ายที่ดินใหม่ กล่าวคือ การจำหน่าย

¹³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 359.

ให้ทำเป็นหนังสือกรรมธรรม์คือทำต่อหน้าอำเภอและก่อให้เกิดการจำหน่ายที่ดินซึ่งปัจจุบันก็คือ การจำหน่ายนั่นเอง ซึ่งเป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่มากกว่าการขายฝากหลายประการ เจ้าของยังสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินได้ เพราะยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ถ้าเป็นการขายฝากก็ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลันจะได้คืนก็ต้องไถ่ก่อน แต่ในการจำหน่ายนี้ถ้าเงินต้นที่เอามายังไม่ถึงราคาที่ดินเจ้าของที่ดินยังมีทางที่จะจำหน่ายแก่ผู้อื่นได้อีก เนื่องจากกฎหมายข้อบังคับในเรื่องจำหน่ายนี้เองผู้รับจำหน่ายคนแรกมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำหน่ายคนหลัง¹⁴ แต่ยังมีสัญญาอีกสัญญาหนึ่งที่เป็นทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจำหน่าย ในขณะเดียวกันนั้นก็คือสัญญาขายฝากทาส เป็นสัญญาที่แพร่หลายมากที่สุดในสมัยกรุงศรีอยุธยา ตลอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนมีการประกาศเลิกทาส ซึ่งสัญญานี้เป็นสัญญาที่รู้จักกันดีในบรรดาสัญญาเก่าๆ ทั้งนี้เป็นเพราะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องทาสนี้มากมาย และที่สำคัญก็คือบทพระอัยการทาส ตามบทกฎหมายเก่าที่ได้วิเคราะห์สัญญานี้ไว้ว่าเป็นสัญญา ซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้ขาย ขายบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า เรือนเบี้ย ซึ่งเป็นสมาชิกแห่งครอบครัว หรือบุคคลใดๆ ที่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ขาย ให้กับบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า นายเงิน โดยมีราคาซึ่งตามปกติเท่ากับครึ่งหนึ่งของค่าตัวบุคคลที่ถูกขาย และผู้ขายสัญญาจะชดใช้ราคาให้แก่ นายเงิน ถ้าเรือนเบี้ยหลบหนีหรือสูญหายหรือถึงแก่กรรมลงสัญญานี้มีลักษณะต่างๆ หลายแง่ด้วยกันรวมเข้าอยู่ คือ เป็นทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจำหน่ายในขณะเดียวกัน¹⁵ ลักษณะที่คล้ายกับสัญญาซื้อขายในประการแรกก็คือ ถ้อยคำในสัญญานี้เป็นถ้อยคำที่ใช้ในการซื้อขาย ยกเว้นเฉพาะคำว่า ผู้ซื้อ ซึ่งใช้ว่า นายเงิน แทนประการต่อมาก็คือ มีการโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ขายไปยังนายเงิน โดยอาศัยราคาจำนวนหนึ่ง แต่ส่วนที่ต่างกับสัญญาซื้อขายก็คือการโอนนี้ไม่บริบูรณ์หรือเด็ดขาด บุคคลผู้ที่ถูกขายมาไม่ตกอยู่ภายใต้ อำนาจของผู้รับโอนทุกประการแม้จะได้ตกอยู่ในฐานะเป็นทาสก็ตาม นายเงินก็ไม่มีสิทธิเหนือผู้ที่ถูกขายมาเป็นทาสคนผู้นี้ยังเป็น “ไทยครึ่ง ทาสครึ่ง” และถือกันว่ายังเป็นคนของผู้ขายอยู่เนื่องจากการโอนนี้มีได้เป็นการเด็ดขาด ผู้ขายยังคงสงวนสิทธิที่จะไถ่บุคคลผู้เป็นเรือนเบี้ยนั้นกลับคืนมาได้ โดยการชำระราคาค่าตัวคืนให้แก่ นายเงิน ฝ่ายนายเงินอาจบังคับให้ผู้ขายส่งเงินค่าตัวมา โดยคืนบุคคลผู้ถูกขายให้ได้เช่นเดียวกัน อนึ่งผู้ขายมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบกับผู้ซื้อในการซื้อขายทาสนี้ โดยผู้ขายยังคงต้องรับใช้เงินค่าตัว ในกรณีที่ผู้ถูกขายหลบหนีหรือถึงแก่กรรมลง ด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่า เป็นการขายฝากมิได้ขายเด็ดขาด¹⁶ และสัญญาขายฝากทาสยังมีลักษณะคล้ายกับสัญญาจำหน่ายหลายประการด้วยกันกล่าวคือการขายคนลงเป็นทาสเป็นเสมือนหนึ่งผู้ขายได้กู้เงินจากนายเงิน และมอบ

¹⁴ ปิติกุล วีระมงคลพาณิชย์. (2544). *งานวิจัยเสริมหลักสูตรวิชากฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.

¹⁵ ร.แสงกานต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (เล่ม 2), (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 192.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 193.

คนของคนหนึ่งไว้ให้แก่ผู้ให้กู้หรือนายเงินเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามหลักทั่วไปในสัญญาจำนำ การใช้แรงงานของบุคคลที่จำนำไว้ก็เท่ากับเป็นการใช้ดอกเบี้ย ด้วยเหตุนี้เมื่อเจ้าหนี้ใช้งานบุคคลที่ได้รับจำนำไว้ จึงเรียกได้แต่ต้นเงินเท่านั้น พระอัยการลักษณะกึ่งนี้บทที่ 60 กล่าวไว้โดยเฉพาะถึงการจำนำทาสและสัตว์ แสดงให้เห็นว่าสัญญาจำนำเช่นนี้มีผลที่สำคัญเหมือนสัญญาขายฝากทาสคือ ลูกหนี้ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยประการหนึ่ง และต้องชำระหนี้ทันทีเมื่อทาสหรือสัตว์ที่จำนำหนีหายไป หรือล้มตายลง สัญญาขายฝากทาสกับสัญญาจำนำเพื่อประกันการกู้เงินมีความใกล้เคียงกันอย่างเห็นได้ชัดจากการที่กฎหมายใช้คำว่า ต้นเงินและดอกเบี้ยและจากบทบัญญัติของกฎหมายในสมัยนั้น ซึ่งก็กล่าวไว้อย่างเดียวกันในสัญญากู้และสัญญาขายฝากทาส แต่อย่างไรก็ดียังมีความแตกต่างที่สำคัญในระหว่างสัญญาทั้งสองนี้ในสัญญาจำนำทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการจำนำนี้ หากผู้จำนำมิได้ไถ่คืนภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือหากมิได้ตกลงกัน โดยขัดแย้งภายในระยะเวลา 3 ปี จะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้โดยให้ถือเอาเป็นการชำระหนี้ ส่วนในสัญญาขายฝากทาสนายเงินไม่อาจที่จะได้สิทธิเด็ดขาดในตัวบุคคลผู้เป็นเรือนเบี้ย แม้การซื้อขายได้มีขึ้นเป็นระยะเวลานานเท่าใดก็ตาม ถึงแม้จะเกินกำหนดเวลาที่ทั้งสองฝ่ายได้กำหนดไว้สำหรับการไถ่คืนผู้ขายยังคงสงวนสิทธิที่จะไถ่ทาสผู้นั้นตามราคาที่ตนได้ขายไปได้ และ นายเงินยังคงสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะบังคับให้ผู้ขายชดใช้เงินและรับตัวทาสนั้นคืนอยู่เสมอ

สรุปได้ว่า สัญญาขายฝากทาสเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ โดยเฉพาะมีกฎข้อบังคับ และมีผลเฉพาะตัว จึงควรศึกษาต่างหากจากสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาจำนำสัญญาขายฝากทาสนี้เป็นวิธีการกู้เงินวิธีหนึ่งซึ่งกระทำกันในสมัยโบราณเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ผู้กู้ได้ตกลงกับเจ้าหนี้เพื่อส่งสมาชิกแห่งครอบครัวคนหนึ่งเป็นจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้นั้น โดยการส่งมอบคนเข้าจำนำลูกหนี้นอกจากจะไม่ต้องรับใช้แรงงานให้เจ้าหนี้แล้วยังได้รับการยกเว้นไม่ต้องชำระดอกเบี้ย เพราะเจ้าหนี้ได้รับแรงงานของผู้เป็นจำนำแทนแล้วในเวลาเดียวกัน การจำนำเป็นการแสดงให้บุคคลทุกคนเห็นประจักษ์ว่าได้มีหนี้สินเกิดขึ้น โดยมีสมาชิกแห่งครอบครัวของลูกหนี้ไปปรากฏตัวอยู่ที่บ้านเจ้าหนี้ จึงเป็นเหตุที่ทำให้ลูกหนี้ปฏิเสธสัญญานี้เสียมิได้ และเพื่อที่จะได้หลุดพ้นจากหนี้โดยสิ้นเชิง ลูกหนี้จำเป็นต้องไถ่บุคคลที่ตนนำไปจำนำไว้กลับคืนมา วิธีการเช่นนี้จึงเป็นประโยชน์ทั้งทางฝ่ายเจ้าหนี้ และทางฝ่ายลูกหนี้ เดิมทีบุคคลผู้เป็นจำนำคงตกเป็นสิทธิขาดของเจ้าหนี้ เช่นเดียวกับการจำนำสิ่งอื่นๆ คือ ตกเป็นทาสโดยเด็ดขาด หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนดที่ได้ตกลงกันไว้ หรือเมื่อระยะเวลาซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ 3 ปี ได้ผ่านไป แต่ในระหว่างนั้นการใช้กรรมธรรม์ในการกู้เงินเป็นที่นิยมมากขึ้น การทำกรรมธรรม์เป็นหลักฐานเช่นนี้ ซึ่งมีผลทำให้มีหนี้ที่แน่นอนและถาวร ฉะนั้น ตลอดเวลาที่เจ้าหนี้ถือกรรมธรรม์ไว้ บุคคลผู้จำนำอาจที่จะอยู่ฐานะเป็นประกันหนี้ได้ตลอดเวลา โดยไม่จำเป็นต้องตกเป็นสิทธิเด็ดขาดของเจ้าหนี้ก็ได้ แต่เพื่อที่จะ

บรรลุดังวัตถุประสงค์จำเป็นต้องใช้วิธีอื่นช่วยนอกจากการจำหน่าย ดังนี้จึงมีการทำสัญญาขึ้นตามแบบสัญญาซื้อขาย เพราะเมื่อบุคคลคนหนึ่งถูกขายมาข้อมตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้รับซื้อแต่ในขณะเดียวกันผู้ขายก็ต้องผูกพันในสารกรมธรรม์ว่า จะชดใช้ราคาให้แก่ผู้ซื้อในกรณีที่บุคคลผู้ถูกขายนั้นหลบหนีหรือถึงแก่กรรมลง ตามที่ตกลงมานี้เห็นได้ว่าหน้าที่ที่กลับกันไปเสีย คือ แทนที่บุคคลผู้ตกเป็นเรือนเบี้ยจะเป็นประกันการชำระหนี้ กลับให้ลูกหนี้เป็นผู้ค้ำประกันเรือนเบี้ยนั้น แต่นี่ก็เป็นเพียงวิธีที่จะปิดบังวิธีการที่แท้จริงซึ่งได้แก่การจำหน่ายเท่านั้น

ผลอันสำคัญแห่งสัญญาขายฝากทาสก็คือ ทำให้บุคคลที่เป็นไทยลดฐานะลงเป็นทาสและทาสขายฝากอาจพ้นจากความเป็นทาสได้เมื่อ ได้ชดใช้ค่าตัวให้แก่นายเงินอีกประการหนึ่ง ทาสขายฝากไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของนายเงินอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ นายเงินมีอำนาจอันจำกัดในตัวทาสขายฝากนี้ เพราะทาสขายฝากยังมีส่วนเป็นคนของผู้ขายฝากดังกล่าวอยู่ ยังไม่เป็นทาสเต็มตัว

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องของการประกันหนี้ในอดีตนั้น โดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำหน่าย กล่าวคือ ลูกหนี้ที่นำทรัพย์สินมาจำหน่าย จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวนั้นให้แก่ผู้รับจำหน่ายหรือเจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้ก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินนั้นอยู่ และลูกหนี้มีสิทธิได้รับทรัพย์สินนั้นคืนเมื่อทำการชำระหนี้ ต่อมาได้มีการพัฒนารูปแบบการประกันหนี้ขึ้นมาใหม่นั้นก็คือ สัญญาจำนอง โดยที่ลูกหนี้ผู้ที่นำทรัพย์สินมาจำนองไม่ต้องส่งมอบการครอบครองและไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้และสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้เป็นหลักประกันกับเจ้าหนี้ได้หลายราย ซึ่งสัญญาจำนองนี้ได้เกิดขึ้นในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม กล่าวคือ เมื่อเครื่องมือ เครื่องใช้ในการทำการเกษตรและการอุตสาหกรรมมีความจำเป็นที่ต้องใช้ในการผลิต การที่จะให้ผู้จำนองส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินไปยังผู้รับจำนองก็จะมีผลทำให้ผู้จำนองไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ มาทำการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมได้ จนมีการพัฒนาจากสัญญาจำหน่ายที่ผู้รับจำหน่ายต้องส่งมอบการครอบครองเป็นสัญญาจำนองที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน อันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจ ในสมัยต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นมีการนำระบบทอเรนส์หรือระบบทะเบียนขึ้นมาใช้ จึงมีผลทำให้เกิดสัญญาจำนอง โดยที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองต่อผู้รับจำนองเพียงแต่การลงในทะเบียนว่ามี การทำสัญญาจำนองก็เป็นการเพียงพอแล้วและได้มีการพัฒนาสัญญาจำนองและกำหนดให้ทรัพย์สินที่จะนำมาจำนองได้นั้นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนเท่านั้น ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 และ มาตรา 703 และใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้นสัญญาจำนอง คือ การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันหนี้โดยการส่งมอบการครอบครองให้แก่ผู้รับจำหน่ายหรือเจ้าหนี้ ส่วนสัญญาจำนอง เป็นการนำเอาเอกสารสิทธิไปจดทะเบียน โดยที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับ

จำนองหรือเจ้าหนี้ แต่ในยุคปัจจุบันนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นยุคของอุตสาหกรรมเป็นยุคแห่งการแข่งขันทางเศรษฐกิจที่สูงมากไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว กำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนา จำเป็นต้องใช้เงินทุนเป็นจำนวนมากเพื่อใช้ในการแข่งขันทางเศรษฐกิจและเพื่อนำมาพัฒนาประเทศของตนเอง แต่การประกันหนี้ตามสัญญาจำนองและจำนองยังไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินบางประเภทที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ อย่างเช่น วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า สิทธิเรียกร้อง ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ทรัพย์สินเหล่านี้ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาจำนองและจำนองได้ เพราะมีข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ในอนาคตจึงเห็นควรมีการออกกฎหมายมารับรองทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้น ให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันดังกล่าวข้างต้น ได้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน เช่นเดียวกับการจำนอง

2.2 แนวคิดและที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของต่างประเทศ

เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายทำให้ไม่สามารถนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้เพราะการนำทรัพย์สินดังกล่าวมาเป็นหลักประกันนั้นจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับหลักประกันทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในการประกอบกิจการต่อไปได้จึงได้มีแนวคิดที่จะให้มีการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองและยังสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการประกอบกิจการในการผลิตสินค้าต่อไปได้

2.2.1 แนวคิดและที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดในการพัฒนากฎหมายหลักประกันของประเทศอเมริกาโดยการนำรูปแบบการประกันแบบ Floating Charge มาเป็นรูปแบบในการพัฒนากฎหมายหลักประกันในประเทศอเมริกามีการใช้สังหาริมทรัพย์กับสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแตกต่างกัน โดยการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Real Property) เป็นประกันการชำระหนี้เป็นไปตามกฎหมาย Common Law on Real Estate ส่วนการใช้อสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) เป็นประกันการชำระหนี้นั้นปรากฏอยู่ใน Uniform Commercial Code (U.C.C.) Article 9 (Secured Transactions) ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันขึ้นใหม่แทนหลักเกณฑ์การใช้อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน ตามแบบ Common Law เดิม ที่ได้แยกหลักเกณฑ์การใช้อสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันออกเป็นวิธีการประกันรูปแบบต่างๆอันได้แก่ การจำนอง การจำนอง

การจำนองสังหาริมทรัพย์ (Chattel Mortgage) ทรัสต์รีซีพ (Trust Receipt Transaction) เป็นต้น การใช้สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันหลังจากที่ U.C.C. Article 9 มีผลบังคับใช้แล้วจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. Article 9 ทั้งสิ้น แม้ว่าจะมีการทำนิติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนที่ U.C.C. Article 9 จะมีผลบังคับใช้ก็ตาม ซึ่ง U.C.C. Article 9 ก็ได้กำหนดเกี่ยวกับระบบหลักประกันโดยให้มีจุดมุ่งหมายครอบคลุมถึงสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด ทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้และบางครั้งก็ครอบคลุมถึงส่วนของทรัพย์สินนั้นๆด้วยและยังได้มีการกำหนดให้แจ้งต่อสาธารณชนถึงหลักประกันที่เข้าหนี้ไม่ได้ครอบคลุมด้วยการจดทะเบียนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 9-102 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัตินี้ใช้กับธุรกรรมทุกอย่างไม่ว่าจะมีแบบหรือไม่ ถ้าตั้งใจจะให้มีการได้ประโยชน์จากหลักประกันในทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือสิ่งที่ติดตั้งและจะขายบัญชีหรือหลักฐานหนี้สินและดอกเบี้ยในการเช่าเฉพาะสิ่งการได้ประโยชน์จากหลักประกันจะอยู่ในบังคับของมาตรานี้เมื่อมีการกำหนดไว้ในสัญญา รวมถึงการจำหน่าย การโอน การใช้สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน ฯลฯ และการเช่าหรือการส่งมอบสินค้าที่ตั้งใจให้เป็นหลักประกันซึ่ง Article 9 นี้เป็นการเรียบเรียงจัดระบบกฎหมายหลักประกันในลักษณะครอบคลุมที่คล้ายคลึงกับหลักประกันแบบ Floating Charge ของกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษ ปากฎว่ามีเพียงมลรัฐ Louisiana เพียงมลรัฐเดียวที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ Article 9 ของ U.C.C. ดังนั้นในรัฐต่างๆของสหรัฐอเมริกาที่ประกาศใช้ Article 9 ของ U.C.C. แล้วก็สามารถใช้หลักประกันแบบครอบคลุมเพื่อนำเอาทรัพย์สินดังกล่าวมาใช้เป็นหลักประกันได้ในทำนองเดียวกัน¹⁷ เมื่อมลรัฐใดได้นำ U.C.C. Article 9 ไปปรับใช้กับนิติกรรมใดๆที่มีลักษณะเป็นการนำสังหาริมทรัพย์มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ไม่ว่าจะสัญญาจะเรียกชื่อคู่สัญญานั้นว่าอย่างไรก็ตาม ก็ต้องดำเนินการให้เป็นไปตาม U.C.C. Article 9 โดยหลักการพื้นฐานของ U.C.C. Article 9 นั้นมีรูปแบบที่เป็นพื้นฐานมาจากการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ ดังนั้นในกรณีเครื่องจักร เครื่องมือ วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า สินค้าคงคลัง อุปกรณ์ อะไหล่ ฯลฯ ที่จะนำมาเป็นหลักประกันตาม U.C.C. Article 9 จึงสามารถกระทำได้ โดยที่ลูกหนี้สามารถทำการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวได้และในกรณีที่ลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้ก็มีสิทธิบังคับเอาหลักประกันได้เช่นเดียวกับระบบการประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษได้ แต่ U.C.C. Article 9 มีหลักการและวัตถุประสงค์ที่ต้องการทำให้กระบวนการประกันการชำระหนี้สะดวกมีลักษณะเป็นเอกภาพและให้มีการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินหลากหลายชนิด และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับเดียวกันและเพื่อแก้ไขปัญหาคความสับสนในการบังคับหลักประกันระหว่างวิธีการบังคับหลักประกันต่างๆและเพื่อลดภาระของศาลในคดีที่เกี่ยวกับการ

¹⁷ อธิก อัสวานันท์. (ม.ป.ป.). *แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อส่งเสริมหลักประกันทางกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: Baker & Mackenzie. หน้า 62.

บังคับหลักประกัน ดังนั้น U.C.C. Article 9 จึงมีการพัฒนารูปแบบของการบังคับหลักประกันที่มีความสะดวกและรวดเร็วซึ่งมีความเหมาะสมกับระบบเศรษฐกิจในปัจจุบันที่ต้องการความคล่องตัวและรวดเร็วกว่าในอดีต ฉะนั้น U.C.C. Article 9 จึงได้มีการพัฒนารูปแบบการบังคับหลักประกันที่มีความแตกต่างจากการให้หลักประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2.2.2 แนวคิดและที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ของประเทศอังกฤษ

Floating Charge เป็นหลักประกันชนิดหนึ่งที่อยู่ในระบบกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ซึ่งอยู่ในรูปแบบของ Equitable Charge ซึ่งเป็นรูปแบบที่ลูกหนี้ไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและไม่มีการโอนการครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปให้เจ้าหนี้แต่ให้สิทธิบางอย่างเหนือหลักประกันแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับแก่หลักประกันโดยการขายหรือตั้ง Receiver (ผู้พิทักษ์ทรัพย์) Equitable Charge มีอยู่ด้วยกัน 2 ชนิด คือ Fixed Charge (หลักประกันแบบตายตัว) และ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) โดยหลักประกันแบบ Floating Charge นั้นส่วนใหญ่จะให้โดยบริษัท ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้โดยไม่ต้องระบุนายการทรัพย์สินนั้นหรือให้แต่เพียงบางส่วนก็ได้ โดยในระหว่างที่ไม่มีการผิดสัญญาลูกหนี้ก็สามารถใช้สอย ซื้อขาย ทรัพย์สินของตนต่อไปตามปกติทางธุรกิจ จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกัน (Crystallize) ส่วนหลักประกันแบบ Fixed Charge นั้น ผู้ให้หลักประกันจะต้องได้รับความยินยอมของเจ้าหนี้ก่อนจึงจะสามารถใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ ทำให้ไม่สามารถนำสินค้าและวัตถุดิบไปใช้ในการดำเนินธุรกิจได้¹⁸ หลักประกันในเรื่อง Floating Charge ในอังกฤษครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิดรวมทั้งสินค้าและสิทธิเรียกร้อง แม้ว่าเจ้าหนี้ผู้มีประกันจะไม่มีกรอบการครอบครองก็ตาม โดยให้ลูกหนี้ครอบครองใช้สอยทรัพย์สินนั้นต่อไป หลักประกันแบบ Floating Charge นั้น ครอบคลุมถึงทรัพย์สินในระบบที่ต้องมีวิธีการพิเศษ เช่น ที่ดิน เรือ อากาศยาน และเครื่องจักร ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ต้องจดทะเบียน คือ การจดทะเบียนที่ดิน เรือ อากาศยานอีกต่างหากถ้าทรัพย์สินเหล่านี้ไม่มีการจดทะเบียนตามประเภทของทรัพย์สินแล้วจะทำให้บุริมสิทธิของหลักประกันแบบ Floating Charge นั้น มีสิทธิที่อ่อนประเทศอื่นๆ ที่ใช้ Floating Charge ตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษด้วย ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศปากีสถาน ประเทศฮ่องกง และประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

¹⁸ วรินทรา ชากรพิพัฒน์. (2545). "วิเคราะห์ห้วงพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ศึกษาเฉพาะกรณีการนำกิจการมาเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 45.

Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) มีจุดกำเนิดจากความเห็นของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้คดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับหลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) นั้น ส่งผลให้เกิดแนวคิดในทางทฤษฎีของหลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) ขึ้น 2 ทฤษฎี ซึ่งมีเหตุผลต่างกัน ดังนี้¹⁹

ก. ทฤษฎีความยินยอมโดยปริยาย เป็นทฤษฎีเก่า มีสาระสำคัญ ดังนี้

1. การที่บริษัท (ลูกหนี้) มีอำนาจขาย และจำนองทรัพย์สินเป็นหลักประกันหนี้แบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) ได้นั้น เพราะทฤษฎีนี้ถือว่าลูกหนี้ได้รับอนุญาตโดยปริยายจากเจ้าหนี้ให้กระทำการเช่นนี้ได้
2. การอนุญาตนั้นมีข้อจำกัด โดยชัดแจ้งกล่าวคือ เจ้าหนี้จะอนุญาตให้บริษัทลูกหนี้ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันไปในทางที่เหมาะสมเท่านั้น แต่เจ้าหนี้จะไม่ผูกพันกับการกระทำที่นอกเหนือขอบอำนาจของบริษัท ส่วนในกรณีที่บริษัทปิดกิจการหรือมีการขายทรัพย์สินของบริษัท หรือมีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในทำนองดังกล่าว ศาลจะออกคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินของบริษัทไว้ชั่วคราว โดยไม่คำนึงว่าหลักประกันนั้นจะเกิดการแปลงสภาพแล้วหรือไม่
3. การอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันของบริษัท จะหยุดลงทันที เมื่อบริษัทเลิกกิจการ ในกรณีที่มีข้อกำหนดในหุ้นกู้ว่าหลักประกันของเจ้าหนี้จะไม่ถูกบังคับชำระหนี้ หากมีการเลิกกิจการหรือการควบกิจการ (Amalgamation) นั้น เป็นไปเพื่อการฟื้นฟูกิจการ (Reconstruction) ของบริษัท แต่ข้อกำหนดดังกล่าวไม่อาจป้องกันมิให้หลักประกันเกิดการแปลงสภาพ หมายความว่าหลักประกันจะเกิดการแปลงสภาพในทันที
4. ในการได้รับอนุญาตนั้น เพียงแต่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจในทางปกติ จนกว่าจะมีการบอกเลิก ดังนั้นก็รวมถึงกรณีที่บริษัทชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แก่เจ้าหนี้หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษารายใดก็ตามและยังรวมถึงการที่ลูกหนี้ของบริษัทขอหักกลบลบหนี้กับบริษัทก็ดี แม้ไม่ได้อยู่ภายใต้ข้อตกลงการอนุญาตก็ต้องถือว่ามี การอนุญาตให้บริษัทกระทำได้
5. ทฤษฎีนี้สามารถนำไปปรับใช้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่าเมื่อมีการจำนองที่ไม่ได้จดทะเบียนเกิดขึ้นก่อนการจดทะเบียนหลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) การจำนองดังกล่าวไม่มีผลบังคับนับแต่วันที่จดทะเบียนการประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันลอย) ซึ่งไม่ใช่วันที่มีการแปลงสภาพหลักประกัน

¹⁹ วิชา จัญญาณจน์. (2537). การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ Floating Charge. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 44.

ข. ทฤษฎี การจำนองทรัพย์สินในอนาคต (The Mortgage of the Future Assets Theory) มีสาระสำคัญ ดังนี้²⁰

1. อำนาจของบริษัทลูกหนี้ที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันนั้นมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า การใช้หลักประกันแบบ Floating Charge หรือ หลักประกันแบบลอย นั้นยังไม่ก่อให้เกิดภาระผูกพันในตัวทรัพย์สินยังไม่เป็นหลักประกันเฉพาะสิ่ง จนกว่าจะมีการแปลงสภาพหลักประกันเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge)²¹
2. เจ้าหนี้ยังไม่มีสิทธิเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันจนกว่าทรัพย์สินเป็นหลักประกันจะแปลงสภาพเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง²² เนื่องจากได้มีการจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินดังกล่าวโดยไม่ถูกต้อง หรือมีการผิดนัดผิดสัญญา
3. บริษัทลูกหนี้สามารถเจรจาตกลงกับเจ้าหนี้ในเรื่องเหตุการณ์ต่างๆ ที่จะนำไปสู่การแปลงสภาพของหลักประกันได้ตามความต้องการ และรวมถึงกำหนดข้อกำหนดที่เหมาะสมเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ในหลักประกันหากเกิดกรณีการฟื้นฟูกิจการ หรือการควบบริษัทโดยเจ้าหนี้ อาจถูกบังคับให้รับเอาหลักประกันใหม่ ซึ่งเป็นผลมาจากการฟื้นฟูกิจการหรือการควบบริษัทแทนทรัพย์สินของบริษัทเดิมได้
4. หากการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทได้เสร็จสิ้นไปก่อน จะมีการแปลงสภาพหลักประกันแล้วนั้น มีผลใช้ยันต่อผู้ถือหุ้นกู้ (Debenture Holder) ของบริษัทลูกหนี้ และเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นกู้สามารถใช้สิทธิเรียกร้องของบริษัทเพื่อหักกลบลบหนี้กับบุคคลภายนอกได้ เมื่อเกิดการแปลงสภาพหลักประกัน ขณะเดียวกับบุคคลภายนอกก็สามารถโต้แย้งคัดค้านบริษัทลูกหนี้ได้
5. ก่อนที่หลักประกันจะเกิดการแปลงสภาพ หากบริษัทลูกหนี้กระทำการใดที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัท กิจการที่กระทำลงนั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ และเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) มีสิทธิโต้แย้งและคัดค้านการประกอบกิจการของบริษัทลูกหนี้ในกรณีดังกล่าวได้ด้วย หากพึงว่าการประกอบ

²⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 46.

²¹ Fixed Charge คือ การประกันหนี้ที่เจ้าหนี้ และลูกหนี้ตกลงกันว่าให้ใช้ทรัพย์สินที่ระบุไว้เฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันซึ่งจะเกิดผลผูกพันตัวทรัพย์สินประกันและคู่สัญญาในทันทีที่มีการตกลงทำสัญญาหลักประกันและจะทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอน ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้หรือได้มีการชำระหนี้ที่มีหลักประกันนั้นแล้ว

²² ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง คือ ทรัพย์สินที่ระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นทรัพย์สินใดแน่นอน มิใช่ระบุไว้แต่เพียงประเภทหรือชนิดเท่านั้น

กิจการนั้นมีเจตนาหลอกลวงทำให้หลักประกันของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) ลดน้อยถอยลง

2.3 แนวคิดและที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของไทย

การจำนองและจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้นต่างก็มีข้อจำกัดในเรื่องของทรัพย์สินที่จะนำมา จำนอง จำนำ ในกรณีจำนำนั้นทรัพย์สินที่นำมาจำนำก็ต้องมีการส่งมอบให้ผู้รับจำนำด้วย ทำให้ไม่สามารถนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ อย่างเช่น วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เป็นต้น มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้เพราะผู้จำนำต้องสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวในการประกอบกิจการจึงได้มีแนวคิดที่จะยกเว้นพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้สามารถนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้รับหลักประกัน

2.3.1 แนวคิดและที่มาเกี่ยวกับการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นต่อการหาสินเชื่อมาใช้ในการประกอบธุรกิจขององค์กรทางธุรกิจ เพราะหากองค์กรทางธุรกิจขอสินเชื่อจากผู้ให้สินเชื่อ โดยนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้และทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าไม่ต่ำกว่าหนี้ที่เป็นประกัน ย่อมเป็นการจูงใจให้ผู้ให้สินเชื่อในการให้สินเชื่อเนื่องจากมีความมั่นใจว่าตนจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างแน่นอน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมี 2 รูปแบบ คือ การจำนองและการจำนำ โดยจำนองเป็นกรณีที่ผู้จำนองนำทรัพย์สินไปตราไว้แก่ผู้รับจำนอง²³ ส่วนจำนำเป็นกรณีที่ผู้จำนำส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้²⁴

²³ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มิพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

²⁴ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 บัญญัติว่า “อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้”

อย่างไรก็ดี การจำนองและจำนำนั้นต่างเป็นการประกันการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัดในตัวเอง กล่าวคือ กรณีจำนำนั้นเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะนำมาจำนำได้ และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย หลักการดังกล่าวจึงไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจบางอย่าง เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เรือเดินทะเล เป็นต้น ไปจำนำเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ได้ เนื่องจากผู้จำนำต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบธุรกิจหากต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนำแล้วผู้ประกอบการอาจไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ส่วนกรณีจำนองนั้น แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและผู้จำนองสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่จำนองให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนองซึ่งเป็นหลักการที่เป็นผลดีต่อการประกอบธุรกิจของผู้จำนอง แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ตามมาตรา 703²⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ไม่สามารถนำสังหาริมทรัพย์อื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เช่น เครื่องจักร สิทธิเรียกร้อง สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า สังหาริมทรัพย์อื่นที่มีผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องบิน เป็นต้น มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ นอกจากนี้การนำเรือเดินทะเลมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ผู้รับจำนองมีลำดับบุริมสิทธิแตกต่างไปจากหลักสากลเกี่ยวกับบุริมสิทธิทางทะเล ดังนั้นจึงยังคงมีความจำเป็นที่ต้องเปิดช่องให้มีการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนำได้ มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองเช่นเดียวกับการจำนอง เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นสามารถใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้สูงสุดในอดีตมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้น 2 ฉบับ เพื่อแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำและการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ

(1) พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เพื่อให้มีการจดทะเบียนเครื่องจักรอันเป็นประโยชน์ต่อการใช้เครื่องจักรไปจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ตามมาตรา 703 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ

²⁵ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 บัญญัติว่า “อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้เช่นกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ”

(2) พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 เพื่อกำหนดวิธีการจำนองเรือเดินทะเลไว้เป็นการเฉพาะ รวมทั้งกำหนดบริมสิทธิทางทะเลให้สอดคล้องกับหลักสากลเกี่ยวกับบริมสิทธิทางทะเล อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวก็ยังไม่สามารถแก้ไขข้อจำกัดของการจำนองและการจำนองดังกล่าวข้างต้นได้อย่างแท้จริงคงเป็นเพียงการแก้ไขปัญหาให้แก่ทรัพย์สินสองประเภทเท่านั้น คือ เครื่องจักรและเรือโดยเปิดให้นำเครื่องจักรมาประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองอย่างจำนองและกำหนดหลักเกณฑ์การจำนองเรือไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ขณะที่ยังมีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกเป็นจำนวนมากที่ผู้ประกอบการไม่สามารถนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่แหล่งทุนได้ ดังนั้นจึงยังมีความจำเป็นที่ต้องเปิดช่องให้มีการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเหล่านี้มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่แหล่งทุนได้ด้วย เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริงแม้การเปิดให้มีการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองนั้น จะสามารถทำได้โดยการแก้ไขปรับปรุงมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อกำหนดให้นำสังหาริมทรัพย์มาจำนองได้แต่การดำเนินการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับจำนองเนื่องจากสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่าย หากนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง กระบวนการบังคับจำนองต้องมีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ มิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองได้ แต่โดยที่การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นอำนาจของศาล ขณะที่ศาลมีบุคลากรจำกัดและต้องรับผิดชอบคดีประเภทอื่นอีกจำนวนมาก ดังนั้น กระบวนการพิจารณาคดีบังคับจำนองในทางปฏิบัติจึงค่อนข้างล่าช้าและเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการของทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง นอกจากนี้ การบังคับคดีจำนองตามคำพิพากษาของศาลเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแบบแผนของทางราชการ จึงยิ่งทำให้กระบวนการบังคับจำนองล่าช้าออกไปและมักจำหน่ายทรัพย์สินที่จำนองได้ในราคาไม่มากนักซึ่งไม่เป็นผลดีต่อทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง

ดังนั้น กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อให้มีการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนองหรือจำนองได้มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันได้ โดยกฎหมายดังกล่าวต้องมีระบบการบังคับหลักประกันที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน และเพื่อลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในกระบวนการบังคับหลักประกันจากปัญหากฎหมายดังกล่าวข้างต้นซึ่งโดย

สรุปแล้วถือว่ากฎหมายเรื่องจำนอง จำนำ มีข้อจำกัดที่ทรัพย์สินบางประเภทไม่อาจเข้าลักษณะจำนองหรือจำนำ ดังนั้นในทางปฏิบัติทางธุรกิจผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันต้องทำสัญญาให้หลักประกันและบังคับหลักประกันระหว่างกันเอง ซึ่งไม่มีกฎหมายรองรับสิทธิของผู้รับหลักประกันว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันและยังถือเป็นการนำกฎหมายเรื่องจำนองและจำนำมาปรับใช้ไม่ตรงกับข้อเท็จจริงดังตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 490/2502 คำพิพากษานี้ โจทก์ฟ้องคดีอาญาฐานฉ้อโกงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 349 กล่าวหาจำเลยว่า กู้เงินโจทก์ไป 1,200 บาท โดยมอบ โศสองตัว กับตัวพิมพ์รูปพรรณให้โจทก์ยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ต่อมาโจทก์ได้มอบ โศที่จำนำให้จำเลยเป็นผู้รักษาหาประโยชน์รายได้ของจำเลยเอง จำเลยกลับเอาโศที่จำนำไปโอนใช้หนี้ให้บุคคลอื่น โดยเจตนาไม่ให้โจทก์ได้รับชำระหนี้ ขอให้ลงโทษศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาต้องตรงกันให้ยกฟ้องโจทก์ โดยวินิจฉัยว่า เป็นเรื่องกู้เงินระบุหลักทรัพย์เป็นประกันเท่านั้น ไม่ใช่เป็นการจำนำ โจทก์ฎีกาว่า จำเลยนำโศและเกวียนพร้อมด้วยตัวพิมพ์รูปพรรณมาทำสัญญาจำนำและส่งมอบให้โจทก์ยึดถือไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 แล้ว การที่โจทก์ยอมให้กลับคืนไปอยู่ในการครอบครองของจำเลย เป็นการให้ยืมให้ใช้ชั่วคราว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีเรื่องนี้เมื่อทำสัญญากู้เงินกันแล้ว โจทก์ได้ยินยอมมอบ โศทั้งสองตัวกลับคืนไปสู่ครอบครองของจำเลย แม้จำเลยจะเคยนำกลับไปให้โจทก์บ้างเป็นครั้งคราวแต่ผลที่สุดโจทก์ยินยอมกลับคืนแก่จำเลย หวังจะให้จำเลยมีเครื่องมือทำมาหากินนำเงินมาใช้หนี้โจทก์ ดังนี้ ย่อมถือได้ว่า การกู้เงินรายนี้จำเลยหาได้มอบ โศทั้งสองตัวเป็นประกัน การชำระหนี้ตามความหมายในลักษณะจำนำแต่ประการใดไม่ข้อที่โจทก์ฎีกาว่าการมอบ โศแก่จำเลยไปเป็นเรื่องยืมใช้นั้น ถ้าผู้รับจำนำยอมมอบทรัพย์สินจำนำคืนไปสู่การครอบครองของลูกหนี้ผู้จำนำเสียแล้ว ระยะเวลาเหล่านั้นปราศจากทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้อันเป็นสิ่งสำคัญของลักษณะจำนำ จะถือเป็นการจำนำหาได้ไม่ เมื่อไม่มีการจำนำโศแก่กันจึงขาดองค์ความผิดข้อสำคัญ จำเลยไม่มีความผิดตามฟ้อง “พิพากษายืน”²⁶ และคำพิพากษาฎีกาที่ 5603/2544 ได้พิพากษาเรื่องนี้ไว้ว่า การจำนำเครื่องจักร โดยคู่สัญญาจำนำตกลงให้ ช.กรรมการของลูกหนี้เป็นผู้รักษาทรัพย์สินจำนำและลูกหนี้เป็นผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินจำนำในการประกอบธุรกิจของตนมา โดยตลอดซึ่งเครื่องจักรนั้นผู้จำนำสั่งซื้อเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อผลิตสินค้าออกจำหน่ายสร้างรายได้และนำเงินชำระคืนแก่ผู้รับจำนำการจำนำเครื่องจักรจึงเป็นหนทางที่สะดวกและรวดเร็วกว่าการทำจำนอง แสดงให้เห็นถึงเจตนาของลูกหนี้ที่ต้องการใช้เครื่องจักรนำมาผลิตสินค้าเพื่อประโยชน์ของตนแต่เพียงฝ่ายเดียว แม้ว่าสัญญาจำนำจะมีข้อตกลงว่า แม้ผู้จำนำจะได้รับอนุญาตให้ใช้ประโยชน์ในเครื่องจักรที่จำนำก็ไม่ถือว่าเครื่องจักรกลับคืน ไปสู่การครอบครองของ

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 490/2502.

ผู้จำหน่ายก็ตามก็เป็นการเขียนสัญญาไว้เพื่อเลี่ยงกฎหมาย ซึ่งในการตีความการแสดงเจตนา นั้นให้ พ่งเล็งถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 เมื่อเจตนาที่แท้จริงของลูกหนี้ต้องการใช้ประโยชน์จากเครื่องจักรอันเป็นทรัพย์สินที่ จำนำ การที่ผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งเป็นผู้รับจำนำเครื่องจักรยอมให้ลูกหนี้เข้าใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน จำนำ ย่อมเป็นการยอมให้ทรัพย์สินทรัพย์สินจำนำกลับคืน ไปสู่ครอบครองของผู้จำหน่ายตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 769 (2) แล้ว สิทธิจำนำของผู้คัดค้านที่ 1 จึงระงับสิ้น ไปผู้คัดค้านที่ 1 ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มีประกันตามสัญญาจำนำเครื่องจักรตามกฎหมายล้มละลาย²⁷ และจากข้อจำกัดของกฎหมายในเรื่อง จำนอง จำนำ ดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของ ประเทศในการจัดหาเงินทุนมาใช้ในการประกอบกิจการ เพราะการ จำนอง จำนำ นั้นไม่ครอบคลุม ไปถึงทรัพย์สินบางประเภทอย่างชัดเจน เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพย์สินในอนาคต อีกทั้งเป็น การทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่สามารถใช้ประโยชน์จากหลักประกันได้เลยเพราะต้องส่งมอบ หลักประกันแก่ผู้รับหลักประกันในกรณีจำนำ อันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ โดยเป็นการปิด โอกาสของผู้ลงทุนที่ไม่อาจนำทรัพย์สินของตนมาเป็นหลักประกันได้แม้ทรัพย์สินดังกล่าวจะมี คุณค่าทางเศรษฐกิจมากเพียงใดก็ตาม เมื่อไม่สามารถใช้เป็นหลักประกันได้ก็ไม่อาจทำการกู้เงินมา ลงทุนหรือขยายกิจการได้ ระบบเศรษฐกิจจะไม่มี การขยายตัวหรือหมุนเวียนได้เลย ดังนั้นหากมีการ ประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้จะสามารถช่วยให้เพิ่มกำลังการผลิตของผู้ลงทุนหรือเพิ่ม จำนวนผู้ลงทุนมากขึ้นทำให้ได้ผลผลิตมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นผู้ลงทุนที่ทำกิจการการ ส่งออกจะยิ่งช่วยให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศได้คุณการค่ามากขึ้น อีกทั้งสร้างความมั่นใจให้ผู้รับ หลักประกันว่ามีกฎหมายรองรับให้สามารถบังคับหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ผู้รับหลักประกัน จึงกล้าที่จะรับหลักประกันมากขึ้นอีกด้วย

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 5603/2544.