

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ของต่างประเทศและประเทศไทย

3.1 กฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักประกันทางธุรกิจตาม Uniform Commercial Code (UCC) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในระบบ Common Law ถูกพัฒนาขึ้น เพื่อแก้ปัญหาระบบการประกัน การชำระหนี้และได้มีการพัฒนาให้สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจในโลกปัจจุบัน ไม่ว่าจะในเรื่อง ลักษณะของสัญญาและการกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันรวมถึง ระบบการบังคับหลักประกันที่สามารถช่วยลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในการบังคับ หลักประกันด้วย

3.1.1.1 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกัน

มีข้อสังเกตว่าตาม Article 9 นี้ เป็นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับแรกที่เปิด ให้มีการนำทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ทุกประเภทมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ได้ โดยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตาม Article 9 ของ Uniform Commercial Code นั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1) สหกรณ์ทรัพย์สินซึ่งเดิมสามารถจำหน่ายได้

คือ สหกรณ์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เดิม (ก่อนที่จะมี Article 9) สามารถนำไปเป็น ประกันการชำระหนี้โดยการจำหน่ายได้ (Pledgeable Intangibles of Indispensable Paper) ซึ่งได้แก่ ตราสาร (Instrument) เอกสารที่แสดงสิทธิในสหกรณ์ทรัพย์สิน (Document of Title) เป็นต้น ซึ่งสามารถ อธิบายได้ดังนี้

Instrument หมายถึง ตราสาร ซึ่งอาจเป็นลักษณะของตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable Instrument) หรือตราสารแสดงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เป็นเงิน (Right to Payment of Money) ที่มีใช้ตัวสัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่าและการโอนตราสารแสดงสิทธิเหล่านี้ต้องกระทำ

โดยการส่งมอบครอบครองและสลักหลัง¹ เช่น พันธบัตร (Bonds) และเอกสารแสดงการลงทุนในหลักทรัพย์ (Other Investment Securities)

Document of Title หมายถึง บรรดาเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ เอกสารแสดงอื่นที่แสดงว่าผู้ทรงเอกสารนั้นมีสิทธิเหนือบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น เช่น ใบตราส่ง ใบเอกสารรับสินค้าจากท่าเรือ เอกสารแสดงสิทธิในสินค้าคงคลัง เป็นต้น และหมายรวมถึงเอกสารใดๆ ที่ในทางการค้าถือว่าผู้ทรงเอกสารดังกล่าวเป็นผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับไว้ครอบครอง หรือจำหน่ายจ่ายโอน เอกสารดังกล่าวพร้อมทั้งทรัพย์สินที่ระบุไว้ในเอกสารนั้น²

Chattel Papers หมายถึง เอกสารหรือหลักฐานเป็นหนังสือที่แสดงว่ามีหนี้เงิน (Monetary Obligation) อยู่จริงและมีการระบุทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของหนี้เงินนั้นหรือการเช่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่มาของ Chattel Paper ได้แก่ สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไข (Conditional Sale Contract) เนื่องจากก่อนที่จะมีการจัดทำ Article 9 ขึ้น เป็นที่ยอมรับกันว่าสัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขนี้สามารถนำไปจำหน่าย ตัวอย่างของ Chattel Paper จึง ได้แก่ สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไข³

2) สังหาริมทรัพย์ซึ่งเดิมไม่สามารถเป็นหลักประกันได้

กล่าวคือ สังหาริมทรัพย์ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ที่เดิม (ก่อนที่จะมี Article 9) ไม่สามารถใช้เป็นประกันการชำระหนี้โดยการจำหน่ายได้ (Non-Pledgeable Intangibles) ซึ่งได้แก่

Account หมายถึง สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (Right to Payment) จากการขายสินค้า หรือให้เช่าหรือจากการให้บริการ ซึ่งไม่มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์เป็นหลักฐานแสดงสิทธิ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในการประชุมประจำปีที่ 117 (ในปี ค.ศ. 1998) ของสมาคมนักกฎหมายอเมริกัน และ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws มีการเสนอให้ปรับปรุงนิยามของคำว่า Account ว่าหมายถึง สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (A Right to Payment of a Monetary Obligation) ไม่ว่าสิทธิดังกล่าวจะเกิดจากการขายให้เช่า การอนุญาตให้ดำเนินการ (License) การโอนสิทธิเรียกร้องการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินโดยวิธีการอื่นการให้การให้บริการ หรือสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ จากกรรมกรรมประกันภัยที่ทำขึ้นแล้วหรือที่กำลังจะทำการชำระหนี้ บัตรเครดิต จากสลากกินแบ่งรัฐบาลหรือการเสี่ยงโชคประการอื่น ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ หรือได้รับอนุญาตจากรัฐให้ดำเนินการดังกล่าวได้ รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากเงินประกันสุขภาพ (Healthcare Insurance) ด้วย แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการแก้ไขตามข้อเสนอดังกล่าว สำหรับสิทธิเรียกร้องตามสัญญาที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ตาม Article 9

¹ Uniform Commercial Code. Article 9-105 (1) (i).

² Uniform Commercial Code. Article 1-201 (15) and Article 9-105 (1) (f).

³ Uniform Commercial Code. Article 9-105 (b).

จำกัดอยู่เฉพาะแต่สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินเท่านั้น ไม่ว่าสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงินนั้นจะเกิดจากมูลหนี้ใด ดังนั้น สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้โดยประการอื่นจึงไม่สามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ เช่น กรณีสัญญาเช่าทรัพย์สิน ผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ค่าเช่าจากผู้เช่า ส่วนผู้เช่าย่อมมีสิทธิได้ใช้สอยทรัพย์สินที่เช่า ผู้ให้เช่าจึงมีสิทธิที่จะนำสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ค่าเช่าตามสัญญาเช่าไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ในขณะที่ผู้เช่าไม่สามารถนำสิทธิที่ตนมีอยู่ตามสัญญาเช่าอันได้แก่ สิทธิที่จะได้ใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าไปเป็นประกันการชำระหนี้ได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้เช่าคิดสัญญาเช่าและผู้เช่ามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ให้เช่า ผู้เช่าย่อมสามารถนำสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวไปเป็นประกันการชำระหนี้ได้ แต่ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่าผู้รับหลักประกันจะยินยอมรับเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือไม่ หรือในกรณีสัญญาเช่าตกลงกันว่าผู้เช่าสามารถนำทรัพย์สินที่เช่าไปให้เช่าช่วงได้ หากผู้เช่านำทรัพย์สินที่เช่าออกให้เช่าช่วงผู้เช่าย่อมมีสิทธิได้รับชำระค่าเช่าจากผู้เช่าช่วงตามสัญญาเช่าระหว่างผู้เช่ากับผู้เช่าช่วง ผู้เช่าจึงสามารถนำสิทธิที่จะไม่รับชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่าช่วงไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เป็นต้น แต่ในกรณีของการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นสามารถทำได้ในรูปแบบของการจำนอง (Mortgage) ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่ผู้ให้กู้ (Nonpossessory Security Interest) เช่นกัน⁴

General Intangibles หมายถึง สงหากรรมทรัพย์ (Personal Property) อื่นที่มีใช้สินค้า สิทธิเรียกร้อง เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ตราสารและเงิน เป็นต้นว่า ค่าความนิยมทางการค้า (Goodwill) เครื่องหมายการค้า (Trademarks) หรือลิขสิทธิ์ (Copyrights)⁵ เป็นต้น

สำหรับสังหาริมทรัพย์มีรูปร่างที่อาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตาม Article 9 (Secured Transactions) ของ Uniform Commercial Code (UCC) ได้แก่ อุปกรณ์ (Equipment) สินค้าในคลัง (Inventory) สินค้าอุปโภคบริโภค (Consumer Goods) โครงการหรือกิจการ (Project) แต่สำหรับโครงการหรือกิจการหมายถึงเฉพาะทรัพย์สินซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้

3) ค่านิยมของทรัพย์สินหลักประกัน (Personal Property)

ตาม Article 9 (Secured Transactions) ของ Uniform Commercial Code (UCC) ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น นอกจากจะมีการกำหนดประเภททรัพย์สินซึ่งอาจเป็นหลักประกันได้ไว้ชัดเจนแล้วยังมีการให้ค่านิยมประเภทของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย เพื่อประโยชน์ในการตีความ

⁴ Uniform Commercial Code. Article 9-106.

⁵ ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2545). “แนวคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้”. *วารสารกฎหมายปกครอง* (เล่มที่ 20), ตอนที่ 1. หน้า 8.

ของคู่สัญญา ทั้งเพราะทรัพย์สินบางประเภทอาจมีความหมายได้หลายนัย อาจก่อให้เกิดการตีความหมายผิดได้

(1) บัญชีลูกหนี้ (Account) หมายถึง สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน (Right to Payment) จากการขายสินค้าหรือให้เช่าหรือจากการให้บริการซึ่งไม่มี Instrument หรือ Chattle Paper เป็นหลักฐานแห่งสิทธิ แต่ไม่รวมถึงบัญชีเงินฝากธนาคาร

(2) อุปกรณ์ (Equipment) หมายถึง อุปกรณ์ที่ใช้สำหรับธุรกิจ เช่น อุปกรณ์สำนักงานประเภท โต๊ะ เก้าอี้ เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องพิมพ์ดีด เป็นต้น รวมทั้งอุปกรณ์ที่ใช้ในการประกอบกิจกรรม เช่น รถไถนา รถเกี่ยวข้าว เป็นต้น หรือถ้าสินค้านั้นถูกนำมาใช้หรือขอมาใช้ในธุรกิจเป็นส่วนใหญ่รวมทั้งในการทำธุรกรรมสำหรับผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรม ถ้าสินค้านั้นไม่อยู่ในประเภทของทรัพย์สินผลิตผลทางการเกษตรหรือสินค้าอุปโภคบริโภค

(3) สินค้าในคลัง (Inventory) หมายถึง สินค้าที่ซื้อมาหรือจัดหาสำหรับการขายให้เช่า หรือเพื่อใช้สำหรับตกแต่งทำให้สมบูรณ์ภายใต้สัญญาให้บริการ เช่น บริการรับตกแต่งภายใน เป็นต้น แต่ถ้าสินค้านั้นเป็นวัตถุดิบ ชิ้นงานระหว่างผลิตหรือวัสดุที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ บัญชีทรัพย์สินของบุคคลไม่ถือว่าเป็นสินค้าในคลังของบุคคลนั้น

(4) ตราสาร (Instrument) หมายถึง ตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable Instrument) ตามที่ได้กำหนดไว้ใน Article 3-104 หรือตราสารแสดงสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เป็นเงิน (Right to Payment of Money) ที่มีใช้ตัวสัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่าและการโอนตราสารแสดงสิทธิเหล่านี้ ต้องกระทำโดยการส่งมอบครอบครองและสลักหลัง แต่ไม่รวมถึงทรัพย์สินในการลงทุนตาม

(5) สินค้าอุปโภคบริโภค (Consumer Goods) หมายถึง สินค้าอุปโภคบริโภค ที่ถูกนำมาใช้ หรือเข้ามาโดยมีจุดมุ่งหมาย สำหรับใช้ส่วนตัวใช้ในครอบครัวหรือใช้ภายในบ้าน เช่น เครื่องประดับ ซึ่งใช้ส่วนตัวตาม Article 9-108⁶

(6) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (General Intangible) หมายถึง สหทธิมทรัพย์สิน (Personal Propert) อื่นๆ ที่มีใช้สินค้า (Goods), Account, Chattle Paper, Document, Instrument และเงิน ทรัพย์สินตามข้อนี้ ได้แก่ ค่าความนิยมทางการค้า (Goodwill), Literary Right, Interest in Patents, Trademarks, Copyrights ตาม Article 9-106⁷

(7) โครงการหรือกิจการ (Project) หมายถึง ทรัพย์สินของโครงการหรือกิจการ ที่เป็นสหทธิมทรัพย์สิน (Personal Propert) และรวมถึงวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าซึ่งเป็นสหทธิมทรัพย์สิน

⁶ Uniform Commercial Code. Article 9-108.

⁷ Uniform Commercial Code. Article 9-106.

ที่ใช้ในการประกอบกิจการด้วย ส่วนทรัพย์สินของโครงการหรือกิจการที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะต้องดำเนินการภายใต้กฎหมาย Common Law on Real Estate Mortgage⁸

3.1.1.2 แบบของสัญญาหลักประกันและความสมบูรณ์ของสัญญา

ในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจซึ่งจะให้ผลบังคับได้ตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ และผูกพันคู่สัญญา บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักประกันจะต้องปฏิบัติตามแบบของสัญญาหลักประกันและวิธีการที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นย่อมจะไม่ผูกพันคู่สัญญาในอันที่จะต้องปฏิบัติตาม สำหรับแบบของสัญญาหลักประกันและความสมบูรณ์ของสัญญาสามารถอธิบายได้ ดังนี้

สำหรับแบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตาม Uniform Commercial Code นั้น มี 2 รูปแบบ คือ

1) สัญญาประกันหนี้ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อลูกหนี้ หากไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อลูกหนี้ซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบแล้วจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ หลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อจะใช้เป็นหลักฐานของคู่สัญญาและสัญญาประกันการชำระหนี้จำต้องระบุดำจำกัดความของหลักประกันในสัญญาดังกล่าวเพื่อลดข้อโต้แย้งในเรื่องขอบเขตของหลักประกัน

ในการทำสัญญาประกันหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดไว้ใน Uniform Commercial Code Article 9 Section 9-203 มีองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ คือ

(1) ต้องมีการตกลงเข้าทำสัญญาของคู่สัญญา กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือเพื่อที่จะใช้เป็นหลักฐานยืนยันว่าคู่สัญญาได้ตกลงเข้าทำสัญญาเช่นว่าจริง

(2) ต้องมีรายละเอียดของหลักประกัน และสัญญาประกันหนี้จะไม่สมบูรณ์หากคู่สัญญาไม่อธิบายรายละเอียดของทรัพย์สินเป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ ซึ่งในการทำสัญญาประกันหนี้นั้น เจ้าหนี้จะต้องระบุประเภทของทรัพย์สินเป็นหลักประกัน เนื่องจากการจำแนกทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันมีผลต่อการปฏิบัติในขั้นตอน Perfection ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ทำให้สัญญาประกันหนี้มีความสมบูรณ์สามารถใช้ต่อสู้กับบุคคลภายนอกและทำให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่นเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้น

(3) ต้องมีลายมือชื่อของลูกหนี้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน แต่หากลูกหนี้ได้มอบอำนาจให้บุคคลอื่นลงลายมือชื่อแทน สัญญาประกันหนี้ดังกล่าวก็มีผลสมบูรณ์เช่นกัน

(4) ต้องมีข้อความที่ระบุถึงการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยในการทำสัญญาประกันหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องแสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่าลูกหนี้ตกลงที่จะใช้ทรัพย์สิน

⁸ Uniform Commercial Code. Article 9-102.

ที่ระบุเป็นหลักประกันในสัญญาประกันหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องชำระต่อเจ้าหนี้ และหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน

2) สัญญาประกันหนี้โดยการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ซึ่งหากคู่สัญญาไม่มีสัญญาประกันหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การที่จะถือว่าสัญญาประกันหนี้มีผลสมบูรณ์ (Attachment) ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้มีการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน โดยความตกลงยินยอมของลูกหนี้และตราบเท่าที่การครอบครองของเจ้าหนี้ยังคงต่อเนื่อง ซึ่งในกรณีที่เจ้าหนี้มีการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันของลูกหนี้โดยไม่มีสัญญาประกันหนี้ที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ได้ว่าการครอบครองทรัพย์สินเป็นหลักประกันดังกล่าวเป็นไปตามข้อตกลงด้วยวาจาของเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่ลูกหนี้ตกลงให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้ ลูกหนี้จะต้องมีสิทธิในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน กล่าวคือ ลูกหนี้จะต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในขณะนั้น หากลูกหนี้เป็นเพียงผู้ครอบครองไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงแต่ได้นำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากหลักประกันดังกล่าวได้ เว้นแต่โดยพฤติการณ์ขณะที่เอาทรัพย์สินนั้นไปใช้เป็นหลักประกันบุคคลโดยทั่วไปพึงเข้าใจว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของ เจ้าหนี้อาจอ้างเหตุกฎหมายปิดปาก (Estoppel) โดยอ้างว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นเอาลูกหนี้เป็นตัวแทนได้ แต่หากทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีการจดทะเบียน เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถอ้างกฎหมายปิดปากได้ ส่วนในกรณีที่ลูกหนี้เอาทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกับผู้อื่นมาเป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ก็สามารถบังคับจากหลักประกันได้เท่าที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์อยู่เท่านั้น⁹

การยอมรับหลักประกัน โดยเจ้าหนี้ (Value by Creditor) กล่าวคือ เจ้าหนี้ต้องยอมรับทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันหนี้ว่ามีคุณค่าเพียงพอที่จะใช้เป็นหลักประกันได้หากเกิดกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระเอาหลักประกันได้¹⁰

ความสมบูรณ์ของสัญญา (Perfection)

สำหรับการก่อให้เกิดหลักประกันหรือความสมบูรณ์ (Perfection) ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นขึ้นอยู่กับว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินประเภทใด ในกรณีที่ใช้หลักฐานเป็นหนังสือแสดงหนี้เงินและระบุทรัพย์สินที่เป็นประกัน หรือ Chattle Paper เอกสารแสดงสิทธิในสังหาริมทรัพย์หรือ Document of Title สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากการขายหรือให้เช่าทรัพย์สินหรือจากการให้บริการหรือ Account และการใช้สิทธิบัตรชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้าหรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้าเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

⁹ Uniform Commercial Code. Article 9-203.

¹⁰ Uniform Commercial Code. Article 9-203 (2) (a).

จะต้องทำเป็นหนังสือและสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียนในกรณีใช้เงินหรือตราสารหนี้ (Instrument) หรือตราสารที่ปกติการโอนต้องมีการสลักหลังหรือส่งมอบการครอบครองเป็นหลักประกันเพียงแต่ผู้รับหลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ก็เป็นอันสมบูรณ์แล้วเนื่องจากเงินและตราสารหนี้มีลักษณะเฉพาะตัวที่สามารถเปลี่ยนมือได้โดยง่าย จึงต้องสันนิษฐานว่าผู้ที่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ นั้นไว้ย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับหลักประกันหากผู้รับหลักประกันไม่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันไม่อาจกสิทธิตามสัญญาหลักประกันขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ผู้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ นั้นได้¹¹

การทำให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีผลสมบูรณ์ใช้ต่อสู้กับบุคคลภายนอกและเจ้าหนี้รายอื่นได้นั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 วิธี คือ

(1) Perfection โดยอัตโนมัติ

การ Perfection โดยอัตโนมัติ (Perfection by Attachment) นั้น สำหรับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินบางประเภทสัญญาประกันหนี้ถือว่าได้มี Perfection ซึ่งมีผลสมบูรณ์ใช้ต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้ทันทีโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องมีการครอบครองทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันหรือไม่ต้องมีการจดทะเบียนถึงการเป็นหลักประกันก่อน เช่น ทรัพย์สินประเภทที่เป็นสินค้าอุปโภคบริโภค (Customer Goods) ซึ่งใช้ในชีวิตประจำวันทั่วไป การ Perfection โดยวิธีนี้จะช่วยให้ความรวดเร็วเพราะเมื่อมีการปฏิบัติตามขั้นตอนการ Attachment สัญญาหลักประกันเกิดขึ้นและสมบูรณ์มีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาแล้ว Perfection ในสัญญาหลักประกันในกรณีนี้จะเกิดขึ้นทันทีโดยอัตโนมัติเมื่อการ Attachment สมบูรณ์แล้ว¹²

(2) Perfection โดยการเข้าครอบครองหลักประกัน

การ Perfection โดยการเข้าครอบครอง (Perfection by Control) หลักประกันวิธีนี้จะใช้ได้กับทรัพย์สินซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งเป็นหลักประกันประเภทที่เป็นสินค้า ตราสาร หรือเอกสารแสดงสิทธิ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่สามารถส่งมอบการครอบครองได้ เช่น ในกรณีของตราสารแสดงสิทธิการครอบครองสามารถทำได้โดยการส่งมอบตราสารพร้อมด้วยการสลักหลัง แต่วิธีนี้ใช้ไม่ได้กับทรัพย์สินประเภทที่เป็นสิทธิทางบัญชีหรือสิ่งไม่มีรูปร่างทั่วไป (General Intangible) ซึ่งรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาด้วย จะต้องกระทำโดยวิธีการจดทะเบียนหลักประกัน (Perfection by Filing) ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

ในกรณีใช้เงินหรือตราสารหนี้ (Instruments) เป็นหลักประกันเพียงแต่ผู้รับหลักประกันครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ก็เป็นอันสมบูรณ์แล้ว เนื่องจากเงินและ

¹¹ Uniform Commercial Code. Article 9-203 (2) (a).

¹² ปกรณ์ นิลประพันธ์. อ้างแล้ว. หน้า 90.

ตราสารนี้มีลักษณะเฉพาะตัวที่สามารถเปลี่ยนมือได้โดยง่าย จึงต้องสันนิษฐานว่าผู้ที่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารนั้นนั้นไว้ย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับหลักประกัน หากผู้รับหลักประกันไม่ได้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ที่เป็นหลักประกันผู้รับหลักประกันไม่อาจกสิทธิตามสัญญาหลักประกันขึ้นเป็นข้อต่อผู้ครอบครองเงินหรือตราสารหนี้ได้¹³

(3) Perfection โดยวิธีการจดทะเบียนหลักประกัน

การ Perfection โดยวิธีการจดทะเบียนหลักประกัน (Perfection by Filing) เป็นวิธีที่เจ้าหนี้ยื่นข้อมูลเพื่อแจ้งสาธารถถึงการเป็นหลักประกัน และรายละเอียดที่อยู่ของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน ชื่อของเจ้าหนี้และรายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถ Perfection ด้วยวิธีนี้ได้ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Goods) หลักฐานแสดงการเป็นหนี้ (Chattel Paper) ตราสารที่เปลี่ยนมือได้ (Negotiable Documents) เอกสารแสดงสิทธิ (Account) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างต่างๆ ไป เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ แต่สำหรับทรัพย์สินบางประเภทเจ้าหนี้อาจเห็นว่า การครอบครองสามารถให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอเจ้าหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการ Perfection โดยการจดทะเบียนก็ได้ เพราะการ Perfection โดยการจดทะเบียนนี้จะต้องเสียค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนการเป็นหลักประกัน ข้อมูลที่ต้องระบุในการจดทะเบียนการเป็นหลักประกัน ได้แก่ ชื่อและที่อยู่ของคู่สัญญา เจ้าหนี้และลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน รายละเอียดของหลักประกันและลายมือชื่อของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน ตามรูปแบบของเอกสารที่กำหนดไว้ใน Uniform Commercial Code เพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่เหมือนกัน¹⁴

3.1.1.3 สถานที่จดทะเบียน

ในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้การประกันการชำระหนี้ นั้น จะต้องมีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน (Filing Financing Statement) เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินของหลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหลักประกันให้สามารถตรวจสอบสถานะของหลักประกันได้ จึงต้องมีการกำหนดให้จดทะเบียนโดยต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายในรัฐซึ่งทรัพย์สินหลักประกันนั้นตั้งอยู่

3.1.1.4 สิทธิของเจ้าหนี้ในทรัพย์สินหลักประกัน

ในส่วนนี้สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินหลักประกันหรือเรียกว่าทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งในบางกรณีทรัพย์สินหลักประกันอาจมีมูลค่าสูงกว่าจำนวนหนี้ ในขณะที่ทำข้อตกลงว่าด้วย

¹³ ปกรณ์ นิลประพันธ์. อ้างแล้ว. หน้า 90.

¹⁴ สุชาติ วรรณสูตร. (2542). การใช้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันหนี้. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 85.

หลักประกัน หรือบางกรณีขณะทำสัญญาหน้านั้นยังไม่เกิดแต่อาจเกิดขึ้นในอนาคตจึงมีปัญหาว่า กรณีเหล่านี้หลักประกันครอบคลุมหน้านั้นเพียงใด ซึ่งสามารถแยกได้ ดังนี้

1) หลักประกันครอบคลุมหนี้ตามสัญญา

โดยเนื้อแท้แล้ว Security Interest คือ สิทธิในการบังคับเอาราคาของทรัพย์สินเป็นหลักประกัน หักกับหนี้ของผู้ให้หลักประกัน สิ่งที่ตามมา คือ มูลค่าของ Security Interest ต้องไม่มากกว่า มูลค่าของทรัพย์สินเป็นหลักประกันที่ครอบคลุมอยู่ในทางกฎหมาย Security Interest ใน ไม้จิ้มฟัน มีฐานะไม่ต่างกับ Security interest ในเรือสำราญเพียงแต่สิ่งแรกอาจมีมูลค่าไม่มากกว่าเท่าสิ่งหลัง โดยหลักในเรื่องทรัพย์สินหลักประกันครอบคลุมเพียงใดนั้นจะมีระบุไว้ในรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันอยู่แล้ว ซึ่งทรัพย์สินแต่ละชิ้นจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับหนี้ที่ได้ประกันไว้ ซึ่งจะปรากฏตามข้อตกลงว่าด้วยหลักประกัน รายละเอียดเหล่านี้เป็นสิ่งมุ่งชี้ให้เห็นว่าจะมีบางที่จะถูกครอบคลุมหลักประกัน นอกเสียจากว่าจะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้นจะต้องปรากฏอยู่ 2 แห่ง คือ ข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันซึ่งเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณี และงบการเงินซึ่งจะต้องถูกส่งไปเป็นข้อมูลสาธารณะและในการตีความข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันปัญหาว่าหลักทรัพย์สินประกันครอบคลุมเพียงใดนั้นในการพิจารณาหรือตีความจะต้องพิจารณาองค์ประกอบดังต่อไปนี้ประกอบด้วย เช่น ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาถึงเจตนา ในการทำข้อตกลงว่าด้วยหลักประกัน หรือบางกรณีอาจต้องพิจารณาข้อตกลงซึ่งบุคคลที่สามเข้ามาผูกพันด้วยไม่ว่าการยอมให้นำทรัพย์สินของตนเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของผู้อื่นซึ่งผลของข้อตกลงจะผูกพันบุคคลที่สามด้วยและตลอดจนการพิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นหลักประกันเพื่อทราบว่าหลักประกันดังกล่าวนั้นครอบคลุมหนี้ประธานเพียงใด

2) หลักประกันครอบคลุมถึงหนี้ในอนาคต

หลักทั่วไปที่ใช้ในการแปลความข้อตกลงว่าด้วยหลักประกัน ซึ่งอาจนำมาประยุกต์ใช้กับบัญญัติเพื่อแสดงให้เห็นว่าหนี้อะไรบ้างที่อยู่ภายใต้การประกัน ซึ่งหนี้เกือบทุกประเภทสามารถให้หลักประกันได้เมื่อคู่กรณีแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งในข้อตกลงว่าด้วยหลักประกัน ลูกหนี้มักจะทำข้อตกลงที่อ้างว่าเป็นประกันหนี้ทุกชนิดที่อาจมีขึ้นในอนาคตต่อเจ้าหนี้มีประกัน ถ้าเจ้าหนี้ให้ยืมเงินเพิ่มขึ้นภายหลังข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันที่มีข้อความกล่าวถึงกรณีที่อนุญาติให้ล่วงหน้า ในอนาคต (Future-Advance Clause) ก็จะทำให้มั่นใจว่าเงินที่ให้ยืมภายหลังก็อยู่ภายใต้หลักประกัน บทบัญญัติดังกล่าวมักจะถูกรู้จักว่า Dragnet Clause และจะมีผลบังคับได้ต่อเมื่อข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันเป็นไปตาม Article 9 Future-Advance Clause อาจถูกเขียนไว้ในสัญญาจำนอง อสังหาริมทรัพย์ ตัวอย่างเช่น การจำนองสิ่งปลูกสร้างซึ่งโดยทั่วไปที่ผู้ให้ยืมกู้ตกลงอนุมัติเงินให้ไปก่อนล่วงหน้าในทุกครั้งที่สิ่งปลูกสร้างก่อสร้างแล้วเสร็จในแต่ละชั้น ซึ่งข้อจำกัดแรกในบางมตรฐ

ไม่เห็นด้วยกับการใช้ Dagnet Clause โดยกำหนดให้การนำสินนั้นเป็นไปอย่างเคร่งครัดจนทำให้ คู่กรณีจำต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงการอนุมัติล่วงหน้าครั้งต่อไปในเวลาทำสัญญาจ้างของ อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งในรัฐเหล่านั้นผู้รับจ้างมักต้องการให้มีการบรรยายหนี้สินที่จะเกิดขึ้น ในอนาคตเท่าที่จะเป็นไปได้ในเวลาทำสัญญาจ้างและเขียนไว้ให้ปรากฏในเอกสารว่าให้จ้าง ครอบคลุมถึงหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตข้อจำกัดที่สองในบางมลรัฐต้องการให้การจ้างระบุถึง จำนวนสูงสุดซึ่งหนี้ที่จะได้รับการประกันส่งผลให้การจ้างไม่มีผลบังคับถึงหนี้จำนวนที่เกินไปกว่า ที่ได้กำหนดไว้ เช่น จ้างบ้านมูลค่า 75,000 ดอลลาร์ ในมลรัฐดังกล่าวอาจแสดงความหมายได้ว่าเป็น การประกันการกู้เงินในจำนวนเริ่มต้น 75,000 ดอลลาร์ การอนุมัติล่วงหน้าอยู่ระหว่างการ พิจารณาแต่จ้างจะเป็นประกันหนี้ไม่เกิน 90,000 ดอลลาร์ เป็นต้น

3.1.1.5 การบังคับหลักประกัน

เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา Uniform Commercial Code Article 9 กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องต่อศาลตามสัญญาประธานหรือจะบังคับชำระหนี้ จากหลักประกันก็ได้ กรณีที่ต้องบังคับเอาหลักประกัน กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะ ร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับชำระหนี้จากหลักประกันนั้น หรือจะบังคับหลักประกันด้วยตนเองก็ได้ โดยหากเจ้าหนี้จะบังคับหลักประกันด้วยตนเองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1) สิทธิในการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาครอบครอง

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน แต่การเข้าไปครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นจะต้อง ไม่เป็นการรบกวนความเป็นอยู่โดยปกติสุขของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันในกรณีที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยรบกวน ความเป็นอยู่โดยปกติสุข¹⁵ ของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับหลักประกันให้ซึ่งโดยทั่วไป ศาลมักจะใช้กระบวนการพิจารณาโดยรวดเร็วและต่อเนื่อง (Summary Proceeding) เพื่อไม่ให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้รับหลักประกัน

2) สิทธิในการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่าย

เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิบังคับหลักประกันโดยการจำหน่าย ให้เช่าอนุญาต หรือจำหน่ายจ่ายโอน โดยประการอื่น ทั้งนี้วิธีการ เวลา และสถานที่ในการจำหน่ายจ่ายโอน หลักประกันนั้น จะต้องเป็นไปตามปกติประเพณีทางการค้า¹⁶ ส่วนในกรณีที่หลักประกันมิใช่

¹⁵ Uniform Commercial Code. Article 9-609.

¹⁶ Uniform Commercial Code. Article 9-610.

ทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่เป็นการให้หลักประกันโดยบุคคลอื่น เจ้าหนี้จะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าถึงการบังคับหลักประกันเพื่อให้ผู้ที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันนั้นทราบก่อนด้วย UCC Article 9 ให้สิทธิแก่ลูกหนี้หรือเจ้าของหลักประกันในกรณีลูกหนี้มิใช่เจ้าของหลักประกัน ให้ไถ่ถอนหลักประกันคืนได้ก่อนที่เจ้าหนี้จะดำเนินการต่อหลักประกันนั้น แต่ลูกหนี้หรือเจ้าของเป็นหลักประกันจะต้องชำระหนี้ทั้งหมดที่ค้างต่อเจ้าหนี้ ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการเตรียมการขายนั้น¹⁷ เจ้าหนี้ขายหลักประกันได้จำนวนเงินเท่าใด ให้หักค่าใช้จ่ายในการขายและชำระหนี้ที่ค้างแก่เจ้าหนี้เหลือจากนั้นจึงส่งคืนลูกหนี้ แต่หากขาดลูกหนี้ต้องชดใช้ส่วนที่ขาดนั้นแก่เจ้าหนี้

3.1.1.6 การใช้เครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้ภายใต้ Uniform Commercial Code มาตรา 9

การใช้เครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นไปตามบทบัญญัติของ Uniform Commercial Code มาตรา 9 โดยเครื่องหมายการค้าถูกจำแนกตามลักษณะเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่มีลักษณะทางภาพที่สามารถจับต้องหรือครอบครองได้ดังกล่าวข้างต้น การปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดใน Uniform Commercial Code คือ ขั้นตอน Attachment และ Perfection จึงไม่สามารถกระทำได้โดยวิธีการครอบครองเช่นทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีลักษณะทางกายภาพที่จับต้องได้ การทำ Attachment ของเครื่องหมายการค้า รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาชนิดอื่นๆ จึงต้องทำเป็นสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษร

1) การทำ Attachment สำหรับเครื่องหมายการค้า

ดังได้กล่าวมาข้างต้นว่าด้วยข้อจำกัดลักษณะของเครื่องหมายการค้า คู่สัญญาที่ประสงค์จะใช้เครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้จะต้องทำสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้มีผลใช้บังคับต่อลูกหนี้ ซึ่งนอกเหนือจากการปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดสำหรับการทำ Attachment ในมาตรา 9-203 ซึ่งได้แก่ การระบุถึงการตกลงเข้าสัญญาประกันการชำระหนี้ของคู่สัญญา การระรายละเอียดของหลักประกัน คู่สัญญาจะต้องระบุให้ชัดเจนถูกต้องถึงลักษณะและรายละเอียดของเครื่องหมายการค้าที่นำมาใช้เป็นหลักประกัน เนื่องจากการจำแนกประเภทอาจทำให้การทำ Perfection ผิดประเภทซึ่งจะมีผลต่อบุริมสิทธิของเจ้าหนี้

เมื่อพิจารณาถึงคำจำกัดความหลักประกันประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป ซึ่งมาตรา 9-106 ได้ให้คำจำกัดความทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป หมายถึง สหกรณ์ทรัพย์สินใดๆ นอกจากเหนือจากสินค้า บัญชี Chattel Paper เอกสาร ตราสาร และเงิน โดยความเห็นของนักวิชาการ (Official Comment) ได้อธิบายเพิ่มเติมถึงขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั่วไปว่าหมายความรวมถึงสิทธิตามสัญญาและสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) ซึ่งได้ใช้หรือได้กลายเป็นประเพณีปฏิบัติ

¹⁷ Uniform Commercial Code. Article 9-623.

ที่จะใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจดังกล่าวอย่าง ได้แก่ กู๊ดวิลล์ ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งศาลในคดี Topsy's Shoppes, Inc.¹⁸ ได้วินิจฉัยคำจำกัดความของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้รวมถึงเครื่องหมายการค้าด้วยเช่นกัน นอกจากนี้สัญญาประกันการชำระหนี้ต้องระบุการจำแนกเครื่องหมายการค้าให้เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป แล้วคู่สัญญาจะต้องระบุถึงรายละเอียดที่สำคัญอื่นๆ ของเครื่องหมายการค้าที่จะให้เป็นหลักประกัน เช่น ทะเบียนเครื่องหมายการค้า ภาระผูกพันที่เกี่ยวข้องในเครื่องหมายการค้าอื่นๆ และอายุการคุ้มครองที่เหลือของเครื่องหมายการค้า ซึ่งเจ้าหนี้ควรจะต้องตรวจสอบรายละเอียดต่างๆ จากบันทึกของทะเบียนจากสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า

2) การ Perfection สัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้า

สัญญาประกันการชำระหนี้ที่จะมีผลบังคับสมบูรณ์ในการใช้ยื่นต่อลูกหนี้ เมื่อได้ทำ Attachment ครบถ้วนตามข้อกำหนดของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในการจะใช้สัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้าจะใช้ยื่นบุคคลภายนอกไม่ว่าจะยื่นเจ้าหนี้คนถัดไป หรือเจ้าหนี้รายต่อมา หรือทรัพย์สินในกรณีล้มละลาย ต่อเมื่อได้มีการทำขั้นตอน Perfection ซึ่งจะทำให้สัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้ามีผลสมบูรณ์ในการจะป้องกันสิทธิต่อบุคคลทั้งหลายดังกล่าวข้างต้น โดยที่ลักษณะของเครื่องหมายการค้าไม่มีลักษณะทางกายภาพที่จะ Perfection ด้วยการครอบครอง การยื่นข้อมูลความช่วยเหลือทางด้านการเงินต่อหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง¹⁹ เป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับเครื่องหมายการค้าและทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไปชนิดอื่น²⁰

อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้ ได้แก่ บัญญัติใน มาตรา 9 (104) ซึ่งบัญญัติให้ Uniform Commercial Code ไม่ใช่บังคับกับ “การประกันการชำระหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายรัฐกลาง (Federal Statute) ในขอบเขตที่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับสิทธิของคู่สัญญาและบุคคลภายนอกซึ่งได้รับผลกระทบจากรูธรรมดังกล่าวของทรัพย์สินบางชนิด”²¹

และข้อยกเว้นใน มาตรา 9-302 (3) (a) ที่เกี่ยวข้องซึ่งบัญญัติว่า Uniform Commercial Code จะไม่ใช่บังคับ

¹⁸ Topsy's Shoppes. (1990). *Inc. of Kansas*. 131 Bankr.886, 15 U.C.C Rep. Serv. 2d 1334 D. Kan.

¹⁹ Uniform Commercial Code. Article 9-401.

²⁰ Uniform Commercial Code. Article 9-402.

²¹ Uniform Commercial Code. Article 9-104.

“หากบัญญัติของกฎหมายหรือสนธิสัญญา (Treaty) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดการจดทะเบียนระหว่างประเทศหรือการจดทะเบียนระดับชาติ หรือสถานที่ในการยื่น แยกต่างจากที่ระบุในมาตรานี้เกี่ยวกับการยื่นเอกสารอันเกี่ยวกับหลักประกันการชำระหนี้”²²

บทบัญญัติของมาตราดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นปัญหาในส่วนของการทำ Perfection สัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้าในส่วนที่เกี่ยวกับการยื่นข้อมูลให้ความช่วยเหลือทางการเงินว่าต้องปฏิบัติตามกฎหมายรัฐกลางที่ใช้บังคับอยู่หรือไม่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเครื่องหมายการค้ากลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้แก่ The Lanham Act ที่ใช้บังคับอยู่นั้น มิได้มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงการประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้า คงมีแต่เพียง มาตรา 1060 ที่บัญญัติไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับการ โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ระบุให้การ โอนเป็นโมฆะไม่อาจ ใช้ย่นบุคคลภายนอก ผู้รับซื้อเครื่องหมายการค้า นั้น โดยมีค่าตอบแทน หากไม่มีการจดบันทึกต่อ สำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าภายใน 3 เดือน ของการ โอนหรือก่อนหน้าที่จะ มีการซื้อต่อมา ซึ่งความไม่ชัดเจนเกิดขึ้นในประเด็นที่น่าพิจารณา คือ หากเป็นกรณีของการทำสัญญา ประกันการชำระหนี้ ซึ่งไม่ใช่สัญญาโอนสิทธิจำเป็นจะต้องยื่นตามข้อกำหนดของมาตรา 1060 นี้ หรือไม่ นอกจากนี้ ศาลได้วินิจฉัยประเด็นการมีผลบังคับของกฎหมายกลางเหนือ Uniform Commercial Code ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ว่าสัญญาประกันการชำระหนี้สามารถ ทำให้มีผลสมบูรณ์ใช้ยังต่อบุคคลภายนอกได้ หากปฏิบัติตามขั้นตอน Perfection ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 9 และถึงแม้ว่า มาตรา 1060 ของ The Lanham Act จะกำหนดให้การ โอนต้องมีการยื่นจดบันทึก กับสำนักงานทะเบียนสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า การยื่นจดบันทึกกรณีสัญญาประกัน การชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้าไม่มีความจำเป็น

จากหลักดังกล่าวศาลได้แยกความแตกต่างระหว่าง “การประกันการชำระหนี้ด้วย เครื่องหมายการค้า” และ “การ โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า” ในคดี Roman Cleanser Co., Ltd.²³ ศาลได้สรุปแนวทางว่า การ โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าว่าเป็นการ โอนโดยเด็ดขาดพร้อมทั้งสิทธิ ทั้งหมดและทั้งหลายที่มีอยู่ ในขณะที่การใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้มิได้เป็น การ โอนสิทธิใดๆ ของเครื่องหมายการค้าที่มีอยู่เป็นแค่เพียงเครื่องมือที่ใช้ประกันการชำระหนี้ สัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นเพียงสัญญาที่จะ โอนสิทธิใน เครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด และเนื่องจากการ ประกันการชำระหนี้ด้วยสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่มีผลเท่ากับการ โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า

²² Uniform Commercial Code. Article 9-302 (3) (a).

²³ Roman Cleanser Co. (1986). 43 Bankr. 940. (Bankr. E.D.M.I. (1984), aff'd. 802F. 2d 607.

การยื่นจดบันทึกสัญญาประกันการชำระหนี้จึงไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของ The Lanham Act แต่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของ มาตรา 9²⁴

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าว ได้รับการยืนยันในคดี C.C. & Co., Inc., 86 B.R. 485 (ED Va 1988) ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า คู่สัญญาประสงค์จะทำสัญญาประกันการชำระหนี้ด้วยสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายกลาง (Federal) ในเรื่องการ โอนสิทธิ แต่จะปฏิบัติตามกฎหมาย Uniform Commercial Code ที่ใช้บังคับในเรื่องการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทั่วไป ดังนั้น สัญญาประกันการชำระหนี้ที่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทั่วไป หากได้มีการยื่นข้อมูลการให้ความช่วยเหลือทางการเงินตามข้อกำหนดของ Uniform Commercial Code ก็เพียงพอที่จะได้รับความคุ้มครองสำหรับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับความคุ้มครองเหนือเจ้าหนี้สามัญรายอื่น และได้รับความคุ้มครองเหนือทรัสต์ในคดีล้มละลาย

ดังนั้น สิทธิในเครื่องหมายการค้าจึงสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ภายใต้ Uniform Commercial Code ของ มาตรา 9 และสามารถใช้อย่างบุคคลทั่วไปได้หากได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ระบุข้างต้นทุกประการ

การตระหนักถึงบทบาทของเครื่องหมายการค้าที่จะนำมาประกันการชำระหนี้ นั้น ไม่ได้มีแค่ระดับประเทศเท่านั้น ในระดับนานาชาติได้มีความพยายามที่จะเริ่มให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในฐานะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ชนิดหนึ่ง โดยประเทศในสหภาพยุโรป ได้มีการกำหนดให้มีการจดทะเบียนการประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้าสามารถกระทำได้ ในการจดทะเบียนของ Community Trademark ซึ่งการจดทะเบียนจะใช้อยู่ต่อบุคคลภายนอกถึงสิทธิของเจ้าหนี้และภาระผูกพันของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว เหล่านี้เป็นที่ยืนยันถึงความสำคัญของการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้ได้ และยืนยันถึงความจำเป็นที่กฎหมายของประเทศไทยควรมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้และคุ้มครองการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าประกันการชำระหนี้เหมือนดังเช่นประเทศอื่นๆ

²⁴ David C. Rosa. (1994). *Searching for the Comfort Zone: Issues related to the Perfection of security interest in Trademark in international commercial transaction*. University of Pennsylvania of International Business Law. p.37.

3.1.2 ประเทศอังกฤษ

3.1.2.1 ประเภทของหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษนั้น มีทั้งการประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือการค้ำประกัน และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน²⁵

1) การประกันหนี้ด้วยบุคคลหรือการค้ำประกัน (Suretyship) คือ การใช้ตัวบุคคลเข้ามาผูกพันต่อเจ้าหนี้ เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ หากเกิดกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้ว บุคคลผู้เข้ามาค้ำประกันยอมที่จะชำระหนี้ของลูกหนี้

2) การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 อย่าง คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลทางกฎหมาย และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา ซึ่งในการศึกษานี้จะมุ่งกล่าวถึงเฉพาะการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา

3.1.2.2 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญา แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ คือ การจำนำ (Pledge) สิทธิยึดหน่วง (Contractual Lien) การจำนอง (Mortgage) และชาร์จ (Charge)²⁶

1) การจำนำ (Pledge) เป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการประกันหนี้แบบอื่น และเป็นพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันในประเทศอังกฤษ โดยลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นอาจเป็นการส่งมอบการครอบครองให้เจ้าหนี้โดยตรง หรืออาจให้บุคคลภายนอกครอบครองแทนก็ได้ การที่ผู้รับจำนำได้ครอบครองทรัพย์สินจำนำของลูกหนี้นั้น ทำให้บุคคลภายนอกได้ทราบถึงสิทธิของผู้รับจำนำที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินจำนำ โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนการจำนำจะระงับเมื่อการครอบครองทรัพย์สินจำนำได้สูญสิ้นไป²⁷

ทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ในลักษณะการจำนำได้นั้น นอกจากทรัพย์สินที่มีรูปร่างแล้ว ยังรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งหมายถึงเอกสารสิทธิต่างๆ เช่น ในการส่งสินค้า (Bill of lading) หนังสือสำคัญแสดงสิทธิในสินค้า (Document of Title to Goods) ตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable Instruments) ส่วนเอกสารอื่นที่ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ในลักษณะการจำนำได้ เช่น หนังสือสัญญาที่ไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยชัดแจ้ง

2) สิทธิยึดหน่วงโดยสัญญา (Contractual Lien) เป็นการประกันการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญา (Possessory Lien) โดยเจ้าหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เป็นประกันทำ

²⁵ R.M. Goode. (1988). *Legal Problems of Credit and Security* 2d ed. London: Sweet & Maxwell. p.15.

²⁶ *Ibid*, p.711.

²⁷ R.M. Goode. *supra*. p.712.

ให้เจ้าหนี้สามารถยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ แต่สิทธิยึดหน่วงที่เกิดขึ้นโดยสัญญาจะมีการจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ โดยเจ้าหนี้ไม่มีสิทธินำทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ไปขายทอดตลาดได้ เจ้าหนี้เพียงแต่มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น²⁸

3) การจำนอง (Mortgage) เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ โดยมีข้อตกลงที่ชัดเจนหรือโดยปริยายว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันจะโอนกลับคืนมาเป็นของลูกหนี้ เมื่อมีการชำระหนี้ที่เป็นประกันเสร็จสิ้นแล้ว การจำนองไม่ต้องการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด ลูกหนี้ยังคงครอบครองและสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินต่อไปได้ ซึ่งทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันในลักษณะการจำนองได้นั้น อาจเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้²⁹

การจำนองมีความยืดหยุ่น เพราะไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินจำนองและทรัพย์สินทุกประเภทจึงสามารถนำมาจำนองได้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ไม่มีการยอมรับการโอนทรัพย์สินในอนาคตที่จะได้รับมาภายหลังสัญญาแต่ตามหลักเอควิตีตีมีการยอมรับการโอนทรัพย์สินในอนาคตและการโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาด้วย ซึ่งการจำนองในระบบกฎหมายอังกฤษนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) Legal Mortgage เป็นการจำนองที่เกิดขึ้นตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยลูกหนี้ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้โดยเด็ดขาด แต่ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินที่จำนอง เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา และเจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันคืนให้แก่ลูกหนี้ ซึ่งรูปแบบการจำนองประเภทนี้ต้องมีการจดทะเบียนและดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย จึงจะมีผลบังคับเป็นหลักประกัน

(2) Equitable Mortgage เป็นการจำนองที่เกิดขึ้นตามหลักเอควิตีตี ซึ่งเป็นการตกลงกันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้โดยอาจทำสัญญาเป็นหนังสือหรือไม่ก็ได้ เพราะมิได้มีแบบพิธีแต่อย่างใด และเป็นกรณีที่ลูกหนี้มิได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ เพียงแต่ลูกหนี้ตกลงให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยที่ลูกหนี้ยังคงปรากฏชื่อในหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและยังคงครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ ซึ่งหากลูกหนี้เกิดผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้รายอื่น

²⁸ R.M. Goode. *supra*. p.14.

²⁹ R.M. Goode. (1982). *Commercial Law*. Middlesex: Penguin Book. pp. 713-714.

4) หลักประกันแบบชาร์จ (Charge) เป็นการประกันหนี้รูปแบบหนึ่งที่ไม่ขึ้นอยู่กับ การส่งมอบการครอบครองหรือการ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ แต่เป็นการตกลงยินยอมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภท เป็น หลักประกันการชำระหนี้ไว้โดยเฉพาะ (Fixed Charge) หรือกำหนดเป็นรายละเอียดของทรัพย์สินไว้ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันหรือ เจ้าหนี้ในลำดับรองจากเจ้าหนี้ที่มีประกันแบบชาร์จ หรือบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันนี้ไว้ในครอบครอง เว้นแต่ผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนี้ด้วยความสุจริต และเสียค่าตอบแทน แต่เจ้าหนี้ก็ยังไม่สามารถจะดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ จนกว่าลูกหนี้จะ ได้ผิดนัดชำระหนี้³⁰

ชาร์จ แบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ ชาร์จที่เกิดมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า Legal Charge และชาร์จที่เกิดจากหลัก Equity เรียกว่า Equitable Charge

(1) Legal Charge คือ ชาร์จที่เป็นรูปแบบของหลักประกันหนี้ตามที่กฎหมาย บัญญัติไว้ ซึ่งสามารถสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในทันที

(2) Equitable Charge คือ ชาร์จที่เป็นหลักประกันหนี้ โดยไม่มีรูปแบบกำหนดไว้ แต่เป็นการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญาที่จะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันหนี้โดยลูกหนี้ไม่ต้อง โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และไม่ต้องส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นการใช้สิทธิในสิทธิบัตรเป็นประกันการชำระหนี้ จึงสามารถกระทำได้ด้วยวิธีนี้³¹ Equitable Charge แบ่งออกเป็น Fixed Charge และ Floating Charge ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

(2.1) Fixed Charge คือ รูปแบบการประกันหนี้โดยใช้ทรัพย์สินที่กำหนดไว้ เป็นการเฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันหนี้ การประกันหนี้แบบ Fixed Charge นี้ จะมีผลผูกพัน ตัวทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันหนี้ในทันทีที่มีการทำสัญญา หรือในทันทีที่ลูกหนี้ได้มีกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหนี้ ซึ่งมีผลทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่าย จ่ายโอนทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันหนี้ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ที่มีประกันนั้นแล้ว (หนี้ประธาน) หรือได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้แล้ว³²

(2.2) Floating Charge เป็นรูปแบบการประกันหนี้ประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้น จากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นรูปแบบการประกันหนี้ที่ได้กำหนดประเภทหรือรายละเอียดของ ทรัพย์สินที่จะใช้เป็นหลักประกันหรือเป็นกลุ่มของทรัพย์สิน เรียกว่า ทรัพย์สินทั่วไป มิใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

³⁰ R.M. Goode. (1988). *supra*. p.2.

³¹ Philip R. Wood. (1995). *Comparative Law of Security and Guarantees*. London: Sweet and Maxwell. p.94.

³² R.M. Goode. (1988). *supra*. p.715.

โดยปกติแล้วจะเป็นทรัพย์สินที่หมุนเวียนเปลี่ยนมือ เปลี่ยนแปลงจำนวนและปริมาณตลอดเวลา และอาจจะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาหรือเป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้นในอนาคตก็ได้ โดยผู้ให้หลักประกันไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับประกัน ผู้ให้หลักประกันจึงยังคงสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันได้ตามปกติ ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย จ่าย โอน เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวยังเป็นของผู้ให้หลักประกัน ส่วนผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ต่อเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในสัญญาเกิดขึ้น เช่น ผิดนัดชำระหนี้ หยุดดำเนินกิจการ เลิกกิจการ ล้มละลาย เป็นต้น ซึ่งจะทำให้สิทธิของผู้รับหลักประกันที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินทั่วไป (Floating Charge) เปลี่ยนแปลงสภาพเป็นสิทธิเหนือเฉพาะสิ่ง (Fixed Charge) การเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ เรียกว่า Crystallisation³³ ซึ่งบุคคลผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยนิติบุคคลจะต้องดำเนินการตาม Companies Act ส่วนบุคคลธรรมดาต้องดำเนินการตาม Bill of Sale Act

(1) ก่อนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงสภาพผู้รับหลักประกันมีสิทธิเพียงแต่คอยสอดส่องดูแลว่า ผู้ให้หลักประกันได้ดำเนินธุรกิจกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปในทางธุรกิจหรือไม่เท่านั้น ทั้งนี้เพราะผู้รับหลักประกันมีเพียงสิทธิตามสัญญา ยังไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันแต่อย่างใด และทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยังคงมีลักษณะเป็นประเภทของทรัพย์สินหรือเป็นกลุ่มของทรัพย์สิน จึงยังไม่สามารถระบุได้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่า สิทธิของผู้รับหลักประกันจะมีอยู่เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเฉพาะสิ่งใด ส่วนผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ตามปกติจนกว่าจะมีเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ในสัญญาเกิดขึ้น จึงจะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งเมื่อทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงแล้วเจ้าหนี้มีสิทธิแต่งตั้ง Receiver เพื่อให้เข้าครอบครอง ขาย หรือฟ้องข้อบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นของเจ้าหนี้

สิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ Floating Charge กับเจ้าหนี้ประเภทอื่น ก่อนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงสภาพนั้น สิทธิของเจ้าหนี้ประเภทอื่นที่มีการบังคับคดีเสร็จก่อนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงสภาพจะมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ Floating Charge แต่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่ทำสัญญามีข้อตกลงว่า ภายหลังจากทำสัญญากันแล้วห้ามผู้ให้หลักประกันก่อภาระติดพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและเจ้าหนี้ประเภทอื่น หรือนุคคลภายนอกได้ทราบถึงข้อตกลงดังกล่าว สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge ก็จะมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ประเภทอื่นที่เกิดขึ้น

³³ R.M. Goode. (1988). *supra*. pp. 795-796.

(2) หลังทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงสภาพ เมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพแล้ว สิทธิของผู้ให้หลักประกันในทรัพย์สินนั้นก็จะมีผลตกทันที ทำให้ทรัพย์สินกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge จึงจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้อื่นๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากมีการเปลี่ยนแปลงสภาพ แต่ไม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้จำนำ เจ้าหนี้จำนอง หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิที่เกิดขึ้นสมบูรณ์ก่อนการเปลี่ยนแปลงสภาพเพราะสิทธิของเจ้าหนี้จำนำ เจ้าหนี้จำนอง หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิเกิดขึ้นสมบูรณ์เหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตั้งแต่ที่มีการจดทะเบียน หรือการส่งมอบการครอบครองตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่สิทธิของเจ้าหนี้ Floating Charge เพิ่งจะเกิดขึ้นเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงสภาพแล้ว ส่วนสิทธิในการได้รับชำระหนี้ในระหว่างเจ้าหนี้ Floating Charge ด้วยกันนั้น ให้พิจารณาจากลำดับการจดทะเบียน หากเจ้าหนี้ Floating Charge รายใดจดทะเบียนก่อน ย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน³⁴

(3) การบังคับหลักประกันแบบ Floating Charge จะไม่มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจำหน่ายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที แต่จะมีการให้ผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจสอบและประเมินราคาทรัพย์สินเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สิน และประเมินราคาทรัพย์สิน รวมทั้งดำเนินการจำหน่ายตามวิธีที่เหมาะสมแก่สภาพของทรัพย์สิน ซึ่งอาจจำหน่ายไปทั้งกิจการหรือแยกจำหน่ายก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้³⁵

5) Assignment and Transfer of Intangible Property เป็นการประกันการชำระหนี้รูปแบบหนึ่ง ซึ่งลูกหนี้ได้โอนสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ (Book Debts) หุ้่น กรรมกรรมประกันภัย ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า เป็นต้น เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยที่ลูกหนี้เพียงแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหนี้ให้ได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน³⁶

3.2 กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

ในการนำสิทธิในเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ภายใต้กฎหมายญี่ปุ่นนั้น กฎหมายเครื่องหมายการค้าญี่ปุ่นมีบทบัญญัติที่สามารถนำสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีจำนำ โดยกำหนดวิธีการเฉพาะไว้ใน มาตรา 34 และอนุโลมให้ใช้

³⁴ R.M. Goode. (1988). *supra*. pp. 799-800.

³⁵ ปกรณ์ นิลประพันธ์. อ้างแล้ว. หน้า 88.

³⁶ Philip R. Wood. *supra*. p.94.

บทบัญญัติของกฎหมายสิทธิบัตรในบางมาตรา ได้แก่ มาตรา 96 ในเรื่องสิทธิของผู้รับจำนำที่จะเรียกค่าตอบแทน มาตรา 98 (3) และมาตรา 99 (3) เรื่องข้อกำหนดถึงประเภทนิติกรรมที่ต้องจดทะเบียน

กฎหมายเครื่องหมายการค้า มาตรา 34 กำหนดให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยเด็ดขาด สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่เด็ดขาด สามารถจำนำได้โดยผู้รับจำนำไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ ยกเว้นแต่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา³⁷ ซึ่งวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เพื่อให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้จำนำยังคงได้ประโยชน์การใช้เครื่องหมายการค้า ในขณะที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ มาตรา 34 นี้ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องการจำนำสิทธิบัตร โดยอนุโลม³⁸ ได้แก่

กฎหมายสิทธิบัตร มาตรา 96 ซึ่งกำหนดสิทธิของผู้จำนำที่จะเรียกค่าตอบแทนเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือเจ้าสิทธิสิทธิบัตร ได้รับมาจากสิทธิบัตรซึ่งจำนำนั้น หากได้มีการการใช้คำสั่งยึดอายัดก่อนการชำระหรือส่งมอบค่าตอบแทนเงินหรือผลประโยชน์ดังกล่าว

กฎหมายสิทธิบัตรตามมาตรา 98 (3) ในกรณีต่อไปนี ไม่ให้มีผลบังคับหากมิได้มีการจดทะเบียนการก่อตั้งการโอน (ยกเว้นการโอนทางมรดก) การเปลี่ยนแปลงใดๆ อันเกี่ยวกับการจำนำสิทธิบัตร หรือสิทธิในการใช้สิทธิบัตร จะต้องมีการจดทะเบียน³⁹

กฎหมายสิทธิบัตร มาตรา 99 (3) การโอน การเปลี่ยนแปลง การระงับ หรือการจำกัด การใช้สิทธิเด็ดขาดในสิทธิบัตร หรือการก่อตั้ง การโอน การเปลี่ยนแปลง การระงับ หรือจำกัดการจำนำสิทธิในการใช้สิทธิบัตรแบบไม่เด็ดขาด ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก ถ้าไม่ได้จดทะเบียน⁴⁰

พิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นพบว่า มีหลักเกณฑ์เฉพาะที่กฎหมายเครื่องหมายการค้าญี่ปุ่นได้ขึ้นมาเพื่อรองรับการจำนำสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้อย่างเหมาะสมกับลักษณะของสิทธิ หลักเกณฑ์ดังกล่าว ได้แก่

1) การจดทะเบียน (Registration)

ถึงแม้ว่าหลักในการจำนำในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ได้กำหนดให้การจำนำสังหาริมทรัพย์ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำ และกรณีที่เป็นการจำนำสิทธิเรียกร้องนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้กำหนดวิธีการเฉพาะที่เหมาะสมสำหรับสิทธิเรียกร้องแต่ละชนิด

³⁷ Trademark Act of Japan. Article 34.

³⁸ Trademark Act of Japan. Article 96, Article 98 and Article 99 (3).

³⁹ Trademark Act of Japan. Article 98 (3).

⁴⁰ Trademark Act of Japan. Article 99 (3).

สำหรับเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นสิทธิอันได้มาโดยการจดทะเบียน กฎหมายเครื่องหมายการค้าญี่ปุ่น มาตรา 34 (3) จึงได้กำหนดให้การนำสิทธินี้จะต้องมีการจดทะเบียนเช่นกัน เพื่อให้สาธารณชน สามารถตรวจสอบสถานะของเครื่องหมายการค้าว่ากระตือรือร้นใดๆ หรือไม่ ในกรณีที่จะต้อง มีนิติกรรมใดๆ อันเกี่ยวกับนิติกรรมนั้น หากการนำดังกล่าวไม่ได้จดทะเบียน ผู้รับจำนำก็ไม่อาจ ยกการจำนำนั้นขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกได้ ซึ่งก็จะทำให้สถานะของผู้รับจำนำมิได้เป็นเจ้าหนี้ ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่น โดยการจดทะเบียนนั้น คู่สัญญาจะต้องลงนามในสัญญาอนุญาตจำนำ (The Acknowledgement of the Pledge) และนำส่งแก่ สำนักงานสิทธิบัตรแห่งญี่ปุ่น คำขอจดทะเบียนการจำนำมักจะลงชื่อทั้งผู้รับจำนำและผู้รับจำนำ และในกรณีที่ผู้รับจำนำเป็นนิติบุคคลที่มีได้จัดตั้งภายใต้กฎหมายญี่ปุ่น จะต้องนำส่งหนังสือรับรอง จากเจ้าพนักงานโนตารีพับลิก รับรองสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลดังกล่าว⁴¹

(1) การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญา

ในการนำทรัพย์สินโดยทั่วไป การส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ จำนำเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ การส่งมอบการครอบครองดังกล่าวทำให้ผู้จำนำซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ไม่สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้ในระหว่างจำนำ แต่สำหรับเครื่องหมายการค้าแล้ว คุณค่าที่เพิ่ม ของเครื่องหมายการค้าอยู่ที่การใช้จนทำให้สาธารณชนผู้บริโภคได้จดจำและเป็นที่ยอมรับ ดังนั้น มาตรา 34 (1) จึงให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่อาจตกลงเป็นอย่างอื่น นอกจากที่ระบุในกฎหมายในการให้สิทธิ แก่คู่สัญญาแก่ผู้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวในระกวางการจำนำ ซึ่งโดยปกติผู้จำนำเจ้าของ เครื่องหมายการค้ามักจะเป็นผู้ใช้ แต่คู่สัญญาอาจตกลงให้ผู้รับจำนำได้ใช้สิทธิดังกล่าวได้ ซึ่งการใช้ สิทธิดังกล่าวนั้นต้องใช้ในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยอาศัยสัญญาจำนำดังกล่าว เนื่องจาก ถึงแม้ว่าจะมีข้อตกลงให้ผู้รับจำนำได้ใช้สิทธิ แต่กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าก็ยังคงเป็นของ ผู้จำนำ⁴²

2) ขอบเขตของการจำนำ

ในเรื่องขอบเขตของการจำนำ บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นมิได้ระบุโดยเฉพาะจึงต้อง นำหลักจำนำโดยทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับในเรื่องขอบเขตของหนี้ที่ครอบคลุม โดยการจำนำใน มาตรา 364 ซึ่งกำหนดให้การจำนำต้องประกัน เพื่อหนี้ ดอกเบี้ย ค่าปรับ ค่าใช้จ่าย เพื่อการบังคับจำนำ ค่าใช้จ่ายเพื่อการบำรุงรักษาทรัพย์สินจำนำรวมไปถึงค่าเสียหายอันเกิดจากการ ชำระหนี้⁴³ สำหรับในเรื่องขอบเขตในทรัพย์สินที่จำนำ มาตรา 34 (2) ได้บัญญัติให้ผู้รับจำนำสามารถ

⁴¹ Trademark Act of Japan. Article 34 (3).

⁴² Trademark Act of Japan. Article 34 (1).

⁴³ Trademark Act of Japan. Article 346.

เรียกเก็บค่าตอบแทนเงิน หรือประโยชน์ซึ่งผู้จำหน่ายได้รับมา อันเนื่องมาจากเครื่องหมายการค้านั้น ซึ่งได้รับค่าตอบแทน เงิน หรือผลประโยชน์ถือเป็นดอกผลชนิดหนึ่งที่ผู้จำหน่ายมีสิทธิที่จะยึดถือไว้ได้ จนกว่าจะได้รับการชำระหนี้ แต่ทั้งนี้จะต้องใช้สิทธิดังกล่าวก่อนการชำระหนี้หรือการส่งมอบค่าตอบแทน เงิน หรือผลประโยชน์อื่นใดนั้น ซึ่งการใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องทำโดยยื่นคำร้องขอต่อศาลแขวง⁴⁴

3) ผลของการจำหน่าย

เนื่องจากการจำหน่ายสิทธิภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ถูกบัญญัติแยกไว้ต่างหากจากเรื่องจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ แต่ได้กำหนดให้ใช้บทบัญญัติในเรื่องจำหน่ายสังหาริมทรัพย์โดยอนุโลมในกรณีของการจำหน่ายสิทธิ สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาผู้จำหน่ายและผู้รับจำหน่ายสิทธิที่นอกจากจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องการจำหน่ายโดยทั่วไปแล้วยังต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในเรื่องการจำหน่ายสิทธิเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติที่กำหนดไว้เพิ่มเติมในกรณีการจำหน่ายสิทธินั้น บัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับการจำหน่ายสิทธิซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องแต่ละชนิด โดยเฉพาะดังนั้นในกรณีการจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 34 จึงได้บัญญัติสำหรับกลุ่มสัญญาที่จะต้องปฏิบัติโดยเฉพาะที่เหมาะสมสำหรับการจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้า กล่าวคือ

(1) ผู้รับจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้าไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการที่ระบุนอกจากสัญญาที่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น

(2) ผู้รับจำหน่ายสามารถใช้สิทธิจากคำสั่งยึดอายัดค่าตอบแทน เงิน ทรัพย์สิน ที่ผู้จำหน่ายจะมีสิทธิได้รับอันเนื่องมาจากสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จำหน่าย ทั้งนี้ ผู้รับจำหน่ายจะต้องได้รับคำสั่งยึด อายัด ดังกล่าว ก่อนการชำระ หรือการส่งมอบเงินหรือทรัพย์สิน

(3) การจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 34 ดังกล่าวข้างต้น จะมีผลทำให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวเหนือเจ้าหนี้อื่นๆ ในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่จำหน่ายนั้น⁴⁵

4) การบังคับจำหน่าย

ในส่วนของการบังคับจำหน่ายในกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น บทบัญญัติใน มาตรา 354 ซึ่งเป็นเรื่องของการบังคับจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ซึ่งปรับใช้กับการจำหน่ายสิทธิเช่นกัน หากลูกหนี้ผู้จำหน่ายไม่สามารถชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ ผู้รับจำหน่ายได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำหน่ายในมูลค่าที่เท่ากับหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระ โดยจะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแจ้งให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้า เมื่อมีการร้องขอต่อศาลแล้ว กฎหมายที่ใช้บังคับควบคุมการบังคับคดีตามคำพิพากษา คือ กฎหมายการบังคับคดีแพ่ง

⁴⁴ Trademark Act of Japan. Article 34 (2).

⁴⁵ Trademark Act of Japan. Article 34.

(The Law on Civil Execution) ซึ่งจะครอบคลุมการบังคับคดีตามคำพิพากษา ซึ่งระบุไว้ในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งและการเปลี่ยนหลักประกันให้เป็นเงินสด (Realization) แต่เดิมนั้นการบังคับคดีตามคำพิพากษาและวิธีการชั่วคราว รวมทั้งการเปลี่ยนหลักประกันให้เป็นเงินเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายการขายทอดตลาดก็เป็นกฎหมายที่กำหนดไว้สำหรับการเปลี่ยนหลักประกันให้เป็นเงินของสิทธิในหลักประกัน กฎหมายทั้งสองฉบับถูกบัญญัติขึ้นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีความไม่ทันสมัย จนได้ทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นระยะๆ และในปี ค.ศ. 1979 กฎหมายบังคับคดีทางแพ่งได้ถูกบัญญัติขึ้น ซึ่งกฎหมายที่รวมวิธีพิจารณาการบังคับคดีทางแพ่งแต่ละส่วนและการเปลี่ยนหลักประกันให้เป็นเงินของสิทธิในหลักประกันเข้าด้วยกัน ให้มีความกระชับและทันสมัยมากยิ่งขึ้น

ในส่วนของทรัพย์สินทางปัญญานั้น มาตรา 167 ของกฎหมายบังคับคดีทางแพ่งได้กำหนดให้การบังคับคดีของหลักประกันที่เป็นประเภททรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรวมทั้งสิทธิในเครื่องหมายการค้าต้องบังคับใช้ตามบทบัญญัติของการบังคับคดีของสิทธิเรียกร้องซึ่งมีมาตรการในการบังคับคดี ดังต่อไปนี้

- (1) คำสั่งโอน ซึ่งศาลจะกำหนดมูลค่าของทรัพย์สินที่จำนำแล้วโอนไปยังผู้รับจำนำ
- (2) คำสั่งจำหน่ายทรัพย์สิน ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการเหมาะสมที่จะจำหน่ายทรัพย์สินจำนำไปยังบุคคลภายนอก
- (3) คำสั่งให้ผู้รับจำนำสามารถรับประโยชน์ในทรัพย์สินจำนำนั้นต่อไป แม้ว่ากรรมสิทธิ์จะเป็นของผู้จำนำ
- (4) วิธีการอื่นๆ ที่เหมาะสม

ซึ่งวิธีการดังกล่าวข้างต้นศาลได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าควรใช้วิธีการใดบังคับ ทั้งนี้ เนื่องจากทรัพย์สินแต่ละชนิด โดยเฉพาะเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินที่อาจเป็นประโยชน์และมีคุณค่าแตกต่างกันไป ดังนั้น วิธีการหลากหลายนี้เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาหาวิธีการที่เหมาะสมมาบังคับใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

ถึงแม้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายเครื่องหมายการค้าญี่ปุ่นจะกำหนดให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีจำนำได้ แต่เนื่องจากการจำทะเบียนจำนำนั้นต้องเสียค่าธรรมเนียมก่อนข้างสูง โดยกรณีจดทะเบียนจำนำเครื่องหมายการค้านั้นจะต้องเสียค่าธรรมเนียมถึงร้อยละ 4 ของจำนวนหนี้ทั้งหมดดังกล่าวนี้ ก่อให้เกิดอุปสรรคแก่คู่สัญญาที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้เพิ่มขึ้น ดังนั้น คู่สัญญามักจะหลีกเลี่ยงที่จะใช้วิธีการจำนำนี้ แต่ยินยอมที่จะใช้วิธีทำสัญญาไม่มีชื่อเช่นเดียวกับกรณีในประเทศไทยในปัจจุบัน

3.3 กฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันของประเทศไทย

คณะรัฐมนตรีให้เสนอร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ต่อสภาผู้แทนราษฎร และสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดการทำบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวตามมาตรา 142 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สำหรับเหตุผลและความจำเป็นในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ การประกนการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นต่อการหาสินเชื่อกำมาใช้ในการประกอบธุรกิจขององค์กรทางธุรกิจ เพราะหากองค์กรทางธุรกิจขอสินเชื่อจากผู้ให้สินเชื่อ โดยนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้และทรัพย์สินนั้นมูลค่าไม่ต่ำกว่าหนี้ที่เป็นประกัน ย่อมเป็นการจูงใจผู้ให้สินเชื่อในการสินเชื่อเนื่องจากมีความมั่นใจว่าตนได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างแน่นอน โดยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การประกนการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมีสองรูปแบบ คือ การจำนองและการจำนำ โดยการจำนองเป็นที่ผู้จำนองนำทรัพย์สินไปตราไว้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับจำนอง⁴⁶ ส่วนจำนำเป็นกรณีที่ผู้จำนำส่งมอบสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้⁴⁷

อย่างไรก็ดี การจำนองและการจำนำนั้นต่างเป็นการประกนการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัดในตัวเอง กล่าวคือ กรณีจำนำเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะสามารถนำมาจำนำได้ และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย หลักการดังกล่าวจึงไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจบางอย่าง เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เรือเดินทะเล เป็นต้น ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการการชำระหนี้ได้ เนื่องจากผู้จำนำต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบธุรกิจ หากต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนำแล้วผู้ประกอบการอาจไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ส่วนกรณีจำนองนั้น แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและผู้จำนองสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่จำนองให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนอง ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นผลดีต่อการประกอบการธุรกิจของผู้จำนอง แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ตามมาตรา 703⁴⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 702.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 747.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 703.

และพาณิชย์นั้น จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ไม่สามารถนำสังหาริมทรัพย์อื่นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ เช่น เครื่องจักร สิทธิเรียกร้อง สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า สังหาริมทรัพย์อื่นที่มีผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องบิน เป็นต้น มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ นอกจากนี้ การนำเรือเดินทะเลมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ผู้รับจำนองมีลำดับบุริมสิทธิแตกต่างไปจากหลักสากลเกี่ยวกับบุริมสิทธิทางทะเล ดังนั้น จึงยังคงมีความจำเป็นที่ต้องเปิดช่องให้มีการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนองได้ มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองเช่นเดียวกับการจำนอง เพื่อให้ทรัพย์สินที่สามารถใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจได้สูงสุด

ในอดีตมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้น 2 ฉบับ เพื่อแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำและการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ (1) พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 เพื่อให้มีการจดทะเบียนเครื่องจักรอันเป็นประโยชน์ต่อการใช้เครื่องจักรไปจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามมาตรา 703 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ (2) พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 เพื่อกำหนดวิธีการจำนองเรือเดินทะเลไว้เป็นการเฉพาะ รวมทั้งกำหนดบุริมสิทธิทางทะเลให้สอดคล้องกับหลักสากลเกี่ยวกับบุริมสิทธิทางทะเล อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับฉบับดังกล่าวก็ยังไม่สามารถแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำและการจำนองดังกล่าวข้างต้นได้อย่างแท้จริงคงเพียงการแก้ไขปัญหาให้แก่ทรัพย์สินสองประเภทเท่านั้น คือ เครื่องจักรและเรือ โดยเปิดให้นำเครื่องจักรมาประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องการมอบการครอบครองอย่างจำนอง และกำหนดหลักเกณฑ์การจำนองเรือไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ขณะที่ยังมีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกเป็นจำนวนมากที่ผู้ประกอบการไม่สามารถนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่แหล่งทุนได้ ดังนั้น จึงยังคงมีความจำเป็นที่ต้องเปิดช่องให้มีการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเหล่านี้มาใช้ในการประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่แหล่งทุนได้ด้วย เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริง

แม้การเปิดให้มีการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองนั้น จะสามารถทำได้โดยการแก้ไขปรับปรุง มาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อกำหนดให้นำสังหาริมทรัพย์มาจำนองได้ แต่การดำเนินการดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับจำนอง เนื่องจากสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่าย หากนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง กระบวนการบังคับจำนองต้องมีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ มิฉะนั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับ

จำนองได้ แต่โดยที่การบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการใช้อำนาจของศาล ขณะที่ศาลมีบุคลากรจำกัดและต้องรับผิดชอบคดีประเภทอื่นอีกจำนวนมาก ดังนั้น กระบวนการพิจารณาคดีบังคับจำนองในทางปฏิบัติจึงค่อนข้างล่าช้าและเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการของทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง นอกจากนี้ การบังคับคดีจำนองตามคำพิพากษาของศาลเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแผนของทางราชการ จึงยังทำให้กระบวนการบังคับจำนองล่าช้าออกไปและมักจำหน่ายสินค้าที่จำนองได้ในราคาไม่มากนักซึ่งไม่เป็นผลดีต่อทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง

ดังนั้น กรณีจึงมีความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อให้มีการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนองหรือจำหน่าย มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันได้ โดยกฎหมายดังกล่าวต้องมีระบบการบังคับหลักประกันที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ให้หลักประกันและผู้รับประกัน และเพื่อลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในกระบวนการบังคับประกัน

3.3.1 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ...

1) ผู้ให้หลักประกัน ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับหลักประกันซึ่งผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง และสามารถใช้ประโยชน์จากหลักประกันได้ เช่น นำไปจำหน่าย จ่าย โอน หรือนำไปเป็นหลักประกันต่อได้

2) ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้เพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบการธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ส่วนผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือนุคคลอื่นตามที่กฎกระทรวงกำหนดเพื่อให้การให้สินเชื่อเป็นไปอย่างมีระบบควบคุมตรวจสอบได้

3) ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกัน ได้แก่

(1) กิจการ

(2) สิทธิเรียกร้องยกเว้นสิทธิที่มีตราสารเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิที่มีตราสารแล้ว

(3) สงหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เป็นต้น

(4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง

(5) ทรัพย์สินที่ได้มาในอนาคตอันต้องได้มาตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์เท่านั้นเพื่อให้ผู้รับหลักประกันเกิดความมั่นใจได้ว่าตนสามารถบังคับหลักประกันได้อย่างแน่นอน

(6) ทรัพย์สินอื่นตามที่รัฐมนตรีได้กำหนดตามกฎหมาย

4) ความสมบูรณ์ของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนเนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันสามารถจำหน่ายโอนได้ง่าย จึงต้องมีการจดทะเบียนเพื่อควบคุมการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เป็นระบบ

5) ไม่มีเรื่องการกำหนดระยะเวลาในการจดทะเบียนเนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินของผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินจนกว่าหนี้จะระงับไปหรือคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญาหรือมีการไถ่ถอนหลักประกัน

6) ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่

7) การได้รับชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันใช้หลัก First Come First Served

8) กระบวนการบังคับหลักประกันมีความรวดเร็วไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายและเกิดความสะดวก

3.3.2 วิธีและขั้นตอนการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน

1) รูปแบบการทำสัญญาหลักประกัน

(1) สัญญาประจานหรือสัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งอาจเรียกชื่อต่างๆ กัน เช่น สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาเบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น เป็นสัญญาหลัก กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้มีความประสงค์ต้องการเงินทุน ลูกหนี้ก็จะทำการกู้ยืมเงินหรือขอสินเชื่อกับเจ้าหนี้ ไม่ว่าเจ้าหนี้นั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และไม่ว่าจะเป็นสถาบันการเงินหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในส่วนของสัญญาประจานนั้นก็จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ เช่น การกู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท ต้องมีสัญญาเบิกเงินเกินบัญชี คือ สัญญาบัญชีเดินสะพัด ซึ่งบุคคลสองคนตกลงกันว่าสืบแต่นั้นไปหรือในช่วงเวลากำหนดอันใดอันหนึ่งให้ตัดถอนบัญชีลูกหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนอันเกิดขึ้นในกิจการระหว่างเขาทั้งสองนั้นหักกลบลบกันและคงชำระแต่ส่วนที่เหลือหลักฐานเป็นหนังสือ มิเช่นนั้นจะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ เป็นต้น และในการทำสัญญากู้ยืมเงินนั้นอาจมีการให้หลักประกันในการกู้ยืมหรือไม่ก็ได้ แต่การกู้ยืมเงินหรือการให้สินเชื่อโดยปกติจะมีกำหนดเวลาชำระคืนที่แน่นอน ระยะเวลาการชำระเงินคืนจะสั้นหรือยาวก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญาและวัตถุประสงค์ของการกู้ยืม ส่วนการชำระเงินคืนก็อาจชำระเงินคืนในคราวเดียวพร้อมดอกเบี้ยหรือเจ้าหนี้อาจกำหนดให้มีการผ่อนชำระคืนเป็นงวดๆ ก็ได้ ส่วนผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้มักอยู่ในรูปของดอกเบี้ย ซึ่งกำหนดอัตราแตกต่างกันแล้วแต่ความตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ดี ต้องไม่เกินที่กฎหมายกำหนด คือ ร้อยละ 15 ต่อปี แม้จะมีข้อตกลงเรื่องการชำระหนี้คืนพร้อมดอกเบี้ย แต่เจ้าหนี้ส่วนมากก็ยังคงต้องการหลักประกันในการชำระหนี้เพื่อความมั่นใจของเจ้าหนี้ว่า

หากลูกหนี้ผิดนัดจะยังคงสามารถบังคับเอาค่าหลักประกันได้ ดังนั้น เมื่อร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้สามารถนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันได้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงสัญญาหลักประกันทางธุรกิจซึ่งถือเป็นสัญญาอุปกรณ์ด้วย

(2) สัญญาอุปกรณ์ เป็นสัญญารองจะต้องมีสัญญาประธานเกิดขึ้นเสียก่อนเสมอ และสัญญาประธานต้องสมบูรณ์ด้วยแล้วจึงมีสัญญาอุปกรณ์และจะบังคับตามสัญญาอุปกรณ์ได้ ซึ่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก็ถือเป็นสัญญาอุปกรณ์ประเภทหนึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งได้ให้คำนิยามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไว้ว่า “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระก็ได้”⁴⁹ โดยทั่วไปแล้วสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน คือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเสนอและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาสนองรับตามที่ผู้เสนอได้เสนอก็เกิดเป็นสัญญาแล้วแต่สัญญานั้นจะมีผลตามกฎหมายอย่างไรก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง กล่าวคือ โดยทั่วไปเมื่อสัญญาเกิดขึ้นก็ย่อมมีผลสามารถบังคับได้แต่ก็มีสัญญาบางประเภทที่กฎหมายได้กำหนดแบบไว้ว่า หากไม่ปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญานั้นจะเป็นโมฆะ เช่น สัญญาจำนอง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นต้น”⁵⁰ เมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแล้วถือว่าผู้รับหลักประกันเป็นเจ้าของมีประกันตามกฎหมายล้มละลายซึ่งจะได้รับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์นั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ยกเว้นกรณีที่ผู้รับหลักประกันยินยอมหรือเป็นกรณีที่ขายทรัพย์สินนั้นตามปกติทางการค้า สิทธิในการได้รับชำระหนี้ในทรัพย์สินที่ผู้รับหลักประกันยินยอมหรือขายตามปกติทางการค้านั้นย่อมหมดไป

2) การจัดทำสัญญาหลักประกัน

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ได้บัญญัติใน มาตรา 5 ซึ่งเป็นการประกันหนี้ประเภทหนึ่ง โดยใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน โดยทรัพย์สินที่ว่ามีควมหมายกว้างกว่าคำว่าทรัพย์สินในลักษณะจำนองและจำนำซึ่งได้ให้ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจว่า “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน” และผู้ให้หลักประกัน

⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 5.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 714.

อาจเอาทรัพย์สินของคนไว้เพื่อเป็นการประกันชำระหนี้ของบุคคลอื่นก็ได้ในหนี้อื่นที่บุคคลอื่นต้องชำระ โดยสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นยังคงสามารถนำทรัพย์สินในอนาคตมาใช้เป็นหลักประกันได้โดยจะต้องเป็นไปตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ ในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นๆ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 9 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์อยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ มาใช้เป็นหลักประกันก็ได้แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น”⁵¹ ตามปกติแล้วสัญญาโดยทั่วไปกฎหมายมิได้กำหนดคกฏเกณฑ์ในการทำสัญญาไว้เพียงแต่แสดงเจตนาฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนารับก็เป็นสัญญาแล้ว กล่าวคือ การทำสัญญา คือ การแสดงเจตนาเสนอและสนองต้องตรงกันโดยมุ่งที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์และการที่จะแสดงเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกันต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีก็สามารถทำนิติกรรมสัญญาได้แต่มีสัญญาบางประเภทกฎหมายระบุให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือบางประเภทต้องทำเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สำหรับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดรูปแบบของสัญญา คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน (เจ้าพนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ) สัญญาหลักประกันทางธุรกิจนอกจากเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแล้วยังเป็นการรวมหลักการของการค้ำประกัน จำนองและจำนำเข้าด้วยกันเป็นแนวคิดที่จะเสริมส่วนของกฎหมายที่ยังครอบคลุมไปไม่ถึง ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาค้ำประกันของกฎหมายปัจจุบันได้ เช่น จำนำต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเป็นเหตุให้ไม่สามารถนำทรัพย์สินมาใช้ประโยชน์ได้ ส่วน จำนอง นั้นถึงแม้ผู้รับจำนองสามารถนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาใช้ประโยชน์ได้แต่ก็มีทรัพย์สินน้อยประเภทที่จะนำมาใช้เป็นหลักประกันได้

3.3.3 การระบุข้อตกลงในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพื่อคุ้มครองประโยชน์เจ้าหน้าที่และเพื่อความสะดวกแก่ลูกหนี้

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมิได้กำหนดแบบของการทำสัญญาและมิได้กำหนดข้อสัญญาที่ต้องระบุลงในสัญญาเอาไว้ดังเช่น ในกรณีของการจำนองที่กฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ได้กำหนดให้ต้องระบุลงในสัญญา เช่น ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนอง ต้องระบุจำนวนเงินที่จำนอง เป็นต้น ดังนั้นการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นให้สิทธิเสรีภาพของกลุ่มสัญญา (Freedom of Contract) ในการเข้าทำสัญญาโดยตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนเท่านั้น ซึ่งการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ

⁵¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 9.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นการระบุข้อตกลงลงในสัญญาจำเป็นต้องมีขอบเขตหรือรูปแบบในการกำหนดข้อสัญญาเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้และความสะดวกแก่ลูกหนี้ ซึ่งตามตัวอย่างดังต่อไปนี้เป็นขอบเขตการระบุข้อตกลงลงในสัญญา คือ

1) ระบุถึงบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา คือต้องระบุให้ชัดเจนว่าใครเป็นผู้รับหลักประกันและใครที่เป็นผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้หลักประกัน ในกรณีที่บุคคลอื่น (ลูกหนี้) จะต้องเป็นผู้ชำระซึ่งหมายถึงบุคคลภายนอกเป็นผู้ค้ำประกันด้วยทรัพย์สินให้กับลูกหนี้

2) ระบุถึงจำนวนเงินหลักประกันไว้ตรงตัวและแน่นอนถ้าเกิดเป็นกรณีฟ้องร้องขึ้นสู่ศาล ผู้รับหลักประกันจะขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้เพราะต้องห้ามตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94⁵² โดยการระบุจำนวนเงินนั้นอาจจะกำหนดเป็นเงินตราไทยหรือเงินตราต่างประเทศก็ได้ เพราะการประกอบธุรกิจต้องใช้เงินจำนวนมากเนื่องจากผู้รับหลักประกันอาจเป็นผู้มีสัญชาติต่างประเทศซึ่งอาจไม่ยอมรับในเงินบาทของไทยหรือถึงเห็นว่าเงินบาทไม่มีเสถียรภาพเพียงแต่การระบุจำนวนเงินนั้นให้ระบุจำนวนเงินที่กำหนดไว้แน่นอนและชัดเจนก็พอไม่บังคับว่าเป็นเงินตราของสัญชาติใด

3) ระบุถึงวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการผลิตสินค้าที่นำมาเป็นหลักประกัน โดยต้องระบุจำนวน ชนิด ประเภท ซึ่งต้องกำหนดวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการผลิตสินค้านี้จำนวนเท่าใด ชนิดไหนตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 บัญญัติว่า “เมื่อใดมีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง ห้ามมิให้ศาลยอมรับฟังพยานบุคคลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ แม้ถึงว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ยื่นยอมก็ดี

(1) ขอสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร เมื่อไม่สามารถนำเอกสารมาแสดง

(2) ขอสืบพยานบุคคลประกอบข้ออ้างอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้นำเอกสารมาแสดงว่ายังมีข้อความเพิ่มเติมตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารนั้นอยู่อีก” ประเภทไหน ลักษณะไหน เป็นต้น รวมไปถึงระบุว่าเป็นทรัพย์สินในปัจจุบันหรือในอนาคตที่จะนำมาเป็นหลักประกัน โดยทรัพย์สินในอนาคตจะต้องมีผลผูกพันตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ อีกด้วย

4) ระบุถึงขอบเขตการนำวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการผลิตสินค้านี้มาเป็นหลักประกันว่าครอบคลุมถึงการประกันการชำระหนี้ประเภทใดบ้าง เช่น วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการผลิตสินค้านี้ที่นำมาเป็นหลักประกันยอมเป็นประกันการชำระหนี้ประธานและหนี้อุปกรณ์ รวมถึงดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับหลักประกัน เป็นต้น

5) ระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา คือ ต้องกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแล้วแต่ก็ควร

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. มาตรา 94.

ระบุไปในสัญญาด้วยเพื่อจะได้เกิดประสิทธิภาพของการใช้สิทธิและหน้าที่ของตัวคู่สัญญาเอง ในบางกรณีควรระบุสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีต่อบุคคลภายนอกด้วย เมื่อเกิดมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกจะได้ใช้สิทธิและหน้าที่ได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม

6) ระบุถึงเหตุบังคับหลักประกัน ซึ่งเหตุบังคับหลักประกันมีความสำคัญมากในการบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพราะตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมิได้กำหนดไว้เพียงแต่กำหนดไว้ว่าคู่สัญญาสามารถกำหนดเหตุบังคับหลักประกันเป็นประการใดก็ได้แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

7) ระบุถึงความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ การกำหนดเหตุที่จะทำให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไป ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ได้กำหนดไว้แล้วเช่นกัน แต่คู่สัญญาก็สามารถกำหนดไว้ได้ในกรณีอื่นๆ ซึ่งจะทำให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจระงับสิ้นไปแต่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

3.3.4 บุคคลที่สามารถนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน

ในการทำสัญญาการนำวัตถุใดที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันนั้นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดประเภทของบุคคลที่จะให้หลักประกันและรับหลักประกันไว้ว่า จะต้องเป็นบุคคลประเภทใดซึ่งจะแตกต่างกับการจำนองและจำนำที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ดังนั้นผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันจึงต้องเป็นบุคคล ดังต่อไปนี้⁵³

1) ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

2) ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นที่ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งสถาบันการเงิน หมายความว่า

(1) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์

(2) บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

(3) บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

(4) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้ง

⁵³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 6 และ มาตรา 7.

3.3.5 การจดทะเบียน

ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นหนังสือแล้วนั้นต้องมีการนำไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนจึงจะมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายโดยสัญญาหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน เนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก่อให้เกิดบุริมสิทธิเช่นเดียวกับการจำนองตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้รับหลักประกันขอที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่และระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันรับรองการมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้สามัญของเจ้าหนี้บุริมสิทธิโดยการจดทะเบียน เช่น กรณีจำนองตามมาตรา 714 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงกำหนดให้การมีสิทธิสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้สามัญของผู้รับหลักประกันอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน อย่างไรก็ดี โดยที่ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะที่สำคัญ คือ สามารถเปลี่ยนมือได้ง่ายและมีการหมุนเวียนเปลี่ยนมือตลอดเวลาอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจ ดังนั้น เพื่อลดภาระของเจ้าพนักงานทะเบียนในการตรวจสอบความถูกต้องของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจึงกำหนดให้เจ้าพนักงานทะเบียนรับจด แก้ไข หรือยกเลิกการจดทะเบียนตามข้อมูลที่ได้รับแจ้งจากผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียนตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้โดยกรณีการจดทะเบียนครั้งแรก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว รวมทั้งการยกเลิกการจดทะเบียนกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันและกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกันนั้น ให้เป็นหน้าที่ของผู้รับหลักประกันโดยการจดทะเบียนดังกล่าวต้องได้รับการยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ให้หลักประกันก่อนทุกครั้งเนื่องจากผู้รับหลักประกันเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าว ส่วนกรณีนี้ที่เป็นประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นอันมิใช่อายุความหรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจให้ผู้ให้หลักประกันเป็นผู้มีหน้าที่ไปดำเนินการจดทะเบียน โดยต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับหลักประกันเนื่องจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการดำเนินการดังกล่าวสัญญาหลักประกันทางธุรกิจไม่มีกำหนดระยะเวลาในการจดทะเบียนเนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินผู้รับหลักประกันจึงยอมมีสิทธิที่จะรับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจนกว่าหนี้ที่เป็นหลักประกันจะระงับสิ้นไปหรือคู่สัญญาตกลงกันยกเลิกสัญญาหรือมีการไถ่ถอนหลักประกัน ดังนั้น ทรัพย์สินของผู้รับหลักประกันจึงต้องคงอยู่ต่อไปตราบเท่าที่ยังไม่เกิดเหตุดังกล่าวการที่จะกำหนดให้การจดทะเบียนมีระยะเวลาแน่นอนและหากไม่มีการต่ออายุการจดทะเบียนผู้รับหลักประกันจะยกสิทธิตามสัญญาขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก

ไม่ได้จึงไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับหลักประกันและอาจก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจกันระหว่างคู่สัญญาได้ ซึ่งจะขัดต่อธรรมชาติของการประกอบธุรกิจที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อถือและไว้วางใจกันเมื่อมีการจดทะเบียนการให้หลักประกันแล้วผู้รับหลักประกันจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 17 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ โดยความหมายของเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย หมายถึง เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับในทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งเมื่อเราพิจารณาจากความหมายของเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายไม่ได้ กำหนดว่าให้ผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นเจ้าหนี้มีประกัน

ดังนั้น จึงต้องมีการบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ ซึ่งเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ก่อนเจ้าหนี้สามัญ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้นหรืออาจจะขอรับชำระหนี้ก็ได้แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ใน 4 ประการ คือ

- 1) การสละหลักประกัน การสละหลักประกันทำให้เจ้าหนี้มีประกันกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงอาจขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน
- 2) บังคับหลักประกันเอง เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิบังคับเองแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้เสมอ เมื่อได้บังคับหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่
- 3) ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดหลักประกัน เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่
- 4) ตีราคาหลักประกัน เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่⁵⁴

การจดทะเบียนการให้หลักประกันนั้นก็เพื่อเป็นการแสดงต่อสาธารณะว่าได้นำทรัพย์สินใดมาเป็นหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเมื่อเป็นเจ้าหนี้มีประกันแล้วผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม⁵⁵ เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ จะทำให้สิทธิดังกล่าวสิ้นสุดลง คือ

⁵⁴ วิชา มหาคุณ. (2539). *กฎหมายล้มละลาย* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ. หน้า 176.

⁵⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 29.

(1) ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียนเปลี่ยนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไป โดยทางการค้าปกติของทรัพย์สินนั้นหรือ โดยความยินยอมของผู้รับหลักประกันยอมได้ทรัพย์สินนั้น โดยปลอดภาระหลักประกัน

(2) ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมิใช่เป็นทรัพย์สินตามข้อหนึ่งบุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยไม่รู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายนี้ (ร่าง พ.ร.บ. หลักประกันทางธุรกิจ) หรือ โดยความยินยอมของผู้รับหลักประกัน ยอมได้ทรัพย์สินนั้น โดยปลอดภาระหลักประกัน⁵⁶

3.3.6 สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

1) สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

(1) มีสิทธิครอบครอง ใช้ออย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁵⁷

(2) มีสิทธิขอให้ผู้รับหลักประกันยืนยันหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระเป็นหนังสือโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องเว้นระยะห่างจากครั้งแรกไม่น้อยกว่าหกเดือน

(3) มีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในเวลาใดๆ ก็ได้ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือก่อนที่ทรัพย์สินหลักเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน

2) หน้าที่ของผู้ให้หลักประกัน

(1) มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพะนั้นและต้องบำรุงรักษาทั้งซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย

(2) มีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

(3) มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคาลง ในกรณีผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(4) มีหน้าที่ให้ผู้รับหลักประกันหรือตัวแทนเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราวและระยะเวลาอันสมควร⁵⁸

⁵⁶ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 32.

⁵⁷ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 22.

⁵⁸ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 25.

3) สิทธิของผู้รับหลักประกัน

(1) มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคา เนื่องจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ

(2) มีสิทธิเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราว

(3) มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่ได้มาแทนจากการจำหน่าย จ่าย โอน แลกเปลี่ยนหรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วย รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหรือเสียหายมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แทนทรัพย์สินเดิม⁵⁹

4) หน้าที่ของผู้รับหลักประกัน

(1) มีหน้าที่ต้องตอบหนังสือยืนยันหนี้หรือระบุจำนวนหนี้ที่ถูกต้องเป็นหนังสือไปยังผู้ให้หลักประกันภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ให้หลักประกัน

(2) มีหน้าที่ออกหนังสือยินยอมให้ยกเลิกการจดทะเบียนแก่ผู้ให้หลักประกันเมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุอื่นใดที่ไม่ใช่อายุความหรือเมื่อคู่สัญญาตกลงกันยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจหรือเมื่อมีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน⁶⁰

5) สิทธิของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

(1) สิทธิของผู้รับหลักประกันเมื่อมีการจดทะเบียนแล้วถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย⁶¹

(2) ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่⁶² เว้นแต่เป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและมีลักษณะหมุนเวียนเปลี่ยนมือตลอดเวลา บุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยปกติของทรัพย์สินนั้นหรือโดยความยินยอมของผู้รับหลักประกันย่อมได้สิทธินั้น โดยปลอดภาระหลักประกัน⁶³

⁵⁹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 31.

⁶⁰ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 28.

⁶¹ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 17 วรรค 2.

⁶² ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 31.

⁶³ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 31.

(3) ผู้รับหลักประกันที่ได้ทรัพย์สินมาจากการจำหน่าย จ่าย โอน แลกเปลี่ยน หรือ ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นประกันรวมอยู่ด้วยต้องไปแก้ไขรายการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนจึงจะเข้าไปซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเพื่อให้บุคคลภายนอกทราบถึงรายการทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันที่มีการเปลี่ยนแปลง⁶⁴

6) หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันกับบุคคลภายนอก

(1) ผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนหลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียนจึงสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้

(2) ผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ต้องแก้ไขรายการจดทะเบียนทรัพย์สินที่ได้มาจากการจำหน่าย จ่าย โอน แลกเปลี่ยน หรือ ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันต่อเจ้าพนักงานทะเบียน ผู้รับหลักประกันจึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญ หากทรัพย์สินที่ได้มาเป็นสิทธิเรียกร้องผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ จึงจะสามารถยกสิทธิดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิได้

3.3.7 การบังคับทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน

ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจดังนั้นคู่สัญญาจึงต้องกำหนดเหตุที่จะสามารถบังคับหลักประกันได้ โดยต้องมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) เมื่อลูกหนี้ผิดนัดการที่ลูกหนี้ผิดนัดนั้นหมายถึงลูกหนี้ที่ทำสัญญาประจานไม่ใช่ผู้ทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเพราะผู้ทำสัญญาหลักประกันเมื่อทำสัญญาเสร็จแล้วก็ไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรอีกเพราะผู้ให้หลักประกันไม่ใช่ลูกหนี้ เว้นแต่ว่าลูกหนี้ คือ ผู้ให้หลักประกันซึ่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจสามารถทำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระก็ได้

2) เมื่อมีการยุติการค้าขายเพราะถ้าผู้ให้หลักประกันยุติการค้าขายเท่ากับว่ากิจการนั้นไม่สามารถทำกำไรเพื่อมาชำระหนี้ได้จึงต้องมีการบังคับหลักประกันเพื่อให้ผู้ให้หลักประกันเข้ามาจัดการดูแลทรัพย์สินเพื่อนำออกขายทอดตลาดหรือให้หลักประกันหลุดเป็นสิทธิก็ได้

3) เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทลูกหนี้หยุดดำเนินกิจการ ถ้าบริษัทลูกหนี้หยุดการค้าขายไม่ว่าด้วยความสมัครใจของบริษัทลูกหนี้เองหรือเกิดจากการมีคำร้องขอต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้หยุดกิจการหรือมีเหตุการณ์ภายนอกที่มีผลทำให้บริษัทลูกหนี้ต้องหยุดดำเนินกิจการ

4) ลูกหนี้ไม่ดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนพึงกระทำ ซึ่งเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาแล้วนั้นตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้ให้หลักประกัน

⁶⁴ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 31 วรรค 2.

ห้ามจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยการเข้าครอบครองนั้นต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาให้บังคับหลักประกัน แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาให้บังคับหลักประกัน แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันห้ามมิให้เจ้าหนี้ยื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (แต่ให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้น) และผู้รับหลักประกันต้องส่งหนังสือภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยส่งหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือดังกล่าวและให้แจ้งไปด้วยว่าหากไม่ได้รับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้หรือโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแต่ถ้าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีสภาพเป็นของสละเสียได้หรือถ้าหากหน่วงช้าไว้จะเป็นการเสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายจะเกินส่วนกับค่าของทรัพย์สินผู้รับหลักประกันอาจจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยวิธีที่เห็นสมควรเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการตามที่กล่าวมาข้างต้น ดังนั้นการบอกกล่าวการบังคับหลักประกันจะต้องทำเป็นหนังสือ ไม่สามารถบอกกล่าวเป็นวาจาได้ซึ่งหนังสือบอกกล่าวการบังคับหลักประกันนั้นไม่มีแบบแต่อย่างไรหากแต่ต้องมีสาระสำคัญให้ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งต้องมีข้อความที่ให้อ่านและเข้าใจได้ว่าผู้รับหลักประกันต้องการให้ลูกหนี้มาชำระหนี้และจะต้องกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อให้มาชำระหนี้ภายในกำหนดอีกด้วย

3.3.8 ความระงับสิ้นไปแห่งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาอุปกรณ์คือจะต้องมีสัญญาหลักซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการทำสัญญาจำนองและจำนำ เช่น การจำนองที่ดินค้ำประกันสัญญาเงินกู้ แม้สัญญาจำนองอาจจะนับแต่สัญญาคู่ก็ยังมีผลบังคับใช้อยู่ หรือในกรณีที่สัญญาคู่ขาดอายุความแต่สัญญาจำนองก็อาจจะคงอยู่ก็ได้ ดังนั้น ต้องคำนึงเสมอว่ามีอยู่ด้วยกันสองสัญญาและตระหนักถึงความเกี่ยวพันของทั้งสองสัญญาซึ่งความรับผิดชอบของแต่ละสัญญามีกฎหมายกำหนดไว้ความระงับสิ้นไปของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องรับผิดชอบในมูลหนี้ที่ตนเองเข้าค้ำประกันไว้เว้นแต่ผู้ให้หลักประกันเป็นลูกหนี้ในมูลหนี้ตามสัญญาประธานด้วย ซึ่งขอบเขต

ความรับผิดชอบมีเพียงใดนั้นตามร่างพระราชบัญญัติได้กำหนดให้ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ โดยมีเพียงกรณีเดียวเท่านั้นที่ทำให้หนี้ตามสัญญาประธานและหนี้ตามสัญญาอุปสรรค (สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ) ระวังสิ้นไป คือ ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิซึ่งบทบัญญัตินี้ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดห้ามคู่สัญญากระทำการเป็นอย่างอื่นมิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับใช้ได้ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะระวังสิ้นไปได้ด้วยเหตุ ดังต่อไปนี้

1) หนี้ประกันระวังสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดอันมิใช่อายุความ

2) ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันตกลงกันเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

3) มีการไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

4) มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ⁶⁵

จากที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของต่างประเทศและประเทศไทย จะเห็นได้ว่า Uniform Commercial Code (พ.ศ. 1940) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และการประกันหนี้แบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) ของประเทศอังกฤษ เพื่อเปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ของประเทศไทยนั้น ทำให้เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวของทั้งสามประเทศมีความใกล้เคียงกันมาก ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกัน วิธีการและขั้นตอนต่างๆ แต่ในเรื่องของบุคคลที่จะสามารถนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจนั้น หลักประกันแบบ Floating Charge (หลักประกันแบบลอย) ของประเทศอังกฤษจำกัดเฉพาะแต่นิติบุคคลหรือบริษัทเท่านั้นที่จะเป็นคู่สัญญาได้ ซึ่งแตกต่างจากหลักประกันการชำระหนี้ตาม Article 9 ของ Uniform Commercial Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาและตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ของประเทศไทยนั้น ผู้ที่จะเป็นคู่สัญญาตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลมิได้จำกัดเฉพาะนิติบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ของประเทศไทยยังมีข้อบกพร่องหลายประการ โดยจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4

⁶⁵ ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. มาตรา 82.

3.4 เปรียบเทียบหลักกฎหมายในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของต่างประเทศและประเทศไทย

3.4.1 ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกัน

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน โดยกำหนดให้สามารถนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ได้ในลักษณะการจำนำ ซึ่งในแต่ละประเทศได้ระบุข้อกำหนดและมีวิธีแตกต่างกัน ดังนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายึดตามหลัก Article 9 (Secured Transactions) ของ Uniform Commercial Code (UCC) สำหรับประเทศอังกฤษ กฎหมายกำหนดว่า ทรัพย์สินนำมาใช้เป็นหลักประกันหนี้ในลักษณะการจำนำ นอกจากทรัพย์สินที่มีรูปร่างยังรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างด้วยซ้ำ หมายถึง เอกสารสิทธิต่างๆ เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ใบตราส่งค่า (Bill of lading) หนังสือสำคัญแสดงสิทธิในสินค้า (Document of Title to Goods) ตราสารเปลี่ยนมือได้ (Negotiable Instruments) สำหรับประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดวิธีการเฉพาะไว้ใน มาตรา 34 กล่าวคือ กำหนดให้สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยเด็ดขาด สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าโดยไม่เด็ดขาด สามารถจำนำได้โดยผู้รับจำนำไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวได้ ยกเว้นแต่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับให้นำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ แต่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดประเภททรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ดังนี้

- 1) กิจการ
- 2) สิทธิเรียกร้อง ยกเว้นสิทธิที่มีตราสาร เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิที่มีตราสารแล้ว
- 3) สหกรณ์ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เป็นต้น
- 4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง
- 5) ทรัพย์สินที่ได้มาในอนาคตอันต้องได้มาตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์เท่านั้นเพื่อให้ผู้รับหลักประกันเกิดความมั่นใจได้ว่าตนสามารถบังคับหลักประกันได้อย่างแน่นอน
- 6) ทรัพย์สินอื่นตามที่รัฐมนตรีได้กำหนดตามกฎหมายกระทรวง

จะเห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ก็ยังไม่ได้กำหนดให้เครื่องหมายการค้า สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้

3.4.2 แบบของสัญญาหลักประกันในกรณีนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกัน

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายรองรับแบบของสัญญาหลักประกันในกรณีนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันอย่างชัดเจน ซึ่งในแต่ละประเทศระบุไว้แตกต่างกัน ดังนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าการทำให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีผลสมบูรณ์ใช้ต่อสู้กับบุคคลภายนอก และเจ้าหนี้รายอื่นได้นั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 วิธี คือ การ Perfection โดยอัตโนมัติ (Perfection by Attachment) การ Perfection โดยการเข้าครอบครอง (Perfection by Control) และการ Perfection โดยวิธีการจดทะเบียนหลักประกัน (Perfection by Filing) สำหรับประเทศอังกฤษยึดตามหลักประกันแบบชาร์จ (Charge) ซึ่งเป็นการตกลงยินยอมระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภท เป็นหลักประกันการชำระหนี้ไว้โดยเฉพาะ (Fixed Charge) และ Assignment and Transfer of Intangible Property เป็นการประกันการชำระหนี้รูปแบบหนึ่ง ซึ่งลูกหนี้ได้โอนสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง สำหรับประเทศญี่ปุ่นตามกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดให้การจำหน่ายสิทธิทรัพย์สินต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่าย และกรณีที่เป็นการจำหน่ายสิทธิเรียกร้องนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งก็ได้กำหนดวิธีการเฉพาะที่เหมาะสมสำหรับสิทธิเรียกร้องแต่ละชนิด

สำหรับประเทศไทยกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบการทำสัญญาหลักประกันในกรณีของเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดรูปแบบของสัญญาหลักประกัน แต่ไม่หมายความถึง การทำสัญญาหลักประกันโดยการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกัน

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจนี้ ได้บัญญัติใน มาตรา 5 ซึ่งเป็นการประกันหนี้ประเภทหนึ่งโดยใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน คำว่าทรัพย์สินนี้มีความหมายกว้างกว่าคำว่า ทรัพย์สินในลักษณะจำนองและจำนำ ร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าวได้ให้ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจว่า “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับหลักประกัน เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันอาจเอาทรัพย์สินของตนไว้เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นก็ได้ในหนี้ อันที่บุคคลอื่นต้องชำระ” สัญญาหลักประกันทางธุรกิจนั้นยังคงสามารถนำทรัพย์สินในอนาคตมาใช้เป็นหลักประกันได้โดยจะต้องเป็นไปตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ ในกรรมสิทธิ์ในคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 9 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์อยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใดๆ มาใช้เป็นหลักประกันก็ได้

แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น”

จะเห็นได้ว่า รูปแบบของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ จะต้องมีการนำทรัพย์สิน เช่น กิจการ สิทธิการเช่า ซึ่งอาจรวมถึงเครื่องหมายการค้ามาตราไว้กับเจ้าหนี้ ซึ่งไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใด

3.4.3 การจดทะเบียน

ในกรณีการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ นั้น จากการศึกษาพบว่า ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายรองรับในแนวทางเดียวกัน คือ จะต้องมีการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน เพื่อเปิดเผยต่อสาธารณชนเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินของหลักประกัน

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายรองรับนำเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนเพื่อนำไปเป็นหลักประกันไว้โดยเฉพาะ แต่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดวิธีการจดทะเบียนไว้ แต่ก็ยังไม่ได้กำหนดถึงการจดทะเบียนตราเครื่องหมายการค้าเพื่อเป็นหลักประกันไว้โดยเฉพาะ

เมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นหนังสือแล้วนั้นต้องมีการนำไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน จึงจะมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายโดยสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน เนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก่อให้เกิดนิติกรรมเช่นเดียวกับการจำนองตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้รับหลักประกันชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ และระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันรับรองการมีสิทธิ์ดีกว่าเจ้าหนี้สามัญของเจ้าหนี้นิติกรรมโดยการจดทะเบียน

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้กฎหมายไทยจะยังมิได้บัญญัติให้มีการนำเครื่องหมายการค้ามาจดทะเบียนเพื่อเป็นหลักประกันก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้รับหลักประกันโดยเครื่องหมายการค้า จึงต้องมีการจดทะเบียนให้สาธารณชนรับรู้ว่า เครื่องหมายการค้าดังกล่าวอยู่ภายใต้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

3.4.4 การกำหนดสิทธิของคู่สัญญา

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายรองรับสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันอย่างชัดเจน ซึ่งในแต่ละประเทศระบุไว้แตกต่างกัน ดังนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกา แยกสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันออกเป็น 2 ประเภท คือ หลักประกันครอบครองหนี้ตามสัญญา และหลักประกันที่ครอบคลุมถึงหนี้ในอนาคต สำหรับประเทศอังกฤษ

กำหนดว่า สิทธิในเครื่องหมายการค้ามาเป็นประกันการชำระหนี้ สามารถกระทำได้ด้วยวิธีนี้ Equitable Charge แบ่งออกเป็น Fixed Charge คือ รูปแบบการประกันหนี้โดยใช้ทรัพย์สินที่กำหนดไว้ เป็นการเฉพาะเจาะจงเป็นหลักประกันหนี้ และ Floating Charge คือ รูปแบบการประกันหนี้ ประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล สำหรับประเทศญี่ปุ่น กำหนดสิทธิในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันไว้ว่า ให้ผู้รับจำนำใช้สิทธิตามมาตรา 34 (1) ซึ่งการใช้สิทธิดังกล่าวนั้นต้องใช้ในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยอาศัยสัญญาจำนำดังกล่าว เนื่องจากถึงแม้ว่าจะมีข้อตกลงให้ผู้รับจำนำได้ใช้สิทธิ แต่กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าก็ยังคงเป็นของผู้จำนำ

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับเกี่ยวกับการนำสิทธิในเครื่องหมายการค้าเพื่อนำไปเป็นหลักประกัน แต่ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับประกัน ดังนี้

1) สิทธิของผู้ให้หลักประกัน

(1) มีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น ใช้ไปสิ้นไปในกรณีที่ครอบครองเพื่อการใช้สิ้นเปลือง และได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

(2) มีสิทธิขอให้ผู้รับหลักประกันยืนยันหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระเป็นหนังสือโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่การใช้สิทธิดังกล่าวต้องเว้นระยะห่างจากครั้งแรกไม่น้อยกว่าหกเดือน

(3) มีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในเวลาใดๆ ก็ได้ก่อนมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือก่อนที่ทรัพย์สินหลักเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน

2) สิทธิของผู้รับหลักประกัน

(1) มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคาเนื่องจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ

(2) มีสิทธิเข้าตรวจดูทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและบัญชีทรัพย์สินเป็นครั้งคราว

(3) มีสิทธิได้ทรัพย์สินที่ได้มาแทนจากการจำหน่าย จ่ายโอน แลกเปลี่ยนหรือได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือที่มีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมอยู่ด้วย รวมทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ได้มาเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวสูญหรือเสียหายมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แทนทรัพย์สินเดิม

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวผู้ให้หลักประกันมีสิทธิจะใช้ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน และหากทรัพย์สินดังกล่าวเสียหาย ผู้รับหลักประกันก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรรมแก่ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน