

การบังคับชำระหนี้จากสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

การจัดหาอากาศยานของผู้ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ (บริษัทการบิน / สายการบิน) ในรูปแบบของการขอสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน (Aircraft Finance) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing ซึ่งนิยมทำในรูปแบบของสัญญาซื้อขายแบบมีข้อสัญญาสงวนการโอนกรรมสิทธิ์, สัญญาเช่าซื้อ, และสัญญาลีสซิ่งซึ่งนิยมทำกันมากที่สุดตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 นั้น โดยที่ลักษณะของสัญญาแต่ละประเภทดังกล่าวเป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญายังไม่โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทันทีที่ทำสัญญา อันเป็นลักษณะประการแรกของสัญญาสินเชื่อประเภท Asset Based Finance ตามหลัก Transparent Priority¹ นอกจากนี้ลักษณะประการที่สองของสัญญาสินเชื่อดังกล่าว ก็คือการที่เจ้าหนี้ต้องสามารถดำเนินการใด ๆ ได้อย่างทันท่วงที เพื่อวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ตามหลัก Prompt Enforcement ดังนั้น ในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานจึงมักกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการผิดนัดชำระหนี้ของลูกหนี้ (default) และในขณะเดียวกันก็จะกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ (default remedies) (นอกเหนือจากสิทธิในการฟ้องเรียกหนี้ที่ค้างชำระ) เอาไว้ โดยจะเป็นการกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเรียกเอาอากาศยานซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาที่กรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของเจ้าหนี้กลับคืน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องส่งอากาศยานดังกล่าวกลับคืนให้แก่เจ้าหนี้ แต่หากลูกหนี้ไม่ยินยอมหรือไม่สามารถส่งอากาศยานคืนให้แก่เจ้าหนี้ได้ ก็ จะกำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) นั้นได้

โดยที่การทำสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน (Aircraft Finance) ในรูปแบบต่าง ๆ นั้น ส่วนใหญ่เป็นการทำสัญญาหรือธุรกรรมระหว่างประเทศ (International / Cross-Border Transaction) กล่าวคือ คู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นสายการบิน / บริษัทการบิน, สถาบันการเงิน และ

¹ หลัก Transparent Priority: เจ้าหนี้สามารถตัดสินใจและมั่นใจได้ว่าผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ทรงหลักประกันในทรัพย์สินที่ให้สินเชื่อนั้นมีอยู่เหนือสิทธิเรียกร้องทั้งปวงในทรัพย์สินนั้น (a financier or lessor must be able to determine whether, and ensure that, its proprietary interest in a financed or leased asset is superior to all potential competing claim against the asset) (กล่าวไว้ในบทที่ 2)

ผู้ผลิตอากาศยาน ล้วนเป็นนิติบุคคลต่างสัญชาติกันและมีสถานประกอบการอยู่คนละประเทศกัน ด้วยเหตุผลที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องการได้รับผลประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เช่น ภาษี อัตราดอกเบี้ย ฯลฯ เป็นต้น ดังนั้น ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่มีแนวคิดที่แตกต่างกันอันเป็นที่มาของหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานตามกฎหมายไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ทฤษฎีและแนวความคิดของการบังคับชำระหนี้

3.1.1 ทฤษฎีการบังคับชำระหนี้

การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ก็โดยอาศัยหลักการบังคับชำระหนี้² กล่าวคือ บุคคลเมื่อตกลงกันอันเกิดเป็นสัญญา หรือในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น จำเป็นต้องมีกระบวนการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อสัญญานั้น หรือ เยียวยาความเสียหายอันเกิดแต่การผิดสัญญาหรือการละเมิดนั้น แต่เนื่องจากอำนาจในการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือชดใช้ค่าเสียหายนั้น เจ้าหนี้มีอำนาจกระทำขึ้นเองได้ ต้องอาศัยอำนาจรัฐเป็นผู้เข้ามาดำเนินการแทน ดังนั้น ศาลจึงเป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือข้อสัญญา หรือการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว เพื่อให้บุคคลใช้กำลังเพื่อบังคับชำระหนี้กันเอง หลักการบังคับชำระหนี้ เป็นหลักการที่มีอยู่ในระบบกฎหมายทุกระบบ แต่อาจมีความแตกต่างกันบ้างเนื่องจากความเป็นมาของระบบกฎหมายและนิติวิธี (Juristic method) ที่แตกต่างกัน แต่การบังคับชำระหนี้ก็มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน คือ เป็นกระบวนการที่บังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนตรงตามวัตถุประสงค์แห่งนี้ และความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้

ในการที่จะให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญานั้น มีหลายสาเหตุด้วยกัน กล่าวคือ อาจเป็นสาเหตุทางกฎหมายเพื่อบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญานั้น และเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น หรืออาจเป็นสาเหตุอื่นที่มีสาเหตุทาง

² กักร พันธ์ลาภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2529), หน้า 36.

กฎหมาย เช่น เป็นสาเหตุในทางศีลธรรม ซึ่งคู่สัญญามีความรู้สึกและสำนึกว่า การปฏิบัติตามสัญญาเป็นสิ่งที่ถูกต้อง อันเป็นการรักษาคำมั่นสัญญาที่บุคคลพึงมีต่อกัน ในกฎหมายของทุกประเทศ ได้มีการบัญญัติลงโทษการผิดสัญญาไว้ เพื่อให้สัญญาที่มีความศักดิ์สิทธิ์มุ่งจะให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา แต่แนวความคิดของการลงโทษจะมุ่งบังคับตัวผู้ผิดสัญญาหรือมุ่งถึงคู่สัญญาที่ได้รับความสะดวกอันเนื่องมาจากการผิดสัญญานั้นขึ้นอยู่กับแนวความคิดทางกฎหมายของแต่ละระบบ

สำหรับมาตรการในการบังคับชำระหนี้ นั้น ตามประวัติศาสตร์ในยุคโรมัน กฎหมายโรมัน (Roman Law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เอื้อประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้ จึงมักมีผู้เรียกว่า "กฎหมายฝ่ายเจ้าหนี้" นั้น โดยหลักการดั้งเดิม เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้จะไม่สามารถดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เลย การบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีเพียงมาตรการเดียวคือ การดำเนินการกับตัวลูกหนี้ เท่านั้น โดยเจ้าหนี้สามารถที่จะฆ่า, คุมขังเยี่ยงตัวประกัน, นำมาเป็นคนรับใช้, หรือขายไปเป็นทาส ก็ได้ และเมื่อลูกหนี้นั้นเป็นหนี้กับเจ้าหนี้หลายคน ตามกฎหมาย 12 โต๊ะ กำหนดให้เจ้าหนี้เหล่านั้นสามารถแล้วเนื้อของลูกหนี้ออกเป็นชิ้น ๆ ตามจำนวนหนี้ของแต่ละคนได้³ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังสามารถที่จะเข้าไปอยู่ในบ้านของลูกหนี้ โดยที่ลูกหนี้จะต้องจัดเตรียมไว้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่อย่างไรก็ดี มาตรการหลังนี้อาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบของลูกหนี้ได้ หลังจากนั้นในปี 326 ก่อนคริสตศักราช กฎหมายโรมันได้บัญญัติหลักกฎหมายห้ามเจ้าหนี้ขายหรือฆ่าลูกหนี้ (Lex Poetelia) โดยกำหนดห้ามมิให้เจ้าหนี้พันธนาการลูกหนี้ด้วยโซ่ตรวน หรือวัตถุที่มีน้ำหนักมาก และให้เจ้าหนี้ยอมรับความตั้งใจที่จะชำระหนี้ของลูกหนี้

³ *The Law of the Twelve Tables, Table III : Debt ;* " When debt has been acknowledge, or judgment about the matter had been pronounced in court, thirty days must be the legitimate time to grace. After that, then arrest of debtor may be made by laying on hands. Bring him into court. If he does not satisfy the judgment, or no one in court offers himself as surety on his behalf, the creditor may take the defaulter with him. He may bind him either in stocks or in chains ; he may bind him with weight not less than fifteen pounds or with more if he shall so desire. The debtor, if he shall wish it, may live on his own. If he does not live on his own, the person (who shall hold him in bonds) shall give him one pound of grits for each day. He may give more if he shall so desire. *On the third market day, creditors shall cut pieces (divide the debt).* Should they have cut more or less than their due, it shall be with impunity."

(debtor's willingness to ward off the debt) ซึ่งหลักกฎหมายนี้ได้กลายมาเป็นหลักปฏิบัติทางการค้าของชาวโรมัน อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันได้มีการพัฒนาเรื่อยมา โดยในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bundesgesetz, 1868) ซึ่งเหมือนกับกฎหมายของทุกประเทศในยุโรป ได้มีการยกเลิกการจำคุกแทนการชำระหนี้ (imprisonment for debt) อย่างสมบูรณ์ โดยการแก้ไขกฎหมายใน ศตวรรษที่ 19 เนื่องจากประชาชนไม่เห็นด้วยกับมาตรการดังกล่าว แม้ว่าจะเป็นมาตรการหนึ่งในการบังคับชำระหนี้ก็ตาม⁴

ดังนั้น มาตรการในการบังคับชำระหนี้ในยุคปัจจุบันจึงไม่ใช่การบังคับเอากับเนื้อตัวของลูกหนี้ แต่เป็นการบังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือบังคับให้ลูกหนี้กระทำการใด ๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ ซึ่งการบังคับชำระหนี้โดยทั่วไป อาจแบ่งได้ 2 ประการ คือ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) และการบังคับชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทน กล่าวคือ การบังคับชำระหนี้ที่มีวิธีการให้ลูกหนี้กระทำการที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เจ้าหนี้ต้องการ หรือมีหนี้กันอยู่อย่างใดก็ขอให้บังคับชำระหนี้เช่นนั้น ซึ่งเป็นผลธรรมดาแห่งหนี้ (Normal Execution) เรียกว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งหนี้ เป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียหายอย่างไรก็บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ซึ่งค่าสินไหมทดแทนนี้เป็นผลผิดธรรมดาของหนี้ (Abnormal Execution)⁵

3.1.2 แนวความคิดการบังคับชำระหนี้

แนวความคิดการบังคับชำระหนี้ในระบบกฎหมาย Civil Law

ตามระบบกฎหมาย Civil Law มีแนวความคิดการบังคับชำระหนี้ซึ่งยึดถือตามกฎหมายโรมันที่ว่า "เมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง ย่อมหวังว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติ

⁴ Andrew Cannon, "Enforcing Civil Obligation in Lower Courts," Document for AIJA Magistrates Conference (September 2002).

⁵ ม.ร.ว. เส็นีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 814-815.

ตามสัญญา" กล่าวคือ "เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น ย่อมมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา" ⁶ ดังนั้น โดยหลักทั่วไปคู่สัญญาย่อมมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ให้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้อันเป็นการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ยกเว้นในกรณีที่ไม่วินิจฉัยที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้โดยตรง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน จึงจะเรียกค่าสินไหมทดแทน ⁷

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมาย Civil Law มีแนวความคิดเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้โดยมุ่งบังคับคู่สัญญาที่จะให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้กันตามข้อสัญญาอย่างจริงจังและป้องกันไม่ให้เกิดการผิดสัญญาอันเป็นการคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (sanctity of contract) และหน้าที่ในทางศีลธรรม (moral obligation) ที่จะต้องเคารพและรักษาคำมั่นสัญญาที่ให้ต่อกันไว้ โดยยึดถือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) หรือการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ให้ไว้ต่อกัน หรือให้อยู่ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาให้มากที่สุด โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นหลัก ส่วนการชดเชยค่าเสียหายเป็นกรณียกเว้นเมื่อไม่อาจจะบังคับให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ทั้งนี้ จะยึดถือหลักความซื่อสัตย์สุจริตอย่างยิ่งหรือคุณค่าทางด้านศีลธรรมเป็นสำคัญ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้มีการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา ถ้าหากปล่อยให้มีการละเลยจะทำให้ระบบกฎหมายขาดความน่าเชื่อถือ อันจะ ส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลขาดความแน่นอน และอาจเป็นอันตรายต่อธุรกิจการค้าหรือต่อระบบเศรษฐกิจได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในระบบกฎหมาย Civil Law ศาลจะบังคับให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นหลัก ส่วนการชดเชยค่าเสียหายเป็นเพียงมาตรการที่เยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ในกรณีที่มิอาจบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาได้

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมาย Civil Law เมื่อหนี้ถึงกำหนดแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่เนื่องจากอำนาจในการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญานั้น เจ้าหนี้มีอำนาจกระทำขึ้นเองได้ ต้องอาศัยอำนาจรัฐเป็นผู้เข้ามาดำเนินการแทน ดังนั้น ศาลจึงเป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือข้อสัญญาหรือการ

⁶ โปรดดู Barry Nicholas, *French Law of Contract*, (London : Butterworths, 1982), pp 205–206 ; E.J. Cohn, *Manual of German Law, Volume I* (London : Oceana Publicetion, Inc, 1968), p.101.

⁷ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย หนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ธันวาคม 2533), หน้า 124.

เยี่ยวยาความเสียหายดังกล่าว เพื่อมิให้บุคคลใช้กำลังเพื่อบังคับชำระหนี้กันเอง กล่าวคือ เจ้าหนี้ไม่สามารถเข้าไปบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ด้วยตนเอง จะต้องขอให้อำนาจรัฐเข้ามาช่วยเหลือ โดยต้องฟ้องต่อศาลขอให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ ซึ่งแม้เจ้าหนี้จะได้ฟ้องต่อศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และศาลได้พิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่เจ้าหนี้เรียกร้องอันเป็นผลให้ลูกหนี้กลายเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วก็ตาม แต่ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษายังไม่ยอมชำระหนี้อีก เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ยังคงไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง จะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งตั้งเจ้าหน้าที่ของศาลดำเนินการบังคับคดีให้โจทก์ตามวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอีกด้วย⁸

กล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้ในระบบกฎหมาย Civil Law ก็คือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะต้องฟ้องร้องต่อศาลให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง รัฐจะยื่นมือเข้ามาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นหน้อย่างใดกัน การบังคับชำระหนี้จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายที่กำหนดไว้

สำหรับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มีตัวอย่างดังนี้

1. กฎหมายญี่ปุ่น หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่ตนมีหน้าที่ เจ้าหนี้อาจเรียกให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้เป็นลำดับแรก แต่ก็ไม่ทุกกรณีเสมอไปที่เจ้าหนี้จะเรียกให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในบางกรณีเจ้าหนี้อาจขอให้บังคับชำระหนี้โดยเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ และในกรณีเช่นนี้ เจ้าหนี้มีอิสระที่จะเลือกเอาค่าสินไหมทดแทนเพียงอย่างเดียว หรือบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และพร้อมกันนั้นจะขอเรียกร้องเอาค่าเสียหายในกรณีที่การชำระหนี้ไม่สมบูรณ์ ไม่เป็นที่พอใจแก่เจ้าหนี้ก็ได้⁹

2. กฎหมายเยอรมัน ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ในหลักกฎหมายเยอรมัน การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นวิธีการเยียวยาการไม่ชำระหนี้ที่สำคัญ ในบทบัญญัติเรื่องหนี้ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B) ในมาตรา 241 บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อาจมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้” ถ้าเจ้าหนี้ประสงค์จะเรียกค่าเสียหายหรือเลิกสัญญาในกรณีสัญญาต่างตอบแทน แทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้

⁸ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

⁹ De Becker J.E., *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan*, (London : Butterworth, 1921), pp.264–272.

จะต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 326 โดยลูกหนี้จะต้องได้รับโอกาสสุดท้ายที่จะทำการชำระหนี้ เว้นแต่การชำระหนี้นั้นจะไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้อีกต่อไป¹⁰

3. กฎหมายฝรั่งเศส ตามประมวลแพ่งฝรั่งเศสมีหลักในการบังคับชำระหนี้แตกต่างจากหลักของเยอรมัน ภายใต้มาตรา 1184 เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้มีทางเลือกในการไม่ชำระหนี้ โดยจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้หรือจะบอกเลิกสัญญาและเรียกเอาค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เป็นทางเลือกทางหนึ่งที่จะเยียวยาความเสียหายหรือให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ ซึ่งต่างกับกฎหมายเยอรมัน ตรงที่มีใช่เป็นทางเลือกแรก เช่นในกฎหมายเยอรมัน¹¹

4. กฎหมายไทย วิธีการบังคับชำระหนี้ตามหลักกฎหมายไทยนั้น เจ้าหนี้จะต้องดำเนินการฟ้องร้องอันเป็นการใช้สิทธิทางศาลเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ที่บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ก็ได้...” ดังนั้นเจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ต่อลูกหนี้ด้วยตัวเองตามหลักกฎหมาย Common Law ได้ แต่อย่างไรก็ตามการที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยเรียกค่าสินไหมทดแทนนั้น เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเลือกให้ลูกหนี้ชำระหนี้หาข้ออยู่ในอำนาจดุลพินิจของศาลไม่¹²

แนวความคิดการบังคับชำระหนี้ในระบบกฎหมาย Common Law

ตามหลักกฎหมายลักษณะสัญญาของระบบ Common Law ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายอังกฤษนั้น เดิมถือว่าเพียงแต่มีสัญญาเกิดขึ้นยังหาอาจฟ้องร้องตามสัญญาได้ไม่ จะต้องมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (breach of contract) กันเสียก่อน การไม่ปฏิบัติตามสัญญาตามกฎหมาย Common Law ก็คือ การไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ในระบบกฎหมาย Civil Law นั้นเอง แต่โดยที่ระบบกฎหมาย Common Law ให้ความสำคัญกับกฎหมายลักษณะสัญญามากกว่ากฎหมายลักษณะหนี้และเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกกฎหมายลักษณะหนี้ออกมาต่างหากเช่นเดียวกับระบบกฎหมาย Civil Law เพราะหนี้ที่เกิดจากมูลนิติเหตุก็มักจะมีตัวบทบังคับ

¹⁰ K.W. Ryan, An Introduction to the Civil Law, (Australia : The Law Book Co., P.H.,1962), pp. 76–87.

¹¹ Ibid, pp. 76–87.

¹² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคบริบูรณ์), หน้า 834.

โดยเฉพาะในกฎหมายลักษณะนั้น ๆ อยู่แล้ว¹³ และการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหาย หรือปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา ในระบบกฎหมาย Common Law คู่สัญญาจะฟ้องร้องต่อศาลได้ก็แต่เฉพาะการฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นเงิน จะฟ้องร้องเพื่อให้ศาลสั่งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ศาลจะไม่บังคับให้ในลักษณะที่เป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องดำเนินการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองด้วยตัวเอง

ต่อมาในศตวรรษที่ 16 ในสมัยที่พวก Tudor มีอำนาจ ได้เกิดหลักกฎหมายที่เรียกกันว่า "Equity" โดยศาลเอควิตีขึ้น ประกอบด้วยราชเลขาธิการของพระมหากษัตริย์และองคมนตรี เป็นผู้ตัดสินคดี โดยนำเอาหลักกฎหมายโรมันและกฎหมายคริสตศาสนาเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความ ซึ่งในบางยุคศาลเอควิตี ได้ตัดสินแข่งกับศาล Common Law และได้แก้ไขหลักของศาล Common Law ในด้านต่าง ๆ ซึ่งในด้านหนึ่งเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของศาล Common Law คือการทดแทนความเสียหายที่ยังไม่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย ซึ่งตามหลักของศาล Common Law นั้น เมื่อมีการละเมิดสิทธิของผู้เสียหาย ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะได้ค่าสินไหมทดแทน เป็นต้นว่าโจทก์ถูกบุกรุกที่ดิน โจทก์มีสิทธิที่จะฟ้องร้องให้ขับไล่จำเลยผู้บุกรุกออกจากที่ดินของตน และเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน นอกจากเรื่องขับไล่จำเลยออกจากที่พิพาทแล้ว ทางเยียวยาเจ้าหนี้หรือผู้เสียหายตามหลักของศาล Common Law มีเพียงประการเดียวคือการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์เท่านั้น แต่ว่าการให้เยียวยาโดยการชำระค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่โจทก์นี้ อาจไม่คุ้มกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับจริง และอาจไม่ตรงกับความประสงค์ของโจทก์ก็เป็นได้ ยิ่งกว่านั้นเป็นการยากที่จะคำนวณค่าเสียหายให้พอกับความเสียหายที่ได้รับด้วย ดังนั้นศาลเอควิตีจึงได้วางหลักเกณฑ์เพื่อทดแทนความเสียหายที่จะพึงมีแก่ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้โดยยินยอมให้มีการบังคับให้คู่กรณีหรือคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญากันโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) แต่อย่างไรก็ดี ศาลเอควิตีจะบังคับให้ในกรณีพิเศษที่เห็นว่าล้าพังการให้ชดเชยค่าเสียหายหรือการเยียวยาด้วยตัวเองเป็นการไม่เพียงพอเพื่อเป็นการเยียวยาหรืออุดช่องว่างของศาล Common Law ที่มีอยู่

¹³ พรพนนิภา บุรภาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า46-47.

โดยในระยะแรกหากจำเลยไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาซึ่งบังคับให้จำเลยปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง จำเลยจะถูกกลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาล¹⁴

ต่อมาในศตวรรษที่ 17 ศาลเอควิตี้จะออกหมายยึดอายัดทรัพย์สินต่าง ๆ ของจำเลยเพื่อนำมาจำหน่ายและชำระหนี้ให้แก่โจทก์ตามที่โจทก์เรียกร้อง ซึ่งในบางกรณีโจทก์อาจประสงค์ให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญามากกว่าต้องการค่าเสียหาย และโดยเหตุนี้ศาลจึงได้ใช้อำนาจออกหมายบังคับจำเลยปฏิบัติตามสัญญา เรียกว่า "specific performance" หรือหมายให้จำเลยงดเว้นการปฏิบัติกรอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรียกว่า "injunction"¹⁵ แต่อย่างไรก็ดี ในการออกหมายบังคับดังกล่าว ศาลหาได้ออกหมายบังคับให้ทุกกรณีไม่ ศาลจะบังคับให้ก็เมื่อศาลเห็นสมควร อันเป็นดุลพินิจเด็ดขาดของศาลซึ่งมิใช่สิทธิของคู่สัญญาโดยแท้¹⁶ และศาลเห็นว่าจะเป็นการเหมาะสมแก่ทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ดี หากศาลเห็นว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงจะทำให้ลูกหนี้เสียหายจนเกินไป และมีได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์มาก ศาลก็จะไม่สั่งบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง คงให้แต่ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาเท่านั้น¹⁷ หรือหากการชำระค่าเสียหายก็เป็นการเพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายให้โจทก์ได้แล้ว หรือในกรณีที่สัญญาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งลูกหนี้จะต้องปฏิบัติด้วยตนเอง (contract for personal service) ซึ่งไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลจะบังคับให้ได้¹⁸ และในยุคต่อมาได้มีการรวมเอาศาล Common Law กับศาลเอควิตี้เข้าด้วยกัน เพื่อผ่อนคลายการครอบงำและการเข้าซ้อนแห่งอำนาจ ทำให้ศาลอังกฤษมีอำนาจสั่งบังคับชำระหนี้ตามสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงและสั่งให้ใช้ค่าเสียหายเป็นเงินได้ตามแต่ดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป

¹⁴ อานินท์ กรีวิเชียร, แผ่นปลิวคำบรรยายกฎหมาย Anglo Saxon, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.พ.) หน้า 21-26.

¹⁵ คือ การที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้งดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งหนี้ตามสัญญาเป็นเรื่องที่ลูกหนี้จำต้องงดเว้นกระทำการ เช่น จะไม่เปิดกิจการแข่งขันกับคู่สัญญาของตน ซึ่งโดยสภาพแล้วจะขอให้ศาลออกหมาย specific performance ไม่ได้ในตัว

¹⁶ โสภณ รัตนากร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

¹⁷ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 818-819.

¹⁸ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพฯ : ประยูรวงศ์การพิมพ์, 2530), หน้า 69.

การบังคับชำระหนี้ด้วยตัวเอง (Self-Help)

ในระบบกฎหมาย Common Law มีกฎหมายจารีตประเพณีให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ (creditors) ในการบังคับชำระหนี้เพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเอง เรียกว่าหลัก Self-Help ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการยึดและเข้าครอบครองทางกายภาพซึ่งสังหาริมทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนี้หรือสัญญาภายหลังจากที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา (the law of physical, ex post repossession of chattels) โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการฟ้องร้องบังคับคดีทางศาล แต่จะต้องเป็นการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย (without a breach of the peace)¹⁹

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษ หลักกฎหมายเรื่องการบังคับชำระหนี้ด้วยตัวเองนี้ เกิดขึ้นในยุคศักดินา (feudal era) โดยระบบกฎหมาย Common Law ให้สิทธิแก่เจ้าของที่ดิน (landlord) ที่จะเยียวยาความเสียหายของตนเมื่อผู้เช่าที่ดิน (tenants) ไม่ชำระค่าเช่าที่ดิน การเยียวยาดำเนินการโดยการยึดทรัพย์สินเพื่อเป็นการบังคับผู้เช่า (distrain) และอนุญาตให้เจ้าของที่ดินสามารถเข้าไปในที่ดินของผู้เช่า เพื่อทำการยึดทรัพย์สินใด ๆ ของผู้เช่า เช่น ม้า วัว เครื่องมือเกษตร หรือทรัพย์สินมีค่าของผู้เช่า เพื่อให้เพียงพอต่อค่าเช่าที่ผู้เช่าค้างชำระอยู่ อย่างไรก็ตาม เจ้าของที่ดินบางรายอาจยับยั้งที่จะใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายนี้ นอกเสียจากจะเป็นกรณีการไม่ชำระค่าเช่าที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแก่เจ้าของที่ดิน หลังจากนั้นในยุคต่อมามีการนำหลักการบังคับชำระหนี้ด้วยตัวเองมาใช้เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ที่เกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ตามสัญญา โดยเฉพาะสัญญาซื้อขายและสัญญาที่มีหลักประกันหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้สามารถดำเนินการได้โดยจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งไม่เพียงแต่การเข้าไปในสถานที่ของลูกหนี้เพื่อยึดทรัพย์สินโดยไม่มีอำนาจหรือไม่ได้รับความยินยอม จะถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบฯ แล้ว การยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ในที่สาธารณะโดยได้รับการคัดค้านจากลูกหนี้ ก็เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมด้วย²⁰ นอกจากนี้ การกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยการบุกรุกสถานที่ของลูกหนี้ไม่ว่าจะใช้กำลัง

¹⁹ Julie E. Cohen, Coppright and the Jurisprudence of Self-Help, Originally published 13 BERKELEY TECH. L.J. 1089 (1998), pp 13-14.

²⁰ Pamela Samuelson, "Lagally Speaking: Embedding Technical Self-Help in Licensed Software," Communications of the ACM, Vol. 40 No. 10, (13 October 1997) : 5.

บังคับหรือไม่ก็ตาม หรือการกลับเข้าครอบครองโดยใช้กลอุบายฉ้อฉล (trickery) ก็ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบด้วย²¹

ในปัจจุบันหลักการบังคับชำระหนี้ด้วยตัวเอง (Self-Help) ถือเป็นหลักการบังคับชำระหนี้ในระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งใช้บังคับในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น แคนาดา ออสเตรเลีย ฯลฯ โดยมีการนำหลักนี้มากำหนดเป็นข้อสัญญาในสัญญาต่าง ๆ เพื่อให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะสามารถบังคับชำระหนี้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาลเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา และได้มีการกำหนดหลักการนี้ไว้ใน The Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดไว้ในบทบัญญัติเรื่อง Leasing (Article 2A), Electronic Transaction (Article 2B) และ Secure Transaction (Article 9) ซึ่งข้อกำหนดเกี่ยวกับ self-help repossession ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ตามสัญญาที่จะกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินการจะต้องไม่ขัดต่อความสงบของสังคม

3.2 แนวคิดและหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย

3.2.1 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการบังคับชำระหนี้ ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย

หนี้เป็นนิติสัมพันธ์ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ซึ่งถ้าลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกร้องต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ โดยมีกองทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นหลักประกันในการชำระหนี้นั้นให้แก่เจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194, 213, และ 214 ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้มีอยู่สองลักษณะ คือ

(ก) ความสัมพันธ์ในลักษณะที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ซึ่งเรียกว่า หนี้หรือนิติสัมพันธ์ทางหนี้

(ข) ความสัมพันธ์ในลักษณะที่ตัวทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องตกเป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งเรียกว่า ความรับผิดชอบหรือความสัมพันธ์ทางความรับผิดชอบ

²¹ Jean Braucher, "Self Help Repossession," <http://www.scu.edu/law/FacWeb>

ความสัมพันธ์ทั้งสองลักษณะนี้ แม้จะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดตามแนวความคิดหนึ่งในกฎหมายปัจจุบันก็ตาม แต่ในทางทฤษฎีเป็นที่ยอมรับกันว่า หันและความรับผิดชอบเป็นแนวคิดที่สามารถแยกออกจากกันได้²²

แต่เดิมนั้น ความรับผิดชอบหรือความสัมพันธ์ทางความรับผิดชอบ เป็นเรื่องที่ตัวลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับของเจ้าหนี้ การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั่นถือว่าเป็นการละเมิดและเป็นความผิด ซึ่งเป็นเหตุให้เจ้าหนี้มีอำนาจที่จะทำร้ายร่างกายหรือเอาตัวลูกหนี้ลงเป็นทาสหรือทำลายทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อเป็นการแก้แค้นหรือทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ แต่อย่างไรก็ดี การบังคับชำระหนี้ในปัจจุบันจะกระทำได้อีกแต่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น จะบังคับไปถึงเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่ได้ แม้ในบางกรณีการที่ศาลออกหมายจับกุมและกักขังลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพราะเหตุจงใจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลเกี่ยวกับหนี้ตามคำพิพากษาก็เป็นเพียงวิธีการบังคับให้คำพิพากษาเกิดผลหรือมีความศักดิ์สิทธิ์เท่านั้น หากใช่เป็นเรื่องการบังคับชำระหนี้ไปถึงเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ไม่ ส่วนในกรณีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจบังคับคดีไปถึงทรัพย์สินของภริยาหรือบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งก็เป็นแต่เฉพาะทรัพย์สินซึ่งตามกฎหมายอาจถือได้ว่าเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเท่านั้น (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 282)²³

มีหลักทั่วไปในเรื่องหนี้ กำหนดว่า “ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ตกเป็นประกันในการชำระหนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิจะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้ำชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” มาตรานี้เป็นแต่เพียงการรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ให้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น หากได้ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการดำเนินการเหนือกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ ทั้งนี้เป็นเพราะสิทธิทางหนี้ (obligatory right) เป็นสิทธิเรียกร้องซึ่งในการใช้สิทธินั้นเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการโดยการเรียกร้องทางศาลให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้จะไปบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิโดยพลการไม่ได้ จึงทำให้ลูกหนี้มีอิสระที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนได้ ดังนั้น ทรัพย์สินอันเป็นประกันในการชำระ

²² จรินทร์ เพียงประดิษฐกุล, “หนี้และความรับผิดชอบ,” บทบัญญัติ ฉบับที่ 46 ตอน 3 (กันยายน 2533) : 87.

²³ โสภณ รัตนกร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

หนี้ตามมาตรา 214 นี้จึงเป็นหลักประกันอันเลื่อนลอย²⁴ ซึ่งในบางกรณีเจ้าหนี้อาจไม่สามารถบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เลย กฎหมายจึงกำหนดมาตรการบางประการขึ้นเพื่อควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้หรือการเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233, มาตรา 237 ฯลฯ เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นหลักประกันทั่วไปแก่เจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้นั้น จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษในเรื่องอื่น ๆ ด้วย อาทิเช่น บุริมสิทธิ จำน่า จำนอง (ซึ่งไม่มีข้อตกลงเป็นพิเศษ) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 พระราชบัญญัติการยึดทรัพย์สินของภิกษุ พ.ศ. 2475 ฯลฯ เป็นต้น

3.2.2 หลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้ในคดีแพ่งล้มละลายและคดีล้มละลาย

ในคดีแพ่งล้มละลายนั้น มีหลักในการบังคับชำระหนี้ 3 ประการ คือ

(1) เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้หาได้ไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 วรรคสอง ทั้งนี้เพราะเหตุว่า ในกรณีซึ่งหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้น ถือว่าลูกหนี้ยังไม่ได้ได้แย้งสิทธิของเจ้าหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

(2) ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะต้องฟ้องร้องต่อศาล ขอให้ศาลสั่งบังคับชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213

(3) เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 เว้นแต่ในบางกรณี เช่น ผู้รับจำนองตามมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁵

แต่ในคดีล้มละลายนั้น²⁶ เจ้าหนี้สามารถดำเนินคดีล้มละลายได้ทันที แม้ว่าหนี้นั้นจะยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 (3) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย

²⁴ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 875.

²⁵ ทวี กสิยพงศ์, ปัญหากฎหมายล้มละลายภาคปฏิบัติ, (กรุงเทพฯ:กรุงสยามพรินติ้งกรุ๊ป, 2526), หน้า 1.

²⁶ กฤษดา พุ่งโชคชัย, "หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 25-26.

พ.ศ. 2483 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2542) เพราะว่า เมื่อลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หากปล่อยเวลาให้จนหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ได้ และการฟ้องคดีล้มละลายเป็นการฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลาย มิใช่การฟ้องให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงดังเช่นการฟ้องคดีแพ่งสามัญ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องให้หนี้ถึงกำหนดชำระ จะเห็นได้ว่า กฎหมายล้มละลายนั้นยังยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายหนี้ กล่าวคือ การที่จะล้มละลายได้จะต้องมีหนี้ต่อกัน (หนี้สินล้นพ้นตัว) ฝ่ายผู้ฟ้องจะต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้และฝ่ายผู้ถูกฟ้องจะต้องอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้

อาจกล่าวได้ว่า คดีแพ่งสามัญและคดีล้มละลาย มีที่มาจากเรื่องเดียวกัน คือ “หนี้” การล้มละลายเป็นเรื่อง “ผลแห่งหนี้” ซึ่งลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ แต่การดำเนินคดีล้มละลายนั้น แยกมาจากการดำเนินคดีแพ่งสามัญตรงที่ลูกหนี้จะต้องมีสภาพเป็นบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้ได้ อีกทั้งหนี้นั้นจะต้องกำหนดจำนวนได้โดยแน่นอน (liquidated sum) โดยไม่จำเป็นต้องให้ถึงกำหนดชำระ

นอกจากนี้ คดีแพ่งสามัญมีขึ้นเพื่อรองรับและคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ เจ้าหนี้ฟ้องร้องจัดการยึดอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อชำระหนี้ให้แก่ตนเป็นการส่วนตัวโดยเฉพาะไม่เกี่ยวข้องกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคณะอื่น ๆ และไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้คนอื่น ๆ ด้วย ตลอดจนไม่ต้องเคารพต่อสิทธิ ตำแหน่ง และฐานะของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคณะอื่น ๆ เจ้าหนี้คนหนึ่ง ๆ อาจบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการยึด อายัด และจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้จนไม่เหลืออะไรไว้ให้เจ้าหนี้คนอื่น ๆ เลยก็ได้ หากทรัพย์สินนั้นสามารถที่จะนำยึดได้ตามหลัก “ผู้ใดฟ้องก่อนผู้นั้นย่อมได้รับชำระหนี้ก่อน” (first come first served)

ในคดีล้มละลายนั้น เจ้าหนี้ไม่ได้ฟ้องเพื่อให้บังคับชำระหนี้สำหรับตนเองโดยเฉพาะ แต่ฟ้องเพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมด ทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะมีขึ้นในอนาคต รวมทั้งติดตามเอาทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้จำหน่ายจ่ายโอนหลีกเลี่ยงการบังคับคดีไปก่อนแล้ว เอามารวมเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลาย (debt collection) แล้วแบ่งเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ที่มายื่นคำขอรับชำระหนี้มากน้อยตามสัดส่วนของตนตามหลักความเท่าเทียมกัน (pari passu) ประกอบกับการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นบุคคลซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมและเศรษฐกิจ จึงจำเป็นต้องจำกัดสิทธิบางประการของลูกหนี้ผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น โดยการเปลี่ยนสถานะ

(status) ของลูกหนี้ในทางสังคมด้วย ยิ่งกว่านั้น การเป็นบุคคลล้มละลายไม่มีกำหนดระยะเวลา ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลายก็ต่อเมื่อมีการปลดจากการล้มละลาย การยกเลิก การล้มละลายและการประนอมหนี้สำเร็จ ซึ่งแตกต่างจากคดีแพ่ง ที่เจ้าหนี้จะต้องดำเนินการบังคับ คดีภายใน 10 ปี แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้น ในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถ รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ หรือมีการแบ่งทรัพย์สินครั้งสุดท้ายแล้ว ไม่มีทรัพย์สินอื่นใด ก็จะขอให้ ศาลปิดคดี และหากไม่สามารถรวบรวมทรัพย์สินได้อีกภายในกำหนดเวลา 10 ปี เจ้าพนักงาน พิทักษ์ทรัพย์จะรายงานขอให้ศาลยกเลิกการล้มละลายตามมาตรา 135 (4) เพื่อให้ลูกหนี้ได้หลุด พ้นจากการล้มละลายและสามารถเริ่มต้นประกอบอาชีพใหม่ได้

อย่างไรก็ดี ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงเฉพาะการบังคับชำระหนี้ในคดี แพ่งสามัญเท่านั้น

3.2.3 หลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาดินศาสตร์ลักษณะหนี้

การบังคับชำระหนี้ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาดินศาสตร์ ลักษณะหนี้ มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. สิทธิของเจ้าหนี้โดยทั่วไป

โดยหลักทั่วไปเมื่อเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ ชำระหนี้เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยปฏิบัติตามสัญญา หรือถ้าเป็นหนี้อันเกิดจาก การละเมิดก็มีสิทธิให้ลูกหนี้ทำการชดเชยทดแทนความเสียหาย²⁷

ในกรณีที่หนี้เกิดจากสัญญานั้น เจ้าหนี้อาจมีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตาม สัญญาโดยเฉพาะเจาะจง หากการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่อาจบังคับได้ ไม่ว่าจะโดยเหตุ สู้ดิ้อยหรือโดยสภาพของหนี้นั่นเอง เจ้าหนี้ก็อาจบังคับให้ลูกหนี้กระทำการอย่างอื่นที่มีผลใกล้เคียง กับการชำระหนี้ หรืออาจให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายแทน หรือถ้าลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ครบถ้วนก็ให้ลูก หนี้ชำระค่าเสียหายเพิ่มเติมจากการชำระหนี้ และในบางกรณีเจ้าหนี้ก็อาจเลือกที่จะเลิกสัญญาแทน การเรียกให้ชำระหนี้ได้

²⁷ บ่อเกิดแห่งหนี้ ได้แก่ นิติกรรม และนิติเหตุ โดยบ่อเกิดแห่งหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมแบ่ง ออกเป็น นิติกรรมฝ่ายเดียว และ นิติกรรมสองฝ่ายหรือสัญญา

แม้ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ แต่การใช้สิทธิของเจ้าหนี้ต้องกระทำโดยสุจริต (ป.พ.พ. มาตรา 5) ต้องไม่เป็นการใช้สิทธิเพียงเพื่อจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้ซึ่งอาจเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ (ป.พ.พ. มาตรา 421)

การไม่ชำระหนี้นอกจากจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ หรือสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนแล้ว ในบางกรณีเจ้าหนี้อาจมีสิทธิเลิกสัญญา ตามที่ได้กล่าวมาแล้วอีกด้วย ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ว่าจะเลือกใช้อย่างไร ในกรณีของสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) ซึ่งเจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ฝ่ายเดียว เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้อาจเลือกบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ หรือจะเรียกค่าเสียหายก็ได้ สำหรับกรณีของสัญญาต่างตอบแทน (synallagmatic contract) ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะไม่ชำระหนี้ตอบแทนอันมีผลเป็นการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ซึ่งก็เป็นเพียงวิธีการชั่วคราวเท่านั้น ถ้าเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะมีความผูกพันอะไรกันต่อไปหรือต้องการหลุดพ้นจากหนี้ไปด้วย หรือเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ชำระหนี้ฝ่ายของตนไปแล้วและไม่อาจบีบบังคับลูกหนี้โดยการไม่ชำระหนี้ตอบแทนอีก เจ้าหนี้ก็อาจใช้วิธีเลิกสัญญาและถ้ามีความเสียหายก็เรียกค่าเสียหายด้วย การเลิกสัญญาในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้นั้น บางกรณีมีผลดีกว่าการบังคับชำระหนี้ เช่น ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระราคาค่าสินค้าที่ซื้อไป เนื่องจากฐานะทางการเงินของลูกหนี้ไม่ดีหรือเนื่องจากสินค้าที่ขายขึ้นราคา หากเจ้าหนี้ผู้ขายบอกเลิกสัญญาก็จะมีสิทธิเรียกสินค้าคืนมา ซึ่งผู้ขายสามารถนำไปขายให้กับผู้อื่นต่อไปในราคาที่สูงกว่าและไม่เสี่ยงต่อการไม่ได้รับชำระหนี้

2. สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้

เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้อยู่แล้ว ตามอำนาจแห่งมูลหนี้²⁸ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ทั้งนี้ สิทธิในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะเกิดขึ้นได้นั้น ต้องปรากฏว่า หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และ ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้

ก. หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

หนี้ถึงกำหนดชำระหนี้เมื่อใด ในเรื่องเวลาอันจะพึงชำระหนี้ นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203 บัญญัติหลักทั่วไปว่า “ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้ นั้นมิได้กำหนดลงไว้ หรือไม่อาจจะอนุมานจากพฤติการณ์ทั้งปวงได้แล้ว เจ้าหนี้อย่อมจะเรียกให้ชำระหนี้ได้โดยพลัน และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้โดยพลันดุจกัน ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้กันไว้ แต่หากกรณีเป็นที่สงสัยก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลานั้นไม่ได้ แต่ฝ่ายลูกหนี้จะชำระหนี้ก่อนกำหนดนั้นก็ได้” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ถ้าเวลา

²⁸ มาตรา 194 บัญญัติว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้...”

อันจะพึงชำระหนี้ได้กำหนดกันไว้ตามวันเวลาแห่งปฏิทินก็ไม่มีข้อต้องพิจารณา เพราะหนี้ดังกล่าวยอมถึงกำหนดชำระตามวันเวลาแห่งปฏิทินซึ่งกำหนดกันไว้โดยแน่นอนแล้ว²⁹

ข. ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้

สิทธิในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เกิดขึ้นเพราะลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ซึ่งหากลูกหนี้ชำระหนี้ หนี้ก็ระงับ ไม่มีข้อที่ต้องพิจารณาเรื่องการบังคับชำระหนี้ต่อไป แต่หากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้เพราะการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย การที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงยอมไม่เกิดผลขึ้นมาได้ และหากการพันธวิสัยนั้นไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ ย่อมไม่เป็นธรรมที่จะให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นการบังคับชำระหนี้จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในวิสัยที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ได้ แต่ลูกหนี้ไม่ยอมชำระ ตามที่มาตรา 213 วรรคแรก บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้...”

คำว่า “ลูกหนี้ละเลย” ย่อมหมายถึงการที่ลูกหนี้มีเจตนาไม่ชำระหนี้หรือไม่สนใจที่จะชำระหนี้ ไม่ใช่กรณีที่ไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้เพราะเป็นการพันธวิสัยซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 219 ว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้”

ค. สิทธิบังคับชำระหนี้โดยทั่วไป

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ลูกหนี้ยอมตกเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งหมายถึงการที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้า ผิดเวลา เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้เองได้ จะต้องขอให้อำนาจรัฐเข้ามาช่วย กล่าวคือ ต้องฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยชำระหนี้ ซึ่งตามมาตรา 213 วรรคแรก ก็ได้บัญญัติให้เจ้าหนี้ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ต่อลูกหนี้ จึงมีข้อต้องพิจารณาต่อไปว่าเจ้าหนี้จะขอให้บังคับชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง และศาลจะมีวิธีการบังคับให้จำเลยชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง

โดยบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194, 208, และ 320 อาจกล่าวได้ว่าโดยหลักทั่วไปเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เว้นแต่ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเช่นนั้นได้ เจ้าหนี้ก็จำเป็นที่จะต้องเรียกร้องค่าเสียหายแทน ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติหากไม่ใช่หนี้ที่จะต้องชำระกันโดยเฉพาะเจาะจงจริง ๆ ในกรณีอื่น ๆ โดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นหนี้ตามสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า เช่าซื้อ จ้างทำของ จ้างแรงงาน ฯลฯ เมื่อไม่มีการชำระหนี้เกิดขึ้นความสัมพันธ์ระหว่าง

²⁹ กักร พันธ์ธูลาภ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

คู่สัญญายอมเสียไป เจ้าหนี้ย่อมต้องการที่จะบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย มากกว่าที่จะฟ้องร้องเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาเสียอีก ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ แต่เจ้าหนี้มักจะไม่ได้ใช้สิทธินี้ แต่จะเรียกค่าเสียหายเพราะการไม่ชำระหนี้แทน

3. วิธีการบังคับชำระหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213³⁰ เป็นบทบัญญัติที่สะท้อนให้เห็นถึงหลักการบังคับชำระหนี้ซึ่งเจ้าหนี้ไม่อาจดำเนินการด้วยตัวเองได้ตามหลักกฎหมาย Common Law แต่ต้องฟ้องศาลเพื่อให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ตามหลักการของระบบ Civil Law โดยได้กำหนดวิธีการต่าง ๆ ที่เจ้าหนี้จะใช้บังคับชำระหนี้ ซึ่งโดยหลักทั่วไปของการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแก่เจ้าหนี้ แต่ก็มีได้หมายความว่าลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ด้วยตัวเองเสมอไป ถ้าการชำระหนี้นั้นไม่ใช่เป็นการเฉพาะตัว อันได้แก่สัญญาที่เจ้าหนี้คำนึงถึงคุณสมบัติและความรู้ความสามารถของลูกหนี้เป็นพิเศษ หรือหนี้ที่เป็นการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษไม่อาจใช้ทรัพย์สินอื่นแทนได้ ซึ่งถ้ามิใช่เป็นหนี้เฉพาะตัวหรือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งมีลักษณะพิเศษดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งให้บุคคลภายนอกชำระหนี้แทนโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ หรือถ้าเป็นการชำระหนี้ด้วยการทำนิติกรรม เจ้าหนี้ก็อาจให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้ แม้ในกรณีของหนี้ซึ่งเป็นการงดเว้นถ้าไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้งดเว้นกระทำการบางอย่างได้ เพราะจะมีผลเป็นการแทรกแซงเสรีภาพส่วนตัวของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้รื้อถอนสิ่งที่กระทำลงไปแล้ว (demand the removal) โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนได้ และถ้าผลที่สุดไม่อาจ

³⁰ ป.พ.พ. มาตรา 213 “ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อการภายหลังด้วยก็ได้

อนึ่งบทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่”

บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมใด ๆ ดังกล่าวมาแล้ว เจ้าหนี้นี้ย่อมสามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายต่อลูกหนี้ได้

กล่าวโดยสรุป ตามมาตรา 213 เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ 5 วิธีด้วยกัน คือ 1. การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง, 2. การให้บุคคลภายนอกชำระหนี้, 3. การถือเอาคำพิพากษาแทนเจตนาของลูกหนี้, 4. การให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน, และ 5. การเรียกค่าเสียหาย ซึ่งในสิ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และการเรียกค่าเสียหาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

ก. การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)

จากบทบัญญัติมาตรา 213 จะเห็นได้ว่า สิทธิของเจ้าหนี้ประการแรกเมื่อลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน ได้แก่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากตามหลักการว่าด้วยผลแห่งหนี้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น มีหลักทั่วไปว่า เมื่อเป็นหนี้กันอยู่อย่างใดก็ต้องชำระหนี้กันอย่างนั้น เพราะจุดประสงค์ในการก่อให้เกิดหนี้นั้น เจ้าหนี้นี้ย่อมประสงค์ให้มีการชำระหนี้ตามมูลแห่งหนี้โดยสมบูรณ์ทุกประการ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงมีสิทธิที่จะขอให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นผลประการแรกและเป็นผลธรรมดาที่สุดของหนี้ (normal execution)³¹ ดังนั้นเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ กฎหมายจึงให้ทางแก้ไขไว้ ประการแรก คือให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตามที่หนี้กันอยู่ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือเมื่อลูกหนี้ผิดสัญญาเจ้าหนี้ก็อาจร้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นหมายความว่า เป็นหนี้กันอยู่อย่างใดก็อาจขอให้บังคับชำระหนี้กันได้อย่างนั้น (L' execution en nature)

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในต้นบทมาตรา 213 วรรคแรก ถึงวรรคสาม แล้วจะเห็นว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นมีได้ 2 กรณี คือ

(1) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้เปิดช่องกรณีเช่นนี้คงไม่มีปัญหา เพราะการปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยลูกหนี้เป็นการที่ลูกหนี้กระทำได้ ลูกหนี้ก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้ที่ตนได้ผูกพันไว้

(2) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

คำว่า "สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้" หมายความว่าถึงกรณีที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ซึ่งโดยสภาพแห่งหนี้นั้น จะใช้วิธีการทางศาลบังคับเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ไม่ได้

³¹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 813-815.

เรื่องสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้นั้น เป็นการพิจารณาตามสภาพแห่งหนี้ ซึ่งหมายความถึงการที่ลูกหนี้ต้องทำเองเฉพาะตัว หรือลูกหนี้จะต้องส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินที่มีความเป็นพิเศษ ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินอื่นแทนได้ ซึ่งหากลูกหนี้ไม่สามารถกระทำการอันเป็นการชำระหนี้ได้ ก็ไม่มีวิธีการอันใดที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้อย่างนั้น เจ้าหนีย่อมนไม่สามารถบังคับเอากับเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ได้

กรณีเช่นนี้ กฎหมายได้กำหนดทางแก้ไขเยียวยาไว้ให้เจ้าหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้ เพื่อให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ไว้ตามมาตรา 213 วรรคสองและวรรคสาม คือ

(ก) ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นแทน ในเมื่อการนั้นสามารถจะกระทำแทนกันได้โดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายก็ได้ ทั้งนี้ก็เพื่อประสงค์จะให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์จากการชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ที่มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้

ในกรณีนี้ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้ให้งดเว้นการอันใดอันหนึ่ง และได้มีการละเมิดไม่งดเว้นการดังกล่าว เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้รื้อถอน (demand the removal) การที่ลูกหนี้ได้กระทำลงนั้น และให้ลูกหนี้เป็นผู้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปได้ และให้จัดการอันควรเพื่อการภายหลังด้วยก็ได้

(ข) ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยสภาพจะบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติไม่ได้ เนื่องจากตาม ป.พ.พ. มาตรา 112 นั้น ได้วางหลักไว้ว่านิติกรรมต้องเป็นการที่กระทำด้วยใจสมัคร ดังนั้น หากจะบังคับให้ลูกหนี้กระทำย่อมขัดต่อหลักกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้น มาตรา 213 วรรคสอง จึงได้วางแนวทางแก้ไขโดยให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ข. การบังคับชำระหนี้โดยการเรียกค่าเสียหาย

โดยที่การไม่ชำระหนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายอันเป็นทางแก้ไขเยียวยาทางหนึ่งของเจ้าหนี้ การเรียกเอาค่าเสียหายก็เพื่อทดแทนความเสียหายอันจะพึงมีเนื่องจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อันเป็นผลให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายและควรได้รับการชดเชยความเสียหายนั้นให้หมดไปมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคม และเพื่อเป็นตัวอย่างแก่ผู้อื่นในกรณีที่จะมีการละเลยไม่ชำระหนี้ในทำนองเดียวกันนั้นอีกต่อไป เพราะการไม่ชำระหนี้ย่อมจะถูกบังคับให้ชดเชยความเสียหายและที่สำคัญเพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ที่จะเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญาอันเป็นปอเกิดแห่งนี้ประการหนึ่งว่า ตนจะได้รับความเป็นธรรม

ด้วยวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายจึงได้เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่แก้ไข ยื้อยาคความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ด้วยการเรียกร้องเอาค่าเสียหายมาชดเชย และด้วยการชดเชยดังกล่าวตามหลักกฎหมายว่าด้วยการชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ นั้น กฎหมายมุ่งที่จะให้เจ้าหน้าที่ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับที่จะพึงมีพึงได้ หากได้มีการชำระกันตามมูลหนี้โดยสมบูรณ์ หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า การชำระหนี้จะพึงก่อประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่เป็นประการใด จุดมุ่งหมายของการชดเชยความเสียหายให้แก่เจ้าหน้าที่ก็มุ่งที่จะสร้างฐานะทางเศรษฐกิจให้แก่เจ้าหน้าที่เป็นดังนั้น หรืออย่างน้อยให้ใกล้เคียงมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้³²

ในเรื่องการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ กฎหมายไทยได้บัญญัติหลักไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ในการที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ โดยบัญญัติไว้ว่า

“เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการนั้นก็ได้”

ค. ความสัมพันธ์ระหว่างการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการเรียกค่าเสียหาย

การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ตัดสิทธิเจ้าหน้าที่ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทน การที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ แต่สิทธิดังกล่าวเจ้าหนี้จะใช้ก็ได้ ไม่ใช้ก็ได้ แม้ว่าเจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม ถ้าเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติว่า “อนึ่ง บทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเป็นคนละส่วนและเป็นสิทธิต่างหากจากสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

³² พรพรณณิกา บุรพาชีพ, “ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้,” หน้า 5-6.

4.ขอบเขตแห่งการบังคับชำระหนี้

ก.การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ให้ชำระหนี้เป็นเงิน

การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นจำนวนเงินหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา ศาลจะออกหมายบังคับคดีไปยังเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ทำการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเพียงพอเพื่อนำมาขายทอดตลาด นำเงินที่ได้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

ข.การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่นำมาเป็นหลักประกันแห่งหนี้

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยทำได้ในรูปแบบของสัญญาจำนำและสัญญาจำนอง การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะเป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจำนอง (มาตรา 702 ถึง มาตรา 746) และจำนำ (มาตรา 747 ถึง มาตรา 769) กำหนดและกระบวนการบังคับจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ค.การบังคับชำระหนี้โดยให้ส่งมอบทรัพย์สินของเจ้าหนี้คืน

ในการที่เจ้าหนี้และลูกหนี้เข้าทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นทรัพย์สินที่กรรมสิทธิ์ยังเป็นของเจ้าหนี้ตลอดอายุของสัญญาหรือกรรมสิทธิ์จะกลายเป็นของลูกหนี้ต่อไปในอนาคต เช่น สัญญาเช่า, สัญญาซื้อขายโดยมีเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์, สัญญาเช่าซื้อ, หรือสัญญาลิสซิ่ง เป็นต้น เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องการบังคับชำระหนี้จากผลของการผิดนัด (ค่าเช่า ค่าเช่าซื้อ หรือค่างวดที่ค้างชำระ) และเรียกทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้คืน โดยเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการบังคับชำระหนี้ตามกระบวนการบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเน้นศึกษา การบังคับชำระหนี้โดยการเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินของเจ้าหนี้คืน

3.2.4 หลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : การบังคับคดี

กระบวนการบังคับคดีเป็นกระบวนการบังคับชำระหนี้โดยกฎหมายเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง³³ ซึ่งกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่ความในคดี

³³ "Execution," *American Jurisprudence*, 2 ed. Vol.30, (New York : The Lawyer Co-operative Publishing Co. Rochester, 1967), : 445.

โดยบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาในขอบเขตดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ คำพิพากษาของศาลเป็นแต่คำชี้ขาดหรือบอกกล่าวให้ทราบว่าฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบต่อกฝ่ายหนึ่งเพียงใดหรือไม่ หรือจะต้องปฏิบัติหรืองดเว้นอะไรเท่านั้น³⁴ ไม่มีสภาพบังคับ ดังนั้น ยังจะต้องมีการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้รับสิทธิอันเกิดจากคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น การบังคับคดีจึงเป็นกระบวนการภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว ซึ่งทำให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ในสถาบันกฎหมายของประเทศ และนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมโดยทั่วไป โดยเป็นวิธีการซึ่งบุคคลที่แพ้คดีตามคำพิพากษาหรือที่เรียกว่าลูกหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องถูกบังคับโดยเจ้าพนักงานของศาลหรือของรัฐให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ในเมื่อบุคคลนั้นไม่ยอมปฏิบัติตามโดยความเต็มใจของตน

ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย การบังคับคดีตามคำพิพากษาจะมีวิธีการที่แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ ในกรณีศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ระทำการหรืองดเว้นการระทำการ หรือให้ชำระหนี้เงินจำนวนหนึ่ง ก็จะมีวิธีการบังคับคดีที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งหากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาก็จะต้องทำการร้องขอให้มีการบังคับคดี

การร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาต้องดำเนินการตามขั้นตอน โดยขั้นแรกเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี ซึ่งเป็นคำสั่งของศาลที่มีไปถึงเจ้าพนักงานบังคับคดีให้ดำเนินการบังคับคดีต่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาต้องทำเป็นคำขอฝ่ายเดียว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 275 ซึ่งคำขอนั้นต้องระบุอย่างชัดเจนซึ่งคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดี จำนวนหนี้ที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษา หรือคำสั่งและวิธีการบังคับซึ่งขอให้ออกหมายนั้น เช่น ขอให้ยึดทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ขอให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาส่งมอบทรัพย์ของเจ้าหน้าที่คืน เป็นต้น โดยศาลจะออกหมายบังคับคดีได้ต่อเมื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ทราบคำบังคับที่ขอให้บังคับนั้นแล้ว หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญแล้ว ระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดให้ปฏิบัติตามคำบังคับได้ล่วงพ้นไปแล้ว และคำขอให้ออกหมายบังคับคดีนั้นมีข้อความระบุไว้ครบถ้วน เมื่อศาลได้ออกหมายบังคับคดีแล้ว ขั้นต่อไป ศาลจะแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษานำหมายไปให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเอง และเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะต้องจัดส่งสำเนา

³⁴ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, แนวความคิดและหลักปฏิบัติเบื้องต้นเกี่ยวกับการบังคับคดีจากคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : สรยุทธการพิมพ์, 2510), หน้า 92.

หมายบังคับคดีไปให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเมื่อศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้จัดการส่ง หากศาลไม่มีคำสั่ง เช่นนั้นเจ้าพนักงานบังคับคดีมีหน้าที่ต้องส่งหมายนั้น ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276 เมื่อเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้ดำเนินการเพื่อขอให้มีการบังคับคดีตามที่กล่าวมา ภายใน 10 ปี นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ถือได้ว่าโจทก์ได้ร้องขอให้มีการบังคับคดีตามคำพิพากษาภายใน 10 ปี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271 แล้ว แม้จะมีการบังคับคดีเมื่อพ้นระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษาไปแล้ว สิทธิของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายังคงอยู่จนกว่าจะมีการบังคับคดีเสร็จสิ้น³⁵

โดยสรุป กระบวนการบังคับคดีเป็นวิธีดำเนินการเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยเป็นกระบวนการพิจารณาซึ่งดำเนินขึ้นภายหลังที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว และศาลได้มีการออกคำบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามและลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามคำบังคับนั้นภายในเวลาที่กำหนด เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจึงต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี เพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจดำเนินการบังคับคดี ทั้งนี้ โดยมีวิธีการและขั้นตอนเป็นไปตามบทบัญญัติในภาค 4 ลักษณะ 2 ว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 17) และ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2543 และยังมีวิธีปฏิบัติอยู่มากตามระเบียบราชการ คำสั่งและข้อบังคับที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายดังกล่าวด้วย

3.3 การบังคับชำระหนี้จากสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้แห่งสัญญา (บริษัทการบิน / สายการบินผู้ซื้อ, ผู้เช่าซื้อ, และผู้เช่า (lessee)) ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่กำหนดในสัญญาหรือการผิดสัญญา (default) ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ (สถาบันการเงิน, บริษัทลีสซิง, หรือผู้ผลิตอากาศยาน) ที่จะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ สืบเนื่องจากลักษณะของสัญญาสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing เป็นสัญญาที่มีมูลค่าของสัญญา (transaction cost) ค่อนข้างสูง เนื่องจากมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา กล่าวคืออากาศยานนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูง ฉะนั้น เมื่อมีการผิดสัญญาโดยลูกหนี้

³⁵ ไพฑูรย์ เรื่องเดชขจร, “การบังคับคดีจากสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างตามคำพิพากษา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 39.

เกิดขึ้น แม้จะก่อให้เกิดสิทธิในการบังคับชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ก็ตาม แต่หากเจ้าหนี้ต้องดำเนินการบังคับชำระหนี้ตามกระบวนการของกฎหมายปกติตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้อย่างมหาศาล ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดลักษณะเฉพาะของการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing โดยให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะใช้มาตรการใด ๆ ในการบังคับชำระหนี้ได้อย่างทันท่วงทีเพื่อเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ตามหลัก Prompt Enforcement

การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานอาจเกิดขึ้นได้ในประเทศไทยในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย หรือกรณีที่อากาศยานซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจดทะเบียนสัญชาติไทยหรือจอดอยู่ในประเทศไทย หรือในกรณีที่สัญญาระบุให้ใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญา (Applicable Law /Governing Law) เป็นต้น ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้จากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน ตามหลัก Prompt Enforcement ในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งในประเทศไทยโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.1 หลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของสัญญาสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing ก็คือ การที่เจ้าหนี้จะต้องสามารถดำเนินการโดยใช้มาตรการใด ๆ ได้อย่างทันท่วงที เพื่อวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ตามหลัก Prompt Enforcement เมื่อมีการผิดสัญญาโดยลูกหนี้เกิดขึ้น ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้จากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานซึ่งเป็นสัญญาสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.3.1 เหตุแห่งการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

1. การผิดนัดของลูกหนี้

ตามทฤษฎีการบังคับชำระหนี้ที่ได้ศึกษามาแล้ว การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ก็โดยอาศัยหลักการบังคับชำระหนี้ ฉะนั้น เหตุแห่ง

การบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จึงเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ไม่ว่าจะโดยมีเจตนาหรือไม่ยอมเป็นผลให้ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะเป็นผู้ผิดนัดชำระหนี้หรือเป็นผู้ผิดสัญญา

เหตุแห่งการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ (สถาบันการเงิน, บริษัทลิสซิง, หรือผู้ผลิตอากาศยานแล้วแต่กรณี) ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ เหตุแห่งการบังคับชำระหนี้เกิดจากการที่ลูกหนี้ (บริษัทการบิน / สายการบิน) ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดหรือผิดสัญญา อันจะทำให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบังคับชำระหนี้จากการผิดนัดหรือผิดสัญญาดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเกือบทุกสัญญาจะกำหนดข้อสัญญาเรื่องการผิดนัดหรือผิดสัญญา (default) เอาไว้³⁶ โดยจะกำหนดว่าการกระทำหรือเหตุการณ์ใดบ้างที่คู่สัญญาถือว่าเป็นเหตุแห่งการผิดนัดหรือผิดสัญญาซึ่งเมื่อเกิดขึ้นแล้วจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้

กล่าวโดยสรุป เหตุแห่งการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน ก็คือการผิดนัดหรือผิดสัญญาของลูกหนี้นั่นเอง

2. เหตุแห่งการผิดนัดของลูกหนี้³⁷

โดยทั่วไปในข้อตกลงหรือสัญญาที่ได้ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรมักจะมีการกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการผิดนัดหรือผิดสัญญาและเหตุแห่งการผิดนัดของลูกหนี้ตลอดจนระดับความร้ายแรงของเหตุดังกล่าวอันจะนำมาซึ่งผลที่แตกต่างกัน สำหรับสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานก็เช่นกัน จากการศึกษาของผู้เขียน พบว่า ในด้านของเจ้าหนี้ เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้เกิดขึ้น บทบัญญัติหรือข้อสัญญาเรื่องการผิดนัดได้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะยุติความสัมพันธ์กับลูกหนี้โดยการบอกเลิกสัญญาได้ โดยทั่วไปเหตุแห่งการผิดนัดที่มักจะกำหนดไว้ในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน มีดังนี้

(ก) การผิดนัดชำระหนี้เงิน

หลักการพื้นฐานของการให้สินเชื่อทางการเงินก็คือเจ้าหนี้จะต้องได้รับการชำระหนี้ตามที่ตกลงไว้ตรงตามวันที่กำหนดไว้ในสัญญา ดังนั้น การผิดนัดที่สำคัญที่สุดก็คือ

³⁶ ซึ่งเป็นข้อสัญญาเรื่องการผิดนัดทั้งโดยฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะการผิดนัดโดยฝ่ายลูกหนี้เท่านั้น

³⁷ Donald H. Bunker, *The Law of Aerospace Finance in Canada*, (Canada : McGill University , Instituted and Center of Air and Space Law, 1998) pp. 291-294.

การผิดนัดชำระหนี้เงินนั่นเอง ความแตกต่างในเรื่องของระยะเวลาการผิดนัดสามารถแยกได้ ระหว่างการชำระหนี้เงินที่มีกำหนดเวลาโดยทั่วไป และการชำระหนี้เงินอื่นๆ เช่น ค่าเสียหาย หรือ การชดใช้เงินที่เป็นค่าใช้จ่ายอื่นๆ ซึ่งการชำระหนี้เงินที่ไม่มีกำหนดเวลานี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจไม่เป็นการสมเหตุสมผลที่จะให้ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยที่ไม่มีการทวงถาม (notice) ก่อน เนื่องจากมีความเป็นไปได้ว่าลูกหนี้อาจจะไม่รู้ถึงการนั้น หากไม่มีการทวงถาม ส่วนกรณีการชำระหนี้เงินตามกำหนดเวลาปกติ เป็นเรื่องของการเจรจาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ว่าจะผ่อนผันหรือขยายระยะเวลาการชำระหนี้ได้หรือไม่และมากน้อยเพียงใด หรือการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้เงินนั้นถือเป็นการผิดนัดโดยอัตโนมัติโดยที่เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องแจ้งถึงผลดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องของการตกลงกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญา

โดยทั่วไปแล้ว ลูกหนี้มักจะยกเป็นข้อกล่าวอ้างว่าการผ่อนหรือการขยายระยะเวลาเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับสัญญาสินเชื่อทางการเงิน เนื่องจากการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้นอาจเกิดขึ้นจากความยุ่งยากในการบริหารจัดการกิจการหรือเกิดข้อขัดข้องในทางเทคนิคใด ๆ เช่น ระบบการโอนเงินผ่านทางธนาคารล่าช้า เป็นต้น ในช่วงระยะเวลาที่ทางธนาคารกำลังโอนเงินนั้น แม้ข้อโต้แย้งของลูกหนี้จะเป็นไปได้ แต่จากการศึกษาของผู้เขียน พบว่า การทำธุรกรรมการให้สินเชื่อทางการเงินโดยทั่วไปแล้วมักจะไม่มีกรณีการผ่อนระยะเวลาชำระหนี้เกิดขึ้น เนื่องจากการล่าช้าของลูกหนี้ซึ่งเกิดขึ้นโดยสุจริตหรือโดยเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้นได้น้อยมาก ความเป็นไปได้ที่จะเกิดการผิดนัดเป็นประเด็นที่เจ้าหนี้จะต้องนำมาพิจารณาในระหว่างการเจรจาทำสัญญา ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องกำหนดว่าดอกเบี้ยผิดนัดหรือค่าปรับสำหรับการชำระหนี้ล่าช้าจะนับตั้งแต่วันที่ถึงกำหนดชำระ มิใช่ นับจากวันที่เหตุแห่งการผิดนัดได้เกิดขึ้น

ในการทำธุรกรรมทางการเงินส่วนใหญ่แล้ว เจ้าหนี้เองจะต้องชำระเงินไปล่วงหน้า โดยเฉพาะในข้อตกลงประเภท back-to-back arrangement ให้กับแหล่งการเงินอื่นๆ และเจ้าหนี้จะได้เงินนั้นคืนต่อเมื่อได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ตามสัญญาประจํา แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้จะต้องรอการชำระหนี้จากลูกหนี้เพื่อนำไปชำระแก่แหล่งการเงินอื่นตามข้อตกลงดังกล่าว ดังนี้ การผิดนัดโดยลูกหนี้หลัก (ในสัญญาประจํา) ทำให้เจ้าหนี้ต้องผิดนัดต่อเจ้าหนี้ของตนเอง เว้นแต่การให้สินเชื่อจะเป็นเงินทุนของเจ้าหนี้เอง ผู้เขียนเห็นว่า การบริหารจัดการทางการเงินอย่างมีประสิทธิภาพ เจ้าหนี้หรือผู้ให้สินเชื่อไม่ควรใช้กองทุนสำรองที่มีอยู่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของตนไปก่อนในขณะที่ปล่อยให้เกิดการผิดนัดโดยลูกหนี้ของตนเกิดขึ้น

(ข) กรรมธรรม์ประกันภัยสิ้นผลการคุ้มครอง

ในการทำสัญญาบางธุรกรรม ข้อตกลงเกี่ยวกับการประกันภัย อาจถูกยกออกมาเป็นเหตุผิมนัดที่เหตุหนึ่ง เนื่องจากการที่กรรมธรรม์ประกันภัยในทรัพย์สินที่เป็น วัตถุประสงค์สัญญา (ซึ่งมักกำหนดให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ครอบครองและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว เป็นผู้ทำประกันภัย) สิ้นผลบังคับ เป็นเหตุการณ์ที่ต้องเยียวยาโดยเร่งด่วน เพราะเจ้าหนี้จะต้องรับ ความเสี่ยงในความเสียหายของทรัพย์สินเนื่องจากการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยส่วนใหญ่แล้ว ความสำคัญของเหตุผิมนัดนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุประสงค์สัญญา ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่า อากาศยานที่ไม่มีการทำประกันภัยหรือกรรมธรรม์สิ้นผลการคุ้มครองย่อมมีความเสี่ยงมากกว่า อะไหล่เครื่องยนต์ที่ไม่มีการทำประกันภัยที่เก็บอยู่ในโรงซ่อม

(ค) การละเมิดข้อตกลงอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในสัญญา

นอกเหนือจากเหตุผิมนัดในเรื่องการชำระหนี้เงินและการประกันภัยแล้ว การละเมิดข้อตกลงอื่น ๆ ภายใต้อาณัติข้อตกลงที่ใช้บังคับหรือภายใต้ข้อตกลงลำดับรองที่ อาจมีขึ้นนั้นยังอาจถูกกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการผิมนัดได้เช่นกัน โดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้จะยอมให้มีการกำหนดระยะเวลาผ่อนผันขึ้นเพื่อให้ลูกหนี้แก้ไขการกระทำและเยียวยาความเสียหายเมื่อการ ละเมิดดังกล่าวเกิดขึ้น ซึ่งขึ้นอยู่กับความสำคัญของข้อตกลงนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้ไม่ควร แยกความแตกต่างระหว่างการละเมิดซึ่งสามารถเยียวยาได้กับการละเมิดซึ่งไม่อาจเยียวยาได้ด้ว อย่างเช่น หากสถานะของบริษัทลูกหนี้ได้สิ้นสุดลง ก็เป็นไปได้ที่จะเยียวยา ดังนั้น ข้อกำหนด เรื่องการผิมนัดควรจะระบุว่าการกำหนดให้มีระยะเวลาผ่อนผันให้แก่ลูกหนี้ควรจะใช้บังคับเฉพาะ กรณีที่เยียวยาได้เท่านั้น ซึ่งคู่สัญญาามีเสรีภาพในการกำหนดว่ากรณีใดบ้างที่สามารถเยียวยาได้ และไม่สามารถเยียวยาได้

(ง) การรับรองและการรับประกันที่ไม่เป็นจริง

การรับรองและการรับประกัน (Warranty/Guarantee) ซึ่งต่อมา ถูกพิสูจน์ว่าไม่เป็นจริง (untrue) หรือไม่เป็นไปตามที่รับรองหรือรับประกันไว้ ไม่ว่าจะในเรื่องใดอาจจะ ถูกกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการผิมนัด และจะถือตามความสำคัญของเนื้อหาของการรับรองและรับ ประกันนั้น ๆ คู่สัญญาอาจจะเจรจาเพื่อกำหนดให้การรับรองและการรับประกันที่ไม่เป็นจริงเป็น การละเมิดอย่างร้ายแรงหรือการละเมิดที่สำคัญก็ได้

(จ) Cross-Default

เหตุผิดนัดที่เป็นประโยชน์มากที่สุดต่อเจ้าหนี้แต่ก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากก็คือเหตุผิดนัดที่เรียกกันว่า Cross-Default ซึ่งหมายถึงการที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด ผิดสัญญา หรือละเมิดข้อตกลงในสัญญาอื่น ผลของเหตุดังกล่าวก็คือ การละเมิดข้อตกลงอื่นใดซึ่งลูกหนี้ได้ก่อขึ้นนั้นก็จะก่อให้เกิดเป็นเหตุแห่งการผิดนัดภายใต้ข้อตกลงที่พิพาทนั้น ในบางกรณีเหตุแห่งการผิดนัดนี้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาการกู้ยืมเงิน การเช่า หรือหลักประกันที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการผิดสัญญาดังกล่าวอาจจะไม่ถือเป็นเหตุแห่งการผิดนัดในกรณีของการเป็นหนี้ทางการค้า แต่ในบางครั้ง Cross-Default ถูกจำกัดอยู่ที่ข้อตกลงหรือสัญญาอื่นที่ลูกหนี้ทำกับเจ้าหนี้รายเดียวกัน ตัวอย่างเช่น หากธนาคารประจำของลูกหนี้ได้อำนวยความสะดวกทางการเงินในการจัดหาอากาศยานโดยการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงิน การผิดนัดภายใต้ข้อตกลงการให้สินเชื่อแบบปกติก็จะถือเป็นเหตุแห่งการผิดนัดภายใต้สัญญาที่พิพาทด้วย โดยทั่วไปแล้วข้อตกลงการให้กู้เงินของธนาคารมักจะมีบทบัญญัติเรื่อง Cross-Default ซึ่งจะครอบคลุมถึงกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดภายใต้ข้อตกลงในสัญญาที่ทำกับบุคคลอื่นอยู่แล้ว

(ข) ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

เหตุแห่งการผิดนัดทั่วไปมักจะกำหนดถึงกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวโดยจะถือเป็นเหตุแห่งการผิดนัดเมื่อผู้จัดการทรัสต์ (Trustee), เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Receiver), ผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Custodian), ผู้ชำระบัญชี (Liquidator), หรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันได้รับการแต่งตั้งให้เข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าส่วนใด ๆ หรือลูกหนี้ได้เรียกประชุมเจ้าหนี้ หรือได้เตรียมการเพื่อการประนอมหนี้ หรือการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือมีการเสนอคำร้องในการล้มละลาย หรือมีการเรียกประชุมเพื่อการพิจารณามติที่เกี่ยวข้องกับการเสนอคำร้องดังกล่าว หรือได้มีการดำเนินขั้นตอนอื่นใดเพื่อการชำระบัญชีหรือการปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณการล้มละลาย ในธุรกรรมระหว่างประเทศจำเป็นที่จะต้องขยายบทบัญญัติที่กำหนดเหตุแห่งการผิดนัดในกรณีนี้ให้ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาในลักษณะเดียวกันภายใต้กฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ด้วย

(ค) ลูกหนี้ถูกยึด आयัด หรือยึดหน่วยงานทรัพย์สิน

เหตุแห่งการผิดนัดโดยทั่วไปอีกเหตุหนึ่งซึ่งอาจจะรวมอยู่ในเหตุแห่งการผิดนัดกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวในข้อก่อนหน้านี้นี้ก็คือ การที่ลูกหนี้ถูกยึด आयัด หรือยึดหน่วยงานทรัพย์สินใดๆของลูกหนี้ อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้ควรผ่อนผันโดยไม่ถือเป็นการผิดนัดในกรณี

ที่เป็นกรณีการดำเนินคดีที่เป็นเรื่องเล็กน้อยหรือการถูกยื่นฟ้องซึ่งยังไม่ได้มีการพิพากษาหรือคำพิพากษายังไม่ถึงที่สุด

(ข) เหตุแห่งการผิดนัดอื่น ๆ อาจรวมถึงกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) การโอนสิทธิครอบครองส่วนสำคัญของกิจการหรือสิทธิครอบครองในทรัพย์สินโดยลูกหนี้ให้แก่บุคคลอื่น
- (2) การที่ลูกหนี้เปลี่ยนแปลงลักษณะของกิจการ เช่นในกรณีของสายการบิน ก็คือการเปลี่ยนหรือการยกเลิกเส้นทางบินที่สำคัญ
- (3) การที่ลูกหนี้ไม่สามารถดูแลรักษาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาได้
- (4) ในกรณีสายการบิน การสูญหาย / การถูกพักใช้หรือเพิกถอนซึ่งใบสำคัญสมควรเดินอากาศ (Certificate of Airworthiness) หรือใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ
- (5) การให้เช่าช่วงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหนี้ หรือการที่ลูกหนี้ สูญเสียสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา

นอกจากนี้เหตุแห่งการผิดนัดอื่นรวมถึงเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของในกิจการของลูกหนี้หรือบริษัทแม่ของลูกหนี้ ในกรณีที่บริษัทแม่เป็นผู้ค้าประกันหนี้ของบริษัทลูก การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของในกิจการดังกล่าวโดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือล่วงหน้าของเจ้าหนี้ นั้น มักจะถือเป็นเหตุแห่งผิดนัดด้วยเช่นกัน

3. ประเภทของการผิดนัด³⁸

จากเหตุแห่งการผิดนัดที่ได้กล่าวข้างต้น สามารถแบ่งประเภทของการผิดนัดได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

(ก) การผิดนัดที่ไม่ร้ายแรงและการผิดนัดทางเทคนิคธรรมดา

การผิดนัดที่ไม่ร้ายแรงนี้หมายถึงกรณีที่ต้องมีการแจ้งหรือกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้แก้ไขเยียวยาการกระทำเสียก่อน หากลูกหนี้ไม่ทำหรือเพิกเฉยจึงจะถือเป็นการผิดนัด ส่วนการผิดนัดทางเทคนิคธรรมดานั้นหมายถึง การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง เช่น การที่ลูกหนี้ไม่สามารถยื่นหรือจัดส่งรายงานได้โดยเร่งด่วน หรือการไม่บำรุงรักษาหรือซ่อมแซมทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาที่ไม่ได้เกิดจากความเสื่อมโทรมตามกาลเวลา

³⁸ Ibid., pp. 294-296.

(ข) การไม่ชำระหนี้เงินตรงตามเวลาที่กำหนด

รวมถึงการชำระเงินค่าเช่าหรือเงินกู้และเงินอื่นใดภายใต้ข้อตกลงแห่งสัญญา ซึ่งคำว่าเงินอื่นใดนั้นรวมถึง เงินสำรองการบำรุงรักษา ค่าเบี้ยประกัน และภาษีต่าง ๆ

(ค) การปฏิเสธไม่ยอมรับข้อตกลงในสัญญา

การปฏิเสธไม่ยอมรับข้อตกลงในสัญญาเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำการโดยมีลักษณะแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะละทิ้งหรือเพิกเฉยและรวมถึงการปฏิเสธที่จะชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญา เมื่อมีการปฏิเสธดังกล่าวเกิดขึ้น คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาและฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ทันที

(ง) การละเมิดข้อตกลงในสัญญาอย่างร้ายแรง

เมื่อพิจารณาข้อตกลงในสัญญาทั้งหมด การละเมิดอย่างร้ายแรงเป็นกรณีที่มีการละเมิดข้อสัญญาที่มีความสำคัญมากซึ่งแตกต่างจากข้อตกลงที่มีความสำคัญเพียงเล็กน้อย อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตนนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงได้ เนื่องจากอาจเป็นการกระทำโดยมีเจตนาที่สุจริตก็ได้ ตัวอย่างเช่น หากการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าใจผิดในข้อสัญญาก็ไม่ถือเป็นการปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงในการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตน

โดยทั่วไปแล้ว ในกรณีที่เหตุผิดนัดเป็นประเภท (ก) หรือ (ข) ข้างต้น เจ้าหนี้ไม่อาจจะเลิกสัญญาได้ เว้นแต่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (ซึ่งโดยทั่วไปในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานมักกำหนดให้การผิดนัดในประเภท (ข) ทำให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเลิกสัญญาได้) แต่ก็อาจจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่เหตุผิดนัดเป็นประเภท (ค) หรือ (ง) เจ้าหนี้ยังอาจจะบอกเลิกสัญญาและฟ้องร้องเพื่อค่าเสียหายเบื้องต้นได้อีกด้วยหากได้กำหนดไว้ในสัญญา

3.3.1.2 สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

สิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้ย่อมเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตน ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้ตกเป็นฝ่ายผิดนัดหรือผิดสัญญา จึงทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ หรือใช้สิทธิในการดำเนินการใด ๆ เพื่อเยียวยาความเสียหาย

ที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นกับตน สิทธิในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย กล่าวคือ ในระบบกฎหมาย Common Law ถือเป็นสิทธิตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ส่วนในระบบกฎหมาย Civil Law เป็นสิทธิตามหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ ดังนั้น ในกรณีของสัญญาโดยทั่วไปไม่ว่าจะทำขึ้นที่ใดหรือใช้กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบใดบังคับก็ตาม เมื่อเกิดการผิดนัดหรือผิดสัญญาโดยลูกหนี้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะดำเนินการบังคับชำระหนี้ต่อลูกหนี้อย่างแน่นอน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้มักจะใช้วิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยการฟ้องเรียกหนี้ที่ค้างชำระและ/หรือเรียกค่าเสียหายจากลูกหนี้ ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ในหัวข้อ 3.2.3

สำหรับในกรณีของสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเมื่อเกิดการผิดนัดโดยลูกหนี้ขึ้น (ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการผิดนัดชำระหนี้เงิน) เจ้าหนี้สามารถที่จะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้โดยการฟ้องเรียกหนี้เงินที่ค้างชำระซึ่งเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงรวมถึงการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากลูกหนี้ได้อยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการเรียกค่าเสียหายดังกล่าว เจ้าหนี้จะต้องดำเนินการตามกระบวนการของกฎหมาย ซึ่งจะใช้ระยะเวลายาวนานเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบการดำเนินคดีทางศาลของแต่ละประเทศ แต่เนื่องจากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเป็นสัญญาที่มีมูลค่าของสัญญา (transaction cost) ค่อนข้างสูง เนื่องด้วยอากาศยานเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูง และเคลื่อนที่จากที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่งตลอดเวลา ฉะนั้น เมื่อมีการผิดนัดหรือผิดสัญญาโดยลูกหนี้เกิดขึ้น แม้จะก่อให้เกิดสิทธิในการบังคับชำระหนี้โดยทั่วไปแก่เจ้าหนี้ก็ตาม แต่หากเจ้าหนี้ต้องดำเนินการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือเรียกค่าเสียหายตามกระบวนการของกฎหมายโดยปกติ ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้อย่างมหาศาล ดังนั้นในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน (Aircraft Finance) (ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาสินเชื่อประเภท Asset-Based Financing) จึงต้องกำหนดมาตรการในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ไว้ โดยกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะใช้มาตรการใด ๆ เพื่อการบังคับชำระหนี้ได้อย่างทันท่วงทีอันจะเป็นการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ ตามหลัก Prompt Enforcement

สืบเนื่องจากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน (สัญญาซื้อขายแบบมีข้อสัญญาสงวนการโอนกรรมสิทธิ์, สัญญาเช่าซื้อ, และสัญญาลิสซิ่ง) เป็นสัญญาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไม่โอนยังไม่โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทันทีที่ทำสัญญา จึงทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายคือสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Ownership's Right) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมาย Common

Law และ Civil Law และในทุกเขตอำนาจศาลของทุกประเทศ ผลของการมีสิทธิดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายในความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Creditor's Predominant Ownership's Legal Interest) โดยที่เจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้ที่ได้ฟ้องร้องบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้จะไม่มีส่วนได้เสียเหนือทรัพย์สินดังกล่าวแต่อย่างใด โดยส่วนได้เสียดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายของทุกประเทศเช่นเดียวกันกับหลักกรรมสิทธิ์³⁹

ดังนั้น สำหรับสัญญาเงินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน เมื่อมีการผิดนัดหรือผิดสัญญาโดยลูกหนี้เกิดขึ้น สิทธิในการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จึงเป็นสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอากาศยาน โดยที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิดังกล่าวบังคับชำระหนี้ต่อลูกหนี้ในลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นอย่างทันท่วงทีตามหลัก Prompt Enforcemrnt โดยการบอกเลิกสัญญาเพื่อยุติความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา⁴⁰ และเรียกอากาศยานคืนจาก ลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้จะต้องส่งมอบการครอบครองอากาศยานนั้นให้แก่เจ้าหนี้ และเจ้าหนี้จะดำเนินการใด ๆ เพื่อการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (take repossession) โดยจะได้ศึกษารายละเอียดในหัวข้อต่อไป

กล่าวโดยสรุป เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้ตามสัญญาเงินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเกิดขึ้น เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้ดังนี้

1. ฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ที่ค้างชำระ ซึ่งเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายจากลูกหนี้
2. การใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอากาศยานเรียกหรือนำอากาศยานกลับคืนจากลูกหนี้ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นศึกษาถึงการบังคับชำระหนี้โดยการนำอากาศยานกลับคืนจากลูกหนี้ต่อไป

³⁹ Vinold Kothari, "The Basis of a Lessor's Legal Rihgts : True Lease," Online Leasing Articles, Available From : <http://www.geocities.com/WallStreet/Exchange/8413/truelease.ht> [15 Sep.2002]

⁴⁰ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของเจ้าหนี้จะต้องเกิดจากการผิดนัดหรือผิดสัญญาโดยฝ่ายลูกหนี้ในเหตุแห่งการผิดนัดที่กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้เท่านั้น

3.3.1.3 มาตรการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเมื่อเกิดการผิดนัดโดยลูกหนี้ขึ้นนั้น เป็นการบังคับชำระหนี้ในลักษณะของการใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (Ownership's Rights) โดยการนำอากาศยานซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้กลับคืนมาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เนื่องจากการปล่อยให้อากาศยานยังคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ที่ยังนานเท่าไรย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้มากเท่านั้น เพราะเจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะนำอากาศยานนั้นมาหาประโยชน์โดยการนำไปขายต่อ ให้เช่าซื้อ หรือให้ลิสซิ่งกับคู่สัญญารายใหม่ได้ในทันทีที่บอกเลิกสัญญากับลูกหนี้ เพราะอากาศยานเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงซึ่งเจ้าหนี้อาจจัดหามาให้ลูกหนี้โดยเงินทุนที่ไม่ใช่ของเจ้าหนี้เอง ฉะนั้นจึงมีต้นทุนทางการเงินคือดอกเบี้ยที่เจ้าหนี้จะต้องรับภาระต่อเจ้าหนี้ของตนอีกทอดหนึ่ง ดังนั้นการไม่สามารถหาประโยชน์จากอากาศยานได้โดยทันทีจึงเป็นการสร้างความเสียหายให้กับเจ้าหนี้อย่างยิ่งยวด และเนื่องจากอากาศยานเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่อยู่ตลอดเวลาเพราะเป็นยานพาหนะที่ใช้ในการคมนาคมขนส่งทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอากาศยานพาณิชย์ที่ต้องให้บริการตามตารางการบิน (Schedule Service) จึงมีความจำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องนำอากาศยานกลับคืนมาให้ได้อย่างทันท่วงที ก่อนที่อากาศยานจะเคลื่อนที่ออกไปยังที่ต่าง ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความยากลำบากต่อเจ้าหนี้ในการติดตามมากยิ่งขึ้นต่อไป

จากการศึกษาของผู้เขียน พบว่า เจ้าหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานจะให้ความสำคัญกับความสามารถในการนำอากาศยานกลับคืนเมื่อเกิดการผิดนัดมากถึงขนาดมากกว่าการให้ความสำคัญกับข้อตกลงทางการเงิน (Financial Covenants) เสียอีก⁴¹ ฉะนั้นในสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเกือบทุกสัญญาจึงมักจะกำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะใช้มาตรการใด ๆ เพื่อการนำอากาศยานกลับคืนจากลูกหนี้ที่ผิดนัดภายหลังที่เจ้าหนี้ได้บอกเลิกสัญญาแล้ว โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องส่งมอบความครอบครอง (deliver possession) อากาศยานคืนแก่เจ้าหนี้ในทันที ซึ่งส่วนมากมักกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องยื่นหนังสือบอก

⁴¹ Claire A. Hill, "How Lenders Value Collateral," Document for presentation at the International Society for the New Institutional Economics Conference, (Washington D.C., September 1999), p. 8.

กล่าวทวงถาม (notice) ให้แก่ลูกหนี้ก่อน และการส่งมอบการครอบครองอากาศยานนั้นจะต้องส่ง ณ สถานที่ใด ๆ ที่เจ้าหนี้กำหนด โดยลูกหนี้จะต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อเตรียมพร้อมที่จะส่งมอบ ความครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ เช่น การถอนทะเบียนสัญชาติอากาศยาน (ในกรณีที่เป็นการทำธุรกรรมแบบ cross-border transaction และลูกหนี้ได้จดทะเบียนสัญชาติอากาศยานในประเทศตน) ในการส่งมอบการครอบครองอากาศยานนั้นเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเข้าไปยังสถานที่ใด ๆ ที่อากาศยานนั้นจอดอยู่แม้ว่าจะเป็นส่วนบุคคลก็ตาม เพื่อดำเนินการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (take repossession) และเคลื่อนย้ายอากาศยานออกจากสถานที่นั้น ตัวอย่างของข้อสัญญาในเรื่องนี้โปรดดูที่ภาคผนวก ข.

กล่าวโดยสรุป มาตรการที่สำคัญในการบังคับชำระหนี้จากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานของเจ้าหนี้เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้ ก็คือการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) นั่นเอง ซึ่งจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์โดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

3.3.2 ความหมายและหลักเกณฑ์การบังคับชำระหนี้โดยการกลับเข้าครอบครอง (repossession)

1) ความหมายของการกลับเข้าครอบครอง

Black's Law Dictionary (Fifth Edition) ได้ให้ความหมายของการกลับเข้าครอบครอง (repossession) ว่าหมายถึง “การเอากลับคืน” (to take back) เช่น กรณีที่ผู้ขายเอาสินค้าที่ซื้อขายกลับคืนเมื่อผู้ซื้อผิดนัดการผ่อนชำระ หรือการนำสินค้าที่ซื้อขายในสัญญาสินเชื่อหรือสัญญาซื้อขายเงินผ่อนกลับคืนเมื่อผู้ซื้อไม่สามารถชำระราคาค่าสินค้าได้โดยเงื่อนไขของการกลับเข้าครอบครองนั้นจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายและมีมาตรฐานในการปฏิบัติอย่างเหมาะสม เช่น การยื่น notice เป็นต้น⁴²

⁴² Repossession. To take back—as when a seller repossesses or take back an item if the buyer misses an installment payment. To recover good sold on credit or in installment when the buyer fails to pay for them. The conditions for repossession are entirely statutory and due process standards must be met as the notice, etc.

2) หลักเกณฑ์ของการกลับเข้าครอบครอง

การกลับเข้าครอบครองเป็นการกระทำของเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภทที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายในทันทีที่ทำสัญญา เพื่อที่จะได้การครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญากลับคืนมาจากลูกหนี้ที่ผิดนัดไม่ว่ากรณีใดตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งโดยปกติแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การผิดนัดมักจะเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ต่อไป แม้ว่าจะมีเหตุผิดนัดอื่น ๆ อีกที่อาจจะเป็นเหตุให้เจ้าหนี้สามารถทำการกลับเข้าครอบครองเมื่อมีการผิดนัดตามเงื่อนไขดังกล่าวได้

ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการกลับเข้าครอบครองที่ชัดเจนก็คือ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ซึ่งยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงมีสิทธิที่จะเข้าไปเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนได้โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางกฎหมาย ตราบเท่าที่การกลับเข้าครอบครองนั้นไม่ได้ละเมิดต่อความสงบของสังคม หากมีการเอาทรัพย์สินไปในลักษณะที่เป็นการละเมิดความสงบแล้ว เจ้าหนี้จะต้องหันไปใช้วิธีทางแพ่งอื่น ๆ เช่น การยื่นฟ้องในศาลแพ่ง ซึ่งเรียกว่า "Replevin" หรือที่รู้จักกันในชื่อ "Claim and Delivery" การดำเนินการวิธีนี้ศาลจะออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น นายอำเภอ (sheriff) เป็นผู้ไปนำทรัพย์สินนั้นกลับคืนมา ในการกระทำเช่นนี้อาจต้องใช้กำลังเพื่อเข้าไปในที่พักอาศัยหรือปิดล้อมสถานที่เพื่อดำเนินการตามคำสั่งศาล แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้มักจะพยายามที่จะหลีกเลี่ยงวิธีการดำเนินการทางศาล เนื่องจากเจ้าหนี้มักจะไม่ได้คำนวณค่าใช้จ่ายทางศาลเพิ่มเติมเข้าไปในมูลค่าของสัญญาด้วย ดังนั้น เจ้าหนี้จึงเลือกที่จะใช้วิธีว่าจ้างผู้ทำการกลับเข้าครอบครองอาชีพ (professional repossessioners) ให้เป็นผู้ดำเนินการนำทรัพย์สินกลับคืนมา⁴³

การกลับเข้าครอบครองสามารถทำได้โดยเจ้าหนี้ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมาย หรือตัวแทนผู้รับมอบอำนาจ เช่น หน่วยงานหรือที่ปรึกษากฎหมายของเจ้าหนี้ หรืออาจเป็นลูกจ้างของเจ้าหนี้ หรือเป็นผู้ดำเนินการกลับเข้าครอบครองอาชีพที่มีใบอนุญาตซึ่งได้รับมอบอำนาจให้กระทำการในนามของเจ้าหนี้ในการนำทรัพย์สินกลับคืนมา ตัวอย่างเช่น ลูกจ้างของสถาบันการเงินผู้ให้กู้ หรือ บริษัทลิสซิงซึ่งอาจดำเนินการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินเพื่อนายจ้างของตน หรือลูกจ้างของเจ้าหนี้รายหนึ่งสามารถกลับเข้าครอบครองทรัพย์สิน

⁴³ Civil Disputes_Manual III Part II Section J, Available From : [http://www.oaklandnet.com/government/PolicePubs/TB/Manual%20III/III%20-%20J%20\(part%20\)%20Civil%20Disputes.pdf](http://www.oaklandnet.com/government/PolicePubs/TB/Manual%20III/III%20-%20J%20(part%20)%20Civil%20Disputes.pdf) {6 Jan. 2003}

เพื่อเจ้าหนี้กรายหนึ่งหากมีการมอบอำนาจให้กระทำการดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ที่เป็นนายจ้างของตน อย่างไรก็ตาม ลูกจ้างไม่สามารถกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นที่มีใช้นายจ้างของตน นอกจากนี้บริษัทเร่งรัดและติดตามหนี้สินของเอกชนที่ไม่มีใบอนุญาตผู้ดำเนินการกลับเข้าครอบครองอาชีพก็ไม่สามารถทำการกลับเข้าครอบครองได้เช่นกัน⁴⁴

3) ความสำคัญของความสามารถในการกลับเข้าครอบครอง⁴⁵

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าเหตุผลหนึ่งที่ทำให้สัญญาประเภท Asset-Based Financing ได้รับความนิยมและประสบความสำเร็จอย่างมากก็คือสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่ให้สิทธิและความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ในฐานะผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาที่มากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิและความคุ้มครองที่ให้แก่เจ้าหนี้ตามสัญญาผู้ยืมปกติ ซึ่งจะได้ผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะโดยการจำหน่าย การจำนอง หรือการได้ดอกเบี้ยจากหลักประกัน สิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภท Asset-Based Financing นี้ จะมีมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยซึ่งไม่ใช่แค่เพียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นแต่รวมถึงลักษณะของกระบวนการยุติธรรมของประเทศนั้น ๆ ตลอดจนเงื่อนไขและข้อกำหนดในสัญญาและ วัฒนธรรมของตลาด (culture of the marketplace) ซึ่งล้วนมีส่วนในการกำหนดความสามารถในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ตามสัญญาดังกล่าวด้วย โดยปัจจัยที่กำหนดความสามารถในการกลับเข้าครอบครองดังกล่าว จากการศึกษามีประเด็นที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

(ก) รูปแบบ กับ เนื้อหา

การพิจารณา “รูปแบบ” คือการพิจารณารูปแบบและชื่อของสัญญา เช่น ธุรกรรมที่พิพาทนั้นเขียนว่า “สัญญาลิสซิ่ง” โดยมีคำว่า “lease” อยู่ในทุกหน้าของเอกสารและในรูปแบบของสัญญา เพียงเท่านั้นก็จะไม่มีการพิจารณาใด ๆ ยิ่งไปกว่าตัวบ่งชี้ในหน้ากระดาษ ซึ่งวิธีการพิจารณาเฉพาะรูปแบบนี้เป็นวิธีที่ใช้ในเกือบทุกประเทศที่เริ่มมีการทำธุรกรรมลิสซิ่งในประเทศตนรวมทั้งประเทศที่มีการทำธุรกรรมลิสซิ่งมาเป็นเวลายาวนานนับตั้งแต่

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Steven Gilyart, “Repossession from an International Perspectives,” Available From : [http:// www.unlease.ru/pravo/international_leasing_en/international_leasing_encyclopedia_28.ht](http://www.unlease.ru/pravo/international_leasing_en/international_leasing_encyclopedia_28.ht) , {6 Jan. 2003}

อุตสาหกรรมลิสซึ่งได้มีขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือประเทศที่เปลี่ยนโครงสร้างมาจากระบบกฎหมายแบบ Socialist

ส่วนการพิจารณา “เนื้อหา” ได้แก่ การวิเคราะห์ทางเนื้อหาของสัญญา โดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาจะเรียกสัญญานั้นว่าอะไรหรือใช้ชื่อสัญญาว่าอะไร หากเนื้อหาทางเศรษฐกิจของธุรกรรมนั้นโดยแท้จริงแล้วเป็นการให้กู้ยืมยิ่งไปกว่าการให้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน กฎหมายก็จะพิจารณาว่าเป็นการทำธุรกรรมกู้ยืม และจะให้ผู้ที่ถูกเรียกว่าเจ้าหนี้ได้รับสิทธิและการเยียวยาตามที่เจ้าหนี้ในลักษณะผู้ให้กู้ยืมพึงได้รับรวมทั้งผลประโยชน์ในหลักประกันของลูกหนี้ผู้กู้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วกลุ่มของสิทธิและการเยียวยาของเจ้าหนี้ในลักษณะผู้ให้กู้จะด้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับกลุ่มของสิทธิและการเยียวยาของเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภท Asset-Based Financing ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทั้งในกระบวนการพิจารณาบังคับคดีในหนี้สามัญและในกระบวนการล้มละลาย จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีแนวโน้มที่จะใช้วิธีทางเนื้อหาในการตรวจสอบประเด็นทางกฎหมายของสัญญาประเภท Asset-Based Financing มากกว่าประเทศ Civil Law

ประเด็นในเรื่อง รูปแบบ กับ เนื้อหา เป็นจุดเริ่มต้นที่ใช้ในการวิเคราะห์เพื่อตรวจสอบประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญ รวมทั้งประเด็นของการกลับเข้าครอบครอง (repossession) และการพิจารณาว่ากลุ่มของสิทธิและการเยียวยาประการใดบ้างที่เจ้าหนี้ในสัญญาประเภท Asset-Based Financing มีอยู่ในกรณีที่เกิดการผิดนัดโดยฝ่ายลูกหนี้ขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ภายใต้การวิเคราะห์ทาง “รูปแบบ” เจ้าหนี้เกือบทั้งหมดอาจเรียกตนเองว่าเป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา และจะได้รับประโยชน์ทางกฎหมายจากการมีฐานะเช่นนั้น

(ข) กรรมสิทธิ์อาจถือเป็นทรัพย์สิน แต่สิทธิครอบครองก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วยเช่นกัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกลับเข้าครอบครองถือว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ง่ายสำหรับเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภท Asset-Based Financing เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญายังคงเป็นของเจ้าหนี้ การกลับเข้าครอบครองจึงเป็นเพียงการดำเนินการเพื่อนำทรัพย์สินของตนกลับคืนมา ซึ่งสามารถทำได้ง่ายกว่าการที่เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ยืมบังคับเอา

ดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่อย่างไรก็ตามการกลับเข้าครอบครองก็ไม่ได้ง่ายเช่นนั้นเสมอไป

มีผู้กล่าวไว้ว่าการครอบครองเท่ากับ 9/10 ของกฎหมาย (possession is 9/10ths of the Law) ซึ่งหมายความว่า แม้ว่ากฎหมายจะให้สิทธิและการเยียวยาแก่เจ้าหนี้ที่ทรงกรรมสิทธิ์ในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญา แต่ในความพยายามที่จะเอาทรัพย์สินของตนกลับคืนจากผู้ครอบครองโดยไม่มีสิทธิหรือโดยทุจริตก็ต้องอาศัยโอกาสและจังหวะ อย่างไรก็ตาม วิธีการบัญญัติกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law บางประเทศซึ่งไม่ได้สร้างเพียงความความยุ่งยากในทางปฏิบัติของการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นของเจ้าหนี้ซึ่งตกอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น แต่กฎหมายนั้นเองยังอาจจะให้ความคุ้มครองอีกฝ่ายหนึ่งเสียยิ่งกว่า เพียงเพราะว่าผู้หนึ่งมีการครอบครองทรัพย์สินทางกายภาพอยู่ในขณะนั้น นั่นเอง

ในระบบกฎหมาย Civil Law ถือว่ากรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่ง ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นการเฉพาะเจาะจงและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ในรากฐานแห่งระบบสิทธิในทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของระบบกฎหมาย Common Law สามารถแยกการครอบครองออกจากกรรมสิทธิ์และกำหนดให้การครอบครองมีสิทธิเป็นของตัวเอง คือ "สิทธิครอบครอง" ซึ่งในระบบกฎหมาย Common Law การโอนการครอบครองเป็นการโอนกลุ่มของสิทธิต่าง ๆ ซึ่งจะด้อยกว่าหรือต่ำกว่าที่กรรมสิทธิ์มีไม่มากนักน้อย ในระบบกฎหมาย Civil Law การครอบครองหรือสิทธิครอบครองไม่ได้เป็นกลุ่มของสิทธิที่ด้อยกว่า และสามารถที่จะมีอยู่อย่างเท่าเทียมกับกลุ่มของสิทธิที่เกิดจากกรรมสิทธิ์ ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในบางประเทศการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภท Asset-Based Financing จึงไม่อาจจะทำให้เจ้าหนี้อยู่ในสถานะที่เหนือกว่าลูกหนี้ในเรื่องของการครอบครอง ในสภาพการณ์เช่นนี้ หากเจ้าหนี้ใช้กำลังเพื่อกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้น ไม่เพียงแต่ลูกหนี้ที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่สามารถที่จะยื่นคำฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายต่อเจ้าหนี้เท่านั้น แต่ลูกหนี้ดังกล่าวยังอาจมีสิทธิที่จะเยียวยาด้วยการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากเจ้าหนี้ดังกล่าวด้วยตัวเองได้ด้วย ดังเช่นในประเทศมาซิโดเนีย ซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับมรดกทางกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย ซึ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินขั้นพื้นฐานได้ให้ความสำคัญต่อสิทธิครอบครองเป็นอย่างมาก โดยกำหนดให้สิทธิครอบครองมีสถานะทางกฎหมายเหนือกว่ากรรมสิทธิ์ ซึ่งหากสภาพการณ์ของกฎหมายในบางประเทศเป็นเช่นนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นผลดีต่อเจ้าหนี้และการพัฒนาการทำธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing เลย

(ค) การกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเอง

(Self - Help Repossession)

การกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเอง หมายถึง การกระทำของเจ้าหนี้ในการเข้าไปหาลูกหนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเอาทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซึ่งกรรมสิทธิ์ยังเป็นของเจ้าหนี้กลับคืนเนื่องจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดภายใต้เงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญาไม่ว่าลูกหนี้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่ง Back's Law Dictionary (Fifth Edition) ได้ให้ความหมายของ Self - Help Repossession⁴⁶ ไว้หมายถึง การกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยตัวเจ้าหนี้เอง ซึ่งไม่ได้เป็นดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมาย (without judicial process) และคำว่า Self - Help Remedy⁴⁷ หมายถึง กระบวนการเยียวยาด้วยตนเองโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการทางศาล เช่น การกลับเข้าครอบครอง เป็นต้น โดยที่เจ้าหนี้มักจะกำหนดให้ตนมีสิทธิที่จะกระทำการดังกล่าวเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไว้ในเงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญาอย่างชัดเจน ไม่ว่ากฎหมายของท้องถิ่นหรือประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวจะยอมรับหรือปฏิเสธหรือนิ่งเฉยต่อบทบัญญัติแห่งสัญญาเช่นว่าหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีหากปราศจากหลักการทางสัญญาหรือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายพาณิชย์หรือกฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับรองรับเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เจ้าหนี้อาจจะไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะกระทำการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองได้ แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลพื้นฐานที่สุดในการที่เจ้าหนี้มักจะกำหนดให้ตนเองมีสิทธิที่จะกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินก็คือการที่เจ้าหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การกลับเข้าครอบครองจึงเป็นการนำทรัพย์สินของตนกลับคืนมา ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ก็เป็นเพียงพอสำหรับในบางระบบกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายของประเทศที่เพิ่งมีการเริ่มต้นเปลี่ยนแปลงจากระบบกฎหมาย/เศรษฐกิจและการเมืองแบบเดิม ซึ่งจะเห็นได้ในประเทศที่ใช้ระบบ Socialist ที่กำลังมีการเปลี่ยนแปลงไป ประเทศเหล่านี้จึงยังไม่มีกฎหมายสารบัญญัติที่พัฒนาแล้วอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับธุรกรรมการเช่าทางการเงิน (Finance Lease Transaction) อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ระบบกฎหมายมีการพัฒนามากกว่าก็จะมีกล่าวถึงประเด็นเหล่านี้ในกฎหมายมากกว่าด้วย

⁴⁶ Self – Help Repossession – Repossession of goods or collateral by creditor. (i.e. without judicial process)

⁴⁷ Self – Help Remedy – Any remedies or rights to exercised upon default by the other contracting party (i.e. without judicial process) such as repossession.

ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่กำหนดเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการรับรองความสามารถของเจ้าในการการดำเนินการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองเมื่อมีการละเมิดสัญญาโดยลูกหนี้เกิดขึ้น ตราบเท่าที่การดำเนินการดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดการละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (breach of the peace) ซึ่งหมายความว่า เจ้าหนี้ต้องยุติการดำเนินการด้วยตัวเองและหันไปดำเนินการตามกระบวนการของกฎหมายหากลูกหนี้ไม่ยินยอมและแสดงออกถึงการต่อต้านอย่างชัดเจนต่อการต่อสู้ (a fight), การเข้าไปโดยใช้กำลัง (a forced entry), การบุกรุกซึ่งอาจก่อให้เกิดความรุนแรง (a trespass that could result in violence), หรือแม้แต่การคุกคามอันรุนแรง (a threat of violence) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ การทำลายและพังเข้าไปหรือการกระทำอื่น ๆ ซึ่งปกติถือว่าเป็นอาชญากรรมนั้นจะไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ แม้ว่าในสัญญาจะกำหนดให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมได้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขและข้อกำหนดตามสัญญาซึ่งอนุญาตให้เจ้าหนี้มีสิทธิในการกลับเข้าครอบครองในกรณีที่มีการผิดนัดนั้น อาจไม่ต้องกำหนดไว้ในสัญญาหากมีการกำหนดเรื่องการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองเอาไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ดังเช่นในสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองเอาไว้ใน The Uniform Commercial Code, Article 9.503⁴⁸ ซึ่งไม่เพียงแต่ใช้บังคับกับธุรกรรม ลิขสิทธิ์เท่านั้น บทบัญญัตินี้ยังใช้กับสัญญากู้ยืมเงินที่มีหลักประกันโดยทั่วไปและการซื้อขายแบบผ่อนส่งหรือมีเงื่อนไขด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในสัญญาระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเองย่อมเป็นการดีกว่าที่จะอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว

(ง) การกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ส่วนใหญ่และในสหรัฐหลายรัฐเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีรากฐานของระบบกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายนโปเลียน (Napoleon Code) จะไม่มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองไว้ในกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้ ดังนั้นในประเทศเหล่านี้เจ้าหนี้ที่กำหนดสิทธิของตนในการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองไว้ในบทบัญญัติแห่งสัญญานั้น อาจจะมีอำนาจตามกฎหมายอย่างเพียงพอในการกระทำการดังกล่าว แต่ทั้งนี้

⁴⁸ U.C.C. Article 9-503 "Unless otherwise agreed a secured party has on default the right to take possession of the collateral, in taking possession a secured party may proceed without judicial process if this can be done without breach of the peace or may proceed by action (judicial process)..."

ตามสภาวะการณ์โดยทั่วไปก็ยังไม่ชัดเจนนักเพราะในขณะที่เจ้าหนี้อาศัยอำนาจตามเนื้อความของ บทบัญญัติหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์ เช่น บทบัญญัติเรื่องการใช้กรรมสิทธิ์ แต่ใน ขณะเดียวกันก็อาจมีบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการห้ามมิให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิกลับเข้า ครอบครองด้วยตัวเองอย่างสิ้นเชิง เช่น บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซึ่งมีสิทธิครอบครองซึ่ง อาจก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากการเข้าแทรกแซงสิทธิในการครอบครองดังที่ได้กล่าว มาแล้ว และมีผลให้การกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองไม่อาจปฏิบัติได้แม้ว่าเจ้าหนี้นั้นจะเป็นผู้ทรง กรรมสิทธิ์ก็ตาม ในกรณีอื่น ๆ ข้อจำกัดในการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองอาจตีความได้จาก เจตนารมณ์โดยรวมของประมวลกฎหมายและแนวคิดที่ว่า การเยียวยาด้วยตนเองจะไม่ได้รับการ ยอมรับโดยกระบวนการยุติธรรมในท้ายที่สุด อย่างไรก็ตาม ในหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศที่ระบบยุติธรรมยังด้อยพัฒนาและประเทศที่ระบบศาลยังไม่มีประสิทธิภาพนัก หากเรื่อง ดังกล่าวไปสิ้นสุดลงที่ศาล ผู้เขียนเห็นว่าเจ้าหนี้อาจอาศัยเนื้อความที่เป็นเงื่อนไขและข้อกำหนด ตามสัญญาและแนวคิดเรื่องกรรมสิทธิ์ของตนในการให้เหตุผลของการกลับเข้าครอบครองด้วยตัว เองต่อศาลว่าในกรณีเช่นนี้ เจ้าหนี้ถูกสถานการณ์บังคับให้ต้องใช้กำลัง เนื่องจากความเป็นจริงที่ ว่าถ้าไม่เยียวยาด้วยการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองแล้วก็อาจไม่มีการเยียวยาในทางใดเลย

(จ) หากเจ้าหนี้ไม่ต้องการนำทรัพย์สินกลับคืนอีกต่อไป

แม้ว่าเจ้าหนี้จะได้ทรัพย์สินและการครอบครองกลับคืนมาแล้ว ก็ตาม แต่ก็อาจไม่เป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง เนื่องจากทรัพย์สินที่ได้กลับ คืนมาอาจไม่มีตลาดรองรับสำหรับขายต่อทรัพย์สินนั้น หรือเจ้าหนี้อาจไม่มีความสามารถที่จะ จำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ในราคาที่ใกล้เคียงกับเงินที่ลงทุนไปหรือใกล้เคียงกับมูลค่าที่เหลือของ ทรัพย์สินนั้น สิ่งเหล่านี้เป็นปัญหาที่สำคัญยิ่งในตลาดของธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing ที่กำลังจะเกิดขึ้น การที่เจ้าหนี้ทั้งหลายไม่ต้องการทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาแม้ว่าในกรณี ของการผัดผ่อนและได้แสดงความไม่พอใจต่อศาลซึ่งได้มีคำสั่งให้เจ้าหนี้ได้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนไปนั้น จึงแน่นอนว่าค่าฟ้องหรือค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ล้วนแต่เกี่ยวข้องกับสินเชื่อทางการเงินที่ตนได้อนุมัติ ให้กับลูกหนี้ เพื่อให้ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามจำนวนเงินของสินเชื่อหรือตามมูลค่าที่ เหลือของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาคืนให้แก่ตน แต่ในกรณีเช่นนี้ก็เป็นที่รู้กันว่าผู้พิพากษาจะไม่ ตัดสินเช่นนั้น แต่จะพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นยังคงมีมูลค่าที่เหลือสูงเกินความเป็นจริงและจะ พิจารณาให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนไปยังเจ้าหนี้ แม้ว่าจะไม่มีตลาดรองรับสำหรับทรัพย์สินนั้นก็ตาม และ ศาลก็มักจะยกค่าฟ้องของเจ้าหนี้ที่เป็นการเรียกเงินอื่น ๆ จากลูกหนี้ ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นปัญหา ของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศจีน

ประโยชน์ในทางหน้าที่ (functional usefulness) ของการกลับเข้าครอบครองเป็นเครื่องมือที่แท้จริงสำหรับเจ้าหนี้ซึ่งได้เผชิญกับการผัดขังของลูกหนี้ในตลาดการทำธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing ที่กำลังเกิดขึ้น การไม่มีตลาดรองที่แท้จริงสำหรับทรัพย์สินที่ใช้แล้วนั้นเป็นปัญหาซึ่งอยู่นอกเหนือความสามารถของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่จะแก้ไขได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้ควรตัดบทบัญญัติเรื่องการกลับเข้าครอบครองออกจากสัญญาของตน แต่เจ้าหนี้ต้องพิจารณาในข้อเท็จจริงว่าตนจะได้ประโยชน์อะไรจากบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งอาจจะไม่ได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้หรือในบางครั้งก็อาจจะไม่มีประโยชน์มากกว่าการให้เจ้าหนี้มีความสามารถที่จะพรากการใช้ทรัพย์สินนั้นไปจากลูกหนี้ซึ่งไม่ได้ชำระค่าเช่าอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกลับเข้าครอบครองก็มีคุณค่ามากและอาจเป็นปัจจัยสำคัญในการกระตุ้นให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามกำหนดเวลา ในความเป็นจริงแล้วความสามารถในการกลับเข้าครอบครองเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งในระบบธุรกรรมแบบที่ไม่มีตลาดรองที่เหมาะสมและคุณค่าเช่นนั้นก็ไม่ควรจะถูกประเมินให้ต่ำเกินไป ยิ่งไปกว่านี้ ตลาดรองจะมีการพัฒนาอย่างสูงสุดต่อไปแม้ว่าการพัฒนาจะได้เกิดขึ้นแล้วก็ตาม

โดยปกติตลาดรองของทรัพย์สินประเภทยานพาหนะจะมีมากเป็นอันดับหนึ่ง ตามมาด้วยตลาดของอุปกรณ์ขนาดใหญ่และอุปกรณ์สำนักงานมีแนวโน้มที่จะได้รับความนิยมมากขึ้น สิ่งนี้เป็นเหตุผลหนึ่งที่ว่าเหตุใดรัฐบาลของแต่ละประเทศโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา จึงมองการณ์ไกลโดยการพัฒนาอุตสาหกรรมลิสซิงโดยรวม ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing โดยไม่มองข้ามการลิสซิงทรัพย์สินประเภทยานพาหนะ ลิสซิงจำเป็นต้องมีตลาดรองที่แข็งแกร่ง เมื่อลิสซิงได้พัฒนาแนวความคิดจากการกู้ยืมเงินหรือการซื้อขายเงินผ่อนบงหน้า โดยทรัพย์สินที่ลิสซิงจะถูกส่งกลับคืนไปให้แก่เจ้าหนี้เมื่อมีการผัดสัญญาโดยลูกหนี้เกิดขึ้นและเนื่องจากมูลค่าที่เหลืออยู่ (residual value) ที่ยังสูงประกอบกับลักษณะของตลาดรองที่พร้อมที่จะรองรับในทันทีนั้น ทำให้ยานพาหนะเป็นที่นิยมในการทำธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing จึงมีผลให้ตลาดทั่วไปยอมรับสินค้าใช้แล้วประเภทนี้และก่อให้เกิดรายได้ในการซื้อขายที่แน่นอน

(จ) การกลับเข้าครอบครองโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรม

(Judicially-Assisted Repossession)

1) กระบวนการหลังคำพิพากษา (Post-Judgment)

ในกระบวนการยุติธรรมโดยส่วนใหญ่มีกลไกในการบังคับให้มีการคืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของผู้ที่มีกรรมสิทธิ์สมบูรณ์อย่างช้าที่สุดหลังจากที่ศาลได้ตัดสินคดีแล้ว ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทั้งในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law แต่ในระบบกฎหมาย Socialist สมัยใหม่อาจจะมีหรือไม่มีกระบวนการบัญญัติกฎหมายซึ่งทำให้กระบวนการดังกล่าวง่ายขึ้น แม้ว่าโดยหลักการแล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะถูกสร้างและบัญญัติไปในทางที่เหมาะสมกับการให้ความช่วยเหลือทางกระบวนการยุติธรรมในการกลับเข้าครอบครองหลังคำพิพากษา ปัญหาที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงก็คือความล่าช้าของกระบวนการยุติธรรมซึ่งพบเห็นได้บ่อยครั้ง ซึ่งความล่าช้าที่เกิดขึ้นถึงขนาดหากมีคำพิพากษาให้ส่งคืนทรัพย์สินในที่สุดและมีการพยายามที่จะบังคับตามคำพิพากษานั้นทรัพย์สินนั้นก็อาจจะมียุทธศาสตร์ลดลง ซึ่งเป็นผลให้การได้ทรัพย์สินกลับคืนมาไม่มีความหมาย ยิ่งกว่านั้นมูลค่าปัจจุบันของเงินที่ได้มาจากการจำหน่ายทรัพย์สินโดยกระบวนการที่ล่าช้ายังทำให้คุณค่าของการได้กลับคืนมาเลวร้ายลง สถานการณ์เช่นนี้ยังถูกทำให้แย่ลงยิ่งขึ้นในประเทศที่กระบวนการทางตุลาการดำเนินไปด้วยความล่าช้าและโดยมากมักจะเป็นประเทศที่มีอัตราเงินเฟ้อสูง ซึ่งเป็นผลให้มูลค่าปัจจุบันของทรัพย์สินนั้นยิ่งลดลงไปอีก

2) กระบวนการก่อนคำพิพากษา (Pre-Judgement)

ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก มีระบบกฎหมายน้อยมากที่กำหนดให้มีการคืนทรัพย์สินก่อนคำพิพากษาให้แก่ผู้ยื่นคำฟ้องซึ่งได้แย่งสิทธิกับผู้อื่นที่กำลังครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ โดยในเรื่องนี้ระบบกฎหมาย Common Law อาจดีกว่าระบบ Civil Law กล่าวคือระบบ Common Law มีกระบวนการก่อนคำพิพากษาที่เรียกว่า “กระบวนการดำเนินคดีโดยรวบรัด” (summary procedure) ซึ่งเป็นสิ่งที่สนับสนุนต่อการพัฒนาของธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing โดยเฉพาะอุตสาหกรรมลิซซิ่งภายในประเทศอย่างมาก เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวทำให้การกลับเข้าครอบครองโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ แม้แต่ในประเทศที่มีการดำเนินการกลับเข้าครอบครองด้วยตนเองมายาวนานแล้ว อย่างเช่นประเทศอังกฤษก็ตาม คุณค่าของกระบวนการกลับเข้าครอบครองที่ได้รับการสนับสนุนจากกระบวนการยุติธรรมก็ได้รับการยอมรับ ผู้เขียนเห็นว่าแท้จริงแล้วการมีวิธีการตามกระบวนการยุติธรรมในการกลับเข้าครอบครองอยู่นั้น จะเป็นสิ่งที่ไปกระตุ้นความร่วมมือของลูกหนี้ที่ผิดนัดและสามารถส่งเสริมให้เกิดการกลับเข้าครอบครองโดยไม่ถูกโต้แย้งโดยลูกหนี้ด้วย และในอีกด้านหนึ่ง

หากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ดำเนินการเพื่อนำทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกลับคืนมาโดยการละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ลูกหนี้ก็สามารถที่จะยื่นฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหนี้ได้

ในระบบกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการนำทรัพย์สินกลับคืนมาก่อนมีคำพิพากษานั้น ความสมบูรณ์ของคำร้องของเจ้าหนี้มักจะได้รับการยอมรับจากศาลเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าสัญญาได้ถูกรับรองโดยเจ้าพนักงานของรัฐแล้ว ซึ่งระบบการรับรองเอกสารโดยเจ้าพนักงานของรัฐ (Notary Systems) นั้นเป็นแนวคิดของระบบกฎหมาย Civil Law และเป็นข้อกำหนดให้หน้าที่ในการรับรองเอกสารเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยในบางประเทศกำหนดให้เอกสารสัญญาต้องมีการรับรองโดยเจ้าพนักงานถึงจะมีผลบังคับสมบูรณ์แม้ว่าการรับรองเอกสารโดยเจ้าพนักงานจะมีไซบอทบังคับ แต่ก็ยังเป็นแนวคิดที่ดีที่จะนำสัญญาลิสซิงและสัญญาอื่น ๆ ไปให้เจ้าพนักงานรับรอง การรับรองเอกสารโดยเจ้าพนักงานเป็นการสันนิษฐานเบื้องต้นที่มีน้ำหนักถึงความสมบูรณ์ของสัญญาและโดยส่วนใหญ่ก็เป็นจริงตามนั้น โครงสร้างของการรับรองเอกสารนี้สามารถใช้เป็นหลักฐานที่สนับสนุนการกลับเข้าครอบครองที่ได้รับอำนาจจากศาล ในอีกแง่มุมหนึ่ง หากสัญญาได้รับการรับรองจากพนักงานของรัฐ เจ้าหนี้ตามสัญญานั้นควรมีสิทธิขอให้ศาลออกคำสั่งเป็นหนังสือด้วยข้อความสั้น ๆ แจ่มถึงการมอบอำนาจในการกลับเข้าครอบครองของศาลให้แก่เจ้าหนี้และสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีท้องถิ่นให้ความช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นได้

การกลับเข้าครอบครองก่อนมีคำพิพากษาโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมการเข้าช่วยนั้นยังอาจได้รับการยอมรับในบางประเทศซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบการจดทะเบียนการทำธุรกรรมลิสซิง หากสัญญาลิสซิงได้รับการจดทะเบียน เจ้าหนี้ควรมีสิทธิในกระบวนการกลับเข้าครอบครองอย่างรวดเร็ว (summary repossession procedure) ซึ่งในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ประเทศที่มีระบบการจดทะเบียนสัญญาลิสซิง ในหลายประเทศส่วนใหญ่ได้มีการพิจารณาถึงเรื่องนี้เช่นกัน แต่ก็ยังไม่มี ความชัดเจนในทางปฏิบัติ สิทธิในการกลับเข้าครอบครองควรจะต้องอาศัยการจดทะเบียนธุรกรรม ในกรณีของการรับรองเอกสารโดยเจ้าพนักงาน การจดทะเบียนธุรกรรมยังสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันการใช้กระบวนการที่ไม่ชอบและไม่เป็นที่ยอมรับจากกระบวนการยุติธรรมได้ด้วย

ในปัจจุบันระบบการจดทะเบียนธุรกรรมที่มีประสิทธิภาพที่สุดคือระบบการจดทะเบียนตาม The Uniform Commercial Code ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดให้ธุรกรรมที่มีหลักประกัน (secured transactions) เช่น การกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันและการซื้อขายเงินผ่อนหรือการซื้อขายแบบมีเงื่อนไขรวมทั้งการลิสซิงต้องได้รับการจดทะเบียนจากรัฐ แม้ว่า

การจดทะเบียนจะไม่ได้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนต่อการกลับเข้าครอบครองโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมในสหรัฐอเมริกาก็ตาม อย่างไรก็ตาม ความสามารถในการกลับเข้าครอบครองในธุรกรรมลิสซิ่งในสหรัฐอเมริกาก็มีประสิทธิภาพโดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการกลับเข้าครอบครองที่มีประสิทธิภาพทั้งตามกระบวนการยุติธรรมและนอกกระบวนการยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาของธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing

(ข) การกลับเข้าครอบครองโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาและความล่าช้าที่เกิดจากการใช้ระบบศาลท้องถิ่น คู่สัญญาทางการค้าจึงนิยมที่จะมีกำหนดบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาของตนซึ่งแนวปฏิบัติเช่นนี้ได้รับการยอมรับมายาวนานในธุรกรรมการค้าลิสซิ่งระหว่างประเทศ (cross-border lease transaction) และได้รับการสนับสนุนโดยอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (The Convention On the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958) ซึ่งประเทศส่วนใหญ่รวมทั้งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ อนุสัญญานี้มีแนวคิดและหลักการที่ดีแต่ในทางปฏิบัติกลับไม่ได้ผลดีเท่าที่ควร เนื่องจากการบังคับตามคำตัดสินหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศยังต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์และกระบวนการของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ยอมรับคำตัดสินนั้น⁴⁹

ในหลายประเทศรวมทั้งประเทศ Socialist สมัยใหม่ ได้ยอมรับเอาระบบการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทภายในประเทศของตนซึ่งเมื่อศึกษากฎหมายเหล่านี้อาจสรุปได้ว่าในปัจจุบันอนุญาโตตุลาการได้รับเอาปัญหาของกระบวนการพิจารณาทางศาลมาเป็นปัญหาของตนเองทั้งหมด แต่ในความเป็นจริงนั้นค่อนข้างแตกต่างออกไป เพราะสถานการณ์ดูจะค่อนข้างเลวร้ายลงอีก เนื่องจากคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการมักจะต้องได้รับการจดทะเบียนหรือรับรองจากศาลในประเทศที่คำตัดสินดังกล่าวจะมีผลบังคับก่อน และกลไกการบังคับตามคำตัดสินนั้นก็กลับมาใช้วิธีการตามกระบวนการทางศาลตามเดิม ยิ่งไปกว่านั้นการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการนั้นอาจทำให้เข้าใจได้ว่าคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการนั้นทำเพื่อเงิน อีกทั้งอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเพียงเล็กน้อยในการสั่งและ

⁴⁹ New York Convention, 1958 ; Article 3 "Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon..."

กำหนดให้มีการคืนทรัพย์สินบางรายการ เช่น คำสั่งให้คืนทรัพย์สินที่ลิสซิ่งให้แก่ผู้ให้เช่า (lessor) เป็นต้น

4) แนวโน้มของการดำเนินการกลับเข้าครอบครอง

ธุรกรรมหรือสัญญาประเภท Asset-Based Financing โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาลิสซิ่งนั้น ได้รับการตอบรับจากธนาคารโลกรวมทั้งธนาคารเพื่อการพัฒนาเอเชียและหน่วยงานเพื่อการพัฒนาข้ามชาติอื่น ๆ เป็นอย่างดี โดยหน่วยงานเหล่านี้เห็นว่าธุรกรรมลิสซิ่งเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์และสามารถปฏิบัติเพื่อช่วยในการเร่งการพัฒนาตลาดทุนในระบบเศรษฐกิจที่กำลังเกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปได้จริง ลิสซิ่งเป็นเครื่องมือทางการเงินที่สำคัญยิ่งสำหรับภาคเอสเอ็มอี (SME) ในระบบเศรษฐกิจและจากมุมมองของภาคเอสเอ็มอีมักมองว่าธุรกรรมลิสซิ่งทำให้เกิดการเติบโตทางเศรษฐกิจภายในประเทศ เนื่องจากการที่ภาคเอสเอ็มอีซึ่งเป็นภาคธุรกิจที่ไม่อาจขอสินเชื่อเงินกู้จากธนาคารได้นั้นอาจจะสามารถทำธุรกรรมลิสซิ่งได้ เนื่องจากประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทำให้ผู้ให้เช่าลิสซิ่งมีหลักประกันที่ดีเยี่ยม จึงมีความมั่นใจที่จะให้สินเชื่อแก่ภาคเอสเอ็มอีในรูปแบบของธุรกรรมลิสซิ่ง เนื่องจากลิสซิ่งมีข้อได้เปรียบในเรื่องของกระบวนการกลับเข้าครอบครองที่สามารถปฏิบัติได้อย่างง่ายดาย เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ให้เช่า (lessor) อยู่แล้ว⁵⁰ อย่างไรก็ตาม เพื่อที่จะทำให้ข้อได้เปรียบดังกล่าวนี้มีประสิทธิผล กฎหมายเกี่ยวกับการกลับเข้าครอบครองจะต้องมีประสิทธิภาพด้วย ดังนั้น เมื่อกฎหมายลิสซิ่งทางการเงิน (Finance Lease) ได้ถูกนำเสนอในหลายประเทศ ทำให้การพิจารณาในประเด็นความดี้อยประสิทธิภาพของกระบวนการกลับเข้าครอบครองตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการตัดสินใจเข้าทำธุรกรรม โดยที่ตลาดที่สมบูรณ์เต็มที่หรือเกือบสมบูรณ์ตามคำนิยาม ศาลจะต้องมีบทบาทมากพอในเรื่องของการกลับเข้าครอบครอง เพราะกลุ่มธุรกิจผู้ให้สินเชื่อต่างก็คาดหวังต่อการได้ทรัพย์สินจากลูกหนี้ที่ผิดนัดชำระค่าเช่า

⁵⁰ Leasing in Emerging Markets, IFC, 1996 p. 3.

กล่าวโดยสรุป ความสามารถในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าเมื่อมีการผิดนัดเกิดขึ้นนั้นเป็นเครื่องมือบรรเทาความเสี่ยงที่สำคัญไม่เพียงสำหรับเจ้าหนี้แต่ละรายเท่านั้นแต่ยังเพื่อการพัฒนาการทำธุรกรรมประเภท Asset-Based Financing โดยเฉพาะลิสซิ่งอีกด้วย ในมุมมองระดับโลกแล้วการให้การสนับสนุนต่อการกลับเข้าครอบครองในทางกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมนั้นยังขาดสิ่งที่สำคัญซึ่งจำต้องมีอยู่เป็นอันมาก แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าสถานะทางกฎหมายของการกลับเข้าครอบครองในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจะมีพัฒนาการที่ดีและชัดเจนมากยิ่งขึ้นในอนาคต

3.3.3 หลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานในต่างประเทศและตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานโดยภาพรวมมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ สำหรับหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และมาตรการดังกล่าวภายใต้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.3.3.1 หลักเกณฑ์และมาตรการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานในต่างประเทศ

ในต่างประเทศ การบังคับชำระหนี้จากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานเริ่มต้นเมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้ด้วยเหตุแห่งการผิดนัดตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 3.3.1.1 ซึ่งเจ้าหนี้จะต้องเริ่มต้นกระบวนการโดยการยื่นหนังสือบอกกล่าวทวงถาม (notice) ให้แก่ลูกหนี้เพื่อแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่าเจ้าหนี้ได้บอกเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุแห่งการผิดนัดโดยเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดเรื่องการบอกกล่าวทวงถามตามสัญญา ซึ่งจะมีผลให้สิทธิใด ๆ ของลูกหนี้ตลอดจนผลประโยชน์ในอากาศยานสิ้นสุดลงและเจ้าหนี้มีสิทธิซึ่งเป็นผลในทางสัญญาที่จะดำเนินการกลับเข้าครอบครองอากาศยานและเข้าไปในสถานที่ใด ๆ ของลูกหนี้เพื่อดำเนินการดังกล่าว โดยปกติแล้วลูกหนี้มีภาระต้องชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญา, ค่าใช้จ่ายเพื่อการเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผลมาจากการเลิกสัญญา เช่น ความเสียหายจากการที่ลูกหนี้ไม่สามารถลิสซิ่งหรือเช่าซื้ออากาศยานตามระยะเวลาที่ตกลงไว้, และค่าใช้จ่ายจากการดำเนินการใด ๆ ตามกฎหมาย, นอกจากนี้ยังรวมถึงค่าใช้จ่ายในการส่งคืนอากาศยานไปยังสนามบินที่เจ้าหนี้กำหนดในกรณีที่ลูกหนี้ต้องส่งคืนอากาศยานให้แก่เจ้าหนี้หลัง

จากที่ได้ทำการเจรจากับเจ้าหนี้แล้ว ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เหล่านี้เป็นภาระของลูกหนี้แม้ว่าเจ้าหนี้จะได้ฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเช่า (rentals) ในภายหลังก็ตาม⁵¹

อย่างไรก็ตามอาจเกิดกรณีที่ลูกหนี้ไม่ยินยอมที่จะคืนอากาศยานให้แก่เจ้าหนี้โดยสมัครใจ ในสถานการณ์เช่นนี้เจ้าหนี้จะต้องมีการดำเนินการอย่างทันท่วงทีโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีความเสี่ยงที่อากาศยานนั้นจะทำการบินไปยังดินแดนอาณาเขตของประเทศอื่นซึ่งอาจทำให้เกิดความยากลำบากต่อการกลับเข้าครอบครองอากาศยานของเจ้าหนี้ หรือในกรณีที่อาจมีเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้หรือการบังคับชำระหนี้กับอากาศยานนั้นอยู่

ในประเทศอังกฤษ เจ้าหนี้อาจใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเอง (self-help remedies) เพื่อที่จะกลับเข้าครอบครองอากาศยานนั้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับคำสั่งศาลหรือทำประกันต่อศาลหรือขอความช่วยเหลือจากพนักงานยึดทรัพย์ของศาล (Court Bailiff) ก่อน ศาลอังกฤษพิจารณาพฤติการณ์เช่นนี้ว่าเป็นเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีตามสัญญา และการที่เจ้าหนี้ดำเนินการด้วยตัวเองก็เป็นการบังคับตามข้อกำหนดแห่งสัญญาที่เคร่งครัด เพราะฉะนั้นเจ้าหนี้จึงสามารถเข้าไปในสถานที่ของลูกหนี้ (โดยปราศจากการใช้กำลัง) เพื่อทำการกลับเข้าครอบครองอากาศยานได้ สำหรับในประเทศอื่น ๆ ต่างก็ยอมรับและปฏิบัติในหลักเกณฑ์เดียวกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ยอมรับหลักการเยียวยาด้วยตัวเอง ดังนั้นจึงไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องเริ่มการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมหรือต้องรอให้ได้รับคำสั่งศาลก่อนจึงจะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ สำหรับ ประเทศเยอรมัน แม้ว่าการเยียวยาด้วยตัวเองจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นการเยียวยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามสิทธิตามสัญญาที่จะเข้าไปในสถานที่ของลูกหนี้กลับไม่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมาย สำหรับในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศสและอิตาลี ไม่ยอมรับการดำเนินการเยียวยาด้วยตัวเองว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายเลยแม้แต่น้อย ในประเทศเหล่านี้กระบวนการทางศาลมีความสำคัญและจำเป็นเสมอในการกลับเข้าครอบครองอากาศยานและทรัพย์สินทุกประเภท⁵²

อย่างไรก็ดี แม้ว่าในประเทศอังกฤษและประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะยอมรับการดำเนินการกลับเข้าครอบครองด้วยตัวเองเป็นการเยียวยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่การดำเนินการโดยเจ้าหนี้อาจไม่ประสบความสำเร็จหากลูกหนี้ยังคง

⁵¹ Ian Charthon, "Aircraft repossession – what happens when all goes wrong?," LegalFlyer, Issue 2/2002 : 7.

⁵² Ibid. : 8.

ปฏิเสธที่จะคืนอากาศยานต่อไป หรือเป็นกรณีที่ถูกหนีมีข้อสงสัยว่าเหตุใดตนจะต้องคืนอากาศยานให้แก่เจ้าหนี้? หากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นการดำเนินการทางศาลจึงมีความจำเป็น ในประเทศอังกฤษ เจ้าหนี้อาจยื่นขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามลูกหนีทำการเคลื่อนย้ายอากาศยาน (Freezing Order) เพื่อป้องกันมิให้อากาศยานเคลื่อนที่ออกนอกเขตอำนาจศาล หรือเจ้าหนี้อาจเลือกใช้ทางเลือกอื่น เมื่อได้บอกเลิกสัญญาแล้ว โดยร้องขอให้ศาลออกคำสั่งให้ลูกหนี้ส่งคืนอากาศยาน (Delivery Up) โดยอ้างว่าลูกหนีไม่มีสิทธิที่จะครอบครองอากาศยานโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ต่อไปและอากาศยานต้องถูกส่งคืนตามเงื่อนไขและข้อกำหนดแห่งสัญญา ซึ่งศาลจะออกคำสั่งดังกล่าวให้เฉพาะกรณีที่ศาลเห็นว่าเจ้าหนี้มีความเสี่ยงที่อากาศยานจะเคลื่อนที่ออกนอกเขตอำนาจศาลโดยไม่กลับเข้ามาอีก ซึ่งศาลจะพิจารณาอย่างเคร่งครัด และเป็นการยากที่จะพิสูจน์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่อากาศยานดังกล่าวเป็นอากาศยานที่ทำการบินตามตารางเวลา เจ้าหนี้จะต้องทำให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่ามีกรณีที่สามารรถโต้แย้งพิสูจน์ต่อลูกหนี้ได้เป็นอย่างดี หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากลูกหนีนั้นตนยังไม่ได้รับการเยียวยาที่พอเพียง เมื่อการพิสูจน์เป็นที่พอใจศาลควรที่จะต้องออกคำสั่งดังกล่าว โดยเจ้าหนี้จะถูกเรียกให้ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่สำคัญทั้งหมด และให้หลักประกันต่อศาลหรือต่อลูกหนี้หรือบุคคลอื่นที่เจ้าหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดจากการออกคำสั่งดังกล่าวเมื่อพบในภายหลังว่าคำสั่งดังกล่าวออกโดยไม่เป็นธรรม⁵³

คำสั่งของศาลในลักษณะดังกล่าวไม่สามารถที่จะออกได้อย่างเลื่อนลอย ดังนั้นกระบวนการในการออกคำสั่งจะต้องเริ่มจากการร้องขอจากเจ้าหนี้เพื่อให้คำสั่งมีผลบังคับต่อลูกหนี้ ถึงแม้ว่าการพิจารณาของศาลเพื่อออกคำสั่งอาจใช้เวลาได้เล็กน้อยสำหรับเจ้าหนี้แต่ละราย แต่สำหรับเจ้าหนี้บางรายก็อาจใช้เวลานานกว่า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความพอใจในพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ และในขณะที่กระบวนการเยียวยาผ่านทางศาลในประเทศอังกฤษอาจพบว่ามีมีความเคร่งครัด ในประเทศอื่น ๆ ก็อาจมีการนำเสนอวิธีการที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพในการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน แต่สำหรับกระบวนการทางศาลในการออก คำสั่งในลักษณะเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส จะใช้ระยะเวลาที่ยาวนานยิ่งกว่า ซึ่งในขณะที่บางประเทศก็ไม่ยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินอย่างสิ้นเชิง⁵⁴

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid. : 9.

อย่างไรก็ตามมีบางประเทศได้กำหนดสิทธิของเจ้าหนี้ในการกลับเข้าครอบครองอากาศยานไว้ในกฎหมาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้บัญญัติสิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญาประเภท “secured transaction” ให้มีสิทธิในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินด้วยตัวเอง แต่จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่ขัดต่อความสงบของสังคม โดยสิทธิดังกล่าวได้บัญญัติไว้ใน The Uniform Commercial Code, Article 9 ตามที่ได้เคยกล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ประมวลกฎหมายวิชาชีพและธุรกิจ (The Business and Professions Code) ยังได้บัญญัติข้อกำหนดที่เกี่ยวกับผู้ดำเนินการกลับเข้าครอบครองอาชีพ (professional reposessor) ไว้ด้วย และสำหรับประเทศนิวซีแลนด์ก็ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิในการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินของเจ้าหนี้รวมทั้งวิธีการและขั้นตอนในการดำเนินการไว้ใน The Credit (Repossession) Act, 1997 ด้วย⁵⁵

3.3.3.2 หลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญา สินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และมาตรการในการบังคับชำระหนี้จากสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานตามกฎหมายของประเทศอื่นมาแล้ว ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาลักษณะและมาตรการดังกล่าวตามกฎหมายไทย ซึ่งได้เคยกล่าวมาแล้วว่าการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานอาจเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย หรือกรณีที่อากาศยานซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจดทะเบียนสัญชาติไทยหรือจอดอยู่ในประเทศไทย หรือในกรณีที่สัญญาระบุให้ใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญา (Applicable Law /Governing Law) ฯลฯ เป็นต้น

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อ 3.2.3 เกี่ยวกับวิธีการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการบังคับชำระหนี้โดยทั่วไปไว้ โดยหลักแล้วจะเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการเรียกค่าเสียหายซึ่งเป็นการบังคับชำระหนี้ในส่วนที่เป็นผลแห่งหนี้ แต่สำหรับสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยานนั้น ได้ศึกษามาแล้วว่าเมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้เกิดขึ้น นอกจากการบังคับชำระหนี้ในส่วนที่เป็นผลแห่งหนี้ดังกล่าวแล้ว สืบเนื่องจากสัญญาดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นสัญญาซื้อขายแบบมีข้อสัญญาสงวนการโอนกรรมสิทธิ์, สัญญาเช่าซื้อ, หรือสัญญา리스ซึ่งก็ตามล้วนแต่เป็นสัญญาที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญายังไม่โอนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายในทันทีที่ทำสัญญา

⁵⁵ How to Law, “How to exercised a creditor’s rights to repossession,” Install Law Limited, Available From: [http:// www.howtolaw.com/html/ml/171.html](http://www.howtolaw.com/html/ml/171.html), {8 Jan 2003}

ดังนั้นเจ้าหนี้จึงมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ในลักษณะของการใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Ownership's Right) โดยการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) อันถือเป็นการใช้มาตรการในการบังคับชำระหนี้อย่างทันทีทันใดเพื่อเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ตามหลัก Prompt Enforcement นั้นเอง

ตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย การบังคับชำระหนี้ในลักษณะของการใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Ownership's Right) โดยการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจเทียบได้กับการใช้สิทธิติดตามเอาคืน (recovery) ซึ่งทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ ตามหลักกฎหมายเรื่องสิทธิของผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

1. ลักษณะสำคัญทางกฎหมายของกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ คือ ทรัพย์สินที่แสดงความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน บุคคลอาจมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ทุกชนิด เว้นแต่ที่ดินซึ่งจะมีกรรมสิทธิ์ได้ก็ต่อเมื่อเป็นที่ดินที่มีโฉนด โฉนดตราจอง หรือตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว ซึ่งเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน โดยลักษณะที่สำคัญของทรัพย์สินคือ เป็นสิทธิที่ใช้บังคับกับคนทั่วไปได้ และทรัพย์สินจะต้องมีตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุรองรับการใช้สิทธิ จะมีเพียงทรัพย์สินโดยไม่มีทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิไม่ได้

อำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์นั้น ป.พ.พ. ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1336 ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลซึ่งไม่มีสิทธิยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นตามบทบัญญัติดังกล่าว ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจึงมีสิทธิดังต่อไปนี้

1) มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินภายในขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องไม่เป็นการใช้สิทธิซึ่งทำให้เกิดความเสียหายเดือดร้อนแก่ผู้อื่น หากใช้สอยทรัพย์สินจนเกิดความเสียหายเจ้าของอาจต้องรับผิดชอบแพ่งหรือทางอาญาได้

2) มีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นการขาย แลกเปลี่ยน ให้สละกรรมสิทธิ์หรือทำลาย แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายด้วยเช่นกัน

3) มีสิทธิได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น โดยดอกผลในที่นี้หมายถึง ดอกผลธรรมดาและดอกผลนิตินัย

4) มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนจากผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ สิทธินี้เป็นสิทธิที่สำคัญยิ่งของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในการที่จะติดตามและเอาทรัพย์สินของตนคืนซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

5) มีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิป้องกันขัดขวางได้

2. หลักเกณฑ์การใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้

สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของผู้ทรงกรรมสิทธิ์จากผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ หมายถึง ผู้ทรงกรรมสิทธิ์มีอำนาจที่จะติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ เช่น ยืมของแล้วไม่ส่งคืน เมื่อของนั้นไปตกอยู่ที่บุคคลอื่น ผู้ให้ยืมย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลผู้นั้นได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 643/2480) ผู้เช่าสังหาริมทรัพย์นำทรัพย์สินที่เช่าไปจำหน่าย ผู้ให้เช่าเรียกทรัพย์สินจากผู้รับจำหน่ายได้โดยผู้รับจำหน่ายไม่มีสิทธิยึดทรัพย์สินนั้นได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1115/2497) เป็นต้น⁵⁶ การใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินนั้นมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1) การใช้สิทธิติดตามเอาคืนต้องติดตามเอาคืนจากผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นอยู่เท่านั้น และผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นต้องยึดถือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากผู้ยึดถือทรัพย์สินมีสิทธิยึดถือ เจ้าของกรรมสิทธิ์จะใช้สิทธิติดตามเอาคืนไม่ได้ เช่น เจ้าของจะใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากขโมยผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นอยู่ได้ แต่หากมีผู้ซื้อทรัพย์สินที่ขโมยจากพ่อค้าที่ขายสินค้านั้น ๆ เจ้าของจะใช้สิทธิติดตามเอาคืนไม่ได้เว้นแต่จะเสนอใช้ราคาตาม ป.พ.พ. มาตรา 1332 หรือเจ้าของจะใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากผู้เช่า ผู้ยืม ผู้รับจำหน่าย ไม่ได้เว้นแต่สัญญาเช่านั้นจะได้ระงับสิ้นไปแล้ว⁵⁷

2) การใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้นี้ โดยสภาพแล้วมีลักษณะการใช้สิทธิเป็นสิทธิเรียกร้อง ดังนั้นเจ้าของจะกระทำการเองโดยพลการด้วยตัวเอง (Self-Help) ไม่ได้ จะต้องใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่ผู้ยึดถือไม่ยินยอมคืนให้โดยสมัคร

⁵⁶ มานิต จุมปา, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 220.

⁵⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543), หน้า .101

ใจหรือมีการโต้แย้งสิทธิโดยผู้ที่ยึดถือนั้น เพราะเมื่อทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้อื่นซึ่งมีเจตนายึดถือไว้แล้ว ผู้ผู้นั้นอาจโต้แย้งว่าตนมีสิทธิครอบครองตามกฎหมาย (ป.พ.พ. มาตรา 1367) ดังนั้นเจ้าของกรรมสิทธิ์จึงต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยในประเด็นของสิทธิที่โต้แย้งกันอยู่⁵⁸ ซึ่งจะแตกต่างจากการใช้สิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินตรงที่เจ้าของกรรมสิทธิ์สามารถกระทำตัวเองโดยไม่ต้องใช้สิทธิทางศาล เพราะโดยสภาพและลักษณะของการใช้สิทธิขัดขวาง เป็นสิทธิที่ต้องกระทำ ณ ขณะนั้นโดยทันทีทันใดเพื่อป้องกันผู้ที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยมิชอบ ฉะนั้น จึงชอบที่จะกระทำได้โดยพลการ นอกจากนี้การใช้สิทธิทางศาลเพื่อติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินจะทำได้เฉพาะต่อผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์สินของผู้ทรงกรรมสิทธิ์อยู่ในขณะฟ้องเท่านั้น⁵⁹

⁵⁸ ตัวอย่างกรณีที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินด้วยตัวเองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล ที่เพิ่งเกิดขึ้นในประเทศไทย คือ เหตุการณ์ที่ชายฉกรรจ์จำนวนประมาณ 400 คน พร้อมรถแบ็กโฮบุกหรือถอนร้านบาร์เบียร์ ในบริเวณสุขุมวิทสแควร์ เนื้อที่ประมาณ 7 – 10 ไร่ จนได้รับความเสียหายทั้งพื้นที่ เหตุเกิดเมื่อวันที่ 26 ม.ค. 2546 ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวเป็นของบริษัทเงินทุนทิสโก้ จำกัด (มหาชน) ได้ทำสัญญาเช่ากับ บริษัท บีทีอาร์ โฮลดิ้ง จำกัด ตั้งแต่ปี 2542–2543 โดยบริษัท บีทีอาร์ฯ ได้ปรับปรุงเป็นพื้นที่โดยแบ่งซอยเป็นล๊อค ๆ เพื่อให้ผู้ประกอบการรายย่อยเช่าช่วงเพื่อเปิดเป็นบาร์เบียร์ ต่อมาเมื่อหมดสัญญาในปี 2543 บริษัทเงินทุนทิสโก้ บอกลเลิกสัญญาและแจ้งให้ บริษัท บีทีอาร์ฯ ออกจากพื้นที่ แต่ บริษัท บีทีอาร์ฯ ไม่ยอมออกจากพื้นที่ จึงได้มีการฟ้องคดีเพื่อขับไล่จนศาลออกหมายให้ออกจากพื้นที่ แต่บริษัท บีทีอาร์ฯ ก็ยังไม่ยอมออกไปและยังได้ทำสัญญาต่อกับผู้ประกอบการรายย่อยอีก อีกทั้งได้ฟ้องคดีต่อบริษัททิสโก้ ในฐานะผิดสัญญา, ผิดคำมั่นให้ทำสัญญาเช่าต่างตอบแทนตามคำมั่นและรับช่วงสิทธิ์ ซึ่งคดียังอยู่ในระหว่างหารดำเนินการของศาล จนเมื่อวันที่ 25 ธ.ค. 45 บริษัททิสโก้ฯ ได้ขายที่ดินดังกล่าวให้กับ บริษัท สุขุมวิทซิลเวอร์สตาร์ จำกัด และบริษัทดังกล่าวได้ทำสัญญาให้ บริษัท นิกเกิล จำกัด เช่าเพื่อพัฒนาที่ดิน แต่เมื่อบริษัท บีทีอาร์ฯ ยังไม่ยอมออกจากพื้นที่ บริษัท นิกเกิลฯ จึงได้สั่งให้ดำเนินการรื้อถอนโดยจ้างวานบุคคลในเครื่องแบบทำการรื้อถอน ซึ่งกรณีดังกล่าวตำรวจได้ดำเนินคดีกับผู้เช่ารื้อถอนและผู้จ้างวาน ในข้อหาบุกรุกยามวิกาลและทำให้เสียทรัพย์ และไม่อนุญาตให้ประกันตัวผู้ต้องหาเนื่องจากเป็นคดีอุกฉกรรจ์ สะท้อนขวัญประชาชน มีการเตรียมการและแบ่งหน้าที่กันทำอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่เคารพต่อกฎหมายบ้านเมือง (ข่าวจากหนังสือพิมพ์ไทยรัฐและเดลินิวส์, วันที่ 27 ม.ค.-10 ก.พ. 45)

⁵⁹ มานิต จุมปา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

3) การใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินจากผู้ไม่มีสิทธิยึดถือไว้ ผู้ทรงกรรมสิทธิ์สามารถกระทำได้เสมอโดยไม่มีกำหนดอายุความ เว้นแต่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นจะ ได้กรรมสิทธิ์ไปโดยการครอบครองปรปักษ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1382 และมาตรา 1383 (คำพิพากษาฎีกา 3978/2524, 3763/2532, 733/2538) แต่หากเป็น กรณีทรัพย์สินนั้นเกิดสูญหายหรือบุบสลาย และเจ้าของทรัพย์สินฟ้องให้ชดใช้ราคาตามมูลละเมิดต้อง ฟ้องร้องภายใน 10 ปี ตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/30 (คำพิพากษาฎีกา 192/2512, 1283/2525)⁶⁰ แต่หากเป็นการฟ้องให้ชดใช้ราคาโดยอ้างว่าเป็นการใช้สิทธิติดตามเอาคืนตามมาตรา 1336 ยัง เป็นปัญหาถกเถียงของนักกฎหมายว่าการฟ้องดังกล่าวมีอายุความหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน เป็น 2 ฝ่าย คือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่าสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1336 นั้นมีอยู่เพียงเท่าที่ตัวทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เท่านั้น หากทรัพย์สินถูกทำลายหรือบุบสลายไปหมดแล้ว ถือว่ากรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินหมดไปด้วย ดังนั้นสิทธิติดตามเอาคืนก็สิ้นไปพร้อมกรรมสิทธิ์ เช่นกัน⁶¹

ความเห็นที่ 2 เห็นว่าในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกทำลายหรือบุบสลายไปแล้วจึงไม่อาจคืนทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อไม่อาจคืนได้ก็ต้องชดใช้ราคาทรัพย์สินนั้น โดยถือว่าการ เรียกให้ชดใช้ราคาในกรณีนี้เป็นการเรียกทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1336 จึงไม่มีอายุความ⁶²

สำหรับคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัย ไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 257/2518 ไปในทางความเป็นที่ 2 และยังคงวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1251/2504, 3219/2524 ว่าการฟ้องเรียกให้จำเลยคืนทรัพย์สินถ้าคืนไม่ได้ให้ใช้ราคานั้น ไม่ใช่การ ฟ้องเรียกค่าเสียหาย แต่สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1336 นี้ เป็นการ ฟ้องโดยอ้างทรัพย์สินซึ่งเป็นที่ติดต่อดังกล่าวไว้ ซึ่งการที่เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิดังกล่าวจึงเป็นผล ให้ผู้ที่ยึดถือครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่มีสิทธิ มีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นคืน หากทรัพย์สินนั้น สูญหายหรือบุบสลายไปแล้วผู้ที่ยึดถือโดยไม่มีสิทธิมีหน้าที่ต้องชดใช้ราคาทรัพย์สินนั้นแทน แต่การ ฟ้องให้ชดใช้ราคานั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงผู้เขียนเห็นว่าเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูล

⁶⁰ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

⁶¹ จิตติ ติงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 257/2518

⁶² โสภณ รัตนากร, "การฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนมีอายุความหรือไม่," *ตุลพาน*, ปีที่ 42 เล่ม 1, (มกราคม-มีนาคม 2538) : 22.

ละเมิดเนื่องจากการที่เจ้าของต้องสูญเสียทรัพย์สินไปและไม่สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นได้อีก จึงมีอายุความ 1 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี ตามมาตรา 448 ซึ่งไม่น่าจะถือเป็นการฟ้องเรียกทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1336 เนื่องจากกรรมสิทธิ์และสิทธิติดตามเอาคืนได้สิ้นไปพร้อมกับการสูญหายหรือบุบสลายของทรัพย์สินแล้ว

จากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินจากผู้ที่ไม่มียุติกรรมยึดถือไว้ ตามมาตรา ป.พ.พ. มาตรา 1336 ที่ได้กล่าวมานั้น หากในสัญญาสันธิสัญญาเพื่อการจัดหาอากาศยานได้กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิในการกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) เมื่อมีการผิดนัดโดยลูกหนี้ ซึ่งเป็นการดำเนินการในลักษณะของการใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Ownership's Right) และเจ้าหนี้ต้องทำการบังคับตามสิทธิดังกล่าวในประเทศไทยด้วยสาเหตุดังต่อไปนี้ คือ

1. คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย
2. อากาศยานซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจดทะเบียนไทยหรือจอดอยู่ในประเทศไทย
3. สัญญาระบุให้ใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญา (Applicable Law /Governing Law)

โดยไม่ว่าอากาศยานจะจอดอยู่ในประเทศไทยหรือไม่ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเป็นการที่เจ้าหนี้ผู้ทรงกรรมสิทธิ์ใช้สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากลูกหนี้ซึ่งไม่มีสิทธิจะโดยนที่จากเจ้าหนี้จะต้องทำการยุติความสัมพันธ์กับลูกหนี้โดยการบอกเลิกสัญญาเสียก่อน เพราะการบอกเลิกสัญญาจะเป็นผลให้ลูกหนี้ซึ่งครอบครองอากาศยานอยู่กลายเป็นผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถืออากาศยานไว้ ทำให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิติดตามเอาอากาศยานคืนได้ตามหลักเกณฑ์ของ ป.พ.พ. มาตรา 1336 เนื่องจากตามที่ได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และผลบังคับตามสัญญาสันธิสัญญาเพื่อการจัดหาอากาศยานในรูปแบบต่าง ๆ มาในบทที่ 2 จะเห็นว่าศาลไทยยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ในฐานะผู้ทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาที่จะเรียกหรือใช้สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินนั้นต่อลูกหนี้ที่ผิดนัดตามหลักเกณฑ์ของ ป.พ.พ. 1336 แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิของเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการโดยใช้สิทธิทางศาล หากลูกหนี้ไม่ยินยอมหรือมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้น เจ้าหนี้ไม่สามารถกระทำการเองโดยพลการโดยอ้างว่าตนมีสิทธิตามสัญญาที่จะเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเอง (self - help remedies) เพื่อที่จะดำเนินการโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายไทยได้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการบังคับชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัดโดยที่เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ด้วยตนเองเจ้าหนี้ต้องพึ่งพาอำนาจรัฐ โดยรัฐจะยื่นมือเข้ามาเพื่ออำนวยความสะดวกเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี ดังนั้น การ

ดำเนินการเพื่อกลับเข้าครอบครองอากาศยาน (repossession) หากเกิดขึ้นในประเทศไทยเจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนตาม ป.พ.พ. มาตรา 1336 และต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้

กล่าวโดยสรุป การบังคับชำระหนี้ตามสัญญาสินเชื่อเพื่อการจัดหาอากาศยาน ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทย นอกจากการบังคับชำระหนี้ตาม ป.พ.พ. ลักษณะหนี้มาตรา 213 และมาตรา 215 แล้ว เจ้าหนี้ยังสามารถบังคับชำระหนี้โดยใช้สิทธิแห่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอากาศยานเพื่อติดตามอากาศยานคืน ตามหลักเกณฑ์ของ ป.พ.พ. มาตรา 1336 ด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย