

บทที่ 2

แนวความคิดความหมาย และวิวัฒนาการ ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับ การจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจและ การเข้าตรวจข้อมูลของประชาชน

กฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่สมัยที่มีการเริ่มต้นทำธุรกรรมต่าง ๆ ที่ยังไม่มีความสะดวกและยังมิได้มีการนำระบบเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาใช้อย่างปัจจุบันนี้ที่ได้มีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นการให้สินเชื่อสนับสนุนทางการเงินให้แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากขึ้นจากการที่มีการพัฒนาระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแล้วนั้น ยังมีการเปลี่ยนแปลงถึงประเภทของทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจจำนวนมากขึ้นที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ดังนั้นจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจึงได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เพื่อจะได้พัฒนาการที่สมบูรณ์และสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ ซึ่งในการบัญญัติพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 นี้ได้อาศัยหลักการระบบกฎหมายหลักประกันของประเทศอังกฤษ Floating Charge และ หลักประกันทางธุรกิจของสหรัฐอเมริกา Secured Transactions เป็นต้นแบบ

ดังนั้น ในบทนี้ทางผู้วิจัย จึงจะนำเสนอถึงความหมายและจะทำการศึกษา แนวคิดและที่มาวิวัฒนาการหลักประกันการชำระหนี้ในรูปแบบต่าง ๆ ตามกฎหมายซึ่งอาจกล่าวได้ ดังนี้

2.1 แนวคิดและวิวัฒนาการกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับระบบกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

การประกอบธุรกิจในยุคปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นธุรกิจขนาดเล็ก ขนาดกลาง หรือขนาดใหญ่ไม่ว่าจะในประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศที่ด้อยพัฒนา ความต้องการเงินทุนถือเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากที่จะทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศมีความแข็งแกร่ง และสามารถแข่งขันในเวทีโลกได้ อย่างไรก็ดี การจะได้มาซึ่งแหล่งเงินทุน ในบางกรณีมีความ

จำเป็นต้องมีหลักประกันในการชำระหนี้ของเงินกู้ยืม ดังนั้น การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อผู้ประกอบการ

ในอดีตที่ผ่านมา ระบบกฎหมายการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อจำกัดไม่ว่าจะในเรื่องของการจำนองและการจำนำ กล่าวคือ “การจำนอง” แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำไปจำนองได้ จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ส่วนในเรื่องของ “การจำนำ” กฎหมายกำหนดให้สามารถนำเพียงสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันและต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่นำมาจำนำแก่ผู้รับจำนำเท่านั้น ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำวัตถุดิบมาใช้ในการผลิตสินค้า

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น จึงได้มีความพยายามในการผลักดันให้เกิดการออกกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา จนกระทั่งผลักดันสำเร็จในปลายปี พ.ศ. 2558 โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ขึ้นมา โดยจะมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น 240 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 2 กรกฎาคม 2559 ยกเว้นเรื่องนิยามศัพท์ (มาตรา 3) รัฐมนตรีรักษาการ (มาตรา 4) การให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียน (มาตรา 15) การขอรับใบอนุญาตเพื่อเป็นผู้บังคับหลักประกัน คุณสมบัติผู้ที่จะมาเป็นผู้บังคับหลักประกัน วิธีการขอใบอนุญาต การต่อใบอนุญาต หรือการให้ออกใบอนุญาตแทน รวมถึงการอุทธรณ์ในกรณีถูกเพิกถอนใบอนุญาต (มาตรา 54 ถึงมาตรา 59) ที่จะมีผลบังคับใช้ทันทีตั้งแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป เพื่อให้สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ อาทิ วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า หรือแม้กระทั่งทรัพย์สินทางปัญญา มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากนี้ กฎหมายยังเปิดช่องให้รัฐมนตรีกระทรวงการคลังมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดทรัพย์สินที่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เพิ่มเติมในอนาคต อีกทั้งผู้ให้หลักประกันยังสามารถจำหน่าย จ่ายโอนและนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจไปใช้ในการประกอบกิจการต่อไปได้ด้วย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในส่วนของ Uniform Commercial Code Article 9 Secure Transaction (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “UCC Article 9”) และหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษคือ หลักประกันลอย (Floating Charge) แต่ก่อนที่จะทำความเข้าใจกับแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจจำเป็นต้องทำความเข้าใจในเรื่องหลักการประกันหนี้ก่อน

2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจตามระบบกฎหมายไทย

ช่วงแรก ในช่วงที่เกิดวิกฤติ “ต้มยำกุ้ง”¹ เป็นช่วงวิกฤตการณ์เงินซึ่งส่งผลกระทบต่อหลายประเทศในทวีปเอเชียเริ่มตั้งแต่เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2540 โดยมีต้นตอปัญหาจาก “ภาวะฟองสบู่”² ของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยเป็นสภาวะการณ์ที่ราคาทรัพย์สินต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ถูกผลักดันให้สูงกว่าพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่เป็นจริง ส่งผลให้เศรษฐกิจไทยมีการเจริญเติบโตเพิ่มขึ้นในอัตราที่สูงเกินจริงและทำให้การซื้อขายที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เกิดการขยายตัวอย่างมาก หากฟองสบู่แตกจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของสถาบันการเงินเนื่องจาก สถาบันการเงินเป็นผู้จัดสรรทรัพยากรทางการเงินโดยผู้ประกอบการนำเงินที่ได้ไปเก็งกำไรซื้อขายที่ดินและหลักทรัพย์รวมถึงหลักทรัพย์ที่ใช้ค้ำประกันเงินกู้ เมื่อสินทรัพย์มีราคาสูงขึ้น ส่งผลให้เงินกู้ที่ได้รับมีจำนวนเพิ่มขึ้นตามไปด้วย เมื่อที่ดินและหลักทรัพย์มีราคาเกินกว่าพื้นฐานความเป็นจริง วงเงินกู้ที่ขยายตามไปย่อมเกินมูลค่าพื้นฐานของที่ดินและหลักทรัพย์ที่ใช้ค้ำประกันด้วย ทรานเซอที่เศรษฐกิจฟองสบู่ยังคงขยายตัวต่อไป สถาบันการเงินจะยังไม่เผชิญภาวะหนี้เสียและหนี้สูญ แต่เมื่อใดก็ตามที่เกิดภาวะเศรษฐกิจฟองสบู่แตก สถาบันการเงินย่อมต้องเผชิญกับภาวะวิกฤติเนื่องจากมูลค่าของที่ดินและหลักทรัพย์ที่ใช้ค้ำประกันเงินกู้จะตกต่ำลงจนไม่เพียงพอที่จะชดเชยเงินที่กู้ไปจากสถาบันการเงินจะมีเพียงบางสถาบันการเงินเท่านั้นที่สามารถรักษาความมั่นคงของตนไว้ได้

ต่อมาประเทศไทยได้นำแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจโดยเริ่มมีการผลักดันกฎหมายดังกล่าวขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2541 โดยคณะรัฐมนตรีรัฐบาล นายพลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ มีมติแต่งตั้ง “คณะกรรมการพิจารณามาตรการทางกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจของชาติ” โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (นายสุทัศน์ เงินหมื่น) และกรรมการอื่นอีก 12 คน เป็นกรรมการมีอำนาจหน้าที่หลักคือเป็นหน่วยประสานความร่วมมือเพื่อแก้ไขอุปสรรคข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ และคณะกรรมการฯ ได้พิจารณาโดยมีข้อสรุปสำคัญประการหนึ่ง คือ ประเทศไทยยังขาดเครื่องมือทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกัน ซึ่งต่อมากองรัฐมนตรีฯ ดังกล่าว ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกันโดยคณะอนุกรรมการ

¹ ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. (2551). วิกฤตแฮมเบอร์เกอร์ VS วิกฤตต้มยำกุ้ง ผลกระทบที่แตกต่าง. *ฉบับส่งสื่อมวลชน*, 14 (2111), หน้า 25.

² มูลนิธิประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย. (2544). *เศรษฐกิจฟองสบู่: บทเรียนจากญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.thaiappraisal.org/thai/market/market_view.php?strquery=market04.htm. [2558, 3 เมษายน].

พิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกันมีนายอัครวิทย์ สุมาวงศ์ เป็นประธาน มีหน้าที่ในการพิจารณากร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้และยกพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. เป็นที่เรียบร้อย หลังจากนั้นได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันและการบังคับหลักประกันเพื่อจัดทำพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการให้นำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน นอกจากนี้เพื่อเป็นการสร้างระบบหลักประกันการชำระหนี้ที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้ประกอบการให้สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวได้รับการพิจารณาและปรับปรุงโดยหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. 2554 เกิดการยุบสภาผู้แทนราษฎรทำให้คณะรัฐมนตรีไม่ได้พิจารณากฎหมายนี้

ช่วงที่สอง ต่อมาในปี พ.ศ. 2555 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจขึ้นมา โดยสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย หรือที่เรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน คปภ.” เพื่อแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวโดยอาศัยพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นต้นแบบ จนกระทั่งวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2558 ได้มีการนำเสนอกฎหมายดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และได้มีการพิจารณาโดยคณะกรรมการพิจารณาพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. และผ่านการพิจารณาทั้ง 3 วาระจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงได้ประกาศออกมาเป็นกฎหมายได้สำเร็จ เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2558³ ได้มีผลบังคับใช้ภายใน 240 วัน คือในวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2559

2.2 กฎหมายหลักประกันในประเทศไทย

ในช่วงแรกกฎหมายเกี่ยวกับการประกันหนี้ของไทยนั้นจะมีเฉพาะในเรื่องการจำนำเท่านั้น ส่วนการจำนองนั้นเพิ่งมาเกิดขึ้นในสมัยตอนปลายกรุงศรีอยุธยา ในกฎหมายเก่านั้นมีบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจำนำเพียงมาตราเดียว คือพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 ซึ่งจะบัญญัติเกี่ยวกับการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย แต่ต่อมาเมื่อครั้งสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินขยับสูงขึ้นมา จึงเริ่มมีการวางรูปแบบการจำนำแบบใหม่ คือการจำนองนั่นเอง โดยมีการบัญญัติในเรื่องของแบบว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและทำต่อหน้า นายอำเภอด้วย

³ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 132 (ตอนที่ 104 ก), หน้า 1.

ในปัจจุบันกฎหมายไทยที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องหลักประกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา หลักประกันที่กฎหมายไทยรับรู้และบังคับหลักประกันได้มีเพียง 2 ประเภท ได้แก่

2.2.1 การประกันด้วยบุคคล

การประกันด้วยบุคคล คือ การค้ำประกันอันมีสถานะเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันชนิดนี้มีต่อผู้ค้ำประกัน ไม่ใช่ต่อกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันโดยตรง เว้นแต่จะผ่านกระบวนการบังคับโดยใช้สิทธิทางศาลก่อน

2.2.2 การประกันด้วยทรัพย์สิน

การประกันด้วยทรัพย์สิน ได้แก่

1) การจำนำโดยสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่างอันเป็นของมีค่ามีราคาสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนมือได้ และสิทธิที่มีตราสาร เช่น ตั๋วเงิน บัตรเงินฝากประจำ และหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น

2) การจำนองด้วยอสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินอื่นที่มีการจดทะเบียนแสดงสิทธิอันกฎหมายรับรองว่าจำนองได้ เช่น การจำนองเครื่องจักร เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่านอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะยอมรับรู้การประกันด้วยบุคคลและการประกันด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาโดยถ้อยคำแล้วผู้วิจัยเห็นว่าตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ได้ยอมรับประเภทของหลักประกันนี้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ หลักประกันหนี้ทั่วไป หลักประกันหนี้ด้วยบุคคล และหลักประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งผู้วิจัยจะขยายความเรื่องหลักประกันเพิ่มเติม ดังนี้

1) หลักประกันหนี้ทั่วไป

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 ซึ่งบัญญัติว่าภายใต้บทบังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย กล่าวคือ ในเรื่องจำนองกรณีทรัพย์สินจำนองหลุดนั้นมีราคาประมาณต่ำกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระกันอยู่ หรือทรัพย์สินที่จำนองนำออก ขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างกันอยู่ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในจำนวนหนี้เงิน ที่ขาดนั้น แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาอาจตกลงแตกต่างจากนี้ก็ได้อีก กล่าวคือโดยส่วนใหญ่เจ้าหนี้นี้มักมีข้อตกลง ในสัญญาจำนองว่าหากมีการบังคับจำนองแล้วยังไม่เพียงพอชำระหนี้ ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ค้างชำระ ซึ่งหากมีข้อตกลงดังนี้แล้วเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากมีข้อตกลงดังกล่าวแล้วลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้

หรือไม่สามารถชำระหนี้ได้ถูกต้องครบถ้วน เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ของตน ได้จากทรัพย์สิน ทั้งปวงของลูกหนี้ ในลักษณะดังกล่าวทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งปวงจึงเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ หรือเรียกได้ว่าเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ทั่วไป

หลักประกันในการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แตกต่างจากหลักประกันทั่วไปที่ลูกหนี้ นำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งใดสิ่งหนึ่งเท่านั้น ให้เป็นหลักประกันต่อเจ้าหนี้ว่าหากตนไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ จะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นก่อนบุคคลอื่น หลักประกันแบบนี้จึงมีความสำคัญในแง่ของความ มั่นใจของเจ้าหนี้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้อย่างแน่นอนและตนเองสามารถฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ จากหลักประกันได้ โดยไม่ต้องกังวลว่าจะมีเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้อื่นมาบังคับทรัพย์สินที่เป็น หลักประกัน เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินอันเป็น หลักประกัน เจ้าหนี้อื่นไม่มีสิทธิมาขอเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นหลักประกันได้ ซึ่งแตกต่างจาก หลักประกันหนี้ทั่วไปที่เมื่อทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายรายทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้นั้นย่อมเป็นหลักประกันทั่วไปของเจ้าหนี้ เหล่านั้นด้วย ซึ่งเมื่อต้องบังคับชำระหนี้เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องมายื่นคำขอเฉลี่ยทรัพย์สินและรับชำระหนี้ ตามสัดส่วนของตนหาได้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งของลูกหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงเหมือนกับ หลักประกันโดยเฉพาะเจาะจง

2) หลักประกันด้วยบุคคล

เป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นโดยสัญญา ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องสัญญาต้องถูกนำมาใช้ บังคับด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเรื่องการประกันด้วยบุคคลอยู่ที่ บรรพ 3 ว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญา ลักษณะ 11 หรือเรียกว่าการค้ำประกันบัญญัติไว้ในมาตรา 680-701 โดยมาตรา 680 บัญญัติว่า อันว่าค้ำประกันนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น ในส่วนนี้ผู้วิจัย จะกล่าวถึงลักษณะของการประกันด้วยบุคคลพอเป็นสังเขปเพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจ ดังนี้

(1) หนี้อันเป็นประธานซึ่งผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ เนื่องจากตามสัญญาค้ำประกันเป็นหนี้อุปกรณ์ซึ่งหากหนี้ประธานไม่สมบูรณ์ หนี้อุปกรณ์ก็ไม่สามารถ เกิดขึ้นได้

(2) ผู้ค้ำประกันต้องเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตัวลูกหนี้หรือตัวเจ้าหนี้ แต่ผู้ค้ำ ประกันอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้

(3) บุคคลภายนอกเข้าผูกพันตนเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน จะเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ทั้งนี้ ผู้ค้ำประกันจะขอให้เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนได้

(4) สัญญาค้ำประกันไม่มีแบบ เนื่องจากตามมาตรา 680 กำหนดไว้แต่เพียงถ้าไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกัน ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้เท่านั้น ดังนั้น สัญญาค้ำประกันเมื่อมีคำเสนอเข้าเป็นผู้ค้ำประกันและเจ้าหนี้สนองด้วยวาจา สัญญาค้ำประกันก็มีผลสมบูรณ์

(5) เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้แล้ว ผู้ค้ำประกันย่อมมีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากลูกหนี้ได้ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยตามจำนวนหนี้ที่ตนได้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ไป โดยผู้ค้ำประกันจะเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีเหนือลูกหนี้ด้วย

(6) ผู้ค้ำประกันจะหลุดพ้นความรับผิด เมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด ๆ หรือหากหนี้นั้นมีกำหนดเวลาชำระหนี้ที่แน่นอนและเจ้าหนี้นยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันก็ หลุดพ้นความรับผิดเช่นกัน

3) หลักประกันด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การประกันด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การจำนอง และการจำนำ โดยการจำนองเป็นการประกันหนี้ด้วยอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนหรือตามที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถนำสังหาริมทรัพย์บางชนิดมาจำนองได้⁴ ส่วนการจำนำเป็นการส่งมอบสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ ผู้ประกันหนี้ไม่ว่าจะด้วยวิธีการจำนองหรือจำนำยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาอสังหาริมทรัพย์ที่วางเป็นประกัน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ข้อแตกต่างที่สำคัญประการหนึ่งระหว่างการจำนองและการจำนำ คือ วิธีการแสดงออกซึ่งสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินที่วางเป็นประกัน ในกรณีการจำนอง ผู้จำนองจะ “ตราทรัพย์สิน” หรือจดทะเบียนทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบตัวทรัพย์สิน แต่การจำนำนั้น ผู้จำนำต้อง “ส่งมอบ” ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ ดังนั้น ในเรื่องการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะแยกอธิบายออกเป็น 2 ประการ คือ

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 703 บัญญัติว่า

อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้ดุจกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

- (1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวาง ตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- (2) แพง
- (3) สัตว์พาหนะ
- (4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ.

⁵ มาตรา 747 อันว่าจำนำนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้จำนำส่งมอบ สังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้.

(1) จำนอง (Mortgage)⁶

เป็นลักษณะการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินลักษณะหนึ่งที่มีลักษณะสำคัญ คือ ลูกหนี้เพียงแต่เอาทรัพย์สินของตนตราไว้เป็นประกันหนี้แก่เจ้าหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองซึ่งมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการทำสัญญา รูปแบบของสัญญา และผลของสัญญาตามที่บทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะจำนองความสมบูรณ์แห่งสัญญาจำนอง

การจำนองที่สมบูรณ์นั้นพิจารณาได้จากคำว่า “ตราไว้” คือ การเอาทรัพย์สินไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ทรัพย์สินผูกพันเป็นประกันหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนอง ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 บัญญัติว่า “อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่” เป็นการกำหนดแบบของสัญญาจำนอง คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

มีผลให้ผู้จำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองซึ่งผู้จำนองนั้นยังคงมีกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์สินอยู่ เพราะเพียงแต่เอาทรัพย์สินไปตราไว้โดยมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ข้อนี้ทำให้การจำนองแตกต่างจากการจำนำ โดยในสัญญาจำนำผู้จำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำแก่ผู้รับจำนำเสมอ ถ้าผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินที่จำนำกลับคืนสู่การครอบครองของผู้จำนำ สัญญาจำนำก็ระงับตามมาตรา 747⁷, 769 (2)⁸

ฉะนั้นการจำนองที่สมบูรณ์ สัญญาจำนองจะต้องมีการจดทะเบียนเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ ตรายใดที่ยังมิได้มีการจดทะเบียนแล้วสัญญาจำนองก็ยังไม่เกิดหรือเป็นโมฆะไม่สมบูรณ์เป็นทรัพย์สิน เป็นลักษณะของการกำหนดแบบแห่งนิติกรรมไว้ ซึ่งหากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152⁹ การจำนองที่สมบูรณ์แล้วถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งอันสามารถไยยันบุคคลอื่นทั่วไปได้

⁶ มาตรา 702 อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง.

⁷ มาตรา 747 อันว่าจำนำนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำส่งมอบสิ่งหรือทรัพย์สินหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้.

⁸ มาตรา 769 อันจำนำยอมระงับสิ้นไป

(2) เมื่อผู้รับจำนำ ยอมให้ทรัพย์สินจำนำกลับคืนไปสู่การครอบครอง ของผู้จำนำ.

⁹ มาตรา 152 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้น เป็นโมฆะ.

(2) จำนำ (Pledge)¹⁰

จำนำ (Pledge) เป็นอีกลักษณะหนึ่งของการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน โดยเฉพาะการประกันการชำระหนี้ด้วยสังหาริมทรัพย์ แต่ผู้ให้หลักประกันจะต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน และความสมบูรณ์ของสัญญาจำนำ ซึ่งเป็นสัญญาอุปรณ์ยอมสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินจำนำ

ความสมบูรณ์แห่งสัญญาจำนำ

ตามลักษณะที่สำคัญของสัญญาจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 สัญญาจำนำยอมสมบูรณ์เมื่อส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำและผู้จำนำต้องแสดงว่าต้องการจำนำเพื่อประกันการชำระหนี้และไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเพราะกฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาจำนำไว้ว่าให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

เพราะฉะนั้นสัญญาจำนำจะสมบูรณ์ได้้นอกจากผู้จำนำต้องแสดงเจตนาแก่นิติสัมพันธ์กับผู้รับจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วผู้จำนำจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำด้วย ซึ่งการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาเพราะหากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำก็ไม่เป็นการจำนำ เจ้าหนี้จะกล่าวอ้างว่าตนเป็นเจ้าหนี้ในฐานะผู้รับจำนำไม่ได้และสัญญาจำนำนั้นก่อให้เกิดหนี้อุปรณ์แตกต่างหากจากหนี้ประธาน

สัญญาจำนำต้องมีหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เป็นหนี้ที่เกิดจากมูลหนี้เดิม ซึ่งเป็นมูลหนี้อะไรก็ได้ในบรรดาบ่อเกิดแห่งหนี้ทั้งหลายไม่จำกัดว่าจะต้องเกิดจากมูลหนี้ตามสัญญาเท่านั้น

4) ข้อจำกัดของหลักประกันตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์มีการประกันการชำระหนี้ในแต่ละลักษณะแตกต่างกันระหว่างจำนองและจำนำขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินซึ่งอาจเป็นหลักประกันได้ว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์หรือเป็นทรัพย์สินที่แสดงซึ่งความเป็น

¹⁰ ตามกฎหมายจำนำทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะอยู่ในความครอบครองยึดถือโดยเจ้าหนี้หรือแม่ในกรณีที่ถูกกลายนอกเป็นผู้เก็บรักษาทรัพย์สินจำนำลูกหนี้ผู้จำนำก็คงไม่มีโอกาสหรือมีโอกาสน้อยกว่าที่จะขยักย้ายถ่ายเทหรือนำทรัพย์สินจำนำไปเสียและตามกฎหมายจำนองแม้ลูกหนี้จำนองจะยังสามารถยึดถือครอบครองทรัพย์สินที่จำนองอยู่แต่โดยสภาพของทรัพย์สินจำนองที่โดยทั่วไปคือที่ดิน อาคารบ้านเรือนอันติดตรึงตราอยู่กับที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์และเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยสภาพจึงเป็นหลักประกันที่มั่นคงสำหรับเจ้าหนี้มากกว่าหลักประกันทางธุรกิจซึ่งมีสภาพเป็นหลักประกันลอย (Floating Charge).

เจ้าของกรรมสิทธิ์ด้วยการจดทะเบียนหรือการครอบครองและในแต่ลักษณะมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ก่อให้เกิดปัญหาในการประกันการชำระหนี้เช่นเดียวกัน

(1) ข้อจำกัดในการจำนอง

การจำนองแม้กฎหมายจะมีได้กำหนดให้ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่จำนองในการดำเนินธุรกิจต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนองซึ่งเป็นผลดีต่อการประกอบธุรกิจ แต่กฎหมายจำกัดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ กล่าวคือ จำกัดเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ผู้ประกอบการจึงไม่สามารถใช้สังหาริมทรัพย์บางอย่างที่ตนใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น วัตถุดิบ สินค้าคงคลัง ทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจรถยนต์ เครื่องจักรกรรม ไม่มีทะเบียน เครื่องบินกรณีผู้ประกอบการในอุตสาหกรรมการบิน เป็นต้น มาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ส่วนการนำเรือเดินทะเลมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเรือเดินทะเลที่ต่อเสร็จ และมีการจดทะเบียนแล้วเท่านั้น เรือเดินทะเลที่ยังต่อไม่เสร็จก็ไม่สามารถนำมาจำนองได้ นอกจากนี้ การนำเรือเดินทะเลมาจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้เจ้าหนี้จำนองมีลำดับบุริมสิทธิทางทะเลด้วย ซึ่งเป็นข้อจำกัดของการจำนอง¹¹

(2) ข้อจำกัดในการจำนำ

สำหรับการประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนำนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จำกัดประเภททรัพย์สินไว้เฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่จะนำมาจำนำได้ และที่สำคัญต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วยหลักการดังกล่าวจึงไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์หลายประเภท เช่น สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตสินค้า เรือเดินทะเล เป็นต้น ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินหลักประกันได้ ทั้งที่สังหาริมทรัพย์เหล่านี้มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจและอาจเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้แต่เนื่องจากผู้จำนำจำเป็นต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านี้ในการประกอบกิจการหากต้องส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนำแล้วผู้ประกอบการอาจไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้

กล่าวโดยสรุป คือ ระบบการประกันการชำระหนี้ด้วยการจำนำและจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้ทรัพย์สินหลายอย่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเป็นประกันการชำระหนี้ ในการขอสินเชื่อเพื่อหาทุนมาใช้ในการประกอบกิจการในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่แหล่งเงินทุน เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่

¹¹ พรชัย วิวัฒน์ภทฤต. (2540). *ข้อจำกัดว่าด้วยการสร้างหลักประกันแห่งหนึ่งในกฎหมายไทย*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 54.

ผู้ประกอบการจำเป็นต้องใช้ในการประกอบกิจการ เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ลิขสิทธิ์เครื่องทรัพย์สินทั้งหมดที่ผู้ประกอบการใช้ในการประกอบธุรกิจ เป็นต้น ผู้ประกอบการจึงไม่สามารถใช้ทรัพย์สินดังกล่าวให้เกิดประโยชน์สูงสุด (Maximize profit) ได้อย่างแท้จริง

เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงวิวัฒนาการในเรื่องการจํานองและการจําหน่ายในประเทศไทยเพิ่มมากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยขอกล่าวถึงวิวัฒนาการความเป็นมาในประเทศไทยพอสังเขป ดังนี้

5) ความเป็นมาเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินประเภทอื่นมาจํานองในประเทศไทย¹²

สัญญาหลักประกันตามกฎหมายอื่น นอกจากประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยวิธีการจํานอง จําหน่าย สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น การประกันการชำระหนี้ยังมีบัญญัติตามที่ปรากฏในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ก็หลายฉบับ อาทิ การประกันการชำระหนี้ตาม พระราชบัญญัติการจํานองเรือและบูรณสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537¹³ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514¹⁴ และพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551) ฉบับที่ 15¹⁵ โดยจะอธิบายเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติทั้งสามฉบับพอสังเขป ดังนี้

(1) หลักประกันตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514

ในการจดทะเบียนเครื่องจักรตามพระราชบัญญัตินี้กล่าวได้ว่า มีผลมาจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 (4)¹⁶ ซึ่งบัญญัติให้จดทะเบียนจํานองสังหาริมทรัพย์ซึ่งตามกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะกาลจึงได้เกิดมีพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สามารถนำเครื่องจักรจํานองประเภทที่มีราคาสูงเป็นประกันการชำระหนี้ด้วยการจํานองได้

ซึ่งลักษณะของการประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นเช่นเดียวกับการจํานองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจํานองนั่นเอง ซึ่งตามมาตรา 5 แห่ง

¹² ยี่งศักดิ์ เพชรนิล. (2546). *หลักประกันทางธุรกิจและปัญหาการบังคับทรัพย์สินเป็นหลักประกัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 44.

¹³ พระราชบัญญัติการจํานองเรือและบูรณสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537. (2537, 4 กุมภาพันธ์). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 111 (ตอนที่ 4 ก), หน้า 1.

¹⁴ พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514. (2514, 27 เมษายน). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 88 (ตอนที่ 44 ก), หน้า 246.

¹⁵ พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522. (2522, 12 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 96 (ตอนที่ 77), หน้า 22.

¹⁶ มาตรา 703 อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจํานองได้ไม่ว่าประเภทใด ๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจํานองได้คู่กัน หากว่า ได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียน เฉพาะการ.

พระราชบัญญัตินี้บัญญัติว่า “เครื่องจักรใดเมื่อได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นสิ่งห้ามทรัพย์ที่อาจจำนองได้ ตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1301 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

นอกจากเครื่องจักรที่จะจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ได้นั้นต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 กล่าวคือ ประกาศกำหนดให้เครื่องจักรประเภทใดที่เป็นเครื่องจักรที่จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ได้ ซึ่งอาจเป็นเครื่องจักรที่ยังไม่ได้ติดตั้งแล้วยังมิได้ใช้งานจึงอาจกล่าวได้ว่าเครื่องจักรที่จดทะเบียนเป็นกรรมสิทธิ์ได้ต้องเป็นไปตามประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมและเครื่องจักรที่จะจดทะเบียนจำนองได้นั้นต้องเป็นเครื่องจักรที่จดทะเบียนกรรมสิทธิ์แล้ว

ความสมบูรณ์ของสัญญา

เครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้แล้วเป็นสิ่งห้ามทรัพย์ที่อาจจำนองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 (4) และนำมาตรา 1299 มาตรา 1300 มาตรา 1301 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ผลของบทบัญญัติดังกล่าวคือ การจำนองเครื่องจักรนั้นต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 714¹⁷ มิฉะนั้นนิติกรรมจำนองจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 กล่าวคือ ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เพราะฉะนั้นความสมบูรณ์ของสัญญาจะต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(2) พระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537¹⁸

การกำหนดจำนองเรือเดินทางทะเล ไว้เป็นการเฉพาะรวมทั้งกำหนดนุริมสิทธิทางทะเลให้สอดคล้องกับหลักสากลเกี่ยวกับนุริมสิทธิทางทะเล

¹⁷ มาตรา 714 อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องเป็นหนังสือและ จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่.

¹⁸ พระราชบัญญัติการจำนองเรือและนุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537.

หมายเหตุ : เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ในปัจจุบันการจำนองเรือเดินทะเลและนุริมสิทธิเหนือเรือเดินทะเลได้นำบทบัญญัติว่าด้วยจำนองและนุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ แต่โดยที่กิจการเรือเดินทะเลมีลักษณะเฉพาะที่จำเป็นต้องมีการเคลื่อนที่ไปมาในน่านน้ำของประเทศต่าง ๆ เกือบตลอดเวลา การนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับจึงไม่เหมาะสม จำเป็นต้องแยกการจำนองเรือเดินทะเลและนุริมสิทธิพิเศษเหนือเรือเดินทะเลออกจากกฎหมายว่าด้วยเรือไทยซึ่งยังคงมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสมควรให้มีกฎหมายสำหรับใช้บังคับกับการจำนองเรือเดินทะเลโดยตรง และกำหนดนุริมสิทธิทางทะเลขึ้นไว้โดยเฉพาะสำหรับเรือเดินทะเลเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาพาณิชย์นาวีของไทย และคุ้มครองบุคคลซึ่งมีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับเรือเดินทะเลได้อย่างเหมาะสม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้.

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 แบ่งออกเป็นสองส่วนสำคัญ ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง การจำนองเรือ ซึ่งใช้กับการจำนองเรือซึ่งใช้เดินทะเลเป็นการเฉพาะเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการทำสัญญาจำนองเรือ รายละเอียดที่ต้องกำหนดไว้ในสัญญาจำนองเรือ สถานที่จดทะเบียนจำนองเรือไทย ทรัพย์สินซึ่งสัญญาจำนองครอบคลุมไปถึง การบังคับจำนอง การระงับสิ้นไปของสัญญาจำนอง เป็นต้น

สาระสำคัญส่วนที่สอง คือ บุริมสิทธิทางทะเล (Maritime liens) ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ยึดอยู่ต่อเจ้าของเรือ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเรือขึ้นเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้ยึดบุริมสิทธิดังกล่าวไว้ซึ่งสิทธิเรียกร้องทางทะเล ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นสิทธิเรียกร้องที่อาจได้รับชำระหนี้เอาจากเรือเดินทะเลก่อนเจ้าหนี้ยื่นฟ้อง พระราชบัญญัติการจำนองเรือและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 ได้กำหนดลักษณะและเงื่อนไขของสิทธิเรียกร้องบางลักษณะให้เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิทางทะเล ซึ่งเจ้าหนี้ยึดสิทธิเรียกร้องเหล่านั้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้เอาจากเรือก่อนเจ้าหนี้ยื่นฟ้อง ๆ ซึ่งไม่มีบุริมสิทธิทางทะเล นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติอื่นที่สำคัญ เช่น ลำดับการได้รับการชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ยื่นฟ้องกับเจ้าหนี้ยึดบุริมสิทธิทางทะเล การโอนสิทธิเรียกร้องที่มีบุริมสิทธิทางทะเล การโอนกรรมสิทธิ์ของเรือที่อยู่ภายใต้บุริมสิทธิทางทะเล หรือความระงับแห่งบุริมสิทธิทางทะเล เป็นต้น

(3) พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551) ฉบับที่ 15¹⁹

ทรัพย์สินอีกประเภทหนึ่งที่มูลค่าทางเศรษฐกิจ คือ รถยนต์ แต่รถยนต์เป็นทรัพย์สินที่หากจะนำมาเป็นหลักประกันหนึ่งจะทำได้โดยการจำนำเท่านั้น ดังนั้น ในข้อเท็จจริงที่ผ่านมา หากผู้ขอสินเชื่อโดยใช้รถยนต์เป็นหลักประกันการชำระหนี้มักจะต้องทำในรูปแบบของ

¹⁹ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2551 ดังนี้
 หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่สังหาริมทรัพย์หลายประเภทสามารถจดจำนองเป็นประกันหนี้ได้ ดังเช่น เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ 5 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ สามารถจดจำนองได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 ส่วนเครื่องจักรสามารถจดจำนองได้ตามกฎหมายเครื่องจักร แต่ปรากฏว่ารถยนต์ ได้แก่ รถยนต์สาธารณะ รถยนต์บริการ และรถยนต์ส่วนบุคคล รวมทั้งรถพ่วง รถบดถนน และรถแทรกเตอร์ เป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าสูงแต่ไม่สามารถจดทะเบียนจำนองเป็นประกันหนี้ได้ตามกฎหมาย ในกรณีที่ต้องใช้เป็นประกันหนี้จึงต้องใช้วิธีการโอนขายแก่เจ้าหนี้ และทำเป็นสัญญาเช่าซื้อซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่าดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเป็นภาระแก่ประชาชนและผู้ประกอบการหลายด้านคนทั่วประเทศ สมควรบรรเทาภาระดังกล่าวนี้ และทำให้รถดังกล่าวเป็นสินทรัพย์ที่มีมูลค่า มีราคา ที่สามารถจำนองเป็นประกันหนี้ได้ และผู้เป็นเจ้าของยังคงมีสิทธิ์ครอบครองใช้สอยได้ดังเดิม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้.

“สัญญาขายรถยนต์ให้ผู้ให้สินเชื่อและเช่าซื้อรถยนต์คันนั้นกลับมาจากผู้ให้สินเชื่อ หรือที่เรียกกันว่า (Sale and Lease back)” ซึ่งผลของการทำสัญญาเช่าซื้อดังกล่าวทำให้ผู้เช่าซื้อสามารถใช้ประโยชน์ในรถยนต์ของตนได้โดยไม่ต้องส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ อย่างไรก็ตามก็ได้มีแนวความคิดที่จะให้รถยนต์สามารถนำมาจำนองได้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2551 จึงได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับสิทธิในการจำนองรถยนต์²⁰ มาตรา 17/1 บัญญัติให้รถยนต์ที่จดทะเบียนแล้วรถพ่วงรถบดถนนและรถแทรกเตอร์ที่จดทะเบียนแล้วให้เป็นทรัพย์สินประเภทที่จำนองเป็นประกันหนี้ได้ตามกฎหมาย

พระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวก็ยังไม่สามารถแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำและจำนองดังกล่าวได้อย่างแท้จริง คงเป็นเพียงการแก้ไขปัญหาให้แก่ทรัพย์ คือ เครื่องจักร และเรือยนต์ ซึ่งยังมีทรัพย์ทางเศรษฐกิจจำนวนมากที่ผู้ประกอบการไม่สามารถนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ได้²¹ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาช่องทางในการนำทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกมากมายมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่แหล่งทุนได้ด้วย เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริง

แม้การเปิดให้มีการนำสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองนั้นจะสามารถทำได้โดยการแก้ไขปรับปรุง มาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อกำหนดให้นำสังหาริมทรัพย์มาจำนองได้ แต่ในกรณีสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่าย เนื่องจากสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่าย หากนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง กระบวนการบังคับจำนองต้องมีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ มิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจำนองได้ การบังคับจำนองเป็นหน้าที่ของศาลและศาลมีบุคลากรจำกัดและต้องรับผิดชอบคดีประเภทอื่นอีกจำนวนมาก

²⁰ พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2551.

²¹ ที่ผ่านมามีฝ่ายนิติบัญญัติได้พยายามแก้ไขข้อขัดข้องในเรื่องนี้มาหลายครั้งแต่เป็นการแก้ไขข้อขัดข้องในลักษณะเฉพาะเรื่องเฉพาะทรัพย์สินแต่ละชนิดแต่ละประเภทเช่นในปี พ.ศ. 2514 ได้ตราพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 กำหนดให้เครื่องจักรซึ่งแม้จะเป็นสังหาริมทรัพย์โดยสภาพแต่ก็สามารถจำนองได้หรือในปี พ.ศ. 2537 ได้ตราพระราชบัญญัติการจำนองเรือและบริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 เพื่อให้สามารถนำเรือซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์มาจำนองได้หรือในปี พ.ศ. 2542 ได้ตราพระราชบัญญัติการจดทะเบียนการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือในปี พ.ศ. 2551 ได้ตราพระราชบัญญัติรถยนต์ (ฉบับที่ 15) พ.ศ. 2551 ซึ่งจะสังเกตได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาโดยมุ่งพิจารณาเฉพาะทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้นอันเป็นการแก้ไขปัญหาลเฉพาะเรื่องไม่สามารถครอบคลุมทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจทั้งหลายที่มีอยู่อย่างหลากหลายได้.

ดังนั้น กระบวนการพิจารณาคดีบังคับจำนองในทางปฏิบัติจึงค่อนข้างล่าช้าและเป็นผลเสียต่อการประกอบกิจการของทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อให้มีการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนองหรือจำนำได้มาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ให้ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันได้ โดยกฎหมายดังกล่าวต้องมีระบบการบังคับหลักประกันที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน และเพื่อลดภาระของศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีในกระบวนการบังคับหลักประกัน

2.3 ระบบการจดทะเบียนของไทย

ในระบบการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ของไทยนั้นย่อมเป็นประโยชน์อย่างมากเพราะผู้รับโอนต้องการรับ โอนทรัพย์สินสิ่งใดก็ดูในทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์ว่าใครเป็นของก็สามารถทำให้รับโอนทรัพย์สินจากเจ้าของที่แท้จริงได้ แต่ทะเบียนก็ไม่สามารถจัดทำได้กับทรัพย์สินทุกชนิด เพราะถ้านำทรัพย์สินที่ไม่มีค่ามาจัดทำทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์อาจจะก่อให้เกิดปัญหา เช่น ถ้าเอาดินสอปากกา มาจัดทำทะเบียนแล้ว เมื่อจะโอนทรัพย์สินเหล่านี้ก็จะต้องไปจดทะเบียนทรัพย์สินอันจะก่อให้เกิดความยุ่งยาก เสียเวลา เสียค่าใช้จ่าย ก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์ การจดทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์จึงจัดทำกับทรัพย์สินที่มีความสำคัญ ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ ส่วนสังหาริมทรัพย์ที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญถึงขั้นที่จะต้องนำไปจดทะเบียนแสดงกรรมสิทธิ์ ได้แก่ เรือกำปั่นหรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ และเครื่องจักร เป็นต้น

2.3.1 กรณีทรัพย์สินที่มีทะเบียน

จากการศึกษา “ทรัพย์สินที่มีทะเบียน” หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ประเภท โฉนดที่ดินและหนังสือรับรองการทำประโยชน์ และ หมายคามรวมถึง สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ และเครื่องจักรที่จดทะเบียนแล้ว

การได้มาโดยนิติกรรมโดยการจดทะเบียนมีหลักบัญญัติไว้ในมาตรา 1299 วรรคหนึ่ง ดังนี้
 มาตรา 1299 “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือ กฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์เว้นแต่นิติกรรมจะทำได้เป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่”

มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง เป็นหลักทะเบียน หรือหลักควบคุมในทางเปิดเผย (Publicity Principle)²² ได้วางหลักเรื่องการได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์ โดยทางนิติกรรมนั้นจะบริบูรณ์เป็นทรัพย์สินสิทธิต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วถ้าผู้รับโอนยังมีได้ดำเนินการดังกล่าว การได้มานั้นจะไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก²³ ถึงแม้ว่าบุคคลภายนอกผู้ได้รับโอนทรัพย์สินต่อมาจะไม่สุจริต และไม่เสียค่าตอบแทนก็ตาม แต่นิติกรรมนั้นก็ยังมีสมบูรณ์ในลักษณะบุคคลสิทธิที่จะใช้บังคับกันเองได้ในระหว่างคู่สัญญา นอกจากนี้ ผู้รับโอนจะต้องรับโอนทรัพย์สินมาจากผู้มีอำนาจโอนด้วย แม้บุคคลภายนอกจะสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่หากรับโอนจากผู้ที่ไม่อำนาจโอน บุคคลภายนอกก็ไม่อาจมีสิทธิดีกว่าเจ้าของที่แท้จริง เป็นไปตามหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าไปจากผู้โอน”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นว่าด้วยเรื่องการทำหนังสือและจดทะเบียนนั้น คือ ต้องทำเป็นหนังสือโดยที่คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องลงลายมือชื่อในหนังสือนั้นด้วย มิฉะนั้นจะถือไม่ได้ว่าทำเป็นหนังสือและการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ถ้าจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ไม่มีอำนาจแล้วย่อมไม่ถือเป็นการจดทะเบียน

2.3.2 การจดทะเบียนของสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ

สังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ คือ ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ที่มี กฎหมายได้กำหนดให้เป็นทรัพย์สินในลักษณะพิเศษกว่าสังหาริมทรัพย์ทั่วไป อันได้แก่ เรือกำปั่นมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ และสัตว์พาหนะ คือ ช้าง ม้า วัว ควาย ลา ล่อ

สิ่งสำคัญ คือ ในการทำนิติกรรมจำหน่ายโอนสังหาริมทรัพย์จำต้องทราบด้วยว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ประเภทใด เพราะหากเป็นสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษและจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับกรณี การจำหน่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ด้วย

การจดทะเบียนเกี่ยวกับเรือต่าง ๆ ตามมาตรา 1302 นั้น ต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียนหรือกรมเจ้าท่า (พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 มาตรา 6)

²² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว.. (2551). *อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง. หน้า 119.

²³ บัญญัติ สุชีวะ. (2535). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยลักษณะทรัพย์สิน*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 67.

การจดทะเบียนเกี่ยวกับแพ จดที่ว่าการอำเภอ (พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 89)

การจดทะเบียนเกี่ยวกับสัตว์พาหนะ จดต่อนายทะเบียนท้องที่สัตว์ คือ นายอำเภอ (พระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 4)

ข้อสังเกต ถ้าอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์เดียวกันมีการจดทะเบียนการได้มาโดยชอบหลายครั้ง ต้องถือเอาการจดทะเบียนโดยชอบครั้งแรกเป็นสำคัญ

โดยสรุป หลักการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของกรณีทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนจะแสดงออกด้วยการครอบครอง ส่วนกรณีทรัพย์สินที่มีทะเบียนจะแสดงออกทางทะเบียน

นิติกรรมที่สมบูรณ์ คือ นิติกรรมที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเสนอถูกต้องตรงกัน (มาตรา 149) ไม่เป็น โฆษะ หรือ โฆษิยะ กล่าวคือ โดยหลักแล้วความไม่บริบูรณ์ของทรัพย์สินสามารถบังคับกันได้ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตได้เพราะไม่เป็นทรัพย์สิน จึงไม่อาจอ้างสิทธิทางหนี้ได้ แต่มีข้อยกเว้น คือ บุคคลภายนอกซึ่งรับ โอนทางทะเบียน หากเป็นการทำนิติกรรมเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ และมีได้กระทำโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนแล้ว นิติกรรมดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนการถือฉลมิได้ ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่า เป็นหลักซึ่งตกอยู่ภายใต้หลัก “คุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน”

2.3.3 ทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียน

ทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียน จะแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของตามข้อเท็จจริง กล่าวคือ ผู้ใดครอบครองทรัพย์สิน ผู้นั้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น ดังปรากฏในมาตรา 1369 ว่า “บุคคลโดยยึดถือทรัพย์สินไว้ ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นยึดถือเพื่อตน” และ มาตรา 1370 ว่า “ผู้ครอบครองนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าครอบครอง โดยสุจริต โดยความสงบและโดยเปิดเผย” หากมีบุคคลหลายคนโต้แย้งกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน กฎหมายได้บัญญัติวิธีการไว้ในมาตรา 1303²⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของในสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา นี้ จะถือเอาการครอบครองเป็นการแสดงออก แต่ก็มีสังหาริมทรัพย์บางอย่างที่ไม่ถือเอาการครอบครองเป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของ เช่น มาตรา 456 วรรคหนึ่ง มาตรา 703 วรรคสอง มาตรา 1298 และ มาตรา 1302

²⁴ มาตรา 1303 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดย อาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใดบุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยมีค่าตอบแทน และได้การครอบครองโดยสุจริต

ท่านมิให้ใช้ มาตรา นี้ บังคับถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งระบุไว้ใน มาตรา ก่อน และ ในเรื่องทรัพย์สินหาย กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิด”.

ทรัพย์สินอาจก่อตั้งกำหนดขึ้นโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอื่น อาทิ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นต้น²⁵

ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงหลักการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียน โดยเป็นการครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งมีหลักกฎหมายที่สำคัญ ดังนี้หลักคุ้มครองบุคคลผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนตาม มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง²⁶ ในเรื่องสังหาริมทรัพย์ ถือกันว่า ผู้ใดครอบครอง ผู้นั้นมีสิทธิเพราะสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ ผู้ใดไม่มีสิทธิ ก็มักจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลนั้น²⁷

ฉะนั้น หากมีบุคคลหลายคนต่างอ้างว่ามีสิทธิในสังหาริมทรัพย์เดียวกัน บุคคลผู้มีสิทธิดีกว่า นอกจากเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินแล้วจะต้องเสียค่าตอบแทน และได้การครอบครองมาโดยสุจริตด้วย²⁸

บุคคลผู้ครอบครองสังหาริมทรัพย์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้สิทธิมาจากผู้มีอำนาจโอนสิทธิและผู้มีอำนาจโอนสิทธินั้นก็ต้องเป็นบุคคลคนเดียวด้วยกันด้วย

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเพิ่มเติม กล่าวคือ ถึงแม้ว่ามาตรา 1303 วรรคหนึ่ง จะบัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นเรื่องของบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันแต่ก็มีได้ใช้แต่เฉพาะเรื่องกรรมสิทธิ์เท่านั้นดังนั้นเมื่อกฎหมายคุ้มครองให้ผู้ได้สังหาริมทรัพย์ไปโดยมีค่าตอบแทนและได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น โดยสุจริตแล้วให้มีสิทธิดีกว่าบุคคลอื่น ก็หมายความว่าผู้นั้นได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั่นเอง

ข้อยกเว้นของมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง

หลักการได้มาซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยการครอบครองโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนนี้ย่อมไม่ใช่แก่กรณีสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของทางทะเบียน ตามมาตรา 1302 เพราะสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษต้องจดทะเบียนการได้มาตาม มาตรา 1299 และทรัพย์สินหาย เพราะทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด เพราะผู้ที่ได้ทรัพย์สินมาโดยการกระทำความผิดไม่มีทางได้สิทธิในทรัพย์สินนั้น โดยทางนิติกรรม กล่าวคือ บุคคลภายนอกผู้

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. (2526). “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์”. *วารสารนิติศาสตร์*, 11 (1), หน้า 3.

²⁶ จันทิมา ระเบียบเลิศ. (2534). *การซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตตาม ปพพ. มาตรา 1332*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26-30.

²⁷ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว.. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 22 . หน้า 158-159.

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2527). *ปัญหาการเรียกร้องเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันตาม มาตรา 1303 ปพพ.* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 97-98.

ได้รับโอนสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนยอมไม่ได้กรรมสิทธิ์ ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินชนิดพิเศษ ทรัพย์สินหาย หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด²⁹

ในทางทฤษฎี หลักการคุ้มครองตามมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง จะต้องเป็นกรณีในการครอบครองโดยสมัครใจ หากเป็นกรณีการโอนครอบครองโดยไม่สมัครใจ จะต้องปรับใช้มาตรา 1303 วรรคสอง เป็นกรณีข้อยกเว้นของหลักทั่วไปตามมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ดังนั้น คำว่า “ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด” ควรตีความอย่างแคบ คือ จำกัดความหมายเฉพาะ “ทรัพย์สินที่ได้การครอบครองมาโดยการกระทำความผิด”

อย่างไรก็ดี นักนิติศาสตร์บางท่าน เห็นว่า ถึงแม้บุคคลภายนอกผู้ได้รับโอนสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต และเสียค่าตอบแทนจะไม่ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหาย หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิดตามมาตรา 1303 วรรคสอง ก็ตามแต่บุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทนอาจได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ถ้าเข้าข้อยกเว้นต่อไปนี้

1) ได้ทรัพย์สินที่ผู้โอนได้มาโดยนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะตาม มาตรา 1329

2) ซื้อทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดตามคำสั่งศาลตาม มาตรา 1330

3) ได้เงินตรา ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยมีค่าตอบแทนหรือไม่ตาม มาตรา 1331

4) ซื้อทรัพย์สินในการขายทอดตลาด หรือในที่งตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้นตามมาตรา 1332 เว้นแต่ เจ้าของที่แท้จริงจะซัดไซ้ราคาซื้อขายที่ซื้อมา บุคคลภายนอกผู้สุจริตจึงไม่ได้กรรมสิทธิ์ และมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของที่แท้จริง

2.3.4 ทรัพย์สินทางปัญญา

ทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง ผลงานอันเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินอีกชนิดหนึ่ง นอกเหนือจากสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ เช่น เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เป็นต้น

ประเภทของทรัพย์สินทางปัญญา แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม และลิขสิทธิ์

1) ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ ที่เกี่ยวกับสินค้าอุตสาหกรรม เช่น การประดิษฐ์คิดค้น การออกแบบผลิตภัณฑ์ทางอุตสาหกรรม ซึ่งอาจจะเป็นกระบวนการและรูปร่างสวยงามของตัวผลิตภัณฑ์ นอกจากนี้ ยังรวมถึงเครื่องหมายการค้า ชื่อ และถิ่นที่อยู่ทางการค้า แหล่งกำเนิดสินค้า และการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่เป็นกรรมทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมสามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

²⁹ บัญญัติ สุชีวะ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23. หน้า 107-108.

(1) สิทธิบัตร (Patent) หมายถึง หนังสือสำคัญที่รัฐออกให้เพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์คิดค้น หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดเจ้าของสิทธิบัตรมีสิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์หรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตรนั้น สามารถแบ่งได้ ดังนี้

(2) สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (Invention) คือ ความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับลักษณะองค์ประกอบ โครงสร้าง หรือกลไกของผลิตภัณฑ์ รวมทั้งกรรมวิธีในการผลิต การรักษา หรือการปรับปรุงคุณภาพของผลิตภัณฑ์ การขอรับสิทธิบัตรมีลักษณะหรือเงื่อนไข ดังนี้

(2.1) ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ยังไม่มีใช้หรือแพร่หลายมาก่อนในประเทศหรือไม่เคยเปิดเผยสาระสำคัญในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์มาก่อน ทั้งในและนอกประเทศ

(2.2) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น คือ มีลักษณะที่เป็นการแก้ไขปัญหาทางเทคนิค หรือไม่เป็นการประดิษฐ์ที่อาจทำได้ง่ายด้วยผู้ที่มีความรู้ในระดับธรรมดา

(2.3) ต้องเป็นการประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม ผลิตกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชยกรรม

(2.4) มีอายุการคุ้มครอง 20 ปี นับแต่วันขอสิทธิบัตร

(3) สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ (Product Design) คือ ความคิดสร้างสรรค์เกี่ยวกับการทำให้รูปร่างลักษณะภายนอกของผลิตภัณฑ์เกิดความสวยงาม และแตกต่างไปจากเดิม เช่น รูปร่าง ลวดลาย สีของผลิตภัณฑ์ เป็นต้น การออกแบบผลิตภัณฑ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรมีลักษณะหรือเงื่อนไข ดังนี้

(3.1) ต้องเป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์เพื่ออุตสาหกรรมหรือผลิตกรรม

(3.2) เป็นการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ยังไม่มีใช้แพร่หลายในประเทศ หรือยังไม่ได้เปิดเผยสาระสำคัญ หรือรายละเอียดในเอกสารหรือสิ่งพิมพ์ก่อนวันขอรับสิทธิบัตร

(3.3) ไม่คล้ายกับแบบผลิตภัณฑ์ที่มีอยู่แล้ว

(3.4) มีอายุคุ้มครอง 10 ปี นับแต่วันขอรับสิทธิบัตร

ความแตกต่างระหว่างสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร

1) สิทธิบัตรการประดิษฐ์จะต้องมีการแก้ไขปัญหาทางเทคนิคของสิ่งที่มีมาก่อนหรือมีการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น แต่อนุสิทธิบัตรเป็นการประดิษฐ์ที่มีเทคนิคไม่สูงนัก อาจจะเป็นการปรับปรุงเพียงเล็กน้อย

2) สิทธิบัตรต้องมีการตรวจสอบก่อนรับจดทะเบียนส่วนอนุสิทธิบัตรใช้เวลาสั้นกว่าเนื่องจากไม่ต้องมีการตรวจสอบก่อนรับจดทะเบียน

3) อนุสิทธิบัตรมีอายุ 6 ปีนับตั้งแต่วันขอรับอนุสิทธิบัตร และต้องชำระค่าธรรมเนียมรายปี ตั้งแต่เริ่มต้นปีที่ 5 และปีที่ 6 และสามารถต่ออายุได้อีก 2 ครั้ง ครั้งละ 2 ปี รวม 10 ปี ส่วนสิทธิบัตรการประดิษฐ์มีอายุ 20 ปี นับตั้งแต่วันขอรับสิทธิบัตร

เครื่องหมายการค้า (Trademark)

เป็นทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2543 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ในมาตรา 4 ให้ความหมายคำว่า “เครื่องหมาย” ไว้ว่า “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน” มี 4 ประเภท ดังนี้

- 1) เครื่องหมายการค้า (Trademark)
- 2) เครื่องหมายบริการ (Service Mark)
- 3) เครื่องหมายร่วม (Colective Mark)
- 4) เครื่องหมายรับรอง (Certification Mark)

ความลับทางการค้า (Trade Secrets) หมายถึง ข้อมูลทางการค้าที่ยังไม่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป และมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากข้อมูลนั้นเป็นความลับและมีการดำเนินการตามสมควรเพื่อรักษาข้อมูลนั้นไว้เป็นความลับ

ลิขสิทธิ์หมายถึง งานหรือความคิดสร้างสรรค์ในสาขาวรรณกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ หรืองานอื่นใดในแผนกวิทยาศาสตร์ ลิขสิทธิ์ยังรวมถึง สิทธิข้างเคียง คือ การนำเอางานด้านลิขสิทธิ์ออกแสดง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานฐานข้อมูล

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขาย หรือโอนสิทธิกันได้ ทั้งทางมรดกหรือโดยวิธีอื่น ๆ การโอนสิทธิควรจะทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำเป็นสัญญาให้ชัดเจน ซึ่งจะโอนสิทธิทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนก็ได้ อายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยทั่วไปจะมีตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และจะคุ้มครองต่อไปอีก 50 ปี นับจากผู้สร้างสรรค์เสียชีวิต

2.4 มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าตรวจข้อมูลของประชาชน

การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในแต่ละประเทศจะมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับปัจจัยพื้นฐานของแต่ละประเทศ บางประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาคเอกชนเท่านั้น บางประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในภาครัฐ และบางประเทศก็ให้ความสำคัญคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในภาครัฐหรือเอกชน สำหรับความคุ้มครองของข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทยนั้น ได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ

มีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองและการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไว้ แต่ก็เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองและเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในหน่วยราชการเท่านั้น ส่วนข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในระบบกฎหมายไทยแล้วจะทราบว่ายังมีได้มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างเท่าที่ควร ซึ่งจะส่งผลให้ในทางปฏิบัติของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวนี้มีปัญหาได้

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้เฉพาะข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดของกฎหมายฉบับนี้ที่ให้อำนาจรัฐในการให้ความคุ้มครองดูแลข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานเอกชนทำให้เกิดช่องว่างในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของเอกชนก่อให้เกิดการกระทำละเมิดต่อข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในความของเอกชน เช่น สถาบันการเงินต่าง ๆ ซึ่งเก็บข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไปที่จำเป็นแก่การให้บริการ ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว ได้แก่ ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ สำเนาทะเบียนบ้าน หรือสำเนาบัตรประชาชน เพื่อใช้ในการสมัครเข้ารับบริการ ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ หากข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้ถูกนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูล จะถือว่าเป็นการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้ถูกนำมาเชื่อมโยงกันย่อมสามารถระบุถึงตัวบุคคลโดยแสดงให้เห็นถึงลักษณะหรือความเป็นตัวตนของเจ้าของข้อมูลเหล่านั้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ดังนั้น ข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้จึงอยู่ในขอบเขตของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง

ข้อมูลข่าวสารราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หมายถึงข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน ซึ่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ที่อยู่ในความครอบครองของตนให้ประชาชนทราบตามประเภทของข้อมูลข่าวสาร ดังนี้

1) ข้อมูลที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยโดยวิธีนี้ เช่น โครงสร้างองค์กร สรุปรายงานหน้าที่ หรือกฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน

ระเบียบ นโยบาย การตีความ ทั้งนี้เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

2) ข้อมูลที่จัดให้ประชาชนเข้าตรวจดู ตัวอย่างข้อมูลที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยโดยวิธีนี้ เช่น คำวินิจฉัย แผนงาน โครงการ งบประมาณ สัญญาสัมปทาน มติคณะรัฐมนตรี เป็นต้น โดยหน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีสถานที่สำหรับประชาชน สามารถใช้ในการค้นหาและศึกษาข้อมูลดังกล่าว ทั้งนี้ บุคคลไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิเข้าตรวจดู ขอสำเนาของข้อมูลข่าวสารประเภทนี้ได้

3) ข้อมูลที่ให้ข้อมูลข่าวสารตามที่ประชาชนยื่นคำขอเป็นราย ๆ ไป ข้อมูลข่าวสารใดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยตามวิธีการสองวิธีการข้างต้น ประชาชนก็ยังมีสิทธิยื่นคำขอกับทางหน่วยงานที่ครอบครองข้อมูล เพื่อให้หน่วยงานของรัฐจัดหาข้อมูลดังกล่าวให้ได้ โดยหน่วยงานของรัฐต้องจัดหาข้อมูลข่าวสารดังกล่าวให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร แต่ทั้งนี้ ข้อมูลข่าวสารของรายการที่หน่วยงานของรัฐจัดทำไว้ในกรณีนี้ต้องเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่แล้วในสภาพที่พร้อมจะให้ได้ มิใช่เป็นการที่จะต้องไปจัดทำ วิเคราะห์ จำแนก รวบรวม หรือจัดให้มีขึ้นใหม่

กรณีข้อมูลที่ไม่เปิดเผยไม่ได้ ซึ่งมีข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐอาจไม่เปิดเผยข้อมูลบางอย่างที่มีผู้ร้องขอได้ เช่น ถ้าการเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือการคลังของประเทศ การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลแล้ว หน่วยงานของรัฐจะมีคำสั่งไม่เปิดเผยก็ได้ เป็นต้น ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่ปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลจะต้องให้เหตุผลที่ปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลด้วย และในกรณีที่เจ้าหน้าที่เห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการใด อาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของผู้ใดจะต้องแจ้งให้ผู้นั้นเสนอคำคัดค้านภายในเวลาที่กำหนด

2.4.1 ภาครัฐ

มีหลักการข้อมูลที่มีลักษณะแบบเปิด³⁰ ซึ่งสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ (Open Government Data Principle)³¹

³⁰ “สาธารณะ” หมายถึง หลักการข้อมูลภาครัฐแบบเปิดดังกล่าวนี้ ไม่ได้ระบุว่าข้อมูลใดที่ควรเป็นข้อมูลสาธารณะ และควรเปิด ข้อกังวลเรื่องความเป็นส่วนตัว ความมั่นคง และข้อกังวลอื่น ๆ อาจกันไม่ให้ชุดข้อมูลจำนวนหนึ่งถูกเปิดให้สาธารณะร่วมใช้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายและตามความเป็นธรรม สิ่งที่หลักการเหล่านี้ระบุคือ เงื่อนไขที่ข้อมูลสาธารณะควรจะทำตามให้ได้ เพื่อจะถูกรับว่า “เปิด”.

³¹ แปลจาก Open Government Data Principle.

- 1) สมบูรณ์ (Complete) ข้อมูลสาธารณะทั้งหมดถูกเปิดให้ใช้ได้ ข้อมูลสาธารณะ³² หมายถึง ข้อมูลที่ไม่ขัดกับข้อกำหนดความเป็นส่วนตัว ความมั่นคง หรือเอกสิทธิ์ที่ชอบด้วยเหตุผล
- 2) ชั้นแรก (Primary) ข้อมูลถูกรวบรวมที่ต้นทาง มีความละเอียดถึงระดับสูงสุดที่เป็นไปได้ ไม่ได้อยู่ในรูปแบบผลรวมหรือรูปแบบที่ถูกแก้ไข
- 3) ทันการณ์ (Timely) ข้อมูลถูกเปิดให้ใช้อย่างเร็วที่สุดตามความจำเป็น เพื่อรักษาคุณค่าของข้อมูลดังกล่าว
- 4) เข้าถึงได้ (Accessible) ข้อมูลถูกเปิดให้ใช้ได้โดยประเภทต่าง ๆ ของผู้ใช้งานที่สูงสุด เพื่อวัตถุประสงค์ที่กว้างที่สุด
- 5) ประมวลได้โดยเครื่อง (Machine processable) ข้อมูลถูกจัดโครงสร้างอย่างสมเหตุสมผล เพื่อให้ประมวลผลอัตโนมัติได้
- 6) ไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discriminatory) ข้อมูลถูกเปิดแก่ทุกคนโดยไม่ต้องลงทะเบียนเพื่อใช้
- 7) ปลอดกรรมสิทธิ์ (Non-proprietary) ข้อมูลถูกเปิดให้ใช้ในรูปแบบข้อมูลที่ไม่มีการใดมีสิทธิขาดในการควบคุมแต่ผู้เดียว
- 8) ไม่ต้องขออนุญาต (License-free) ข้อมูลไม่ตกอยู่ภายใต้กฎระเบียบใด ๆ ด้านลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือความลับทางการค้า การกำหนดขอบเขตความเป็นส่วนตัว ความมั่นคง และเอกสิทธิ์ที่ชอบด้วยเหตุผลนั้นอาจอนุญาตให้ทำได้

ข้อมูลภาครัฐจะถูกลบว่าเป็นข้อมูลแบบเปิด ก็ต่อเมื่อมันถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ และข้อมูลดังกล่าวนั้นจะต้องสามารถพิจารณาตรวจสอบซ้ำได้อีกด้วย³³

1) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารทางราชการ พ.ศ. 2540

หลักสำคัญของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 คือ การรับรองสิทธิของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐซึ่งสอดคล้อง

³² สาธารณะ หมายถึง หลักการข้อมูลภาครัฐแบบเปิดดังกล่าวนี้ ไม่ได้ระบุว่าข้อมูลใดที่ควรเป็นข้อมูลสาธารณะ และควรเปิด ข้อกังวลเรื่องความเป็นส่วนตัว ความมั่นคง และข้อกังวลอื่นๆอาจกันไม่ให้ชุดข้อมูลจำนวนหนึ่งถูกเปิดให้สาธารณะร่วมใช้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายและตามความเป็นธรรม สิ่งที่สำคัญเหล่านี้ระบุคือ เงื่อนไขที่ข้อมูลสาธารณะควรจะทำตามให้ได้เพื่อจะถูกลบว่า “เปิด”.

³³ “พิจารณาตรวจสอบซ้ำได้” หมายถึง ต้องมีบุคคลติดต่อที่รับมอบหมายโดยเฉพาะเพื่อตอบสนองคนที่พยายามจะใช้ข้อมูลดังกล่าวต้องมีบุคคลติดต่อที่รับมอบหมายโดยเฉพาะเพื่อตอบสนองการร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดหลักการดังกล่าวศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมต้องมีอำนาจศาลที่จะพิจารณาตรวจสอบได้ว่า หน่วยงานได้ปฏิบัติตามหลักการข้างต้นอย่างถูกต้องเหมาะสม.

กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ.....”

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้เป็นการรับรองว่าข้อมูลข่าวสารของราชการเกือบทั้งหมด หรือ โดยส่วนใหญ่จะต้องสามารถเปิดเผยต่อสาธารณะได้โดยมีข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่กำหนดว่าไม่ต้องเปิดเผย เช่น ข้อมูลที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์หรืออาจไม่เปิดเผย เช่น ข้อมูลที่เปิดเผยอาจเกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล จึงจะเห็นได้ว่าข้อมูลในครอบครองของส่วนราชการต่าง ๆ นั้น ส่วนใหญ่เปิดเผยได้ทั้งนั้น โดยกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ต้องเปิดเผยเพียงไม่กี่รายการเท่านั้น การให้บริการข้อมูลข่าวสารของหน่วยงานของรัฐจึงเป็นไปลักษณะ “เปิดเผยเป็นหลักปกปิดเป็นข้อยกเว้น”

โดยที่มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดนิยามไว้ว่า

“ข้อมูลข่าวสารของราชการ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐหรือ ข้อมูลเกี่ยวกับเอกชน

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ผู้ซึ่งปฏิบัติงานให้แก่หน่วยงานของรัฐ

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา สถานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

“บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยและบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย (มาตรา 21)³⁴

ข่าวสารของราชการ 3 ประเภทตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้แก่

2) ข้อมูลข่าวสารที่ต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไป

ข้อมูลข่าวสารที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา อาทิ โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ สรุปอำนาจหน้าที่ที่สำคัญและวิธีการดำเนินงาน สถานที่ติดต่อ

³⁴ มาตรา 21 เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ “บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย และบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย.

เพื่อขอรับข้อมูลข่าวสาร หรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบแบบแผน นโยบายเป็นต้น ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐ ต้องจัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดู (มาตรา 9)³⁵ อาทิ ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อ เอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ และประกาศการจัดซื้อ จัดจ้าง เป็นต้น

ข้อมูลข่าวสารที่คัดเลือกไว้ให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า (เอกสารประวัติศาสตร์: มาตรา 26)³⁶ ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยราชการของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาไว้หรือข้อมูล

³⁵ หน่วยงานของรัฐ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการวางหลักเกณฑ์เรียกค่าธรรมเนียม เกี่ยวกับการขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารของราชการก็ได้ในการนี้ให้คำนึงถึง การช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยประกอบด้วย ทั้งนี้เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 9).

4.4 หน่วยงานของรัฐต้องจัดหาข้อมูลข่าวสารของราชการนอกจากที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาหรือ จัดไว้ให้ประชาชนตรวจดู หรือที่จัดให้ประชาชนได้ค้นคว้า ตามมาตรา 26 ในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามสมควร ให้ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร เว้นแต่ผู้นั้นจะขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้ง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและถ้าข้อมูล ข่าวสารของราชการนั้นมีสภาพอาจบอบสลายได้ง่าย หน่วยงานของรัฐจะขอขยายเวลาในการจัดหาให้หรือจะจัดทำ สำเนาอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ข้อมูลข่าวสารนั้น

ข้อมูลข่าวสารของราชการที่หน่วยงานของรัฐจัดหาให้ข้างต้นต้องเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่แล้วในสภาพ ที่พร้อมจะให้ได้มิใช่เป็นการต้องไปจัดทำ วิเคราะห์ จำแนก รวบรวม หรือจัดให้มีขึ้นใหม่เว้นแต่เป็นการแปรสภาพ เป็นเอกสารจากข้อมูลข่าวสารที่ บันทึกไว้ในระบบการบันทึกภาพหรือเสียง ระบบคอมพิวเตอร์ หรือระบบอื่นใด ทั้งนี้ตามที่คณะกรรมการกำหนด แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่ากรณีที่ยกข้อยกเว้นมิใช่การแสวงหาผลประโยชน์ ทางการค้า และเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพสำหรับผู้นั้นหรือเป็นเรื่องที่จะเป็นประโยชน์แก่ สาธารณะ หน่วยงานของรัฐจะจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้ก็ได้ บทบัญญัตินี้ไม่เป็นการห้ามหน่วยงานของรัฐที่จะ จัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการใดชิ้นใหม่ให้แก่ผู้ร้องขอหากเป็นการสอดคล้องด้วยอำนาจหน้าที่ตามปกติของ หน่วยงานของรัฐนั้นอยู่แล้ว

ให้นำความในมาตรา 9 วรรคสอง วรรคสาม วรรคสี่ มาใช้บังคับแก่การจัดหาข้อมูลข่าวสารให้ตามมาตรานี้ โดยอนุโลม.

³⁶ ข้อมูลข่าวสารที่คัดเลือกไว้ให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า (เอกสารประวัติศาสตร์) ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่หน่วยราชการของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาไว้หรือข้อมูลข่าวสารของราชการตามมาตรา 14 เมื่อมีอายุครบ 75 ปี และข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 เมื่อมีอายุครบ 20 ปี นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการจัดให้มีข้อมูลข่าวสารนั้น ให้ หน่วยงานของรัฐส่งมอบให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดใน พระราชกฤษฎีกาเพื่อให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า.

ข่าวสารของราชการตามมาตรา 14 เมื่อมีอายุครบ 75 ปีและข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 เมื่อมีอายุครบ 20 ปี นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการจัดให้มีข้อมูลข่าวสารนั้น ให้หน่วยงานของรัฐส่งมอบให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า

3) ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล

ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมายถึง ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึก ลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และหมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

4) ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ต้องเปิดเผย

(1) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่เปิดเผยไม่ได้ ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ จะเปิดเผยมิได้³⁷

(2) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผย โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของประชาชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน อาทิ การเปิดเผยที่จะก่อให้เกิดความเสียหายและความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ การเปิดเผยที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือรายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร เป็นต้น

5) การจัดข้อมูลข่าวสารของราชการให้ประชาชนเข้าตรวจดู (มาตรา 9³⁸)

³⁷ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. มาตรา 14.

³⁸ มาตรา 9 ภายใต้อำนาจมาตรา 14 และมาตรา 15 หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

(1) ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว

(2) นโยบายหรือการตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 7 (4)

(3) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ

(4) คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน

(5) สิ่งพิมพ์ที่ได้มีการอ้างอิงถึงตามมาตรา 7 วรรคสอง

โดยข้อมูลข่าวสารที่กฎหมายกำหนดจะเป็นเรื่องนโยบายหรือกระทบกับประชาชนส่วนใหญ่ ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐจัดให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ต้องมีใช้ข้อมูลข่าวสารที่ทั้งหมดหรือบางส่วนอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ (ตามมาตรา 14) หรือข้อมูลข่าวสารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจแล้วเห็นควรไม่เปิดเผยทั้งหมดหรือบางส่วน โดยมีเหตุผลตามมาตรา 15 โดยหากเป็นข้อมูลข่าวสารที่ไม่เปิดเผยเป็นบางส่วนเจ้าหน้าที่สามารถตัดข้อความนั้นออกโดยอาจใช้วิธีการป้ายสีดำก่อนจัดให้ประชาชนเข้าตรวจดู

โดยสรุป สิทธิของประชาชนเกี่ยวกับ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 รับรองสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้แก่ สิทธิในการรับรู้ สิทธิในการตรวจดู สิทธิในการขอทำสำเนาหรือสำเนาที่มีการรับรอง สิทธิในการขอข้อมูลอื่นใดนอกจากข้อมูลที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาหรือได้จัดไว้ให้ประชาชนตรวจดูเองแล้ว สิทธิที่จะได้รับคำแนะนำสิทธิในการร้องเรียนและอุทธรณ์ สิทธิที่จะรู้ข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนและสิทธิในการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลและสิทธิในการศึกษาค้นคว้า

6) ร่าง พระราชบัญญัติการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Personal data protection)

บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ โดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ต้องกังวลว่าจะต้องอาศัยกฎหมายละเมิดทั่วไปหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของตนอีกต่อไป โดยกำหนดให้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำไม่ได้หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอม เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้กระทำได้โดยร่าง พระราชบัญญัติการคุ้มครอง

(6) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

(7) มติคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยกฎหมาย หรือโดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้นับรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการพิจารณาไว้ด้วย

(8) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อมูลข่าวสารที่จัดให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีส่วนที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 อยู่ด้วย ให้ลบหรือตัดตอนหรือทำโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น

บุคคลไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตามย่อมมีสิทธิเข้าตรวจดู ขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีค่ารับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารตามวรรคหนึ่งได้ ในกรณีที่สมควรหน่วยงานของรัฐโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ จะวางหลักเกณฑ์เรียกค่าธรรมเนียมในการนั้นก็ได้ ในการนี้ให้คำนึงถึงการช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยประกอบด้วย ทั้งนี้เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรา 15 นี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง.

ข้อมูลส่วนบุคคลนี้ ได้ศึกษาหลักกฎหมายของประเทศแคนาดา สวีเดน และเยอรมัน เป็นต้นแบบ และเหตุผลอีกประการหนึ่งในการมีพระราชบัญญัติฯ นี้ก็คือ ประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองส่วนบุคคล จะไม่ส่งข้อมูลส่วนบุคคลไปยังประเทศที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลบังคับใช้ และเพื่อการรองรับการเข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย และการขอความยินยอมนั้นต้องไม่เป็นการหลอกลวง หรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว

บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนี้

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม ประวัติการทำงาน หรือประวัติกิจกรรม บรรดาที่มีชื่อของคุณนั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งอื่นที่ทำให้รู้ตัวบุคคลนั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคน หรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ถึงที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติว่า

“ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

“บันทึกข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า เอกสาร ฐานข้อมูล หรือรูปภาพหรือสิ่งซึ่งแสดงภาพของบุคคลในรูปแบบอื่น

ร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล” ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ หรือแนวทางการดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายนี้ ซึ่งอำนาจหน้าที่ดังกล่าวรวมไปถึงการกำหนดแบบหรือข้อความที่จะให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็ได้ กล่าวคือ ในเรื่องการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีรูปแบบหรือข้อความที่กฎหมายกำหนดแน่นอน แต่เมื่อกฎหมายนี้มีผลใช้บังคับแล้วก็คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลคงจะต้องทำการออกประกาศเพื่อกำหนดแนวทางในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต่อไปในอนาคต

โดยสรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารนี้ครอบคลุมสิทธิของเจ้าของข้อมูล สิทธิในการขอตรวจดูข้อมูล การยกเลิกการยินยอม การขอแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้อง และ

การขอทราบถึงแหล่งที่มาของข้อมูล ถ้าไม่ได้ให้ความยินยอมสามารถแจ้งร้องได้หรือถ้ายินยอมสามารถยกเลิกไม่ยินยอมได้ โดยถ้ามีการเปิดเผยโดยไม่ได้รับการยินยอมมีการดำเนินการ 3 มาตรการคือ

(1) ด้านปกครอง คือ มีคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลรับร้องเรียนจากประชาชนผู้ถูกละเมิด เมื่อได้มีการตรวจสอบแล้วพบว่าถูกละเมิดจริงคณะกรรมการตรวจสอบข้อมูลส่วนบุคคลจะมีคำสั่งให้แก้ไข เสียหาย เช่น ระวังการเปิดเผย เป็นต้น

(2) ด้านกฎหมายแพ่ง ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องเพื่อระงับเหตุอันทำให้ตนเสียหายได้

(3) ด้านกฎหมายอาญา ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทางอาญา เช่น ถ้าไม่มีเจตนาร้ายในการกระทำความผิดดังกล่าว จะโดยปรับไม่เกิน 5 แสนบาท ถ้าพบว่ามีเจตนาร้าย จำคุกไม่เกิน 3 ปี ดังนั้น สรุปได้ว่าหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการดูแลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะมี 2 หน่วยงาน ได้แก่ คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และสำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ โดยในปัจจุบันยังได้มีการตรากฎหมายขึ้นมาโดยชัดเจนของภาครัฐในการเก็บรักษาข้อมูลของประชาชน ควรมีการระบุโดยสังเขปเบื้องต้นลงในเอกสารนั้น ๆ ว่า “เปิดเผย” หรือ “ปกปิด” เป็นต้น

2.4.2 ภาคเอกชน

1) พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545

ความลับทางการค้า คือ ข้อมูลการค้าซึ่งยังไม่รู้จักกันโดยทั่วไปและมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ผู้ควบคุมความลับทางการค้าจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการเก็บความลับทางการค้า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า คือ “พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 โดยให้ความคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าอย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ

ข้อมูลการค้า จะเป็นสิ่งที่สื่อความหมายให้รู้ถึง ข้อความเรื่องราว ข้อเท็จจริงหรือสิ่งใดไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะผ่านวิธีการใด ๆ หรือจะจัดทำไว้ในรูปแบบใดก็ตาม นอกจากนี้ ข้อมูลทางการค้ายังรวมไปถึง สูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการเทคนิค หรือกรรมวิธีต่าง ๆ เช่น สูตรยา สูตรอาหาร สูตรเครื่องดื่ม สูตรเครื่องสำอาง กรรมวิธีการผลิต ข้อมูลการบริหารธุรกิจ รายละเอียดเกี่ยวกับราคาสินค้า กลยุทธ์การโฆษณาสินค้าหรือแม้กระทั่งบัญชีรายชื่อลูกค้าก็อาจเป็นข้อมูลทางการค้าได้เช่นกัน

2) ประโยชน์ของการแจ้งข้อมูลความลับทางการค้า

เจ้าของความลับทางการค้าสามารถนำหนังสือรับรองไปแสดงความประสงค์ต่อธนาคารที่ร่วมโครงการกับกรมทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อขอนำความลับทางการค้ามาเป็นหลักประกันการขอสินเชื่อ หรือหลักประกันการชำระหนี้กับธนาคารได้

ความลับทางการค้า³⁹ เป็นทรัพย์สินที่สามารถโอนให้แก่กันได้โดยทางมรดก หรือทางนิติกรรม นอกจากนี้ เจ้าของความลับทางการค้ามีสิทธิที่จะเปิดเผยเอาไปหรือใช้ความลับทางการค้าหรืออนุญาตให้คนอื่นเปิดเผยเอาไป หรือใช้ความลับทางการค้า โดยอาจจะกำหนดเงื่อนไขให้มีการรักษาความลับทางการค้านั้นต่อไปก็ได้

ขั้นตอนการรักษาความลับทางการค้า เพื่อเป็นการป้องกันการฉกฉวยนำเอาข้อมูลความลับทางการค้าไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ในทางปฏิบัติเจ้าของข้อมูลความลับทางการค้าสามารถใช้มาตรการเหล่านี้ สำหรับควบคุมดูแลข้อมูลของตนได้ เช่น

- (1) ประทับตรา “ลับ” ลงในเอกสาร
- (2) มีระบบการตรวจสอบและติดตามการเคลื่อนไหวของข้อมูลว่าอยู่ ณ ที่ใด เช่น มีการตรวจสอบชื่อ เมื่อมีการนำเอกสารออกจากเขตที่กำหนด
- (3) เก็บรักษาไว้ในสถานที่ปลอดภัย เช่น ใช้กุญแจ หรือเก็บไว้ในตู้เซฟ
- (4) ห้ามบุคลากรเข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต
- (5) กำหนดไม่ให้มีการนำข้อมูลออกจากเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้
- (6) ระมัดระวังเมื่อมีการนำบุคคลภายนอกเข้าเยี่ยมชมสถานประกอบการ
- (7) หมั่นตรวจสอบข่าวสาร เอกสาร หรือบทความต่าง ๆ ว่ามีการอ้างอิงถึงความลับทางการค้าหรือไม่
- (8) ใช้การถอดรหัสในการเข้าถึงข้อมูลความลับ
- (9) กำหนดไม่ให้มีการทำลายเอกสารต่าง ๆ ที่ไม่ได้ใช้อยู่เสมอ

โดยสรุป มาตรการที่เหมาะสมในการรักษาความลับทางการค้า คือ บริษัทหรือผู้ประกอบการที่เป็นเจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าควรมีมาตรการที่เหมาะสมในการเก็บรักษาความลับทางการค้าที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนให้ปลอดภัย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นฉกฉวยเอาข้อมูลเหล่านั้นไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต เพราะอาจจะส่งผลเสียตามมาในภายหลังได้ ในทางปฏิบัติผู้ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าอาจใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อนำมาจัดระบบการควบคุมดูแลข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าของตนให้เป็นไปอย่าง

³⁹ ข้อมูลการค้า สูตร รูปแบบ งานที่ได้รวบรวมหรือประกอบขึ้น โปรแกรม วิธีการเทคนิค หรือกรรมวิธีต่าง ๆ อาทิ เช่น สูตรยา สูตรอาหาร สูตรเครื่องสำอาง สูตรเครื่องสำอาง กรรมวิธีการผลิต ข้อมูลการบริหารธุรกิจ รายละเอียดเกี่ยวกับราคาสินค้า บัญชีรายชื่อลูกค้า กลยุทธ์การโฆษณาสินค้า เป็นต้น.

มีประสิทธิภาพ ตัวอย่างของมาตรการที่เหมาะสมอาจจะทำได้หลายวิธี ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับความพร้อมของแต่ละหน่วยงาน