

## บทที่ 3

### การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามหลักกฎหมายไทยและต่างประเทศ

#### 3.1 การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามหลัก Common Law

##### 3.1.1 ประเทศอังกฤษ

หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจ มีทั้งหลักประกันการชำระหนี้ด้วยตัวบุคคล หรือการค้ำประกัน คือการใช้บุคคลเข้าผูกพันต่อเจ้าหนี้เพื่อประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ และหลักการประกันชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน เป็นการเกิดโดยผลของกฎหมายและการเกิดโดยผลของสัญญา หลักการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะคือ การจำนำ สิทธิยึดหน่วง การจำนอง และซาร์จ

1) การจำนำเป็นพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันในประเทศอังกฤษ สำคัญอยู่ที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้โดยตรงหรือให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองแทน เนื่องจาก การที่ ผู้รับจำนำได้ครอบครองทรัพย์สินที่จำนำทำให้บุคคลภายนอกทราบถึงสิทธิของผู้รับจำนำ โดยไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียน การจำนำเป็นอันระงับไปเมื่อทรัพย์สินที่จำนำได้สูญสิ้นไป โดยทรัพย์สินที่สามารถนำเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ นอกจากทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่นที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง ยังรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่นเครื่องหมายการค้า สิทธิต่างๆ เป็นต้น

2) สิทธิยึดหน่วง เกิดจากการทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยกำหนดให้เจ้าหนี้มีอำนาจครอบครองทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันของลูกหนี้ได้จนกว่าจะได้รับการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้มีอำนาจเพียงยึดหน่วงทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น แต่สิทธิยึดหน่วงมีข้อจำกัดในการชำระหนี้ของลูกหนี้ กล่าวคือเจ้าหนี้ไม่สามารถนำทรัพย์สินที่ยึดหน่วงไว้ ออกขายทอดตลาดได้

3) การจำนอง เป็นการโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน โดยมีข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ว่า กรรมสิทธิในทรัพย์สินจะกลับเป็นของลูกหนี้เมื่อได้มีการชำระหนี้ครบถ้วน การจำนองไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบการครอบครองที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น ลูกหนี้ยังมี

สิทธิครอบครองและสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินต่อไปได้ สิ่งที่สามารถนำมาจำนองได้นั้น อาจเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือไม่ก็ได้

4) หลักประกันแบบซาร์ทถือเป็นหลักประกันรูปแบบหนึ่ง ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้อื่นรวมทั้งบุคคลภายนอกด้วย เว้นแต่ ผู้ได้กรรมสิทธิในทรัพย์สินได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่ทั้งนี้เจ้าหนี้ยังไม่สามารถบังคับหลักประกันได้จนกว่าลูกหนี้จะผิดนัดชำระหนี้ ซาร์ทแบ่งออกเป็น 2 แบบ ได้แก่

1. Legal Charge คือรูปแบบของหลักประกันที่สามารถสร้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้

2. Equitable Charge คือหลักประกันการชำระหนี้รูปแบบหนึ่งที่เกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่ง Equitable ยังแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่

a) Fixed Charge เป็นรูปแบบการประกันหนี้โดยใช้ทรัพย์สินที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง การประกันรูปแบบนี้มีผลผูกพันทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันทีที่ได้มีการทำสัญญาส่งผลให้ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะได้ชำระหนี้ครบถ้วนแก่เจ้าหนี้หรือกรณีลูกหนี้ได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้

b) Floating Charge เป็นรูปแบบหลักประกันการชำระหนี้ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเช่นกรณีแรกแต่เป็นทรัพย์สินโดยทั่วไปที่สามารถเปลี่ยนลักษณะการยึดถือรวมถึงมีการเปลี่ยนแปลงถึงจำนวนและปริมาณของทรัพย์สินได้ตลอดเวลาไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีขณะทำสัญญาหรืออาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

### 3.1.1.1 หลักประกันแบบลอย ( Floating Charge)

หลักประกันแบบลอย หรือหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง หรือ Floating Charge เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล มิได้มีการกำหนดไว้ใน Company Act อย่างชัดเจน ยกตัวอย่างคำพิพากษาในคดี Llingworth v Houldsworth (1904) acc335<sup>1</sup> โดย Lord Macnaughten “มีรูปลักษณะแปรเปลี่ยนไปเรื่อยๆ และลอยอยู่เหนือทรัพย์สินซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นหลักประกัน กระทั่งเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้น” หลักการที่สำคัญของหลักประกันแบบลอย คือ หลักประกันสามารถเกิดขึ้นได้ในปัจจุบัน โดยลูกหนี้มีสิทธิครอบครองและมีสิทธิใช้สอยหลักประกัน

<sup>1</sup> Phillip R Wood, Comparative Law of security and Guarantees. (London : Sweet & Maxwell, 1995), p.12.

ได้ตามปกติ เป็นหลักประกันที่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าจะป็นสินค้าหรือสิทธิเรียกร้อง แต่ต้องเป็นทรัพย์สินที่จดทะเบียนทรัพย์สินนั้น โดยวิธีพิเศษต่างหากจากที่กฎหมายกำหนด แม้เจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกันจะไม่ได้เป็นผู้เข้าครอบครองทรัพย์สินก็ตาม

### 3.1.1.1.1 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge)

หลักเกณฑ์ของ Floating Charge ทรัพย์สินที่ลูกหนี้สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ นั้น คือทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในปัจจุบัน รวมตลอดถึงทรัพย์สินที่จะมีขึ้นในอนาคต ดังมีรายการดังต่อไปนี้

- 1) สินค้าคงคลัง อุปกรณ์เครื่องมือ และสินค้าอื่นๆ เป็นหลักประกัน โดยยังคงให้ลูกหนี้เป็นผู้ครอบครองและใช้สอยได้
- 2) สิทธิเรียกร้องต่างๆ ตามสัญญาหลักประกัน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ลูกหนี้แห่งสิทธิทราบ
- 3) หลักทรัพย์การลงทุนต่างๆ เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องจดทะเบียนให้เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์การลงทุนนั้นๆ
- 4) ทรัพย์สินในอนาคตของลูกหนี้
- 5) กิจการโดยสามารถใช้ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้เป็นหลักประกัน โดยไม่ต้องระบุทรัพย์สินนั้นทุกรายการ

การจะพิจารณาว่าหลักประกันชนิดใดเป็นหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง หรือหลักประกันแบบลอย ให้พิจารณาถึงความมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยศาลจะพิจารณาถึงความมีอิสระในการจัดการทรัพย์สิน หากลูกหนี้มีความอิสระในการจัดการสามารถดำเนินกิจการได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ก่อนถือว่าเป็นหลักประกันแบบลอย

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามหลัก Floating Charge ไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินในทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ เนื่องจากหลัก Floating Charge ระบุเพียงว่าทรัพย์สินประเภทใดบ้างที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ แต่ยังไม่มีการกำหนดว่าทรัพย์สินชิ้นใดบ้างที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น เจ้าหนี้จึงยังไม่มีทรัพย์สินเหนือหลักประกันจนกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงสภาพเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง

### 3.1.1.1.2 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องตามหลัก Floating Charge

- 1) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา ภายหลังจากทำสัญญาหลักประกันตามหลัก Floating Charge แล้ว ย่อมเกิดคู่สัญญา 2 ฝ่าย คือ “ผู้ให้หลักประกัน” และ “ผู้รับหลักประกัน” โดยผู้ให้หลักประกันมีฐานะเช่นเดียวกับผู้ที่นำทรัพย์สินไปจำนองหรือจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ แต่ยังไม่มิตสิทธิที่จะ

บังคับหลักประกันจนกว่าลูกหนี้จะผิคนัดชำระหนี้ จึงจะก่อให้เกิดสิทธิที่จะเข้าถือเอาประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนับแต่เวลานั้นเป็นต้นไป

2) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก เนื่องจากหลักประกันแบบ Floating Charge มิได้กำหนดให้ลูกหนี้ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น ลูกหนี้จึงมีสิทธิจะนำเอาทรัพย์สินที่ตนครอบครองไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกได้ ไม่ว่าจะเป็นการจำนอง จำน่า หรือนำไปเป็นหลักประกันลอยอีกทอดหนึ่งก็สามารถทำได้ แต่สิทธิที่บุคคลภายนอกจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น จะเกิดภายหลังจากที่เจ้าหนี้ ผู้รับประกันรายแรกได้บอกกล่าวเปลี่ยนแปลงสภาพทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันให้กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว หรือมีการแต่งตั้ง Receiver ถือเป็นการบอกกล่าวอย่างหนึ่งเช่นกัน

### 3.1.1.1.3 การบังคับหลักประกันตามหลัก Floating Charge

เมื่อลูกหนี้ผิคนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันชอบที่จะใช้สิทธิบังคับหลักประกันได้ตามกฎหมาย หรือการแต่งตั้ง Receiver (ต่อไปจะเรียกว่า “ผู้บังคับหลักประกัน”) โดยผู้บังคับหลักประกันจะทำหน้าที่รวบรวมทรัพย์สิน ตลอดจนขายทรัพย์สินหรือเข้าดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปหรือเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะร้องขอต่อศาลเพื่อเอาทรัพย์สินประกันหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ก็ได้การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1) การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันโดยศาล เมื่อศาลเห็นว่ามิเหตุอันสมควรและเป็นธรรม ยกตัวอย่างเช่น เมื่อลูกหนี้ผิคนัดชำระหนี้ในเงินต้นและดอกเบี้ย เมื่อบริษัทลูกหนี้หยุดกิจการค้าขาย หรือเมื่อมีการกล่าวหาว่าธุรกิจของลูกหนี้ผิคนัดกฎหมาย เป็นต้น

2) การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันโดยเจ้าหนี้ ในกรณีนี้เจ้าหนี้จะมีอำนาจแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันได้เอง โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลต่อเมื่อได้กำหนดไว้ในสัญญา เป็นอิสระของคู่สัญญาที่จะตกลงกัน

ความแตกต่างของผู้บังคับหลักประกันที่ศาลแต่งตั้งกับผู้บังคับหลักประกันที่เจ้าหนี้แต่งตั้งมีอำนาจและสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้บังคับหลักประกันที่ศาลแต่งตั้งถือเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลไม่ใช่ตัวแทนของเจ้าหนี้ และอำนาจของผู้บังคับหลักประกันที่ศาลแต่งตั้งขึ้นอยู่กับคำสั่งศาลเท่านั้น จึงมีความยืดหยุ่นน้อยกว่า ในทางกลับกัน ผู้บังคับหลักประกันที่เจ้าหนี้แต่งตั้ง ถือเป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ อำนาจของผู้บังคับหลักประกันจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น

ผลการแต่งตั้ง Receiver (ผู้บังคับหลักประกัน) กรณี Floating Charge ยังแปลงสภาพไม่เสร็จ Floating Charge จะเกิดการแปลงสภาพ ทำให้กรรมการบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถ

จัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ รวมถึงไม่สามารถดำเนินกิจการทั่วไปของบริษัทลูกหนี้ได้ และไม่กระทบต่อสัญญาอื่นๆ ที่มีอยู่<sup>2</sup>

กล่าวโดยสรุปได้ว่าหลัก Floating Charge เป็นการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดยลูกหนี้นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันได้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น ผู้ให้หลักประกันจึงยังสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้อย่างปกติ รวมถึงจำหน่ายจ่ายโอนในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้อีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวยังเป็นของผู้ให้หลักประกันตลอดเวลาจนกว่าจะเกิดการผิดนัดชำระหนี้จึงจะทำให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันตามหลักกฎหมายประเทศอังกฤษอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้สิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ Floating Charge กับเจ้าหนี้ประเภทอื่น เห็นได้ว่าก่อนมีการบังคับหลักประกันสิทธิของเจ้าหนี้ประเภทอื่นมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้แบบ Floating Charge เว้นแต่มีข้อตกลงในสัญญาว่าภายหลังทำสัญญาแล้วห้ามไม่ให้ผู้ให้หลักประกันก่อภาระติดพันเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ภายหลังมีการจดทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหากปรากฏว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีการเปลี่ยนแปลงสภาพลงย่อมมีผลต่อสิทธิของผู้ให้หลักประกัน คือ สิทธิในทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นอันหมดลงทันที สิทธิของเจ้าหนี้แบบ Floating Charge จะกลับมามีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่นแต่ไม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้จำนำ เจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้บูริมสิทธิ ส่วนสิทธิในการได้รับชำระหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ Floating Charge ด้วยกันเองให้พิจารณาจากลำดับการจดทะเบียนเจ้าหนี้รายใดจดทะเบียนก่อนย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ดีกว่า

การบังคับหลักประกันแบบ Floating Charge ไม่มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ทันที หากแต่ต้องมีการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญด้านการตรวจสอบและผู้ประเมินราคาทรัพย์สินเพื่อหาแนวทางการจำหน่ายทรัพย์สินที่เหมาะสมกับสภาพของทรัพย์สินนั้น ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่ายไปทั้งกิจการหรือแยกจำหน่ายบางส่วน

#### 3.1.1.1.4 การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

แนวทางการบริหารจัดการเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ ได้จัดรูปแบบองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการประเมินไว้ 2 หน่วยงานหลัก ได้แก่

- สำนักงานการประเมินมูลค่า (VOA)
- หน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV)

<sup>2</sup>Ibis. p 12.

โดยการบริหารจัดการการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV) จากการศึกษากฎหมายของหน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV) ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดวิธีการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง เพียงแต่มีการกำหนดวิธีการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าไว้ในลักษณะตรวจสอบมูลค่าธุรกรรมภายหลัง (Post Transaction Valuation Checks : PTVCs)

เจ้าพนักงานที่ให้บริการการตรวจสอบมูลค่าธุรกรรมภายหลัง (PTVCs) ได้แก่ เจ้าพนักงานของหน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV) โดยบุคคลผู้ประสงค์เข้ารับการตรวจสอบมูลค่าธุรกรรมภายหลัง (PTVCs) สามารถขอรับบริการได้โดยขอรับแบบฟอร์ม CG34 โดยแบบฟอร์มดังกล่าวจะกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องบันทึกรายละเอียดส่วนตัวของบุคคลผู้ยื่นเหตุผลในการขอประเมินมูลค่าทรัพย์สิน รายละเอียดของทรัพย์สิน ณ วันที่ทำการประเมินมูลค่า อีกทั้งต้องมีข้อมูลแนบให้แก่เจ้าหน้าที่ ได้แก่ สำเนารายการประเมินมูลค่าจากผู้ประเมินอิสระ รายละเอียดของวันเวลา และราคาซื้อขายทรัพย์สินที่ต้องการให้ประเมินมูลค่า เช่น ประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายประเมินมูลค่าธุรกรรมภายหลัง (PTVCs) ได้ทำการประเมินเครื่องหมายการค้าเพื่อนำไปใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เป็นต้น<sup>3</sup>

แนวทางการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าของประเทศอังกฤษ รวมถึงการประเมินมูลค่าทรัพย์สินอื่นๆ เป็นการประเมินมูลค่าโดยมีเป้าหมายเพื่อสะท้อนราคาตลาด (Market Value) สมมติฐานราคาตลาด (Market Value) เป็นหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV) นำมาใช้เป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นในการกำหนดมูลค่าทรัพย์สินถูกวางหลักโดยคำพิพากษาอันถึงที่สุด โดยแนวคำพิพากษาที่ได้วางหลักการในการพิจารณาราคาตลาดในคดี Commissioners of Inland Revenue v Robin Gray (Surviving Executor or the Honorable Myra Alice, Lady Fox, Deceased) Court of Appeal (Civil Division) 9 February 1994 หรือที่รู้จักกันในชื่อคดี IRC v Gray เป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับมูลค่าของที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินรดก ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณา ราคาตลาดไว้เป็นสมมติฐาน และเป็นหลักเกณฑ์ที่หน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สิน (SAV) นำมาใช้ในการพิจารณา มีหลักเกณฑ์<sup>4</sup> ดังนี้

#### 1) เป็นการขายสมมติ

<sup>3</sup>ศรตม์ ดิษฐปาน. (2555). การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีเงินได้. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 109-110.

<sup>4</sup>เรื่องเดียวกัน. หน้า 107-108.

- 2) ผู้ขายต้องเป็นคู่กรณีสมมติทำธุรกรรมโดยรอบคอบ
- 3) ผู้ซื้อต้องเป็นคู่กรณีสมมติทำธุรกรรมโดยรอบคอบและปรารถนา
- 4) ผู้ขายต้องจัดแบ่งทรัพย์สินที่จะถูกประเมินมูลค่าในจำนวนที่เป็นปกติของทรัพย์สินชนิดนั้นๆ ไม่ขายในปริมาณมากหรือน้อยกว่าธรรมชาติการซื้อขาย
- 5) ชั้นตอนต่างๆ ที่จำเป็นต่อการขายต้องได้รับการเตรียมไว้ก่อนวันที่จะมีการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน
- 6) ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการขายไม่ว่าจะขายด้วยวิธีใดต้องได้ราคาที่ดีที่สุด
- 7) ต้องมีการประชาสัมพันธ์หรือโฆษณาการขายอย่างเพียงพอ ก่อนดำเนินการซื้อขาย เพื่อให้การขายนั้นเป็นที่สนใจจากผู้ซื้อทุกประเภท
- 8) การประเมินมูลค่าต้องสะท้อนมาจากการซื้อขายที่เป็นที่สนใจของผู้ซื้อ

### 3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐกว่า 52 มลรัฐ ส่วนใหญ่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีเพียงรัฐ Louisiana เท่านั้นที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นกฎหมายพื้นฐานในการจัดตั้ง กำหนดโครงสร้างหน่วยงานภายในของมลรัฐตลอดจนความสัมพันธ์ทางการเมือง การปกครอง รวมถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในมลรัฐ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของกฎหมายควบคุมความสงบเรียบร้อยระหว่างมลรัฐ กฎหมายการขัดข้อขัดแย้งระหว่างมลรัฐ เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อระบบการปกครองให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนทั้งสิ้น มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดมา กระทั่งในปี ค.ศ. 1998 ได้มีแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไข UCC โดยแก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงมีการบัญญัติหลักกฎหมายให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นแม่แบบสำหรับให้แก่มลรัฐต่างๆ นำไปประกาศใช้เป็นกฎหมายเรื่องการสร้างหลักประกันด้วยทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน คือ Uniform Commercial Code Article 9 (Revised 2001) - Secured Transactions ภายใต้อาณัติ UCC Article 9 มีสาระสำคัญ ดังนี้

#### 3.1.2.1 ประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันภายใต้ Article 9

ประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันภายใต้ UCC Article 9 มีหลายประเภท เนื่องจากคำจำกัดความของทรัพย์สินตาม Article 9 มีความยืดหยุ่นและให้คำจำกัดความกว้าง ดังนั้น ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้จึงมีได้เกือบทุกประเภท เว้นแต่ มีการกำหนดไว้ใน UCC Article 9 ลักษณะของทรัพย์สินที่สามารถแยกทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมาย

ออกเป็น 3 ประเภท คือ ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Goods) ตราสาร (Indispensable Papers) และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ซึ่งแต่ละประเภทมีทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ดังนี้<sup>1</sup>

- 1) สินค้า หมายถึง สัมหาริมทรัพย์ทั้งหมดหรือทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ไม่ว่าจะเป็สินค้าอุปโภค บริโภค สินค้าคงคลัง สิ่งติดตริงกับที่ดิน
- 2) ทรัพย์สินใช้ในการลงทุน
- 3) ทรัพย์สินกึ่งไม่มีรูปร่าง เช่น เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ ตราสารเปลี่ยนมือ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมถึงเลตเตอร์ออฟเครดิต
- 4) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แบ่งออกเป็น สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เงิน สมุดบัญชีเงินฝาก
- 5) ผลประโยชน์ที่เกิดจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน
- 6) ทรัพย์สินอื่นๆ

### 3.1.2.2 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องตามแบบ UCC Article 9

**สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา** การทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่มีผลบังคับได้ ตามกฎหมาย ผู้กัสนคู่สัญญา ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามแบบและวิธีการของสัญญาหลักประกัน การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยมีรูปแบบของสัญญาแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1. รูปแบบของสัญญาที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่อผู้ให้หลักประกัน ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบสำคัญ หากไม่มีการลงลายมือชื่อแล้ว เจ้าหนี้ย่อมไม่มีอำนาจนำคดีมาฟ้องร้อง บังคับคดีต่อศาลหาได้ไม่ หลักกฎหมายในรูปแบบนี้กำหนดขึ้นเพื่อต้องการให้คู่สัญญามีหลักฐานทางคดี โดยให้สัญญาระบุเนื้อหาของหลักประกัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดข้อโต้เถียงในเรื่องขอบเขตของหลักประกัน

2. รูปแบบการประกันการชำระหนี้ โดยการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน กรณีนี้เจ้าหนี้มีหน้าที่พิสูจน์ให้ได้ว่า การเข้าครอบครองทรัพย์สินที่อ้างว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย สิทธิของเจ้าหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้จะมีอยู่ในขณะทำสัญญา หรืออาจมีขึ้นในอนาคตก็ได้ ซึ่งสิ่งที่เป็ปัญหาแก่การบังคับหลักประกัน คือ ทรัพย์สินในทรัพย์สินครอบคลุมเพียงใดมีเหตุที่ต้องพิจารณาดังนี้

- 1) หลักประกันครอบคลุมนี้ตามสัญญาตามหลัก Security Interest คือสิทธิของเจ้าหนี้ในการบังคับหลักประกัน โดยมีมูลค่าของ Security Interest ต้องไม่มากกว่า

<sup>1</sup>ปกรณั นิลประพันธ์. แนวคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้. วารสารกฎหมายปกครอง, 20(1). หน้า 90.

ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สิ่งที่สามารถนำมาพิจารณาได้ คือ การระบายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ว่า Security Interest ครอบคลุมเพียงใด เช่น เรือขนส่งสินค้า 1 ลำ ประกอบด้วยเครื่องจักร ปั่นจั่น เคน ส่วนของตัวเรือ กรณีนี้ต้องพิจารณาว่าการทำสัญญาหลักประกันระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ระบุไว้ว่าให้เจ้าหนี้อำนาจในทรัพย์สินเพียงใด ซึ่งต้องมีการระบุไว้โดยชัดแจ้งขณะจดทะเบียน

2) หลักประกันครอบคลุมถึงหนี้ในอนาคต หลักประกันครอบคลุมเพียงใด ขึ้นอยู่กับการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งระหว่างคู่สัญญา ว่ามีหนี้ใดบ้างตกอยู่ภายใต้สัญญาหลักประกัน เช่น เรือขนส่งสินค้า 1 ลำ นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว และหนี้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เป็นต้น โดยข้อตกลงดังกล่าวนี้ จะมีผลบังคับใช้ต่อเมื่อข้อตกลงว่าด้วยหลักประกันเป็นไปตาม Article 9 Future-Advance Clause อาจถูกระบุไว้ในสัญญาจำนองอสังหาริมทรัพย์ เช่น การจำนองที่ดินเพื่อปลูกสร้างโรงงาน เมื่อสถาบันการเงินอนุมัติวงเงินแล้ว จะจ่ายให้แก่ลูกหนี้เป็นงวดๆ ขึ้นอยู่กับขั้นตอนและความสำเร็จของการปลูกสร้างว่าอยู่ในขั้นตอนใด

การนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายต่อเมื่อคู่สัญญาได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ Uniform Commercial Code Article 9 แล้ว คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามกฎหมายแห่งมลรัฐหรือกฎหมายท้องถิ่นของลูกหนี้เป็นสำคัญ โดยต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์แห่งท้องถิ่นที่ออกเอกสารดังกล่าว และบันทึกสิทธิเหนือหลักประกันลงในหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์นั้นๆ ด้วย เมื่อเจ้าหนี้ได้ทำสัญญาหลักประกัน (Attachment) ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญา

เจ้าหนี้ที่ได้ทำขั้นตอน Perfection แล้ว ย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่ไม่ได้ทำ Perfection อีกทั้งเจ้าหนี้ที่ได้ทำ Perfection ก่อนย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ที่ได้ทำ Perfection ในลำดับถัดมา<sup>6</sup>

วิธีการทำให้บุคคลภายนอกทราบถึงความมีอยู่ของสัญญาหลักประกันมีหลายวิธี ขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในกรณีที่มีการนำเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ควรใช้วิธีการยื่นเอกสารที่เรียกว่า Financing Statement ต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เป็นการบันทึกข้อมูลเพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบและเพื่อให้บุคคลภายนอกทราบว่าหลักประกันดังกล่าวถูกนำมาเป็นหลักประกันแล้วนอกจากวิธีการยื่นเอกสารแล้ว ยังมีวิธีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการจำนำ

<sup>6</sup>สมพร เหลี่ยมป้อ. (2553). การนำชื่อโดเมนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 101.

โดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจให้ตัวแทน (ที่ไม่ใช่ตัวลูกหนี้) ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแทน หรืออาจให้บุคคลภายนอกรับว่าตนได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาผู้รับหลักประกันก็ได้

**สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก** กรณีที่บุคคลภายนอกเป็นผู้ซื้อสินค้า บุคคลดังกล่าวจะได้สินค้าไปโดยปราศจากภาระติดพันใดๆ แม้ว่าการซื้อขายดังกล่าวผู้ซื้อซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะทราบว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้อื่นอยู่ก็ตาม แต่หากบุคคลภายนอกผู้ซื้อได้ซื้อทรัพย์สินไปโดยมี Security Interest ยึดติดอยู่ และการซื้อขายนั้นเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตบุคคลภายนอกย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย<sup>7</sup>

### 3.1.2.3 การบังคับหลักประกัน

การบังคับหลักประกันจะเกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ต่อมาลูกหนี้เกิดผิดนัดชำระหนี้ หรือผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตาม Uniform Commercial Code Article 9 บัญญัติให้ เจ้าหนี้ชอบที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลตามสัญญาประจานหรือจะบังคับชำระหนี้เอากับหลักประกันก็ได้ตามแต่จะเลือก กรณีเจ้าหนี้เลือกสิทธิในการบังคับหลักประกัน เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิทางศาล โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้บังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกัน หรือเจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับเอาหลักประกันด้วยตนเอง กล่าวคือ

#### 1) สิทธิในการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาครอบครอง

กรณีนี้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันชอบที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบก่อนล่วงหน้า แต่การเข้าครอบครองต้องไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของลูกหนี้ที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ และหากเจ้าหนี้เห็นว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินจะกระทบต่อสิทธิของลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิทางศาล โดยยื่นคำฟ้องต่อศาล เพื่อให้ศาลบังคับหลักประกัน ซึ่งศาลจะใช้วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็วและต่อเนื่อง เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้

#### 2) สิทธิในการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่าย

การจำหน่ายจ่ายโอนหลักประกันต้องเป็นไปตามวิธีประเพณีทางการค้า แต่หากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้แต่เป็นของบุคคลอื่น เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าถึงการบังคับชำระหนี้ เพื่อให้ผู้นำหลักประกันมาวางได้ทราบ

<sup>7</sup> ภิระวี อัสวจิตตานนท์. (2551). การพัฒนาอภิลेขันธ์ประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์. วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (บริหารเทคโนโลยีสารสนเทศ), โครงการร่วมระหว่างคณะบริหารธุรกิจและสำนักงานการศึกษาระบบสารสนเทศ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 72.

ล่วงหน้าตามหลัก UCC Article 9 โดยกำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้รวมถึงเจ้าของหลักประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ยื่นคำขอถอนหลักประกันการชำระหนี้ได้ ก่อนมีการบังคับหลักประกัน แต่ลูกหนี้หรือเจ้าของหลักประกันต้องจัดการชำระหนี้ทั้งหมดให้ครบถ้วน ค่าใช้จ่ายดังกล่าวรวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการบังคับชำระหนี้ หากมีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงิน ไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้มีหน้าที่ ต้องชำระหนี้ในส่วนที่ขาด

#### 3.1.2.4 แนวคิดการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้า นับเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ชอบที่จะนำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตนแต่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาแสวงหาประโยชน์โดยการนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เพื่อสามารถขยายกิจการ เพื่อเพิ่มทุน โดยการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาหรือการประเมินมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ในแต่ละครั้ง ย่อมต้องมีการอ้างอิงทฤษฎีด้านเศรษฐศาสตร์เป็นหลักในการพิจารณาด้วย

ตามทฤษฎีดั้งเดิมในการกำหนดราคาสินค้าเชื่อว่า ราคาที่เป็นธรรมนำไปสู่ต้นทุนที่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามสินค้าที่มีการผลิตซ้ำได้ การผลิตในครั้งต่อมาต้นทุนจะยิ่งต่ำลงเรื่อยๆ หากผู้ผลิตให้ความสำคัญกับต้นทุนการผลิต<sup>8</sup> ซึ่งต่อมาในทศวรรษที่ 1930 ได้มีนักเศรษฐศาสตร์ชื่อ James C. Bonbright ได้คิดค้นทฤษฎีมูลค่า (Value Theory) เนื่องจาก Bonbright กังวลว่าการพิสูจน์ความเสียหายในศาลเกี่ยวกับมูลค่าของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง มักจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง โดย Bonbright ให้ความสำคัญกับมูลค่าทางการตลาดหรือมูลค่าของสินค้าที่มีอยู่ในตลาดนั้นๆ กับมูลค่าในตัวเจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ โดย Bonbright มักย้ำเสมอว่า “มูลค่าของทรัพย์สินควรเป็นไปตามค่าเฉลี่ยโดยรวมของทรัพย์สินประเภทเดียวกันที่มีอยู่ในตลาด แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงคุณค่าและความนิยมในตัวเจ้าของผู้ผลิตสินค้า แต่ในทางกฎหมายเศรษฐศาสตร์และแนวคิดทางธุรกิจ คุณค่าหรือราคาสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่ง ต้องพิจารณาปัจจัยหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นความรู้สึกรักของผู้บริโภคต่อสินค้า ราคาตลาดและมูลค่าในตลาด ซึ่งเป็นไปตามที่ผู้พิพากษาและนักเศรษฐศาสตร์กล่าวว่า “มูลค่าของสิ่งใดขึ้นอยู่กับสิ่งนั้นทำอะไรได้บ้างหรือก่อให้เกิดประโยชน์อะไรได้บ้าง” ตามใจความที่กล่าวมาข้างต้นหมายความว่าทรัพย์สินทุกสิ่งมีใช้จะมีมูลค่า สิ่งที่มีมูลค่าคือสิ่งที่ขายได้เท่านั้น เช่น ที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดินแม้เป็นทรัพย์สินแต่ไม่สามารถขายได้ ดังนั้น สิ่งเหล่านี้จึงไม่มีมูลค่า เป็นต้น

<sup>8</sup>ดร.กมนต์ทองชัย ฉายไพโรจน์. การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาประเภทซอฟต์แวร์และการกำหนดค่าเสียหายในนิติเศรษฐศาสตร์. (ออนไลน์). ค้นหามาจาก [www.sipa.or.th/sites/default/files/ip-valuation.pdf](http://www.sipa.or.th/sites/default/files/ip-valuation.pdf).

จากสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่ามูลค่าตลาดเป็นเพียงค่าที่มีความหมายอย่างกว้าง ไม่มีหลักการที่แน่ชัด แต่สิ่งที่สามารถพิสูจน์มูลค่าทางการตลาดที่แท้จริงได้ ต้องพิจารณาในขณะที่สินค้านั้นแปลงเป็นราคาของผู้ซื้อและผู้ขาย

ปัจจุบันทฤษฎีเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าในทรัพย์สินจะมุ่งเน้นไปที่ราคาเฉลี่ยที่มีการขายกันในตลาดท้องถิ่นๆ หรือตลาดใกล้เคียง โดยจะคำนึงถึงคุณสมบัติและรูปลักษณะของสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่ต้องมีปริมาณสินค้ามากเพียงพอ และต้องนำราคาจากผู้ผลิต ราคาจากผู้จัดจำหน่ายและราคาจากผู้ขายปลีกกำหนดในการหาค่าเฉลี่ย

ประเทศสหรัฐอเมริกานับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในการทำธุรกิจอย่างแพร่หลาย โดยมีการกำหนดแนวคิดกฎหมายพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ 11 ประการ ได้แก่

- 1) กฎอุปสงค์ อุปทาน
- 2) สภาพการแข่งขัน
- 3) ความคงทนของสินค้า
- 4) ระบบการจัดจำหน่าย หรือระบายสินค้า
- 5) อรรถประโยชน์ส่วนเพิ่ม
- 6) ปริมาณสินค้าทดแทน

7) ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (Economic rent) อาจเรียกอีกอย่างว่า มูลค่าที่เพิ่มขึ้นจากความสามารถของเจ้าของผู้สร้างสรรค์ผลงานหรือค่าตอบแทนของปัจจัยการผลิตในส่วนที่เกินกว่าต้นทุนค่าเสียโอกาสของการใช้ปัจจัยนั้น

8) ค่าเช่าระยะสั้น (quasi-rent) หมายถึงประโยชน์ที่เกิดในระยะสั้น และจะหมดไปในระยะยาวจากปัจจัยการผลิตบางอย่าง เช่น เครื่องจักร โรงงาน จะมีอุปทานคงที่ในระยะสั้นทำให้ปัจจัยการผลิตนั้นมีรายได้ส่วนเกิน เมื่ออุปสงค์มีมากกว่าอุปทาน รายได้ส่วนนี้ก็จะหมดไปในระยะยาวเมื่ออุปทานเพิ่มขึ้นเพียงพอกับความต้องการ

- 9) ความสามารถในการประหยัดต้นทุนการผลิต

10) ความสัมพันธ์ระหว่างราคากับปริมาณของสินค้าที่ขายได้ กล่าวคือ หากราคาสูงจะทำให้ขายสินค้าได้น้อย หากราคาต่ำจะทำให้ขายสินค้าได้มาก ซึ่งอาจเป็นเรื่องของกำลังซื้อหรือความสามารถในการชำระค่าสินค้า

11) ราคาสมดุลของสินค้า เป็นราคาสินค้า ณ จุดสมดุลระหว่างปริมาณสินค้าหรืออุปทานของสินค้าที่มีความสอดคล้องกับความต้องการ ขณะเดียวกันที่ผู้ผลิตสามารถหากำไรได้สูงสุด

จากหลักการดังกล่าวข้างต้น พบว่าหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตนของประเทศสหรัฐอเมริกาวิธีการประเมินที่ไม่แตกต่างจากสินค้าประเภทอสังหาริมทรัพย์ โดยส่วนใหญ่จะพิจารณาถึงราคาสินค้าในระยะเริ่มแรก ว่าเกิดจากความต้องการทราบข้อมูลที่แท้จริงว่ามีมูลค่าเท่าใด มีราคาที่เหมาะสมอยู่ตรงจุดใด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ ในการกำหนดราคาซื้อขาย รวมถึงอัตราการจัดเก็บภาษี การใช้ทฤษฎีการประเมินจากมูลค่าตลาด ทำให้ผู้ประเมินมีหลักการประเมินไปในทิศทางและมาตรฐานเดียวกัน โดยการประเมินจะอิงกับปัจจัยด้านเศรษฐศาสตร์ ให้ความสำคัญในการพิจารณาราคาสินค้าว่าราคาใดเป็นราคาดุลยภาพ

ราคาดุลยภาพ<sup>93</sup> คือ ราคาตลาดเสรีที่แท้จริง ต้องไม่มีการผูกขาดสินค้าไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม กล่าวคือ มีตลาดการแข่งขันที่สมบูรณ์ ซึ่งมักไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ ดังนั้น ในการประเมินจึงต้องพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้เพิ่มเติม

(1) ประสิทธิภาพของผู้ผลิตและผู้ประกอบการ ศักยภาพของผู้ประกอบการจะเป็นตัวกำหนดราคาสินค้า หากมีระบบการจัดการที่ดี ต้นทุนการผลิตต่ำ ราคาสินค้าก็จะต่ำลง

(2) ต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction Cost) คือ ต้นทุนที่เกี่ยวกับการผลิตสินค้า การขนส่ง การกระจายสินค้า

(3) ความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลอันเนื่องมาจากส่วนแบ่งตลาด ส่วนแบ่งตลาดถือว่ามีผลต่อราคาสินค้าอย่างมาก เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดมาก จะเป็นผู้กำหนดราคาตลาดให้สูงขึ้นหรือต่ำลงก็ได้ ซึ่งอาจทำให้ข้อมูลในตลาดถูกบิดเบือนไม่ตรงกับความเป็นจริง

(4) ความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลของผู้ซื้อและผู้ขายเกี่ยวกับคุณภาพและราคาสินค้า ขอยกตัวอย่างสินค้าจำพวกอุปโภค บริโภค ที่มีเรื่องของคุณภาพของสินค้าและราคาเป็นตัวกำหนดจากปัจจัยต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่าข้อมูลสินค้าถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกซื้อสินค้า

การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น กำหนดให้เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตน (ตามมาตราฐานการบัญชีฉบับที่ 51) โดยกำหนดวิธีการประเมินที่เป็นหลักการพื้นฐานที่ใช้ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไปไว้ 3 วิธี คือ วิธีการประเมินจากต้นทุน (cost approach) วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (Market approach) และวิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income approach) วิธีการประเมินดังกล่าวเป็นวิธีการประเมินราคา

<sup>93</sup>จุฑามาศ ดินवलพะเนาวิ. (2557). แนวทางการประเมินมูลค่าลิขสิทธิ์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ. สารนิพนธ์นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 70.

ทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินมีตัวตน นับเป็นวิธีการประเมินที่ประเทศสหรัฐอเมริกา นำมาใช้เป็นแนวทางในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา

วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดของประเทศสหรัฐฯ สามารถหาราคอ้างอิงในการประเมินมูลค่าได้จากตลาดหลักทรัพย์ มักเป็นราคาที่ปรากฏในตลาดต่อรอง OTC (Over the Counter) เช่น ตลาด NASDAQ ซึ่งเป็นตลาดการซื้อขายหุ้นทางเทคโนโลยี รวมถึงธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาโดยใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในลักษณะแบบเดียวกันหรือเทียบเคียงกัน เพื่อคำนวณหามูลค่าของธุรกิจ วิธีการกำหนดมูลค่าในรูปของมูลค่าทางธุรกิจแบบวิธีการเปรียบเทียบตลาดเป็นวิธีการที่นักลงทุนหรือกองทุนจากต่างประเทศ ซึ่งมีความสนใจในธุรกิจด้านทรัพย์สินทางปัญญา ของผู้ประกอบการไทยนำมาใช้ในการเข้าร่วมทุนในธุรกิจไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของหุ้นส่วน (Partnership) หรือการร่วมทุน (Joint Venture)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในเรื่องของการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นเพียงตัวอย่างการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินที่มีตัวตนจำพวกอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ โดยมีการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่สำคัญในการประเมินทางด้านเศรษฐศาสตร์ของต่างประเทศมาใช้ในการอ้างอิง ทั้งนี้การประเมินมูลค่ามีความจำเป็นต้องอ้างอิงศาสตร์ทางด้านเศรษฐศาสตร์มาใช้เป็นปัจจัยในการประกอบการพิจารณาโดยการหามูลค่าทรัพย์สินนั้น เพื่อนำไปสู่มูลค่าที่แท้จริง และเพื่อเป็นแนวทางในการนำไปประยุกต์หาวิธีการที่เหมาะสมในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

## 3.2 การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามหลัก Civil Law

### 3.2.1 ประเทศญี่ปุ่น<sup>10</sup>

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันธุรกิจตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น แบ่งเป็นหลักประกันด้วยบุคคล เช่น สิทธิยึดหน่วง (Rights of Retention) บุริมสิทธิ (Preferential Rights) หลักประกันด้วยทรัพย์สิน หรือ Real Security Right เช่น สิทธิจำนำ (Pledge) สิทธิจำนอง (Hypothec) และการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยไม่ต้องส่งมอบตามหลัก Title Transfer Security ซึ่งสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้จัดทำขอเสนอเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการการจำนำ การจำนองและการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยไม่ต้องส่งมอบเท่านั้น

สิทธิจำนำ (Pledge) ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ลักษณะ 2 หลักประกันการชำระหนี้

<sup>10</sup>ศุภัญญา วิริยะผล. (2546). การใช้เงินฝากเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 73-78.

ด้วย Pledge บัญญัติไว้ในหมวด 9 ตั้งแต่มาตรา 342 ถึง 367 หลักกฎหมายว่าด้วยการจำนำเกิดจากการที่คู่สัญญาตกลงกันไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอก แต่หลักการที่สำคัญในการทำสัญญาจำนำ ได้แก่ การส่งมอบทรัพย์สินซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันดังกล่าว นอกจากเป็นการประกันการชำระหนี้เพื่อต้นเงินแล้ว ยังรวมถึงดอกเบี้ย ค่าสินไหมที่อาจเกิดจากการบังคับหลักประกันไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเก็บรักษาหลักประกัน รวมทั้งค่าเสียหายจากการผิณฑ์ชำระหนี้ของลูกหนี้

การประกันการชำระหนี้ตามแบบ Pledge จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ หรือของบุคคลภายนอกให้เจ้าหนี้เข้ายึดถือ ดังนั้นทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามแบบ Pledge ได้ ต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถส่งมอบการครอบครองได้ แบ่งได้ 3 ประเภท ดังนี้

(ก) สิทธิจำนำในสังหาริมทรัพย์ (Pledge on Movables) เนื่องจากทรัพย์สินในประเภทสังหาริมทรัพย์ สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ด้วยการส่งมอบการครอบครอง ดังนั้น ตราบใดที่เจ้าหนี้ยังคงยึดถือครอบครองหลักประกันอยู่ จึงเป็นเจ้าหนี้มีประกันสามารถอ้างสิทธิครอบครองในหลักประกันต่อบุคคลภายนอกได้ ซึ่งแม้ภายหลังเจ้าหนี้ถูกเพิกถอนหลักประกันการชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ก็ยังสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยนำมาครอบครองใหม่อีกครั้ง

กรณีเจ้าหนี้มีประกันด้วยสังหาริมทรัพย์ ได้รับการชำระหนี้ไม่ท่วมจำนวนหนี้ตามฟ้อง เจ้าหนี้จำนำชอบที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอรับชำระหนี้ ด้วยการแต่งตั้งให้ผู้เชี่ยวชาญด้านการประเมินราคาทรัพย์สินเข้ามาทำการประเมินมูลค่าหลักประกันเพิ่มเติมให้คู่กับจำนวนหนี้ที่ค้างชำระเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้า ถึงการยื่นคำร้องขอแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญต่อศาล หากลูกหนี้นำทรัพย์สินอย่างเดียวกันมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เจ้าหนี้หลายราย ลำดับบุริมสิทธิจะขึ้นอยู่กับวันที่มีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่หากเจ้าหนี้รายใดเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนย่อมมีบุริมสิทธิดีกว่า

(ข) สิทธิจำนำในอสังหาริมทรัพย์ (Pledge on Immovables) การจำนำอสังหาริมทรัพย์ระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้จะมีผลต่อบุคคลภายนอกต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน (Perfection) แต่เจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันยังคงมีสิทธิใช้สอยหลักประกันดังกล่าวให้เกิดมูลค่าทางเศรษฐกิจได้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังต้องเป็นผู้รับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมที่เกิดขึ้นรวมถึงดอกเบี้ย

(ค) สิทธิจํานำในสิทธิ (Pledge on Rights) คือ สิทธิที่สามารถนำมาจดทะเบียนจํานำได้นอกจากสิทธิในสังหาริมทรัพย์และสิทธิในอสังหาริมทรัพย์แล้ว ตามหลักกฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติให้สามารถนำ สิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องทางหนี้ เช่น สิทธิเรียกร้องให้ส่งมอบตราสารแห่งหนี้ โดยต้องเป็นสิทธิที่สามารถโอนต่อกันได้มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ด้วย โดยนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการจํานำสิทธิในสังหาริมทรัพย์และสิทธิในอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับได้โดยอนุโลม โดยประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (The Civil Law) ได้บัญญัติสิทธิจํานำว่าด้วยเรื่องสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปปร่างให้สามารถนำมาจํานำได้ โดยให้มีมูลค่าเทียบได้กับทรัพย์สินมีรูปปร่างอย่างสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยการจํานำสิทธิเรียกร้อง กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาจําต้องส่งมอบเอกสารให้แก่กัน การจํานำจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดเงื่อนไขการจํานำสิทธิเรียกร้องว่าเจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิหรือต่อบุคคลที่สาม มิฉะนั้น เจ้าหนี้หายกเป็นข้อต่อสู้ในเรื่องการจํานำสิทธิเรียกร้องหาได้ไม่

ส่วนการจํานำตราสารแห่งหนี้ นั้น ให้ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง ดังนั้น การจํานำสามารถกระทำได้ โดยการส่งมอบการครอบครองตราสารแสดงหนี้ไปยังเจ้าหนี้ก็เพียงพอแล้ว การจํานำสิทธิเรียกร้องในหนี้อื่นจึงต้องชำระตามเขาสั่ง นอกจากต้องมีการส่งมอบตราสารแก่กันแล้วยังต้องมีการสลักหลังตราสารเพื่อเป็นหลักฐานเช่นเดียวกับการจํานำหุ้นในบริษัทที่ต้องมีการจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น

Hypothec<sup>11</sup> (สิทธิจํานอง) การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ว่าด้วยการจํานอง เป็นสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาตกลงกันนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่จําต้องส่งมอบทรัพย์สิน ทำให้กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองยังคงอยู่กับลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างกับการทำสัญญาแบบ Mortgage หรือการจํานำที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ มิฉะนั้น สัญญาไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย

การบังคับชำระหนี้ในสิทธิจํานอง เจ้าหนี้ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล สิทธิจํานองตามหลักกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นระบุว่า สิทธิจํานองนั้นจะนำไปจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้ แต่หากไม่มีการจดทะเบียนเจ้าหนี้จํานองจะไม่สามารถอ้างยันต่อเจ้าหนี้จํานองรายอื่นที่เป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้ได้ อีกทั้งไม่อาจใช้ยันต่อบุคคลภายนอกซึ่งซื้อทรัพย์สินของลูกหนี้ไป ดังนั้น การจดทะเบียน Hypothec หรือสิทธิจํานองจึงมีผลให้เจ้าหนี้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาประกัน และมีลำดับบุริมสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่จดทะเบียนในภายหลัง เนื่องจากการจัดลำดับบุริมสิทธิขึ้นอยู่กับวันที่

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 78.

จดทะเบียนทรัพย์สินที่นำมาจดทะเบียนจำนอง ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ สิทธิเหนือพื้นดินและสิทธิในการก่อให้เกิดประโยชน์เหนือที่ดินผู้อื่น โดยการจ่ายค่าเช่า กล่าวคือ ต้องเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่สามารถตรวจสอบได้ เนื่องจากเป็นหลักประกันที่ไม่จำต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ ปัจจุบันมีการสร้างหลัก Hypothec ในทรัพย์สินประเภทอื่น โดยมีการเพิ่มประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมา Hypothec และบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษเพื่อนำมาใช้บังคับ

### 3.2.1.1 การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยไม่ต้องส่งมอบตามหลัก

#### Title Transfer Security

##### 3.2.1.1.1 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันธุรกิจตามหลัก

#### Title Transfer Security

ประเทศญี่ปุ่น มีการนำเอาสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ เรียกว่า หลัก Title Transfer Security หรือ หลัก Security Transfer

##### 3.2.1.1.2 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องตามหลัก Title Transfer Security

1) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามหลัก Title Transfer Security เกิดจากความยินยอมของคู่สัญญา เนื่องจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น ผู้ให้หลักประกันจึงมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน อย่างเช่น วิทยุชนทัวไปฟังกระทำให้ลูกหนี้จะเป็นเพียงผู้ครอบครองแทนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันก็ตาม การทำประกันภัยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนับได้ว่าเป็นการดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหนี้มั่นใจว่า หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด สิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้จะยังคงมีอยู่ และเพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธินำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจำหน่ายได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น แต่หากลูกหนี้ได้ชำระราคาครบถ้วนแล้ว ภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนด ลูกหนี้ชอบที่จะได้รับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันคืนจากเจ้าหนี้ตามกฎหมายเช่นกัน

สัญญาจำนองทรัพย์สินมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 178<sup>12</sup> บัญญัติว่า การโอนทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลที่สามได้ เว้นแต่ ได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว

<sup>12</sup>Japanese Civil Code, (Act No. 89 of April 27, 1896). “Article 178 The transfers of real rights concerning movables may not be asserted against third party, unless the movables are delivered”

2) สิทธิหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก กรณีบุคคลภายนอกได้รับ โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาไว้ในความครอบครองโดยสุจริต บุคคลภายนอกนั้นชอบที่จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างสมบูรณ์

### 3.2.1.1.3 การบังคับหลักประกันตามหลัก Title Transfer Security

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองตามหลัก Title Transfer Security เกิดขึ้นโดยผลของสัญญา หากมีการผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการขายทอดตลาด หรือการนำทรัพย์สินที่นำมาจำนองออกประเมินราคาหลักประกันแทน การขายทอดตลาด ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันโอนไปยังผู้รับหลักประกันทันทีและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย<sup>13</sup>

#### การนำสิทธิในเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ประเทศญี่ปุ่น กำหนดให้ลูกหนี้สามารถนำสิทธิในเครื่องหมายการค้าทำสัญญาจำนำไว้แก่เจ้าหนี้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยให้นำบทบัญญัติกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้บังคับโดยอนุโลมไม่ว่าจะเป็นในส่วนของมาตรา 96 กำหนดให้ผู้รับจำนำเครื่องหมายการค้า ชอบที่จะเรียกค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร หรือจากเจ้าของสิทธิบัตร โดยค่าตอบแทนอาจเป็นเงินสด หรือประโยชน์อื่นก็ได้ ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 98(3)<sup>14</sup> ว่ากรณีมีการโอน การเปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิไม่ว่าจะเป็นสิทธิโดยเด็ดขาดหรือแบบไม่เด็ดขาด หากมิได้นำมาจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่เจ้าหนี้ห้ามสิทธิยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกหาได้ไม่ หรือในกรณีหากมีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนมีการส่งมอบค่าตอบแทน หรือกรณีมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ อันมิใช่การ โอน โดยทางมรดก สิทธินั้นต้องมีการนำมาจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้น ห้ามมีผลสมบูรณ์อันจะนำมาใช้บังคับได้ตามกฎหมายไม่ ซึ่งตามบทบัญญัติ

<sup>13</sup>ปรีดิตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. (2555). รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมต่อกรณีการนำรถยนต์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้สำหรับประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 73-76.

<sup>14</sup>Japanese Civil Code, (Act No. 89 of April 27, 1896). Article 98 (3)“Manifestation of intention by means of public notice is deemed to have arrived at the other party upon elapse of two weeks after the day when the notice was last published in the Official Gazette, or the day on which any posting in lieu of such publication started, whichever comes first; provided, however, that the service of such notice shall not take effect if the person who makes the manifestation is negligent in not identifying the other party or not identifying the whereabouts of the other party”.

มาตรา 34 กำหนดให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว มีสิทธิเด็ดขาดในการใช้เครื่องหมายการค้าในส่วนกรณีเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียนเจ้าของเครื่องหมายการค้า ยังไม่มีสิทธิเด็ดขาด ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียนสามารถนำไปจำหน่ายแก่เจ้าหนี้ได้ แต่เจ้าหนี้อาจมีสิทธิใดๆ ในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่ เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา สิทธิและหน้าที่ของผู้จำหน่ายและผู้รับจำหน่ายเครื่องหมายการค้า ตามหลักกฎหมายญี่ปุ่นพบว่าตามมาตรา 34 (3) กำหนดให้ลูกหนี้ผู้จำหน่ายมีสิทธิใช้ประโยชน์ในเครื่องหมายการค้าได้ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา ซึ่งแตกต่างจากหลักการจำหน่ายทรัพย์สินโดยทั่วไปที่กำหนดให้การจำหน่ายมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่ายแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่าย แต่สิทธิในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันของลูกหนี้มีความแตกต่างจากการจำหน่ายทรัพย์สินโดยทั่วไป ตรงที่สิทธิในการนำออกใช้ซึ่งเครื่องหมายการค้าของลูกหนี้ยังคงมีอยู่ตลอดเวลา เว้นแต่คู่สัญญาตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งสิทธิดังกล่าวผู้รับจำหน่ายเป็นเพียงผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้ายังเป็นของลูกหนี้เช่นเดิม

ผลของการจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้า ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 กำหนดให้คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกัน โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายเครื่องหมายการค้าไม่สามารถใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการของตนได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้งในสัญญา ผู้รับจำหน่ายชอบที่จะใช้สิทธิยึดหรืออายัดค่าตอบแทน ไม่ว่าจะเงิน รวมถึงทรัพย์สินที่ผู้จำหน่ายมีสิทธิได้รับ ทั้งนี้ คำสั่งยึด อายัดดังกล่าวต้องเป็นคำสั่งที่เกิดก่อนมีการส่งมอบทรัพย์สิน หรือเงิน ในกรณีเจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่งผลให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาประกัน ดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่น

การบังคับจำหน่ายตามหลักกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 354<sup>15</sup> เกี่ยวกับการบังคับจำหน่ายสังหาริมทรัพย์มาใช้โดยอนุโลม เจ้าหนี้ผู้รับจำหน่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน เพื่อต้นเงินและดอกเบี้ยอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ทราบล่วงหน้า ภายหลังศาลมีคำพิพากษาแล้ว ในส่วนของการบังคับคดีให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีแพ่ง ซึ่งระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้

<sup>15</sup>Article 354 If claims of pledgees of movables are not performed, they may, limited to cases where there are reasonable grounds, demand from a court immediate appropriation of the Thing pledged to the performance of the claims in accordance with the evaluation of an appraiser. In such cases, the pledgees of movables must notify the obligors in advance of the demand.

บังคับแก่กรณี เนื่องจากมีความครอบคลุมมากกว่า การบังคับคดีเครื่องหมายการค้า มาตรา 167 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีทางแพ่ง กำหนดให้การบังคับคดีหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วย ต้องบังคับไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีของสิทธิเรียกร้องซึ่งมาตรการการบังคับคดี เกี่ยวกับคำสั่งศาลที่กำหนดให้มีการกำหนดราคาทรัพย์สินที่จำนำ เพื่อโอนการครอบครองให้แก่ผู้รับจำนำ แต่หากศาลเห็นว่าการจำหน่ายทรัพย์สินจะเป็นการเหมาะสมมากกว่า ศาลชอบที่จะออกคำสั่งจำหน่ายเครื่องหมายการค้านั้นๆ ให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ การกำหนดให้ผู้รับจำนำมีสิทธิได้รับประโยชน์จากเครื่องหมายการค้า แม้ว่ากรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าจะอยู่ที่ผู้จำนำก็ตาม กรณีดังกล่าวข้างต้น ศาลชอบที่จะใช้ดุลพินิจแก่การพิจารณาและพิพากษา<sup>16</sup>

ส่วนกรณีการจดทะเบียน โอนเครื่องหมายการค้า การเปลี่ยนแปลง หรือการระงับซึ่งสิทธิ ในเครื่องหมายการค้า กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้น เจ้าหนี้ไม่สามารถอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ การจดทะเบียนดังกล่าว มีเจตนาเพื่อให้สาธารณชนทั่วไปสามารถตรวจสอบสถานะของเครื่องหมายการค้า นั้น ว่ามีการจำนำ จำนองไว้แก่ผู้ใดอีกหรือไม่ ทั้งนี้ เป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาการบังคับหลักประกันในภายหลัง

จากการพิจารณาหลักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นดังกล่าว พบว่า การบัญญัติหลักกฎหมายว่าด้วยการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน จัดทำขึ้น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ลูกหนี้สามารถนำเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตน แต่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถใช้ประโยชน์ในเครื่องหมายการค้าได้ เพื่อให้ลูกหนี้มีรายได้จากการใช้ทรัพย์สินและสามารถนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

#### 3.2.1.1.4 วิธีการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินของประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดให้หน่วยงานภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานจังหวัด หรือหน่วยงานเทศบาล ทำหน้าที่ประเมินมูลค่าของทรัพย์สินประเภทต่างๆ ตามที่หน่วยงานภาครัฐส่วนกลางกำหนดไว้ในกฎกระทรวง และกำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวจัดทำบันทึกข้อมูลการประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่เข้ารับการประเมิน โดยการประเมินมูลค่านี้ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานข้อมูลการสำรวจราคาตลาดของทรัพย์สินนั้นๆ รวมถึงมูลค่าการก่อสร้างและการบำรุงรักษาสสิ่งปลูกสร้าง<sup>17</sup>

<sup>16</sup>พนา เลิศเชิดชูพงศ์. (2556). ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 34-36.

<sup>17</sup>รัชเฉลิม สุทธิพงษ์ประชา และ อัครณณ์ วงศ์ปรีดี. (2557). ภาษีทรัพย์สินในเชิงเปรียบเทียบ : บทเรียนจาก 4 ทวีป. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : [http://www.pdmo.go.th/upload/download\\_pdf/down\\_20151007122426.pdf](http://www.pdmo.go.th/upload/download_pdf/down_20151007122426.pdf).

หลักเกณฑ์การนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบตามหลัก Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกาพัฒนาต่อ ยอดให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการนำมาตราเป็นพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีรูปแบบการนำทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ นับได้ว่าเป็นการช่วยแก้ปัญหาการเข้าไม่ถึงแหล่งเงินทุนแก่ผู้ประกอบการได้

### 3.3 การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามหลักกฎหมายไทย

#### 3.3.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

##### 3.3.1.1 การจำนอง

การทำสัญญาจำนองตามมาตรา 702<sup>18</sup> อันว่าจำนอง คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้จำนอง และผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 702/2535<sup>19</sup> ข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจำนองมีว่า ผู้จำนองได้จำนองทรัพย์สินเป็นประกันหนี้ ซึ่งผู้จำนองเป็นหนี้อยู่แล้วในเวลานี้หรือในเวลาใดเวลาหนึ่งในภายหน้าในเรื่องการกู้ยืมเงิน การเบิกเงินเกินบัญชีและหนี้ในลักษณะอื่น ๆ ทุกประเภทที่เป็นหนี้แก่ผู้รับจำนองทั้งหมด รวมทั้งการขอรับเงินคืนเชื่อประเภทหมุนเวียนอันเป็นประเพณีการให้สินเชื่อของผู้รับจำนอง ซึ่งผู้รับจำนองทราบดีอยู่แล้วด้วย รวมวงเงิน 10,000,000 บาท ดังนี้ การจำนองย่อมมีผลเป็นการประกันหนี้ ที่จำเลยก่อขึ้นและเป็นลูกหนี้โจทก์อยู่ไม่ว่าจะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้ว หรือหนี้ที่เกิดขึ้นในอนาคตในวงเงินไม่เกิน 10,000,000 บาท เมื่อฟังว่าหนี้ตามสัญญาขายลดตัวแลกเงินที่จำเลยค้าประกันยังไม่ได้มีการชำระ จำเลยไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ แม้จำเลยได้มีหนังสือบอกเลิกการค้าประกันการขายลดตัวสัญญาใช้เงิน และโจทก์ได้รับหนังสือบอกเลิกแล้วแต่เมื่อไม่ปรากฏว่า

<sup>18</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 702 อันว่าจำนอง คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้จำนอง

<sup>19</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 702/2535. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

โจทก์ยินยอมให้จำเลยบอกเลิก จำเลยจึงไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 3874/2549<sup>20</sup> จำเลยที่ 1 กู้เงิน โจทก์ จำเลยที่ 2 ทำหนังสือมอบให้ โจทก์โดยมีใจความว่า จำเลยที่ 2 มอบโฉนดและหนังสือจำนอง (แบบพิมพ์สัญญาจำนอง) ให้จำเลยที่ 1 มาวางเป็นประกันเงินกู้ และลงชื่อจำเลยที่ 2 ในสัญญานั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อความดังกล่าวของจำเลยที่ 2 ไม่ใช่การค้ำประกันการกู้ยืมเงินและไม่ถือเป็นการจำนองเนื่องจากจำเลยที่ 2 ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด จึงไม่ก่อผลเป็นการประกันด้วยบุคคลหรือด้วยทรัพย์สิน

คำพิพากษาฎีกาที่ 546/2512<sup>21</sup> จำเลยที่ยอมผูกพัน ตนเพื่อประกันการชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 โดยส่งมอบโฉนดที่ดินและใบมอบฉันทะซึ่งลงลายมือชื่อแล้วให้แก่โจทก์เพื่อใช้จดทะเบียนจำนอง เมื่อมิได้มีการจดทะเบียนจำนองให้ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาจำนอง สัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ จำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้จำนอง

จากบทบัญญัติในมาตรา 702 และคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้น สรุปสาระสำคัญได้ว่า สัญญาจำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์อย่างหนึ่ง เพื่อเป็นการชำระหนี้ประชนา จึงต้องมีสัญญาประชนาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ก่อนโดยหนี้ดังกล่าวจะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วในขณะที่ทำสัญญา หรือเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นในอนาคตก็ได้ การจำนองคือการนำทรัพย์สินไปตราไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มิพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ ทรัพย์สินที่นำมาจำนองได้ คือ ทรัพย์สินตามมาตรา 703<sup>22</sup> กล่าวคือ ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์พิเศษที่มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นการจำนองทรัพย์สินย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 714<sup>23</sup> นอกจากเจ้าพนักงาน

<sup>20</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 284/2539. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

<sup>21</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 284/2539. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

<sup>22</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 อันสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจดทะเบียนจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้อาจจำนองได้คู่กัน กว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย ได้แก่

- (1) เรือที่มีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป
- (2) แพง
- (3) สัตว์พาหนะ
- (4) สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนได้

<sup>23</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 อันสัญญาจำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

จะได้จดทะเบียนดังกล่าวแล้ว เจ้าพนักงานจะบันทึกการจำนองไว้ในเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินด้วย<sup>24</sup>

กรณีการจำนอง มีข้อจำกัดที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ แม้กฎหมายการจำนองมิได้กำหนดให้ผู้จำนองต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองและผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่จำนองต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับจำนองซึ่งเป็นผลต่อการประกอบธุรกิจมากกว่า แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ จำกัดเฉพาะสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ข้อจำกัดประการที่สอง คือ เรื่องของการบังคับจำนองเป็นอำนาจของศาล โดยการนำทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดหรือการฟ้องบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นสิทธิ ซึ่งเจ้าหนี้มีหน้าที่ส่งหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังผู้จำนอง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 728<sup>25</sup> ส่วนการบังคับจำนองหลุดเป็นสิทธิ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดแทนการขายทอดตลาด ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 729<sup>26</sup> ส่งผลให้กระบวนการพิจารณาคดีบังคับจำนองมีความล่าช้า ส่งผลเสียต่อการประกอบกิจการทั้งผู้จำนองและผู้รับจำนอง อีกทั้งการบังคับคดีจำนองโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินไปตามระเบียบแบบแผน ทำให้การบังคับจำนองมีความล่าช้า ประกอบกับความเชี่ยวชาญของเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีความเชี่ยวชาญเพียงพอ ส่งผลให้การบังคับคดีจำนองได้ในราคาไม่มากนักซึ่งไม่เป็นผลดีแก่ผู้จำนองและผู้รับจำนอง

### 3.3.1.2 การจำนำ

ในส่วนการจำนำตามมาตรา 747<sup>27</sup> อันว่าจำนำ คือ สัญญาซึ่งบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกัน

<sup>24</sup> ปัญญา ถนอมรอด. (2554). *ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ*.คำบรรยายเนติบัณฑิต. หน้า 65-68.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 เมื่อจะบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาพอสมควร ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาสั่งให้ยึดทรัพย์สินซึ่งจำนองและให้ขายทอดตลาด

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 ในการบังคับจำนองตามมาตรา 728 ถ้าไม่มีการจำนองรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนจำนองไว้เหนือทรัพย์สินรายเดียวกัน ผู้รับจำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกเอาทรัพย์สินจำนองหลุดภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังกล่าวต่อไปนี้แทนการขายทอดตลาดก็ได้ (1) ลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาเป็นเวลาถึงห้าปี และ (2) ผู้รับจำนองแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าจำนวนเงินอันค้างชำระ

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 747 อันว่าจำนำ คือ สัญญาซึ่งบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

## การชำระหนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2643/2531<sup>28</sup> ทรัพย์สินที่นำมาได้นั้นต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่สิทธิการเช่าอาคารไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 101 (ปัจจุบันมาตรา 140) จึงไม่อาจจำนำกันได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1914/2526<sup>29</sup> จำเลยมอบรถยนต์ให้แก่ผู้ร้องไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ค่าซื้อวัสดุก่อสร้างตามหนังสือรับสภาพหนี้ ถือได้ว่าเป็นการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747 ผู้ร้องจึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดรถยนต์คันนั้นก่อน โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาผู้ขายรถยนต์คันนั้นมาขายทอดตลาด

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถสรุปสาระสำคัญของการจำนำได้ว่า การจำนำทำขึ้นเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ประชาชน จึงต้องมีหนี้ประชาชนระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ โดยหนี้ประชาชนนี้เป็นหนี้ที่มาจากสัญญาหรือมูลหนี้ละเมิดก็ได้ คือการที่ลูกหนี้ผู้จำนำส่งมอบทรัพย์สินให้แก่อีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าเจ้าหนี้ผู้รับจำนำ<sup>30</sup> ทรัพย์สินที่นำมาจำนำต้องมีการส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนำได้ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ มิฉะนั้น จะไม่ถือว่าเป็นการจำนำ เนื่องจากการส่งมอบนับได้ว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาและถือว่าเป็นแบบของสัญญาจำนำ สิทธิจำนำก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่จากข้อสัญญาหรือข้อตกลง ดังนั้นแม้คู่สัญญาจะตกลงกันทำหลักฐานการจำนำเป็นหนังสือ แต่หากไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ การจำนำย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมุ่งถึงผลแห่งการใช้ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกัน ดังนั้น ทรัพย์สินที่จำนำจึงเป็นทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากสังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่ายเพียงการส่งมอบการครอบครอง<sup>31</sup> สัญญาจำนำไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ ดังนั้น การจำนำคู่สัญญาจะตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้ เพียงแต่ข้อสำคัญต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ และการส่งมอบนั้นกระทำโดยมีเจตนาเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้มีอำนาจเหนือทรัพย์สินที่นำมา

<sup>28</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 2643/2531. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

<sup>29</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 1914/2526. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

<sup>30</sup>ชุมพล จันทราทิพย์. (2537). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนอง จำนำ**. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 144.

<sup>31</sup>สัญญา วิริยะผล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 16-17.

เป็นหลักประกัน หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะมีอำนาจบังคับหลักประกันโดยการนำเอาทรัพย์สินออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติว่าด้วยการระงับสิ้นไปแห่งการจำนำ<sup>32</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 769 (2) ที่ว่า “อันจำนำยอมระงับสิ้นไป (2) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินซึ่งจำนำกลับคืนสู่ครอบครองผู้จำนำ” แต่ในส่วนของ การครอบครองทรัพย์สินที่จำนำนั้น คู่สัญญาอาจตกลงกันให้ผู้ใดคนหนึ่งเป็นผู้เก็บรักษาสิทธิก็ได้

เนื่องจากการจำนำเป็นการประกันการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัด กล่าวคือ การจำนำนั้น สิ่งที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ คือสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วย หลักการดังกล่าวไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์อย่างเช่น สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เครื่องจักร เรือเดินทะเล ฯลฯ ไปจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ทั้งที่สังหาริมทรัพย์ดังกล่าวมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากผู้จำนำจำเป็นต้องใช้สังหาริมทรัพย์ เหล่านั้นในการประกอบกิจการ ซึ่งหากต้องมีการส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนำแล้วจะส่งผลเสียต่อผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ประกอบการไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ซึ่งการประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำนำ มีข้อจำกัดหลายประการ<sup>33</sup> ได้แก่

1. ประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ชนิดของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ตามหลักกฎหมายไทยมีจำกัด ทำให้ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้มีเพียงไม่กี่ประเภทเท่านั้น ได้แก่ สังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง (กรณีจำนำ) สิทธิอันมีตราสาร เช่น หุ้น ตั๋วเงิน บัตรเงินฝากประจำประเภทโอนเปลี่ยนมือได้โดยการสลักหลังและส่งมอบ ใบประทวนสินค้า ส่วนการจำนองก็จำกัดอยู่เฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภทเท่านั้น

2. ขั้นตอนการจำนำ นับเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน เนื่องจากกฎหมายบังคับว่าการจำนำจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ และหากเจ้าหนี้ผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินกลับคืนสู่ความครอบครองของลูกหนี้เมื่อใด การจำนำยอมเป็นอันระงับสิ้นไป ด้วยข้อจำกัดดังกล่าวส่งผลให้ผู้จำนำไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ ทำให้ไม่สามารถหาเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนำได้

<sup>32</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 769 (2) ที่ว่า “อันจำนำยอมระงับสิ้นไป (2) เมื่อผู้รับจำนำยอมให้ทรัพย์สินซึ่งจำนำกลับคืนสู่ครอบครองผู้จำนำ

<sup>33</sup>พิรพร เรื่องรองปัญหา. (2549). ปัญหาการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. .... : ศึกษาเฉพาะกรณีกิจการที่เป็นหลักประกันล้มละลาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 18-19.

ด้วยเหตุผลข้อจำกัดดังกล่าวข้างต้นทำให้ผู้ประกอบการไม่มีโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน ทำให้ผู้ประกอบการต้องไปพึ่งพาเงินทุนนอกระบบ ซึ่งสร้างปัญหาให้แก่ผู้กู้ยืมเงิน และเกิดปัญหาในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมอีกด้วย กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจึงเป็นช่องทางใหม่ที่เพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการธุรกิจและประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้เพิ่มมากยิ่งขึ้นเป็นการเพิ่มสภาพคล่องและขยายธุรกิจได้เพิ่มขึ้น รวมทั้งยังสามารถนำเงินดังกล่าวไปพัฒนา สินค้าหรือบริการให้เกิดมูลค่าเพิ่มซึ่งเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันให้แก่ผู้ประกอบการมากยิ่งขึ้นด้วย จึงเกิดแนวคิดในการตรากฎหมายขึ้น เพื่อให้มีการนำทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถนำมาจำนองจำนำได้มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันโดยกฎหมายดังกล่าวต้องมี ระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกัน เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกันและเพื่อเป็นการลดภาระหน้าที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและการทำงานของ เจ้าพนักงานบังคับคดีในกระบวนการบังคับหลักประกันซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจแต่ไม่สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเช่นเดียวกับการจำนองและการจำนำ

### 3.3.2 ทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายร่วม ตามความในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นกลุ่มสิทธิในทรัพย์สินไม่มีตัวตนที่ได้รับการแบ่งแยกโดยองค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization : WIPO)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5639/2540<sup>34</sup> จำเลยที่ 1 ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า คำว่า SEIKO ในประเทศไทย ตั้งแต่ปี 2503 สำหรับสินค้าจำพวก 10 โดยเป็นสินค้าเครื่องบอกเวลาและได้รับอนุญาตให้จดทะเบียนเมื่อปี 2505 ได้มีการโฆษณาสินค้าเครื่องหมายการค้าของจำเลยที่ 1 แพร่หลายในประเทศไทยมาก่อนที่โจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายพิพาทเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2534 โดยในปี 2508 บริษัท ม. ซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้านำพิพาทของจำเลยที่ 1 ในประเทศไทยได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าคำว่า SEIKO รวม 2 คำขอ โดยคำขอแรกใช้กับสินค้าจำพวก 50 สินค้าเบ็ดเตล็ด ได้แก่ ยาขัดทาเครื่องแต่งเรือน ส่วนคำขอที่สองใช้กับสินค้าจำพวก 37

<sup>34</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5639/2540. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>

ได้แก่ หนังสือของสัตว์ และต่อมาได้มีการโอนเครื่องหมายการค้าทั้งสอง เครื่องหมายการค้าให้แก่ จำเลยที่ 1 แล้ว เมื่อจำเลยที่ 1 เป็นผู้คิดประดิษฐ์เครื่องหมายการค้าว่า SEIKO และได้จดทะเบียน เครื่องหมายการค้าดังกล่าวทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยก่อนที่โจทก์จะยื่นคำขอจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าของโจทก์เป็นเวลานานหลายปีประกอบกับได้มีการโฆษณาสินค้าเครื่องหมาย การค้าของจำเลยที่ 1 เป็นที่แพร่หลายทั่วไป และโจทก์ได้เลียนเครื่องหมายการค้าของจำเลยที่ 1 แม้โจทก์จะยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายพิพาทในสินค้าต่างจำพวกกับสินค้าของ จำเลยที่ 1 ซึ่งใช้เครื่องหมายค้านั้นอยู่ก่อนแล้วก็ตาม ก็อาจทำให้ผู้ซื้อสินค้าเกิดความสับสนหรือ หลงผิดว่าเครื่องหมายการค้าของโจทก์คือเครื่องหมายการค้าของจำเลยที่ 1 ซึ่งนับว่าเป็นการลวง สาธารณชนตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 โจทก์จึงไม่มีสิทธิ จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายพิพาทต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า จำเลยที่ 1 มีสิทธิ ในเครื่องหมายการค้าของจำเลยที่ 1 ดีกว่าโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 7731/2538<sup>35</sup> โจทก์ที่ 1 ฟ้องว่าเครื่องหมายการค้าคำว่า 0101 ของ โจทก์ ที่ 1 อ่านออกเสียงในภาษาญี่ปุ่นว่า โออิ โออินั้น แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าโจทก์ที่ 1 ได้นำ เครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 นั้นมาจากภาษาญี่ปุ่น การที่จำเลยได้ขอจดทะเบียนเครื่องหมาย การค้า คำว่า 0101 ซึ่งเป็นตัวเลขอารบิกประดิษฐ์ไว้ในประเทศญี่ปุ่นสำหรับสินค้า 33 จำพวก ตั้งแต่ ปี 2516 และได้จดทะเบียนเครื่องหมายค้านั้นสำหรับสินค้าจำพวกเครื่องแต่งกาย กระเป๋าและ กระดาษในปี 2522 ปี 2520 และปี 2520 ตามลำดับ จำเลยจึงเป็นเจ้าของเครื่องหมายค้านั้น การที่ โจทก์ที่ 1 เลียนแบบเครื่องหมายการค้าตัวเลขอารบิกประดิษฐ์ 0101 ของจำเลยไปเป็นส่วนของ เครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 โดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคำว่า MARUI ประกอบกับ โจทก์ที่ 1 ได้คิดแผ่นป้ายหน้าร้านว่า MARUI 0101 ตรงกับชื่อ MARUI ของจำเลยตามที่ปรากฏอยู่ ที่หน้าร้านหลายแห่งของจำเลย ทั้งยังปรากฏอีกด้วยว่าถุงบรรจุสินค้า และกระดาษห่อสินค้าซึ่ง โจทก์ที่ 1 ใช้บรรจุและห่อสินค้าของโจทก์ที่ 1 ให้แก่ลูกค้าของโจทก์ที่ 1 ไม่มีคำว่า young's fashion ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าของโจทก์ที่ 1 คงมีแต่ตัวเลขอารบิกประดิษฐ์ 0101 ขนาดใหญ่บนถุงบรรจุสินค้าและกระดาษห่อสินค้าเหล่านั้น การที่โจทก์ที่ 1 คิดป้ายหน้าร้านว่า MARUI 0101 และใช้ถุงบรรจุสินค้าและกระดาษห่อสินค้าเช่นนั้น ถือได้ว่าโจทก์ที่ 1 จงใจลอก เครื่องหมายการค้าตัวเลขอารบิกประดิษฐ์ 0101 ของจำเลยซึ่งได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ใน ประเทศญี่ปุ่นมาก่อนนานประมาณถึง 15 ปี จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าคำว่า 0101 จึง

<sup>35</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 7731/2538. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

มีสิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นดีกว่าโจทก์ที่ 1 เมื่อโจทก์ที่ 1 ไม่มีสิทธิในเครื่องหมายการค้าพิพาท คำว่า 0101 ดีกว่าจำเลยและ โจทก์ที่ 1 ดังนั้น โจทก์ที่ 2 ก็ย่อมไม่มีสิทธิในเครื่องหมายการค้าพิพาทดีกว่าจำเลยด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 343/2503<sup>36</sup> ความหมายคำว่า "ลวงขาย" ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรค 2 มิได้จำกัดเฉพาะสินค้าชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียวกันเท่านั้น หากแต่มีความหมายกว้างครอบคลุมถึงกรณีต่าง ๆ ซึ่งจำเลยเอาสินค้าของจำเลยไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายได้ว่าไม่ใช่เป็นการลวงในวัตถุเท่านั้น หากแต่เป็นการลวงในความเป็นเจ้าของด้วยฉะนั้น เมื่อจำเลยเอาคำว่า "แฟ็บ" (FAB) ในลักษณะและสีเช่นเดียวกับของโจทก์ไปใช้กับสินค้าของจำเลย ก็ย่อมเป็นการลวงขาย ผิดกฎหมายเรื่องละเมิด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า การได้รับความคุ้มครองตามความในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กฎหมายไทยแบ่งเป็นการได้สิทธิมาโดยการใช้และการได้สิทธิมาโดยการจดทะเบียน<sup>37</sup> ซึ่งในส่วนของ การได้สิทธิมาโดยการจดทะเบียนนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าของตน โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เฉพาะเครื่องหมายการค้าตามที่ตนได้จดทะเบียนไว้ต่อนายทะเบียนเท่านั้น ภายใต้กำหนดระยะเวลาการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิมีระยะเวลาจำกัด 10 ปี ตามมาตรา 53<sup>38</sup> โดยสามารถต่ออายุการให้ความคุ้มครองได้ตราบเท่าที่ ยังมีการใช้เครื่องหมายการค้าในส่วนการได้สิทธิมาโดยการใช้กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของสิทธิในเรื่องของการลวงขาย (Passing-off) ตามมาตรา 46<sup>39</sup> แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กล่าวคือ เป็นการนำสินค้าที่ไม่ใช่ของตน แต่เป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

<sup>36</sup>ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 343/2503. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

<sup>37</sup>ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2548). **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา : พื้นฐานความรู้ทั่วไป ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า เซมิคอนดักเตอร์ชิป พันธุ์พืชใหม่.** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 298-299.

<sup>38</sup>พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 53 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้มีอายุสิบปีนับแต่วันที่จดทะเบียนตามมาตรา 42 และอาจต่ออายุได้ตามมาตรา 54

<sup>39</sup>พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 46 บุคคลใดจะฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้ บทบัญญัติมาตรานี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ในอันที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลวงขายว่าเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

ที่แท้จริงไปขาย โดยหลอกว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น เป็นการหลอกขายโดยกระทำเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อในแหล่งกำเนิดของชิ้นนั้นๆ อันเป็นความเท็จ โดยไม่จำกัดวิธีการหลอกลวง กรณีดังกล่าวรวมถึงการใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย การลวงขายอาจเกิดขึ้นจากการขายสินค้าต่างจำพวก หรือต่างประเภทก็ได้ หากแต่เป็นการทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าสินค้าที่จำหน่ายเป็นสินค้าที่ผลิตโดยผู้หนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่ง “การลวงขาย” ตามมาตรา 46 วรรคท้าย ไม่ได้หมายถึงแต่เฉพาะการลวงขายในสินค้าจำพวกเดียวกันเท่านั้น แต่หมายรวมถึงลวงในความเป็นเจ้าของด้วย ในส่วนของการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า ในขณะที่ได้รับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า นับได้ว่าเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากหากเครื่องหมายการค้านั้นสิ้นอายุการคุ้มครองตามกฎหมายย่อมตกเป็นสาธารณสมบัติ ส่งผลให้มูลค่าทางเศรษฐกิจของเครื่องหมายการค้าเป็นอันสิ้นสุดลง เนื่องจากไม่มีลักษณะบ่งเฉพาะ อีกทั้งผู้ประกอบการรายอื่นสามารถใช้เครื่องหมายการค้าอื่นๆ ได้อย่างเสรี ดังนั้น ความพยายามในการขอรับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจจึงเกิดขึ้นตลอดเวลา และเป็นข้อยืนยันได้ว่าเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจ

### 3.3.3 การประกันการชำระหนี้ด้วยเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

#### 3.3.3.1 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน<sup>40</sup> มี 6 ประเภท คือ

- 1) กิจการ
- 2) สิทธิเรียกร้อง
- 3) สंहारิมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต สินค้าคงคลัง เครื่องจักร
- 4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง

<sup>40</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8 หลักประกันได้แก่ทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

- 1) กิจการ
- 2) สิทธิเรียกร้อง
- 3) สंहาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต สินค้าคงคลัง เครื่องจักร
- 4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง
- 5) ทรัพย์สินทางปัญญา
- 6) ทรัพย์สินอื่นตามกฎหมายกระทรวง

### 5) ทรัพย์สินทางปัญญา

### 6) ทรัพย์สินอื่นตามกฎหมาย

ทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันนั้น ผู้ให้หลักประกันจะนำทรัพย์สินที่ตนมีสิทธิอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาในอนาคตมาใช้เป็นหลักประกันก็ได้ ทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาตามสัญญาหรือตามนิติสัมพันธ์ใดๆ แม้เป็นทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขก็สามารถนำทรัพย์สินนั้นมาเป็นหลักประกันได้

#### 3.3.3.2 การจดทะเบียน

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน<sup>41</sup> เนื่องจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก่อให้เกิดบุริมสิทธิทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันเช่นเดียวกับเจ้าหนี้จํานองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ

กำหนดให้จัดตั้งสำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ทำหน้าที่รับจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจแก้ไขรายการจดทะเบียน และยกเลิกการจดทะเบียน และจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนและข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาตเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้<sup>42</sup> โดยให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียน<sup>43</sup>

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่แจ้งไปยังนายทะเบียนผู้มีอำนาจหน้าที่จดทะเบียนสิทธิตามกฎหมาย และให้นายทะเบียนบันทึกการประกันตามพระราชบัญญัตินี้ลงในทะเบียน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเร็วเมื่อได้รับแจ้งกำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีหน้าที่ยื่นขอจดทะเบียนสัญญาหลักประกัน แก้ไข

<sup>41</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 13 “สัญญาหลักประกันทางธุรกิจต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน...”

<sup>42</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 14 “ให้จัดตั้งสำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจมีหน้าที่รับจดทะเบียน แก้ไขรายการจดทะเบียน และยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ และจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนและข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาตเพื่อให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ การจดทะเบียน การแก้ไขรายการจดทะเบียน และการยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกัน ทางธุรกิจ รวมถึงการให้ประชาชนตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนและข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

<sup>43</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 15 “ให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้”

เปลี่ยนแปลงและยกเลิกในกรณีที่มีการจำหน่ายทรัพย์สินเมื่อมีการบังคับหลักประกัน หรือ เมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับหลักประกัน ส่วนให้ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ จดทะเบียนเมื่อหนี้ที่เป็นได้ระงับสิ้นไปหรือ มีข้อตกลงเป็นหนังสือให้ยกเลิกสัญญา หรือเมื่อมีการ ปล่อยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทั้งนี้ผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียนเป็นผู้รับผิดชอบในความ ถูกต้องและครบถ้วนของข้อมูลที่ดินเป็นผู้แจ้งรายการจดทะเบียนจะต้องระบุรายละเอียดต่างๆ ที่กำหนดไว้ได้แก่<sup>44</sup>

- 1) วัน เดือน ปีและเวลาที่จดทะเบียน
- 2) ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน
- 3) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน
- 4) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับใบอนุญาตซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกัน และอัตรา หรือ จำนวนค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน
- 5) หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระหนี้
- 6) รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน หากทรัพย์สินมีทะเบียนให้ระบุ ประเภทของทะเบียน หมายเลขทะเบียน และนายทะเบียนไว้ด้วย หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจให้ระบุประเภท ปริมาณและมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าว ไว้ด้วย

<sup>44</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 18 “การจดทะเบียนอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- 1) วัน เดือน ปีและเวลาที่จดทะเบียน
- 2) ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน
- 3) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน
- 4) ชื่อและที่อยู่ของผู้รับ ใบอนุญาตซึ่งยินยอมเป็นผู้บังคับหลักประกัน และอัตราหรือ จำนวน ค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ในกรณีนำกิจการมาเป็นหลักประกัน
- 5) หนี้ที่กำหนดให้มีการประกันการชำระหนี้
- 6) รายละเอียดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน หากทรัพย์สินมีทะเบียนให้ระบุประเภท ของทะเบียน หมายเลขทะเบียน และนายทะเบียนไว้ด้วย หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกัน ใช้ ในการประกอบธุรกิจให้ระบุประเภท ปริมาณและมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย
- 7) ข้อความที่แสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ ผู้รับ หลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
- 8) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
- 9) เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
- 10) รายการอื่นตามที่เจ้าพนักงานทะเบียนกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- 7) ข้อความที่แสดงว่าผู้ให้หลักประกันตราทรัพย์สินที่ระบุในรายการจดทะเบียนไว้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้
- 8) จำนวนเงินสูงสุดที่ตกลงใช้ทรัพย์สินเป็นประกัน
- 9) เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ
- 10) รายการอื่นตามที่เจ้าพนักงานทะเบียนกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียน พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กำหนดให้เจ้าพนักงานทะเบียนแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ และนายทะเบียนที่ได้รับแจ้งมีหน้าที่ในการบันทึกการประกันตามพระราชบัญญัตินี้ลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยเร็วนับแต่ได้รับแจ้ง<sup>45</sup> เมื่อจดทะเบียนแล้วผู้รับหลักประกันมีสถานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย และผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ในขณะที่ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใ้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่ายจ่ายโอนและจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นได้<sup>46</sup>

### 3.3.3.3 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1. ผู้ให้หลักประกัน คือ ผู้ที่นำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน โดยอาจเป็นตัวเอง หรือบุคคลภายนอก และจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้
2. ผู้รับหลักประกัน คือ ผู้เป็นเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน โดยผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงิน

<sup>45</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินมีทะเบียนให้เจ้าพนักงาน ทะเบียนแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อ ในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ให้นายทะเบียนบันทึกการประกันตามพระราชบัญญัตินี้ลงในทะเบียนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยเร็วเมื่อได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่ง

<sup>46</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 22 “ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใ้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่ายโอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิตนำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น”

### 3.3.3.4 การบังคับหลักประกัน แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1. การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน กฎหมายกำหนดให้ผู้รับหลักประกันอาจบังคับหลักประกันได้ 2 วิธีคือ การบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

การบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิจะกระทำได้ต่อเมื่อลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี<sup>47</sup> โดยไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน<sup>48</sup> เมื่อผู้รับหลักประกันได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือกระทำการใดๆ อันจะทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน บอบสลายหรือเสื่อมค่าลง โดยผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ทันทีแต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>49</sup> ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันเลือกวิธีการบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ผู้รับหลักประกันจะต้องดำเนินการจำหน่ายหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย<sup>50</sup> โดยใช้ความระมัดระวัง เช่น

<sup>47</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 38 “เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้รับหลักประกัน ได้มีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกระทำการใดๆ อันทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน บอบสลายหรือเสื่อมค่าลง และให้ผู้รับหลักประกัน มีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การใช้สิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

<sup>48</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 36 “ผู้รับหลักประกันอาจบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หลุดเป็นสิทธิหรือ โดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้

<sup>49</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 37 ห้ามมิให้ผู้รับหลักประกันบังคับหลักประกัน โดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ เว้นแต่ลูกหนี้ค้างชำระหนี้อันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี โดยไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”

<sup>50</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 40 “ภายใต้บังคับมาตรา 43 ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในหนังสือตามมาตรา 39 วรรคสอง และผู้รับหลักประกันจะบังคับหลักประกัน โดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการจำหน่ายหลักประกัน โดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย ในการนี้ ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่

วิญญูชนพึงปฏิบัติต่อทรัพย์สินของตน โดยให้นำทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม<sup>51</sup>

เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้จัดสรรชำระตามลำดับ<sup>52</sup> ดังต่อไปนี้ (1) ค่าใช้จ่ายในการรักษาและสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตาม (2) ค่าใช้จ่ายตามสมควรและค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน (3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ (4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน (5) เงินที่เหลือหากมีให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกันถ้าจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้ ห้ามมิให้ตกลงเป็นอย่างอื่น การใดแตกต่างจากพระราชบัญญัตินี้ให้ตกเป็นโมฆะ

2. การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการต้องระบุชื่อผู้บังคับหลักประกันที่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานทะเบียน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดี

---

และวิธีการ จำหน่ายหลักประกันให้ผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกันอื่น และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนดำเนินการ จำหน่ายหลักประกันโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือโดยวิธีการอื่นที่แสดงว่าผู้รับได้รับหนังสือแล้ว”

<sup>51</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 41 “ในการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตาม มาตรา 39 วรรคสาม และมาตรา 40 ผู้รับหลักประกันต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการดังเช่นวิญญูชนจะพึงปฏิบัติ โดยพฤติการณ์เช่นนั้นให้นำทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านการขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณา ความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การดำเนินการตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม”

<sup>52</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 52 เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 39 วรรคสาม มาตรา 40 และ มาตรา 44 และดอกผลที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันให้จัดสรรชำระตามลำดับ ดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการรักษาและสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตาม
- (2) ค่าใช้จ่ายตามสมควรและค่าฤชาธรรมเนียมอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน
- (3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ
- (4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน
- (5) เงินที่เหลือหากมีให้ชำระคืนแก่ผู้ให้หลักประกัน

กรมพัฒนาธุรกิจการค้ากำหนด<sup>53</sup> โดยคู่สัญญาต้องตกลงเลือกผู้บังคับหลักประกันอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ เพื่อให้ผู้บังคับหลักประกันทำการไต่สวนข้อเท็จจริงและทำการวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันหรือไม่ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ให้บรรดาหลักประกันตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันทีที่มีคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน ผู้บังคับหลักประกันชอบที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันเพื่อส่งมอบแก่ผู้บังคับหลักประกันเพื่อดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป<sup>54</sup> ให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ตรวจสอบและประเมินราคากิจการที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันดำเนินการจำหน่าย กิจการที่เป็นหลักประกัน<sup>55</sup> และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน<sup>56</sup>

<sup>53</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 55 “ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านกฎหมาย บัญชี เศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ หรือการประเมินราคาทรัพย์สิน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(1) เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต เป็นบุคคลล้มละลายหรือพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลายมาแล้วไม่ถึงห้าปี

(2) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือความผิดตามมาตรา 89 หรือมาตรา 90

(3) เคยเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาต เว้นแต่ได้รับยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(4) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกัน

(5) เคยถูกถอดถอนจากการเป็นประธานกรรมการ กรรมการ หรือผู้จัดการตามมาตรา 144 หรือมาตรา 145 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายอื่น

(6) เป็นข้าราชการการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง

(7) เป็นข้าราชการที่มีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

(8) มีลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด”

<sup>54</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 72 ภายในเจ็ดวันเมื่อได้รับคำวินิจฉัยบังคับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบ กิจการที่เป็นหลักประกัน ดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ตลอดจนสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้เพราะเหตุสุดวิสัย ในกรณีดังกล่าวผู้ให้หลักประกันต้องแจ้งเหตุ

### 3.3.3.5 การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย ในส่วนนี้ผู้จัดทำได้ศึกษาจากมาตรฐานจรรยาบรรณและวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย ซึ่งจัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามมาตรฐานที่ 8<sup>57</sup> เรื่องวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินและคู่มือการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจัดทำโดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นบรรทัดฐานหลักวิธีการประเมินที่ผู้ประเมินต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ประเมินมีความเข้าใจหลักการประเมินที่ถูกต้องตรงกันในการนำวิธีการประเมินมาใช้ในการประเมินให้ถูกต้องเหมาะสม โดยมีหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการประเมินดังนี้<sup>58</sup>

นั้นให้ผู้บังคับหลักประกันทราบภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ทราบเหตุดังกล่าวและต้องดำเนินการดังกล่าว ภายในระยะเวลา ที่ผู้บังคับหลักประกันกำหนด

หากผู้ให้หลักประกันไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ผู้บังคับหลักประกันอาจยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันและส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน เมื่อศาลมีคำสั่งดังกล่าวให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดหรืออายัดกิจการที่เป็นหลักประกันเพื่อส่งมอบให้แก่ผู้บังคับหลักประกันตามคำสั่งศาล เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้บังคับหลักประกันในการจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่ยังมิได้ ส่งมอบกิจการนั้นให้แก่ผู้บังคับหลักประกัน

<sup>55</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 73 ให้ผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่บำรุงรักษาจัดการและดำเนินการ ที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคากิจการ ที่เป็นหลักประกัน กำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ดำเนินการจำหน่าย กิจการที่เป็นหลักประกัน และจัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตาม มาตรา 74 เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ ผู้บังคับหลักประกันอาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถ ดำเนินการต่อไปได้

ให้ถือว่าการดำเนินการของผู้บังคับหลักประกันตามวรรคหนึ่งเป็นการดำเนินการ โดยมติที่ประชุมใหญ่ ผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคนของผู้ให้หลักประกัน ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรานี้ ผู้บังคับหลักประกันต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างผู้ประกอบ วิชาชีพจะพึงปฏิบัติโดยพลการณเช่นนั้น

<sup>56</sup>พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 74 เงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน ให้จัดสรรชำระตามลำดับ ดังต่อไปนี้

- (1) ค่าธรรมเนียมในการยึดหรืออายัด ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา จัดการ และดำเนินการของผู้บังคับหลักประกัน
- (2) ค่าตอบแทนของผู้บังคับหลักประกัน ค่าใช้จ่ายตามสมควรอันเกิดจากการบังคับหลักประกัน ค่าฤชาธรรมเนียมการบังคับหลักประกัน และค่าธรรมเนียมการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน

- 1) หลักอุปสงค์ อุปทาน ขึ้นอยู่ความต้องการของผู้บริโภคเป็นหลัก หากอุปสงค์ มีมากหรือความต้องการของผู้บริโภคมีมาก อุปทานลดลง ราคาทรัพย์สินก็จะสูงหรือมีแนวโน้มสูงขึ้นเช่น จำนวนประชากรในท้องถิ่นมีมากขึ้น ทำให้ความต้องการที่ดินและที่อยู่อาศัยมีมากขึ้นตามจำนวนประชากร แต่พื้นที่ในการสนองอุปสงค์มีน้อย ทำให้ราคาที่ดินมีแนวโน้มสูงขึ้น เป็นต้น
- 2) หลักการเปลี่ยนแปลง การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง นับได้ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งในการผลักดันมูลค่าทรัพย์สิน
- 3) หลักการเปรียบเทียบ ได้แก่ เป็นการนำสิ่งของหรือทรัพย์สินชนิดเดียวกัน มีลักษณะรูปร่าง รวมทั้งมีโครงสร้างอย่างเดียวกันมาเปรียบเทียบราคาตลาดของสิ่งของนั้นๆ
- 4) หลักการให้ประโยชน์
- 5) หลักการคาดคะเน การคาดคะเนผลประโยชน์ที่จะได้รับในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของความเล็ง ความไม่แน่นอน ในส่วนนี้ผู้ประเมินต้องมีความสามารถในการวิจัยข้อมูลที่ดี อีกทั้งต้องมีประสบการณ์ในการประเมินมูลค่า
- 6) หลักการพิจารณาทางด้านการพัฒนา กล่าวคือ หากว่าทรัพย์สินนั้นยังสามารถทำประโยชน์สูงได้ในอนาคต ราคาทรัพย์สินนี้ก็จะมีความโน้มสูงขึ้นไป แต่หากว่าทรัพย์สินนั้น ไม่สามารถนำมาพัฒนาต่อออกทางการค้าได้อีกทรัพย์สินนั้นก็จะมีมูลค่าลดลง เป็นต้น

---

(3) ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน และเจ้าหนี้อื่นซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เท่าที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนตามลำดับ

(4) ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นซึ่งขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการจำหน่าย กิจการ

(5) เงินที่เหลือหากมี ให้ชำระแก่ผู้ให้หลักประกัน ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๕๒ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับแก่การจัดสรรชำระ ตามมาตรานี้โดยอนุโลม”

<sup>57</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันแห่งเอเชีย. **มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย.**(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:<http://capital.sec.or.th/webapp/mrs/data/5907a5.pdf>. หน้า 21-23.

<sup>58</sup>ยุทธนา พิทยา. (2554). **การศึกษาเปรียบเทียบราคาประเมินทรัพย์สินประเภทโรงแรม โดยวิธีคิดจากต้นทุนกับวิธีคิดจากรายได้เพื่อประกอบการพิจารณาสินเชื่อของสถาบันการเงิน.** วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต (นวัตกรรม การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์), คณะสถาปัตยกรรมและผังเมือง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-10.

<sup>59</sup>ฝ่ายมาตรการส่งเสริม สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์กรมมหาชน). (2557). **แนวทางและหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาด้านซอฟต์แวร์เบื้องต้น.** (พิมพ์ครั้งที่ 1). เอกสารโครงการการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาด้านซอฟต์แวร์. หน้า 17-27.

### วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไปมี 4 วิธีดังนี้<sup>59</sup>

#### 1) วิธีการประเมินมูลค่าจากค่าใช้จ่าย<sup>60</sup> (Cost Approach)

วิธีนี้เป็นการประเมินหามูลค่าโดยพิจารณาจากค่าใช้จ่ายที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาลงทุนเพื่อผลิตทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ โดยรวมถึงค่าใช้จ่ายในการทดลอง การพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขทรัพย์สินทางปัญญาให้มีลักษณะและคุณสมบัติที่สามารถใช้หรือขายในท้องตลาดได้ การประเมินมูลค่าโดยวิธีนี้จะอยู่บนหลักการทางเศรษฐศาสตร์ของการทดแทน หมายความว่า นักลงทุนจะไม่จ่ายราคาทรัพย์สินมากกว่าราคาที่ได้อมาโดยการซื้อหรือการสร้างสินค้าที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน วิธีนี้อยู่บนสมมติฐานที่ว่ามูลค่าทรัพย์สินทางปัญญามีค่าเท่ากับการลงทุนขึ้นมาใหม่โดยใช้ทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถใช้แทนกันได้ ถ้าสินค้าทั้งสองอย่างมีลักษณะใกล้เคียงกัน

#### 2) วิธีการประเมินมูลค่าจากราคาตลาด<sup>61</sup> (Market approach)

เป็นการประมาณการราคาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์การแข่งขัน (Competition) และจุดสมดุล นอกจากนี้ยังเป็นการประมาณราคาโดยพิจารณาจากทรัพย์สินที่เหมือนกันว่ามีราคาจากผู้ขายและผู้ซื้อพอใจอยู่ที่เท่าไร การประเมินราคาด้วยวิธีนี้จะทำได้ถูกต้องเมื่อทรัพย์สินทางปัญญาชนิดนั้นมีราคาอ้างอิงมาตรฐานในท้องตลาดให้เปรียบเทียบด้วย หากตลาดซื้อขายทรัพย์สินเหล่านี้ไม่มีอยู่จริงจะทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในการประเมิน ส่งผลให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือ ดังนั้น การประเมินด้วยวิธีการนี้ ผู้ประเมินต้องมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือในปริมาณที่มากเพียงพอที่จะสามารถนำมาใช้อ้างอิงเปรียบเทียบ โดยหาได้จากนิตยสาร สิ่งตีพิมพ์ รวมถึงข้อมูลทางการเงินของบริษัทแต่สำหรับทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทข้อมูลราคาตลาดอาจไม่มีให้พบเห็นมากนัก ทำให้ยากต่อการนำมาประเมิน

ปัจจัยที่ผู้ประเมินควรมานำมาเปรียบเทียบ เพื่อความเหมาะสมในการอ้างอิง<sup>62</sup> มีดังนี้

- ประเภทของอุตสาหกรรม โดยการเปรียบเทียบราคาตลาดของทรัพย์สินทางปัญญาที่จัดอยู่ในอุตสาหกรรมประเภทเดียวกัน เพื่อหาปัจจัยแวดล้อมที่ใกล้เคียงกัน ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มผู้บริโภค โอกาสในการเจริญเติบโต ความเสี่ยงในการลงทุน

<sup>60</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันแห่งเอเชีย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 57, หน้า 57.

<sup>61</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันแห่งเอเชีย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 57, หน้า 57.

<sup>62</sup>ฝ่ายมาตรการส่งเสริมสำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน), อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59, หน้า 58.

- ศักยภาพในการสร้างผลกำไร การสร้างผลกำไรของทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นอยู่กับความโดดเด่นของผลิตภัณฑ์ รวมถึงตราสินค้าที่ติดอยู่บนผลิตภัณฑ์ ทรัพย์สินทางปัญญาชนิดเดียวกันอาจมีศักยภาพในการสร้างผลกำไรไม่เท่ากัน ขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย เช่น ความสามารถทางการตลาด ตราสินค้า รูปแบบผลิตภัณฑ์

- ส่วนแบ่งทางการตลาด ทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในตลาดก่อนมักมีส่วนแบ่งทางการตลาดมากกว่าทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้ามาในภายหลัง ในส่วนแบ่งของการตลาดจะมีผลโดยตรงกับศักยภาพในการสร้างผลกำไร

- การแข่งขันทางเทคโนโลยี การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีหรือการเกิดศักยภาพของเทคโนโลยีใหม่ๆ ส่งผลต่ออายุ ความล้าหลังของทรัพย์สินทางปัญญา เป็นผลกระทบโดยตรงต่อมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาในอนาคตด้วย

- อุปสรรคในการเข้าตลาด เช่น คู่แข่งขันทางการค้า เครือข่ายในการกระจายสินค้า รวมตลอดถึงการขาดเงินลงทุน

- การคุ้มครองทางกฎหมาย การมีกฎหมายที่ไม่เคร่งครัด ส่งผลให้เกิดการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้ง่าย

- ปัจจัยอื่นๆ เช่น อายุการใช้งานทรัพย์สินทางปัญญา

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไปด้วยวิธีการประเมินจากราคาตลาด คือ ผู้ทำการประเมินต้องมีความสามารถ ความเชี่ยวชาญอย่างมากในการวิเคราะห์ถึงคุณสมบัติ ลักษณะ และปัจจัยแวดล้อมทรัพย์สินทางปัญญาประเภทนั้นๆ ทั้งนี้ เพื่อให้ปรับราคาได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานะทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ ซึ่งในทางปฏิบัติการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาด้วยวิธีนี้สามารถทำได้ยาก เนื่องจากมีลักษณะ รายละเอียดค่อนข้างสูง แต่มูลค่าที่ทำการซื้อขายในตลาดเป็นความลับทางการค้าของบริษัท ทำให้ไม่มีการเปิดเผยมากนัก

### 3) วิธีการประเมินมูลค่าจากรายได้<sup>63</sup> (Income Approach)

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา จากการพิจารณาศักยภาพในการสร้างรายได้ ผลประโยชน์ที่จะได้รับมาในอนาคตตลอดระยะเวลาการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญา การคำนวณโดยวิธีนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดรายได้มากกว่าเงินลงทุนทั้งหมด รวมถึงความเสี่ยงในการลงทุน การประเมินทรัพย์สินทางปัญญาด้วยวิธีนี้จึงเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมอย่างสูงมากที่สุดในวิธีการประเมินรูปแบบอื่น

<sup>63</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันท์แห่งเอเชีย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 58.

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาจากรายได้คำนวณได้ 2 วิธี ดังนี้

1. ประมาณค่าจากเงินลงทุน โดยตรง (Direct Capitalization Approach) เป็นการประมาณค่าโดยการคำนวณจากรายได้สุทธิของทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเมิน เป็นอัตราร้อยละของผลตอบแทน (CapitalizationRate) ที่คาดว่าจะได้รับจากทรัพย์สินทางปัญญาในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดอายุของทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ การคำนวณทรัพย์สินทางปัญญาด้วยการประมาณค่าจากเงินลงทุน โดยตรงนี้จึงเหมาะกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีรายได้สม่ำเสมอ หรือมีการเปลี่ยนแปลงน้อยมาก

รายได้สุทธิที่นำมาคำนวณจะเป็นรายได้ที่เกิดจากรายรับที่ค่อนข้างคงที่ หักด้วยค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ค่าเสื่อมราคา ค่าดอกเบี้ยหรือภาษีที่เกิดขึ้นจริง อัตราผลตอบแทนรวมที่ใช้ในการประเมินมูลค่าต้องพิจารณาความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องร่วมด้วย โดยหาข้อมูลความเสี่ยงจากการตลาด ดังนั้น การประมาณค่าจากเงินลงทุนจึงไม่เหมาะกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาที่มีรายได้ไม่แน่นอนและมีระยะเวลาในการสร้างรายได้

2. การประมาณค่าจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสด<sup>64</sup> (Discount Cash Flow) เป็นวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความนิยมมากกว่าวิธีการประมาณค่าจากเงินลงทุนโดยตรง ซึ่งหลักการคิดประมาณค่าจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดจะคำนวณจากรายได้กระแสเงินสดสุทธิรายปี (Cash Flow) แปลงเป็นมูลค่าปัจจุบัน (Present Value) ด้วยอัตราส่วนลดทางเศรษฐกิจ (Discount Rate) ผลรวมทั้งหมดของมูลค่าปัจจุบันของรายได้ที่เกิดขึ้นถือเป็นมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญานั้น<sup>65</sup>

เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีมูลค่าแปรผันไปตามช่วงอายุ โดยอาจเป็นช่วงเวลาในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาให้เกิดประโยชน์ ซึ่งอาจรวมถึงระยะเวลาในการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ ซึ่งหากหมดช่วงอายุเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาย่อมไม่อาจหวังกันสิทธิ แต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป ส่งผลให้ทรัพย์สินทางปัญญาสิ้นค่าไปด้วยนั้น ผู้จัดทำเห็นว่าการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดนับว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีรายได้ที่เป็นบวก ทำให้สามารถประมาณการในอนาคตได้ โดยผู้ประเมินมูลค่าสามารถตีค่าความเสี่ยงเพื่อใช้เป็นอัตราส่วนลดทางเศรษฐกิจได้

<sup>64</sup>สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันแห่งเอเชีย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 58.

<sup>65</sup>ฝ่ายมาตรการส่งเสริม สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์กรมมหาชน). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 30.

4) วิธีการประเมินมูลค่าจากการกำหนดตราสารสิทธิแบบลี้ค-โชล<sup>66</sup> (Black-Scholes Option Pricing Model) วิธีการนี้เป็นการพิจารณาตัวแปร จากหลายปัจจัยได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการพัฒนาที่เหลื่อเพื่อนำไปใช้เชิงพาณิชย์ มูลค่าตลาดปานกลางของสินค้าซึ่งใช้สิทธิบัตรที่คล้ายคลึงกัน ระยะเวลาก่อนที่จะนำไปใช้เชิงพาณิชย์ ความอ่อนไหวของมูลค่าสินค้า อัตราผลตอบแทนที่ปราศจากความเสี่ยงอายุสิทธิบัตรการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาด้วยวิธีนี้เหมาะสมกับการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาที่คาดหวังผลตอบแทนในระยะยาวและมีความเสี่ยงสูง โดยจะพิจารณาว่าความเสี่ยงของการลงทุนจะลดลงเมื่อสามารถหาข้อมูลทางตลาด และเทคโนโลยีเพิ่มเติมได้

วิธีการประเมินมูลค่าที่เหมาะสมกับเครื่องหมายการค้า<sup>67</sup> สามารถทำได้หลายวิธี แต่วิธีที่ได้รับความนิยมและได้รับการยอมรับจากผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินในระดับสากล ได้แก่

#### 1) วิธีการคิดจากต้นทุน (Cost approach)

การประเมินมูลค่าด้วยวิธีการคิดจากต้นทุน (cost approach) เป็นการสะท้อนมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาผ่านต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาที่ถูกประเมิน โดยการหาจำนวนเงินลงทุนทั้งหมดที่จำเป็นต้องใช้ในการสร้างสรรค์ทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นมา โดยรวมถึงค่าใช้จ่ายในการทดลอง พัฒนาและปรับปรุงแก้ไขทรัพย์สินทางปัญญาให้มีคุณสมบัติที่สามารถทำการตลาดได้

**ตัวอย่างการประเมินด้วยวิธีคิดจากต้นทุน** ผู้ประกอบการต้องการนำเครื่องหมายการค้าของตนมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เพื่อขอรับการสนับสนุนสินเชื่อทางการเงินจากสถาบันการเงิน ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในการประดิษฐ์เครื่องหมายการค้าผู้ประกอบการมีค่าใช้จ่ายที่ได้ชำระไปเพื่อให้ได้ซึ่งเครื่องหมายการค้าดังกล่าว เช่น (1) ค่าแรง 2.4 ล้านดอลลาร์ (2) ค่าใช้จ่ายในการพัฒนา ไม่ว่าจะเป็นค่าสถานที่ ค่าอุปกรณ์ในการพัฒนา ค่าวัสดุ ค่าสาธารณูปโภค ค่าวัสดุสิ้นเปลือง ค่าดำเนินการ รวมถึงค่าจัดตั้งธุรกิจ รวมค่าใช้จ่ายทั้งสิ้น 1.356 ล้านดอลลาร์

จากตัวอย่างข้างต้น ผู้ประเมินจะนำค่าใช้จ่าย ตาม (1)(2)มารวมกันเพื่อหามูลค่าเครื่องหมายการค้า  $(2.4 + 1.356 = 3.756)$  ดังนั้น มูลค่าเครื่องหมายการค้าจะเท่ากับ 3.756 ล้านดอลลาร์ เป็นต้น<sup>68</sup>

<sup>66</sup>ปรีดา ยังสุขสถาพร. (2548). ทรัพย์สินทางปัญญาและเทคนิคการประเมินมูลค่า. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ยูเรก้า. หน้า 74.

<sup>67</sup>กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. (2556). คู่มือการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา. โครงการแปลงทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทุน กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. หน้า 3-8.

<sup>68</sup>ชัชวาลย์ เศรษฐกุลชัย. (2553). การนำชื่อทางการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 40.

การประเมินมูลค่าด้วยวิธีคิดจากต้นทุน (cost approach) อยู่บนแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแทนที่ กล่าวคือ หลักการนี้มักใช้กับทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถทดแทนกันได้ ยกตัวอย่างเช่น มีสินค้าสองชนิดนั้นมีคุณสมบัติใกล้เคียงกัน ลักษณะสินค้าที่สามารถแทนที่กันได้ตามหลักวิธีคิดนี้ คือ หลักการที่ว่าเมื่อสินค้าชนิดหนึ่งมีราคาสูงขึ้น จะทำให้ผู้บริโภคไม่ซื้อสินค้าชนิดนั้น และหันไปนิยมบริโภคสินค้าอีกชนิดหนึ่งที่มีคุณสมบัติใกล้เคียงกับสินค้าชนิดแรก

ในเบื้องต้นอาจสรุปได้ว่า การประเมินมูลค่าด้วยวิธีการคิดจากต้นทุน (cost approach) เป็นเพียงการประเมินมูลค่าโดยอาศัยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับต้นทุนการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ถูกประเมินการประเมินด้วยวิธีคิดจากต้นทุนจึงมีความเหมาะสมกับการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาด้านเทคโนโลยีที่อยู่ในช่วงเริ่มต้น (embryonic technology) เท่านั้น

หากเป็นการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถสะท้อนถึงมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินทางปัญญา อีกทั้งทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทมีความยากในการคำนวณหาราคาต้นทุนที่แท้จริง ดังนั้น ในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าด้วยวิธีคิดจากต้นทุนจึงเหมาะกับทรัพย์สินทางปัญญาที่เพิ่งใช้งาน แต่หากเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการใช้งานมาระยะหนึ่งแล้ว ผู้ประเมินมูลค่าต้องพิจารณาถึงความค้ำของทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ ด้วยไม่ว่าจะเป็นความล้ำสมัยของทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ รวมถึงความค้ำของทรัพย์สินทางปัญญาในทางเศรษฐศาสตร์จากการศึกษาพบว่ามูลค่าที่ได้มาจากวิธีนี้ไม่สามารถสะท้อนถึงผลประโยชน์ที่เจ้าของจะได้รับหรือบรรดประโยชน์ ที่จะเกิดจากการใช้เครื่องหมายการค้าได้ และเป็นวิธีที่ไม่ได้รับความนิยมนักในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า เนื่องจากวิธีต้นทุนทำให้มูลค่าทรัพย์สินไม่มีความสัมพันธ์กับรายได้หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ได้รับจากการใช้ทรัพย์สิน กล่าวคือ มูลค่าต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายมีมูลค่าน้อยกว่ารายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น หากนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันโดยใช้การคำนวณ ย่อมทำให้ ผู้ให้หลักประกันได้รับเงินกู้้น้อยกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ประเมินด้วยวิธีต้นทุนนี้

## 2) วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด<sup>69</sup> (Market approach)

การประเมินมูลค่าด้วยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด คือ การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า โดยอาศัยข้อมูลทางด้านราคาที่ได้จากการขายเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะคล้ายกันและขายในตลาดเดียวกันกับเครื่องหมายการค้าที่ต้องการประเมินมูลค่าเพื่อให้ได้มูลค่าที่ควรเป็นของทรัพย์สินทางปัญญานั้น วิธีการนี้เป็นการประมาณการราคาจากหลักเศรษฐศาสตร์

<sup>69</sup>ปรีดา ช่างสุขสุขสถาพร. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 66. หน้า 46.

การแข่งขันและจุดสมดุลโดยพิจารณาจากทรัพย์สินที่เหมือนกันว่ามีราคาของผู้ขายและผู้ซื้อพอใจอยู่ที่เท่าไร ทั้งนี้ การใช้การประเมินมูลค่าด้วยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (market approach) จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเครื่องหมายการค้าชนิดนั้นมีราคาอ้างอิงมาตรฐานในท้องตลาดให้เปรียบเทียบด้วย หากตลาดซื้อขายทรัพย์สินเหล่านั้นไม่มีอยู่จริงจะทำให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือ ดังนั้น การประเมินด้วยวิธีเปรียบเทียบราคาตลาด ผู้ประเมินต้องมีฐานข้อมูลที่น่าเชื่อถือมากพอ ในการอ้างอิง โดยข้อมูลการซื้อขายส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของนิคยสาร สิ่งตีพิมพ์และรายการข้อมูลทางการเงินของบริษัท

ขั้นตอนหลักในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าจากราคาตลาด มี 5 ขั้นตอนดังต่อไปนี้ คือ

1. การทำการวิจัย (Research) และหาข้อมูลที่จะใช้เทียบเคียงเครื่องหมายการค้า
2. ตรวจสอบข้อมูลที่จะนำมาใช้เทียบเคียงว่ามีความถูกต้องและสามารถอ้างอิงถึงได้ (Verification)
3. เลือกหน่วยของเครื่องหมายการค้าที่จะนำมาเทียบเคียงมูลค่า (Unit selection) ตัวอย่างเช่น จำนวนรายได้ผลิตภัณฑ์ที่ใช้เครื่องหมายการค้า นั้น และจำนวนฐานข้อมูลลูกค้าที่ขายได้
4. ทำการเทียบเคียงเครื่องหมายการค้าที่ต้องการประเมินมูลค่า กับเครื่องหมายการค้า ที่ใช้ในการอ้างอิง และปรับมูลค่าตามปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อมูลค่าของเครื่องหมายการค้า ต่างๆ ที่เหมาะสม (Adjustment)
5. ปรับแต่งให้ได้มูลค่าที่แท้จริง (Reconciliation)

การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าแบบเปรียบเทียบราคาตลาด (market approach) เป็นวิธีการประเมินที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง มีตรรกะ และสามารถปรับใช้ได้กับทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท ทำให้การประเมินมูลค่าด้วยวิธีเปรียบเทียบราคาตลาดเป็นที่ยอมรับ และสามารถประเมินมูลค่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการขายการให้เช่า และการกำหนดค่าแห่งสิทธิ (Royalty) ได้ ดังนั้น หากมีข้อมูลทางธุรกรรมเพียงพอและมีองค์ประกอบของเครื่องหมายการค้าของผู้ที่มีความคล้ายคลึงกับทรัพย์สินที่ถูกประเมินมูลค่าอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ผู้ประเมินมูลค่าก็สามารถใช้วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (market approach) กับทรัพย์สินทางปัญญาได้ทุกประเภทและทุกวัตถุประสงค์

แม้ว่าการประเมินโดยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (market approach) จะเป็นวิธีการที่ได้รับการยอมรับถึงความน่าเชื่อถือของผลลัพธ์ และประยุกต์ใช้ได้หลากหลายกับทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทและหลากหลายวัตถุประสงค์ แต่ด้วยธรรมชาติของทรัพย์สินทางปัญญา ที่มี

ลักษณะเฉพาะตัวสูงอันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองทางกฎหมาย อีกทั้งข้อมูลทางการตลาดในประเทศไทย ไม่เป็นที่เปิดเผยเหมือนเช่นต่างประเทศ ทำให้ยากต่อการหาข้อมูลเปรียบเทียบ ส่งผลให้การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าด้วยวิธีเปรียบเทียบราคาตลาดเป็นไปได้ยาก ทำให้การประเมินมูลค่าทรัพย์สินด้วยวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด (market approach) ไม่ได้ได้รับความนิยมในแวดวงการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา

### 3) วิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income approach)

วิธีการพิจารณาจากรายได้เป็นการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า โดยพิจารณาจากศักยภาพในการสร้างผลงานตลอดระยะเวลาการเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าชิ้นนั้นๆ และอัตราส่วนลดทางเศรษฐกิจ (Discount Rate) การคำนวณโดยวิธีนี้เป็นการคำนวณโดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าเครื่องหมายการค้าก่อให้เกิดรายได้มากกว่าการลงทุน รวมถึงความเสี่ยงในการลงทุน ทำให้การประเมินมูลค่าโดยวิธีพิจารณาจากรายได้นี้ ได้รับความนิยมสูงสุดจากวิธีการประเมินทั้งหมด

#### ประโยชน์ของเครื่องหมายการค้าอาจประเมินได้จากสิ่งต่อไปนี้

1. การประเมินจากรายได้ที่จะเกิดขึ้นจากการใช้เครื่องหมายการค้าชิ้นนั้นๆ
2. การประเมินจากศักยภาพของเครื่องหมายการค้าที่ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญานั้นๆ

การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าจากรายได้โดยทั่วไปจะคำนวณได้ 2 วิธี ดังนี้

1. ประเมินค่าจากเงินลงทุนโดยตรง (Direct Capitalization Approach) เป็นการคำนวณจากรายได้สุทธิของเครื่องหมายการค้าเป็นอัตราร้อยละของผลตอบแทน (Capitalization Rate) ที่คาดว่าจะได้รับจากเครื่องหมายการค้าในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดอายุของเครื่องหมายการค้าชิ้นนั้นๆ การคำนวณเครื่องหมายการค้าด้วยการประมาณค่าจากเงินลงทุนโดยตรงนี้จึงเหมาะกับทรัพย์สินทางปัญญาที่มีรายได้สม่ำเสมอ หรือมีการเปลี่ยนแปลงน้อยมาก ซึ่งรายได้สุทธิที่นำมาคำนวณจะเป็นรายได้ที่เกิดจากรายรับที่ค่อนข้างคงที่ หักด้วยค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ค่าเสื่อมราคา ค่าดอกเบี้ยหรือภาษีที่เกิดขึ้นจริง อัตราผลตอบแทนรวมที่ใช้ในการประเมินมูลค่าต้องพิจารณาความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องร่วมด้วย โดยหาข้อมูลความเสี่ยงจากการตลาด ดังนั้น การประมาณค่าจากเงินลงทุนจึงไม่เหมาะกับการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าที่มีรายได้ไม่แน่นอนและมีระยะเวลาในการสร้างรายได้

2. การประมาณค่าจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสด (Discount Cash Flow) เป็นวิธีการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าที่ได้รับความนิยมมากกว่าวิธีการประมาณค่าจากเงินลงทุนโดยตรง ซึ่งหลักการคิดประมาณค่าจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดจะคำนวณจากรายได้

กระแสเงินสดสุทธิรายปี (Cash Flow) แปลงเป็นมูลค่าปัจจุบัน (Present Value) ด้วยอัตราส่วนลดทางเศรษฐกิจ (Discount Rate) ผลรวมทั้งหมดของมูลค่าปัจจุบันของรายได้ที่เกิดขึ้นถือเป็นมูลค่าของโครงการค่านั้น<sup>70</sup> เนื่องจากโครงการค้ำมีมูลค่าแปรผันไปตามช่วงอายุของทรัพย์สินทางปัญญา โดยอาจเป็นช่วงเวลาในการใช้โครงการค้ำให้เกิดประโยชน์ ซึ่งอาจรวมถึงระยะเวลาในการพัฒนาโครงการค้ำที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจ ซึ่งหากหมดช่วงอายุเจ้าของโครงการค้ำย่อมไม่อาจหวงกันสิทธิแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป ส่งผลให้โครงการค้ำสิ้นค่าไปด้วย<sup>71</sup>

การประเมินมูลค่าโครงการค้ำจากมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดนับว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมสำหรับโครงการค้ำที่มีรายได้ที่เป็นบวก ทำให้สามารถประมาณการในอนาคตได้โดยผู้ประเมินมูลค่าสามารถตีค่าความเสี่ยงเพื่อใช้เป็นอัตราส่วนลดทางเศรษฐกิจได้ ผู้จัดทำเห็นว่าการประเมินมูลค่าโครงการค้ำด้วยการหามูลค่าปัจจุบัน (Present Value) มาใช้ในการพิจารณาควบคู่กับวิธีการมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสด (Discount Cash Flow) จะทำให้ได้มูลค่าตรงกับความเป็นจริงมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การประเมินมูลค่าโครงการค้ำควรเลือกใช้วิธีการประเมินวิธีใดวิธีหนึ่ง หรือตั้งแต่หนึ่งวิธีขึ้นไปตามความเหมาะสม แต่ทั้งนี้ ในการประเมินแต่ละครั้งผู้ประเมินต้องระบุถึงแนวทางการกำหนดวิธีการประเมินมูลค่าโครงการค้ำที่ชัดเจน และเหมาะสมกับการปฏิบัติงานประเมิน ซึ่งความสัมพันธ์กับโครงการค้ำที่จะประเมิน หลักเกณฑ์การประเมิน วัตถุประสงค์ของการประเมิน ตลอดจนเงื่อนไขและข้อจำกัด โดยผู้ประเมินต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าโครงการค้ำให้เกิดความเหมาะสม

### 3.4 บทสรุป

ปัญหาการเข้าถึงแหล่งเงินทุนในประเทศไทย ทำให้ผู้ประกอบการรายย่อย หรือ SMEs ต้องประสบปัญหาการเข้าถึงแหล่งเงินทุนในการพัฒนาธุรกิจ ภาครัฐจึงได้เข้ามามีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือ ซึ่งแต่เดิมประเทศไทยมีบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับการนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันอยู่ 2 ประเภท คือ การจำนำ และการจำนอง โดยจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งใช้มานานกว่า 80 ปี แล้ว ซึ่งหลักการจำนำและการจำนอง มีข้อจำกัด

<sup>70</sup>สำนักงานส่งเสริมอุตสาหกรรมซอฟต์แวร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน). อ่างแล้วจึงอรรถที่ 59. หน้า 15.

<sup>71</sup>ไพโรจน์ ซึ่งศิลป์. (2538). หลักการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สุชาติ. หน้า 4-5.

ทางกฎหมาย กล่าวคือ สามารถก่อหลักประกันทรัพย์สินได้บางประเภทเท่านั้น เช่น การจำนำ สามารถเป็นหลักประกันได้เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ และต้องเป็นทรัพย์สินที่ส่งมอบได้ เท่านั้น ซึ่งหากมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นเสียแล้ว จะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นมาใช้ประโยชน์หรือไม่สามารถนำมาประกอบอาชีพได้ ส่วนการจำนองก็มีได้แต่เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ระบบกฎหมายไทยจึงไม่มีความทันสมัยเพียงพอ

รัฐบาลจึงแก้ปัญหาให้ผู้ประกอบการสามารถนำเอาทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งไม่สามารถนำมาจำนอง หรือจำนำได้ เช่น สิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิในสิทธิบัตร รวมถึงสิทธิเรียกร้องต่างๆ ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิต่างๆ เหล่านี้ไม่สามารถนำมาจำนอง จำนำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งหากมีการส่งมอบทรัพย์สินแล้วผู้ประกอบการย่อมไม่สามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ เพื่อหารายได้ในการประกอบกิจการ จึงมีแนวคิดในการนำหลักเกณฑ์การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สิน โดยการนำรูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามหลัก Floating Charge ของประเทศอังกฤษมาเป็นต้นแบบในการพัฒนาบทบัญญัติของกฎหมาย