

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

2.1 หลักการและแนวคิดการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

2.1.1 แนวคิดการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

“ทรัพย์สินทางปัญญา” (Intellectual property) ทางทฤษฎีแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial property) กับลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง (copyright and neighbouring right) ซึ่งทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ได้แก่ เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า การคุ้มครองพันธบัตร การออกแบบผังภูมิวงจรรวม ความลับทางการค้า และสิทธิบัตร ไม่ว่าจะเป็นสิทธิบัตรการประดิษฐ์ สิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์หรืออนุสิทธิบัตรสำหรับการประดิษฐ์¹

เครื่องหมายการค้า (Trade mark) จัดได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมอย่างหนึ่ง² ซึ่งตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าให้ความหมายของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ ข้อความ ตัวหนังสือ ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่างหรือรูปทรงวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้โดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

1. เครื่องหมายการค้า⁴ (Trade mark) คือ เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้กับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น เช่น ตราสินค้า โคคา-โคล่า กับแป๊ปซี่ เป็นต้น

¹ปริญญา ดิพดุง. (2556). กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. คำบรรยายเนติบัณฑิตครั้งที่ 1. หน้า 205.

²ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2553). ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม. หน้า 292-295

³พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 เครื่องหมายการค้า หมายถึง ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ตรา ชื่อ ข้อความ ตัวหนังสือ ลายมือชื่อ กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงวัตถุหรือสิ่งเหล่านี้โดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน

⁴พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้กับสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าของบุคคล

2. เครื่องหมายบริการ⁵ (Service Mark) เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้กับบริการ เพื่อแสดงว่าบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกับบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น เช่น เครื่องหมายบริการของสายการบินไทย เครื่องหมายบริการธนาคารกสิกรไทย เป็นต้น

3. เครื่องหมายรับรอง⁶ (Certification Mark) คือ เครื่องหมายที่เจ้าของเครื่องหมายรับรองใช้หรือจะใช้กับสินค้าหรือบริการกับบุคคลอื่น เพื่อเป็นการรับรองเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบวิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอื่นใดของสินค้าหรือเพื่อรับรองเกี่ยวกับสภาพ คุณภาพ ชนิด หรือ คุณลักษณะอื่นใดของบริการนั้น เช่น เซลล์ชวนชิม แม่ช้อยนางรำ

4. เครื่องหมายร่วม⁷ (Collective Mark) คือ เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ใช้หรือจะใช้โดยบริษัทหรือรัฐวิสาหกิจในกลุ่มเดียวกัน หรือโดยสมาชิกของสมาคม สหกรณ์ สหภาพ สมาพันธ์ หรือองค์กรอื่นใดของรัฐบาลหรือของเอกชน เช่น ปูนซีเมนต์ไทยตราช้าง จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

จากบทบัญญัติมาตรา 4 ข้างต้นสามารถสรุปสาระสำคัญของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ได้ว่าเครื่องหมายการค้าเป็นเครื่องหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการแยกสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นให้มีความแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น มีสาระสำคัญในการสื่อสารระหว่างผู้ผลิตกับผู้บริโภคให้เห็นถึงความแตกต่างของผลิตภัณฑ์แต่ละชนิด ลักษณะ แหล่งที่มา รวมถึงคุณภาพสินค้า เช่น ตราสินค้าเครื่องหมายแป๊ปซี่ และ โคคาโคลา ซึ่งแม้ว่าสินค้าสองชนิดนี้มีลักษณะเป็นเครื่องหมายเหมือนกัน แต่สารณะชนทั่วไปสามารถแยกออกได้ว่าสินค้าสองชนิดนี้มีผู้ผลิตต่างรายกัน ทำให้ง่ายต่อการตัดสินใจในการเลือกอุปโภคบริโภค เป็นต้น เครื่องหมายการค้าจึงเป็นเครื่องหมายที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถจดจำความแตกต่างของสินค้าแต่ละประเภทได้เมื่อผู้บริโภคเห็นผลิตภัณฑ์ เครื่องหมาย รูปทรง ส่งผลต่อการตัดสินใจ ความพึงพอใจเลือกซื้อผลิตภัณฑ์นั้นๆ นอกจากนี้เครื่องหมายการค้ายังเป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความไม่พึง

⁵พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 เครื่องหมายบริการ หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้กับบริการ เพื่อแสดงว่าบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกับบริการที่ใช้เครื่องหมายบริการของบุคคลอื่น

⁶พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 เครื่องหมายรับรอง หมายความว่า เครื่องหมายที่เจ้าของเครื่องหมายรับรองใช้หรือจะใช้กับสินค้าหรือบริการกับบุคคลอื่น เพื่อเป็นการรับรองเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบวิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอื่นใดของสินค้าหรือเพื่อรับรองเกี่ยวกับสภาพ คุณภาพ ชนิด หรือคุณลักษณะอื่นใดของบริการนั้น

⁷พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 เครื่องหมายร่วม หมายความว่า เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการที่ใช้หรือจะใช้โดยบริษัทหรือรัฐวิสาหกิจในกลุ่มเดียวกัน หรือโดยสมาชิกของสมาคม สหกรณ์ สหภาพ สมาพันธ์ หรือองค์กรอื่นใดของรัฐบาลหรือของเอกชน

พอใจต่อสินค้าได้เช่นกัน⁸

2.1.2 สิทธิในการได้รับความคุ้มครองของผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้า

สิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว และเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียนมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังนี้

2.1.2.1 สิทธิของผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียน

เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียน ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังนี้

1. สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า เป็นสิทธิเฉพาะของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถแสดงความเป็นเจ้าของโดยการใช้เครื่องหมายการค้าของตนได้โดยชอบธรรม เว้นแต่ มีการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อเจ้าหน้าที่และปรากฏว่าเครื่องหมายการค้าดังกล่าวมีความเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของตน กรณีนี้เจ้าของที่แท้จริงต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า

2. สิทธิในการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ใช้มาโดยสุจริตมีสิทธิขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น ได้ แม้จะมีบุคคลอื่นขอจดทะเบียนสำหรับเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกัน⁹ ถ้านายทะเบียนเห็นว่า เป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกัน โดยสุจริตหรือมีพฤติการณ์พิเศษที่นายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียน นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันก็ได้โดยมีเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตแห่ง การใช้เครื่องหมายการค้า นั้นเจ้าของหลายคนก็ได้¹⁰

⁸ยรรยง พวงราช. (2528). กฎหมายเครื่องหมายการค้าคุ้มครองใคร.วารสารนิติศาสตร์, 20(3). หน้า 3-7.

⁹พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 27 ในกรณีที่มีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วตามมาตรา 13 หรือในกรณีที่มีผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันตามมาตรา 20 ทั้งนี้ สำหรับสินค้าจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันที่นายทะเบียนเห็นว่า มีลักษณะอย่างเดียวกัน ถ้านายทะเบียนเห็นว่า เป็นเครื่องหมายการค้าซึ่งต่างเจ้าของต่างได้ใช้มาแล้วด้วยกัน โดยสุจริตหรือมีพฤติการณ์พิเศษที่นายทะเบียนเห็นสมควรรับจดทะเบียน นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันดังกล่าวให้แก่เจ้าของหลายคนก็ได้โดยจะมีเงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับวิธีการใช้และเขตแห่งการใช้เครื่องหมายการค้า นั้น หรือเงื่อนไขและข้อจำกัดอื่นตามที่นายทะเบียนเห็นสมควรกำหนดก็ได้ ทั้งนี้ ให้นายทะเบียนมีหนังสือแจ้งคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขอจดทะเบียนและเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วทราบโดยไม่ชักช้า

¹⁰ไชยยศ เหมะรัชตะ . อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 326-327.

3. สิทธิการคัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น เป็นสิทธิ ตามกฎหมาย มาตรา 35 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยเจ้าของเครื่องหมาย การค้าสามารถอ้างได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่าผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารายนั้น ไม่ว่าจะ เป็น เพราะคนได้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นมาก่อนผู้จดทะเบียนเวลานาน และสินค้าที่มีผู้จดทะเบียนมีลักษณะ สินค้าลักษณะเดียวกันจนอาจทำให้สาธาชนเกิดความสับสนหลงผิดในเครื่องหมายการค้า นั้น เช่น เครื่องหมายการค้าตราเด็กสมบูรณ์ ที่เป็นผลิตภัณฑ์ปรุงอาหารประเภทซีอิ๊ว กับเครื่องหมายการค้า ตราเด็กสมบูรณ์ที่เป็นผลิตภัณฑ์ปรุงอาหารประเภทน้ำปลา เป็นต้น

4. สิทธิในการขอเพิกถอนการจดทะเบียนการค้าของผู้อื่น¹¹ กำหนดให้เจ้าของ เครื่องหมายการค้า ผู้มีส่วนได้เสีย ชอบที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการจดทะเบียน เครื่องหมายการค้าได้ ภายใน 5 ปี นับแต่วันที่นายทะเบียนมีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น หากสามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า¹² โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้จดทะเบียน เครื่องหมายการค้าที่อาจถูกเพิกถอนนั้นจะมีเจตนาทุจริตหรือไม่

5. สิทธิในการต่อสู้คดีเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า

6. สิทธิในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการลงขาย การลงขาย¹³ หมายถึง การนำสินค้าที่ ไม่ใช่ของตน แต่เป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงไปขาย โดยหลอกกว่าเป็นสินค้าของ เจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น เป็นการหลอกขายโดยกระทำเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อในแหล่งกำเนิดของ สินค้าชิ้นนั้นๆ อันเป็นความเท็จ โดยไม่จำกัดวิธีการหลอกหลวง กรณีดังกล่าวรวมถึงการใช้เครื่องหมาย การค้า ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วย การลงขายอาจเกิดขึ้นจากการขายสินค้าต่างจำพวกหรือ ต่างประเภทก็ได้ หากแต่เป็นการทำให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าที่จัดจำหน่ายเป็นสินค้าที่ผลิตโดยผู้ นั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง “การลงขาย” ตามมาตรา 46 วรรคท้าย ไม่ได้หมายถึงแต่เฉพาะการลงขายใน สินค้าจำพวกเดียวกันเท่านั้น แต่หมายรวมถึงลงในความเป็นเจ้าของด้วย¹⁴

¹¹พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 67 ภายในห้าปีนับแต่วันที่นายทะเบียนมีคำสั่งให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น ได้ หากแสดงได้ว่าตนมีสิทธิในเครื่องหมายการค้า นั้นดีกว่าผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น

¹²วิศิษฐ์ ศรีพิบูลย์. (2548). รวมคำอธิบายพร้อมตัวบท : กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. (พิมพ์ครั้งที่ 3) . กรุงเทพฯ: ทิพยดา. หน้า 249-250.

¹³วัส ดิงสมิตร. กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (เครื่องหมายการค้า). (2556). คำบรรยายเนติบัณฑิต .หน้า 363.

¹⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 343/2503 ความหมายคำว่า "ลงขาย" ใน พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 29 วรรค 2 มิได้จำกัดเฉพาะสินค้าชนิดเดียวกันหรือประเภทเดียวกันเท่านั้น หากแต่มีความหมายกว้างครอบคลุมถึง กรณีต่าง ๆ ซึ่งจำเลยเอาสินค้าของจำเลยไปลงขายว่าเป็นสินค้าของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายได้ว่าไม่ใช่เป็นการลง

2.1.2.2 สิทธิของผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว

เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิตามกฎหมายหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้น สิทธิในการอนุญาตให้คนอื่นใช้เครื่องหมายการค้า สิทธิในการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า รวมทั้งสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดและเรียกค่าสินไหมทดแทน

1. สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า

กฎหมายเครื่องหมายการค้าของไทยบัญญัติสิทธิแต่เพียงผู้เดียว(Exclusive Right) ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 44¹⁵ กำหนดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้าแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียน ทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้คำ หรือเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกัน โดยสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้สิทธินั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถกระทำได้ภายใต้กรอบที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น อย่างไรก็ตามจะเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มิได้บัญญัติไว้โดยตรง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาล ที่ต้องวินิจฉัยหรือวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539¹⁶ โจทก์เป็นผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าคอมพิวเตอร์ภายใต้เครื่องหมายการค้า “UNIX” ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ สำหรับประเทศไทยโจทก์ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าดังกล่าวสำหรับสินค้าจำพวกที่ 8 ชนิดสินค้าคอมพิวเตอร์ ส่วนประกอบและอุปกรณ์เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งอยู่ในจำพวกนี้ รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์พร้อมทั้งได้โฆษณาเผยแพร่สินค้าคอมพิวเตอร์ของโจทก์มาก่อนที่จำเลยจะยื่นขอจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดและใช้ชื่อบริษัททั้งภาษาอังกฤษและภาษาไทยว่า “บริษัท ยูนิคคอมพิวเตอร์ (ประเทศไทย) จำกัด” และ UNIX COMPUTER (THAILAND) COMPANY LIMITED” คำว่า “UNIX” ที่จำเลยนำไปจดทะเบียนเป็นส่วนหนึ่งของชื่อบริษัทจำเลย และเป็นส่วนหนึ่งของตราบริษัทจำเลยเช่นกันกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนคำว่า UNIX

ในวัตถุประสงค์นั้น หากแต่เป็นการลงในความเป็นเจ้าของด้วยละนั้น เมื่อจำเลยเอาคำว่า "แฟ็บ" (FAB) ในลักษณะและสีเช่นเดียวกับของโจทก์ไปใช้กับสินค้าของจำเลย ก็ย่อมเป็นการลงขาย ผิดกฎหมายเรื่องละเมิด

¹⁵พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้น สำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียน

¹⁶ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

กับสินค้าคอมพิวเตอร์ของโจทก์ จำเลยประกอบธุรกิจ จำหน่าย รับซ่อมเครื่องคอมพิวเตอร์ และจัดทำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จำเลยอยู่ในแวดวงธุรกิจคอมพิวเตอร์ย่อมทราบดีว่า “UNIX” เป็นเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ที่ใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ที่โจทก์ผลิตและจำหน่าย

จากการพิจารณาคำพิพากษาดังกล่าวสรุปสาระสำคัญได้ว่า การที่จำเลยนำคำว่า “UNIX” ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนของโจทก์ไปจดทะเบียนเป็นส่วนหนึ่งของชื่อและตราของบริษัทจำเลย และจำเลยรับเป็นตัวแทนจำหน่ายเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้เครื่องหมายการค้าคำว่า “UNIX” ซึ่งเป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของโจทก์มาก เป็นการใช้โดยมีเจตนาไม่สุจริต เป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนตามมาตรา 44 อีกทั้งการกระทำดังกล่าวมีลักษณะถึงขนาดทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดว่าสินค้าคอมพิวเตอร์ของจำเลยเป็นของโจทก์ เป็นการแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต ดังนั้น โจทก์ในฐานะเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนชอบที่จะมีสิทธิเข้าขัดขวางมิให้จำเลยใช้คำว่า “UNIX” กับสินค้าคอมพิวเตอร์ของจำเลยได้ อีกทั้งโจทก์ชอบที่จะใช้สิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดดังกล่าวได้ด้วย¹⁷

จากการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539 โดยนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า ในประเทศอังกฤษ¹⁸ นั้น การนำเครื่องหมายการค้ามาโฆษณาประชาสัมพันธ์ การนำเครื่องหมายการค้าออกส่งเสริมการขาย การพูดออกวิทูกระจายเสียง การนำออกใช้กับสินค้าที่ผลิตขึ้นเพื่อส่งออกอย่างเดียว เหล่านี้ถือเป็นการใช้เครื่องหมายการค้าแล้ว ดังนั้นผู้จัดทำเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน ตามมาตรา 44 เป็นการกระทำถึงขนาดทำให้สาธารณชนสับสนหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าคอมพิวเตอร์ของจำเลยกับโจทก์ อีกทั้งยังเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาต

¹⁷สิทธิที่เกี่ยวข้องคือสิทธิที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 จำเลยใช้ชื่อโดเมนว่า intelcardgroups.com โดยที่คำว่า “อินเทล” หรือ “INTEL” เป็นเครื่องหมายการค้าและชื่อทางการค้าของโจทก์ในลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ โจทก์ย่อมมีสิทธิห้ามจำเลยใช้ชื่อโดเมนนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5113/2548)

¹⁸รัส ดิงสมิตร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 366.

¹⁹ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 284/2539. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

คำพิพากษาฎีกาที่ 3650/2529¹⁹ โจทก์จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าจำพวกที่ 38 ไว้เฉพาะสินค้ากางเกงในและถุงเท้า โจทก์จึงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวเพื่อใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าเฉพาะกางเกงในและถุงเท้าเท่านั้น หากมีสิทธิสำหรับสินค้าจำพวกที่ 38 ทั้งหมดไม่ โจทก์จึงไม่มีสิทธิห้ามมิให้จำเลยใช้เครื่องหมายการค้าที่จำเลยจดทะเบียนไว้สำหรับสินค้าอื่นในจำพวกที่ 38 นอกจากกางเกงในและถุงเท้า

จากการพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 3650/2529 สรุปสาระสำคัญและรายละเอียดได้ว่า พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ความคุ้มครองหลักสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 44 เฉพาะสินค้าที่ได้จดทะเบียนในสินค้าจำพวกเดียวกับที่ขอจดทะเบียนการใช้เครื่องหมายการค้าเท่านั้น²⁰ ทั้งนี้ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 แม้การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าจะก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนในการป้องกันขัดขวางมิให้บุคคลอื่นนำเครื่องหมายการค้าที่ความเหมือนหรือคล้ายกันไปจดทะเบียนซ้ำกับเครื่องหมายการค้าที่ตนจดทะเบียน แต่สิทธิดังกล่าวจำกัดอยู่เพียงแต่การห้ามบุคคลอื่น นำเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันไปจดทะเบียนใช้กับสินค้าชนิดเดียวกันเท่านั้น ไม่มีสิทธิห้ามมิให้ใช้กับสินค้าประเภทอื่น ดังนั้น สิทธิแต่เพียงผู้เดียวโดยการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนมีข้อจำกัดหลายประการ ได้แก่

(1) การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดที่ได้ใช้เครื่องหมายการค้าโดยสุจริต ตามมาตรา 47²¹

(2) เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วไม่อาจห้ามผู้อื่นที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกัน โดยสุจริต

(3) เจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าอันได้ ภายใต้ขอบเขตแห่งเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้โดยการอนุญาตให้ใช้ไม่ว่าเป็นการอนุญาตให้ใช้ทั้งหมดหรือบางส่วน

²⁰พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 9 “การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าอันนั้น จะขอจดทะเบียนสำหรับสินค้าเฉพาะอย่างในจำพวกเดียวกันหรือต่างจำพวกกันก็ได้ แต่ต้องระบุนายการสินค้าที่ประสงค์ได้รับความคุ้มครองแต่ละอย่างโดยชัดเจน คำขอจดทะเบียนฉบับหนึ่ง จะขอจดทะเบียนสำหรับสินค้าต่างจำพวกมิได้”

²¹พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 47 “การจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้โดยสุจริตซึ่งชื่อตัว ชื่อสกุลและชื่อสำนักงานการค้าของตนหรือของเจ้าของเดิมของกิจการของตนหรือไม่เป็นการขัดขวางบุคคลใดในการใช้คำบรรยายโดยสุจริต ในลักษณะหรือคุณสมบัติแห่งสินค้าของตน”

2. สิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า²² (Licensing)

สิทธิในเครื่องหมายการค้าถือเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชี ดังนั้นเจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธินำเครื่องหมายการค้าของตนออกใช้ประโยชน์ได้ด้วยการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้น โดยอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งเงื่อนไข ที่ได้ตกลงไว้ การอนุญาตให้ใช้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า เรียกว่าค่าใช้สิทธิ (royalty) จากการศึกษาพบว่า การอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้น แม้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าไม่จดทะเบียนก็สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6190/2550²³ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 วรรคสอง กำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อนายทะเบียน สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ยังมิได้จดทะเบียนดังกล่าว ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 โจทก์จึงไม่มีสิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวและไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยว่าจะเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

จากคำพิพากษาฎีกานี้สรุปสาระสำคัญและรายละเอียดได้ว่า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนขอที่จะอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นได้โดยชอบแต่กฎหมายบังคับให้ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียนตามมาตรา 68 วรรคสอง โดยถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรม หากคู่สัญญาฝ่าฝืนผลของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 ซึ่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านี้จัดทำกัน 3 รูปแบบ คือ

(1) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่เด็ดขาด (non-exclusive licencing agreement) หมายถึง สัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตน แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังมีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นๆ นอกเหนือจากผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิคนก่อน ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นได้อีก รวมทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ยังมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้านี้เองด้วย

²²พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 68 “เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วจะทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่ง ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อนายทะเบียน”

²³ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 6190/2550. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

(2) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่ผู้เดียว (sole licencing agreement) หมายถึงสัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตนแต่ผู้เดียว โดยตัดสิทธิเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่จะอนุญาตให้คนอื่น ๆ ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้านั้นๆ แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังคงมีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าของตนเอง

(3) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด (exclusive licencing agreement) หมายถึงสัญญาที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าอนุญาตให้ผู้หนึ่งผู้ใดใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าของตนแต่ผู้เดียวเท่านั้น โดยที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าเองก็ไม่มีสิทธิใช้และไม่มีสิทธิอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าอีก

ดังนั้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า จึงเป็นการกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าชอบที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นได้ทั่วประเทศและตลอดอายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น รวมตลอดทั้งระยะเวลาการต่ออายุเครื่องหมายการค้าด้วย เว้นแต่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะได้อำนาจไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 78) แต่ผู้ได้รับอนุญาตให้บุคคลภายนอกใช้เครื่องหมายการค้าที่ตนได้รับอนุญาตไม่ได้ อีกทั้งผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะนำเครื่องหมายการค้าที่ตนได้รับอนุญาตไปอนุญาตช่วงให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมายการค้าอื่นอีกทอดหนึ่งก็ไม่ได้ เว้นแต่สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะได้อำนาจไว้

3. สิทธิในการโอนเครื่องหมายการค้า (assignment)

เครื่องหมายการค้านับเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว แม้จะยังไม่ได้รับอนุญาตให้จดทะเบียน สิทธิในคำขอจดทะเบียนที่ยื่นไว้ย่อมโอนกันทางนิติกรรมหรือรับมรดกกันได้ตามมาตรา 48 วรรคหนึ่ง²⁴ โดยจะโอนหรือรับมรดกพร้อมกับกิจการที่เกี่ยวกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ได้ตามมาตรา 49²⁵ การโอนสิทธิในคำขอจดทะเบียน ผู้โอนหรือผู้รับโอนคนใดคนหนึ่งจะต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (มาตรา 48 วรรคสอง) โดยต้องแนบสัญญาโอนที่ลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอนไปด้วย

4. สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว

เมื่อเจ้าของเครื่องหมายการค้าถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายการค้าย่อมเป็น

²⁴พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 48 สิทธิในคำขอจดทะเบียนที่ยื่นไว้ย่อมโอนกันทางนิติกรรมหรือรับมรดกกันได้

²⁵พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 49 สิทธิในคำขอจดทะเบียนที่ยื่นไว้ย่อมโอนกันทางนิติกรรมหรือรับมรดกกันได้ โดยจะโอนหรือรับมรดกพร้อมกับกิจการที่เกี่ยวกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ได้

มรดกตกแก่ทายาท ในกรณีรับมรดก ทายาทคนหนึ่งคนใดหรือผู้จัดการมรดกจะต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเพื่อดำเนินการรับมรดกสิทธิในคำขอจดทะเบียนโดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า

5. สิทธิการฟ้องคดี

(1) กรณีเจ้าของเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องคดีเพื่อห้ามมิให้มีการละเมิดในอนาคต หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิของตนได้ (มาตรา 46วรรคหนึ่ง)

(2) กรณีผู้รับโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้า

คำพิพากษาฎีกาที่ 5941/2541²⁶ โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับ โอนยอมมีลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โจทก์จึงเป็นผู้เสียหายที่จะดำเนินคดีแก่จำเลยทั้งสามตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาฎีกานี้สามารถสรุปสาระสำคัญและรายละเอียดได้ว่า ผู้รับ โอนสิทธิซึ่งได้ดำเนินการ โอนสิทธิตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชอบ ในเครื่องหมายการค้า ผู้รับ โอนสิทธิชอบที่จะมีสิทธิฟ้องผู้ละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้โดยชอบ กล่าวคือ หากเป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน ได้มีการ โอนสิทธิเรียกร้องโดยชอบตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 1 หมวด 4 หากเป็นการ โอนสิทธิในคำขอจดทะเบียนเครื่องหมาย การค้าที่ยังไม่ได้รับจดทะเบียน ต้องแนบสัญญา โอนที่ลงลายมือชื่อผู้โอนผู้รับ โอนและแจ้งต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้า ส่วนเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว ต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 51

(3) กรณีผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า ในส่วนนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดว่าผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าจะเป็น โจทก์ฟ้องคดีได้หรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณาผู้จัดทำเห็นว่า น่าจะแบ่งเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยเด็ดขาด การอนุญาต ให้ใช้สิทธิ ไม่เด็ดขาดและการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว โดยอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่เด็ดขาดและการอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวน่าจะ ไม่มีอำนาจฟ้องคดีฟ้องคดีอันเกิดจากการล่วงสิทธิในเครื่องหมายการค้า เนื่องจากทั้งสองกรณีดังกล่าวผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายที่แท้จริงยังมีสิทธิที่จะใช้ เครื่องหมายการค้าอยู่ ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายที่แท้จริงจึงเป็นบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย แต่ในกรณีผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยเด็ดขาด เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงไม่มีสิทธิใช้

²⁶ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 5941/2541. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

เครื่องหมายการค้านั้น ครอบคลุมที่ยังไม่ครบกำหนดระยะเวลาการอนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญา ดังนั้น ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงน่าจะมีอำนาจฟ้องคดีล่วงสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่เกิดขึ้นในระหว่างอายุสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิในนามของตนเองได้ โดยผู้จัดทำได้วิเคราะห์ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546²⁷ โดยศาลได้วินิจฉัยกรณีดังกล่าวว่า โจทก์เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพยนตร์เรื่อง TIANDI เป็นการอนุญาตให้โจทก์แต่ผู้เดียวหรือโดยเด็ดขาด ในการฉายภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวในประเทศไทยรวมทั้งการนำไปผลิตเป็นโฮมวิดีโอในประเภทวิดีโอซีดีและดีวีดีดอลเวอร์แซทโทลด์ิสก์ ออกให้เช่าและขายด้วยตลอดระยะเวลา 60 เดือน อันเป็นลิขสิทธิ์บางส่วนในงานภาพยนตร์ การที่จำเลยทั้งสองนำภาพและเสียงของภาพยนตร์เรื่อง TIANDI ไปผลิตเป็นแผ่นวิดีโอซีดีออกจำหน่ายแก่ประชาชนในประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ในระหว่างอายุสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยเด็ดขาด จึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่โจทก์มีสิทธิใช้แต่ผู้เดียวในประเทศไทย โจทก์จึงเป็นผู้เสียหาย จึงมีอำนาจฟ้อง

2.2 แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับหลักประกันทางธุรกิจ

2.2.1 ความหมายและความเป็นมาของหลักประกันทางธุรกิจ

“หลักประกัน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้คำนิยามว่า หมายถึง สิ่งที่ยึดถือเพื่อความมั่นคง เช่น ถ้าไม่ใช้คนมั่งมี ก็ควรมีวิชาไว้เป็นหลักประกัน²⁸

“หลักประกัน” ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่า เงินสด หรือหลักทรัพย์ ที่นำมาประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือประกันการชำระหนี้²⁹

ตามพจนานุกรมศัพท์ทางเศรษฐศาสตร์ ให้ความหมายของคำว่า³⁰“หลักประกันเงินกู้” ไว้ว่า “สิ่งที่ผู้กู้ใช้ในการค้ำประกันเงินกู้ ตามปกติผู้ให้กู้มีสิทธิยึดหลักประกันเงินกู้หรือดำเนินการอื่นใดตามที่ระบุไว้ในสัญญากู้ยืม เมื่อผู้กู้ไม่สามารถชำระเงินกู้คืน.....”

²⁷ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5395/2546. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

²⁸ราชบัณฑิตยสถาน. (2542). พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย พ.ศ. 2542. หน้า 1272.

²⁹ราชบัณฑิตยสถาน. (2544). พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (แก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2544. หน้า 360.

³⁰หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.bjcc.co.th/standard.html.com>.

หลักประกัน (Collateral) หมายถึง หลักทรัพย์ของผู้กู้ยืมที่ทำนิติกรรมสัญญาไว้ต่อสถาบันการเงิน โดยสถาบันการเงินสามารถนำมาใช้ในการหักกลบหนี้ได้ หากว่าผู้กู้ยืมไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามเงื่อนไข ดังนั้น สินเชื่อที่มีโอกาสในการผิดนัดชำระหนี้ (Default) สูง สถาบันการเงินจึงควรพิจารณาสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันอย่างถี่ถ้วน ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันการเงินเกิดความเสียหายน้อยที่สุดหากเกิดการผิดนัดชำระหนี้³¹ จากการพิจารณาความหมาย ของหลักประกันดังกล่าวข้างต้น พบว่าความหมายของหลักประกันมักถูกตีความให้กว้างกว่าที่กฎหมายกำหนด เพื่อประโยชน์ของผู้สัญญา ดังนั้น การวิเคราะห์ถึงความหมายของหลักประกันจึงไม่สามารถที่จะวิเคราะห์จากตัวอักษรเท่านั้น แต่ควรพิจารณาถึงความหมายของหลักประกันที่ได้รับการยอมรับในวงการธุรกิจ

หลักประกันการชำระหนี้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ³²

(1) การประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล คือ การที่บุคคลภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ โดยรับรองว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะชำระหนี้ให้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่า “ค้ำประกัน” โดยเจ้าหนี้เชื่อในความสามารถของผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้แทนได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

(2) การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์ การเจาะจงเอาทรัพย์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เองหรือของบุคคลอื่น มาทำสัญญาประกันการชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้เชื่อในมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ว่าเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพียงพอแก่การชำระหนี้

จากการศึกษาความหมายของคำว่า “หลักประกัน” ในทางเศรษฐศาสตร์และในทางกฎหมาย พอสรุปได้ว่า “หลักประกัน” คือ การนำทรัพย์สินไปตราไว้แก่เจ้าหนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้เกิดความมั่นใจว่าตนจะได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้อย่างแน่นอน อาจเป็นการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือด้วยทรัพย์สินก็ได้ แต่หลักประกันที่ดีต้องมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย สามารถอ้างยื่นแก่ผู้สัญญา รวมถึงอ้างยื่นต่อบุคคลภายนอกได้

รูปแบบหลักประกันทางธุรกิจได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยได้รับอิทธิพลและแนวคิดมาจากหลักกฎหมายโรมัน ซึ่งปรากฏว่ามีรูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินในสมัยกฎหมายโรมันอยู่ 3 รูปแบบ ได้แก่

³¹สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย. (2546). คู่มือการเงินการธนาคารสำหรับนักการธนาคารไทย. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : เรวาวัฒนาการพิมพ์. หน้า 176.

³²รชต จำปาทอง. (2554). ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ..... .วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

1. รูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ตามแบบ Fiducia คือ การที่ลูกหนี้ส่งมอบกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ โดยมีพิธีการส่งมอบต่อหน้าไพรเตอร์ โดยมีข้อตกลงว่า หากเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันคืนแก่ลูกหนี้ แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ให้ทรัพย์สินตกเป็นของเจ้าหนี้ทันทีโดยเจ้าหนี้ไม่ต้องดำเนินการใดๆ หลักการดังกล่าวได้รับความนิยมนอย่างมาก และถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ของโรมัน ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกไปในปลายสมัยจักรวรรดิ เนื่องจากเป็นพิธีการที่ค่อนข้างยุ่งยาก³³

2. การส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามแบบ Pignus หลักการดังกล่าวเป็นการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยพิธีการอย่างง่าย คือ โดยการหยิบยื่นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ โดยลูกหนี้ยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอยู่ ลูกหนี้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สินให้อยู่ในสภาพที่สามารถใช้การได้อย่างดี จนกว่าจะถึงเวลาที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ มิฉะนั้นลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระค่าชดเชยและค่าเสียหาย แต่หากเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้มีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันคืน³⁴

3. การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามแบบ Hypotheca วิธีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในรูปแบบ Hypotheca ถือได้ว่าเป็นผลดีต่อลูกหนี้มากกว่าวิธีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามแบบ Pignus และแบบ Fiducia เนื่องจากลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้

ดังนั้น ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะยังคงอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ตลอดเวลา ทำให้ลูกหนี้สามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ลงเมื่อใด เจ้าหนี้จะมีสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ทันที หลักประกันที่นำมาใช้ตามแบบ Hypotheca ส่วนใหญ่เป็น อสังหาริมทรัพย์ จำพวกที่ดิน เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่มั่นใจหลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์เพราะติดตามเอาคืนได้ยากกว่า นอกจากนี้ในเรื่องของลำดับบุริมสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันจะพิจารณาจากการจดทะเบียนเป็นสำคัญ เจ้าหนี้มีประกันตามแบบ Hypotheca ถือเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือเจ้าหนี้ทั่วไป ดังนั้น เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่ต้องแจ้งต่อผู้เป็นเจ้าหนี้ว่ามีการก่อหลักประกันตามแบบ Hypotheca ขึ้นแล้ว หากลูกหนี้ละเลย ไม่ทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงให้เจ้าหนี้รู้ ถือได้ว่าเป็นความผิดอาญา³⁵

³³ ปริฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา.(2555). รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมต่อกรณีการนำรถยนต์มาเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 23.

³⁴ ปริฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 24.

³⁵ ปริฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 25.

2.2.2 แนวคิดการนำเครื่องหมายการค้าเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

คำพิพากษาฎีกาที่ 9544/2542³⁶ เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ไม่ใช่เครื่องหมายหรือเครื่องหมายการค้า ไม่มีรูปร่าง ทั้งไม่อาจยึดถือครอบครองได้อย่างทรัพย์สินทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusiveright) ของเจ้าของสิทธิในอันที่จะหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นมาแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันเกิดจากความวิริยะอุตสาหะในทางสร้างสรรค์ของมนุษย์ (creativeeffort) โดยไม่ได้รับอนุญาต สิทธิเพียงผู้เดียวของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ได้แก่ สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ แม้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นสิทธิในนามธรรมไม่มีรูปร่างก็มีความหมายแตกต่างจากทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ถือเป็นสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถนำมาประโยชน์ได้ จึงเป็นสิทธิที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ซึ่งเมื่อได้ทำการพิจารณาถึงปัญหาจะพบว่า ปัญหาการเข้าไม่ถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อย (SMEs) นับได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศไทยที่นอกจากทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถขยายกำลังการผลิตเพื่อพัฒนาต่อยอดสินค้าของตนได้แล้ว ยังส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในวงกว้างระดับประเทศ ซึ่งรัฐบาลเห็นถึงปัญหาการเข้าไม่ถึงแหล่งเงินทุนดังกล่าว จึงได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาอย่างต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 โดยการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.... ขึ้นและมีการพัฒนาแก้ไขร่างฯ ดังกล่าวกระทั่งปัจจุบัน พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 และมีผลใช้บังคับวันที่ 2 กรกฎาคม 2559 พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จึงเป็นแนวทางสำคัญในการแก้ไขปัญหาเนื่องจากกฎหมายไทยเกี่ยวกับการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นไปตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบ่งการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท คือ การจำนำและการจำนอง ซึ่งมีการใช้บังคับมานานกว่า 80 ปี ทำให้ไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันที่มีทรัพย์สินอันมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกหลายชนิดที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ยกตัวอย่างเช่น เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร สิทธิเรียกร้องต่างๆ เป็นต้น ซึ่งทรัพย์สินต่างๆ เหล่านี้ไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ภายใต้การประกันหนี้ประเภทจำนองและจำนำ การมีพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จึงสามารถนำทรัพย์สินดังกล่าวนี้

³⁶ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. (2559). คำพิพากษาฎีกาที่ 9544/2542. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.deka.supremecourt.or.th>.

มาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้³⁷

2.2.3 ความสำคัญและความจำเป็นของหลักประกันทางธุรกิจ

ในทางปฏิบัติแล้ว หลักประกันมิไว้เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเกิดความสบายใจว่าหนี้ที่เกิดขึ้น ในฐานะที่ตนเป็นเจ้าของหนี้ย่อมมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ เนื่องจากมีสิ่งซึ่งเป็นหลักประกันมอบไว้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นแล้วในการกู้ยืมเงินแม้ว่าผู้กู้จะมีฐานะดีเพียงใดก็ตามย่อมมีความเสี่ยงสูงที่เจ้าหนี้ผู้ให้กู้จะไม่ได้รับชำระหนี้ เนื่องจากฐานะของบุคคลสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ไม่อาจทราบได้ว่าลูกหนี้ของตนจะตกเป็นบุคคลล้มละลายเมื่อใด เนื่องจากการประกอบธุรกิจ ลูกหนี้ต้องประสบต่อภาวะทางเศรษฐกิจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น เจ้าหนี้ไม่มีประกันด้วยสัญญาหรือด้วยอำนาจกฎหมายย่อมขาดความมั่นคงจากการได้รับชำระหนี้ ทำให้ไม่อาจวางใจได้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ผู้กู้ยืมหรือไม่ เพราะการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน ลูกหนี้อาจจะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนหรือถูกยึดทรัพย์เอาไปบังคับชำระหนี้ตามคำสั่งของศาลโดยเจ้าหนี้ที่นี้ถึงกำหนดชำระก่อน จึงเป็นความเสี่ยงแก่เจ้าหนี้ถึงกำหนดชำระหนี้ในภายหลัง อีกทั้งการขอเข้าไปเจบลีย์หนี้โดยการฟ้องเป็นคดีล้มละลาย ก็เป็นดำเนินกระบวนการที่มีขั้นตอนที่ยุ้งยาก และมีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้ ไม่เต็มตามจำนวนหนี้ ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติว่าด้วยหลักประกันจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในฐานะเครื่องมือที่จะช่วยลดความเสี่ยงในการไม่ได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ทั้งนี้ หากเจ้าหนี้มีหลักประกันการชำระหนี้ที่ดีแล้วเจ้าหนี้ก็ชอบที่จะปล่อยเงินทุนให้แก่ ผู้ประกอบการได้มากขึ้น ซึ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญในการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการสามารถขยายธุรกิจได้

Phillip R. Wood³⁸ ได้กล่าวถึงหลักการและเหตุผลสำคัญบางประการ ในกรณีที่เจ้าหนี้จะเรียกหลักประกันไว้ดังนี้ หลักประกันมิไว้เพื่อเป็นการป้องกันลูกหนี้ผู้ทำธุรกิจรวมถึงเจ้าหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ยังสามารถบังคับเอาจากหลักประกันที่ตนถือครองอยู่ได้ โดยกำหนดให้เจ้าหนี้มีอำนาจในการบังคับหลักประกันภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่อำนวยความสะดวกให้ เนื่องจากการกู้ยืมเงินที่มีหลักประกันมั่นคงและมีความน่าเชื่อถือย่อมทำให้เจ้าหนี้เรียกเอาอัตราดอกเบี้ยต่ำ อีกทั้งการมีหลักประกันที่ดียังทำให้เจ้าหนี้มีแรงจูงใจในการตัดสินใจทำการเข้าช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ง่ายขึ้น ในยามที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน จึงง่ายกว่าการกู้ยืมเงินที่ปราศจากหลักประกัน ซึ่งมีความเสี่ยงที่สูงกว่า ทั้งนี้

³⁷ คำชัย จงจักรพันธ์. (2557). เรื่องนำรู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด. หน้า 3.

³⁸ อธิก อัครวานันท์. (2541). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันทางการเงินและแนวทางแก้ไข. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. หน้า 47-56.

เพื่อจำกัดขอบเขตของการเกิดภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวแบบลูกโซ่ กล่าวคือเมื่อลูกหนี้รายหนึ่งไม่สามารถชำระหนี้ได้ก็จะทำให้เจ้าหนี้ของลูกหนี้รายนั้นตกอยู่ในสถานภาพที่ขาดสภาพคล่อง และหากเจ้าหนี้รายนั้นไปเป็นลูกหนี้ของบุคคลอื่นต่อๆ ไป ก็จะทำให้บุคคลเหล่านั้นขาดสภาพคล่อง ซึ่งจะเกิดผลกระทบเป็นลูกโซ่ทำให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจได้ จากการพิจารณาหลักการดังกล่าวถือได้ว่าหลักประกันเป็นปัจจัยที่แตกต่างกับสินเชื่อที่เหมาะสม ทำให้เจ้าหนี้มีแรงจูงใจในการตัดสินใจทำการเข้าช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ง่ายขึ้น

2.2.4 ปัจจัยที่สถาบันการเงินต้องนำมาพิจารณาในเรื่องของหลักประกันทางธุรกิจ

1. มูลค่าของหลักประกัน พิจารณาถึงราคา ณ เวลาที่ต้องการขายทรัพย์สินนั้น เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ที่ผิดนัดคืนแก่สถาบันการเงิน โดยต้องเป็นมูลค่าที่ขายได้ง่าย มีความชัดเจน ไม่ผันผวน และต้องมีมูลค่าสูงพอที่จะชำระหนี้แก่สถาบันการเงินภายหลังหักค่าเสื่อมราคาแล้ว

2. ชนิดของสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกัน สถาบันการเงินมีความจำเป็นต้องพิจารณาสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกัน เนื่องจากสิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันแต่ละชนิดมีความมั่นคงที่แตกต่างกันได้แก่ หลักประกันที่จับต้องได้ (Tangible Securities) เช่น บ้าน ที่ดิน เงินฝาก และหลักประกันที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Securities) เช่น การค้าประกันและสิทธิเรียกร้องต่างๆ รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งโดยทั่วไปสถาบันการเงินมักให้ความเชื่อมั่นกับหลักประกันที่จับต้องได้มากกว่า

3. สถาบันการเงินสามารถยึดกรรมสิทธิ์ได้จริงโดยไม่มีปัญหาด้านต้นทุน (Cost) ในการโอนกรรมสิทธิ์สูงและใช้เวลาในการยึดยาวนาน เนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายที่ธนาคารต้องรับผิดชอบ

4. สถาบันการเงินต้องพิจารณาบททวนการประเมินราคาและกฎระเบียบต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อหลักประกันอย่างสม่ำเสมอ³⁹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในประเทศไทย

แนวคิดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เกิดจากระบบการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน ส่งผลให้ผู้ประกอบการต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจ เพื่อเป็นการต่อยอดทางธุรกิจ ดังนั้น การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ย่อมเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้เจ้าหนี้สามารถตัดสินใจในการให้กู้ยืมเงินที่จะนำมาขายธุรกิจได้ง่าย และรวดเร็วขึ้นเป็นการเพิ่มโอกาสในการหาแหล่งเงินทุนแก่ผู้ประกอบการ โดยหลักประกันการชำระหนี้ที่ดีควรครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกชนิดที่ลูกหนี้มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วใน

³⁹สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31, หน้า 177.

ปัจจุบัน หรือจะมีขึ้นในอนาคต โดยมีหลักกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้รับหลักประกัน เพื่อไม่ให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายจากการบังคับหลักประกัน เช่น การกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น⁴⁰ การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินควรมีอยู่ตลอดระยะเวลาที่ลูกหนี้นำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับหลักประกัน แต่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันต้องสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ด้วย เพื่อเป็นการหารายได้มาชำระแก่เจ้าหนี้อย่างเพียงพอ หลักประกันที่ดีควรมีกระบวนการบังคับหลักประกันที่มีประสิทธิภาพ มีขั้นตอนที่ง่ายไม่ล่าช้าและไม่เสียค่าใช้จ่ายสูง การกำหนดให้มีการจดทะเบียนหลักประกันการชำระหนี้เพื่อแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าทรัพย์สินดังกล่าว มีการนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกให้สามารถตรวจสอบทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับชำระหนี้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

2.3.1 การจำนอง

การจำนองตามมาตรา 702⁴¹ อันว่าจำนอง คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง กรณีตามมาตรา 702 หมายความว่า การจำนอง⁴² เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์ซึ่งต้องมีสัญญาประจักษ์ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ก่อน โดยหนี้ดังกล่าวจะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นแล้วในขณะที่ทำสัญญา หรือเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นในอนาคตก็ได้ การจำนองคือการนำทรัพย์สินไปตราไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้หรือผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ สำหรับทรัพย์สินที่ผู้จำนองสามารถนำมาจำนองได้คือ ทรัพย์สินตามมาตรา 703⁴³ กล่าวคือ ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์

⁴⁰ปรีดิตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 20-21.

⁴¹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 702 อันว่าจำนอง คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินไปตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

⁴²พลกฤษณ์ ดันดิชัยนุสรณ์. (2558). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการจำนองรถยนต์. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 15.

⁴³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703

อสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ไม่ว่าประเภทใดๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้อาจจำนองได้คู่กันหากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

และสิ่งห้ามทรัพย์พิเศษที่มีการจดทะเบียน ได้แก่ เรือที่มีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ และสิ่งห้ามทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนได้ และเนื่องจากโดยสภาพของทรัพย์สินที่ จำนองเป็นอสังหาริมทรัพย์และสิ่งห้ามทรัพย์ที่มีขนาดใหญ่ การ จำนองทรัพย์สินกฎหมายบัญญัติ บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ อันเป็นบทบังคับตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152⁴⁴ มิฉะนั้นการ จำนองตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 714⁴⁵

กรณีการ จำนอง มีข้อจำกัดที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ แม้กฎหมายการ จำนองมิได้ กำหนดให้ผู้ จำนองต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ จำนองและผู้ให้หลักประกันสามารถใช้ทรัพย์สินที่ จำนองต่อไปได้จนกว่าจะมีการบังคับ จำนองซึ่งเป็นผลดีต่อการประกอบธุรกิจมากกว่า แต่ทรัพย์สิน ที่สามารถนำมา จำนองได้ จำกัดเฉพาะสิ่งห้ามทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภท เท่านั้น ข้อจำกัดประการที่สอง คือ เรื่องของการบังคับ จำนอง โดยการนำทรัพย์สินที่ จำนองออก ขายทอดตลาดหรือการฟ้องบังคับเอาทรัพย์สิน จำนองหลุดเป็นสิทธิ ซึ่งเจ้าหนี้มีหน้าที่ส่งหนังสือบอก กล่าวบังคับ จำนองไปยังผู้ จำนอง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 728⁴⁶ ส่วนการบังคับ จำนองหลุดเป็น สิทธิ เจ้าหนี้ผู้รับ จำนองต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกเอาทรัพย์สิน จำนองหลุดแทนการขายทอดตลาด ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 729⁴⁷ ส่งผลให้กระบวนการพิจารณา คดีบังคับ จำนองมี

-
- (1) เรือกำปั่น หรือเรือที่มีระวางตั้งแต่ 6 ตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
 - (2) แพ
 - (3) สัตว์พาหนะ
 - (4) สิ่งห้ามทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติให้จดทะเบียนเฉพาะการ

⁴⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 การ โฉมใจได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้น เป็นโมฆะ

⁴⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714 อันสัญญา จำนองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

⁴⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 728 เมื่อจะบังคับ จำนองนั้น ผู้รับ จำนองต้องมีหนังสือบอกกล่าว ไปยังลูกหนี้ก่อนว่าให้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาพอสมควร ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้รับคำ บอกกล่าวนั้น ถ้าและลูกหนี้ละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามคำบอกกล่าว ผู้รับ จำนองจะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาตั้ง ให้ยึดทรัพย์สินซึ่ง จำนองและให้ขายทอดตลาด

⁴⁷ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 ในการบังคับ จำนองตามมาตรา 728 ถ้าไม่มีการ จำนองรายอื่น หรือบริมสิทธิอื่นอัน ได้จดทะเบียน จำนองไว้เหนือทรัพย์สินรายเดียวกัน ผู้รับ จำนองจะฟ้องคดีต่อศาล เพื่อเรียก เอาทรัพย์สิน จำนองหลุดภายในบังคับแห่งเงื่อนไขดังกล่าวต่อไปนี้แทนการขายทอดตลาดก็ได้ (1) ลูกหนี้ได้ขาด ส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาถึงห้าปี และ (2) ผู้รับ จำนองแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นน้อยกว่า จำนวนเงินอันค้างชำระ

ความล่าช้า ส่งผลเสียต่อการประกอบกิจการทั้งผู้จ้างและผู้รับจ้าง อีกทั้งการบังคับคดีจ้าง โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินไปตามระเบียบแบบแผน ทำให้การบังคับจ้างมีความล่าช้า ประกอบกับความเชี่ยวชาญของเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีความเชี่ยวชาญเพียงพอส่งผลให้การบังคับคดีจ้างได้ในราคาไม่มากนักซึ่งไม่เป็นผลดีแก่ผู้จ้างและผู้รับจ้าง⁴⁸

2.3.2 การจำหน่าย

ในส่วนการจำหน่ายตามมาตรา 747⁴⁹ อันว่าจำหน่าย คือ สัญญาซึ่งบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำหน่ายส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำหน่าย เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้เป็นกรณี queผู้จำหน่ายใช้สังหาริมทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้ โดยที่สังหาริมทรัพย์สามารถเปลี่ยนมือได้ง่ายและการเปลี่ยนมือสังหาริมทรัพย์สามารถกระทำได้โดยง่ายเพียงการส่งมอบการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงบัญญัติว่ากรณีจำหน่ายนั้น ผู้จำหน่ายต้องส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่ายด้วย แต่เนื่องจากการจำหน่ายเป็นการประกันการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัด กล่าวคือ กรณีจำหน่ายนั้นสิ่งที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ คือสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และต้องมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ที่จำหน่ายให้แก่ผู้รับจำหน่ายด้วย หลักการดังกล่าวไม่เปิดช่องให้ผู้ประกอบการนำสังหาริมทรัพย์อย่างเช่น สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า เครื่องจักร เรือเดินทะเล ฯลฯ ไปจำหน่ายเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ทั้งที่สังหาริมทรัพย์ดังกล่าวมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เนื่องจาก ผู้จำหน่ายจำเป็นต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านั้นในการประกอบการหากต้องมีการส่งมอบให้แก่ผู้รับจำหน่ายแล้วจะส่งผลเสียต่อผู้ประกอบการ เนื่องจากผู้ประกอบการไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้

ดังนั้น ด้วยข้อจำกัดตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเกิดแนวคิดในการตรากฎหมายขึ้น เพื่อให้มีการนำทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถนำมาจ้างจำหน่ายได้มาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยกฎหมายดังกล่าวต้องมีระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้รับหลักประกัน เนื่องจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกัน และเพื่อเป็นการลดภาระหน้าที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลและการทำงานของเจ้าพนักงานบังคับคดี ในกระบวนการบังคับหลักประกัน ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่า

⁴⁸ ปรกรณ์ นิลประพันธ์. (2545). แนวคิดใหม่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้. วารสารกฎหมายปกครอง, 20(1). หน้า 30.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 747 อันว่าจำหน่าย คือ สัญญาซึ่งบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำหน่าย ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำหน่าย เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้

ทางเศรษฐกิจแต่ไม่สามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบ การครอบครองทรัพย์สินเช่นเดียวกับการจำนองและการจำนำ

2.4 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

2.4.1 ความหมายและความเป็นมาเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

“การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน” หมายถึง การให้ความเห็นเกี่ยวกับมูลค่าทรัพย์สิน โดยผู้ประเมินซึ่งมีคุณสมบัติและความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ทางวิชาชีพที่เหมาะสม

อาร์มีเทจ ผู้เชี่ยวชาญชาวออสเตรเลีย ได้กล่าวไว้ว่า “A property valuation is a professional opinion of the value of and interests in property, given by an expert” สรุปความได้ว่า การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ การเสนอความเห็นเชิงวิชาชีพ ต่อมูลค่าสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญ⁵⁰

สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกา (The American Institute of real Estate Appraiser) ได้ให้คำนิยามของการประเมินไว้ว่า “การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หมายถึง ผลสรุปของวิธีการ และเทคนิคการประเมินมูลค่า ซึ่งผู้ประเมินได้นำข้อเท็จจริงที่มีมาวิเคราะห์ใช้กับกระบวนการประเมินมูลค่า เพื่อให้ได้มาซึ่งมูลค่าของทรัพย์สิน และสะท้อนมูลค่าที่ใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด⁵¹ สิริ เกวตินสฤต⁵² อธิบดีกรมที่ดิน ได้กำหนดคำนิยามของการประเมินมูลค่าทรัพย์สินหรือการประเมินราคาทรัพย์สินไว้ว่า “การประเมินราคา คือ กระบวนการสืบหาข้อมูล เพื่อให้ได้มาซึ่งมูลค่าทรัพย์สิน โดยผ่านกระบวนการคิด วิเคราะห์และกำหนดค่าออกมาเป็นตัวเงิน ณ วันที่ทำการประเมิน”

ไพโรจน์ ชิงศิลป์ ได้ให้ความหมายของการประเมินราคาไว้ว่า “การประเมินราคา คือ การประมาณการของมูลค่า มูลค่า หมายถึง คุณค่า หรือคุณประโยชน์ของบางสิ่งบางอย่างต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยวัตถุประสงค์ในการประเมินราคาส่วนมากเป็นการประเมินราคา เพื่อให้ทราบถึงราคาทรัพย์สินที่จะขาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า

⁵⁰ จันทรวิมล รักษอนันตชัย. (2545). การเปรียบเทียบการประเมินราคาทรัพย์สิน 3 วิธี : กรณีศึกษาบ้านเดี่ยวพักอาศัยฝั่งกรุงเทพตะวันตก. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชาเคหการ, คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์. หน้า 50.

⁵¹ นิพัทธ์ จิตรประสงค์. (2534). กระบวนการประเมินราคา. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1

⁵² รุปนันท์ เอกอินทร์. (2544). วิธีการประเมินราคาที่อยู่อาศัยประเภทอาคารชุด. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชาเคหการ, คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์. หน้า 44.

การประเมินราคา คือ การสรุปมูลค่าทรัพย์สินโดยผู้ประกอบวิชาชีพการประเมินราคา โดยการนำข้อมูลที่มีอยู่มาเปรียบเทียบมูลค่า และนำมาคิดวิเคราะห์ตามตรรกวิทยา⁵³

จึงสามารถสรุปได้ว่า การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หมายความว่า การสืบหาข้อมูลราคาทรัพย์สิน โดยนำทรัพย์สินที่ต้องการขายมาเปรียบเทียบกับราคาตลาด ณ วันที่ทำการประเมินมูลค่าโดยบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถและได้รับการยอมรับว่าสามารถประเมินมูลค่าทรัพย์สินได้อย่างถูกต้องโดยผ่านกระบวนการคิด วิเคราะห์ตามหลักการและวิธีการประเมินมูลค่าที่เป็นที่ยอมรับในระดับสากล

2.4.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน⁵⁴

อดัม สมิท (Adam Smith) ซึ่งเป็นนักเศรษฐศาสตร์ได้คิดค้นกลไกการประเมินมูลค่าทรัพย์สินจากการกำหนดปัจจัยการผลิต กำหนดมูลค่าทรัพย์สิน ความต้องการขาย และความต้องการซื้อ โดยพิจารณาจากมูลค่าทรัพย์สิน โดยการสมมติว่าการครอบครองทำประโยชน์เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ การทราบถึงความขาดแคลนที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงมูลค่า (ทำให้ราคาสูงขึ้น) ซึ่งราคาสินค้าจะเป็นตัวสะท้อนให้เราทราบถึงต้นทุนการผลิต สิ่งเหล่านี้ล้วนมีอิทธิพลต่อการคิดต้นทุนทั้งสิ้น

โดย อดัม สมิท (Adam Smith) ให้ความเห็นเกี่ยวกับมูลค่าไว้ ดังนี้

1. มูลค่าในการแลกเปลี่ยน (Value in exchange)
2. มูลค่าในการใช้งาน (Value in use)

อดัม สมิท ถือได้ว่าเป็นผู้คิดค้นหลักการประเมิน โดยวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินด้วยวิธีคิดจากต้นทุน โดยนำแนวคิดวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินจากมูลค่าที่มีความสัมพันธ์กับต้นทุนการผลิต⁵⁵

เดวิด ริคาร์โด (David Ricardo) เป็นผู้พัฒนาทฤษฎีการประเมินมูลค่าที่ดินทางเศรษฐกิจบนพื้นฐานแนวความคิดของเศษพื้นที่ของที่ดินที่เหลือจากการนำมาใช้ประโยชน์ การนำเอาผลอัตราผลตอบแทนที่ลดน้อยถอยลง ผลตอบแทนคงที่ในส่วนของที่ดินโดยการนำเอาข้อมูลการเช่าพื้นที่มาอ้างอิง ทฤษฎีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินของเดวิด ริคาร์โด เชื่อว่ามูลค่าที่ดินที่ทำการประเมินขึ้นอยู่กับรายได้หรือผลตอบแทนจากการใช้ประโยชน์อย่างสูงสุด จึงเป็นแนวคิดวิธีการประเมินจากรายได้.

⁵³ ปภากร สุวรรณธาดา. (2556). สมรรถนะของนักประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ดุสิต บัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพคริสเตียน. หน้า 19.

⁵⁴ ปภากร สุวรรณธาดา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 20-23.

⁵⁵ ทับทิม วงศ์ประยูร. (2536). ประวัติและลัทธิเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ : วิ.เจ พรินติ้ง. หน้า 70.

จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) เป็นผู้กำหนดความสัมพันธ์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินจากแหล่งเงินทุน กฎความเสี่ยงในส่วนของ การได้อัตราดอกเบี้ย ความสัมพันธ์ระหว่างดอกเบี้ยและมูลค่าในการใช้ โดยเชื่อว่าอัตราดอกเบี้ยและความเสี่ยงเป็นที่มาของสูตรในการคิดคำนวณการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน⁵⁶

2.4.3 หลักเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ถือเป็นการนำเอาหลักเศรษฐศาสตร์การประเมินมาเป็นหลักการพื้นฐานในการประเมิน โดยหลักการทางเศรษฐศาสตร์ ให้นิยามคำว่า “มูลค่า” (Value) ไว้ว่า มูลค่าคือความสามารถของสิ่งของที่สามารถนำไปแลกเปลี่ยนกับสิ่งของอื่น มูลค่าแบ่งออกเป็น 2 แบบ คือ มูลค่าที่เกิดจากประโยชน์จากการใช้สอยทรัพย์สินนั้น (Value in use) หมายถึงมูลค่าที่ทำให้เกิดอรรถประโยชน์ และมูลค่าที่เกิดจากการแลกเปลี่ยน (Value in exchange) ดังนั้น การกำหนดราคาที่เหมาะสม คือ การนำเอาความสัมพันธ์ระหว่างราคา (price) ตลาด (market) และค่าใช้จ่าย (Cost) มาพิจารณาผลตอบแทนหรือผลกำไรที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับในอนาคต โดยนิพัทธ์จิตร ประสงค์ ได้กล่าวถึงหลักการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน โดยวิธีมูลค่าตลาดว่า มูลค่าตลาด หมายถึง ราคาสูงสุดจากการคิดคำนวณการประเมินมูลค่าทรัพย์สินออกมาเป็นตัวเงิน ซึ่งหากมีการนำเอาทรัพย์สินออกขายโดยมีระยะเวลาให้ผู้ซื้อได้ตัดสินใจ เป็นการคิดราคาจากผู้ขายยินดีขาย แลที่ผู้ซื้อยินดีซื้อสินค้า โดยราคาที่คิดคำนวณได้ถือเป็นราคาสูงสุดในสภาพที่มีการแข่งขันในตลาด

2.4.4 ความสำคัญและความจำเป็นในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

ความสำคัญในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน เกิดจากการที่สถาบันการเงิน หรือเจ้าของทรัพย์สินต้องการทราบมูลค่าทรัพย์สินที่ตนถือครองอยู่ ไม่ว่าจะเพื่อนำออกขาย ให้เช่า ร่วมกิจการเพื่อการเสียดาย หรือการประเมินมูลค่าทรัพย์สินนั้นๆ เพื่อนำไปตราไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ สิ่งต่างๆ เหล่านี้ก่อให้เกิดความต้องการที่จะทราบมูลค่าทั้งสิ้น ดังนั้น ก่อนที่จะมีการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ผู้ประเมินจึงมีความจำเป็นที่ต้องการทราบข้อมูลเบื้องต้นว่า ทรัพย์สินนั้นนำไปประเมินด้วยวัตถุประสงค์ใด ทรัพย์สินที่นำมาประเมินมูลค่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินไม่มีตัวตน อย่างเช่น เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อผู้ประเมินจะสามารถหาวิธีการประเมินมูลค่าที่เหมาะสมทรัพย์สินที่นำมาประเมินได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับประเภทของทรัพย์สินให้มากที่สุด เพื่อประโยชน์แก่ผู้เข้ารับการประเมิน รวมทั้งเพื่อประโยชน์แก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง

⁵⁶ รุปนันท์ เอกอินทร์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 24.

ตัวอย่างการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

1. การประมาณ การมูลค่าตลาด (Estimating Market Value) คือ วิธีการประเมินที่ผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินนำมาใช้ในการประเมินอาคารที่สร้างขึ้นจนเสร็จสิ้นแล้ว รวมถึงอาคารที่คาดว่าผู้ประกอบการจะสร้างขึ้น

ยกตัวอย่าง การประเมินมูลค่าโรงแรมที่สร้างเสร็จสิ้น และมีการเปิดดำเนินการแล้ว จำนวน 300 ห้อง ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ผู้ประเมินจะทำการประเมินโดยวิเคราะห์จากผลการดำเนินงานที่ผ่านมาในอดีต โดยมูลค่าจะเกิดจากการนำข้อมูลเกี่ยวกับอัตราการครอบครอง อัตราการเช่าห้องพัก รวมถึงอัตรารายได้ที่ได้รับในแต่ละช่วงเวลา รวมถึงต้นทุนต่างๆ ในการประกอบกิจการ โรงแรม เพื่อเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงต้นทุนและรายได้ที่ได้รับ

แต่หากว่าโรงแรมดังกล่าวเป็น โรงแรมที่ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ หรือกำลังจะสร้างขึ้นใหม่ การประเมินมูลค่าทรัพย์สินจะใช้วิธีการที่แตกต่างกันออกไปจากการประเมินโรงแรมที่สร้างจนเสร็จสิ้นแล้ว กล่าวคือ จะเป็นการวิเคราะห์จากรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

2. การวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (Cost Benefit Analysis) การวิเคราะห์ต้นทุนมักมาจากการประมาณรายได้สุทธิ โดยมีการประมาณการจากต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นตลอดระยะเวลาของทรัพย์สินนั้นๆ

การประมาณการจากยอดขาย นำมาหักออกจากต้นทุนในการพัฒนาทรัพย์สิน นับได้ว่าเป็นการคาดการณ์รายได้ที่จะเกิดในแต่ละปี โดยผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินจะเป็นผู้วิเคราะห์ถึงข้อมูลการทำงานประมาณการ เพื่อนำมาประยุกต์ใช้กับวิธีที่เหมาะสมเพื่อนำไปสู่การคาดประมาณมูลค่าตลาดในปัจจุบัน

ยกตัวอย่าง ผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้า นำเครื่องหมายการค้าที่ตนมีสิทธิออกให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า นั้น ก็จะนำรายได้จากการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้สิทธิ หักจากต้นทุนในการพัฒนาเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

3. การวิเคราะห์กระแสเงินสด (Cash Flow Analysis) การวิเคราะห์กระแสเงินสดเป็นการพิจารณาถึงการประมาณการของเงินได้ที่ได้รับ โดยประมาณการจากเงินได้ที่ผู้ประกอบการได้รับภายหลังจากมีการชำระภาษีแล้ว

ยกตัวอย่าง ผู้สร้างสรรค์เครื่องหมายการค้า นำเครื่องหมายการค้าที่ตนมีสิทธิมาพัฒนา เพื่อให้บุคคลทั่วไปรู้จัก ทำให้ยอดขายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าสูง วิธีการประเมินที่เหมาะสม คือ การนำเอากระแสเงินสดที่ได้รับมาใช้ในการวิเคราะห์

2.4.5 การประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย⁵⁷

เพื่อให้การประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทยมีแนวทางในการปฏิบัติงานที่มีมาตรฐานเดียวกัน และเพื่อให้การประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทยเป็นที่ยอมรับแก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประเมิน ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของตลาดทุนและตลาดเงิน ในการนำข้อมูลการประเมินไปใช้อ้างอิงในการทำธุรกรรมทางการเงิน สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) จึงได้ยกร่างมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินขึ้น โดยผู้มีความรู้มีประสบการณ์ในการยกร่าง โดยการอ้างอิงข้อเสนอแนะจาก The Appraisal Foundation และร่างมาตรฐานของ Asian Valuation Standard ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินแบ่งเป็น 3 หมวด คือ

หมวดที่ 1 เป็นเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหามาตรฐาน วิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน ที่ผู้ประเมินต้องยึดถือปฏิบัติ

หมวดที่ 2 จรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

หมวดที่ 3 คำอธิบายทั่วไปเพื่อประกอบความเข้าใจในส่วนของมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

2.4.6 หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ แบ่งออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ใหญ่ๆ ได้แก่

(1) หลักเกณฑ์การประเมินเพื่อกำหนดมูลค่าตลาด⁵⁸

หลักเกณฑ์การประเมินเพื่อกำหนดมูลค่าตลาด หมายถึง การประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่สามารถอ้างอิงข้อมูลธุรกรรมซื้อขายซึ่งเกิดขึ้นในตลาด โดยข้อมูลต้องมีความเหมาะสมและเพียงพอที่จะใช้เปรียบเทียบเพื่อกำหนดมูลค่าตลาดของทรัพย์สินนั้น การประเมินเพื่อกำหนด มูลค่าตลาด ผู้ประเมินต้องกำหนดตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ข้อมูลที่จะนำมาใช้วิเคราะห์และเปรียบเทียบต้องได้จากข้อมูลตลาดทั้งสิ้น กรณีมีข้อมูลบางส่วนที่ใช้ในการกำหนดมูลค่าตลาดเป็นข้อมูลที่ไม่ได้มาจากการตลาด ต้องเปิดเผยสาเหตุ

⁵⁷สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันกึ่งนึ่งแห่งเอเชีย. มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://capital.sec.or.th/webapp/nrs/data/5907a5.pdf>.

⁵⁸สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าโรงงาน เครื่องจักรและอุปกรณ์. หน้า 17-18.

ที่ไม่สามารถหาข้อมูลตลาดได้ ความเหมาะสมของข้อมูลที่น่ามาใช้เป็นตัวแทนของข้อมูลตลาด และระบุข้อจำกัดที่มีได้ใช้ข้อมูลตลาดข้างต้น ประกอบกับการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับตลาด ที่ประเมินได้ให้ชัดเจน

2) ข้อมูลที่น่ามาใช้เพื่อเปรียบเทียบเพื่อกำหนดมูลค่าตลาดต้องมีความเหมาะสมและเพียงพอที่จะใช้กำหนดมูลค่าตลาด ต้องมีข้อมูลตลาดเปรียบเทียบที่เชื่อถือได้และสามารถสะท้อนมูลค่าทางารตลาดอย่างชัดเจน

3) หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการประเมินต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การประเมิน

4) ผู้ประเมินต้องมีความรอบคอบและมีความเข้าใจในการเลือกวิธีการประเมิน ตลอดจนเทคนิคต่างๆ เพื่อที่จะนำไปหามูลค่าตลาดได้อย่างถูกต้องน่าเชื่อถือ

การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน⁵⁹ โดยใช้หลักเกณฑ์มูลค่าตลาดเป็นการดำเนินการตามขั้นตอน และวิธีการประเมินที่เหมาะสมในการประมาณการราคาตลาดที่สามารถซื้อขายทรัพย์สินได้อย่างเปิดเผย ซึ่งวิธีการประเมินตามหลักการนี้ ได้แก่ วิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด วิธีพิจารณาจากรายได้โดยคิดจากอัตราผลตอบแทนทางตรง หรือวิธีคิดลดกับกระแสเงินสด และ วิธีคิดจากต้นทุน วิธีคิดจากต้นทุนถือเป็นการประเมินตามหลักเกณฑ์มูลค่าตลาดต่อเมื่อทุกส่วน ที่นำมาใช้เป็นข้อมูลต้องเป็นข้อมูลตลาด ในขณะที่การประเมินมูลค่าโดยวิธีพิจารณาจากมูลค่าทดแทนคงเหลือสุทธิไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมูลค่าตลาด เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์มูลค่าตลาดรวมอยู่ด้วย

มูลค่าตลาด หมายถึง มูลค่าที่คิดเป็นตัวเงิน เป็นราคาของทรัพย์สินที่สามารถตกลงซื้อขายกัน ได้เป็นราคาที่ผู้ขายเต็มใจขายและผู้ซื้อยินดีซื้อ ณ วันที่ทำการประเมินมูลค่า โดยการพิจารณามูลค่าตลาดจะไม่ได้คำนึงถึงต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายในการซื้อ ค่าธรรมเนียมหรือค่าภาษีใดๆ

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามหลักเกณฑ์มูลค่าตลาด ผู้ประเมินมูลค่าต้องทำการตรวจสอบเสียก่อนว่าการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินเป็นการใช้ประโยชน์อย่างสูงสุด กล่าวคือ เป็นการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินให้ได้มากที่สุดภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมายตามความเหมาะสมทางกายภาพ ความเป็นไปได้ทางเศรษฐศาสตร์และทางการเงิน สิ่งเหล่านี้ล้วนแต่ส่งผลให้การใช้ทรัพย์สินมีมูลค่าอย่างสูงสุด

⁵⁹สถาพร ช่วยเพชร. (2548). มาตรการทางกฎหมายในการดูแลและส่งเสริมผู้ประกอบการวิชาชีพประเมินราคาทรัพย์สินในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 18-19.

(2) หลักเกณฑ์การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด

หลักเกณฑ์การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด เป็นการประเมินทรัพย์สินที่มีมูลค่า การตลาดไม่เพียงพอที่จะเปรียบเทียบเพื่อให้ได้มาซึ่งมูลค่าตลาดทรัพย์สิน โดยพิจารณาถึง อรรถประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินชิ้นใดชิ้นหนึ่ง ไม่คำนึงถึง ความสามารถในการซื้อหรือขายได้ในตลาด หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นในตลาดที่ไม่ปกติสำหรับ ทรัพย์สินนั้น การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด ผู้ประเมินต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) ต้องมีความเข้าใจความแตกต่างระหว่างหลักเกณฑ์การประเมินเพื่อกำหนดมูลค่า ตลาด และหลักเกณฑ์การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด รวมทั้งผลกระทบที่อาจเกิดจากการ นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปประยุกต์ใช้และต้องสามารถใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวให้เหมาะสมกับ วัตถุประสงค์ของการประเมินและประเภทของทรัพย์สินได้

2) ในการใช้หลักเกณฑ์การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด ผู้ประเมิน ต้อง แสดงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว และต้องระบุไว้ในรายงานประเมินอย่าง ชัดเจน

3) ต้องใช้วิธีการประเมินที่เหมาะสมและสามารถแสดงที่มาของการกำหนดมูลค่า ได้อย่างชัดเจนตามสมควร ทั้งนี้ ผู้ประเมินอาจใช้วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด วิธีต้นทุน หรือวิธี รายได้ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการประเมิน ประเภท และลักษณะของการใช้ประโยชน์ ของเจ้าของทรัพย์สิน

การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด อาจรวมถึงการประเมินราคาทรัพย์สินที่ใช้ หลักเกณฑ์มูลค่าทดแทนคงเหลือสุทธิ การประเมินเพื่อกำหนดมูลค่าการลงทุน ซึ่งเป็นมูลค่าที่ เหมาะสมกับนโยบายการลงทุน

2.4.7 หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า

การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าประกอบด้วยหลักเกณฑ์มาตรฐาน 2 หลัก ได้แก่

1) หลักเกณฑ์การประเมินเพื่อกำหนดมูลค่าตลาด หลักเกณฑ์การกำหนดมูลค่าตลาด หมายถึง การประเมินมูลค่าทรัพย์สินที่สามารถอ้างอิงได้ ข้อมูลทางธุรกรรมการซื้อขายที่เกิดขึ้น ในตลาด โดยข้อมูลที่น่ามาประเมินต้องมีความเหมาะสม เพียงพอที่จะใช้เปรียบเทียบเพื่อกำหนด มูลค่าทรัพย์สินนั้นๆ และต้องคำนึงถึงการใช้ประโยชน์สูงสุด ข้อมูลที่น่ามาใช้วิเคราะห์ และ เปรียบเทียบต้องได้จากตลาด หรือการซื้อขายในตลาด

2) หลักเกณฑ์การประเมินที่มีใช้การกำหนดมูลค่าตลาด หลักเกณฑ์การประเมิน ที่มีใช้ การกำหนดมูลค่าตลาด หมายถึง การประเมินมูลค่าทรัพย์สินบางประเภทที่มีลักษณะเฉพาะมี การซื้อขายน้อย หรือไม่มีการซื้อขายเลย มีวัตถุประสงค์เฉพาะหรือมีข้อมูลตลาดไม่เพียงพอที่จะใช้

การเปรียบเทียบเพื่อให้ได้มาซึ่งมูลค่าตลาดของทรัพย์สิน โดยจะพิจารณาถึงอรรถประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หรือการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินโดยไม่คำนึงถึงความสามารถที่จะซื้อหรือขายได้ในตลาด หรือผลกระทบที่อาจเกิดจากภาวะตลาดที่ไม่ปกติสำหรับทรัพย์สินนั้น⁶⁰

ปัจจัยที่ผู้ประเมินควรพิจารณาในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้า⁶¹ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิ่งที่เกิดจากสติปัญญาของมนุษย์ และได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน แต่มีค่าในตัวเอง โดยแนวคิดดังกล่าวมีการพัฒนาอย่างยาวนานว่าทรัพย์สินทางปัญญาควได้รับรับการยอมรับในฐานะที่เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ สามารถนำมาขอสินเชื่อจากสถาบันการเงิน (ผู้รับหลักประกัน) ได้ กระทั่งมีแนวคิดที่จะนำเอาทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นทุน ส่งผลให้เกิดแนวคิดในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าเพื่อนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ แต่ปัจจัยสำคัญในการประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้ามีดังนี้

1. ชนิดสินค้าและบริการ สิ่งที่ผู้ประเมินต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ ชนิดของสินค้าและบริการภายใต้เครื่องหมายการค้า กล่าวคือ ควรพิจารณาว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าสำเร็จรูปขั้นสุดท้าย หรือสินค้าและบริการขั้นสุดท้าย เนื่องจากการตัดสินใจซื้อของผู้ผลิตกับผู้บริโภคมีความแตกต่างกัน ผู้ผลิตจะคำนึงถึงต้นทุนการผลิตสินค้ามากกว่าผู้บริโภค

2. โครงสร้างและลักษณะตลาด ความสำคัญของเครื่องหมายการค้า ขึ้นอยู่กับจำนวนสินค้าที่อยู่ในตลาด หากสินค้าชนิดเดียวกันหรือคล้ายกันที่มีผู้ผลิตมากอยู่ในตลาดเดียวกัน เครื่องหมายการค้าซึ่งทำหน้าที่แสดงถึงความแตกต่างของสินค้าย่อมมีความสำคัญต่อผู้บริโภคในการตัดสินใจเลือกซื้อผลิตภัณฑ์มาก เครื่องหมายการค้าจึงมีความสำคัญที่ทำให้ผู้บริโภคจดจำความแตกต่าง คุณสมบัติ แหล่งที่มาและคุณภาพของสินค้า

3. ประเภทและความหลากหลายของการใช้เครื่องหมายการค้า มูลค่าของเครื่องหมายการค้าสะท้อนมาจากการนำไปใช้ในการหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

4. ความแข็งแรงของเครื่องหมายการค้า การมีทัศนคติที่ดีต่อสินค้า ส่งผลให้ผู้บริโภคสามารถจดจำชื่อสินค้า ตราสินค้าได้อย่างดี จนเกิดเป็นความภักดีต่อเครื่องหมายการค้า มีความต้องการที่จะซื้อหรือแนะนำต่อ ก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มขึ้นแก่เครื่องหมายการค้าขึ้นๆ

อย่างไรก็ตาม ความแข็งแรงของเครื่องหมายการค้าดังกล่าวข้างต้น ยังมีปัจจัยที่สำคัญ

⁶⁰ปรีดา ยังสุขสถาพร. (2548). *ทรัพย์สินทางปัญญาและเทคนิคการประเมินมูลค่า*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ยูเรก้า จำกัด. หน้า 6.

⁶¹สมาคมสถาบันการศึกษาการธนาคารและการเงินไทย. (2546). *อั่งแล้วเชิงอรรถที่ 31*. หน้า 178.

อีกหลากหลายประการ เช่น ความสัมพันธ์อันดีกับลูกค้า การให้บริการ แผนการบริหารจัดการ กลยุทธ์ทางการตลาด และระยะเวลา รวมถึงการรักษามาตรฐานสินค้าและบริการ

เครื่องหมายการค้าเป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชี⁶² ฉบับที่ 51 (ฉบับปรับปรุง 2550) เรื่องสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน ระบุคำจำกัดความคำว่า “สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน” หมายถึง สินทรัพย์ที่ไม่เป็นตัวเงินที่สามารถระบุได้และไม่มีกายภาพ สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนมักเกี่ยวข้องกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือความรู้ทางเทคนิคออกแบบ การนำระบบหรือกระบวนการใหม่มาปฏิบัติ สิทธิตามใบอนุญาต สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ความรู้ทางการตลาด และเครื่องหมายการค้า ซึ่งรวมถึงชื่อผลิตภัณฑ์และชื่อสิ่งพิมพ์ ยกตัวอย่างสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน ได้แก่ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิในการให้บริการสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย ดังนั้น เครื่องหมายการค้า นับได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชีฉบับนี้ โดยมีข้อสนับสนุนดังต่อไปนี้

1. สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนต้องระบุได้

(ก) สามารถแยกเป็นเอกเทศได้ กล่าวคือ สามารถแยกหรือแบ่งกิจการ และสามารถโอน ขาย ให้สิทธิ ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยนได้อย่างเอกเทศ หรือโดยร่วมกับสัญญา สินทรัพย์ หรือ หนี้สินที่เกี่ยวข้อง หรือ

(ข) ได้มาจากการทำสัญญาหรือสิทธิทางกฎหมายอื่นๆ โดยไม่คำนึงว่าสิทธิเหล่านั้นสามารถโอนหรือสามารถแบ่งแยกกิจการ หรือจากสิทธิและภาระผูกพันอื่นๆ

2. สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกิจการ

สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนที่ถือว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของกิจการมีอำนาจได้รับผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคตที่เกิดจากสินทรัพย์นั้น และสามารถจำกัดไม่ให้ผู้อื่นสามารถเข้าถึงประโยชน์ดังกล่าวได้ ความสามารถที่จะควบคุมประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคตของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนมักเกิดจากสิทธิตามกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ ดังนั้น การไม่มีสิทธิตามกฎหมายจึงนับได้ว่าเป็นการยากที่จะแสดงให้เห็นถึงการควบคุม

3. สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนต้องก่อให้เกิดประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคตที่กิจการจะได้รับจากสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน รวมถึงรายได้จากการขายผลิตภัณฑ์หรือการให้บริการต้นทุนที่ประหยัดได้ หรือประโยชน์อื่นที่เกิดจากการใช้สอยสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน เช่น สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ที่นำมาใช้ในกระบวนการผลิต อาจสามารถช่วยลดต้นทุนการผลิตในอนาคตแทนที่จะทำให้รายได้ในอนาคตเพิ่มขึ้น

⁶² มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 38. (2555). เรื่องทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน. หน้า 10.

2.5 แนวคิดการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของต่างประเทศ

2.5.1 การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ

เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลและหลักความเที่ยงธรรมทางกฎหมายหรือหลักเอคควิตี้ (Equity) ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งชานเซลเลอร์และได้มีการนำไปใช้ในศาลพิเศษซึ่งเป็นการนำคำพิพากษามาใช้เยียวยาผู้ความในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถเยียวยาได้เท่าที่ควร เรียกว่า ศาลชานเซอร์รี่ จึงเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษได้นำหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลมาใช้อำนวยความสะดวกธรรมเนียมควบคู่ไปกับการใช้หลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักเอคควิตี้จะนำมาใช้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรนำมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่

รูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเกิดในช่วงก่อนศตวรรษที่ 19 โดยขณะนั้นมีหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเพียงรูปแบบการจำนำเพียงอย่างเดียวเท่านั้น จากนั้นได้มีการพัฒนารูปแบบเรื่อยมากระทั่งในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ จึงมีแนวคิดที่จะนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันมากขึ้น แต่การจำนำอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ หากทรัพย์สินกลับคืนสู่การครอบครองของลูกหนี้สัญญาจำนำย่อมเป็นอันระงับลง การจำนำจึงไม่เหมาะสมกับรูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน จึงมีการพัฒนารูปแบบการประกันการชำระหนี้โดยการจดทะเบียน (Registration) เรียกว่า Mortgage เป็นหลักประกันที่ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้⁶³ แต่ต้องมีการจดทะเบียนการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ทำให้กฎหมายอังกฤษแบ่งหลักประกันเป็น 2 รูปแบบ คือ แบบเจ้าหนี้มีหลักประกันแบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Security) กับเจ้าหนี้มีประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจง (Floating Security) หรือเจ้าหนี้มีประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลหรือเจ้าหนี้มีประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในรูปแบบ Charge มีลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะจดทะเบียน โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความ

⁶³ปีติกุล จิระมงคลพาณิชย์. (2545). กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกัน จำนอง จำนำ. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : วิทยุชน. หน้า 21-24.

ต้องการแก้ไขข้อบกพร่องของการจำนำซึ่งกำหนดให้ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังเป็นของลูกหนี้ ผู้จัดทำขอธิบายในส่วนของหลักประกันแบบ Floating Charge คือ การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบไม่เฉพาะเจาะจง โดยลูกหนี้ยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ มีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินนั้นได้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ในสัญญา เช่น ลูกหนี้ผิดนัด เป็นต้น ในกรณีนี้จะทำให้ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ที่ไม่เฉพาะเจาะจงกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เจ้าหนี้จะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทันที ซึ่งหลักประกันแบบ Floating Charge นี้ เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลที่ต้องการแก้ปัญหาการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันที่มีอยู่จำกัด ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษา ดังต่อไปนี้

ค ดี Re: Penama, New Zeland and Australian Royal Mint Company [(1870) 5ch.App.318]⁶⁴ ได้มีการกล่าวถึงหลักประกันแบบ Floating Charge ว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน อยู่ในฐานะเหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญทั่วไป และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากเงินที่ขายหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และ เป็นการยอมรับทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันไม่ว่า จะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคต

คดี Re: Yorkshire Wool combers Association [(1903) 2 ch.284 at 295]⁶⁵ โดย Romer LJ ได้กล่าวถึงหลักประกันแบบ Floating Charge ว่ารูปแบบหลักประกันแบบ Floating Charge ที่สำคัญต้องเป็นการก่อภาระผูกพันเหนือตัวทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคต และบริษัทสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติของธุรกิจของตนจนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น

การที่ศาลให้การยอมรับเอาคำพิพากษามาเป็นรูปแบบหลักประกันแบบ Floating Charge นี้ ได้มีการยอมรับหลักประกันดังกล่าวเป็นการทั่วไปจนได้มีการนำมาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย Companies Act แต่ในระยะเริ่มแรกก็นำมาใช้เกิดปัญหาแก่บุคคลที่สามอย่างมาก เนื่องจากในช่วงเริ่มต้นไม่มีการกำหนดให้ลูกหนี้ต้องแจ้งต่อบุคคลภายนอกว่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้น มีการนำไปเป็นหลักประกันแบบ Floating Charge กับเจ้าหนี้รายอื่น ทำให้เกิดช่องทางการทุจริตทำให้บุคคลภายนอกต้องเสียเปรียบ จึงมีการพัฒนา Companies Act ขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกนับแต่ปี 1900 เป็นต้นมา จนถึงปี 1907

⁶⁴ปรีฉัตร สุทัศน์ ฌ อุษยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 30.

2.5.2 การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้รูปแบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี มีเพียงรัฐ Louisiana เท่านั้นที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กฎหมายว่าด้วยการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินหรือสิทธิในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงิน การให้สินเชื่อ โดยเจ้าหน้าที่ในฐานะผู้ให้กู้เป็นผู้รับหลักประกันก่อนต้องการแสวงหาหลักประกันที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นหลักประกันการได้รับชำระหนี้ของตน ซึ่งก่อนเข้ายุคศตวรรษที่ 19 การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมี 2 วิธี คือการจำนอง การจำนำ ซึ่งใช้กับที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นหลัก ซึ่งการจำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหน้าที่ ทำให้รูปแบบการจำนำไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในยุคนั้น ผู้ประกอบการจึงได้คิดค้นการประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามหลัก UCC Article 9 ได้แก่ สังกหริมทรัพย์สินและอสังหริมทรัพย์สิน นอกจากนี้ยังรวมถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและตราสารด้วย โดยรูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ของประเทศสหรัฐอเมริกามีการนำเอาหลักประกันแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษมาปรับใช้ แต่เกิดปัญหาด้านการบังคับใช้กฎหมายขึ้น เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนในเรื่องของความสัมพันธ์ของกฎหมายว่าสมบูรณ์เมื่อใด การจัดลำดับเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ รวมถึงการบังคับหลักประกัน สหรัฐอเมริกาจึงเกิดแนวคิดในการปรับรูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ หลักเกณฑ์ Uniform Commercial Code Article 9 (UCC) มีการประกาศใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1962 จากนั้นได้มีการปรับปรุงเรื่อยมาในปี ค.ศ. 1966 จนถึงปี ค.ศ. 1998⁶⁶

รูปแบบการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาแบ่งเป็นการนำอสังหริมทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในรูปแบบ Mortgage ซึ่งนำมาใช้กับอสังหริมทรัพย์สิน และรูปแบบ Article 9 แห่ง Uniform Commercial Code (UCC) ซึ่งเป็นรูปแบบที่มีประโยชน์มากกว่า กล่าวคือ ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทำให้ยังสามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นๆ ได้ ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามรูปแบบ Article 9 ได้แก่ สังกหริมทรัพย์สินทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นสังหริมทรัพย์สินแบบมีรูปร่าง และแบบ

⁶⁵ปรีฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 31.

⁶⁶ปรีฉัตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 33.

ไม่มีรูปร่าง เว้นแต่กฎหมายกำหนดห้ามไว้ รูปแบบ Article 9 มีความยืดหยุ่นและไม่ซับซ้อนทำให้คู่สัญญาสามารถเข้าใจหลักการดังกล่าวได้ง่าย การนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ Uniform Commercial Code Article 9 แล้ว คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามกฎหมายแห่งมลรัฐหรือกฎหมายท้องถิ่นของลูกหนี้เป็นสำคัญ โดยต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์แห่งท้องถิ่นที่ออกเอกสารดังกล่าว และบันทึกสิทธิเหนือหลักประกันลงในหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์นั้นๆ ด้วย เมื่อเจ้าหนี้ได้ทำสัญญาหลักประกัน (Attachment) ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญา

ในส่วนของ การบังคับหลักประกัน⁶⁷ จะเกิดขึ้นภายหลังทำสัญญาหลักประกันการชำระหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ต่อมาลูกหนี้เกิดผิดนัดชำระหนี้ หรือผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตาม Uniform Commercial Code Article 9 บัญญัติให้เจ้าหนี้ ชอบที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลตามสัญญาประจานหรือจะบังคับชำระหนี้เอาหลักประกันก็ได้ ตามแต่จะเลือก กรณีเจ้าหนี้เลือกสิทธิในการบังคับหลักประกัน เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิทางศาล โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้บังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกัน ซึ่งเป็นรูปแบบเดียวกันกับแบบ Floating Charge ของประเทศอังกฤษ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การนำทรัพย์สินขึ้นใหญ่จำพวกเครื่องจักรไปเป็นหลักประกัน ซึ่งยากต่อการเคลื่อนย้าย จึงเกิดแนวคิดแก้ไขปัญหามาโดยการให้เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับเอาหลักประกันด้วยตนเอง ด้วยการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาครอบครองโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล การเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของเจ้าหนี้ เป็นการกระทำได้ตามหลักเกณฑ์ Uniform Commercial Code Article 9 ซึ่งกฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำได้ แต่การเข้าครอบครองต้องไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของลูกหนี้ที่มีอยู่ในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ และหากเจ้าหนี้เห็นว่าการเข้าครอบครองทรัพย์สินจะกระทบต่อสิทธิของลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลบังคับหลักประกัน ซึ่งศาลจะใช้วิธีการดำเนินกระบวนการที่รวดเร็วและต่อเนื่อง เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้

กรณีเจ้าหนี้ใช้สิทธิการบังคับหลักประกันโดยการจำหน่าย⁶⁸ ขั้นตอนการจำหน่ายจ่ายโอนหลักประกันต้องเป็นไปตามวิธีประเพณีทางการค้า แต่หากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่เป็นของบุคคลอื่น เจ้าหนี้มีหน้าที่ต้องส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้า

⁶⁷รชต จำปาทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 89.

⁶⁸กิริณี อัสวจิตตานนท์. (2551). การพัฒนาแอปพลิเคชันประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์. วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (บริหารเทคโนโลยีสารสนเทศ), โครงการร่วมระหว่างคณะบริหารธุรกิจและสำนักงานการศึกษาระบบสารสนเทศ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 72.

ถึงการบังคับชำระหนี้เพื่อให้ผู้นำหลักประกันมาวางได้ทราบล่วงหน้า ตามหลัก UCC Article 9 ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ รวมถึงเจ้าของหลักประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอกยื่นคำขอถอนหลักประกันการชำระหนี้ได้ก่อนมีการบังคับหลักประกัน แต่ลูกหนี้หรือเจ้าของหลักประกันต้องจัดการชำระหนี้ทั้งหมดให้ครบถ้วน ค่าใช้จ่ายดังกล่าวรวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการบังคับชำระหนี้ หากมีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ในส่วนที่ขาด

2.5.3 แนวคิดในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันธุรกิจตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น⁶⁹

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้หลักกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร ได้มีการกำหนดให้มีหลักการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินโดยไม่ต้องส่งมอบตามหลัก Title Transfer Security ซึ่งเป็นรูปแบบของหลักการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนอกเหนือจากหลักการจำนอง และการจำนำ เป็นการแก้ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการนำสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกัน โดยเฉพาะทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ แต่ไม่สามารถนำมาจำนำได้อย่างสินค้าคงคลัง วัตถุดิบในการผลิตสินค้า เห็นได้จากบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 342 ถึงมาตรา 398-22 โดยมีการกล่าวไว้ใน Japanese Civil Code, Article 342⁷⁰ “Pledges shall have the right to possess Thing received from obligors or third parties as as security for their claims and to have their own claims paid prior to other obligees out of that Thing” และ “ Japanese Civil Code, Article 369⁷¹ “A Mortgagee shall have the right to receive the performance of his/her claim prior to other obliges out of the immovable properties that the obligor or athird party provided to secure the obligation without transferring possession” แปลว่า “เจ้าหนี้มีประกันในรูปแบบการจำนำ (Pledge) ซึ่งได้รับทรัพย์สินมาไว้ในความครอบครองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ครอบครองเหนือเจ้าหนี้รายอื่นที่

⁶⁹สุกัญญา วิริยะผล. (2546). การใช้เงินฝากเป็นหลักประกัน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 49-59.

⁷⁰Japanese Civil Code, (Act No. 89 of April 27, 1896). Article 342 “Pledges shall have the right to possess Thing received from obligors or third parties as security for their claims and to have their own claims paid prior to other obligees out of that Thing”

⁷¹Japanese Civil Code, (Act No. 89 of April 27, 1896). Article 369 “A Mortgagee shall have the right to receive the performance of his/her claim prior to other obligees out of the immovable properties that the obligor or athird party provided to secure the obligation without transferring possession”

ปราศจากทรัพย์สินนั้น และเจ้าหนี้หลักประกันแบบ Mortgage ชอบที่จะได้รับชำระหนี้เหนือเจ้าหนี้รายอื่นที่ปราศจากอสังหาริมทรัพย์ที่ลูกหนี้หรือบุคคลที่สามจัดเตรียมมาให้เป็นหลักประกัน โดยปราศจากการโอนการครอบครอง” จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสามารถสรุปความได้ว่า เจ้าหนี้จำนำและเจ้าหนี้จำนอง ถือเป็นเจ้าหนี้ชั้นต้น เป็นเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินที่ลูกหนี้มอบให้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ไว้ในความครอบครอง จึงมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้สามัญ และชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ

ปัญหาและอุปสรรคของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งญาญ์ คือ⁷² ปัญหาเรื่องของระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน ได้เงินไม่เพียงพอต่อมูลหนี้ กรณีมีเจ้าหนี้หลายรายทำให้การได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต้องเฉลี่ยหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่ละราย ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน ปัญหาและอุปสรรคข้างต้นดังกล่าว ก่อให้เกิดแนวคิดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามหลัก Title Transfer Security

หลัก Title Transfer Security กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(1) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามหลัก Title Transfer Security เกิดจากความยินยอมของคู่สัญญา เนื่องจากผู้ให้หลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนั้น ผู้ให้หลักประกัน จึงมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน อย่างเช่น วิญญูชนทั่วไปพึงกระทำแม้ลูกหนี้จะเป็นเพียงผู้ครอบครองแทนเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันก็ตาม การทำประกันภัยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนับได้ว่าเป็นการดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหนี้มั่นใจว่าหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด สิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้จะยังคงมีอยู่ และเพียงพอต่อการบังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธินำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจำหน่ายได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น แต่หากลูกหนี้ได้ชำระราคาครบถ้วนแล้ว ภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนด ลูกหนี้ชอบที่จะได้รับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันคืนจากเจ้าหนี้ตามกฎหมายเช่นกัน

⁷²ธิดา สุทธิวรชัย. (2547). การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 45-46.

สัญญาจำหน่ายทรัพย์สินมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา Japanese Civil Code, Article 178⁷³ “The transfers of real rights concerning movables may not be asserted against third party, unless the movables are delivered” ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 178 บัญญัติว่าการโอนทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลที่สามได้ เว้นแต่ได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว

(2) สิทธิหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกสำหรับกรณีบุคคลภายนอกได้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาไว้ในความครอบครองโดยสุจริต บุคคลภายนอกนั้นชอบที่จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างสมบูรณ์

การบังคับหลักประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองตามหลัก Title Transfer Security เกิดขึ้น โดยผลของสัญญา หากมีการผิคนัดชำระหนี้เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการขายทอดตลาด หรือการนำทรัพย์สินที่นำมาจำหน่ายออกประเมินราคาหลักประกันแทนการขายทอดตลาด⁷⁴ ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาเป็นหลักประกันโอนไปยังผู้รับหลักประกันทันทีและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย

นอกจากการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว ประเทศญี่ปุ่นยังได้กำหนดให้ลูกหนี้สามารถนำสิทธิในเครื่องหมายการค้ามาทำสัญญาจำนำไว้แก่เจ้าหนี้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยให้นำบทบัญญัติกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้บังคับโดยอนุโลม ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 96 กำหนดให้ผู้รับจำนำเครื่องหมายการค้า ชอบที่จะเรียกค่าตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร หรือจากเจ้าของสิทธิบัตร โดยค่าตอบแทนอาจเป็นเงินสด หรือประโยชน์อื่นก็ได้ ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 98(3)⁷⁵ หรือในกรณีหากมีการยึด หรืออายัดทรัพย์สินก่อนมีการส่งมอบค่าตอบแทน หรือกรณีมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ อันมิใช่การโอนโดยทางมรดก สิทธินั้น

⁷³Japanese 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”

⁷⁴ปรีดิตร สุทัศน์ ณ อยุธยา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 73-76.

⁷⁵Japanese 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”.

ต้องมีการนำมาจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้น หากมีผลสมบูรณ์อันจะนำมาใช้บังคับได้ตามกฎหมายไม่บทบัญญัติ มาตรา 34 กำหนดให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียน มีสิทธิเด็ดขาดในการใช้เครื่องหมายการค้าในส่วนกรณีเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียน เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังไม่มีสิทธิเด็ดขาด ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ยังไม่จดทะเบียนสามารถนำไปจำหน่ายแก่เจ้าหน้าที่ได้ แต่เจ้าหน้าที่ห้ามมิสิทธิใดๆ ในเครื่องหมายการค้าดังกล่าวไม่ว่าจะ มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา สิทธิและหน้าที่ของผู้จำหน่ายและผู้รับจำหน่ายเครื่องหมายการค้า ตามหลักกฎหมายญี่ปุ่นพบว่าตามมาตรา 34 (3) กำหนดให้ลูกหนี้ผู้จำหน่ายมีสิทธิใช้ประโยชน์ใน เครื่องหมายการค้าได้ เว้นแต่จะได้อำนาจไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาซึ่งแตกต่างจากหลักการจำหน่าย ทรัพย์สิน โดยทั่วไปที่กำหนดให้การจำหน่ายมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อมีการส่งมอบการ ครอบครองทรัพย์สินที่จำหน่ายแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับจำหน่าย แต่สิทธิในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็น หลักประกันของลูกหนี้มีความแตกต่างจากการจำหน่ายทรัพย์สิน โดยทั่วไป ตรงที่สิทธิในการนำออก ใช้ซึ่งเครื่องหมายการค้าของลูกหนี้ยังคงมีอยู่ตลอดเวลา เว้นแต่คู่สัญญาตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่ง สิทธิดังกล่าวผู้รับจำหน่ายเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเท่านั้น กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้า ยังเป็นของลูกหนี้เช่นเดิม

ผลของการจำหน่ายสิทธิในเครื่องหมายการค้า ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 กำหนดให้ คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกัน โดยเจ้าหน้าที่ผู้รับจำหน่ายเครื่องหมายการค้าไม่สามารถใช้เครื่องหมาย การค้ากับสินค้าหรือบริการของตนได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้อำนาจไว้เป็นอย่างอื่น โดยชัดแจ้ง ในสัญญา ผู้รับจำหน่ายชอบที่จะใช้สิทธิยึดหรืออายัดค่าตอบแทน ไม่ว่าจะเป็เงิน รวมถึงทรัพย์สิน ที่ผู้จำหน่ายมีสิทธิได้รับ ทั้งนี้ คำสั่งยึด อายัดดังกล่าวต้องเป็นคำสั่งที่เกิดก่อนมีการส่งมอบทรัพย์สิน หรือเงิน ในกรณีเจ้าหน้าที่ผู้รับจำหน่ายได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่งผลให้ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่นำมาประกัน ดีกว่าเจ้าหน้าที่รายอื่น

การบังคับจำหน่ายตามหลักกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นนั้น ให้นำบทบัญญัติ มาตรา 354⁷⁶ เกี่ยวกับการบังคับจำหน่ายสังหาริมทรัพย์มาใช้โดยอนุโลม เจ้าหน้าที่ผู้รับจำหน่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน เพื่อต้นเงินและดอกเบี้ยอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องทำหนังสือ

⁷⁶Article 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.

บอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ทราบล่วงหน้า ภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาแล้ว ในส่วนของการบังคับคดี ให้ นักกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีแพ่ง ซึ่งระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ บังคับแก่กรณี เนื่องจากมีความครอบคลุมมากกว่า การบังคับคดีเครื่องหมายการค้า มาตรา 167 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับคดีทางแพ่ง กำหนดให้การบังคับคดีหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน ทางปัญญา ซึ่งรวมถึงสิทธิในเครื่องหมายการค้าด้วย ต้องบังคับไปตามบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับ คดีของสิทธิเรียกร้องซึ่งมาตรการการบังคับคดี เกี่ยวกับคำสั่งศาลที่กำหนดให้มีการกำหนดราคา ทรัพย์สินที่จำนำ เพื่อโอนการครอบครองให้แก่ผู้รับจำนำ แต่หากศาลเห็นว่าการจำหน่ายทรัพย์สิน จะ เป็นการเหมาะสมมากกว่า ชอบที่จะออกคำสั่งจำหน่ายเครื่องหมายการค้านั้นๆ ให้แก่ บุคคลภายนอกก็ได้ การกำหนดให้ผู้รับจำนำมีสิทธิได้รับประโยชน์จากเครื่องหมายการค้า แม้ว่า กรรมสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้าจะอยู่ที่ผู้จำนำก็ตาม กรณีดังกล่าวข้างต้น ศาลชอบที่จะใช้ดุลพินิจ แก่การพิจารณาและพิพากษา⁷⁷ ส่วนการจดทะเบียนโอนเครื่องหมายการค้า การเปลี่ยนแปลง หรือ การระงับซึ่งสิทธิ ในเครื่องหมายการค้า กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่มีเจตนา เจ้านี้ไม่สามารถอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ การจดทะเบียนดังกล่าว มีเจตนา เพื่อให้สาธารณชนทั่วไปสามารถตรวจสอบสถานะของเครื่องหมายการค้าว่ามีการจำนำ จำนองไว้ แก่ผู้ใดอีกหรือไม่ ทั้งนี้ เป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาการบังคับหลักประกันในภายหลัง

จากการพิจารณาหลักกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นดังกล่าว พบว่า การบัญญัติหลักกฎหมาย ว่าด้วยการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันชำระหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน จัดทำขึ้น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้ลูกหนี้สามารถนำเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีตัวตน แต่มีมูลค่า ทางเศรษฐกิจสามารถใช้ประโยชน์ในเครื่องหมายการค้าได้ เพื่อให้ลูกหนี้มีรายได้จากการใช้ ทรัพย์สินและสามารถนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งจะประโยชน์กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

(4) ความเป็นมาของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศในปัจจุบัน⁷⁸

พบว่าในหลายประเทศให้ความสนใจในเรื่องของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดย ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินเป็นอย่างยิ่ง โดยเห็นได้จากการอภิปรายในการประชุมคณะกรรมการ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ในปี พ.ศ. 2543 ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ ถือเป็นองค์กรหลักของสหประชาชาติในด้านกฎหมาย

⁷⁷พนา เลิศเชิดชูวงศ์. (2556). ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 34-36.

⁷⁸กำชัย จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 94-98.

การค้าระหว่างประเทศและมีความเชี่ยวชาญด้านการพัฒนากฎหมายพาณิชย์ ได้หยิบยกประเด็นเรื่องกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจขึ้นอภิปรายโดยคณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันมีความสำคัญที่หน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนต้องให้ความสนใจ และมีการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวต่อมาในครั้งถัดไป โดยคณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ดังนั้น หากมีการบัญญัติให้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและมีความชัดเจนขึ้นมาบังคับใช้จะเป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมทั้งในระยะสั้นและระยะยาว

จากนั้นคณะกรรมการฯ ได้จัดตั้งคณะทำงานเรื่องหลักประกันทางธุรกิจขึ้นเพื่อพัฒนาระบบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการค้าเพื่อใช้ในการกำหนดประเด็นสำคัญต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบการนำมาใช้เป็นหลักประกัน วิธีการและประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาใช้เป็นหลักประกัน โดยคณะทำงานได้จัดเสวนาทางวิชาการ (Colloquium) ร่วมกับ Commercail Finance Association (CFA) ซึ่งเป็นตัวแทนจากหน่วยงานของรัฐ ผู้เชี่ยวชาญด้านการให้สินเชื่อและด้านการล้มละลาย ซึ่งเป็นตัวแทนหน่วยงานภาคปฏิบัติ รวมถึงองค์กรระหว่างประเทศ เช่น ธนาคารยุโรปเพื่อการบูรณะและพัฒนา กองทุนการเงินระหว่างประเทศ และสหพันธ์ผู้ประกอบการวิชาชีพล้มละลายระหว่างประเทศ

ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2545 คณะทำงานซึ่งจัดตั้งโดยคณะกรรมการฯ ได้มีการจัดประชุมครั้งแรก และประชุมอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปี พ.ศ. 2550 ได้มีการพิจารณาร่างแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ (Draft Legislative Guide on Secured Transactions)

ปี พ.ศ. 2550 คณะทำงานได้เสนอแนวทางการร่างหลักประกันทางธุรกิจฉบับคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการฯ ในปี พ.ศ. 2550 และสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี พ.ศ. 2551

โดยแนวทางการร่างกฎหมาย (Legislative Guide) ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือด้านการจัดทำกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจให้แก่ประเทศต่างๆ หากเป็นประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ วัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจให้มีประสิทธิภาพเพียงพอในการรองรับปัญหาที่เกิดขึ้น หากเป็นประเทศที่มีกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจอยู่แล้ว แนวทางการร่างกฎหมายก็เพื่อประเทศนั้นๆ นำไปพัฒนากฎหมายหลักประกันทางธุรกิจให้มีความทันสมัย สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลง รวมถึงให้มีความสอดคล้องกับนานาอารยประเทศ โดยรูปแบบแนวทางการร่างกฎหมาย จะกล่าวถึง โครงสร้างของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ คือ ขอบเขตของกฎหมาย การเกิดของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ผลของ

คู่มือฝ่ายที่สาม ระบบการจดทะเบียน บุริมสิทธิ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญา หลักประกันทางธุรกิจ การบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ เป็นต้น

ภายหลังมีการประกาศแนวทางการร่างกฎหมายแล้ว นับแต่ปี พ.ศ. 2551-2553 คณะทำงานได้พิจารณาเรื่องสิทธิการนำทรัพย์สินทางปัญญามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ โดยมีการจัดเสวนาทางวิชาการ (Colloquium) ขึ้นกับองค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization (WIPO)) โดยนำข้อมูลที่ได้มาพิจารณาจัดทำแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจฉบับเพิ่มเติมเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction Supplement on Security Rights in Intellectual Property) จนได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการฯ ในปี พ.ศ. 2553

ในปี พ.ศ. 2553-2556 คณะทำงานได้นำประเด็นเรื่องการจดทะเบียนสิทธิในหลักประกัน (Security Rights Registry) เข้าสู่การพิจารณาในการประชุมคณะกรรมการฯ ประจำปี พ.ศ. 2556 ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นชอบแนวทางการร่างกฎหมายเรื่องการใช้ฐานทะเบียน สิทธิในหลักประกัน (UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry) และมีการนำเข้าสู่วาระการประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติสมัยที่ 68 ปีพ.ศ. 2556ที่ผ่านมา

ซึ่งจากการพิจารณาความสนใจในกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจระหว่างประเทศ พบว่า นอกจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติแล้ว องค์กรอื่นๆ เช่น บรรษัทเงินทุนระหว่างประเทศ (International Finance Cooperation (IFC)) ซึ่งเป็นองค์กรสถาบันการเงินในเครือธนาคารโลก (World Bank Group) ก็ได้ให้ความสนใจในกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเช่นเดียวกัน เห็นได้จากหน่วยงานดังกล่าวได้ศึกษากระบวนการจดทะเบียนฐานข้อมูลหลักประกันทางธุรกิจของประเทศต่างๆ และได้ทำการเผยแพร่ในบทความเรื่องการทำให้ข้อมูลหลักประกันทางธุรกิจเข้าถึงได้โดยสาธารณะ : ระบบการจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจใน 35 ระบบกฎหมาย เป็นต้น ส่วนในประเทศเพื่อนบ้านแถบอาเซียน ที่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ได้แก่

- (1) ประเทศมาเลเซีย คือ The Companies Act 2003⁷⁹
- (2) ประเทศสิงคโปร์ Malaysia Company Act 1965(as amended 2006)⁸⁰

⁷⁹Companies Act (CHAPTER 50) (Original Enactment: Act 42 of 1967) REVISED EDITION 2006 (31st October 2006) Retrieved 25 December 2013 . กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 93.

⁸⁰Law of Malaysia, Act 125 Company Act 1965 Incorporating all amendments up to 1 January 2006 Retrieved 25 December 2013. กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 93.

(3) ประเทศกัมพูชา Law on Secured Transaction⁸¹ มีทั้งฉบับที่มีการแปลเป็นภาษาเขมร และภาษาอังกฤษ

(4) ประเทศอินโดนีเซีย คือ Lae No.42 of 1999 on Fiduciary Security⁸²

ผลจากการสำรวจของธนาคารโลก พบว่า SMEs ไทย⁸³ มีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุนอยู่ในอันดับที่ 71 ของโลก ในขณะที่ประเทศเพื่อนบ้านอย่างประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ ประเทศกัมพูชา และประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งมีการประกาศใช้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ทำให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายมากขึ้น โดยประเทศมาเลเซียถูกจัดอันดับการเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้เป็นอันดับที่ 1 ประเทศสิงคโปร์ อันดับที่ 3 ประเทศกัมพูชา อันดับที่ 42 และประเทศอินโดนีเซีย อันดับที่ 86 ดังนั้น ผู้จัดทำเห็นว่ากรณีที่ประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จะทำให้ผู้ประกอบการในประเทศไทยมีโอกาสเข้าถึงแหล่งเงินทุน มีความสามารถที่จะขยายการลงทุน ทำให้เกิดการจ้างแรงงานเป็นการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศมีความพัฒนามากขึ้น

2.6 บทสรุป

เนื่องจากประเทศไทยมีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน 2 รูปแบบ คือ การจำนองและการจำนำ ซึ่งมีข้อจำกัดหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ ต้องเป็นทรัพย์สินจำพวกอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์จดทะเบียน การจำนำที่สมบูรณ์ ขอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ หากทรัพย์สินที่จำนำกลับมายังผู้จำนำสัญญา จำนำยอมเป็นอันระงับ เหล่านี้ส่งผลกระทบต่อทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ผู้จำนำเป็นอันมาก นับเป็นข้อจำกัดที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ ปัจจุบันสิทธิในเครื่องหมายการค้า นับเป็น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ถือเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ให้ถือเป็นทรัพย์สิน ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 51 เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusiveright) ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสิทธิชอบที่จะหวงห้ามมิให้บุคคลอื่นมาแสวงหาประโยชน์จากผลงานอันเกิดจากสร้างสรรค์ของตน โดยไม่ได้รับอนุญาตแม้ สิทธิในเครื่องหมายการค้าจะเป็นสิทธิในนามธรรม ไม่มีรูปร่าง แต่ถือเป็นสิทธิที่ผู้เป็นเจ้าของ

⁸¹This Law is enacted by the National Asssembly of the Kingdom of Cambodia on the 24th of May 2007. กัมพูชา จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 93.

⁸²"Fiduciary Security Law" Enacted 30 September 1999. กัมพูชา จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 93.

⁸³กัมพูชา จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 4.

สามารถนำมาประโยชน์ได้ จึงเป็นสิทธิที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจซึ่งผู้สร้างสรรค์สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ด้วยข้อจำกัดดังกล่าวทำให้ผู้สร้างสรรค์ไม่สามารถนำสิทธิที่ตนมีอยู่มาจดทะเบียนจำนอง จำนำแก่เจ้าหนี้ได้ตามกฎหมาย

สาระสำคัญในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ คือ มูลค่าเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน การประเมินมูลค่าเครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้ให้หลักประกันเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น อีกทั้งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 18 ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องระบุมูลค่าหลักประกันลงในการรับจดทะเบียนด้วย เมื่อการประเมินมูลค่าถือเป็นสิ่งสำคัญจึงควรมีรูปแบบการประเมินมูลค่าที่เหมาะสมกับเครื่องหมายการค้าเป็นการเฉพาะ