

บทที่ 2

หลักประกันทางธุรกิจที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง

การประกันหนี้ในปัจจุบันนั้นแบ่งด้วยลักษณะการประกันได้ 2 ประการ คือ การประกันหนี้ด้วยตัวบุคคลซึ่งเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ ทั้งนี้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันที่เจ้าหนี้อาจร้องได้ทั้งหมดยกเว้นทรัพย์สินที่มีข้อยกเว้นในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางประการ และอีกประการหนึ่ง คือ การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินซึ่งแบ่งแยกได้ 2 กรณี กล่าวคือ การจำนำและการจำนองที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่ให้เป็นหลักประกันนั้น ซึ่งจำนำจะเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนำเนื่องจากการที่ไม่ส่งมอบอาจเป็นการยากแก่การบังคับกับสังหาริมทรัพย์นั้น ส่วนจำนองนั้นเป็นการนำอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันซึ่งต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนโดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันย่อมมีขึ้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และเจ้าหนี้นี้มีประกันมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้สามัญที่ไม่มีประกัน

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินไม่ว่าการจำนองหรือการจำนำในบางกรณีก็ไม่อาจที่จะนำมาใช้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indication) หรือสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งทั้งสองประการไม่อาจที่จะนำมาจำนองได้เนื่องจากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอันเป็นสังหาริมทรัพย์ แต่ถ้าเอาไปจำนำก็ไม่อาจใช้ทรัพย์สินได้เนื่องจากต้องส่งมอบการครอบครองไปยังผู้รับจำนำ จึงมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาแก้ปัญหาของธุรกิจที่ต้องการเงินทุนแต่สามารถใช้สอยทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันได้ คือ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเป็นการบัญญัติเพื่อที่จะนำทรัพย์สินที่อาจจะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจนั้นให้แก่ผู้ให้หลักประกันหรือการจำนองตามมาตรา 703 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จำกัดเฉพาะแต่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น ผู้ประกอบกิจการไม่อาจที่จะนำทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีทะเบียนมาเป็นหลักประกันได้ นอกจากทรัพย์สินดังกล่าวมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับหลักประกันก็ได้ เช่น อสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการ

ผลิตสินค้า หรือทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งที่ทรัพย์สินเหล่านี้มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเช่นกัน อีกทั้งกระบวนการบังคับจำนองมีความล่าช้าอันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงมีการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 รับรองทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นการประกันการชำระหนี้ในลักษณะที่ไม่ต้องส่งมอบการครอบครองแก่เจ้าหนี้ และสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมอันเป็นประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจ

2.1 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

คำว่า “หลักประกัน” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Security” ซึ่งความหมายทางแพ่งมีความหมายว่า หลักประกัน หลักทรัพย์¹ และ Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า หลักประกัน การคุ้มครอง การให้ความมั่นใจ การรับผิดชอบ มักใช้กับการจำนำ จำนอง การวางทรัพย์สิน สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น ซึ่งกระทำโดยลูกหนี้เพื่อให้การชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามหน้าที่ของลูกหนี้มีความแน่นอน โดยการจัดแบ่งทรัพย์สินให้เจ้าหนี้สามารถใช้หลักประกันนี้ได้ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ประธานได้ หลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้เพื่อเป็นประกันการกู้ยืมเอกสารที่เป็นหลักฐานที่แสดงถึงการเป็นหนี้บางครั้งก็ใช้เรียกเป็นชื่อของบุคคลผู้รับรองหรือค้ำประกันบุคคลอื่น²

ประเทศไทยมีการบัญญัติพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยการนำ Law on Secured Transactions ที่เป็น Model Law ของ UNCITRAL มาอนุวัติเป็นกฎหมายภายในซึ่งหลักการของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้นำมาจากหลักประกันแบบลอยหรือ Floating Charge ของประเทศอังกฤษและการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินหรือ Secured Transactions ของสหรัฐอเมริกาที่นำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน โดยหลักประกันแบบลอยเกิดจากหลักเอคควิตี้ (Equity)³ ที่มาจากชานเซอร์เลอร์ (The Chancellor) ที่ใช้หลักแห่งความเป็น

¹ ศัพท์นิติศาสตร์ อังกฤษ-ไทย, ไทย-อังกฤษ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2547 ภายใต้นิยามว่า “Security”

² สุดารัตน์ จันทร์เทียน. (2550). *ข้อจำกัดของหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการสร้างหลักประกันการชำระหนี้ : ศึกษากรณีเครื่องจักร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 33-34.

³ หลักเอคควิตี้ (Equity) เป็นหลักที่เกิดในประเทศอังกฤษและเวลส์ในยุคกลางที่มาจากคำตัดสินของขุนนางชานเซอร์เลอร์เพื่อเยียวยาความไม่ยุติธรรมในกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่ได้รับการเยียวยาเท่าที่ควร จนเกิดหลักเอคควิตี้ที่ใช้โดยศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery)

ธรรม (The Equity of the Case) และมีการพัฒนาหลักมโนธรรม (Conscience) ที่เป็นพื้นฐานของหลักเอคควิตี้ของระบบกฎหมายเอคควิตี้ รวมทั้งหลักความสุจริต (Good Faith) เพื่อส่งเสริมและเพิ่มเติมกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่ใช่กฎหมายอาญา เช่น กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ได้รับการแก้ไขข้อบกพร่อง เช่น หลักการ โอนทรัพย์สินในอนาคต (Equity to Assignments of Future Assets) ที่อาจทำการขายหรือประกันหนี้ได้โดยไม่ต้องมีแบบพิธีการโอนเป็นหนังสือหรือกระทำอย่างอื่นให้มีผลเป็นการส่งมอบการครอบครองอีก อันเป็นการสร้างหลักประกันแบบลอยจากคำพิพากษาของศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery)⁴ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1870 และปัจจุบันหลักเอคควิตี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์เนื่องจากการรวมของศาลเอคควิตี้เข้ากับศาลคอมมอนลอว์

2.1.1 ลักษณะสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ร่างขึ้นจากแนวความคิดมาจากกฎหมายประเทศอังกฤษ คือ หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) และกฎหมายสหรัฐอเมริกา คือ Secured Transaction เพื่อให้ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายโดยใช้ทรัพย์สินที่มีในความครอบครองเพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่และข้ามผ่านข้อจำกัดของกฎหมายจำนองและจำนำที่มีแต่เดิม⁵

หลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่เป็นการนำทรัพย์สินเป็นหลักประกันแต่ไม่ต้องส่งมอบซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้หรือขายต่อไปได้ เช่น สินค้าคงคลัง อย่างเหมาะสมแต่ต้องทำภายใต้ข้อจำกัดที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาตามทฤษฎีความยินยอมโดยปริยาย และเจ้าหนี้จะยังไม่มีสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นจนกว่าจะมีเหตุบังคับหลักประกันตามทฤษฎีการจำนองทรัพย์สินในอนาคต⁶ ทั้งนี้ หลักประกันแบบลอยนั้นเป็นการประกันหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบันด้วยทรัพย์สินทุกชนิดไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีอยู่ในขณะก่อสัญญาหลักประกันหรือที่จะได้รับในอนาคตที่มีลักษณะ

⁴ รชต จำปาทอง. (2554). *ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 59-60.

⁵ ลัดดาวัลย์ ดันติวิทยาพิทักษ์ และ ศยามล ไกยูรวงศ์. (2558). *การปฏิรูปกฎหมาย ปฏิรูปเพื่อ SME และเศรษฐกิจไทย*. นนทบุรี: มาตา การพิมพ์. หน้า 37-39.

⁶ ธนวัฒน์ ชุมฉิม. (2554). *มาตรการทางกฎหมายในการนำวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 20 และ 46.

หมุนเวียนเปลี่ยนมือและเปลี่ยนแปลงจำนวนตลอดเวลาในทางธุรกิจอันมีลักษณะลอยตัว ลูกหนี้จึงมีสิทธิใช้ทรัพย์สินประเภทนี้ในการประกอบธุรกิจตามปกติที่จะจำหน่ายจ่ายโอนได้จนกว่าจะมีการแปลงสภาพกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (Fixed Charge) ด้วยเหตุบางอย่างตามสัญญาหรือตามกฎหมาย⁷

Philip R. Wood⁸ ได้ให้หลักการและเหตุผลว่าเป็นการป้องกันประชาชนทั่วไปผู้ทำธุรกิจกับลูกหนี้หลงผิดในฐานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้ คู่ครองสิทธิของเจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ ส่งเสริมการลงทุน หลักประกันที่ดีจะทำให้ต้นทุนเงินกู้ถูกลงกล่าวคือหลักประกันที่มีความเสี่ยงน้อยย่อมทำให้อัตราดอกเบี้ยน้อยลง ไม่ทำให้เกิดหนี้สินเป็นลูกโซ่ต่อองค์กรที่เกี่ยวข้อง และทำให้ช่วยเหลือกิจการลูกหนี้ได้ง่ายขึ้น โดยมีแนวคิดในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันที่ดีจะต้องสร้างความเชื่อมั่นให้แก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทใดก็ควรนำมาเป็นหลักประกันได้ โดยที่ลูกหนี้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ระหว่างที่เป็นหลักประกัน เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันแล้วต้องบังคับหลักประกันได้ไม่ล่าช้าและไม่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย⁹

2.1.2 คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับหลักประกันที่เป็นสถาบันการเงินตามมาตรา 7 ประกอบมาตรา 3 กับผู้ให้หลักประกันไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามมาตรา 6 เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นสิทธิของผู้ให้หลักประกันในปัจจุบันหรือในอนาคตตามมาตรา 5 และมาตรา 9 ที่นำมาเป็นหลักประกันหนึ่งของตนหรือบุคคลอื่นตามมาตรา 5 วรรคสอง ไม่ว่างจะเป็นกิจการหรือทรัพย์สิน เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาตามมาตรา 8 หรือเงินดิจิทัลที่ปัจจุบันได้รับความนิยมในการลงทุน ไม่ยึดต้นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน การจะก่อให้เกิดสัญญาต้องพิจารณาว่าผู้ที่มีสิทธิในการเข้าทำสัญญาจะเป็นผู้ใด

2.1.2.1 ผู้รับหลักประกัน

ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินตามมาตรา 7 ซึ่งมาตรา 3 ได้ให้หมายความของคำว่า “สถาบันการเงิน” หมายความว่า (1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน (2) บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการ

⁷ วิภาณันท์ ประสมปลื้ม. (2558). *ตัวอย่างการบังคับหลักประกันทางธุรกิจในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/635645>. [2560, 18 ธันวาคม].

⁸ Philip R. Wood. (1995). *Comparative Law of Security and Guarantees*. (London : Sweet & Maxwell.). p.3.

⁹ สิริรัตน์ สารี. (2555). *การนำสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าเป็นหลักประกัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 38-39.

ประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย หรือ (3) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น โดยการพิจารณา ผู้รับหลักประกันจะต้องทำการพิจารณาอื่น ๆ ประกอบด้วย

1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน

สถาบันการเงินตามกฎหมาย คือ สถาบันการเงินตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 โดยมาตรา 4 ได้ให้ความหมายคำว่า “สถาบันการเงิน” และคำที่เกี่ยวข้องไว้คือ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์

ธนาคารพาณิชย์ต้องเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์รวมถึงธนาคารพาณิชย์เพื่อให้บริการแก่ประชาชนรายย่อยและวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทลูกของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ และสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ นอกจากธนาคารพาณิชย์เอกชนแล้วยังหมายความรวมถึงธนาคารที่เป็นรัฐวิสาหกิจ เช่น ธนาคารออมสิน ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ที่สามารถรับหลักประกันทางธุรกิจได้

บริษัทเงินทุนมีขอบเขตธุรกิจบริษัทเงินทุนไม่ครอบคลุมถึงการให้บริการด้านธุรกรรมปัจจัยการชำระเงินตราต่างประเทศ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังก่อน จึงไม่สามารถทำธุรกรรมแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (Fx) รวมถึงธุรกรรมสินเชื่อที่สนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ (Trade Financing) ได้เช่นเดียวกับธนาคารพาณิชย์ นอกจากนี้บริษัทเงินทุนยังไม่สามารถประกอบธุรกิจบัตรเครดิตได้

ส่วนบริษัทเครดิตฟองซิเอร์สามารถทำธุรกิจโดยการรับฝากเงินจากประชาชนและให้สินเชื่อโดยวิธีรับจำนองอสังหาริมทรัพย์และการรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ด้วยวิธีฝากขายเท่านั้น¹⁰

2) บริษัทประกันชีวิตและบริษัทประกันวินาศภัย

บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต คือ บริษัทประกันชีวิตตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 จึงต้องทำการพิจารณาว่าบริษัทประกันชีวิตนั้นมีลักษณะอย่างไรบ้าง โดยมาตรา 5 ได้ให้คำนิยามคำว่า “บริษัท” หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ และหมายความรวมถึงสาขาของบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย และคำว่า “การประกอบธุรกิจประกันชีวิต”

¹⁰ ธนาคารแห่งประเทศไทย. *ธุรกิจการเงินที่ ๒๒๓. กำกับดูแล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/Scope/Documents/scope.pdf>. [2560, 18 กันยายน].

หมายความรวมถึงการประกอบธุรกิจประกันต่อด้วย ในการจัดตั้งบริษัทประกันชีวิตต้องเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดและขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 7 ดังนั้น จากคำนิยามทั้งสองดังกล่าว ทำให้สรุปได้ว่าบริษัทประกันชีวิตจะต้องเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตไม่ว่าจะทำการประกอบธุรกิจประกันชีวิตโดยตรงหรือประกันต่อก็ตาม

บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย คือ บริษัทตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2538 ซึ่งตามมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามคำว่า “บริษัท” หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามพระราชบัญญัตินี้และหมายความรวมถึงสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย และคำว่า “การประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย” หมายความรวมถึงการประกอบธุรกิจประกันต่อด้วย ซึ่งการจัดตั้งบริษัทประกันวินาศภัยต้องจัดตั้งเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและขอรับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 6 ดังนั้น บริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตไม่ว่าจะทำการประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยโดยตรงหรือประกอบธุรกิจประกันต่อด้วย

3) ผู้รับหลักประกันที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้ผู้รับหลักประกันตามมาตรา 7 ยังบัญญัติไว้ว่า “บุคคลอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจตามมาตรา 4 ออกกฎกระทรวงได้ และมีการกฎกระทรวงลงวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2559 คือ กฎกระทรวงกำหนดให้ผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 133 ที่ 103 ก หน้า 1 วันที่ 9 ธันวาคม 2559 กำหนดให้ผู้รับหลักประกัน

- (1) นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
- (2) ทรัสต์ในนามทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน
- (3) บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม หรือผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (4) นิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (5) บริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์
- (6) นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแฟ็กเคอริง

เมื่อพิจารณานิติบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันได้ตามกฎหมายแล้วเป็นนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเงินทั้งสิ้น ซึ่งการที่กฎหมายพยายามจำกัดผู้รับหลักประกันแม้จะเป็นการคัดกรองแต่การจำกัดก็อาจเป็นการจำกัดการเข้าถึงเงินทุนของผู้ให้หลักประกันด้วยเช่นกัน เนื่องจากทรัพย์สินบางประเภทผู้ประกอบการธุรกิจที่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้อาจไม่เล็งเห็นถึงคุณค่าของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน แต่ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกันอาจเล็งเห็นถึงคุณค่าของทรัพย์สินนั้นแต่ก็หาอาจมีสิทธิที่จะเข้ามาเป็นผู้รับหลักประกันได้เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เข้าเป็นคู่สัญญาได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษเจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันในสัญญาหลักประกันแบบลอยอาจเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลก็ได้และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ U.C.C. Section 9-102 (a) (72) ได้ให้คำนิยามของผู้รับหลักประกันตามลำดับนั้นมิได้กำหนดห้ามไม่ให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเข้าเป็นคู่สัญญาได้ ซึ่งกฎหมายของทั้งสองประเทศมิได้มีการกำหนดผู้รับหลักประกันเช่นเดียวกับประเทศไทยจึงเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความพร้อมทางการเงินและมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่จะเล็งเห็นคุณค่าของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา และผู้ให้สินเชื่อที่มีความใกล้ชิดกับธุรกิจที่ต้องการสินเชื่อก็จะเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กันก็อาจพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ให้หลักประกันง่ายกว่าเพื่อให้ธุรกิจดำเนินไปด้วยกันได้อย่างต่อเนื่อง

2.1.2.2 ผู้ให้หลักประกัน

ผู้ให้หลักประกันตามมาตรา 6 บัญญัติว่า “ผู้ให้หลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้” โดยความหมายของบุคคลธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือ บุคคลไม่ว่าจะเป็นเด็ก ผู้ใหญ่ ผู้หญิง หรือผู้ชาย ไม่ว่าจะเป็นคน โง่หรือคนฉลาด ก็ล้วนแต่เป็นบุคคลธรรมดาโดยมีสิทธิที่จะเข้าทำสัญญาต่าง ๆ ได้ ส่วนนิติบุคคล หมายถึง บุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีสภาพบุคคลเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ดังนั้น นิติบุคคลจึงมีความสามารถเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65¹¹ นิติบุคคลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจตั้งขึ้น โดยแสดงออกผ่านทางผู้แทนตามมาตรา 70 วรรคสอง แต่สหรัฐอเมริกาตาม U.C.C. Section 9-102 (a) (28) คำนิยามของคำว่า “ผู้ให้หลักประกัน” ไม่ได้ระบุกำหนดประเภทไว้จึงอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลแตกต่างกับประเทศอังกฤษผู้ให้หลักประกันจำกัดเฉพาะบริษัทจำกัดเท่านั้นที่จะเข้าทำสัญญาหลักประกันนี้แบบลอยได้¹² เว้นแต่กรณีทรัพย์สินที่เป็น

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65 บัญญัติว่า “นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

¹² รชต จำปาทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 60-61.

หลักประกันจะเป็นทรัพย์สินประเภทเกษตรกรรม¹³ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าแม้กฎหมายของประเทศอังกฤษที่จะมีข้อจำกัดให้ต้องเป็นนิติบุคคลแต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับทรัพย์สินประเภทเกษตรกรรม และเมื่อพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้กำหนดประเภทของผู้ให้หลักประกันและประเทศอังกฤษที่นำทรัพย์สินทางเกษตรกรรมมาเป็นหลักประกันจึงเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้เหมือนกับประเทศไทย การที่กฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาให้ผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมทั่วไปซึ่งไม่มีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นมาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันได้จึงเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดประเภทของผู้ให้หลักประกันไว้ทำให้อาชีพส่วนใหญ่ของประเทศไทย คือ อาชีพเกี่ยวกับเกษตรกรรมที่ไม่มีการตั้งนิติบุคคลก็สามารถนำเอาทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับอาชีพเกษตรกรรมมาเป็นหลักประกันได้เนื่องจากมาตรา 6 บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้หลักประกันได้ และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่มีในท้องถิ่นอย่างทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นทรัพย์สินที่อาจพัฒนาไปเพิ่มมูลค่าของสินค้าให้มากขึ้นหากสามารถนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาเป็นหลักประกันได้ย่อมส่งผลดีต่อเงินหมุนเวียนในธุรกิจและทำให้สามารถสร้างการเติบโตของเศรษฐกิจของประเทศจากธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่เป็นธุรกิจที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งการไม่กำหนดประเภทของผู้ให้หลักประกันย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ธุรกิจที่มีศักยภาพแต่ไม่มีเงินทุนหรือ Start up ที่มีแนวคิดใหม่ ๆ ไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายในการที่จะเข้าถึงเงินทุนในระบบอีกทางหนึ่ง รวมทั้งการนำทรัพย์สินของวิสาหกิจชุมชน¹⁴ ที่ไม่มีเงินทุนเนื่องจากการรวมตัวของชาวบ้านในชุมชนร่วมกันตั้งขึ้นเพื่อจัดการทรัพยากรของชุมชนร่วมกันและดำเนินกิจการแสวงหาประโยชน์ในทรัพยากรได้อย่างยั่งยืนต่อไป

เมื่อพิจารณาผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันของทั้งสามประเทศแล้ว การกำหนดประเภทของผู้รับหลักประกัน ก็ได้ได้หมายความว่า จะไม่มีการเอาเปรียบจากผู้รับหลักประกัน เนื่องจากผู้รับหลักประกันเป็นสถาบันการเงินที่ต้องพิจารณาถึงผลกำไรและหนี้ที่จะกลายเป็นหนี้

¹³ อนุวัตร์ โกวิทวัฒนชัย. (2552). *การใช้สิทธิในงานลิขสิทธิ์เป็นหลักประกันการชำระหนี้และการบังคับคดี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 90-91.

¹⁴ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ได้ให้คำนิยามคำว่า “วิสาหกิจชุมชน” หมายความว่า กิจการของชุมชนเกี่ยวกับการผลิตสินค้า การให้บริการ หรือการอื่น ๆ ที่ดำเนินการโดยคณะบุคคลที่มีความผูกพัน มีวิถีชีวิตร่วมกันและรวมตัวกันประกอบกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นิติบุคคลในรูปแบบใดหรือไม่เป็นิติบุคคล เพื่อสร้างรายได้และเพื่อการพึ่งพาตนเองของครอบครัว ชุมชนและระหว่างชุมชน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ด้อยคุณภาพหรือ Non-Performing Loan (NPL)¹⁵ ที่จะมีผลกระทบต่อธนาคาร ลูกหนี้ทั่วประเทศ และระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จึงต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงต่าง ๆ อีกทั้งผู้ขอสินเชื่อ ต้องการเงินทุนที่ไปพัฒนาธุรกิจของตนโดยพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ เปิดโอกาสที่จะเข้าถึงเงินทุนได้ก็ตามแต่ธุรกิจที่ขอเงินทุนตามพระราชบัญญัตินี้ก็เป็นธุรกิจที่มี ขนาดไม่ใหญ่ไม่มีอำนาจต่อรอง ดังนั้น ประเภทของผู้รับหลักประกันย่อมมีผลต่อการอนุมัติสินเชื่อ ด้วย ซึ่งประเทศไทยมีธุรกิจที่มีความพร้อมด้านเงินทุนอีกมากที่จะให้สินเชื่อแก่ธุรกิจขนาดกลาง และขนาดย่อมแต่ไม่อาจที่จะทำได้ การจำกัดประเภทผู้รับหลักประกันที่ให้สินเชื่อจึงอาจมองได้ว่าเป็นการจำกัดโอกาสของธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมด้วยเช่นกัน

กรณีที่ทำให้หลักประกันเป็นวิสาหกิจชุมชนนั้นจะมีพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน พ.ศ. 2548 คณะกรรมการจะต้องทำหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนกิจการวิสาหกิจชุมชนในเรื่อง ของเงินทุนหรือการดำเนินการที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมกิจการวิสาหกิจ ซึ่งร่าง พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 11 ให้แทนที่ บทบัญญัติมาตรา 31 มีใจความว่าให้ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรและธนาคาร ออมสินส่งเสริมและสนับสนุนด้านเงินทุนแก่กิจการวิสาหกิจชุมชน ดังนั้น ธนาคารทั้งสองที่ สามารถเป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจได้ย่อมมีหน้าที่ในการส่งเสริมและสนับสนุนเงินทุนแก่ วิสาหกิจด้วย หากกิจการวิสาหกิจนั้นมีทรัพย์สินที่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้

อีกปัจจัยที่มีผลต่อการอนุมัติสินเชื่อว่าจะมีจำนวนมากหรือน้อย คือ ทรัพย์สินที่นำมาเป็น หลักประกันทางธุรกิจว่าเป็นทรัพย์สินประเภทใด ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินย่อมขึ้นอยู่กับคู่สัญญาว่า ทรัพย์สินใดมีค่าหรือไม่ จึงต้องพิจารณาถึงประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทาง ธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจด้วย

2.2 หลักประกันทางธุรกิจ

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจต้องเป็นทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8 เช่น กิจการ สิทธิเรียกร้อง สินค้าคงคลัง

¹⁵ Non-Performing Loan (NPL) คือ สินเชื่อที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้หรือที่เรียกกันว่าหนี้เสีย โดยเกิดจากการที่ลูกหนี้ ไม่สามารถชำระดอกเบี้ยและเงินต้นคืนให้สถาบันการเงินเป็นระยะเวลาติดต่อกัน 3 เดือน ผู้ที่ไม่ชำระหนี้จะส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถืออย่างมาก

เครื่องจักร อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีทั้งทรัพย์สินมีรูปร่างและทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จึงต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินใดสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้หรือไม่

2.2.1 ลักษณะและประเภทของทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกาจะต้องเข้าใจว่าทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้คืออะไร จึงต้องศึกษาถึงคำนิยามของกฎหมาย

2.2.1.1 ลักษณะทรัพย์สิน

การพิจารณาเรื่องทรัพย์สินจำเป็นต้องพิจารณาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 คำว่า “ทรัพย์สิน” และมาตรา 138 คำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งทรัพย์สินจะเป็นวัตถุมีรูปร่างแต่ทรัพย์สินหมายความรวมทั้งวัตถุมีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่างด้วย แต่ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็ตามต้องมีราคาและถือเอาได้ด้วย¹⁶ จึงเห็นได้ว่าทรัพย์สินใดแม้จะมีรูปร่างหรือไม่หากบุคคลที่มองว่าทรัพย์สินนั้นมีราคาและอาจถือเอาได้โดยการหวงไว้เพื่อตนเองแล้วทรัพย์สินนั้นก็ย่อมนำมาทำนิติกรรมเพื่อหาประโยชน์ได้ เช่น ซื้อขาย ให้เช่า ใช้เป็นหลักประกัน

คำว่า “อาจมีราคาได้” (Value) หมายถึง คุณค่าในตัวของสิ่งนั้นเอง แม้นในอนาคตราคาจะลดน้อยถอยลงแต่ก็อาจมีประโยชน์ในการใช้สอยทางเศรษฐกิจหรือประโยชน์ทางด้านจิตใจ และคำว่า “อาจถือเอาได้” หมายถึง อาจเข้าหวงกันไว้เพื่อตนเอง ไม่จำเป็นต้องเข้ายึดจับต้องได้จริงจัง เช่น รังนกในถ้ำที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล¹⁷ รวมทั้งสิทธิบางอย่าง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิในหุ้น สิทธิในการเช่า¹⁸ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าราคาของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับบุคคลนั้น ๆ เห็นว่าทรัพย์สินนั้นมีราคาหรือไม่ ทรัพย์สินทุกประเภทของบุคคลแต่ละบุคคลมูลค่าย่อมไม่เท่ากัน สิทธิมีมูลค่าได้ตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 77/2538 ที่สามีภริยาสามารถตีราคาและแบ่งเงินกันได้ สิทธิดังกล่าวก็สามารถโอนกันได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2498 เมื่อได้ชำระเงินและมอบหมายสิทธิต่อกัน สิทธิที่ย่อมตกแก่ผู้รับโอนทันที แต่การเปลี่ยนชื่อในสัญญาเพียงเป็นแบบพิธีเท่านั้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 195/2531

¹⁶ บัญญัติ สุชีวะ. (2559). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 3-4.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2763/2541.

¹⁸ บัญญัติ สุชีวะ. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 16. หน้า 7-8.

1) ทรัพย์สินมีรูปร่าง

คำว่า “วัตถุ มีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่เห็นได้ด้วยตาและจับต้องสัมผัสได้ เช่น หนังสือ โต๊ะ เก้าอี้ บ้านเรือน รถ เรือ ม้า รวมทั้งกระแสไฟฟ้า¹⁹ สัญญาณโทรศัพท์ตามสาย²⁰ แต่ไม่รวมถึงคลื่นสัญญาณโทรศัพท์²¹ และข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย²² ทรัพย์สินที่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้ตามหลักประกันทางธุรกิจ เช่น กิจการ เครื่องจักร สินค้าคงคลัง อสังหาริมทรัพย์ ไม่ยื่นคืน การนำไปเป็นหลักประกันย่อมทำได้โดยนำไปจดทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจ ทั้งนี้ ไม่ยื่นคืนที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ต้องเป็นชนิดที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงจำนวน 58 ชนิด เช่น สัก พวยง ชิงชัน แดง เต็ง มะขามป้อม กฤษณา ทูเรียน มะม่วง ไม่ยื่นคืนเหล่านี้มีความแตกต่างในเรื่องการขายเป็นผลิตภัณฑ์เนื่องจากส่วนที่มีมูลค่าของไม่ยื่นคืนชนิดต่าง ๆ ไม่เหมือนกันไม่ว่าจะเป็นเนื้อไม้ เปลือกไม้ หรือผล ซึ่งปัจจุบันยังเป็นเพียงมติคณะรัฐมนตรีครั้งที่ 5/2561²³ อนุมัติร่างกฎกระทรวงเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่มีมูลค่าที่จะนำมาเป็นหลักประกันอาจเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะได้กล่าวต่อไป

2) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

คำว่า “วัตถุ ไม่มีรูปร่าง” หมายถึง สิ่งที่มองไม่เห็นได้ด้วยตา จับต้องสัมผัสไม่ได้ เช่น แก๊ส กำลังแรงแห่งธรรมชาติ รวมทั้งทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายรับรอง ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง การจำยอม สิทธิอาศัย หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และสิทธิบัตร²⁴ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างด้วยเช่นกันเนื่องจากมีพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้การคุ้มครองและรับรองซึ่งสิทธิตามกฎหมายไทย แต่สิทธิในชื่อเสียงแห่งธุรกิจ (Business Goodwill) ยังไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมายไทยแม้จะมีกฎหมายรับรองในต่างประเทศแล้วก็ตาม สิทธิในชื่อเสียงแห่งธุรกิจจึงเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างแต่ก็ไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอีกประเภทหนึ่งที่ได้รับการนิยาม คือ สิทธิทรัพย์สินดิจิทัลที่มีนักลงทุนเข้าลงทุนอย่างมากทำให้ราคาของสินทรัพย์ดิจิทัลมากขึ้น

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2542 ประชุมใหญ่.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5354/2539.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547.

²³ ไทยโพสต์. (2561). *ข่าวดี: ครม.เห็นชอบให้ไม่ยื่นคืน 58 ชนิดเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thaipost.net/main/detail/14022>. [2561, 24 สิงหาคม].

²⁴ บัญญัติ สุชีวะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 7.

2.2.1.2 ประเภทของทรัพย์สิน

ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แบ่งออกเป็นอสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินแบ่งได้ ทรัพย์สินแบ่งไม่ได้ และทรัพย์สินนอกพาณิชย์ ซึ่งจะทำการศึกษา อสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ โดยอสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 139 หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร หรือประกอบ เป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมทั้งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดกับ ที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย อสังหาริมทรัพย์จึงมีเพียงที่ดิน ทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน ทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน และทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์ จึงมีทั้งทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างซึ่งตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น ไม้ยืนต้นที่เป็นทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน ส่วนอสังหาริมทรัพย์ตาม มาตรา 140 หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอัน เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย จากคำนิยามของอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นทั้งทรัพย์สินมีรูปร่างและทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างก็ได้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ เช่น กิจการ สินค้าคงคลัง เครื่องจักร ทรัพย์สินทางปัญญา และจากคำนิยามของคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ยังหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วยเมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมาย หลักประกันทางธุรกิจย่อมรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ด้วย ส่วนสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ตนยึดถือไว้เพื่อตนจาก การซื้อด้วยตนเองหรือผ่านผู้ให้บริการซื้อขายตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ ดิจิทัล พ.ศ. 2561 จึงมีราคาแต่การจะนำมาเป็นหลักประกันนั้นสินทรัพย์ดิจิทัลไม่มีบทบัญญัติให้ นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ประเทศอังกฤษได้ให้ความหมายคำว่า “ทรัพย์สิน” หรือ Property ตามประมวล กฎหมายแพ่ง โดยให้หมายความรวมถึงสิ่งที่เกิดจากการกระทำและผลประโยชน์ที่แท้จริงหรือ ทรัพย์สินส่วนบุคคล โดยแบ่งทรัพย์สินออกเป็นหลายประเภท คือ อสังหาริมทรัพย์หรือ Real (Freehold Interests in Land) และอสังหาริมทรัพย์หรือ Personal (All Other)²⁵ โดยสามารถนำมาเป็น หลักประกันได้ทั้งสองประเภท ส่วนสหรัฐอเมริกาทรัพย์สินตามกฎหมายแบ่งออกเป็น อสังหาริมทรัพย์หรือ Real Property และอสังหาริมทรัพย์หรือ Personal Property²⁶ เช่นเดียวกันแต่ สหรัฐอเมริกาจะนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันได้เท่านั้น หากกิจการที่เป็นอสังหาริมทรัพย์มา

²⁵ อนุวัตร์ โกวิทวัฒน์ชัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 90-91.

²⁶ สุวิทย์ สุวรรณ. (2553). “การประกันด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอเมริกา”. *วารสารกฎหมาย*, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 47-48.

เป็นหลักประกันมือสังหาริมทรัพย์อยู่ด้วยก็ไม่อาจนำอสังหาริมทรัพย์นั้นมาเป็นหลักประกันตามกฎหมาย Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. ได้ แต่ต้องนำไปเป็นหลักประกันตามกฎหมาย Common Law on Real Estate

2.2.2 ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือ SMEs ที่ต้องการเงินทุนในการดำเนินการทางธุรกิจที่ต้องการขอสินเชื่อหากไม่มีหลักประกันแล้วย่อมไม่สามารถเข้าถึงเงินทุนได้จึงเป็นอุปสรรคในการพัฒนาธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่เป็นกำลังหลักในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยทำให้เกิดการไปกู้เงินนอกระบบและไม่สามารถใช้คืนได้ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แต่การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจนั้นมิใช่ว่าจะนำทรัพย์สินใดมาเป็นหลักประกันก็ได้แตกต่างจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้ระบุถึงประเภทของทรัพย์สิน กล่าวคือ ประเทศอังกฤษมี Companies Act 2006 มาตรา 859D ได้กล่าวถึงทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันอาจเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างจับต้องได้และไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญา²⁷ โดยให้กำหนดประเภท กลุ่ม หรือรายละเอียดของทรัพย์สินซึ่งเรียกว่า “ทรัพย์สินทั่วไป” ที่อาจเปลี่ยนมือและเปลี่ยนจำนวนหรือปริมาณตลอดเวลาโดยทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้จนกว่ามีเหตุแปรสภาพเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง (Crystallization) เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบังคับหลักประกัน²⁸ ส่วนสหรัฐอเมริกาการนำทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามกฎหมาย Uniform Commercial Code หรือ U.C.C. จะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะรวมเข้ากันเป็นส่วนหนึ่งของอสังหาริมทรัพย์แล้วตาม U.C.C. Section 9-102 (a) (41)²⁹ แต่ประเทศไทยได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ในมาตรา 8 เพียง 5 ประเภทและอาจเพิ่มเติมได้โดยออกกฎกระทรวงแต่ก็ต้องมีการกำหนดประเภทของทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือ

²⁷ อิศรัตน์ ชำรงมาศ. (2558). *แนวทางการบังคับสิทธิในการนำทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558*. ค้นคว้าอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 78.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

²⁹ U.C.C. Section 9-102. DEFINITIONS AND INDEX OF DEFINITIONS.

(a) [Article 9 definitions.]

In this article:

(41) "Fixtures" means goods that have become so related to particular real property that an interest in them arises under real property law.

สังหาริมทรัพย์และไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินหลายประเภทมิได้ให้คำจำกัดความไว้จึงต้องการพิจารณาต่อไป

2.2.2.1 อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน

ทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จะต้องเป็นที่ดิน ทรัพย์อันติดกับที่ดิน ทรัพย์ซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน และทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ตามมาตรา 8 (4) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แต่ผู้ให้หลักประกันตามมาตรา 8 (4) นั้นต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง ผู้ประกอบธุรกิจอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องจึงไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ นอกจากนี้ยังอาจนำไม่ย่นต้นที่เป็นส่วนควบกับที่ดินมาเป็นหลักประกันได้แตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษที่แม้จะสามารถนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) แต่มิได้จำกัดว่าต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรงและตามหลักเกณฑ์ของหลักประกันแบบลอยมิได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้จึงสามารถนำไม่ย่นต้นมาเป็นหลักประกันได้โดยมิได้จำกัดแต่เพียง 58 ชนิดเท่านั้น ส่วนสหรัฐอเมริกาการนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันจะเป็นการนำหลักประกันตาม Common Law on Real Estate มิใช่นำมาเป็นหลักประกันตาม Uniform Commercial Code 2012³⁰ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยการนำที่ดินเป็นหลักประกันตามกฎหมายจําเองได้จึงอาจมิได้มีปัญหาแต่อย่างใด และนอกจากการนำไปเป็นหลักประกันในการจําเองก็ยังสามารถนำไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้หากเป็นทรัพย์สินของกิจการที่นำไปเป็นหลักประกันถ้าเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบกิจการตามมาตรา 8 (1) ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่ดินและทรัพย์สินต่าง ๆ ในที่ดินย่อมต้องมีการจดทะเบียน โดยเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่จะต้องทำการแจ้งไปยังนายทะเบียนที่รับผิดชอบเพื่อแก้ไขทางทะเบียนทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน แต่อาจมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติที่การเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนในโฉนดที่ดินจําต้องมีคู่ฉบับด้วย

2.2.2.2 สังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สังหาริมทรัพย์ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 คือทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์และรวมถึงสิทธิในทรัพย์สินด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 8 แล้วสังหาริมทรัพย์ที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ คือ กิจการ สิทธิเรียกร้อง เครื่องจักร สินค้าคงคลัง วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า ทรัพย์สิน

³⁰ ชนม์สวัสดิ์ ประศาสน์ครุการ. (2547). *การใช้สิทธิในสิทธิบัตรเป็นหลักประกันการชำระหนี้*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 93.

ทางปัญญา ไม่ยื่นต้น เมื่อพิจารณาจากคำนิยามคำว่า “สังหาริมทรัพย์” จะเห็นได้ว่ารวมถึงสิทธิในทรัพย์สินที่กล่าวมาด้วย สิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาจึงอาจเป็นหลักประกันได้เช่นกัน

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ตาม Companies Act 2006 มาตรา 859D ได้กล่าวถึงทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันอาจเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างจับต้องได้และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจับต้องไม่ได้ รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญา ดังนั้น แม้จะเป็นสิทธิที่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็อาจนำมาเป็นหลักประกันได้เช่นเดียวกับความหมายของสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยที่ให้หมายความรวมถึงสิทธิในสังหาริมทรัพย์ และในสหรัฐอเมริกาการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตาม U.C.C. Section 9 จะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกันแบบ Secured Transactions ของสหรัฐอเมริกาจะแบ่งเป็น 3 ประเภท³¹ คือ ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Tangible Goods) ตาม U.C.C. Article 9-102 (a) (44) เช่น กิจการสินค้าคงคลัง (Inventory) อุปกรณ์ (Equipment) ทรัพย์สินที่มีสภาพคล้ายมีรูปร่าง (Quasi-Tangibles) คือ เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่แสดงออกโดยเอกสารสิทธิ³² และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangibles) คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่มีมูลค่าหรือราคาอันสามารถนำมาแลกเปลี่ยนเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นหรือค้ำประกันได้³³ รวมถึงทรัพย์สินทางปัญญาด้วย เช่น เครื่องหมายการค้า (Trademarks) เครื่องหมายรับรอง (Certification Mark)³⁴

หากพิจารณาทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทั้งในประเทศไทย ในประเทศอังกฤษ และในสหรัฐอเมริกาแล้ว ประเทศไทยแตกต่างกับอีก 2 ประเทศคือ ประเทศไทยมีการกำหนดจำกัดประเภทของทรัพย์สินไว้ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หากไม่ใช่ทรัพย์สินที่กำหนดไว้ก็ไม่อาจที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ไม่มีการกำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ย่อมเป็นการเปิดโอกาสที่ให้อำนาจสามารถนำทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่ที่บุคคลที่สังเกตเห็นถึงได้ว่าทรัพย์สินนั้นอาจมีราคาและอาจถือเอาได้มาเป็นหลักประกันได้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy)³⁵ และหลักเสรีภาพในการแสดง

³¹ รชต จำปาทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 78-80.

³² อิศรัตน์ ชำรงมาศ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 104.

³³ อิศรัตน์ ชำรงมาศ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 27. หน้า 104.

³⁴ ชนม์สวัสดิ์ ประศาสน์ครุการ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 96.

³⁵ หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) หมายความว่า อำนาจของบุคคลในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนเองทั้งในเรื่องส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน

เจตนา (Principle of Freedom of Contract)³⁶ ในกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่น่าสนใจอย่างทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการคุ้มครองในประเทศไทยสิ่งหนึ่ง คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็เป็นทรัพย์สินที่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย หรือนำมาเป็นหลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ของประเทศอังกฤษที่มีได้กำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ หรืออาจนำมาเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน (Secured Transactions) ของสหรัฐอเมริกาได้ในฐานะเป็นเครื่องหมายรับรองอันเป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือ Lanham Act 1946 และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอีกสิ่งหนึ่ง คือ ลิขสิทธิ์ดิจิทัลที่เป็นที่นิยมในปัจจุบันในการซื้อขายเพื่อเข้าถึงกำไร ชำระหนี้ค่าสินค้าและบริการ และการระดมทุนเพื่อนำไปประกอบธุรกิจ

2.2.2.3 ประเภททรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดให้นำมาเป็นหลักประกัน

แม้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จะบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบแต่ก็ไม่อาจนำทรัพย์สินทุกประเภทมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ซึ่งการจะนำทรัพย์สินใดมาเป็นหลักประกันจำเป็นต้องพิจารณาถึงประเภททรัพย์สินที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วย ซึ่งตามมาตรา 8 ได้บัญญัติกำหนดประเภทของทรัพย์สินไว้ 5 ประเภท และอาจจะกำหนดเพิ่มได้ในกฎกระทรวง

1) กิจการ

ทรัพย์สินประเภทแรกที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กำหนดไว้ คือ กิจการ ซึ่งคำว่า “กิจการ” ตามมาตรา 3 มีความหมายว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น ซึ่งผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที การนำกิจการมาเป็นหลักประกันย่อมรวมถึงทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจด้วยไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่มีลักษณะเหมือนกับหลักประกันแบบลอยของประเทศอังกฤษที่สามารถนำอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันได้ แต่แตกต่างกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกาที่แม้จะนำกิจการมาเป็นหลักประกันแต่ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

³⁶ หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Principle of Freedom of Contract) ประกอบด้วย (1) เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา คือ เสรีภาพในการเริ่มต้น ดำเนินการต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อสัญญา และ (2) เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คือ เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม เนื่องจากเสรีภาพของปัจเจกชนจะถูกทำลายลง

การนำกิจการมาเป็นหลักประกันมิได้จำกัดว่าเป็นกิจการประเภทใด ขนาดใด ก็ย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ เช่น กิจการ โรงไฟฟ้า หลังงานแสงอาทิตย์อาจนำแผงโซลาร์ที่ติด อาคาร โรงไฟฟ้า รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร เครื่องกำเนิดไฟฟ้า ไม้ยืนต้นที่ใช้ในการประกอบกิจการตามมาตรา 8 (1)³⁷ หากเป็นการนำกิจการที่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ใช้ในการประกอบกิจการมาเป็นหลักประกันแล้ว ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างดังกล่าวก็ย่อมต้องตกเป็นหลักประกันทางธุรกิจด้วยไม่ว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะมีมูลค่าเพียงใดผู้รับหลักประกันจะประเมินมูลค่าของทรัพย์สินนั้นรวมกับทรัพย์สินอื่นหรือไม่ ถ้าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเกี่ยวข้องกับประกอบกิจการแล้วก็สามารถเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ เช่น กาแฟดอยช้างที่ได้ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไว้ ดังนั้น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสำคัญเกี่ยวกับสินค้าทางการเกษตร คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีการนำมาใช้กับสินค้าของตนหรือได้รับอนุญาตให้ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จากการผลิตของตนไม่ว่าจะเป็นการผลิตสินค้าเพื่อตนจะได้ออกไปจำหน่ายเองหรือรับจ้างผลิตสินค้าให้ผู้ประกอบการรายอื่นก็ต้องถือว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกิจการที่ใช้ในการประกอบกิจการด้วย เช่น กาแฟดอยช้างที่นอกจากจะได้รับการรับรองแล้วยังมีสิทธิใช้เครื่องหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไทย (Thai Geographical Indication) และกิจการอีกประเภทหนึ่งที่มีความน่าสนใจเนื่องจากมีพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เพื่อเปิดโอกาสและควบคุมดูแลในการทำธุรกิจซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งอาจมีการซื้อสินทรัพย์ดิจิทัลไว้ในครอบครองของตนเองด้วยจึงอาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจพร้อมกับกิจการได้ แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากการนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันประเภทกิจการแล้ว สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ต่างหากตามมาตรา 8 (5) โดยนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจประเภททรัพย์สินทางปัญญา แต่สินทรัพย์ดิจิทัลยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้นำมาเป็นหลักประกันได้ เว้นแต่จะถือว่าเป็นสิทธิเรียกร้องที่จะกล่าวต่อไป ดังนั้น การนำกิจการมาเป็นหลักประกันของประเทศไทยสามารถนำสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันประเภทกิจการได้เหมือนกับประเทศอังกฤษที่ไม่ได้กำหนดทั้งประเภทและลักษณะของทรัพย์สินไว้จึงอาจนำมาเป็นหลักประกันแบบลอยได้ต่างจากสหรัฐอเมริกาที่การจะนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตาม U.C.C. จะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น หากในกิจการมีสังหาริมทรัพย์จำต้องนำไปเป็นหลักประกันตามกฎหมาย Common Law on Real Estate Mortgages

³⁷ กำชัย จงจักรพันธ์. (2557). *เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ศรีอนันต์การพิมพ์. หน้า 68.

2) สิทธิเรียกร้อง

สิทธิเรียกร้องตามคำนิยามมาตรา 3 หมายความว่า สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้และสิทธิอื่น ๆ แต่ไม่หมายความรวมถึงสิทธิที่มีตราสาร สิทธิที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ จะต้องเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้แต่ไม่รวมสิทธิที่มีตราสารตามแบบที่กฎหมายกำหนด³⁸ ซึ่งต่างจากสิทธิเรียกร้อง³⁹ ทัวไปที่รวมถึงตราสารด้วย ดังนั้น สิทธิเรียกร้องตามพระราชบัญญัตินี้จึงหมายถึง สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ สิทธิในบัญชีเงินฝากธนาคาร สิทธิในการได้รับชำระเงินค่างานเป็นงวด ๆ สิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขาย โดยต้องไม่มีกฎหมายหรือสัญญาห้ามโอน⁴⁰ แต่ทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่ไม่รูปร่างและได้รับความนิยมน คือ สิทธิทรัพย์สินดิจิทัลที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดแบบ จึงไม่เป็นตราสารแต่ผู้ซื้อสิทธิดิจิทัลนั้นมีสิทธิที่จะซื้อขายและเรียกเงินคืนจากผู้ให้บริการได้ สิทธิดังกล่าวจึงเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งจึงอาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เช่นเดียวกับสิทธิเรียกร้องอื่น ๆ

3) อสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ

กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าเป็นเครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า กรณีเครื่องจักรสามารถนำเครื่องจักรไปจำหน่ายได้ตามกฎหมายเฉพาะแต่มีปัญหาในการส่งมอบตัวทรัพย์สินจึงไม่อาจใช้เครื่องจักรนั้นในการประกอบธุรกิจได้ แม้ธนาคารจะมีการแก้ปัญหาโดยการตั้งผู้รักษาทรัพย์สินจำหน่ายก็มีผลเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น ธนาคารจึงไม่เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สิน⁴¹ ส่วนสินค้าคงคลังก็เช่นเดียวกันที่ไม่อาจนำไปเป็นหลักประกันในการจำหน่ายและจำนองได้แต่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ตามมาตรา 8 (3) ซึ่งคำว่า “สินค้าคงคลัง” ตาม U.C.C. ได้ให้ความหมายว่า สินค้าที่ซื้อหรือจัดหาสำหรับการขาย ให้เช่าหรือเพื่อใช้สำหรับตกแต่งทำให้สมบูรณ์ภายใต้สัญญาให้บริการ แต่ยังไม่รวมถึงวัตถุดิบ ชิ้นงานระหว่างผลิต หรือวัสดุที่ใช้หรือบริโภคในธุรกิจตาม U.C.C. Article 9-108 เมื่อเป็นสินค้าคงคลังแล้วย่อมมีมูลค่าในตัวของตัวเอง หากนำมาเป็นหลักประกันแล้วมีการหมุนเวียนเปลี่ยนมือสินค้าที่ผลิตขึ้นมาใหม่ที่ในการเป็นหลักประกันและจะถูกบังคับชำระหนี้หากมีเหตุบังคับหลักประกันก็มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ทรัพย์สินที่หมุนเวียนเปลี่ยนมือจะ

³⁸ คำว่า “ตราสาร” คือ หนังสือสำคัญซึ่งทำตามแบบที่กฎหมายต้องการ เช่น ตัวแลกเงิน ตัวสัญญาใช้เงิน เช็ค

³⁹ คำว่า “สิทธิเรียกร้อง” คือ บุคคลสิทธิหรือสิทธิที่มีระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้โดยเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามความผูกพัน หากลูกหนี้ไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องไปฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลบังคับตามสิทธิเรียกร้องของตนสำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องแต่ละประเภทต้องอยู่ในอายุความฟ้องร้องด้วย

⁴⁰ กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 68.

⁴¹ กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 67-68.

กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง แต่อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นสินค้าประเภทเดียวกันแต่ถ้ามีทรัพย์สินทางปัญญาที่ใช้กับสินค้านั้นแล้วก็อาจทำให้สินค้านั้นมีมูลค่ามากขึ้นได้ ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่ประเทศไทยมีอยู่มากมาย คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักและเป็นที่ยอมรับกัน เช่น กาแฟคอสซ่าซึ่งเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะเมื่อใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กำกับไว้กับตัวสินค้านั้นเป็นการรับรองถึงคุณภาพที่จะได้รับจากสินค้านั้น ผู้บริโภคที่รู้ถึงคุณภาพก็จะยอมรับในมูลค่าของสินค้านั้นด้วย การนำสินค้านี้ดังกล่าวมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมมีมูลค่ามากกว่าสินค้าที่ไม่ได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แม้จะมีคุณภาพเช่นเดียวกันก็ตาม เนื่องจากไม่ได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ผู้บริโภคก็ไม่อาจรับรู้ถึงคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะดังกล่าวได้ ดังนั้น การนำสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ย่อมทำให้เกิดมูลค่ามากกว่าสินค้าอื่นที่ไม่ได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมส่งผลถึงการขอสินเชื่อด้วยแม้จะมีการประเมินราคาขึ้นต่ำเพื่อพิจารณาถึงการขอสินเชื่อก็ยังมียุทธศาสตร์มากกว่าสินค้าทั่วไปอยู่นั่นเอง แต่สินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจก็ได้หมายความว่า เป็นการนำสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ผู้ประกอบการมีสิทธิใช้กับสินค้าที่ผ่านกระบวนการตามที่ขึ้นทะเบียนไว้มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจด้วยเนื่องจากสิทธิในการใช้ย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขที่ทำให้เกิดสินค้านี้ใช้ตัวสินค้า สิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ย่อมไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจพร้อมกับสินค้าได้

4) อสังหาริมทรัพย์ในกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง

คำว่า “อสังหาริมทรัพย์” มีหลายประเภท คือ (1) ที่ดิน (2) ส่วนควบ⁴² และ (3) ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือส่วนควบ⁴³ โดยทรัพย์สินมีหน้าที่ 3 ประการ คือ ทรัพย์สินในการเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินในการได้ใช้ ทรัพย์สินในการประกัน ได้แก่ จำนอง จำนำ⁴⁴ ซึ่งทรัพย์สินที่เกี่ยวกับที่ดินหรือส่วนควบควรจะเป็นทรัพย์สินในการได้ใช้ แต่การนำอสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันตามกฎหมายนี้ผู้ให้หลักประกันต้องเป็นผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง เช่น ธุรกิจหมู่บ้านจัดสรร ที่ดินจัดสรร โครงการคอนโดมิเนียม อาคารชุด

⁴² วัตถุประสงค์กับที่ดิน ไม่ว่าจะโดยธรรมชาติหรือมนุษย์ซึ่งไม่จำเป็นต้องคิดขนาดอาคารตลอดการ โดยดูจากความคึกของบุคคลธรรมดา

⁴³ ชีสุทธิ พันธุ์สุทธิ. (2557). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน เล่ม 1 ว่าด้วยระบบทรัพย์สิน ประเภททรัพย์สิน และความเกี่ยวข้องระหว่างทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 78-79.

⁴⁴ ศนันท์กรณ โสถถิพันธุ์. (2559). *อธิบายศัพท์นิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 83.

อพาร์ทเมนต์ โดยมีสิทธินำมาเป็นหลักประกันได้ แต่การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ไม่ได้ใช้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์⁴⁵ เว้นแต่จะเข้ากรณีกิจการตามมาตรา 8 (1) ซึ่งเอามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้แม้จะไม่ได้ใช้โดยตรง⁴⁶ ทั้งนี้ ส่วนควบคุมตามกฎหมายประเภทหนึ่งคือ “ไม่ยื่นต้น” ที่มีมติคณะรัฐมนตรีให้นำมาเป็นหลักประกันได้ก็เป็นส่วนควบคุมกฎหมายที่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ตามมาตรา 8 (4) ได้เช่นกันแต่ต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับการประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามมาตรา 8 (4) นี้ผู้วิจัยเห็นว่าต้องนำมาเป็นหลักประกันพร้อมกับที่ดินที่ประกอบธุรกิจหรือปลูกเชิงพาณิชย์โดยการขายไม่ยื่นต้นนั้นด้วยจึงจะเข้าใจข้อใจที่ว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ประกอบธุรกิจโดยตรง

5) ทรัพย์สินทางปัญญา

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มิได้ให้คำนิยามคำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” แต่โดยทั่วไปทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พันธุ์พืชใหม่ แบบผังภูมิของวงจรรวม และความลับทางการค้า ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทมีลักษณะที่แตกต่างกัน แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมที่ยาวนานมีการพัฒนาองค์ความรู้ในด้านต่าง ๆ ที่เป็นภูมิปัญญาชาวบ้านในท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อใช้ประโยชน์ในชีวิตประจำวันในด้านหัตถกรรมสิ่งทอ เช่น ผ้าไหมยกดอกลำพูน และประเทศไทยยังมีธรรมชาติที่สมบูรณ์จึงมีทรัพยากรที่มีค่ามากมายทำให้เกิดสินค้าทางการเกษตรที่มีคุณภาพ เช่น ข้าวหอมมะลิทุ่งกุลาร้องไห้ ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง ทุเรียนสายพันธุ์นนท์ มะขามเพชรบูรณ์ กาแฟดอยช้าง ทั้งนี้ รัฐบาลได้มีนโยบายสนับสนุนสินค้าท้องถิ่นชื่อโครงการ “หนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์” หรือ OTOP ที่ทำให้มีการพัฒนาสินค้าที่มีเอกลักษณ์ในท้องถิ่นเพื่อนำมาเป็นสินค้าในโครงการดังกล่าวทำให้เกิดสินค้าใหม่ที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะขึ้นมากมาย ซึ่งสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะนั้นสามารถนำไปขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อรับการคุ้มครองตามกฎหมายได้ โดยจะทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

6) ไม่ยื่นต้น

นอกจากทรัพย์สินที่กำหนดประเภทไว้ในมาตรา 8 (1) ถึง (5) แล้ว ยังสามารถนำทรัพย์สินอื่นมาเป็นหลักประกันได้หากมีการประกาศกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (6) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ซึ่งที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ออกกฎกระทรวงให้นำไม่ยื่นต้นจำนวน 58 ชนิดมาเป็นหลักประกันได้เมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2561

⁴⁵ คำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 66.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

เพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการปลูกต้นไม้มีค่าในที่ดินเชิงพาณิชย์ เช่น สัก พะยูง ชิงชัน กฤษณา ซึ่งไม้ยืนต้นบางประเภทเป็นต้นไม้ที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นไม้หวงห้ามตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 โดยคำสั่งคณะกรรมการสงวนแห่งชาติ ฉบับที่ 106/2557 ที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 คือ ไม้สัก ไม้ยาง ไม้ชิงชัน ไม้เก็ดแดง ไม้โอเฌง ไม้พะยูงเกลบ ไม้กระพี้ ไม้แดงจีน ไม้ชะยูง ไม้กระซิก ไม้กระซิบ ไม้พะยูง ไม้หมากพลูดักแดน ไม้กระพี้เขาควย จึงมีการประชุมคณะกรรมการขับเคลื่อนและเร่งรัดดำเนินงานตามนโยบายรัฐบาล (กขร.) ครั้งที่ 3/2561 เป็นการประชุมเพื่อมีมติเห็นชอบในหลักการในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการปลูกไม้มีค่าในที่ดินกรรมสิทธิ์ โดยการปลูกไม้ยืนต้นในที่ดินที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์นั้นเจ้าของที่ดินชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิที่จะปลูก ตัด และเลื้อยแปรรูป โดยไม่ต้องขออนุญาตจากกรมป่าไม้⁴⁷ ดังนั้น ไม้ยืนต้นที่เป็นทรัพย์สินมีรูปร่างที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จึงสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้โดยลำพังนอกจากการนำไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามมาตรา 8 (4) หรือการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นการส่งเสริมการปลูกเพื่อจำหน่ายไม้ที่มีมูลค่าสูง

นอกจากไม้ยืนต้นที่เป็นไม้หวงห้ามแล้วยังมีไม้ยืนต้นที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจด้านดอกผลธรรมชาติ เช่น ทูเรียน มะม่วง มะขาม ที่เก็บผลนำไปจำหน่าย โดยผลไม้นี้เป็นผลไม้ที่มีชื่อเสียงของไทยในการส่งออกต่างประเทศ ดังนั้น ไม้ยืนต้นที่เก็บผลไม้เพื่อนำไปจำหน่ายจึงมีมูลค่าในการนำมาเป็นหลักประกันได้ หากเป็นสินค้าที่คงคลังก็อาจนำไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ตามมาตรา 8 (3) ซึ่งการนำไม้ยืนต้นที่ให้ผลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เช่น มะขามหวานเพชรบูรณ์ที่เป็นไม้ยืนต้นชนิดหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้แล้วย่อมไม่แตกต่างจากการนำกิจการมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจที่มีกระบวนการผลิตที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ ไม้ยืนต้นที่ให้ผลผลิตเป็นสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้จึงมีมูลค่ามากกว่าไม้ยืนต้นอื่นที่ไม่อาจใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ ทั้งนี้ การนำไม้ยืนต้นมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเฉพาะไม้ยืนต้นอาจเกิดปัญหาในการบังคับหลักประกันได้หากบังคับไม้ยืนต้นที่มุ่งหมายในดอกผลตามธรรมชาติ เช่น มะขามหวาน แต่ที่ดินไม่ใช่ของผู้ที่ซื้อไม้ยืนต้นดังกล่าวจากการบังคับหลักประกันผู้ที่ซื้อไม้ยืนต้นได้จะเข้าครอบครองได้อย่างไร

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการปลูกไม้ยืนต้นเพื่อเนื้อไม้หรือผลไม้แต่การปลูกก็ย่อมที่จะใช้เวลานานจึงทำให้เกิดความเสี่ยงที่อาจเกิดกับไม้ยืนต้นนั้นทั้ง โรคภัยและภัยธรรมชาติต่าง ๆ เช่น ไฟไหม้ น้ำท่วม พายุ ที่ทำให้ไม้ยืนต้นที่นำมาเป็นหลักประกันไร้มูลค่าไป ดังนั้น ไม้ยืน

⁴⁷ ภูมิปัญญาชาวบ้าน. (2561). *ชาวบ้านเฮ!!! รัฐบาลดลือก พรบ.ป่าไม้ ตัดต้นไม้ในที่ตัวเองได้ ไม่ต้องขออนุญาต.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://phumpunya.com/ข่าวชาวบ้าน/ชาวบ้านเฮ-รัฐบาลดลือก-พร/](http://phumpunya.com/ข่าวชาวบ้าน/ชาวบ้านเฮ-รัฐบาลดลือก-พร/.). [2561, 22 สิงหาคม].

ต้นเป็นทรัพย์สินอีกประเภทหนึ่งที่มีความเสี่ยงในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจหากไม่ได้รับการดูแลเป็นอย่างดีแต่กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจก็ไม่มีบทบัญญัติให้มีการทำประกันวินาศภัยในทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันเพื่อลดความเสี่ยงของผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันอันเป็นการส่งเสริมธุรกิจประกันภัยด้วยอีกทางหนึ่ง โดยปัจจุบันหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง คือ กรมส่งเสริมการเกษตร สถาบันวิจัยเศรษฐกิจป๋วย อึ๊งภากรณ์ ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) หรือ GISTDA สำนักส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธ.ก.ส.) และสมาคมประกันวินาศภัย ในโครงการวิจัยเรื่องการพัฒนากระบวนการประกันภัยพืชผลการเกษตรปัจจัยเสี่ยงเรื่องภัยธรรมชาติ น้ำท่วม ฝนแล้ง และความแม่นยำของการสำรวจความเสียหาย⁴⁸

2.2.3 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

คำว่า “สิทธิ” คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ การเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น⁴⁹ และเมื่อพิจารณาถึงคำว่า “ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง” ที่เป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถมองเห็นและจับต้องได้ไม่ว่าสิทธิในอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม ดังนั้น สิทธิในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลที่จะนำทรัพย์สินของตนไปใช้ประโยชน์ได้หากไม่เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย ทั้งนี้ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีความสำคัญในการประกอบธุรกิจที่ทำให้มูลค่าของธุรกิจนั้นมีมากขึ้น คือ ทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ได้รับความนิยมมากขึ้นในปัจจุบัน คือ สิทธิบัตรดิจิทัล จึงควรทำการศึกษาว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งสองมีความเหมาะสมที่จะนำมาเป็นหลักประกันหรือไม่

2.2.3.1 สิ่งปดชี้ทางภูมิศาสตร์

ทรัพย์สินทางปัญญา หมายถึง สิทธิตามกฎหมายซึ่งได้มีการกำหนดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับผลผลิตจากปัญญาของมนุษย์ ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นรูปแบบของทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ซึ่งสามารถใช้ดำเนินการใด ๆ อันเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจซึ่งอาจโอนสิทธิหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ อันเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของทรัพย์สินทาง

⁴⁸ ไทยรัฐ. (2561). *เปิดประกันภัยสารพัดพืชผล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.thairath.co.th/content/1347198>. [2561, 24 สิงหาคม].

⁴⁹ สุเทพ เอี่ยมคง. *สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย>. [2561, 17 กรกฎาคม].

ปัญญา โดยขึ้นอยู่กับทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภท ดังนั้น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ในการคิดค้นสร้างสรรค์⁵⁰ แต่กฎหมายหลักประกันมิได้บัญญัตินิยามไว้ว่าให้นำทรัพย์สินทางปัญญาประเภทใดมาเป็นหลักประกันได้ เมื่อพิจารณาประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายของประเทศไทยแล้วอาจแบ่งได้เป็น 7 ประเภท คือ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พันธุ์พืชใหม่ แบบผังภูมิของวงจรรวม และความลับทางการค้า แต่ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกามีทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นที่กฎหมายไทยยังไม่ให้ความคุ้มครอง ได้แก่ เครื่องหมายการค้ากลิ่นหรือการสัมผัส รูปลักษณะสิทธิเชิงพาณิชย์ ความคิดสร้างสรรค์ซึ่งยังไม่ได้พัฒนา แต่อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันจึงต้องทำการศึกษาก่อนเป็นประเภท ๆ ไปว่าจะสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่

ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งที่ประเทศไทยซึ่งมีประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมที่ยาวนานมีความเกี่ยวข้องเป็นอย่างมาก คือ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันเกิดจากการพัฒนาองค์ความรู้ในด้านต่าง ๆ ที่เป็นภูมิปัญญาชาวบ้านในท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อใช้ประโยชน์ในชีวิตประจำวันในด้านหัตถกรรมสิ่งทอ เช่น ผ้าไหมยกดอกลำพูน และประเทศไทยยังมีธรรมชาติที่สมบูรณ์จึงมีทรัพยากรที่มีค่ามากมายทำให้เกิดสินค้าทางการเกษตรที่มีคุณภาพ เช่น ข้าวหอมมะลิทุ่งกุลาร้องไห้ ข้าวสังข์หยดเมืองพัทลุง กาแฟดอยช้าง ทูเรียน มะม่วง อีกทั้งรัฐบาลได้มีนโยบายสนับสนุนสินค้าท้องถิ่นชื่อ โครงการ “หนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์” หรือ OTOP ที่ทำให้มีการพัฒนาสินค้าที่มีเอกลักษณ์ในท้องถิ่นเพื่อนำมาเป็นสินค้าในโครงการดังกล่าวและเพื่อทำการส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศทำให้เกิดสินค้าใหม่ที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะขึ้นมากมาย ซึ่งสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะที่อาจนำไปขึ้นทะเบียนเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ ดังนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งแต่นำมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่ต้องพิจารณาจากข้อมูลหลาย ๆ ด้านด้วยกันเนื่องจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีลักษณะต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ

1) ความหมายของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์หรือ Geographical Indication (GI) ประเทศไทยมีกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 โดยมาตรา 3 ได้ให้นิยามคำว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายความว่า ชื่อ สัญลักษณ์ หรือสิ่งอื่นใดที่

⁵⁰ ไซยศ เหมะรัชตะ. (2560). *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 8.

ใช้เรียกหรือใช้แทนแหล่งภูมิศาสตร์ และที่สามารถบ่งบอกว่าสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้น เป็นสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง หรือคุณลักษณะเฉพาะของแหล่งภูมิศาสตร์ดังกล่าว

ความตกลงทริปส์ (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) ที่เป็น Model Law ของ UNCITRAL แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) ที่ให้ประเทศสมาชิกนำไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในโดยไม่มีสภาพบังคับเนื่องจากเป็น Soft Law⁵¹ โดยความตกลงทริปส์จะคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในภาค 2 ส่วนที่ 3 ข้อ 22 – 24 เรื่อง Protection of Geographical Indications โดยการผลักดันของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปและประเทศไทยได้นำมาอนุวัติเป็นกฎหมายภายในได้ให้ความหมายคำว่า “สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์” หมายถึง สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีกำเนิดในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หรือภูมิภาคหรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้น ซึ่งคุณภาพชื่อเสียงหรือลักษณะอื่นที่มีอยู่⁵² ดังนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นสิ่งที่รับรองถึงคุณภาพชื่อเสียงและคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าที่เกิดจากแหล่งภูมิศาสตร์ แต่การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คุ้มครองทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบการกิจการตามทฤษฎีที่จะกล่าวต่อไป

2) ทฤษฎีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ประเทศที่ริเริ่มแนวความคิดในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นประเทศแรก ๆ คือ ประเทศฝรั่งเศสอันเป็นแนวคิดในการคุ้มครองในองค์ประกอบหรือส่วนผสมในอาหารและเครื่องดื่มจากแหล่งที่มานั้น ๆ ก็เพื่อป้องกันการสับสนของผู้บริโภคในความเข้าใจผิดว่าสินค้าภายใต้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีความเกี่ยวข้องกับแหล่งภูมิศาสตร์อื่นและการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม⁵³ โดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ 2 ทฤษฎี โดยทฤษฎีที่เกี่ยวข้องทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีการปกป้องคุ้มครองผู้บริโภค เป็นการป้องกันให้ผู้บริโภคไม่ถูกหลอกลวงให้สับสนในแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดที่อาจกระทบถึงสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของผู้บริโภค โดยทฤษฎีนี้พัฒนาเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งการตีความกฎหมายครอบคลุมใช้กับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วย และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรม ซึ่งทฤษฎีนี้เป็นการเน้นไปที่ความชอบธรรมในการแข่งขันทางการค้าโดยไม่แอบอ้างชื่อเสียงทางการค้าของกลุ่มคู่แข่งทางการค้าหรือผู้ประกอบการรายอื่น ไปใช้โดยทุจริต

⁵¹ วันดี สุชาติกุลวิทย์ และศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย. *หน่วยที่ 12 องค์การปฏิรูปกฎหมายกับการเปรียบเทียบกฎหมาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex.40701-12.pdf>. [2561, 15 มกราคม].

⁵² ธนพจน เอกโยลยะ. (2547). *คำอธิบายกฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 161.

⁵³ ศุภการณ สุขต่าย. (2558). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 22.

หรือกระทำการอื่นใดอันเป็นการขัดต่อการแข่งขันทางการค้าโดยทุจริต ทฤษฎีนี้ได้ถูกพัฒนาเป็นกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ กฎหมายลวงขายสินค้า (Passing Off) บางประเทศได้บัญญัติเป็นกฎหมายแยกต่างหาก แต่ในบางประเทศได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเครื่องหมายการค้าแบบเดียวกับประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

ดังนั้น แนวความคิดที่ให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้บริโภคสับสนในสินค้าที่มีคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการซื้อและคุ้มครองมิให้ผู้ประกอบการที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เสียหายจากการแอบอ้างจนเกิดผลกระทบต่อสินค้านั้น

3) สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์

สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เกิดจากปัจจัยทางธรรมชาติ (Natural Factor) ไม่ว่าจะเป็นสภาพดินฟ้าอากาศ เช่น กาแฟดอยช้างเป็นกาแฟพันธุ์อราบิก้าชนิดพิเศษที่ต้องปลูกในพื้นที่สูงในอำเภอแม่สรวย จังหวัดเชียงราย ที่มีอากาศหนาวทำให้มีกลิ่นหอมและเจือรสเปรี้ยวมีสารคาเฟอีนต่ำ โดยกระบวนการแปรรูปแบบเปียกในพื้นที่ทั้งหมด⁵⁴ หรือปัจจัยทางมนุษย์ (Human Factor) ที่เกิดจากใช้ภูมิปัญญาที่สืบทอดกันมา⁵⁵ เช่น ผ้าไหมยกดอกลำพูนที่นำการทอของชนชาวยองโบราณมาประยุกต์กับความรู้จากราชสำนักส่วนกลางเพิ่มลวดลายลงในผืนผ้าไหมให้พิเศษขึ้น คือ เพิ่มด้ายเส้นพุ่งพิเศษเป็น ดิ้นเงิน ดิ้นทอง การเก็บลายจึงต้องใช้ตะกอเพื่อให้สามารถทอลวดลายที่สลับซับซ้อนประณีตและงดงามในสมัยรัชกาลที่ 6 อันเป็นการใช้สติปัญญาและความสามารถของมนุษย์มาสร้างเอกลักษณ์โดยตรงของจังหวัดลำพูน⁵⁶ ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เกิดจากปัจจัยทางธรรมชาติเป็นความแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่ต้องมีการคิดจากมนุษย์⁵⁷ การที่นำธรรมชาติและภูมิปัญญาการผลิตท้องถิ่นที่มีได้เป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาใช้ทำให้สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงเป็นสิทธิชุมชนที่มีไว้สำหรับชุมชนที่จะขอใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้โดยคำว่า “สิทธิชุมชน” คือ สิทธิการใช้ประโยชน์ในสิทธิที่

⁵⁴ บริษัท ดอยช้าง คอฟฟี่ ออร์จินอล จำกัด. (2561). *DOI CHANG COFFEE*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.doichaangcoffee.co.th/>. [2561, 16 มกราคม].

⁵⁵ ศูนย์ทรัพย์สินทางปัญญาและบ่มเพาะวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. *สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications: GI)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://tuipi.tu.ac.th/tuip06.php#top>. [2560, 26 ธันวาคม].

⁵⁶ สำนักอนุรักษ์และตรวจสอบมาตรฐานหม่อนไหม กรมหม่อนไหม กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. *ผ้าไหมยกดอกลำพูน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.qsds.go.th/silkcotton/k_20.php. [2561, 16 มกราคม].

⁵⁷ วิมาน เหล่าคุณิต. (2539). *แนวทางการคุ้มครองสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยตามข้อตกลง TRIPS*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 171-173.

จะการจัดการและตรวจสอบถ่วงดุลระหว่าง “สิทธิปัจเจก” ซ้อนกับ “สิทธิชุมชน” โดยไม่ให้ฝ่ายหนึ่งไปละเมิดซึ่งกันและกัน การจำกัดสิทธิของปัจเจกเท่ากับเป็นการเปิดพื้นที่ให้สิทธิชุมชนสามารถทำงานได้ เป็นสิทธิที่ซ้อนหลายสิทธิขึ้นไป สิทธิหลายอย่างซ้อนกันได้⁵⁸ ดังนั้น สิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงมิใช่สิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาอย่างอื่น เช่น เครื่องหมายการค้าที่เจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้

สิทธิชุมชนแต่เดิมบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญปี 2540 แต่ปัจจุบันมิได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ได้มีการร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. ซึ่งสิทธิชุมชนเป็นที่เข้าใจว่าเป็นสิทธิของกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือชุมชนใดชุมชนหนึ่ง ที่จะเรียกร้องในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากร ตลอดจนสามารถปฏิเสธ โครงการหรือกิจกรรมใด ๆ ที่จะเกิดผลกระทบต่อชุมชนได้⁵⁹ โดยคำว่า “ชุมชน” ตามร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. ให้ความหมายไว้ว่า กลุ่มบุคคลที่มีวิถีชีวิตซึ่งสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน ในทางสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม หรือสิ่งแวดล้อมโดยมีความสำนึกรับผิดชอบหรือผลประโยชน์ในการอยู่ร่วมกัน ซึ่งชุมชนจะเป็นผู้ทรงสิทธิในลักษณะของนิติบุคคลในวัฒนธรรมและสิ่งแวดล้อมดังเช่นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อันเป็นสิทธิชุมชนที่ทุกคนในชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์อย่างเจ้าของรวมตามมาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 8 โดยสิทธิชุมชนได้มีการกำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชนฉบับนี้อย่างชัดเจนซึ่งสิทธิชุมชนรวมถึงการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างมีสมดุลและยั่งยืนตามมาตรา 9 ด้วย ดังนั้น ชุมชนจึงมีสิทธิที่จะร่วมกันใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้เกิดประโยชน์และจัดการสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ผู้วิจัยเห็นว่าแม้จะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการรับขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วแต่การดูแลรักษายังคงเป็นหน้าที่ของชุมชนในการที่จะจัดการและบำรุงฟื้นฟูรวมถึงการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของรัฐที่จะมีผลต่อสิทธิชุมชนตามมาตรา 9

สิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิของผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ผู้ที่ต้องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงจะมีสิทธิใช้ชื่อแหล่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้น ซึ่งสิทธิในการใช้ชื่อแหล่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นี้เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ในการนำไปใช้กับสินค้าของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อ

⁵⁸ เย็นจิตร ถิ่นขาม. (2555) *สิทธิชุมชนกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.gotoknow.org/posts/357825>. [2561, 15 มกราคม].

⁵⁹ รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการและนำเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ ครั้งที่ 1 “นวัตกรรมสร้างสรรค์ ศาสตร์พระราชาสู่การพัฒนาที่ยั่งยืน ไทยแลนด์ 4.0”

เป็นการรับรองถึงคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ผลิตตามขั้นตอนที่ขึ้นทะเบียนไว้ ดังนั้น สิทธิในการใช้ดังกล่าวจึงเป็นสิทธิของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มิใช่สิทธิชุมชนอย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ทุกคนมีสิทธิใช้เพราะผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีสิทธิใช้แต่เพียงผู้เดียว ผู้อื่นที่ต้องการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ขอขึ้นทะเบียนเช่นกัน⁶⁰

นอกจากผู้ประกอบการหรือผู้ผลิตในพื้นที่แล้ว หากกรณีเป็นวิสาหกิจชุมชนที่เป็นกิจการของชุมชนที่มีวิถีชีวิตของคนในชุมชนร่วมกันในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เฉพาะถิ่นนั้น ๆ ก็อาจนำสิทธิชุมชนดังกล่าวมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ทั้งหมดหาใช่เพียงแต่นำสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้ทำตามเงื่อนไขที่ขึ้นทะเบียนไว้แล้วเท่านั้น โดยมีกรณีที่น่าสนใจ คือ กาแฟคอยซ้างที่ได้ตั้งบริษัท คอยซ้าง คอฟฟี่ ออริจินอล จำกัดที่มีแหล่งเพาะปลูกที่หมู่บ้านคอยซ้างที่เป็นความร่วมมือของชาวเขาหลายคนเผ่าที่ทำการเพาะปลูกกาแฟพันธุ์อราบิก้า⁶¹ ทำให้บริษัทดังกล่าวเป็นผู้ที่มีสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรง แต่ก็อาจมีผู้อื่นใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ถ้ามีกระบวนการผลิตที่เหมือนกับบริษัทคอยซ้างได้ แต่มีข้อพึงสังเกตว่าการผลิตกาแฟเป็นวิธีการเฉพาะของบริษัทคอยซ้างจึงเป็นไปได้ยากที่จะมีผู้ที่ทำเหมือนกันได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นของบริษัทคอยซ้างก็ย่อมได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าถ้าวิสาหกิจชุมชน บริษัทที่ก่อตั้งโดยชุมชน หรือบริษัทเอกชนที่มีการพัฒนาวิธีการหรือพันธุ์พืชเป็นของตนเองแล้วโดยที่ผู้อื่นไม่อาจเลียนแบบได้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นจึงเป็นสิทธิเฉพาะของผู้นั้นแม้หลักการจะเป็นสิทธิชุมชนก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีมูลค่าหรือไม่ ย่อมมีปัจจัยหลาย ๆ อย่างที่ต้องพิจารณาหลายด้านซึ่งมีความซับซ้อนไม่ว่าจะเป็นปัจจัยทางด้านกฎหมาย ปัจจัยด้านเศรษฐศาสตร์ และปัจจัยด้านสังคมและวัฒนธรรม⁶² การประเมินมูลค่าต้องทำโดยผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่จะกล่าวในบทต่อไป

ผู้วิจัยเห็นว่าการส่งเสริมการเข้าถึงเงินทุนย่อมเป็นการพัฒนาภูมิปัญญาท้องถิ่นที่จะนำเงินทุนดังกล่าวมาใช้เพื่อทำให้สินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นมีคุณภาพมากขึ้น หากสินค้าได้รับความนิยมน้อมเป็นการส่งเสริมชื่อเสียงของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่คนในชุมชนของ

⁶⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และ บัณฑิต เศรษฐศิริโรดม. (2556). *สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 105-106.

⁶¹ กาแฟคอยซ้าง. *บริษัท คอยซ้าง คอฟฟี่ ออริจินอล จำกัด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://doichaangcoffee.co.th/>. [2561, 18 กันยายน].

⁶² จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และ บัณฑิต เศรษฐศิริโรดม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 224.

แหล่งภูมิศาสตร์นั้นมีสิทธิใช้ไปด้วย เช่น ทูเรียนนนท์ที่สามารถขายได้ราคาสูงกว่าทูเรียนทั่วไป จึงทำให้ทุกคนในชุมชนได้รับประโยชน์จากชื่อเสียงของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการที่จะนำไปใช้กับสินค้าของตนเองได้ แต่อย่างไรก็ดี สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักและยังคงคุณค่าได้ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

การคุ้มครองที่เดิมเป็นการคุ้มครองทางอ้อมที่มีความแตกต่างกันของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศและความตกลงแบบทวิภาคียังไม่เพียงพอจึงมีการเรียกร้องให้มีกฎหมายคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นการเฉพาะ (sui generis law) และการพิจารณาของเจ้าหน้าที่และศาลก็เป็นอีกปัจจัยที่มีผลให้ความคุ้มครองของแต่ละประเทศแตกต่างกัน⁶³

การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 และความตกลงทริปส์ให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไปและสินค้าเฉพาะที่แตกต่างกันเช่นเดียวกับสหภาพยุโรปให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เกี่ยวกับอาหารและผลิตภัณฑ์การเกษตรเพื่อการบริโภค ไวน์ สุรา และน้ำแร่ออกจากกัน⁶⁴ ซึ่งการคุ้มครองไวน์และสุราจะคุ้มครองตาม Council Regulation (EC) NO 479/2008 และ Council Regulation 1576/89 ตามลำดับ⁶⁵ โดยการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าทั่วไปตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคมิให้หลงผิดในสินค้าที่ไม่ได้มาจากแหล่งภูมิศาสตร์นั้นและคุ้มครองผู้ประกอบการจากการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้เกิดความสับสนหรือหลงผิด แต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะของประเทศไทยมีกฎกระทรวงกำหนดรายชื่อประเภทสินค้าเฉพาะอย่างและกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เหมือนหรือพ้องกัน พ.ศ. 2547 ซึ่งกำหนดสินค้าเฉพาะ ได้แก่ ข้าว ไหม ไวน์ และสุรา โดยมาตรา 28 ห้ามใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์สำหรับสินค้าเฉพาะกับสินค้าอื่นแม้จะใช้คำว่า “ชนิด” “แบบ” และ “ประเภท” ก็ตาม และสินค้าเฉพาะยังได้รับการคุ้มครองในกรณีชื่อเหมือนหรือพ้องกันด้วยตามกฎกระทรวงสอดคล้องกับความตกลงทริปส์ในเรื่องไวน์และสุราข้อ 23⁶⁶ แต่อย่างไรก็ดี สินค้าเฉพาะตามความ

⁶³ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์. (2559). *กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า* พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 303-306 และ 316.

⁶⁴ จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และ บัณฑิต เศรษฐศิโรตม์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 82-83.

⁶⁵ ภทริยา เกษสวัสดิ์. (2556). *แนวทางการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์: ศึกษากรณีการใช้ชื่อเพื่อขึ้นทะเบียน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 114-115.

⁶⁶ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. *คู่มือจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.ipthailand.go.th/gi-014/item/คู่มือการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์.html>. [2561, 20 มีนาคม].

ตกลงทริปส์นั้นมีเพียงไวน์และสุรา อีกทั้ง สหภาพยุโรปให้ความสำคัญในการคุ้มครองไวน์และสุรา มิใช่ข้าวและไหมเหมือนประเทศไทย และการคุ้มครองของประเทศโลกใหม่อย่างสหรัฐอเมริกาที่ไม่ยอมรับการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เนื่องจากมีการนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จากประเทศอื่นมาใช้จากการอพยพของประชาชนจากหลายประเทศแล้วนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีชื่อเสียงมาใช้ด้วยโดยไม่ให้การคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ผ่านเครื่องหมายรับรอง (Certification Mark)⁶⁷ ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าและไม่มีมาตรการคุ้มครองมิให้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กลายเป็นชื่อสามัญเนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่เข้าร่วมกับความตกลงกรุงแมดริดเพื่อการยับยั้งการใช้เครื่องหมายแหล่งกำเนิดโดยไม่ถูกต้องหรือที่เป็นการหลอกลวงกับแหล่งที่มาของสินค้า ค.ศ. 1891 (Madrid Agreement for the Repressing of False or Deceptive Indication of Source on Goods of 1891) และความตกลงกรุงลิสบอนว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายแหล่งกำเนิดและการจดทะเบียนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Lisbon Agreement for the Protection of Appellation of Origin and their International Registration of 1958) เช่น น้ำแร่ Vichy ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นชื่อสามัญ⁶⁸ และถ้ามีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จนมีความหมายพิเศษ (Secondary Meaning) ก็อาจนำไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้⁶⁹ ดังนั้น การคุ้มครองของประเทศต่าง ๆ มีความแตกต่างกันตามที่ประเทศนั้น ๆ เห็นความสำคัญของสินค้าในประเทศตนและความตกลงทริปส์ที่เป็นการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ขั้นต่ำก็ไม่มีสภาพบังคับในการให้ความคุ้มครอง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ไม่เหมือนกันและการคุ้มครองสินค้าทั่วไปกับสินค้าเฉพาะที่แตกต่างกันมีผลต่อมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงส่งผลกระทบต่อมูลค่าของสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นด้วย

ปัจจัยที่มีผลต่อมูลค่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นอกจากการคุ้มครองแล้วต้องพิจารณาถึงการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จะต้องมีการกำหนดมาตรฐานการผลิตสินค้าตั้งแต่วัตถุดิบองค์ประกอบทางวิทยาศาสตร์ และรูปร่างภายนอกที่สำคัญโดยอยู่ในความเข้าใจของผู้บริโภคเป็นหลัก ปัจจัยทางธรรมชาติหรือปัจจัยทางมนุษย์ ความเชื่อมโยงสินค้ากับพื้นที่ ขอบเขตพื้นที่การผลิต

⁶⁷ คำว่า “เครื่องหมายรับรอง” ตาม Lanham Act มาตรา 45 หมายถึง คำ ชื่อ สัญลักษณ์ หรือการประดิษฐ์ หรือการรวบรวมของเครื่องหมายรับรองโดยที่ผู้ใช้โดยบุคคลอื่นมากกว่าเจ้าของหรือเจ้าของมีเจตนาอนุญาตให้บุคคลอื่นที่จะใช้ในทางการค้า

⁶⁸ ชนิดา ณาเขียนตร. (2548). *กฎหมายสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์: ขอบเขตสำหรับประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มงกุฎ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 59.

⁶⁹ ภทรียา เกษสวัสดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 65. หน้า 138-140.

(Zoning or Boundary Setting) และการตรวจสอบการผลิตด้วย⁷⁰ แต่เมื่อเปรียบเทียบกับสหภาพยุโรปที่แบ่งการคุ้มครองออกเป็นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Protected Geographical Indications – PGI) กับการปกป้องการกำหนดถึงแหล่งที่มา (Protected Designation of Origin – PDO) การคุ้มครองก็มิได้แตกต่างจากประเทศไทยเนื่องจากประเทศไทยแม้จะไม่มีระบบการคุ้มครองแบบสหภาพยุโรปแต่ได้กำหนดรายละเอียดในการขอขึ้นทะเบียนไว้อย่างไรก็ได้ หากมีการกำหนดรายละเอียดไว้มากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นย่อมมีความเข้มแข็งในทางชื่อเสียงเนื่องจากต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเพื่อให้ได้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์คุณภาพที่ได้ก็จะมีคุณภาพใกล้เคียงกันด้วย แต่ในทางตรงข้ามหากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดขึ้นทะเบียนโดยมีเงื่อนไขน้อยย่อมทำให้คุณภาพของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นแตกต่างกันได้เช่นกัน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใดจะมีคุณภาพหรือไม่นอกจากการตรวจสอบการผลิตแล้วการวางเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนก็มีส่วนที่สำคัญเพื่อเป็นการกำหนดรายการที่ต้องใช้ในการตรวจสอบคุณภาพของสินค้าที่ผลิตด้วย แต่นักกฎหมายนอกจากจะรู้ได้ต้องทำการตรวจสอบ ซึ่งการแบ่งประเภทอย่างสหภาพยุโรปอาจทำให้การตรวจสอบทำได้ง่ายขึ้นไม่ก่อให้เกิดการสับสนหลงผิด

2.2.3.2 สินทรัพย์ดิจิทัล

ปัจจุบันทรัพย์สินได้มีการพัฒนาการจากทรัพย์สินมีรูปร่างเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น เงินตรา จากการที่ต้องจ่ายเงิน โดยใช้ธนบัตรหรือเหรียญกษาปณ์อันเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างในการใช้แลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ โดยมีการสร้างระบบเงินอีกประเภทหนึ่ง คือ เงินดิจิทัลหรือสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อต่อต้านการแทรกแซงของประเทศต่าง ๆ ประเทศไทยมิได้ห้ามทำการซื้อขายแต่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เพื่อกำกับดูแลโดยแบ่งสินทรัพย์ดิจิทัลออกเป็นคริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency)⁷¹ และโทเคนดิจิทัล (Digital Token)⁷²

⁷⁰ กรมทรัพย์สินทางปัญญา. *คู่มือจดทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.ipthailand.go.th/th/gi-014/item/คู่มือการขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์.html>. [2561, 20 มีนาคม].

⁷¹ คำว่า “คริปโตเคอร์เรนซี” (Cryptocurrency) หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าบริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

⁷² คำว่า “โทเคนดิจิทัล” (Digital Token) หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

(1) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ

จากคำนิยามตามพระราชกำหนดดังกล่าวสินทรัพย์ดิจิทัลมีหน้าที่เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ และสินทรัพย์ดิจิทัล รวมทั้งใช้เพื่อการระดมทุนตามมาตรา 3 แต่อย่างไรก็ดี เงินดิจิทัลหรือสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ใช่เงินตราตามความหมายในพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. 2485 เนื่องจากไม่ใช่ธนบัตรและเหรียญกษาปณ์ที่ต้องเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง

ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลจะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องได้รับอนุญาตตามมาตรา 26 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และต้องมีการจัดทำบัญชีสินทรัพย์ของลูกค้าเพื่อแยกออกจากทรัพย์สินของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามมาตรา 31 ทำให้สามารถตรวจสอบสินทรัพย์ดิจิทัลได้เมื่อนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และการจัดทำบัญชีก็เพื่อที่จะไม่ให้ถูกบังคับคดีหากผู้ประกอบการโดนบังคับคดีอันเป็นการคุ้มครองได้ว่าสินทรัพย์ที่ซื้อไว้จะไม่สูญหายไป และการกำกับดูแลบริษัทประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลคือหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาที่มีสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สหรัฐอเมริกาหรือ SEC (U.S. Securities and Exchange Commission) กำกับดูแลการระดมทุนและซื้อขาย ส่วนประเทศญี่ปุ่นจะเป็นหน่วยงานกำกับ Financial Services Agency หรือ FSA⁷³ ตามกฎหมาย Payment Services ACT⁷⁴ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ก็มีหน่วยงานที่กำกับดูแลเรื่องของสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อมิให้นำไปใช้ในทางผิดกฎหมาย เช่น การฉ้อโกง ฟอกเงิน แลกเปลี่ยนสิ่งผิดกฎหมาย⁷⁵ เป็นการสร้างความน่าเชื่อถือว่าการตรวจสอบบริษัทต่าง ๆ ที่ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลจะไม่ทำให้เกิดปัญหาฉ้อโกงกันทำให้ผู้รับหลักประกันทางธุรกิจที่รับสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันไม่สูญเสียชีวิตไปซึ่งหลักประกัน

(2) กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึงหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

⁷³ รินใจ ชาครพิพัฒน์. (2560). *เงินของโลกอนาคต*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/642070>. [2561, 26 มีนาคม].

⁷⁴ TechTalkTHAI. (2560). *ญี่ปุ่นเตรียมรับ Bitcoin และสกุลเงินดิจิทัลอื่นๆเป็นสกุลเงินอย่างเป็นทางการ 1 เมษายนนี้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.techtalkthai.com/japan-to-recognise-digital-currencies-officially/>. [2561, 18 พฤษภาคม].

⁷⁵ sanook. (2561). *เงินเป็นเหตุ! เผยสาเหตุที่ราคา Bitcoin และ Cryptocurrency ร่วงทุกสกุลเงินทั่วโลก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.sanook.com/hitech/1442829/>. [2561, 26 มีนาคม].

เงินดิจิทัลหรือสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทคริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) แต่สกุลเงินที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) อนุญาตมีเพียงสินทรัพย์ดิจิทัล 7 สกุลเงินดิจิทัล⁷⁶ โดยสกุลเงินที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด คือ Bitcoin⁷⁷ โดยใช้ระบบ Blockchain ที่ต้องมีการถอดสมการออกเป็น Bitcoin ที่มีจำนวน 21 ล้านบิตคอยน์โดยแบ่งออกเป็นหน่วยย่อยได้⁷⁸ ซึ่งมีการเก็บข้อมูลการทำธุรกรรมโดยทุกคนสามารถตรวจสอบได้⁷⁹ ในคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องเรียกว่า “Distributed Ledger”⁸⁰ ทั้งนี้ คริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) มีมูลค่ามาจากอุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) เนื่องจากไม่อาจทราบผู้ออก ไม่มีทรัพย์สินที่ค้ำประกัน และไม่มีทรัพย์สินที่อ้างอิง⁸¹ แต่การที่มีการเก็บข้อมูลและมูลค่าของคริปโตเคอร์เรนซีเกิดจากการซื้อขายนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าย่อมเกิดการเก็งกำไรซื้อคริปโตเคอร์เรนซีเพื่อกักตุน (Hoarding) ไว้ทำให้เกิดภาวะเงินฝืด (Hyper Deflation) จากอุปสงค์ของผู้ซื้อ ทำให้เกิดการปั่นหรือทวบมูลค่าคริปโตเคอร์เรนซีได้ ดังนั้น มูลค่าของคริปโตเคอร์เรนซีจึงไม่แน่นอนลักษณะคล้ายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ แต่การเก็บข้อมูลก็อาจเป็นช่องทางการตรวจสอบถึงการทำธุรกรรมเงินดิจิทัลได้หากเกิดการฉ้อโกงขึ้น

ส่วน โทเคนดิจิทัล (Digital Token) จะใช้เพื่อการระดมทุนที่เรียกว่า “Initial Coin Offering” หรือ ICO โดยส่งหนังสือชี้ชวนหรือ White Paper⁸² ให้ผู้ที่สนใจนำคริปโตเคอร์เรนซีมา

⁷⁶ Kapook. (2561). *รู้จัก 7 สกุลเงินดิจิทัลที่ "ก.ล.ต." อนุญาตให้ซื้อ-ขายได้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://money.kapook.com/view194962.html>. [2561, 23 สิงหาคม].

⁷⁷ ลลิตภัทร ธรรมวิกริช. (2561). *ข้อควรรู้ก่อนลงทุนในสกุลเงินดิจิทัล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/643787>. [2561, 25 มีนาคม].

⁷⁸ *สกุลเงินดิจิทัลไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://sites.google.com/site/cryptocurrencythailand/type-of-cryptocurrency-in-thailand>. [2561, 26 มีนาคม].

⁷⁹ Siam Blockchain. *Bitcoin คืออะไร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://siamblockchain.com/bitcoin-คืออะไร/>. [2561, 16 มีนาคม].

⁸⁰ Ran Pravithana. (2560). *ด้านมืดของ Bitcoin ปัญหาที่จะเกิดกับระบบเศรษฐกิจและการต่อต้านจากรัฐบาล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.finnomena.com/ran/bitcoin-darkside/>. [2561, 23 มีนาคม].

⁸¹ รินใจ ชาครพิพัฒน์. (2560). *เงินของโลกอนาคต*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/642070>. [2561, 26 มีนาคม].

⁸² White Paper คือ หนังสือชี้ชวนการระดมทุน โดยมีตั้งแต่บทความเกริ่นนำ ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื้อหาของตัวโปรเจกต์นั้น บทสรุปที่ชี้ชวนให้ผู้ที่สนใจได้มาลงทุน

ลงทุน⁸³ โดยจะได้รับเหรียญดิจิทัล (Utility Token) มาแทนและเก็บไว้กับผู้ใช้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล⁸⁴ ผู้ที่ทำการระดมทุนจะเป็นผู้กำหนดราคาออกขายอันเป็นหลักฐานแห่งสิทธิ⁸⁵ ซึ่งโทเคนดิจิทัลมีลักษณะเช่นเดียวกับหุ้นที่ระดมทุนแบบ IPO (Initial Public Offering)⁸⁶ ที่ทำผ่านตลาดหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 228/1⁸⁷ หากทำการลงทุนโทเคนดิจิทัลในบริษัทที่มีความมั่นคงและความน่าเชื่อถือก็จะทำให้โทเคนดิจิทัลมีความน่าเชื่อถือเช่นกัน ดังนั้น โทเคนดิจิทัลจึงมีมูลค่าไม่ต่างกับหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แต่หุ้นนั้นแต่มูลค่าย่อมขึ้นอยู่กับคู่สัญญาว่าจะมองว่ามีมูลค่าหรือไม่ ซึ่งการนำหุ้นมาเป็นหลักประกันกับโบรกเกอร์เพื่อขอสินเชื่อจะมีการกำหนดเงื่อนไขว่าโบรกเกอร์สามารถทำการขายได้ถ้าราคาหุ้นมีราคาตามที่กำหนดไว้⁸⁸ ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อพิจารณาการนำหุ้นเป็นประกันได้ก็ไม่ต่างกับการนำโทเคนดิจิทัลที่ออกโดยบริษัทเดียวกันมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เช่นกัน แม้จะมีกฎหมายกำกับดูแลธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและบริษัทมหาชนจำกัดในตลาดหุ้นก็ตามการลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัลและหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ก็ยังมีความเสี่ยงจากการลงทุนเหมือนกัน

แต่อย่างไรก็ดี เงินดิจิทัลได้ถูกโจรกรรมหลายครั้ง⁸⁹ แต่มิใช่จากระบบ Blockchain แต่เป็นระบบของบริษัทตัวแทนซื้อขายและรับฝากสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น ธนาคารบิทคอยน์เฟล็กซ์คอยน์

⁸³ ณริณ โปธิ์พัฒนชัย. (2561). *Cryptocurrency สำหรับนักกฎหมาย ตอนที่ 5 การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://lawdrafter.blogspot.com/2018/03/blog-post_23.html. [2561, 12 กรกฎาคม].

⁸⁴ BBC. (2561). *ไอซีโอ (ICO) ระดมทุนผ่านเหรียญดิจิทัล คืออะไร เสี่ยงแค่ไหน ?*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-43198656>. [2561, 1 มิถุนายน].

⁸⁵ ณริณ โปธิ์พัฒนชัย. (2561). *คริปโตเคอเรนซี 101 ที่มาและที่ไปของเงินดิจิทัล (2)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.prachachat.net/columns/news-128445>. [2561, 31 พฤษภาคม].

⁸⁶ IPO (Initial Public Offering) คือ การเสนอขายหุ้นใหม่แก่ประชาชนทั่วไปเป็นครั้งแรกก่อนจะทำการขายในตลาดหุ้น

⁸⁷ ฟ้าง่อง พูลผล. (2558). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการนำหุ้นในตลาดหลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันกับธนาคารพาณิชย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 33, 39 และ 42.

⁸⁸ ลงทุนแมน. (2560). *สรุปมหากาพย์หุ้น EARTH*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://longtunman.com/1483>. [2561, 19 กรกฎาคม].

⁸⁹ M Thai NEWS. (2556). *“Bitcoin” สกุลเงินใหม่ สะดวกหรือเสี่ยง? ในโลกออนไลน์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://news.mthai.com/webmaster-talk/318682.html>. [2561, 20 มีนาคม].

⁹⁰ บริษัทคอยน์เช็ก (Coincheck) และบริษัท MtGox⁹¹ แม้จะมีการตรวจสอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แต่ระบบที่ใช้ก็อาจเกิดความผิดพลาดได้อีกทั้งการกำกับดูแลก็เป็นเพียงการป้องกันแต่อาจมีการหลอกลวงเพื่อให้ไอเอสทีพีดีจิทล์ ดังนั้นระบบของผู้ให้บริการและการหลอกลวงเพื่อให้ไอเอสทีพีดีจิทล์ยอมก่อให้เกิดความเสี่ยงในคามมีอยู่ของสินทรัพย์ดิจิทัล

สินทรัพย์ดิจิทัลมีมูลค่าจากการซื้อขายแต่พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 นั้นมิได้มีการบัญญัติในเรื่องมูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลที่ทำการซื้อขายและการเก็บค่าบริการในการทำการซื้อขายและจัดเก็บรักษาสินทรัพย์ดิจิทัล ย่อมทำให้เกิดการซื้อขายได้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) และหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Principle of Freedom of Contract) ที่อาจมีการซื้อขายเกินราคาได้และอาจเกิดภาวะฟองสบู่ที่ทำให้เงินดิจิทัลไร้มูลค่าได้ ดังนั้น การลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัลยังมีความเสี่ยงของการลงทุนเหมือนการลงทุนในทรัพย์สินอื่นทั้งทรัพย์สินมีรูปร่างและทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง การพิจารณาให้สินเชื่อจากหลักประกันจึงต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงนี้ด้วย

จากการศึกษาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และสินทรัพย์ดิจิทัลแล้วสินทรัพย์ดิจิทัลมีมูลค่าที่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้อย่างชัดเจนแต่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กลับมีปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกหลาย ๆ อย่าง คือ การบังคับหลักประกันสิทธิชุมชนเมื่อบังคับหลักประกันแล้วผู้ที่ได้ไปจะสามารถนำไปใช้ได้หรือไม่ แต่สินทรัพย์ดิจิทัลมีได้มีปัญหาเช่นเดียวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เนื่องจากสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อเพียงผู้เดียว แต่สินทรัพย์ดิจิทัลไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาแม้สินทรัพย์ดิจิทัลจะมีมูลค่าเพียงใดก็ตาม

ก่อนที่จะนำทรัพย์สินมีรูปร่าง เช่น ไม้ยืนต้น และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สินทรัพย์ดิจิทัล มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจำเป็นต้องรู้ถึงมูลค่าของทรัพย์สินเหล่านั้นก่อนเพื่อไม่ให้การได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่คุ้มค่าต่อสินเชื่อที่อนุมัติไปเมื่อมีการบังคับหลักประกันและการอนุมัติให้สินเชื่อจะมีความยุติธรรมกับผู้ขอสินเชื่อในการนำไปดำเนินการทางธุรกิจซึ่งการประเมินมูลค่าจะได้กล่าวในบทต่อไป

⁹⁰ ตั้งอยู่ที่รัฐแอลเบอร์ตาในแคนาดา

⁹¹ รินใจ ชารกพิพัฒน์. (2560). *เงินของโลกอนาคต*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/642070>. [2561, 26 มีนาคม].