

บทที่ 3

การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 นั้น สามารถนำทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาเป็นหลักประกันได้ แต่ต้องเป็นทรัพย์สินประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่น กิจการ สิทธิเรียกร้อง สินค้าคงคลัง เครื่องจักร อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินทางปัญญา ไม่ยึดต้น ซึ่งทรัพย์สินมีรูปร่างต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างมองเห็นและจับต้องได้ เช่น กิจการ สินค้าคงคลัง เครื่องจักร ที่ดิน ไม่ยึดต้น ส่วนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างไม่อาจมองเห็นและจับต้องได้ เช่น สิทธิเรียกร้อง ทรัพย์สินทางปัญญา โดยทรัพย์สินทั้งสองประเภทที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมต้องมีราคาและถือเอาได้ โดยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันมีความสำคัญอย่างมากในการใช้เพื่อประกอบธุรกิจและเป็นสิ่งที่เพิ่มมูลค่าของกิจการและสินค้าด้วย เช่น ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร แต่นอกจากทรัพย์สินทางปัญญาที่รู้จักกันทั่วไปแล้วประเทศไทยยังมีทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดจากปัจจัยทางธรรมชาติและปัจจัยทางมนุษย์ที่เป็นภูมิปัญญาที่ได้รับการสืบกันมาอย่างยาวนานที่ก่อให้เกิดคุณลักษณะเฉพาะมากมายที่จะนำไปขึ้นทะเบียนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และนำไปใช้กับสินค้าเพื่อบ่งบอกถึงคุณภาพ ชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะของสินค้าแก่ผู้บริโภคและแยกสินค้าที่มีคุณลักษณะเฉพาะออกจากสินค้าทั่วไปสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอีกประเภทหนึ่งที่มีความนิยมมากในปัจจุบัน คือ สิทธิบัตรดิจิทัลที่มีพระราชกำหนดออกมาเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจสิทธิบัตรดิจิทัลให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจและเสถียรภาพทางการเงินจากการระดมทุนอันใช้เป็นที่กลางในการแลกเปลี่ยน และการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนในศูนย์ซื้อขายคริปโตเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลที่จะส่งผลกระทบต่อวงกว้างจากการฉ้อโกงและการฟอกเงินก็เนื่องมาจากความนิยมของประชาชนที่ทำการซื้อขายสิทธิบัตรดิจิทัลเป็นจำนวนมากและทำให้เงินหมุนเวียนเปลี่ยนมืออย่างรวดเร็ว ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งสองประเภทที่กล่าวมานั้นย่อมมีมูลค่าในการใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ หากว่าคู่สัญญาเล็งเห็นถึงคุณค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

การจะนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจเพื่อที่ผู้รับหลักประกันจะทำการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อจำเป็นต้องรู้ถึงมูลค่าของทรัพย์สินนั้นเสียก่อน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการ

ประเมินราคาของทรัพย์สินนั้น โดยไม่ทำให้ผู้รับหลักประกันเสียหายจากการรับหลักประกันและ ผู้ให้หลักประกันได้รับเงินเพื่อนำไปดำเนินธุรกิจต่อไปอย่างยุติธรรม แต่การประเมินราคาที่จะใช้ ในการอนุมัติสินเชื่อและใช้ในการบังคับหลักประกันเพื่อกำหนดหักกลบลบหนี้สินต่อกัน จำเป็นต้องมีผู้ประเมินราคาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ มีมาตรฐานในการประเมิน และวิธีการ ประเมินที่ได้ผลที่ไม่แตกต่างหรือเกิดประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยทุจริต

3.1 การประเมินมูลค่า

การศึกษาเรื่องการประเมินราคาจะต้องทำความเข้าใจก่อนว่าการประเมินราคาคืออะไร จากการศึกษาพบว่า มีแนวโน้มนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง แนวนโยบายการประเมิน หลักประกันและอสังหาริมทรัพย์หรือการขายที่ได้มาจากการชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือ ที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงินได้ให้คำนิยามคำว่า “การประเมินราคา” หมายความว่า การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับมูลค่าตลาดของสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันหรือมูลค่าตลาดของ อสังหาริมทรัพย์หรือการขายที่ได้มาจากการรับชำระหนี้การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการ ขายทอดตลาดโดยได้ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการประเมินที่เหมาะสมเพื่อประมาณการราคา ของสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันหรืออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวที่ควรจะสามารถซื้อขายได้ในตลาด โดยเปิดเผยและได้พิจารณาถึงลักษณะของสินทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์และสถานะตลาดแล้ว ทั้งนี้ การประเมินราคาจะต้องจัดทำเป็นรายงานที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งอาจกระทำโดยผู้ประเมิน ราคากายนอกหรือผู้ประเมินราคากายในของสถาบันการเงินเองตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน แนวนโยบายฉบับนี้ และคำว่า “การประเมิน” หรือ “Valuation” คือ การดำเนินการประมาณการ หรือการกำหนดจำนวนเงินหรือมูลค่าของบางสิ่งโดยอาศัยผู้เชี่ยวชาญด้านการประมาณการเป็น พิเศษ เช่น การประเมินมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการประเมินมูลค่าที่เป็นจำนวนเงิน คุณค่า หรือราคาโดยผู้เชี่ยวชาญที่พิจารณาถึงธรรมชาติของวัตถุ ซึ่งการประเมินได้ถูกนำมาใช้กับ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) เนื่องจากการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง อย่างเช่นทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นปัจจัยสำคัญ แต่การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญานั้นจะมีการแปรผันตามช่วงอายุของทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นช่วงอายุทางเศรษฐกิจหรือกฎหมาย¹ ดังนั้น จากคำนิยามการประเมินราคาดังกล่าวและแนวทางการนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทยที่ อาจทำโดยผู้ประเมินราคากายนอกซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามมาตรฐานและ

¹ สรตม์ ดิษฐปาน. (2555). การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีเงินได้. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21.

หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยสมาคมวิชาชีพหรือสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่กำกับดูแลผู้ประเมินที่ไม่เกี่ยวข้องกับสถาบันการเงิน หรือผู้ประเมินราคาภายในของสถาบันการเงินที่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานและหลักเกณฑ์จรรยาบรรณการประเมินราคาทรัพย์สินในประเทศไทยที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประกาศก็ได้ กล่าวได้ว่า ผู้ประเมินราคาอาจเป็นผู้ประเมินราคาอิสระโดยกำกับดูแลคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ผู้ประเมินราคาของธนาคารพาณิชย์ ตั้งบริษัทในเครือธนาคารพาณิชย์เพื่อทำการประเมินราคาทรัพย์สินเอง ผู้ประเมินราคาของสมาคมผู้ประเมินราคาแห่งประเทศไทย หรือผู้ประเมินราคาของสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ซึ่งราคาจะสูงหรือต่ำนั้นเป็นเพียงความเห็นของผู้ประเมิน ณ วันที่ประเมินเท่านั้น² จึงต้องทำการศึกษาถึงมาตรฐานและการกำกับดูแลของผู้ประเมินราคาของหน่วยงานต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ดี การประเมินย่อมต้องเป็นการประเมินของผู้ประเมินที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทรัพย์สินที่ประเมินตามความหมายการประเมินราคา

แต่ก่อนจะทำการศึกษาเรื่องการประเมินราคาต้องเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “ราคา” และคำว่า “มูลค่า” โดยราคาอาจเป็นจำนวนเงินที่ใช้เสนอหรือจ่ายสำหรับสินค้าและบริการแต่อาจไม่สัมพันธ์กับมูลค่าที่ประมาณการของคุณค่าของสินค้าหรือบริการ ซึ่งคำว่า “ราคา” นั้นจะเป็นจำนวนที่ต้องจ่ายแลกเปลี่ยน ณ เวลาทำสัญญาตามความพึงพอใจและเป็นการสะท้อนมูลค่าที่เกิดขึ้นจากอรรถวิสัยของคู่สัญญา ส่วนคำว่า “มูลค่า” จะเป็นการสะท้อนผลประโยชน์ที่อิงตามการประเมินมูลค่าด้วยวิธีพิจารณาจากรายได้หรือการไม่ต้องจัดหาทรัพย์สินนั้นมาในอนาคตที่เป็นการสะท้อนผลประโยชน์ด้วยวิธีคิดจากต้นทุน หรือได้ทรัพย์สินมาในปัจจุบันที่ไม่ต้องเสียในอนาคตในราคาที่ไม่เสียเปรียบหรือได้เปรียบตามสภาพตลาดเป็นการสะท้อนผลประโยชน์ด้วยวิธีเปรียบเทียบราคาตลาด จึงแตกต่างจากราคาที่เป็นการสะท้อนมูลค่าโดยตัวทรัพย์สินที่ปราศจากปัจจัยคน

คำว่า “มูลค่าตลาด” ตามประกาศร่วมของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ให้ความหมายว่ามูลค่าเป็นตัวเงินซึ่งประมาณว่าเป็นราคาของทรัพย์สินที่ใช้ตกลงซื้อขายกันได้ระหว่างผู้เต็มใจขายกับผู้เต็มใจซื้อ ณ วันที่ประเมินภายใต้เงื่อนไขการซื้อขายปกติที่ผู้ซื้อ ผู้ขาย ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวเนื่องกัน โดยได้มีการเสนอขายทรัพย์สินในระยะเวลาพอสมควรและโดยที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลง

² บริษัท เวิลด์แวลูเอชัน จำกัด. *การประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ เรื่องพื้นฐานที่ควรรู้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.worldvaluation.co.th/2011/index.php/en/2011-01-31-07-48-21/13-2011-07-01-18-04-53.html>. [2560, ธันวาคม 22].

ซื้อขายด้วยความรอบรู้อย่างรอบคอบและปราศจากภาวะกดดัน ทั้งนี้ ให้ถือด้วยว่าสามารถโอนสิทธิ ตามกฎหมายในทรัพย์สินได้

มูลค่าที่ควรได้ต้องเป็นมูลค่าที่เกิดจากการวิเคราะห์ตลาดอย่างมีหลักการเป็นมาตรฐานที่ ใช้ประเมิน โดยปราศจากผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการประเมินที่อาจก่อให้เกิดความผิดพลาดได้³ จึงมีความจำเป็นต้องทำการศึกษาผู้ที่ทำการประเมินราคาและวิธีการประเมินราคา

3.1.1 ผู้ประเมินมูลค่า

ผู้ประเมินราคาจะต้องมีหน่วยงานที่กำกับดูแล โดยมีการคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ ความสามารถมาทำการประเมินราคาเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งในราคาที่ได้จากการประเมินของผู้ ประเมินราคาที่ต่างกันซึ่งจะทำให้ราคาประเมินแตกต่างกันอย่างมาก รวมทั้งการที่ผู้ประเมินอาจ เป็นบริษัทที่อยู่ในอำนาจของธนาคารพาณิชย์ ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้รับหลักประกันและผู้ให้ หลักประกันทั้งสองฝ่ายได้ ดังนั้น หน่วยงานที่กำกับดูแลผู้ประเมินจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก

3.1.1.1 ผู้ประเมินมูลค่าของสมาคมวิชาชีพ

ผู้ประเมินมูลค่าที่สังกัดสมาคมวิชาชีพจะอยู่ในการกำกับดูแลของสมาคมวิชาชีพนั้น ๆ เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานของสมาคมวิชาชีพที่ได้กำหนดคุณสมบัติไว้ ซึ่งสมาคมวิชาชีพที่มี บทบาทสำคัญ คือ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยและสมาคมนักประเมินอิสระไทย โดยผู้ประเมินที่เป็นสมาชิกกับสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยจะต้องมีคุณสมบัติวุฒิ การศึกษาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์⁴ ส่วนผู้ประเมินที่เป็นสมาชิกของสมาคมนักประเมินอิสระไทย อาจมีวุฒิการศึกษาที่กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ที่อาจเกี่ยวกับการประเมินราคา วิศวกรรม เศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ บัญชีหรือเทียบเท่า⁵

สมาคมทั้งสองที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ได้มีประกาศร่วมกันเกี่ยวกับการดำเนินการ ประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญาและจัดให้มีการอบรมเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อเป็นผู้ ประเมินราคา แต่ด้วยคุณสมบัติของผู้ประเมินราคาที่แตกต่างกันของบางสมาคมนั้นต้องเป็นผู้ที่มี ความรู้เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือมีประสบการณ์ด้านอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งอาจเกิดปัญหา ในการประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นความรู้ความชำนาญ วิธีการประเมิน และ

³ สรตม์ ดิชฐปาน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 36-38.

⁴ ข้อบังคับสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทย. ข้อ 6.

⁵ สมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย. *ประเภทและคุณสมบัติของสมาชิก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.tva.or.th/ewt_news.php?nid=394. [2560, 22 ธันวาคม].

มาตรฐานการประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญาอย่างเช่นสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สิทธิบัตรดิจิทัล และไม้อื่นต้นที่มีความหลากหลายชนิดในการคาดการณ์ถึงรายได้ที่จะเกิดในอนาคต

แต่อย่างไรก็ดี สมาคมนักประเมินราคาอิสระไทยได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้เป็นสมาคมในตลาดทุนซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3.1.1.2 ผู้ประเมินมูลค่าตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ผู้ประเมินตามความหมายของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์นั้น หมายความว่า บุคลากรของบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินในตลาดทุนที่ลงลายมือชื่อเป็นผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินในรายงานการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน ซึ่งผู้ประเมินหลักต้องเป็นบุคลากรของบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินในตลาดทุนมีวัตถุประสงค์ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเป็นทางค้าปกติโดยทำการประเมินราคาทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นที่ดิน สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร อุปกรณ์ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว สิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญา จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบตามมาตรฐาน และจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพประเมินมูลค่าทรัพย์สิน และข้อกำหนดเพิ่มเติมในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ⁶

ผู้ที่ได้รับความเห็นชอบเป็นผู้ประเมินหลักต้องเป็นลูกจ้างหรือพนักงานของบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินต้องมีคุณสมบัติระดับปริญญาตรีสาขาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์หรือสาขาอื่นแต่มีเงื่อนไขว่าทำงานการประเมินไม่น้อยกว่า 6 ปี หรือผู้ประกอบวิชาชีพการประเมินมาไม่น้อยกว่า 7 ปี⁷ กรณีบริษัทที่ได้รับความเห็นชอบให้เป็นบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินในตลาดทุนและผู้ประเมินหลักมีกำหนดระยะเวลาคราวละไม่เกิน 2 ปี สามารถยื่นคำขอต่ออายุได้

ผู้ประเมินหลักและบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินในตลาดทุนที่ได้รับความเห็นชอบมีมาตรฐานที่ดีซึ่งได้รับการยอมรับจากธนาคารแห่งประเทศไทยที่กำหนดไว้ในคำนิยามตามแนวนโยบายธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง แนวปฏิบัติการประเมินหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์หรือการขายที่ได้มาจากการชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน ที่ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานและหลักเกณฑ์จรรยาบรรณ แต่คุณสมบัติที่กำหนดนั้นต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถจากหลากหลายอาชีพโดยบางสาขาอาจไม่มีความ

⁶ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สช. 24 /2555 เรื่อง การให้ความเห็นชอบบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินและผู้ประเมินหลักสำหรับธุรกรรมในตลาดทุน (ฉบับประมวล). ข้อ 5

⁷ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สช. 24 /2555 เรื่อง การให้ความเห็นชอบบริษัทประเมินมูลค่าทรัพย์สินและผู้ประเมินหลักสำหรับธุรกรรมในตลาดทุน (ฉบับประมวล). ข้อ 11

เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าแต่เป็นทรัพย์สินใหม่ในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ อีกทั้งยังไม่มีกำหนดวิธีการที่ใช้ประเมินราคาส่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีความหลากหลาย จึงอาจเกิดปัญหาจากตัวบุคคลหรือวิธีการประเมินราคาที่ไม่มีความมาตรฐานได้

3.1.1.3 ผู้ประเมินมูลค่าไม้ยืนต้น

เมื่อมีการประชุมคณะรัฐมนตรีให้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อนำไม้ยืนต้นมาเป็นหลักประกันได้ ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรหรือ ธ.ก.ส. ได้มีการทำข้อตกลงกับคณะกรรมการธนาคารต้นไม้ โดยให้สมาชิกธนาคารต้นไม้ในชุมชนให้เป็นผู้ประเมินมูลค่าต้นไม้ หลังจากนั้นพนักงานของ ธ.ก.ส. เข้าไปประเมินราคาและพิจารณาจากสมุดธนาคารต้นไม้ถึงมูลค่าของต้นไม้อันเป็นหลักการที่สามารถดำเนินการได้ ทั้งนี้ การประเมินมูลค่าต้นไม้ที่จะนำมาเป็นหลักประกัน ได้มีการจัดทำทะเบียนต้นไม้ การวัดเส้นรอบวง ซึ่งจะมีค่ามาตรฐานโดยคณะวนศาสตร์เคยทำไว้แล้วเมื่อปีพ.ศ. 2552 มาใช้เพื่อทำการประเมินราคา⁸ ดังนั้น ด้วยวิธีการนี้เป็นวิธีการที่มีมาตรฐานและมีผู้ประเมินราคาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการประเมิน แต่ก็ไม่มีหน่วยงานที่ทำการกำกับดูแล โดยเฉพาะเจาะจงและก็มีใช้ว่าธนาคารพาณิชย์อื่นจะใช้วิธีการดังกล่าวด้วยเนื่องจากเป็นการทำข้อตกลงระหว่างธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรกับธนาคารต้นไม้เท่านั้น มิได้มีผลผูกพันถึงหน่วยงานอื่น ๆ ด้วย

การกำหนดผู้ประเมินราคาตามแนวนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทย⁹ ก็กำหนดหลักเกณฑ์ที่ต้องใช้ผู้ประเมินภายนอกธนาคารพาณิชย์หรือผู้ประเมินภายในธนาคารพาณิชย์ไว้ หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วอาจใช้ผู้ประเมินภายในของธนาคารพาณิชย์หรือบริษัทที่จัดตั้งของธนาคารพาณิชย์เอง ดังนั้น วิธีการประเมิน มาตรฐานการประเมิน และความรู้ความสามารถของบุคคลที่จะมาเป็นผู้ประเมินเป็นไปโดยอิสระไม่มีผู้ที่เข้ามากำกับดูแลให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน การประเมินราคาตามแนวนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทยจึงมีผู้ประเมินราคาจากหลาย ๆ หน่วยงานไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน

⁸ สำนักข่าวอิสรา. (2561). *ธ.ก.ส. เริ่มแล้ว ให้สมาชิกธนาคารต้นไม้ ใช้ไม้ยืนต้นเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.isranews.org/isranews-news/68820-tree-68820.html>. [2561, 24 สิงหาคม].

⁹ แนวนโยบายของธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง แนวนโยบายการประเมินหลักประกันและอสังหาริมทรัพย์หรือการขายที่ได้มาจากการชำระหนี้ การประกันการให้สินเชื่อ หรือที่ซื้อจากการขายทอดตลาดของสถาบันการเงิน

ผู้ที่ทำการประเมินราคาทรัพย์สินตามประกาศร่วมของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย¹⁰ จะต้องเป็นผู้ประเมินที่ได้ขึ้นทะเบียนของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์โดยจะแบ่งเป็นประเภทของทรัพย์สินไว้ 3 ประเภท คือ กิจการ ทรัพย์สินทางปัญญา และทรัพย์สินอย่างอื่นนอกจากกิจการและทรัพย์สินทางปัญญา¹¹ แต่ถึงแม้จะต้องขึ้นทะเบียนและจัดกลุ่มก็ตามหากไม่มีการคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะก็อาจเกิดความผิดพลาดในการประเมินเนื่องจากความรู้ความเชี่ยวชาญที่มีจำกัดและจะส่งผลกระทบต่อพัฒนาวิชาชีพผู้ประเมินที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว เช่น เครื่องหมายทางการค้าที่เป็นคลื่นที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาใหม่สำหรับประเทศไทย และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ประเทศไทยมีความหลากหลายประเภทซึ่งแตกต่างจากต่างประเทศจึงไม่อาจอ้างอิงสินค้าบางประเภทจากต่างประเทศได้ ดังนั้นคุณสมบัติของผู้ประเมินมีความสำคัญต่อการประเมินราคาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

3.1.1.4 ผู้ประเมินมูลค่าของประเทศอังกฤษ

หน่วยงานที่ทำการประเมินราคาทรัพย์สินของประเทศอังกฤษนั้นมีหน่วยงานที่ทำการประเมินเพื่อประโยชน์ในทางภาษีภายใต้การควบคุมของกรมสรรพากรและศุลกากรหรือ HM Revenue & Customs (HMRC) คือ สำนักงานประเมินมูลค่าหรือ Valuation Office Agency (VOA) ที่ทำหน้าที่ให้บริการข้อมูลแก่กรมสรรพากรและศุลกากร รวมทั้งหน่วยงานท้องถิ่นในการจัดเก็บภาษี โดยประเมินมูลค่าทรัพย์สินประเภทที่มีตัวตนและจับต้องได้ ซึ่งไม่ทำการประเมินทรัพย์สินที่ขาดสภาพตลาดแข่งขันสมบูรณ์ และหน่วยงานประเมินมูลค่าหุ้นและทรัพย์สินหรือ Shares and Assets Valuation (SAV) เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นใหม่ มีหน้าที่ประเมินราคาหุ้นที่ขาดการอ้างอิง (Unquoted Shares) และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา งานศิลปะ รวมทั้งมูลค่าหุ้นในต่างประเทศ¹² แม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีการตั้งหน่วยงานที่ทำการประเมินทรัพย์สินเพื่อนำมาใช้ในการนำมาเป็นหลักประกันโดยตรงแต่การที่มีหน่วยงานทางด้านภาษีที่ทำการประเมินทรัพย์สินย่อมเป็นมาตรฐานที่อาจเอาไปอ้างอิงในการประเมินราคากรณีอื่น ๆ ได้ต่อไป

¹⁰ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

¹¹ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

¹² ศรตม์ คิชฐปาน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 105-106.

3.1.1.5 ผู้ประเมินมูลค่าของสหรัฐอเมริกา

การศึกษาหน่วยงานที่ทำการประเมินของสหรัฐอเมริกาเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศอังกฤษที่มีการกำกับดูแลจากหน่วยงานกรมสรรพากรหรือ Internal Revenue Service (IRS) ที่ทำการเก็บภาษีตามประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code) อันเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงการคลังตามกฎหมาย IRS Restructuring and Reform Act 1998 โดยมีสำนักงานความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ (Office of Professional หรือ OPR) อยู่ด้วย¹³

เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่สำคัญในปัจจุบัน และเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าแม้จะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจึงมีการพัฒนาความสามารถบุคลากรทำให้กรมสรรพากรจัดทำโครงการวางแผนและควบคุมอย่างชำนาญ (Engineering Program) เป็นการรวบรวมผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น บัญชี มาทำงานที่ซับซ้อนซึ่งต้องใช้ความรู้เฉพาะเพื่อสนับสนุนการทำงานกรมสรรพากร โดยมีการให้ความเห็นและข้อเสนอแนะ เช่น ค่าเสื่อมราคา มูลค่าใช้จ่าย ผลได้จากทุน การประเมินมูลค่า เกรดสิทธิ และข้อมูลทางเทคนิคด้านภาษีอื่น ๆ เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ สหกรณ์ทรัพย์ มูลค่าธุรกิจ และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทั้งนี้ ได้มีการจัดทำคู่มือแนวทางการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible Property Valuation Guidelines หรือ Manual) ที่กำหนดแนวทางปฏิบัติงานของผู้ประเมินมูลค่าในการพิจารณาและตัดสินใจเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าอย่างมีเหตุผล ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามคู่มือดังกล่าวมี 6 ประเภทด้วยกันซึ่งรวมถึงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คำสิทธิ และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่มีการแสดงออกถึงภูมิปัญญาอันมีมูลค่าไม่ได้ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติทางกายภาพด้วย โดยผู้ประเมินมูลค่าทำการวิเคราะห์ในภาพรวมไม่ลงรายละเอียดแต่ต้องมีการวางแผนการประเมิน การระบุปัจจัยสำคัญ เอกสารข้อมูลเฉพาะ¹⁴ และข้อมูลที่เกี่ยวข้องอันเป็นหน้าที่ผู้ประเมินมูลค่ารวบรวมข้อมูลจึงจะทำให้เกิดความสมบูรณ์ของการประเมินมูลค่า

จากการศึกษาเปรียบเทียบแล้วประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่าผู้ประเมินราคาของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีหน่วยงานที่ทำการกำกับดูแลการทำหน้าที่เพียงหน่วยงานเดียว แต่หน่วยงานของประเทศไทยมีหลายหน่วยงานในการกำกับดูแล เช่น สมาคมวิชาชีพ สำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แตกต่างกับสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่มีการประเมินราคาจากหน่วยงานเดียว ซึ่งหน่วยงานของ

¹³ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 91.

¹⁴ ข้อมูลเฉพาะ เช่น ต้นทุน วันที่ และพฤติกรรมกรมได้มาซึ่งทรัพย์สิน วันที่ทำการประเมิน การประเมินมูลค่าเพิ่มเติม ข้อมูลหรือข้อตกลงหรือข้อบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้ การขาย หรือการจำหน่ายทรัพย์สินที่ถูกประเมินสภาพเศรษฐกิจของตลาดทั่วไปและตลาดของทรัพย์สินที่ถูกประเมิน

ประเทศไทยแต่ละหน่วยงานจะมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประเมินราคาแตกต่างกันไปโดยส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประเมินไปในทางอสังหาริมทรัพย์ หากมีการกำกับดูแลเพียงหน่วยงานเดียวเพื่อทำการประเมินทรัพย์สินในการใช้เป็นหลักประกันไม่ว่าการจำนอง จำน่า และหลักประกันทางธุรกิจเพื่อใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันก็สามารถทำให้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประเมินราคาให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ ที่จะทำการประเมินทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะเจาะจงได้ อีกทั้ง ถ้ามีการคิดระบบเพื่อนำมาใช้ในการประเมินก็สามารถที่จะประเมินราคาของทรัพย์สินโดยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญจากหลาย ๆ ด้านอันจะทำให้สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงในการนำมาใช้กับการอนุมัติให้สินเชื่อหรือการบังคับหลักประกันได้

3.1.2 วิธีการประเมินมูลค่า

การประเมินราคาทรัพย์สินจำเป็นต้องทำความเข้าใจคำว่า “ราคาตลาด” หรือ Market Value ปรากฏในกฎหมายอังกฤษหลายฉบับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีส่วนเกินทุน (Capital Gains Tax) ตาม Taxation of Chargeable Gains Act 1992 มาตรา 272 ซึ่งมีความหมายว่า ราคาอันสมเหตุสมผลซึ่งคาดว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกขายไปในตลาดเสรี กฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีมรดกตาม Inheritance Tax Act 1984 มาตรา 160 ให้ความหมายว่า ราคาอันสมเหตุสมผลในเวลาซึ่งคาดว่าทรัพย์สินจะถูกขายไปในตลาดเสรี แต่ราคาดังกล่าวหาใช้ราคาซึ่งคาดว่าจะเป็ราคาต่ำที่สุดของทรัพย์สินที่ถูกขายในเวลาเดียวกันนั้น และนอกจากกฎหมายแล้วยังมีคำพิพากษาที่ให้ความหมายไว้¹⁵ ซึ่งตามประกาศร่วมของสมาคมนั้นมูลค่าตลาดจะเป็นราคาที่ประเมินโดยคำนึงถึงผู้ซื้อและผู้ขายจะทำการซื้อขายกัน ดังนั้น ราคาตลาดจึงเป็นราคาของทรัพย์สินที่สมเหตุสมผลซึ่งไม่ใช่ราคาต่ำสุดอันจะขายในตลาดเสรีที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงทำการซื้อขายกัน แต่ราคาตลาดหรือราคาต่ำสุดที่จะใช้ในการอนุมัติสินเชื่อได้ต้องทำการศึกษาถึงวิธีการประเมินราคา

3.1.2.1 วิธีการประเมินราคาหลัก

การประเมินราคาทรัพย์สินทั่วไปไม่ว่าทรัพย์สินมีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นพื้นฐานอาศัยหลักการจากทฤษฎีสะท้อนมูลค่า¹⁶ คือ

1) การประเมินมูลค่าจากข้อมูลของราคาตลาด (The Market Value Approach)

วิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินจากข้อมูลของราคาตลาด คือ การนำราคาที่ได้จากการขายทรัพย์สินทางปัญญาที่อยู่ในจำพวกเดียวกันในตลาดเดียวกันมาประเมินมูลค่า ซึ่งสามารถนำมาปรับกับทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการประเมินเพื่อการขาย เช่า และ

¹⁵ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 107-109.

¹⁶ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 43-48 และ 99-101.

กำหนดค่าสิทธิ (Royalty) โดยแตกต่างกันไปตามลักษณะ เช่น ความพิเศษเฉพาะตัว โครงสร้างการชำระเงิน หรืออาณาเขต เศรษฐกิจและสถานการณ์ของตลาด ซึ่งจะได้รับการเชื่อถือเมื่อมีการใช้ข้อมูลธุรกรรมที่อยู่บนพื้นฐานความสมัครใจ (Arm's Length Transaction) ที่ดำเนินอยู่ในตลาดแข่งขันสมบูรณ์¹⁷ ที่ต้นตัวและสามารถเปรียบเทียบกับข้อมูลทรัพย์สินอื่นได้ ไม่ว่าจะเป็ นธุรกรรม ข้อมูลราคา และความสัมพันธ์ของกลุ่มสัญญา การประเมินมูลค่าจากข้อมูลตลาดนี้เป็นการประเมินที่ ตั้งอยู่บนความจริงทำให้ใช้ได้กับทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภท¹⁸ แต่การนำมูลค่าทรัพย์สินทาง ปัญญาแต่ละประเภทในตลาดที่มีความเฉพาะตัวแตกต่างกันมาเปรียบเทียบเป็นไปได้ยาก เช่น สิ่ง บ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีลักษณะแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาอื่น ๆ ที่มูลค่ามิได้ขึ้นอยู่กับบุคคลใด บุคคลหนึ่งแต่อาจเกิดจากผู้ที่มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นที่ร่วมกันสร้างคุณภาพ ชื่อเสียง และ ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วย ส่วนในกรณีสินทรัพย์ดิจิทัลมีราคาตลาดแต่ ก็มีความไม่แน่นอนจึงต้องมีวิธีการเฉพาะเพื่อให้ได้มูลค่าที่อาจเป็นไปได้ในอนาคต

2) การประเมินมูลค่าจากต้นทุน (The Cost Approach)

วิธีการประเมินมูลค่าจากต้นทุนเป็นวิธีที่ขึ้นอยู่กับต้นทุนจากการพัฒนาหรือการ สร้างทรัพย์สินทางปัญญา ค่าใช้จ่ายในการพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือบริการ ซึ่งตั้งอยู่บนหลักทฤษฎี “มูลค่าของสิ่งหนึ่งเท่ากับต้นทุนในการหาสิ่งอื่นที่เทียบเคียงได้มาแทน” อันมีรากฐานมาจาก แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการแทนที่ โดยต้องพิจารณาจากต้นทุนมิใช่ราคาตลาด เช่น แรงงาน วัสดุคิบและเครื่องมืออุปกรณ์ การค้นคว้า การสร้างต้นแบบ การทดลอง เอกสารควบคุมและเอกสาร รับรอง การขึ้นทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญา ค่าธรรมเนียมด้านกฎหมาย ต้นทุนการตลาดและ ประชาสัมพันธ์ และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการดำเนินการทางธุรกิจ การประเมินมูลค่าจากต้นทุน พิจารณาได้ 2 วิธี คือ พิจารณาจากข้อเท็จจริงด้านต้นทุนที่ผ่านมา (Historical Cost Basis) เป็นการ ประเมินมูลค่าตลอดอายุการใช้ประโยชน์ทั้งหมดโดยไม่คำนึงถึงการขยายตัวหรือหดตัวของมูลค่า จากสภาพตลาดหรือการแข่งขัน และพิจารณาจากต้นทุนในการแทนที่หรือผลิตขึ้นใหม่ (Replacement or Reproduction Cost) เป็นการประเมินต้นทุนโดยคำนึงถึงการขยายตัวหรือหดตัว ของมูลค่าตามสภาพตลาดและการแข่งขันเพื่อได้ต้นทุนใหม่ที่จะใช้ในการผลิตแบบใหม่แทนการ ผลิตแบบเดิม¹⁹ ซึ่งวิธีนี้เหมาะแก่การประเมินมูลค่าในช่วงเริ่มต้น ไม่มีตลาดซื้อขาย หรือคำนวณ ราคาได้ยาก แต่การประเมินนี้เป็นการประเมินมูลค่าต่ำสุดจึงไม่เหมาะแก่การนำมาใช้เพื่อหาความ

¹⁷ ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ คือ มีผู้ขายจำนวนมากพอไม่น้อยไปจนเป็นตลาดที่ผูกขาดหรือกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด ซึ่ง เกิดจากการกีดกันการเข้าสู่ตลาดทางเทคนิค ทางกฎหมาย หรือการสร้างขึ้นโดยผู้ผูกขาดเอง

¹⁸ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 46.

¹⁹ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 43-44.

คุ่มค่าในการโอนทรัพย์สินทางปัญญาหรือใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจากราคาที่ต่ำสุดจะทำให้สถาบันการเงินผู้รับหลักประกันจะอนุมัติเงินสินเชื่อแก่ผู้ให้หลักประกันน้อยกว่ามูลค่าของหลักประกันที่ไม่มีรูปร่างที่แท้จริงซึ่งจะส่งผลให้คู่สัญญาไม่เข้าทำสัญญาหรือเป็นการไม่ยุติธรรมแก่ผู้ให้หลักประกันที่ไม่อาจได้รับเงินเพื่อนำไปพัฒนาธุรกิจของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ส่วนสินทรัพย์ลึกลับและไม่ยึดมั่นเป็นทรัพย์สินที่มีราคาตลาดเพื่อเปรียบเทียบได้อยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการนี้เพื่อหาต้นทุน

3) การประเมินมูลค่าจากรายได้ (The Income Approach)

วิธีการนี้เป็นการคำนึงถึงรายได้ที่ทรัพย์สินทางปัญญานั้นพึงจะได้มาในปัจจุบันและอนาคตพิจารณาประกอบกับค่าใช้จ่าย อัตราการเติบโตหรือความเสี่ยงต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น และเวลาในการสร้างกระแสรายได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องจุดแข็งของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ศักยภาพของตลาด ธรรมชาติของการแข่งขัน การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียน การบังคับ และการป้องกันสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งจะได้มูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินทางปัญญาหรือ NPV (Net Present Value) แต่เนื่องจากวิธีนี้เป็นการคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับมาในอนาคตมากกว่าในอดีต โดยอาจเกิดความสับสนระหว่างกระแสรายได้ในการถือครองเฉพาะตัวทรัพย์สินทางปัญญากับกระแสรายได้ขององค์กรธุรกิจที่ถือครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการประเมินจากรายได้ที่พิจารณาประโยชน์ในอนาคตไม่มีความแน่นอน จึงเป็นการยากที่จะคาดหมายได้แต่ก็สามารถปรับปรุงและพัฒนาข้อมูลเพื่อให้ผลการประเมินมีความชัดเจนแน่นอนมากขึ้นและยังส่งผลให้หลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นทำให้ผลตอบแทนสูงขึ้นด้วย ทั้งนี้ การใช้ข้อมูลจากการวางแผนธุรกิจง่ายกว่าการหาข้อมูลด้วยวิธีการเปรียบเทียบตลาดทำให้ได้รับความนิยมในการนำมาใช้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา²⁰ แต่ในสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาถึงผลรวมของประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่จะได้รับจนถึงอายุขัยของทรัพย์สิน โดยการประมาณการความสามารถในการหารายได้ ระยะเวลาที่จะหารายได้และความเสี่ยงที่กระทบต่อรายได้เช่น สภาพคล่อง เงินเพื่อดอกเบี้ย ซึ่งเป็นการคำนวณมูลค่าปัจจุบันโดยใช้การคำนวณกระแสเงินสดคิดลด (Discount Cash Flow Method หรือ DCF) โดยพิจารณาการสร้างรายได้ ช่วงอายุ และกระแสรายได้ในอนาคตหรือความคล่องตัว ซึ่งอายุขัยของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นย่อมมีผลต่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจด้วย แต่การประเมินจากรายได้นั้นไม่ได้ประเมินรายได้ที่เกิดจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรงจึงไม่อาจที่จะสะท้อนถึงมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่จะนำไปเป็นหลักประกันได้

ผู้วิจัยเห็นว่าทรัพย์สินทางปัญญาอย่างสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ซึ่งเป็นสิทธิชุมชนผู้ที่มีสิทธิใช้ไม่ได้มีเพียงรายเดียวหากมีผู้ที่ทำให้เกิดความเสื่อมเสียก็อาจส่งผลต่อการผู้รายอื่น ๆ

²⁰ ศรตม์ คิชรูปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 47-48.

ด้วย การประเมินราคาจากข้อมูลเพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งอาจทำให้มูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ไม่ได้สะท้อนออกมาอย่างแท้จริง และการประเมินราคาที่คาดเคลื่อนอาจทำให้เกิดหนี้เสียแก่ผู้รับหลักประกันหรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งส่งผลต่อการเข้าทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ดังนั้น การประเมินทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจึงต้องพิจารณาข้อมูลจากหลาย ๆ ด้านเพื่อสะท้อนมูลค่าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างได้อย่างแท้จริง โดยมีการคิดวิธีการประเมินขึ้นมาหลายวิธีจากหลักการประเมินพื้นฐานที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.1.2.2 วิธีการประเมินแบบประยุกต์

นอกจากการประเมินราคาโดย 3 วิธีดังกล่าวแล้วก็ยังคงมีการประเมินราคาด้วยวิธีการประเมินอื่นอีก ซึ่งเกิดจากการประยุกต์นอกเหนือจากการประเมินมูลค่า 3 วิธีดังกล่าวโดยการนำวิธีการทั้งสามมาประยุกต์ใช้โดยปรับปรุงรายละเอียดในวิธีการประเมินมูลค่าเพื่อให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์โดยเพิ่มเงื่อนไขหรืออาศัยข้อมูลพิเศษที่น่าเชื่อถือ ซึ่งลักษณะเป็นการขยายของวิธีการประเมินพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง²¹ โดยจะทำการพิจารณาวิธีการประเมินของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังนี้

1) วิธีการพิจารณาจากค่าสิทธิ²² (The Relief-from-Royalty Approach)

เป็นการใช้วิธีพิจารณาจากรายได้โดยนำข้อมูลค่าสิทธิ (Royalty) ในปัจจุบันมาเป็นข้อมูลตั้งต้นซึ่งเป็นการนำวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาดมาใช้ร่วมด้วย จึงเหมาะแก่ทรัพย์สินทางปัญญาที่หาทรัพย์สินทางปัญญาที่เปรียบเทียบได้ง่าย ดังนั้น ต้องพิจารณาค่าสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นกรณี ๆ ไปเนื่องจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นอาจมีความใกล้เคียงกันพอที่จะเปรียบเทียบได้ เช่น ข้าวหอมมะลิทุ่งกุลาร้องไห้และข้าวหอมมะลิสุนทร²³ แต่สินค้าบางประเภทก็อาจไม่มีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อื่นให้เปรียบเทียบ

2) วิธีมูลค่าชำระหนี้²⁴ (Liquidation Value)

วิธีการนี้เป็นการสะท้อนมูลค่าต่ำสุดที่จะนำมาชำระหนี้เป็นการประเมินมูลค่าเพื่อประโยชน์ในกระบวนการล้มละลายที่มีหลักการเดียวกับวิธีการเปรียบเทียบราคาตลาด แต่การ

²¹ ศรตม์ ดิษฐพาน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 48-58.

²² วิธีการพิจารณาจากค่าสิทธิ คือ การหามูลค่าที่สะท้อนจากค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในการขออนุญาตใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงในตลาดแข่งขันสมบูรณ์

²³ RICE FAMILY THAILAND. *มาตรฐานข้าวสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairicedb.com/standard-detail.php?id=4>. [2561, 27 กรกฎาคม].

²⁴ วิธีมูลค่าชำระหนี้ คือ การหามูลค่าที่อาศัยข้อมูลอ้างอิงจากทรัพย์สินเปรียบเทียบที่มีการซื้อขายในตลาดแข่งขันสมบูรณ์ ซึ่งต้องเป็นราคาต่ำสุดที่อาจรับรองได้ว่าจะไม่ต่ำกว่าอีกแล้ว

ประเมินการมูลค่าชำระหนี้ที่เป็นการประเมินราคาต่ำที่สุดอาจเป็นการป้องกันหนี้เสียของผู้รับหลักประกันเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แต่สำหรับผู้ให้หลักประกันแล้วการประเมินราคาต่ำที่สุดไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมเนื่องจากผู้ให้หลักประกันจะได้รับเงินทุนในการลงทุนเพื่อพัฒนาธุรกิจที่มีขนาดกลางและขนาดย่อมที่น้อยจะทำให้ไม่สามารถพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งจะมีความเสี่ยงที่ไม่อาจดำเนินกิจการได้ต่อไปและส่งผลกระทบต่อภาระหนี้ที่เกิดขึ้นหนี้เสียต่อระบบเศรษฐกิจ อีกทั้ง เมื่อมีการบังคับหลักประกันแล้วการนำออกขายทอดตลาดหรือหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ก็จะหักกับจำนวนหนี้ได้น้อยกว่าความจริงทำให้เกิดภาระแก่ลูกหนี้ที่ต้องชำระหนี้ส่วนที่เหลือจึงไม่ยุติธรรมแก่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกัน

3) วิธีมูลค่าหักลบ (Subtraction Value)

วิธีการประเมินนี้เป็นการพิจารณาบนแนวคิดที่เปรียบเทียบระหว่างองค์กรธุรกิจที่ถือครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นกับองค์กรธุรกิจที่มีได้ถือครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีลักษณะองค์กรธุรกิจแบบเดียวกัน หากเป็นการเปรียบเทียบธุรกิจประเภทเดียวกันกับธุรกิจที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ย้อมหามูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้ในปัจจุบัน ณ เวลาที่ทำการประเมินแต่ก็ไม่ได้บอกถึงมูลค่าในอนาคตที่จะมีมากขึ้นหรือน้อยลงด้วย แต่ก็เป็นการสะท้อนมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เพื่อนำไปหามูลค่าของสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้

4) วิธีเปรียบเทียบความต่างของรายรับ (Income Differential Method of Value)

เป็นวิธีการซึ่งพิจารณาถึงผลต่างของกระแสรายได้ที่องค์กรธุรกิจสามารถสร้างได้จากการถือครองทรัพย์สินทางปัญญากับกระแสรายได้ขององค์กรธุรกิจลักษณะเหมือนกันที่มีได้ถือครองทรัพย์สินทางปัญญา การนำความแตกต่างกระแสรายได้ที่ยังไม่ได้หักต้นทุนอาจเกิดความคลาดเคลื่อนจากต้นทุนที่ต่างกันเนื่องจากการดำเนินธุรกิจประเภทเดียวกันแต่ก็อาจมีต้นทุนจากวัตถุดิบ การขนส่ง และการดำเนินธุรกิจที่แตกต่างกัน ดังนั้น การไม่หักต้นทุนก็จะทำให้ไม่อาจสะท้อนมูลค่าที่แท้จริงได้

5) วิธีมูลค่าผลตอบแทนสินทรัพย์ (Return on Assets Employed Method of Value)

เป็นการจำแนกทรัพย์สินออกเป็นกลุ่มใหญ่แล้วนำมาหักจากรายรับรวมขององค์กรธุรกิจและอัตราผลตอบแทน (Market Rate of Return หรือ ROR หรือ ROI) ของทรัพย์สินแต่ละประเภท โดยทำการหักออกทีละประเภทจนเหลือแต่ทรัพย์สินทางปัญญาที่ต้องการก็จะได้มูลค่าทรัพย์สินทางปัญญานั้น ซึ่งเหมาะแก่กรณีที่มีทรัพย์สินทางปัญญาประเภทเดียว ดังนั้น ถ้าธุรกิจที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่มีทรัพย์สินทางปัญญาอื่นด้วยย่อมที่จะใช้วิธีการนี้ได้ แต่อย่างไรก็ดี การประกอบธุรกิจที่ต้องการให้ผู้บริโภคสามารถแยกแยะสินค้าของตนออกจากสินค้าอื่น ๆ ได้ย่อมต้อง

มีการใช้ชื่อหรือสัญลักษณ์เพื่อให้สามารถจดจำสินค้าได้ซึ่งต้องใช้เครื่องหมายการค้า การประกอบธุรกิจที่มีการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงอาจมีการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาอื่นด้วย

6) วิธีพิจารณามูลค่าเพิ่มพิเศษ (Premium Pricing Technique)

เป็นการนำราคาเฉลี่ยของสินค้าทุกประเภทที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันมาหักออกจากราคาเฉลี่ยของสินค้าประเภทเดียวกันที่ไม่ใช้เครื่องหมายการค้า เมื่อได้ผลต่างราคาแล้วก็จะนำมาคำนวณรายได้ประจำปีเนื่องจากเครื่องหมายการค้าซึ่งจะทำให้ได้มูลค่าปัจจุบัน (Net Present Value) ของเครื่องหมายการค้า วิธีการนี้เป็นการสะท้อนมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ได้ เนื่องจากสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ใช้กับสินค้าประเภทเดียวที่ขึ้นทะเบียนเท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้กับสินค้าอื่น ๆ ได้ ดังนั้น วิธีพิจารณามูลค่าเพิ่มพิเศษนี้ไม่อาจใช้ประเมินมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ได้

7) วิธีพิเศษ

เป็นการคิดที่แยกจากการประเมินด้วยวิธีพื้นฐานโดยการค้นคว้า การสังสม ประสบการณ์ หรืออาศัยตรรกะความน่าจะเป็นเพื่อที่จะให้ได้ข้อเท็จจริงที่จะนำมาเป็นข้อมูลมาดำเนินการประเมินมูลค่าด้วยวิธีการพื้นฐานหรือวิธีการประเมินอื่น ๆ ต่อไป ดังนั้น การประเมินด้วยวิธีพิเศษนี้ที่ทำการประเมินด้วยวิธีการที่คิดค้นโดยอาศัยการค้นคว้า ประสบการณ์ และเหตุผลซึ่งเกิดจากผู้ที่มีประสบการณ์หลาย ๆ ด้านเพื่อทำการประเมินทรัพย์สินเฉพาะเจาะจงย่อมเหมาะสมกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีลักษณะเฉพาะไม่เหมือนกับทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่ผู้ได้รับอนุญัตมีสิทธิแต่เพียงการใช้ชื่อแหล่งภูมิศาสตร์เท่านั้นแต่ไม่มีสิทธิในสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แต่เพียงผู้เดียว

8) วิธี Monte Carlo

เป็นวิธีที่ใช้การคำนวณกระแสเงินสดคิดลด (Discount Cash Flow Method หรือ DCF) โดยอาศัยขอบเขตข้อมูลทางสถิติในการประมาณการมูลค่าทรัพย์สิน แต่การประเมินด้วยวิธีนี้ต้องใช้ข้อมูลทางสถิติ หากทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ไม่มีข้อมูลสถิติที่เพียงพอก็ไม่อาจประเมินมูลค่าด้วยวิธีนี้ได้ หากข้อมูลที่ได้รับไม่เพียงพอก็จะทำให้การสะท้อนมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่ตรงกับความเป็นจริง

9) วิธี Option Valuation Methods

ใช้กับกรณีที่มีการใช้จ่ายแล้วต้องรอการคืนทุนที่มีระยะเวลานาน โดยคิดถึงระยะเวลาและความเสี่ยงสูงสุดที่จะเกิดกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง แต่ต้นทุนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นคืออะไรหากแยกต้นทุนของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ออกจากต้นทุนอย่างอื่นไม่ได้การประเมินราคาของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ก็ไม่อาจที่จะทำได้

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิบัตรดิจิทัล และไม่มีต้นทุนล้วนแต่มีลักษณะที่แตกต่างกันการประเมินราคาจึงต้องใช้วิธีการที่ต่างกัน จึงควรที่จะมีการคิดค้นและควบคุมวิธีการประเมินราคาให้มีมาตรฐานไปในทิศทางเดียวกัน จึงต้องศึกษาวิธีการประเมินของประเทศไทยด้วย

3.1.2.3 การประเมินมูลค่าทรัพย์สิน

วิธีการประเมินราคาทรัพย์สินนั้นจะมีวิธีการหลัก ๆ อยู่ 3 วิธีซึ่งสอดคล้องกับวิธีการประเมินราคาของบริษัทที่ทำการประเมินในประเทศไทย เช่น บริษัท เบรินท์ โจ โคโนเซนส์ คอนซัลติง จำกัด (Brent Joe Cosens Consulting Co., Ltd.)²⁵ ที่ใช้วิธีการประเมินโดยวิธีการหลักทั้งสามวิธีในการประเมินอสังหาริมทรัพย์ เครื่องจักร เรือเดินทะเลและทรัพย์สิน แต่การประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจำเป็นต้องใช้วิธีการเฉพาะเพื่อสะท้อนมูลค่าที่แท้จริงเพื่อนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สถาบันการเงินที่รับทรัพย์สินไว้เป็นหลักประกันและราคาที่เหมาะสมผลต่อการให้สินเชื่อแก่ผู้ให้หลักประกันเพื่อนำไปใช้ดำเนินธุรกิจการค้าต่อไปให้เกิดสภาพคล่อง ทั้งนี้ นอกจากวิธีการประเมินมูลค่าแล้วการประเมินมูลค่าของผู้ประเมินมูลค่ายังต้องพิจารณาสิ่งต่าง ๆ ประกอบด้วย

แม้จะใช้วิธีการประเมินพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นในการประเมินทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแต่ต้องคำนึงรายละเอียดและเหตุผลในวิธีการประเมินด้วย เช่น ความอ่อนไหวของผลลัพธ์ รวมถึงปัจจัยต่าง ๆ เช่น การผลิต การตลาด กฎหมาย การบัญชี การบริหารจัดการข้อมูล โดยการประเมินจะต้องมีความน่าเชื่อถือและมีเหตุผลที่ทำให้เห็นสอดคล้องกันไปกับผู้ประเมินที่จะไม่ทำให้เกิดข้อพิพาท การตรวจสอบการประเมินมูลค่าต้องเป็นกระบวนการตรวจสอบอันเปิดเผยและชัดเจน โดยวิธีการประเมินมูลค่านั้นมีวิธีการที่จะนำมาใช้ได้หลายวิธีไม่ว่าจะเป็นวิธีการประเมินของสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษหรือประเทศไทย แต่ก็ต้องมีวิธีการประเมินที่มีมาตรฐานและเป็นไปในทิศทางเดียวกันซึ่งต้องทำให้สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงและได้มาตรฐานในแต่ละหน่วยงานที่ทำการประเมินแม้วิธีการประเมินจะแตกต่างกันก็ตาม ดังนั้น การประเมินมูลค่า วิธีการประเมินมูลค่า และปัจจัยที่ต้องคำนึงในด้านต่าง ๆ จะต้องมีความมาตรฐานที่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแตกต่างกันจนมากเกินไปจนสมควรในการนำมูลค่านั้นไปใช้เพื่อเป็นหลักประกันทางธุรกิจหรือการบังคับคดีเมื่อมีเหตุที่จะต้องบังคับหลักประกัน โดยการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาที่นำมาเป็นหลักประกันมี

²⁵ บริษัท เบรินท์ โจ โคโนเซนส์ คอนซัลติง จำกัด. *หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สิน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bjcc.co.th/standard.html>. [2561, 3 พฤษภาคม].

การประกาศร่วมกันของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทยที่กำหนดวิธีการไว้ดังนี้²⁶

1) วิธีคิดจากอัตราทุน (Direct Capitalization Approach)

วิธีนี้เป็นกรรมวิธีในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินเชิงเปรียบเทียบวิธีหนึ่งซึ่งพิจารณารายได้และค่าใช้จ่ายของทรัพย์สินที่ประเมินและทำการประเมินมูลค่าโดยหารรายได้สุทธิ (NOI – Net Operating Income) ด้วยอัตราผลตอบแทนเป็นร้อยละที่คาดว่าจะได้รับจากทรัพย์สิน (Capitalization Rate) เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างอัตราผลตอบแทนรวมกับรายได้สุทธิเพียง 1 ปี ซึ่งการประเมินทรัพย์สินด้วยวิธีดังกล่าวมีอาจใช้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นใหม่ได้เนื่องจากรายได้สุทธิอาจไม่มีเสถียรภาพ โดยเฉพาะสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ขึ้นทะเบียนใหม่

2) วิธีคิดลดกระแสเงินสด (Discounted Cash Flow Approach หรือ DCF)

เป็นวิธีการคำนวณกระแสรายได้สุทธิ (NOI – Net Operating Income) ในอนาคตแล้วทอนเป็นมูลค่าปัจจุบันด้วยอัตราคิดลดที่เหมาะสมโดยปกติระยะเวลาในการคำนวณอัตราคิดลดจะสั้นกว่าระยะเวลาที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือระยะเวลาที่กฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้น โดยต้องคำนึงถึงระยะเวลาที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Economic Life)²⁷ ระยะเวลาที่กฎหมายคุ้มครอง (Legal Life) อัตราผลตอบแทนและอัตราคิดลด²⁸ การกำหนดมูลค่าสุดท้าย (Terminal Value)²⁹ การตรวจสอบทรัพย์สิน และการพิจารณามูลค่าทรัพย์สิน แต่

²⁶ สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หัวข้อ แนวทางการประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญา

²⁷ ระยะเวลาที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Economic Life) เป็นระยะเวลาที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาคาดว่าจะได้รับ เช่น อายุความคุ้มครอง

²⁸ อัตราผลตอบแทนและอัตราคิดลด เป็นการพิจารณาข้อมูลของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือจากการเปรียบเทียบระหว่างกันหรือพิจารณาจากปัจจัยความเสี่ยงของธุรกิจหรือประเภทของทรัพย์สินนั้นซึ่งผู้ประเมินมูลค่าทรัพย์สินต้องสามารถอธิบายที่มาที่ไปของอัตราคิดลด (Discount Rate) และอัตราผลตอบแทน (อัตราทุน Capitalization Rate) ได้อย่างสมเหตุสมผล มีหลักฐานอ้างอิงได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ การแปลงกระแสรายได้สุทธิเป็นมูลค่าปัจจุบันให้พิจารณาจากเวลาที่เติบโตและอัตราความเสี่ยงประกอบกัน

²⁹ การกำหนดมูลค่าสุดท้าย (Terminal Value) ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาโดยวิธีนี้ต้องทำความเข้าใจต่ออายุการใช้งาน รวมทั้งศักยภาพในการประกอบการและทำกำไรในระยะยาวแบบไม่จำกัดเวลา ซึ่งจะต้องวิเคราะห์คุณลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาในประเภทนั้น ๆ ว่า เมื่อวิเคราะห์แบบจำลองทางการเงิน หรือการจัดทำประมาณการทางการเงินของทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ ควรที่จะมีมูลค่าสุดท้ายหรือไม่ อย่างไร

อย่างไรก็ดี วิธีการนี้มีได้พิจารณาถึงความเสี่ยงหรือลักษณะการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทที่มีเอกลักษณ์เฉพาะอย่างเช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นสิทธิชุมชนผู้ใช้ชื่อสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นผู้ที่มีสิทธิที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ชื่อเท่านั้นมิใช่เจ้าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เช่นเดียวกับเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ควรคำนึงถึงความเสี่ยงต่าง ๆ และลักษณะการคุ้มครองอันส่งผลต่อมูลค่าด้วย

3.1.2.4 องค์ประกอบในการประเมินมูลค่า

นอกจากวิธีการประเมินราคาแล้วองค์ประกอบในการประเมินราคาย่อมเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญในการประเมินราคาด้วย โดยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นแนวทางในการนำมาปรับใช้กับการประเมินราคา

แนวทางการประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยตามประกาศร่วมของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมูลค่าไม่เกิน 3 ล้านบาท หากเกินกว่า 3 ล้านบาทเพียงแต่กำหนดว่าจะต้องมีมาตรฐานมากกว่าประกาศฉบับนี้แต่มิได้มีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม การประเมินราคาทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องใช้ความรอบคอบและระมัดระวังโดยใช้ข้อมูลทางด้านการตลาด การผลิต คุณลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญานั้น ๆ และวิเคราะห์แสดงให้เห็นถึงศักยภาพในการก่อให้เกิดรายได้ของทรัพย์สินทางปัญญาเพื่ออ้างอิงผลการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญา โดยประกาศร่วมดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาถึงข้อมูลทางด้านเอกสารหลักฐานและรายละเอียดขอบเขตและระยะเวลาการคุ้มครองของทรัพย์สินทางปัญญา แผนธุรกิจ (Business Plan) ของผู้ให้หลักประกัน ประเมินการทางการเงิน ผลประกอบการ ข้อมูลรวมทั้งเอกสารหลักฐานที่จำเป็น และข้อมูลแสดงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา

การประเมินที่สมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทยประกาศร่วมกันจะต้องมีการพิจารณาเกี่ยวกับการประเมินมูลค่า คือ วัตถุประสงค์ของการประเมินว่าจะประเมินเพื่ออะไรเนื่องจากเหตุที่จะนำทรัพย์สินทางปัญญาไปใช้ที่แตกต่างกันย่อมทำให้การประเมินมูลค่านั้นแตกต่างกันด้วย เช่น การใช้ประกันการกู้เงินก็ต้องการหามูลค่าที่แท้จริงในขณะนั้นเพื่อพิจารณานุมัติสินเชื่อ หรือการนำทรัพย์สินทางปัญญาไปขายก็ต้องการพิจารณาถึงรายได้ที่อาจได้มาในอนาคตด้วย นิยามศัพท์การประเมินมูลค่า รายละเอียดทรัพย์สินทางปัญญา ขอบเขตและเงื่อนไขในการประเมินมูลค่า หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่า และวิธีการประเมินมูลค่า เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษที่ต้องมีองค์ประกอบในการพิจารณา คือ ประเภท

ทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเมิน วัตถุประสงค์ที่ทำการประเมิน มูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเมิน ผลกระทบทางด้านกฎหมาย ภาษี การเงินหรือด้านธุรกิจอื่น ๆ ต่อวิธีการประเมิน และวันเวลาที่ประเมิน³⁰ ส่วนการประเมินมูลค่าของสหรัฐอเมริกาต้องมีลักษณะของข้อมูลอื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่จะนำมาประเมินมูลค่า ผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง วันที่ทำการประเมิน วัตถุประสงค์ที่จะนำการประเมินไปใช้ วิธีการประเมินมูลค่า มาตรฐานและนิยามคำว่า “มูลค่า” ในการประเมิน สมมติฐาน เงื่อนไขและข้อจำกัดที่ระบุถึงขอบเขตในการประเมิน แหล่งที่มาของข้อมูล ผลกระทบของข้อสัญญาหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง³¹

ดังนั้น องค์ประกอบหรือปัจจัยอื่น ๆ ที่ใช้ในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษนั้นมีความใกล้เคียงกัน แต่องค์ประกอบหรือปัจจัยอื่น ๆ ที่นำมาประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างทรัพย์สินทางปัญญาของสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่น่าสนใจอย่างหนึ่ง คือ ผลกระทบทางด้านกฎหมาย ภาษี การเงิน ข้อสัญญาหรือด้านธุรกิจอื่น ๆ ที่มีต่อวิธีการประเมิน ซึ่งประเทศไทยมิได้มีกำหนดไว้ให้พิจารณาถึงแต่ข้อสัญญา กฎหมาย และภาษีมียผลกระทบอย่างมากในการดำเนินธุรกิจจึงควรมีการพิจารณาถึงด้วยเนื่องจากข้อสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาให้ใช้สิทธิหรือสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ กฎหมายที่ให้การคุ้มครองหรืออนุญาตให้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ หรือภาษีที่จัดเก็บมากขึ้นหรือน้อยลง ปัจจัยที่กล่าวมาจึงมีความเกี่ยวข้องกับมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ทั้งสิ้น ดังนั้น ควรมีการกำหนดเป็นข้อที่ต้องพิจารณาถึงในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีเอกลักษณ์เฉพาะที่ไม่ใช้สิทธิเด็ดขาดของผู้หนึ่งผู้ใด

สหรัฐอเมริกายังมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าในทางเศรษฐศาสตร์จะต้องมีลักษณะ³² ดังนี้

- 1) ลักษณะเฉพาะที่ทำการอธิบายเป็นรูปธรรมได้ เช่น คำนิยามของคำว่า “ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง” ตามประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code) มาตรา 936 (h) (3) (B) หรือคำนิยามตาม Treasury Regulation section 1.482-4 (b)
- 2) กฎหมายรับรองและคุ้มครองซึ่งอาจเป็นการคุ้มครองสิทธิพร้อมไปกับสิทธิที่เหนือกว่า
- 3) สิทธินั้นต้องเป็นสิทธิของผู้เป็นเจ้าของและจำหน่ายจ่ายโอนต่อไปได้
- 4) ทำการวัดจำนวนผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้

³⁰ ศรตม์ ดิษฐปาน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 59.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93-96.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-99.

5) มีศักยภาพที่เมื่อใช้ร่วมกับสินทรัพย์ชนิดอื่นแล้วสามารถเพิ่มมูลค่าได้

หากพิจารณาลักษณะทรัพย์สินทางปัญญาประเภทสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วย่อมเป็นทรัพย์สินที่มีราคาและอาจถือเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และ 138 ที่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 ให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิของผู้ที่มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และสิทธิที่ได้รับอนุญาตให้นำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์เป็นสิทธิของบุคคลที่ทำตามเงื่อนไขที่ขึ้นทะเบียนไว้ ซึ่งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์อาจขอใช้ได้จากผู้ประกอบการในท้องถิ่นนั้นและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยที่เป็นประเทศที่ทำการเกษตรกรรมจึงมีสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จำนวนมาก อีกทั้ง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีหน้าที่ในการบ่งบอกถึงคุณภาพชื่อเสียง และคุณลักษณะเฉพาะเมื่อใช้กับสินค้าย่อมก่อให้เกิดมูลค่าที่มากขึ้น ดังนั้น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่พิจารณาตามลักษณะทางเศรษฐศาสตร์แล้วจึงมีมูลค่าในทางเศรษฐศาสตร์ เมื่อพิจารณาได้ว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มีมูลค่าแล้วก็น่าจะอาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่ถ้าพิจารณาถึงสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยตรงที่ไม่มีบุคคลใดเป็นเจ้าของสิทธิชุมชนนั้นย่อมขาดลักษณะข้อ (3) ที่ไม่ใช่เจ้าของและไม่มีสิทธิที่จะนำไปจำหน่ายจ่ายโอนได้ จึงไม่มีมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่อย่างไรก็ดี หากมีกรณีที่สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นสิทธิชุมชนแล้วคนในชุมชนก่อตั้งวิสาหกิจชุมชนหรือบริษัทเพื่อทำสินค้าที่ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จนก่อให้เกิดผู้ใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แต่เพียงผู้เดียวแล้ว การนำสิทธิชุมชนดังกล่าวมาเพื่อเป็นหลักประกันย่อมทำได้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการประเมินเพื่อหามูลค่าที่แท้จริง อีกทั้งสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์กับกระบวนการผลิตของผู้ที่นำกิจการมาเป็นหลักประกันพร้อมกับสิทธิในการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้วก็มีความจำเป็นต้องมีการประเมินมูลค่าเช่นกัน

กรณีสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นแม้จะไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ก็ตามแต่สินทรัพย์ดิจิทัลก็มีมูลค่าที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้โดยสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่นเดียวกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่มีมูลค่าชัดเจนมากกว่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงมีความเหมาะสมในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งสินทรัพย์ดิจิทัลอาจมีลักษณะคล้ายหุ้นแต่ก็มีใช้หุ้นที่จะใช้วิธีการประเมินมูลค่าหุ้นได้ทุกประเภทสินทรัพย์ดิจิทัลด้วยวิธีการประเมินโดยการคิดลดเงินปันผล (Dividend Discounted Model หรือ DDM) อันเป็นการคำนวณด้วยการคาดการณ์เงินปันผลที่เท่ากันทุกงวด (Zero Growth Dividend) หรือมีการเติบโตเท่ากันทุก ๆ ปี (Constant Growth Dividend) ของหุ้นที่ไม่มีวันครบกำหนดอายุ (Going Concern) โดยนำเงินปันผลมาคิดลดจนเป็นมูลค่าปัจจุบัน และวิธีการประเมินมูลค่าหุ้นโดยสัมพัทธ์ (Relative Method) ที่คำนึงถึงตัวแปรทางบัญชีที่จะทำการซื้อ เช่น กำไรต่อหุ้น มูลค่าทางบัญชีต่อหุ้น เนื่องจากการประเมินทั้งสองแบบจะต้องมีข้อมูลที่จะทำการ

ประเมินไม่ว่าจะเป็นเงินปันผล มูลค่าทางบัญชี กำไร ซึ่งในสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทคริปโตเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) ไม่มีบริษัทที่เป็นผู้ออกเป็นเพียงสื่อกลางคล้ายเงินเท่านั้น แต่สินทรัพย์ดิจิทัลประเภทโทเคนดิจิทัล (Digital Token) มีบริษัทที่ทำการระดมทุนโดยใช้สินทรัพย์ดิจิทัลโดยตรงที่อาจทำการประเมินมูลค่าหุ้นได้³³

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์และสินทรัพย์ดิจิทัลมีมูลค่าที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่เมื่อเปรียบเทียบสินทรัพย์ดิจิทัลกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์แล้ว การประเมินมูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถประเมินได้จากข้อมูลด้านอื่น ๆ จึงทำให้สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงโดยใช้วิธีการประเมินมูลค่าหุ้นได้ แต่การประเมินมูลค่าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ไม่อาจใช้วิธีการประเมินทรัพย์สินทางปัญญาที่กำหนดไว้ได้

อย่างไรก็ตามกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559 ข้อ 6 นั้นมีการกำหนดด้วยหากมีรายการเกี่ยวกับราคาที่จะประเมินจากหน่วยงานต่าง ๆ คือ (1) สำนักประเมินราคาทรัพย์สิน กรมธนารักษ์ (2) ผู้เชี่ยวชาญ (3) เจ้าพนักงานบังคับคดี (4) เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์สิน กรมบังคับคดี และ (5) ราคาที่คณะกรรมการกำหนดราคาทรัพย์สิน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดอาจมีราคาจากหลาย ๆ หน่วยงานนำมาใช้ประกอบการตัดสินใจเพื่อประเมินมูลค่าสินทรัพย์สินนั้น ๆ ดังนั้น จะเห็นว่าราคาประเมินจากหน่วยงานที่ต่างกันย่อมมีผลต่อการให้ราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

จากการศึกษาข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยไม่มีหน่วยงานที่กำกับดูแลผู้ประเมินมูลค่า โดยเฉพาะเจาะจง หากผู้ประเมินมูลค่าสังกัดอยู่กับหน่วยงานใดย่อมต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการของหน่วยงานนั้นเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นครุสมสมบัติของผู้ประเมินมูลค่า วิธีการประเมินมูลค่า และแนวทางการประเมินมูลค่าด้วย แม้จะมีการประกาศร่วมของสมาคมผู้ประเมินค่าทรัพย์สินแห่งประเทศไทยร่วมกับสมาคมนักประเมินราคาอิสระไทย ประกาศที่ 6/2559 เรื่องแนวทางและวิธีปฏิบัติในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่ต้องปฏิบัติตามแต่ก็หาได้มีผลต่อผู้ประเมินของหน่วยงานอื่น ๆ ด้วย การที่ไม่มีหน่วยงานกำกับดูแลโดยเฉพาะจึงมีผลต่อมาตรฐานการประเมินมูลค่าเพราะยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้กับผู้ประเมินมูลค่าทั้งหมด อีกทั้งวิธีการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินทางปัญญาแม้จะมีวิธีการที่กำหนดไว้โดยเฉพาะทรัพย์สินทางปัญญาแล้วแต่ก็ไม่มีการประเมินมูลค่าสำหรับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์โดยเฉพาะที่จะทำการพิจารณาถึงความเสี่ยงและลักษณะการคุ้มครองที่มีผลต่อมูลค่าของสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น การประเมินมูลค่าต้องมีหน่วยงานกำกับดูแล โดยเฉพาะเพื่อคัดเลือกผู้

³³ SET. (2558). *การประเมินมูลค่าหุ้น*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.set.or.th/education/th/begin/stock_content05.pdf. [2561, 8 สิงหาคม].

ประเมินที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในการประเมินทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง อาทิ ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิบัตรดิจิทัล หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าต่อเศรษฐกิจในอนาคตที่จะเกิดขึ้น นอกจากผู้ประเมินแล้วควรมีการกำกับดูแลวิธีการประเมินเพื่อมิให้เกิดความเหลื่อมล้ำในราคาที่สามารถส่งผลกระทบต่อเกิดสัญญาหลักประกันทางธุรกิจด้วย รวมถึงแนวทางในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องมีการพิจารณาเรื่องผลกระทบที่มีต่อทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างเช่นกฎหมาย ภาษี การเงิน ข้อสัญญา และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการสะท้อนมูลค่าที่แท้จริงได้

3.2 การบังคับหลักประกันทางธุรกิจ

การบังคับหลักประกันทางธุรกิจจะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหนี้หรือผู้รับหลักประกันมีสิทธิอันเกิดจากสัญญาหรือกฎหมายที่จะได้รับชำระหนี้ที่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันได้กู้ยืมไปเพื่อดำเนินธุรกิจ ซึ่งการบังคับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จะต้องแยกการบังคับหลักประกันทางธุรกิจออกเป็นการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ และการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน โดยทรัพย์สินตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หลักประกันทางธุรกิจไม่ว่าจะเป็นกิจการหรือทรัพย์สินอาจเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จึงต้องพิจารณาถึงการบังคับหลักประกันว่ามีการบังคับหลักประกันอย่างไร

3.2.1 วิธีการบังคับหลักประกันทางธุรกิจ

การบังคับคดีมาจากหลักการต่าง ๆ คือ (1) หลักการบังคับชำระหนี้ที่มีทฤษฎีว่าด้วยสภาพบังคับ (The Sanction Theory) ที่มาจากสำนักความคิดทางกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law School) ซึ่งต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว หากฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมายต้องรับผลตามสภาพบังคับทางอาญาและสภาพบังคับทางแพ่งที่ต้องชำระหนี้ไม่ว่าจะเรียกให้ชำระหนี้หรือดำเนินกระทำการ (2) หลักสุจริต (The Principle of Good Faith) ที่ต้องชำระหนี้โดยสุจริตตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และ (3) หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (Nemo Dat Qui Non Habet) หากเกิดการย้ายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ก็เพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่การบังคับหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันมีการบังคับตามประเภทของทรัพย์สินที่แตกต่างกันระหว่างการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการและการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีอำนาจบังคับหลักประกันและวิธีการบังคับหลักประกัน จึงต้องศึกษาว่ามีปัญหาในการบังคับหลักประกันอย่างไร

3.2.1.1 ลักษณะการบังคับหลักประกัน

การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่อง จำนองและจำนำ จะสามารถขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องได้ แต่ผู้ที่จะทำการขายทอดตลาดจะต้องดำเนินการอย่างไรและเป็นการบังคับทรัพย์สินเนื่องด้วยสาเหตุใด

1) การบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการทางศาล (Judicial Foreclosure)³⁴

การบังคับคดีผ่านกระบวนการทางศาลเป็นวิธีการที่กฎหมายกำหนดว่าเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สิน ซึ่งการบังคับชำระหนี้ผ่านกระบวนการศาลจะมีขั้นตอนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อนำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาขายทอดตลาดหรือด้วยวิธีอื่นเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่วิธีการบังคับหลักประกันผ่านกระบวนการของศาลย่อมมีขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายได้กำหนดไว้ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจเท่าที่จำเป็นหากมีสิ่งอื่นที่นอกเหนือจำต้องได้รับอนุญาตจากศาลเป็นกรณี ๆ ไป โดยศาลมีอำนาจในการกำหนดวิธีการบังคับคดีตามมาตรา 271 ประกอบมาตรา 276 ตามที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อให้บังคับคดีตามมาตรา 274 และมาตรา 275

2) การบังคับหลักประกันด้วยตนเอง (Self Help)³⁵

การบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วยตนเอง คือ วิธีการบังคับหลักประกันที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับได้ด้วยตนเอง ตามวิธีการที่กำหนดไว้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาล ซึ่งแต่เดิมจะเป็นกรณีของการจำนำที่สามารถทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากการจำนำแล้วยังมีพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 ที่ใช้วิธีการบังคับหลักประกันด้วยตนเองโดยบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (Thai Asset Management Corporation) ไม่ว่าจะเป็นการจำนองหรือจำนำจะไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล แต่อาจทำได้ 3 วิธีซึ่งรวมถึงการขายทอดตลาด³⁶ ดังนั้น การบังคับหลักประกันที่ทำโดยเจ้าหนี้เองมิใช่มีแต่เพียงกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งการที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเข้าบังคับหลักประกันได้เองจะเป็นการรวดเร็วจึงทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ได้อย่างรวดเร็วเป็นวิธีการที่รับประกันแก่เจ้าหนี้ว่าจะ

³⁴ ยุ่งศักดิ์ เพชรนิล. (2546). *หลักประกันทางธุรกิจและปัญหาการบังคับทรัพย์สินหลักประกัน*. วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 58.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-60.

³⁶ กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. (2544). *คู่มือกฎหมายบรรษัทสินทรัพย์ไทย* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์การเงินการธนาคาร. หน้า 91 และ 102.

ได้รับชำระหนี้ได้บางส่วนหรือทั้งหมดไม่ต้องรอกระบวนการบังคับคดีที่ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทำหน้าที่ซึ่งอาจเกิดความล่าช้าได้เหมือนกับที่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 276 การที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถเข้าบังคับหลักประกันได้เองเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการที่มีวิธีการดังกล่าวเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้แต่ก็อาจเป็นต้นเหตุแห่งการเอาผิดเอาเปรียบลูกหนี้และผู้ให้หลักประกันได้เช่นกัน เนื่องจากความรวดเร็วที่เกิดจากการบังคับคดีย่อมอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในหลาย ๆ เรื่อง เช่น ราคาที่ขายทอดตลาดได้ วิธีการขายทอดตลาด ซึ่งจะต้องกลับไปยังกระบวนการทางศาลอยู่นั่นเอง การบังคับคดีแม้จะไม่ได้ผ่านกระบวนการศาลโดยเป็นอิสระของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันก็ตามแต่ก็ควรที่จะมีผู้ที่คอยกำกับดูแลการบังคับหลักประกันเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งในการบังคับคดีที่จะไม่เป็นไปโดยเจตนาารมณ์ของกฎหมายที่จะให้เกิดความรวดเร็วในการบังคับคดีเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ในการชำระหนี้

3.2.1.2 การบังคับหลักประกัน โดยการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาด หมายถึง ขายโดยเปิดเผยแก่มหาชนโดยวิธีให้โอกาสแก่ผู้ประมูล ผู้ราคา ผู้ใดให้ราคาสูงสุดก็มีสิทธิซื้อทรัพย์สินนั้นได้ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และ Black's Law Dictionary³⁷ ได้อธิบายคำว่า “ขายทอดตลาด” คือ การขายทรัพย์สินต่อสาธารณชน โดยจะขายทรัพย์สินให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุด การขายทอดตลาดกระทำโดยผู้ที่ได้รับอนุญาตและมีอำนาจตามวัตถุประสงค์ในการขายนั้น คือ ผู้ทอดตลาดซึ่งอาจเป็นบุคคลที่ผู้ขายจ้างมาและมีฐานะเป็นตัวแทนผู้ขาย แต่อย่างไรก็ตาม ฐานะของผู้ทอดตลาดเมื่อทรัพย์สินถูกนำเข้าสู่กระบวนการขายทอดตลาดก็เป็นตัวแทนผู้ขายด้วยโดยจะมีการกำหนดราคาขั้นต่ำวันแต่ไม่มีความจำเป็นที่จะกำหนด ทั้งนี้ การขายทอดตลาดจะบริบูรณ์ต่อเมื่อมีการเคาะไม้หรือวิธีอื่นใดตามประเพณีการขายทอดตลาด

ส่วน Dictionary of Commercial Law³⁸ ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ขายทอดตลาด” ซึ่งสอดคล้องไปกับ Black's Law Dictionary คือ การขายทอดตลาดจะบริบูรณ์เมื่อผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยการเคาะไม้หรือวิธีอื่นใดตามประเพณีซึ่งต้องมีการแจ้งให้ทราบราคาขั้นต่ำถ้าไม่ถึงราคาขั้นต่ำก็ไม่อาจขายได้หากมีการขายต้องถูกเพิกถอน ทั้งนี้ อาจฟ้องฐานฉ้อโกงได้หากการขายนั้นกระทำไปโดยไม่ถูกต้องแต่ถ้าไม่มีการขายจะไม่ผิดสัญญาและไม่อาจฟ้องได้ ดังนั้น การขายทอดตลาดจึงเป็นการเข้าประมูลราคาแบบฮอลันดา (Dutch Auction) ที่จะได้กล่าวต่อไป ซึ่งจะทำให้การขายต่อเมื่อมีการเสนอราคาสูงสุดที่ไม่ต่ำกว่าราคาขั้นต่ำที่กำหนดไว้

³⁷ Henry Campbell. (1990). *Black's Law Dictionary*. S. T. Paul Minn: West Pub. p. 119.

³⁸ A. H. Hudson. (1983). *Dictionary of Commercial Law*. London: Butterworths. p. 23.

การขายทอดตลาดของประเทศไทยจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ชื่อขาย หมวดการซื้อขายเฉพาะอย่าง ส่วนที่ 3 ขายทอดตลาด มาตรา 509 – 517 โดยเป็นไปตามคำนิยามของ Black's Law Dictionary และ Dictionary of Commercial Law ที่การขายทอดตลาดจะสมบูรณ์ต่อเมื่อผู้ทอดตลาดเคาะไม้และผู้ซื้อต้องทำตามที่ผู้ทอดตลาดโฆษณา ซึ่งผู้ทอดตลาดมีอำนาจเพิกถอนการขายหากราคาสูงสุดไม่เพียงพอ แต่การขายทอดตลาดมิใช่จะมีวิธีการเดียวซึ่งจะทำการศึกษาต่อไป

3.2.1.3 วิธีการขายทอดตลาด

การบังคับคดีด้วยวิธีการใดจะต้องทำโดยสุจริตและไม่มีผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยต้องทำอย่างมีประสิทธิภาพก่อให้เกิดความยุติธรรม และต้องมีความรวดเร็วตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความล่าช้าคือการปฏิเสธความยุติธรรม” เนื่องจากการบังคับคดีที่ล่าช้ามูลค่าของทรัพย์สินอาจลดลงจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทุกฝ่ายไม่ว่าเจ้าหนี้ที่อาจได้รับชดเชยน้อยลงและลูกหนี้ที่ยังเหลือหนี้ที่มากขึ้น ทั้งนี้ การบังคับคดีต้องมีความสะดวกและเสียค่าใช้จ่ายน้อยเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การขายทอดตลาดจึงเป็นวิธีหนึ่งที่จะใช้ในการบังคับคดีไม่ว่าจะมีการบังคับคดีขายทอดตลาดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือบังคับคดีขายทอดตลาดด้วยเจ้าหนี้เอง จึงต้องทำการศึกษากการขายทอดตลาด ดังต่อไปนี้³⁹

1) การขายทอดตลาดแบบการยื่นซองเสนอราคา เป็นการยื่นซองเสนอราคาต่อผู้ขายทอดตลาด (Sealed Bid or Written Bid) ทำให้ไม่มีผู้รู้ราคาที่เสนอ โดยการยื่นซองเสนอราคาจะมีด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ (1) การชำระราคาลำดับแรก (First Price Auction) ที่ผู้ชนะประมูลจะชำระตามที่เสนอไว้ และ (2) การชำระราคาลำดับสอง (Second Price Auction) ที่ผู้ชนะประมูลจะทำการชำระราคาที่เสนอโดยผู้ประมูลได้อันดับสอง⁴⁰ การขายทอดตลาดแบบนี้เป็นการขายที่อาจได้ราคาที่แท้จริงของทรัพย์สินที่ขายเนื่องจากผู้เข้าร่วมในการประมูลจะต้องเสนอราคาที่เป็นไปได้ที่จะเป็นผู้ที่ชนะประมูลแต่ไม่สูงจนเกินกว่าความจริงที่จะนำไปใช้ประโยชน์ในทางเศรษฐศาสตร์ได้เมื่อเปรียบเทียบกับราคาของทรัพย์สินนั้น แต่อย่างไรก็ดี อาจเกิดการทุจริตในการประมูลจากผู้ทำหน้าที่ในการตัดสินได้เว้นแต่จะมีการเปิดเผยข้อมูลในภายหลัง

³⁹ โหติ จ้ายหนองบัว. *กระบวนการบังคับคดีหุ้นที่ยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.dpu.ac.th/graduate/upload/content/files/ปีที่%204%20ฉบับที่%202%20เดือนธันวาคม%202558%20-%20มีนาคม%202559/vol4-2-8.pdf>. [2561, 8 สิงหาคม].

⁴⁰ Theerasak Maneeneim. (2556). *เศรษฐศาสตร์ กับ วิธีประมูล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://mairai.wordpress.com/2013/12/26/auction-exper/>. [2561, 8 สิงหาคม].

2) การขายทอดตลาดแบบฮอลันดา (Dutch Auction) เป็นการบอกราคาสูงสุดเพื่อให้มีผู้ที่สนองรับราคา หากไม่มีผู้สนองรับรองราคาก็จะมีการลดราคาให้ต่ำลงเรื่อย ๆ จนมีผู้สนองรับราคา เมื่อมีการรับราคาดังกล่าวแล้วก็จะทำการขายให้แก่ผู้สนองรับราคานั้น จึงเป็นวิธีการที่ไม่ซับซ้อนแต่ก็อาจเกิดการร่วมมือกันทำให้ได้ราคาที่ต่ำกว่าความเป็นจริงง่ายกว่าวิธีการยื่นซองเสนอราคาโดยให้มีผู้ที่เข้าไปทำการร่วมประมูลหรือตกลงกับผู้ร่วมประมูลอื่น ๆ แบ่งทรัพย์สินที่ทำการประมูลกันโดยไม่ประมูลแข่งขันเองทำให้เกิดผลเสียแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ที่จะเสียโอกาส ดังนั้นแม้จะเป็นวิธีการที่รวดเร็วแต่ก็มีการทุจริตในการประมูลได้ง่ายกว่าวิธีการยื่นซองเสนอราคา

3) การขายทอดตลาดแบบอังกฤษ (English Auction) เป็นการประมูลแบบยื่นซองแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงการเสนอราคาได้จากผู้ที่สู้ราคาและผู้ขายเชิญเข้ามาประมูลเสนอราคา จึงมีผลให้ราคาของทรัพย์สินสูงขึ้นและผู้ที่เสนอราคาสูงสุดจะเป็นผู้ชนะประมูล แต่อย่างไรก็ตาม การประมูลราคาแบบนี้จะมีข้อบกพร่องเช่นเดียวกับการยื่นซองเสนอราคา คือ อาจเกิดการทุจริตในการร่วมมือการเสนอราคาจนก่อให้เกิดความเสียหายได้ และการยื่นซองเสนอราคาหลายครั้งอาจเกิดความล่าช้ามากกว่าวิธีการแบบฮอลันดา แต่การยื่นซองประมูลที่มีวิธีการจัดการที่ดีจะส่งผลที่ดีต่อการประมูลเนื่องจากจะไม่มีผู้ใดล่วงรู้ถึงราคาที่ฝ่ายอื่น ๆ เสนอทำให้ต้องทำการเสนอราคาที่เหมาะสมด้วย

การบังคับคดีโดยการขายทอดตลาดของประเทศไทยนอกจากการบังคับหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกัน พ.ศ. 2558 ยังมีการบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีทำการขายทอดตลาดทรัพย์สิน โดยการยกป้ายประมูลหรือวิธีอื่น⁴¹ เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ด้วย จึงต้องศึกษาว่าการบังคับคดีตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มีวิธีการใดบ้าง

3.2.1.4 ประเภทการขายทอดตลาด

การขายทอดตลาดอาจทำได้โดยบุคคลหลายประเภทที่ทำหน้าต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการขายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนหรือตามคำสั่งที่ทำการขายทอดตลาดซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับราคาที่จะได้รับเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ จึงสามารถแบ่งจากลักษณะของการขายทอดตลาดได้เป็น 3 ประเภท คือ

1) การขายทอดตลาดโดยเอกชน

การขายทอดตลาดโดยเอกชนอาจเกิดจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น การรับจำนำสังหาริมทรัพย์ทั่วไปหรือใบประทวนสินค้าตามมาตรา 764 และ 790 การนำทรัพย์สินรวมออกขายทอดตลาดตามมาตรา 1364 ซึ่งทำการขายทอดตลาดเองหรือจ้างให้ผู้อื่นดำเนินการขาย

⁴¹ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559. ข้อ 18.

ทอดตลาดแทนก็ได้⁴² และในปัจจุบันพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติให้ผู้รับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินแล้วขายทอดตลาดได้ทันทีเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกัน รวมทั้งผู้บังคับหลักประกันที่ทำหน้าที่บังคับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยกฎหมายบัญญัติให้จำหน่ายกิจการตามความเหมาะสมซึ่งการขายทอดตลาดก็เป็นวิธีหนึ่งในการจำหน่ายที่ผู้บังคับหลักประกันสามารถทำได้ ดังนั้น การขายทอดตลาดโดยเอกชนจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่ควรมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนวิธีการที่เหมาะสมแก่การบังคับหลักประกันที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ไม่ว่าจะเป็นวิธีการ ผู้ขายทอดตลาด และการกำหนดราคาที่เหมาะสมต่อไป

2) การขายทอดตลาดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การขายทอดตลาดทรัพย์สิน โดยเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น สถาบันการเงินที่รัฐต้องทำการชำระบัญชีและรวบรวมทรัพย์สินออกขายทอดตลาดตามพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงิน⁴³ หรือในกรณีการค้ำชำระค่าภาษีอากรที่ค้ำชำระตามประมวลกฎหมายรัษฎากร พ.ศ. 2540 มาตรา 12 ดังนั้น วิธีการนี้เป็นวิธีการที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะซึ่งเป็นการขายทอดตลาดที่ไม่ผ่านกระบวนการศาลแม้จะเป็นกระบวนการที่รวดเร็วแต่ก็อาจมีความขัดแย้งเกิดขึ้นได้เนื่องจากการขายทอดตลาดเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่รับผิดชอบที่อาจไม่มีความรู้เกี่ยวกับทรัพย์สินประเภทนั้น ๆ โดยเฉพาะทำให้การขายทอดตลาดไม่มีประสิทธิภาพ อีกทั้งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐอาจเกิดความสับสนเสี่ยงที่จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ จึงเป็นวิธีที่ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการบังคับหลักประกันทางธุรกิจ เมื่อเปรียบเทียบกับผู้บังคับหลักประกันแล้วจะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้มีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการซึ่งมีการกำหนดคุณสมบัติไว้และต้องผ่านการอบรมจึงจะสามารถทำหน้าที่ได้ แต่การบังคับกิจการที่มีทรัพย์สินหลายประเภทอาจเกิดความผิดพลาดได้ จึงควรมีการกำหนดอำนาจในการบังคับหลักประกันตามความรู้ความสามารถด้วย

3) การขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล

การที่ศาลจะมีอำนาจออกคำสั่งให้ขายทอดตลาดได้จะต้องมีการฟ้องร้อง มีคำขอท้ายคำฟ้องถูกต้อง และศาลได้มีคำพิพากษาแล้ว ซึ่งจะทำให้ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีขายทอดตลาดได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษาจึงมีความจำเป็นที่จะต้องยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาออกขายทอดตลาดเพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา อันเป็นวิธีที่มาจากกฎหมายโรมันที่เริ่มมาจากระบบ legis actioned โดยใช้วิธีการ manus iniectio ที่บังคับเอาแตร่างกายของลูกหนี้โดยเจ้าหนี้เอง แต่ภายหลังต้องมีคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในการให้อำนาจ

⁴² ยี่งศักดิ์ เพชรนิล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 67.

⁴³ หมายเหตุท้ายพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

เจ้าหน้าที่เรียกว่า *bonorum venditio* ซึ่งต้องมีการยึดและประกาศโฆษณาเพื่อให้ขอเปลี่ยนทรัพย์สิน และต้องทำการประชุมเจ้าหน้าที่เพื่อตั้ง Magister ให้ทำการประมูล แต่ก็มีเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจยึดทรัพย์สินเกินความจำเป็นจึงมีการให้บังคับโดยเจ้าหน้าที่ศาล (Court Bailiffs) เป็นผู้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้เท่าที่จำเป็น⁴⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่เพียงลำพังเป็นการทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ หากไม่มีกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจนั้น ๆ และเมื่อเกิดความขัดแย้งแล้วจำป็นต้องพึ่งบารมีศาลก็เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาและเสียค่าใช้จ่ายที่มากขึ้น เช่น กรณีของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่เอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน ไม่มีผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการขายทอดตลาดให้ซึ่งอาจเกิดช่องว่างของกฎหมายทำให้ผู้ให้หลักประกันถูกเอาเปรียบจากผู้รับหลักประกันที่มีอำนาจมากกว่าได้ แต่อย่างไรก็ดีการที่ต้องบังคับผ่านกระบวนการศาลก็อาจเป็นการทำให้กระบวนการชำระหนี้ช้าลงได้เนื่องจากคดีที่อยู่ในศาลมีเป็นจำนวนมากแต่บุคลากรที่รับผิดชอบในการดำเนินการมีจำนวนที่จำกัด จึงควรมีผู้ทำหน้าที่ในการดำเนินการบังคับหลักประกันด้วยความยุติธรรมและอยู่ในกฎระเบียบที่กำหนดไว้ให้ อย่างเช่น กรณีของผู้บังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่มีอำนาจบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการ

3.2.2 การบังคับหลักประกันตามประเภทของหลักประกันทางธุรกิจ

ประเภททรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 และได้กำหนดไว้เพิ่มเติมตามกฎกระทรวงซึ่งมีทั้งกิจการ สิทธิ เรียกร้อย สิ้นค้าคงคลัง เครื่องจักร อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินทางปัญญา ไม้ยืนต้น โดยแบ่งการบังคับคดีได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หมวด 5 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินและหมวด 6 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ดังนั้น การบังคับหลักประกันจึงแบ่งได้ 2 ประการ คือ การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการและการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน แต่ต่างจากการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของสหรัฐอเมริกาที่การนำมาเป็นหลักประกันได้ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

3.2.2.1 การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ให้คำนิยามคำว่า “กิจการ” ไว้ในมาตรา 3 ซึ่งหมายความว่า ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้นที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้น

⁴⁴ เผ่าพันธุ์ ชอนน้ำตาล. (2546). *สิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาด: ศึกษากรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18-22.

ให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที โดยบทบัญญัติมาตรา 62 ได้ให้นำบทบัญญัติในหมวด 5 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน มาตรา 35 มาตรา 42 และมาตรา 51 รวมทั้งกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลม

เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันทางธุรกิจแล้วจะต้องมีการบังคับหลักประกันโดยผู้บังคับหลักประกันที่ได้รับใบอนุญาตโดยมีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงได้หลังจากทำตามขั้นตอนของกฎหมายแล้วและทำการจำหน่ายโอนกิจการได้ทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการฟ้องต่อศาล เว้นแต่มีข้อผิดพลาดในการไต่สวนข้อเท็จจริงหรือคำวินิจฉัยมีข้อบกพร่องในสาระสำคัญ ก็อาจดำเนินการทางศาลได้โดยยื่นคำคัดค้านต่อศาล⁴⁵

วิธีการบังคับหลักประกันในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นหลักการใหม่ที่กำหนดให้ผู้ที่มิคุณสมบัติเป็นผู้บังคับหลักประกัน ซึ่งการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการนั้นจะส่งผลดีต่อบุคคลหลาย ๆ ฝ่าย กล่าวคือ ผู้ให้หลักประกันที่นำกิจการมาเป็นหลักประกัน เมื่อทำการจำหน่ายโอนกิจการทั้งหมดจะได้จำนวนเงินมากกว่าการขายทรัพย์สินในกิจการนั้นแยกเป็นส่วน ๆ ไป ทำให้ผู้รับหลักประกันได้รับชำระหนี้มากขึ้นหนี้ที่ค้างชำระน้อยลง ผู้ซื้อกิจการสามารถเข้าดำเนินกิจการต่อได้ทันทีทำให้การลงทุนยังคงมีอยู่และลูกจ้างที่ทำงานในกิจการดังกล่าวก็ยังสามารถทำงานต่อเนื่องไปไม่ถูกเลิกจ้างส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศมากกว่า⁴⁶ จึงต้องทำการศึกษาวิธีการและขั้นตอนการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ

การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่หลักประกันเป็นกิจการจะต้องมีการตกลงเพื่อที่จะตั้งผู้บังคับหลักประกันไว้ในสัญญา ซึ่งผู้บังคับหลักประกันจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาตคนหนึ่งหรือหลายคนตามมาตรา 12 ผู้ที่ทำหน้าที่จะต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านต่าง ๆ ตามมาตรา 55 และมีหลักเกณฑ์ต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาต การขอต่ออายุใบอนุญาต และการขอรับใบแทนใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกัน พ.ศ. 2559 ที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนพิเศษ 110 ง หน้า 14 วันที่ 13 พฤษภาคม 2559 โดยต้องมีความเป็นกลาง มีอิสระ และมีความเป็นธรรมตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดด้วยโดยทำหน้าที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันไม่ว่าผู้ให้หลักประกันหรือผู้รับหลักประกันจะดำเนินการเองหรือมอบอำนาจให้บุคคลคนเดียวหรือหลายคนดำเนินการแทนก็ได้ โดยหลักเกณฑ์และวิธีการไต่สวนให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 66 แล้ว ผู้บังคับหลักประกันต้องมีคำวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกัน

⁴⁵ กาชัย จงจักรพันธ์. (2557). *เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ศรีอนันต์การพิมพ์. หน้า 74-75.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-79.

หรือไม่ หากมีเหตุบังคับหลักประกันต้องระบุจำนวนหนี้ที่ต้องชำระตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ถ้าผู้รับหลักประกันต้องการบังคับหลักประกันให้วินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันแต่ถ้าผู้รับหลักประกันต้องการผ่อนผันก็ให้วินิจฉัยว่ายังไม่มีเหตุบังคับหลักประกันตามมาตรา 67 วรรคสาม แต่ถ้าผู้บังคับหลักประกันเห็นว่ายังไม่มีเหตุบังคับหลักประกันก็ต้องวินิจฉัยว่าไม่มีเหตุบังคับหลักประกันตามมาตรา 67 วรรคสี่ โดยคำวินิจฉัยต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ กรณีที่มีคำวินิจฉัยว่ามีเหตุบังคับหลักประกันแล้วผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันสิ้นสุดลงและให้อำนาจหน้าที่รวมทั้งบรรดาสีทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนของผู้ให้หลักประกันในกิจการที่เป็นหลักประกันยกเว้นสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลตกแก่ผู้บังคับหลักประกันทันทีตามมาตรา 71 ตอนต้น

เมื่อทำการยึดกิจการที่เป็นหลักประกันแล้วผู้บังคับหลักประกันมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 73 คือ บำรุงรักษา จัดการและดำเนินกิจการที่เป็นหลักประกันจนกว่าจะจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันได้ ตรวจสอบและประเมินราคา กำหนดวิธีการที่เหมาะสมและดำเนินการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกัน จัดสรรเงินที่ได้จากการจำหน่ายกิจการที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 74 และอาจจำหน่ายจ่ายโอน เช่า ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในกิจการที่เป็นหลักประกันได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการต่อไปได้

3.2.2.2 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

โดยปกติแล้วการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลที่เปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายต่อสู้คดีอย่างเต็มที่เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากลที่ว่า “Justice delayed is justice denied.”⁴⁷ แต่การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นทรัพย์สินอาจไม่ต้องดำเนินคดีต่อศาลก็ได้ถ้าผู้ครอบครองทรัพย์สินตกลงยินยอมส่งมอบทรัพย์สิน แต่ถ้าไม่ยินยอมส่งมอบทรัพย์สินแล้วก็ต้องดำเนินการในชั้นศาลซึ่งการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติให้มีความกระชับรัดกุมรวดเร็ว⁴⁸

การที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันประเภททรัพย์สินเองก็เนื่องจากแนวความคิดที่ว่า มีคดีที่อยู่ในขั้นตอนการบังคับคดีปริมาณมากแต่บุคลากรมีจำนวนจำกัด

⁴⁷ คำว่า “justice delayed is justice denied” หรือภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “justice différée est justice refuse” เป็นภาษิตกฎหมาย หมายความว่า ถ้ากฎหมายจัดให้มีการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย แต่การเยียวยานั้นมาไม่ทันกาลหรือล่าช้า ก็ไม่ต่างอะไรกับว่าไม่ได้เยียวยานั่นเอง

⁴⁸ กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วชิงอรรถที่ 45. หน้า 72.

จึงเกิดความล่าช้าที่อาจทำให้เกิดความเสียหายอันเป็นเหตุที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม⁴⁹ ทำให้เกิดการบังคับคดีได้เอง

หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินอาจบังคับโดยวิธีการจำหน่ายหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผยหรือโดยการเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิของผู้รับหลักประกัน ซึ่งการบังคับหลักประกันโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผยจะทำได้เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันทางธุรกิจแล้วผู้รับหลักประกันมีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันแล้วมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินจะได้ส่งมอบการครอบครองและมีหนังสือยินยอมให้นำหลักประกันไปจำหน่ายหรือไม่ ถ้าผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบให้ผู้รับหลักประกันจะต้องจำหน่ายโดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผยตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 40 ประกอบมาตรา 39 ซึ่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมิได้ให้คำนิยามใด ๆ ไว้และไม่ได้กำหนดวิธีการหรือขั้นตอน จึงไม่มีวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพียงแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 ให้จำหน่ายโดยใช้ความระมัดระวังเช่นวิญญาณ

นอกจากการบังคับหลักประกันทางธุรกิจด้วยวิธีการประมูลโดยเปิดเผยผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิที่จะบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายทรัพย์สินหรือเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิของผู้รับหลักประกันตามมาตรา 36 โดยผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นส่งมอบหากไม่ส่งมอบจะเข้ากรณีตามมาตรา 46 ที่จะกล่าวต่อไป แต่อย่างไรก็ดี การจะบังคับเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิได้จะต้องเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 37 ที่จะต้องมีหนี้ที่เป็นต้นเงินค้ำชำระหนี้เท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ชำระดอกเบี้ยที่ค้างชำระเป็นเวลา 5 ปี และไม่มีประกันหนี้รายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นที่จดทะเบียนไว้

กรณีที่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันต้องยื่นคำร้องระบุว่าขายทอดตลาดหรือเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับคดีให้ตามมาตรา 46 แต่ในกรณีเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิซึ่งศาลเห็นว่าไม่เข้าเงื่อนไขที่ว่าหนี้ต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สิน ไม่ชำระดอกเบี้ยที่ค้างชำระเป็นเวลา 5 ปี และมีการประกันหนี้รายอื่นหรือมีบุริมสิทธิอื่นตามมาตรา 37 แล้ว ศาลต้องพิพากษาให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ต่อไปตาม

⁴⁹ กิตติศักดิ์ สวณวงษ์. (2559). *ปัญหาทางกฎหมายภายหลังการขายทอดตลาดทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.dpu.ac.th/graduate/upload/content/files/ปีที่%205%20ฉบับที่%201%20เดือนสิงหาคม-พฤศจิกายน%202559/vol5-1-12.pdf>. [2561, 12 สิงหาคม].

มาตรา 48 รวมทั้งมีหนังสือคัดค้านภายในเวลาจะต้องบังคับหลักประกัน โดยการขายทอดตลาดตาม มาตรา 44

3.2.2.3 ผู้บังคับหลักประกัน

การแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกันของประเทศไทยจะเป็นการตั้งเพื่อบังคับหลักประกัน ที่เป็นกิจการเท่านั้น หากเป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินแล้วไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งผู้บังคับ หลักประกันตามกฎหมายแตกต่างกับการบังคับหลักประกันแบบลอยของประเทศอังกฤษและ สหรัฐอเมริกา

1) ผู้ดูแลและบังคับหลักประกันแบบลอย (Receiver)

การบังคับหลักประกันแบบลอยของประเทศอังกฤษไม่ว่าจะเป็นการบังคับขาย ทอดตลาดหรือเอาทรัพย์สินประกันหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญ โดยการบังคับหลักประกันจะไม่มีการขายหรืออายัดเพื่อนำมาจำหน่ายทันทีแต่จะต้องมีการ ตรวจสอบและประเมินมูลค่าทรัพย์สินจากผู้เชี่ยวชาญแล้วจึงจะทำการจำหน่ายไปตามที่เหมาะสม แก่สภาพของทรัพย์สิน⁵⁰ ซึ่งจะมีการตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) มีอำนาจในการ รวบรวมทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันออกขายหรือดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ต่อไปได้ตาม Insolvency Act 1986 จะมี 2 วิธี⁵¹ คือ (1) การแต่งตั้งโดยศาล เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีคำขอ แล้วศาลต้องพิจารณามีเหตุว่าหากถึงกำหนดชำระหนี้แล้วลูกหนี้ค้างชำระต้นเงินและดอกเบี้ย บริษัทลูกหนี้หยุดการค้า ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่ในภาวะที่มีความเสี่ยง หรือมีสิทธิบังคับ ตามสัญญา และ (2) การแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ เป็นไปตามเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาที่ให้อำนาจในการ แต่งตั้งเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าไม่มีคำสั่งทางปกครอง (Administrative Order) ที่ใช้บังคับอยู่ สัญญาที่มีเงื่อนไขให้ตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันและ สัญญาประธานต้องมีผลสมบูรณ์ และบุคคลที่จะมาเป็นผู้ดูแลและบังคับหลักประกันต้องมี คุณสมบัติครบถ้วน ดังนั้น การบังคับหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยจึงแตกต่างจากประเทศ อังกฤษในหลาย ๆ กรณี คือ กรณีหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีการแต่งตั้งผู้บังคับหลักประกัน เช่นเดียวกับหลักประกันที่เป็นกิจการโดยมิได้คำนึงถึงว่าเป็นทรัพย์สินรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง เว้นแต่ กรณีผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบผู้รับหลักประกันจะต้องมีการ

⁵⁰ พนา เลิศเชิดชูพงษ์. (2556). *ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักในทางธุรกิจ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 57.

⁵¹ รชต จำปาทอง. (2554). *ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69-72.

ดำเนินการทางศาลซึ่งอาจตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีที่มีลักษณะคล้ายผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาล ผู้บังคับหลักประกันทั้งประเทศไทยและประเทศอังกฤษจึงแตกต่างกัน กรณีหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่ผู้ครอบครองยินยอมส่งมอบให้ที่ไม่มีผู้ที่บังคับหลักประกันเป็นผู้ทำหน้าที่แทนผู้รับหลักประกัน

2) ผู้ที่บังคับทรัพย์สินที่นำมาประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน (Secured Transaction)

การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตาม Uniform Commercial Code Article 9 ซึ่งการบังคับหลักประกันต้องมีประสิทธิภาพและสะดวกในการดำเนินการบังคับหลักประกันเมื่อมีเหตุที่จะบังคับหลักประกันก่อนซึ่งเป็นเพราะลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ฝัคนัดตามสัญญาหรือเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดของสัญญาหลักประกัน (Security Agreement) โดยมีข้อสัญญามาตรฐาน (Default Clause หรือ Events of Default) ที่จะกำหนดเงื่อนไขที่จะเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาและบังคับหลักประกันได้ เช่น ลูกหนี้ไม่ทำประกันภัยตามเงื่อนไขอันทำให้เจ้าหนี้เกิดสิทธิที่จะบังคับหลักประกัน แต่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน โดยที่เจ้าหนี้ต้องบังคับตามลำดับบุริมสิทธิ (Priorities) แต่แต่ละประเภท โดยลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายทางการค้าของสหรัฐอเมริกา นั้นย่อมพิจารณาจากการจดทะเบียน (Filing a Financing Statement) ในการทำให้สมบูรณ์ (Perfection) โดยเจ้าหนี้ผู้ที่ยื่นเอกสารที่เกี่ยวกับหนี้สินเบื้องต้น (Financing Statement) แล้วสมบูรณ์ก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่สมบูรณ์ภายหลัง และเมื่อมีการบังคับหลักประกันเจ้าหนี้ที่บังคับหลักประกันที่ได้เสียค่าธรรมเนียมก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่า⁵² ตาม U.C.C. Section 9-322 (c)⁵³ ซึ่งสิทธิ

⁵² อิศรัตน์ ชำรงมาศ. (2558). *แนวทางการบังคับสิทธิในการนำทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558*. ค้นคว้าอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 112-113.

⁵³ U. C. C. Section 9 - 3 2 2 . PRIORITIES AMONG CONFLICTING SECURITY INTERESTS IN AND AGRICULTURAL LIENS ON SAME COLLATERAL.

(c) [Special priority rules: proceeds and supporting obligations.]

Except as otherwise provided in subsection (f), a security interest in collateral which qualifies for priority over a conflicting security interest under Section 9-327, 9-328, 9-329, 9-330, or 9-331 also has priority over a conflicting security interest in:

- (1) any supporting obligation for the collateral; and
- (2) proceeds of the collateral if:
 - (A) the security interest in proceeds is perfected;
 - (B) the proceeds are cash proceeds or of the same type as the collateral; and

ของเจ้าหนี้เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตาม Article 9 Part 5 คือ ได้รับชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่จะฟ้องบังคับตามสัญญาประจานหรือบังคับเอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต่อศาลหรือบังคับด้วยตนเองก็ได้⁵⁴ ตามที่บัญญัติไว้ใน U.C.C. Section 9-609⁵⁵

การติดตามของเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวลูกหนี้และต้องไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยอันเป็นการรบกวนการครอบครองของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (do not of the peace) เช่น การบุกกรุก ทำลายทรัพย์สิน ใช้อำนาจ ซึ่งการติดตามจะต้องเป็นไปโดยพอสมควรแก่เหตุโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการศาลตาม Section 9-620 (b) (1)-(2) แต่ถ้าไม่อาจเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่รบกวนการครอบครองได้ต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับหลักประกันซึ่งศาลจะพิจารณาด้วยความรวดเร็วและต่อเนื่อง⁵⁶ เว้นแต่หลักประกันเป็นของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ลูกหนี้ตาม 9-506⁵⁷

การจำหน่ายจ่ายโอนโดยวิธีการขายไม่ว่าจะทำการแบ่งขาย ขายครั้งเดียวหรือหลายครั้งและจะเป็นสถานที่ใดก็ได้โดยไม่จำเป็นต้องขายทอดตลาด แต่ต้องแสดงให้เห็นว่าทำภายในกรอบของกฎหมายอย่างสมเหตุสมผลอันก่อให้เกิดผลดีทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ หากได้กำหนดวัน เวลาและสถานที่ในการจำหน่ายแล้วต้องแจ้งให้ลูกหนี้ทราบ ถ้าเงินเหลือก็ให้ส่งคืนลูกหนี้แต่ถ้ายังขาดอยู่ก็ให้ชำระหนี้จนครบถ้วน ทั้งนี้ ในการขาย ให้เจ้าหนี้จำหน่ายโอนเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายรับรองที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายเครื่องหมายการค้านั้นโดยสภาพของเครื่องหมายการค้าย่อมเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการหากทำการจำหน่ายจ่ายโอนอาจต้องคำนึงถึงสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นด้วย⁵⁸ ส่วนเครื่องหมายรับรองเป็นการรับรองสินค้า

(C) in the case of proceeds that are proceeds of proceeds, all intervening proceeds are cash proceeds, proceeds of the same type as the collateral, or an account relating to the collateral.

⁵⁴ สุกัญญา วิริยะผล. (2546). *การใช้เงินฝากเป็นหลักประกัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 60.

⁵⁵ U.C.C. Section 9-609. SECURED PARTY'S RIGHT TO TAKE POSSESSION AFTER DEFAULT.

(b) [Judicial and nonjudicial process.]

A secured party may proceed under subsection (a):

(1) pursuant to judicial process; or

(2) without judicial process, if it proceeds without breach of the peace.

⁵⁶ ยิ่งศักดิ์ เพชรนิล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 103.

⁵⁷ สุกัญญา วิริยะผล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 54. หน้า 61.

⁵⁸ อิศรัตน์ ชำรงมาศ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52. หน้า 120.

หรือบริการซึ่งแตกต่างจากเครื่องหมายการค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ จึงอาจจำหน่ายจ่ายโอนเพียงเครื่องหมายรับรองได้ง่ายกว่าเครื่องหมายการค้า ส่วนสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของประเทศไทยได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ พ.ศ. 2546 แต่เนื่องจากลักษณะของสิทธิชุมชนนั้นผู้ที่มีสิทธิใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ต้องทำตามเงื่อนไขที่ขึ้นทะเบียนไว้จึงต้องนำสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์มาเป็นหลักประกันพร้อมกับกิจการหรือสินค้า การบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์จึงต้องคำนึงถึงกิจการพร้อมกับสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ด้วยเช่นเดียวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันของสหรัฐอเมริกาด้วย ส่วนสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจมิได้บัญญัติให้นำมาเป็นหลักประกันได้แต่หากนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจพร้อมกับกิจการก็ไม่ต้องคำนึงถึงความเกี่ยวพันกับกิจการเนื่องจากสินทรัพย์ดิจิทัลผู้ถือครองย่อมมีกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ดิจิทัลอันเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะจัดการอย่างไรก็ได้

การบังคับหลักประกันของสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีการตั้งผู้ที่ทำหน้าที่ในการจัดการดูแลทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างเช่นประเทศไทยในกรณีกิจการและประเทศอังกฤษ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การตั้งผู้บังคับหลักประกันย่อมมีผลต่อความรวดเร็วในการจัดการทรัพย์สินเนื่องจากการบังคับหลักประกันอาจเกิดความขัดแย้งขึ้นได้ระหว่างคู่สัญญาว่ามีเหตุจำเป็นต้องบังคับหลักประกันแล้วหรือไม่ การบังคับหลักประกันต้องเป็นไปโดยถูกต้องและชอบธรรม และการขายทอดตลาดต้องได้รับราคาที่เหมาะสมแก่หลักประกันทางธุรกิจด้วย หากไม่มีผู้ที่ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการแล้วย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งและอาจเกิดการดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรมอันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันได้เมื่อมีการบังคับคดีที่ล่าช้า ดังนั้น การตั้งผู้บังคับหลักประกันอาจไม่ได้เป็นเรื่องที่ต้องมีทุกกรณีที่มีการบังคับหลักประกัน แต่การมีผู้บังคับหลักประกันย่อมก่อให้เกิดความยุติธรรมที่มากกว่าการบังคับหลักประกันโดยผู้รับหลักประกันที่เป็นผู้ที่มีผลประโยชน์ในการบังคับหลักประกันเอง อันจะทำหน้าที่เอนเอียงเพื่อผลประโยชน์ของตนได้ ซึ่งจะสร้างความขัดแย้งอันนำไปสู่กระบวนการศาลที่ทำให้เกิดความล่าช้าได้

3.2.3 การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

การบังคับคดีแพ่ง (Civil Execution) จะต้องทำโดยศาลที่มีอำนาจบังคับคดี (Jurisdiction of Executing Court) คือ ศาลชั้นต้นที่พิจารณาและชี้ขาดคดีสินคดีไม่ว่าจะบังคับตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาก็ตาม โดยการบังคับคดีต้องขอให้ศาลไต่สวนเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สิน หากมีเหตุเชื่อว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินมากกว่าที่ทราบ ไม่ทราบทรัพย์สินตั้งอยู่ที่ใด และทรัพย์สินนั้น

ไม่ทราบว่าเป็นของผู้ใด เมื่อตรวจสอบทรัพย์สินแล้วจะต้องบังคับคดีเพื่อนำเงินมาชำระหนี้⁵⁹ แต่กระบวนการบังคับคดีต้องกระทำโดยผู้ใดและมีขั้นตอนอย่างไรจึงต้องทำการศึกษาเพื่อเปรียบเทียบ

3.2.3.1 เจ้าพนักงานบังคับคดี (Executing Officers)

การบังคับคดีตามกระบวนการศาลจะต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลที่ออกหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนดอำนาจหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้รับการแต่งตั้งให้ทำการบังคับคดีย่อมมีอำนาจในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยวิธีการยึดอายัด และจัดการทรัพย์สินจากการรบกวนสิทธิในทรัพย์สิน⁶⁰ นั้นในฐานะเป็นผู้แทนของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 278 วรรคสอง⁶¹ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักประกันทางธุรกิจแล้วการบังคับผ่านทางศาลจะเป็นกรณีที่ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ไม่ยินยอมในการส่งมอบหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินจึงต้องบังคับคดีโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีที่มีลักษณะคล้ายกับผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (Receiver) ที่แต่งตั้งโดยศาลที่มีอำนาจจำกัดซึ่งต้องปฏิบัติตามที่มีคำสั่ง หากมีเหตุอื่นที่ไม่อาจต้องให้ศาลแนะนำอันก่อให้เกิดความยุ่งยาก เสียเวลา และค่าใช้จ่ายเพิ่มมากกว่าการบังคับหลักประกันโดยไม่ผ่านกระบวนการศาลซึ่งจะมีความคล่องตัวไม่ต้องขออนุญาตจากศาลในการบังคับหลักประกันให้สำเร็จตามความมุ่งหมายอันทำให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นน้อยเนื่องจากไม่ต้องดำเนินการทางศาลเพื่อขออนุญาต จึงต้องทำการศึกษาว่ากระบวนการในการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีเช่นไรเพื่อนำมาเปรียบเทียบ

3.2.3.2 การขายทอดตลาด (Auction)

การที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ทำการรวบรวมทรัพย์สินแล้วต้องทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาก็ต่อเมื่อไม่มีเหตุให้งดการบังคับคดีตามมาตรา 289 และมาตรา 290 ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งวัน เวลา และสถานที่ให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบ เช่น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ผู้รับจ้าง⁶² ทั้งนี้ผู้รับหลักประกันก็ย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้ด้วย

การขายทอดตลาดผู้ที่มีส่วนได้เสียมีสิทธิเข้าสู้ราคาหากมีเหตุราคาต่ำภายหลังการประมูลก็ไม่อาจร้องขอให้เพิกถอนการขายทอดตลาดได้ โดยการขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีจะแยกขาย รวมขาย หรือจัดลำดับการขายตามมาตรา 333 ได้แต่ต้องคำนึงถึงว่าเป็นสิ่งที่มี

⁵⁹ เอื้อน ขุนแก้ว. (2560). *การบังคับคดีแพ่ง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง. หน้า 3 และ 74.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 128/2521.

⁶¹ เอื้อน ขุนแก้ว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 76-78.

⁶² เอื้อน ขุนแก้ว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 122-126.

ราคาเล็กน้อย รายได้ที่รวมหรือแยกจะเพิ่มขึ้น หรือการแยกขายได้เงินเพียงพอแก่การชำระหนี้⁶³ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักประกันทางธุรกิจที่มีทั้งการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการและทรัพย์สินซึ่งจะมีการตั้งผู้บังคับหลักประกันเพียงแต่กรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกิจการเท่านั้น ถ้าหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่ผู้ครอบครองยินยอมจะไม่มี การตั้งผู้บังคับหลักประกันเพื่อจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันขายทอดตลาดจึงทำให้เกิดข้อที่ต้องพิจารณาว่าการขายทอดตลาดจะกระทำด้วยวิธีการใดที่จะได้ราคาที่เหมาะสมแก่ทรัพย์สิน หากผู้รับหลักประกันต้องการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้ได้รวดเร็วโดยไม่คำนึงถึงราคาที่จะได้รับสูงสุดแต่ให้ได้ราคาที่ต้องการ โดยไม่ได้รับการตรวจสอบในเบื้องต้นก็อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งได้แม้จะมีการส่งหนังสือแจ้งแก่ผู้รับหลักประกันอื่นและเจ้าหนี้บุริมสิทธิอื่นก็ตาม แต่ก็ ไม่รวมถึงเจ้าหนี้ที่ไม่มีบุริมสิทธิด้วยที่อาจเสียประโยชน์จากการชำระหนี้ไม่เพียงพออันเนื่องมาจากการบังคับหลักประกันและการส่งหนังสือแจ้งแก่ผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้บุริมสิทธิให้ส่งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วันก่อนดำเนินการจำหน่ายก็อาจทำให้ตรวจสอบได้แต่ด้วยระยะเวลาเพียง 7 วันจึงอาจตรวจสอบได้ไม่ครบถ้วน ถ้ามีการคัดค้านจะต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลมตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 41 วรรคสอง ซึ่งจะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันที่ต้องการให้เป็นไปอย่างรวดเร็ว แต่อย่างไรก็ดีทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันมีเพียงผู้รับหลักประกันผู้เดียวที่เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิก็จะไม่มีการตรวจสอบจากผู้รับหลักประกันอื่นและเจ้าหนี้บุริมสิทธิอื่น ดังนั้น การตรวจสอบจึงไม่ครอบคลุมทุกกรณีไป

กรณีที่ทรัพย์สินเป็นอาคารชุดเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งแก่นิติบุคคลอาคารชุดเพื่อออกหนังสือรับรองการปลอดหนี้ตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี เมื่อขายทอดตลาดแล้วให้ชำระหนี้ที่ค้างชำระแก่นิติบุคคลก่อนเจ้าหนี้จำนอง ซึ่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหนังสือปลอดหนี้ตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 335 วรรคสอง และวรรคสาม⁶⁴

การขายทอดตลาดที่ดินจัดสรรเป็นทรัพย์สินอีกประเภทหนึ่งที่มีบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ ซึ่งการบังคับคดีที่ดินจัดสรรตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 335 วรรคสี่และวรรคห้าเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องบอกกล่าวนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเพื่อให้แจ้ง

⁶³ เอื้อน ขุนแก้ว, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59, หน้า 128-130.

⁶⁴ เอื้อน ขุนแก้ว, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 59, หน้า 133.

ราชการหนี้ เช่น ค่าบำรุงรักษา การจัดการสาธารณูปโภค ค่าปรับ หากขายทอดตลาดแล้วต้องกันเงิน เพื่อนำมาชำระหนี้นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรก่อน แต่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ยังไม่มีบทบัญญัติเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงไม่ต้องคำนึงถึงหนี้ของนิติบุคคล แต่อย่างไรก็ดี การค้างชำระหนี้ค่าส่วนกลางอันเป็นค่าบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไปจะถูกระงับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมจนกว่าจะชำระครบถ้วนตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 หากการค้างชำระไม่เกินกว่า 6 เดือนก็จะสามารถที่จะจดทะเบียนหรือทำนิติกรรมได้โดยที่หนี้ของนิติบุคคลไม่ได้รับการชำระหนี้

แต่อย่างไรก็ดี การขายทอดตลาดตามประมวลกฎหมายแพ่งเดิมลูกหนี้สามารถคัดค้านการขายทอดตลาดที่ได้ราคาต่ำได้แต่ปัจจุบันมีการบัญญัติให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถเข้าสู่ราคาได้อย่างเต็มที่ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือส่งบุคคลอื่นเข้าสู่ราคาก็ได้ตามมาตรา 331 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้ไม่อาจคัดค้านราคาได้อีกต่อไป อีกทั้งการขายทอดตลาดเดิมอาจขายทอดตลาดได้ 6 นัด แต่กฎหมายใหม่ให้เพียง 4 นัดเท่านั้น⁶⁵ จึงอาจทำการลดราคาเร็วเพื่อให้มีโอกาสขายได้มากกว่า ดังนั้น พึงเห็นได้ว่าการขายทอดตลาดจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ. 2559 ต่างจากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่ไม่มีบทบัญญัติในการขายทอดตลาดที่ชัดเจน

การบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเป็นการขายทอดตลาดแตกต่างกับการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินอาจบังคับ โดยวิธีการประมูลโดยเปิดเผยหรือบังคับหลุดเป็นสิทธิตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 36 ส่วนการบังคับหลักประกันทางธุรกิจที่เป็นกิจการเป็นไปตามความเห็นของผู้บังคับหลักประกันที่จะจัดวิธีการขายกิจการให้เหมาะสมตามมาตรา 73 จึงมีอิสระในการจำหน่ายกิจการ หากมีเหตุว่าผู้รับหลักประกันที่มีอำนาจมากกว่าผู้ให้หลักประกันแล้วยอมเป็นการเสียเปรียบที่จะเลือกผู้บังคับหลักประกันได้อย่างยุติธรรมและเป็นกลางในการทำหน้าที่ก็จะส่งผลต่อการจำหน่ายกิจการที่อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้รับหลักประกันได้

นอกจากการขายทอดตลาดแล้วการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังมีการนำรายได้ของลูกหนี้มาชำระหนี้โดยไม่ต้องนำอสังหาริมทรัพย์หรือกิจการนั้นไปจำหน่าย ซึ่งในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มิได้บัญญัติไว้ ดังนั้น วิธีการนำ

⁶⁵ ไทยรัฐออนไลน์. (2560). *นักกฎหมายชี้ ก.ม.แพ่งใหม่ จะทำให้ลูกหนี้ซอกซำ ตอนขายทรัพย์ทอดตลาด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/content/1037477>. [2561, 17 สิงหาคม].

รายได้จากธุรกิจที่มีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันมาชำระหนี้เพื่อไม่ให้มีการบังคับหลักประกันทางธุรกิจจึงเป็นอีกวิธีหนึ่งที่น่าสนใจที่จะทำการศึกษา

3.2.3.3 การตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือกิจการ

มาตรา 360 เป็นการตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือผู้จัดการกิจการ โดยศาลเพื่อนำรายได้จากอสังหาริมทรัพย์ การประกอบอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม เกษตรกรรม และกิจการอื่น ๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่เพียงพอต่อการชำระหนี้ตามคำพิพากษาและค่าฤชาธรรมเนียมศาล รวมทั้งค่าธรรมเนียมในการบังคับคดีในเวลาอันสมควรที่ไม่เป็นการประวิงการชำระหนี้⁶⁶ การตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือกิจการจึงต้องมีองค์ประกอบ ดังนี้

- 1) มีรายได้จากอสังหาริมทรัพย์หรือการประกอบกิจการ
- 2) รายได้เพียงพอที่จะชำระหนี้ตามคำพิพากษา ค่าฤชาธรรมเนียม และค่าธรรมเนียมในการบังคับคดี
- 3) ชำระหนี้ภายในเวลาอันสมควร โดยไม่เป็นการประวิงคดี
- 4) ศาลมีคำสั่งให้ตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือผู้จัดการกิจการ

ผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือกิจการที่ได้รับแต่งตั้งตามคำสั่งศาลมีอำนาจจัดการทรัพย์สินเพื่อนำรายได้มาส่งมอบแก่เจ้าพนักงานบังคับคดีแทนการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา⁶⁷ เมื่อทำการเปรียบเทียบกับกรบังคับหลักประกันทางธุรกิจแล้วผู้วิจัยเห็นว่าวิธีการตั้งผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์หรือกิจการยังมิได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และไม่มีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น การบังคับหลักประกันทางธุรกิจจึงมีแต่เพียงการจำหน่ายและเอาทรัพย์สินหลุดเป็นสิทธิเท่านั้น แม้จะมีข้อเท็จจริงว่ากิจการยังสามารถดำเนินธุรกิจได้แต่เพียงประสบปัญหาที่อาจไม่สามารถชำระหนี้ได้เนื่องจากการบริหารงานหรือปัญหาอื่นที่ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความคงอยู่ของธุรกิจที่สามารถแก้ไขได้ก็จะถูกบังคับให้จำหน่ายกิจการหรือทรัพย์สินที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ แม้จะมีกฎหมายให้ผู้ที่ป็นเจ้าหนี้อาจฟ้องขอฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายได้แต่เจ้าหนี้อาจบังคับหลักประกันโดยการจำหน่ายเนื่องจากจะได้รับชำระหนี้ที่เร็วกว่าการให้นำรายได้ที่หามาได้ในอนาคตมาชำระอันต้องระยะเวลามากกว่า ดังนั้น จากเรื่องการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วการจำหน่ายทรัพย์สินไม่ใช่เพียงวิธีเดียวในการนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งการบังคับชำระหนี้เป็นวิธีการนำเงินมาเพื่อชำระหนี้ที่ค้างอยู่แก่เจ้าหนี้เท่านั้น ไม่ว่าวิธีการบังคับจะเป็นวิธีใดก็ตามหากมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะ

⁶⁶ เอื้อน ขุนแก้ว. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 123.

⁶⁷ เอื้อน ขุนแก้ว. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 131-132.

ได้รับชำระหนี้ตามจำนวนที่ต้องชำระจริงและลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องชำระหนี้ที่เหลือจากการถูกบังคับหลักประกันแล้วย่อมเป็นการดีที่สุดสำหรับทั้งสองฝ่าย