

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้า มาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

2.1 แนวคิดของหลักประกันทางธุรกิจ

2.1.1 ความหมายของหลักประกัน

หลักประกัน (Security) หมายถึง เงินสด หลักทรัพย์ หรือบุคคลที่นำมาประกันผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือประกันการชำระหนี้ หรือหมายถึงหลักทรัพย์เพื่อความมั่นคง หรือหลักทรัพย์ (ประกัน) หมายถึง ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Security”¹

ตามความหมายในพจนานุกรมดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าคำว่า “หลักประกัน” มีความหมายที่หลากหลาย แต่โดยรวมแล้วความหมายถึง ทรัพย์สินหรือบุคคลที่นำมาเป็นหลักประกันความมั่นใจแก่เจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นใดว่าจะได้รับการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “หลักประกัน” ไว้โดยชัดแจ้ง แต่สามารถเข้าใจได้ว่าอะไร คือ “หลักประกัน” ตามกฎหมาย โดยพิจารณาจากเรื่องการค้า ประกัน การจำนอง และการจำนำ

1) “ค้ำประกัน” มาตรา 680 วรรคแรกบัญญัติว่า “อันว่าค้ำประกันนั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่งเพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้...” จากบทบัญญัติของกฎหมายนี้ทำให้เข้าใจได้ว่าการค้ำประกัน ก็คือ การให้หลักประกันหรือให้ความมั่นใจแก่เจ้าหนี้ โดยที่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่ลูกหนี้ ให้คำรับรองแก่เจ้าหนี้ว่าถ้าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ตนก็จะรับผิดชอบในอันที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้นั่นเอง ซึ่งการให้หลักประกันตามบทบัญญัตินี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการประกันโดยบุคคลมิใช่การประกันด้วยทรัพย์²

2) “จำนอง” มาตรา 702 วรรคแรกบัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนองเป็นประกันการ

¹ พจนานุกรมศัพท์ไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน ภายใต้คำว่า “หลักประกัน”.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 680.

ชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง...” ซึ่งหมายความว่า จำนอง คือ การที่บุคคลคนหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นลูกหนี้ตัวเอง หรือบุคคลภายนอก ให้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะเอาทรัพย์สินของตนเมื่อใช้คำว่าทรัพย์สินก็หมายถึงว่าจะเป็นอย่างสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ก็ได้ มาเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นประกันให้แก่เจ้าหนี้

3) “จำนำ” มาตรา 747 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนำนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่ง ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้...” จะเห็นว่าการจำนำนี้มีความหมายคล้ายกับการจำนอง นั่นคือ เป็นการที่บุคคลคนหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นลูกหนี้เอง หรือบุคคลภายนอก ให้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะเอาทรัพย์สินของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ แต่มีข้อแตกต่างกับการจำนอง คือ ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นประกันด้วยการจำนำจะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ในขณะที่การจำนองนั้นสามารถใช้ได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ และการจำนำนี้จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำ ให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำ แต่การจำนองไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนอง⁴

2.1.2 ความหมายของ “ทรัพย์” “ทรัพย์สิน” และ “อุปกรรม”

จากความหมายของ “หลักประกัน” ตามที่ได้กล่าวไว้ใน ข้อ 1 และ 2 จะเห็นได้ว่า สิ่งที่นำมาเป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะตามกฎหมายไทย หรือกฎหมายต่างประเทศก็ได้แก่ทรัพย์สิน ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นของปัญหากฎหมาย ในการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันจึงควรทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “ทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” ดังนี้

1) ความหมายของทรัพย์ และทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง”⁵

มาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า รวมถึงทรัพย์ และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”⁶

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 2 มาตรา ดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าทรัพย์ นอกจากจะหมายความถึง วัตถุที่มีรูปร่างแล้ว ยังต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย ส่วนคำว่า ทรัพย์สิน นั้นหมายความถึง วัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 702.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 747.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 137.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 138.

นอกจากความหมายของคำว่า “ทรัพย์” และ “ทรัพย์สิน” แล้วยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “อุปกรรม” ด้วย เพราะอุปกรรมก็ถือเป็นทรัพย์อย่างหนึ่งและที่จำเป็นต้องกล่าวถึงความหมายของคำว่า “อุปกรรม” ในที่นี้ก็เนื่องจากเป็นประเด็นหนึ่งของปัญหาในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

2) ความหมายของ “อุปกรรม”

มาตรา 147 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อุปกรรม หมายความว่า สंहारิมทรัพย์ซึ่งโดยปกตินิยมเฉพาะถิ่น หรือโดยเจตนาชัดแจ้งของเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นประธาน เป็นของใช้ประจำอยู่กับทรัพย์ที่เป็นประธานเป็นอาจิม เพื่อประโยชน์แก่การจัดการดูแลใช้สอย หรือรักษาทรัพย์ที่เป็นประธาน และเจ้าของทรัพย์ได้นำสู่ทรัพย์ที่เป็นประธาน โดยนำมาติดต่อหรือปรับเข้าไว้ หรือทำโดยประการอื่นใดในฐานะเป็นของใช้ประกอบกับทรัพย์ที่เป็นประธานนั้น

อุปกรรมที่แยกออกจากทรัพย์ที่เป็นประธานเป็นการชั่วคราวก็ยังไม่ขาดจากการเป็นอุปกรรมของทรัพย์ที่เป็นประธานนั้น

อุปกรรมย่อมตกติดไปกับทรัพย์ที่เป็นประธาน เว้นไว้แต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”⁷

จากบทบัญญัติของกฎหมายอาจกล่าวได้ว่า “อุปกรรม” จะมีลักษณะดังนี้ คือ

- (1) อุปกรรมจะต้องมีทรัพย์ที่เป็นประธานเสมอ
- (2) อุปกรรมจะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เสมอไป
- (3) อุปกรรมจะต้องมิใช่ทรัพย์ ที่รวมสภาพความเป็นอยู่กับทรัพย์ที่เป็นประธาน

จนแยกจากกันไม่ได้

- (4) อุปกรรมจะต้องมิใช่ทรัพย์ประธานด้วยกัน
- (5) อุปกรรมจะต้องเป็นทรัพย์เจ้าของเดียวกับทรัพย์ที่เป็นประธาน
- (6) อุปกรรมจะต้องเป็นของใช้ประจำ อยู่กับทรัพย์ที่เป็นประธานเป็นอาจิม
- (7) อุปกรรมจะต้องเป็นทรัพย์ที่ใช้ เพื่อประโยชน์ในการจัดดูแลใช้สอย หรือรักษา

ทรัพย์ที่เป็นประธาน

(8) อุปกรรมจะต้องเป็นทรัพย์ที่เจ้าของทรัพย์ประธาน ได้นำมาสู่ทรัพย์ที่เป็นประธาน ในฐานะเป็นเครื่องใช้เพื่อประโยชน์ในการจัดดูแล ใช้สอย หรือรักษาทรัพย์ที่เป็นประธาน

แต่จากสภาพของอุปกรรมที่กล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุปกรรมของเครื่องจักรที่จะนำมาเป็นหลักประกัน เมื่อมีสภาพเป็นสังหาริมทรัพย์ หากจะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ด้วยการจำนำ ที่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์ที่จำนำให้อยู่ในความครอบครองของผู้รับจำนำ

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 147.

ก็ทำให้ผู้จำหน่ายไม่อาจใช้ประโยชน์จากอุปกรณ์ที่นำมาจำหน่ายได้ และหากจะนำมาจำหน่ายเพื่อหลีกเลี่ยงการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน ก็ไม่อาจทำได้เพราะอุปกรณ์ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนได้ตามมาตรา 703 (4) อันจะเป็นผลให้สามารถนำมาจำหน่ายได้

2.1.3 แนวคิด วิธีการ การพิจารณาหลักประกันของธนาคารพาณิชย์

ในการที่ธนาคารพาณิชย์จะตัดสินใจปล่อยสินเชื่อ หรือให้กู้ยืมแก่บุคคลใด ก็จะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะกู้ยืมเพื่อจะตัดสินใจว่า สมควรให้กู้ยืมหรือไม่ ถ้าสมควรให้กู้ยืมจะให้กู้ยืมได้มากน้อยเพียงใด เช่น พิจารณาถึงลักษณะของธุรกิจ ความรู้ ความสามารถของผู้บริหารธุรกิจนั้นๆ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงสิ่งที่ผู้ขอกู้ยืมจะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วย เพราะจะได้เป็นหลักประกันความมั่นใจให้แก่ธนาคารพาณิชย์ว่า หากผู้กู้ยืมมีเหตุใดๆ เกิดขึ้นทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ธนาคารพาณิชย์ก็จะสามารถยึดเอาหลักประกันนั้นมาเพื่อขายทอดตลาดและนำเงินมาชำระหนี้หรือกระทำด้วยวิธีอื่นใดกับหลักประกันนั้นเพื่อให้ได้รับการชำระหนี้ ซึ่งหลักประกันที่ธนาคารพาณิชย์ จะกำหนดให้ผู้ขอกู้ยืมนำมาเป็นหลักประกันการกู้ยืมนั้น ธนาคารพาณิชย์จะพิจารณาว่าหลักประกันนั้นมีสภาพคล่อง คือ หลักประกันนั้นจะต้องสามารถซื้อขายได้ดีเป็นที่ต้องการของตลาด และต้องพิจารณาถึงมูลค่าของหลักประกันตลอดจนแนวโน้มในอนาคตของหลักประกันนั้นว่าจะเป็นที่นิยมกันต่อไปหรือไม่ เช่น หากในขณะที่ให้กู้ยืมนั้นตลาดอสังหาริมทรัพย์ตกต่ำ ธนาคารพาณิชย์มักจะไม่ต้องการหลักประกันที่เป็นที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ เป็นต้น

หลักประกันที่ธนาคารพาณิชย์นิยมเรียกลูกค้า เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หลักประกันที่เป็นบุคคล และหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

1) บุคคลที่ธนาคารพาณิชย์จะยอมรับ ให้เป็นผู้ค้ำประกันการชำระหนี้ของลูกค้า จะต้องเป็นผู้ที่ธนาคารพาณิชย์ได้ตรวจสอบพิจารณาแล้วว่าเป็นผู้ที่มีฐานะการงานที่มั่นคง หรือมีชื่อเสียงน่าเชื่อถือ หรือเป็นบุคคลที่เชื่อได้ว่าถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันนั้นจะสามารถชำระหนี้ให้แก่ธนาคารพาณิชย์แทนลูกหนี้ได้

2) หลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

หลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่ธนาคารพาณิชย์ยอมรับ เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของลูกค้า มีทั้งที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์

2.1.3.1 หลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์

สังหาริมทรัพย์ที่ธนาคารพาณิชย์ยอมรับเป็นหลักประกันการชำระหนี้มีหลายชนิด

ดังนี้

1) เงินฝาก

เงินฝากที่นำมาเป็นหลักประกันมีได้ทั้งเงินฝากประเภทฝากประจำและเงินฝากประเภทเผื่อเรียก ซึ่งเงินฝากที่จะนำมาเป็นหลักประกันนี้จะเป็นเงินฝากที่ฝากไว้กับธนาคารพาณิชย์ ผู้ให้กู้นั่นเอง หรือจะเป็นเงินฝากที่ฝากไว้กับธนาคารพาณิชย์อื่นก็ได้ และในทางปฏิบัติแล้ว การนำเงินฝากมาเป็นหลักประกันจะกระทำด้วยการจํานำ คือ เจ้าของบัญชีเงินฝากนั้นจะทําสัญญาจํานำเงินฝากเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ให้ไว้แก่ธนาคาร พร้อมด้วยการทำหนังสือยินยอมให้หักบัญชีเงินฝากให้ไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืมเงิน และผู้จํานำจะส่งมอบใบรับฝากเงิน หรือสมุดคู่ฝากไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ไว้ด้วย

2) หุ่น

หุ่นที่จะนำมาเป็นหลักประกันนี้มีได้ทั้งหุ่นของบริษัทจำกัด และหุ่นของบริษัทมหาชนจำกัด และเป็นได้ทั้งหุ่นที่อยู่นอกตลาดหลักทรัพย์และหุ่นที่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ โดยผู้ถือหุ่นจะทําสัญญาจํานำหุ่นตามแบบและวิธีการที่ธนาคารพาณิชย์กำหนด พร้อมกับส่งมอบใบหุ่นให้ไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้รับจํานำ แต่ทั้งนี้ธนาคารพาณิชย์จะรับจํานำหุ่นของธนาคารตนเองหรือหุ่นของธนาคารพาณิชย์อื่นไม่ได้

3) พันธบัตรรัฐบาล

พันธบัตรที่ออกโดยรัฐบาลนั้น อาจแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภท คือ พันธบัตรที่ออกโดยรัฐบาลเอง และพันธบัตรที่ออกโดยหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ ที่กระทรวงการคลังเป็นผู้ค้ำประกันพันธบัตรนั้นอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งพันธบัตรทั้งสองลักษณะนี้ ถือเป็นหลักทรัพย์ชั้นหนึ่งที่มีอัตราความเสี่ยงน้อยกว่าหลักประกันชนิดอื่น และการนำพันธบัตรรัฐบาลมาเป็นหลักประกันก็กระทำได้ด้วยวิธีการจํานำ

4) เรือ

เรือที่ธนาคารพาณิชย์จะยอมรับเป็นหลักประกัน การชำระหนี้มักจะได้แก่เรือกำปั่น หรือเรือที่มีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งนี้ เพราะเรือที่มีคุณสมบัติเช่นนี้ เป็นเรือที่มีมูลค่าสูง และมักจะเป็นเรือที่ลูกหนี้ใช้ในการประกอบธุรกิจของตน ซึ่งการที่จะนำเรือเหล่านี้มาเป็นหลักประกันก็จะกระทำด้วยการจํานอง เพราะเรือนี้ถือเป็นสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนได้ จึงสามารถนำมาเป็นหลักประกันด้วยการจํานองได้

⁸ พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505. มาตรา 12 (3) แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พ.ศ. 2528.

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 703 (1).

5) เครื่องจักร

โดยทั่วไปแล้วเครื่องจักรนี้ จะนำมาเป็นหลักประกัน มักจะเป็นเครื่องจักรที่ผู้กู้ยืมใช้ในการประกอบธุรกิจของตน เป็นเครื่องจักรที่มีมูลค่าสูง และเป็นเครื่องจักรที่จดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ซึ่งหากได้จดทะเบียนเครื่องจักรแล้วก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ด้วยการจำนอง แต่ในทางปฏิบัติแล้วเครื่องจักรที่นำมาเป็นหลักประกันส่วนใหญ่ มักจะยังไม่ได้จดทะเบียนด้วยเหตุดังจะได้กล่าวในบทต่อไป เมื่อเครื่องจักรที่ยังไม่ได้จดทะเบียน ไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ด้วยการจำนอง แต่ด้วยความจำเป็นที่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืมจะต้องได้รับหลักประกันการกู้ยืม และบางครั้งลูกหนี้ก็ไม่มีทรัพย์สินอื่นที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้ หรืออาจมีทรัพย์สินอื่นที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้ แต่ก็มีมูลค่าน้อย ทำให้ธนาคารพาณิชย์จำเป็นต้องเรียกหลักประกันเพิ่ม ดังนั้นทั้งสองฝ่ายจึงหาทางออกด้วยการทำสัญญาจำนำเครื่องจักรเป็นหลักประกันแทนการจำนอง พร้อมกับทำสัญญารักษาทรัพย์ คือมอบให้บุคคลที่สามารถรักษาเครื่องจักรที่จำนำให้ไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะได้ศึกษาในบทต่อไป¹⁰

6) สินค้า

ในกรณีที่ผู้กู้ยืมเป็นผู้ผลิตสินค้า เช่น ผลิตน้ำตาลก็จะนำสินค้าที่ตนผลิตได้ มาเป็นหลักประกันให้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืม ด้วยการจำนำ และบางครั้งธนาคารพาณิชย์ก็จะประกอบธุรกิจประเภทคลังสินค้าด้วย ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืมมักจะรับฝากสินค้าที่เป็นผลผลิตจากธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์นั้นให้กู้ยืม เช่น ผู้กู้ยืมประกอบธุรกิจผลิตน้ำตาล เมื่อผลิตน้ำตาลได้ก็จะนำมาฝากไว้กับคลังสินค้าของธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืม ขณะเดียวกันก็จะทำสัญญาจำนำน้ำตาลที่ผลิตได้ ให้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้กู้ยืมเพื่อเป็นหลักประกัน¹¹

2.1.3.2 หลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์

อสังหาริมทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน ได้แก่ ที่ดินและอาคารสิ่งปลูกสร้างต่างๆ ประเภทของที่ดินที่จะนำมาเป็นหลักประกัน ได้แก่ ที่ดินที่มีโฉนด ที่ดิน นส.3 ซึ่งการนำที่ดินมาเป็นหลักประกันกระทำได้ด้วยการจดทะเบียนจำนอง ณ หอทะเบียนที่ดิน ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ในเขตในกรณีที่ดินมีโฉนด และที่ว่าการอำเภอที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ในกรณีที่ดิน นส.3 แต่สำหรับที่ดิน นส.3 จะต้องมีการประกาศการจะจดจำนองเป็นเวลา 30 วัน ถ้าไม่มีผู้ใดคัดค้านจึงจะสามารถจดทะเบียนจำนองได้

¹⁰ จุฬามาศ จารัต. (2543). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการนำเครื่องจักรมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 19-20.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

สำหรับสิ่งปลูกสร้างบนที่ดิน ก็อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ด้วยการจำนองพร้อมที่ดิน แต่ถ้าจะจำนองเฉพาะสิ่งปลูกสร้างโดยไม่จำนองที่ดินด้วย ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของที่ดินด้วย แต่กรณีนี้ธนาคารพาณิชย์จะไม่นิยมที่จะรับเป็นหลักประกัน เพราะจะมีปัญหาเวลาบังคับชำระหนี้ เพราะเมื่อเจ้าของสิ่งปลูกสร้างไม่ใช่เจ้าของที่ดิน หากจะบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดย่อมหาผู้ที่จะมาซื้อได้ยาก¹²

2.1.4 แนวคิดเกี่ยวกับธุรกิจสินเชื่อภายในประเทศกับหลักประกัน

เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อในกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม มาตรา 13 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ให้อำนาจธนาคารพาณิชย์ ในการกำหนดเกี่ยวกับการให้สินเชื่อเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศ หรือเพื่อแก้ไขภาวะเศรษฐกิจของประเทศ ธนาคารควรรักษาเงินที่ประชาชนมาฝากไว้ด้วยความเชื่อถือไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อภาคเศรษฐกิจทุกด้านของประเทศไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะประเภทใดประเภทหนึ่งมากเกินไปเกินสมควร ทั้งนี้เพื่อกระจายเงินทุนเข้าไปในธุรกิจที่ก่อให้เกิดประโยชน์ (Productive Business) ทุกชนิดเท่าที่จะทำได้ เพราะนอกจากจะให้ความเป็นธรรม โดยการช่วยเหลือธุรกิจหลายประเภทแล้ว ยังเป็นการกระจายความเสี่ยง (Diversification of Risks) ของธนาคารออกไปด้วย โดยธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อในลักษณะของเงินให้กู้ยืม โดยทั่วไป แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

2.1.4.1 สินเชื่อเพื่อการพาณิชย์กรรม

โดยทั่วไปผู้ขอสินเชื่อประเภทนี้ จุดประสงค์ก็เพื่อผู้เงินธนาคารพาณิชย์เป็นทุนหมุนเวียนทางการค้า คือ ธุรกิจซื้อมา ขายไป ไม่มีโรงงาน ไม่มีกระบวนการผลิตถึงมีก็เล็กน้อย เช่น การบรรจุกล่อง หีบห่อ การลงทุนในทรัพย์สินประจำไม่มากนัก เพราะผู้ขอสินเชื่อมักใช้ที่อยู่อาศัยของตนเป็นที่ประกอบธุรกิจ และไม่มีการลงทุนซื้อเครื่องจักรอุปกรณ์ใดๆ แต่ปัจจุบันการลงทุนในทรัพย์สินประจำในธุรกิจซื้อมาขายไปมีมากขึ้น และราคาที่ดินและอาคารแพงมากขึ้น ธุรกิจซื้อมาขายไปแตกต่างกันขึ้นอยู่กับลักษณะของสินค้า เช่น การขายของชำ ซื้อสินค้ามาอาจได้เครดิตหรือไม่ก็ตามแต่ขายได้เป็นเงินสด ห้างสรรพสินค้าก็คือร้านชำขนาดใหญ่ ซื้อได้เครดิตขายได้เงินสด หลักประกัน ในกรณีของลูกหนี้ที่กู้ยืมเงินไปเพื่อการพาณิชย์กรรมนี้ จะเป็นที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นเจ้าของที่ดินนั่นเอง หรือการจำนำเงินฝากและการค้ำประกัน¹³

2.1.4.2 สินเชื่อเพื่อการอุตสาหกรรม

ปัจจุบันธนาคารให้กู้ระยะยาวแก่กิจการอุตสาหกรรมมากขึ้น เพราะกิจการอุตสาหกรรมเป็นกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง ถ้าจะพึ่งแต่เงินลงทุนของเจ้าของผู้ประกอบการแล้ว ย่อมไม่อาจทำให้

¹² จุฬามาศ จารัส. อ้างแล้ว. หน้า 21.

¹³ จุฬามาศ จารัส. อ้างแล้ว. หน้า 22.

โครงการสามารถบรรลุไปถึงเป้าหมายที่วางไว้ได้ กิจกรรมอุตสาหกรรมต้องใช้เงินลงทุนมากทั้งในเงินทุนหมุนเวียนและเงินทุนถาวรสูงกว่ากิจกรรมประเภทอื่นๆ เพราะนับเวลาตั้งแต่การสั่งซื้อวัตถุดิบจนถึงการผลิตสำเร็จรูปมาขายและเก็บเงินได้นานกว่าการค้าขายตามธรรมดา ธุรกิจด้านอุตสาหกรรมอาจแบ่งออกได้ 2 ชนิด คือ อุตสาหกรรมเพื่อทดแทนการนำเข้า (Import Substitution Industries) หรืออุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก (Export Industries) โดยเฉพาะถ้าเป็นอุตสาหกรรมที่ใช้วัตถุดิบที่สามารถผลิตหรือค้นหาได้ภายในประเทศ เช่น อุตสาหกรรมน้ำตาล ผลไม้กระป๋อง แร่ที่ขุดได้ภายในประเทศ เป็นต้น เพราะอุตสาหกรรมทั้งสองนี้จะช่วยทางด้านประหยัดเงินตราต่างประเทศและช่วยหาเงินตราต่างประเทศ จากการส่งสินค้าอุตสาหกรรมที่ผลิตได้ออกไปขายยังต่างประเทศ อีกทางหนึ่งซึ่งการช่วยเหลืออุตสาหกรรมส่วนใหญ่ขนาดควรให้สินเชื่อทั้งระยะสั้น และระยะยาว ซึ่งกรณีสินเชื่อเพื่ออุตสาหกรรมนี้ หลักประกันที่นิยมใช้มักจะ ได้แก่ การจำนองเครื่องจักร (ซึ่งทางปฏิบัติอาจมีได้ทั้งการจำนองและการจำนำ) การจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง และการค้ำประกัน เป็นต้น¹⁴

2.1.4.3 สินเชื่อเพื่อการอุปโภคและบริโภค

คือ สินเชื่อที่อำนวยความสะดวกทั่วไป สามารถมีไว้ซึ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ในเรื่องส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับการค้า โดยในขณะนั้นผู้กู้ยังไม่มีเงินออมเพียงพอที่จะซื้อหาสิ่งเหล่านี้ได้ ทั้งนี้โดยอาศัยรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Earnings) เป็นแหล่งเงินที่จะชำระคืน หรือจะกล่าวอีกแง่หนึ่งก็คือ ผู้กู้นำเงินรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไปใช้ก่อนล่วงหน้า

ปัจจุบันราคาของเครื่องอุปโภคบริโภคต่างๆ เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วการที่จะออมเงินจนได้ตามจำนวนที่ต้องการ แล้วนำไปซื้อสิ่งที่ต้องการมักจะทำได้ยาก ประชาชนทั่วไปจึงยอมที่จะจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ และได้ของนั้นมาใช้เลยมากกว่าที่จะเสี่ยงกับราคาที่เพิ่มขึ้น และอัตราเงินเฟ้อที่ทำให้ค่าเงินออมลดลง

สิ่งอำนวยความสะดวก ในความหมายของการให้สินเชื่อเพื่ออุปโภคบริโภค ได้แก่ ที่อยู่อาศัย ตั้งแต่การปลูกบ้าน ซื้อมือบ้าน ซ่อมแซมบ้าน รถยนต์ เครื่องใช้ต่างๆ ภายในบ้าน เช่น เครื่องใช้ไฟฟ้า เครื่องปรับอากาศ ฯลฯ การพักผ่อน ท่องเที่ยวต่างประเทศ ทักษะศึกษา อื่นๆ เช่น การส่งบุตรหลานไปศึกษาต่อต่างประเทศ ตลอดจนความจำเป็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินชีวิตประจำวัน หลักประกันกรณีสินเชื่ออุปโภคและบริโภค มักจะ ได้แก่ การจำนองที่ดินและสิ่งปลูกสร้างและการค้ำประกัน เป็นต้น¹⁵

¹⁴ จุฬามาศ จำรัส. อ้างแล้ว. หน้า 22.

¹⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2536). *การบริหารสินเชื่อ หน่วยที่ 8-15* (พิมพ์ครั้งที่ 2). เอกสารประกอบการสอน. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายการพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 733.

2.1.4.4 สินเชื่อเพื่อการเกษตรกรรม

หมายถึง การกู้ยืมของเกษตรกรเพื่อช่วยเกษตรกร ให้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อทำการเกษตร การให้สินเชื่ออาจให้เป็นเงินสดหรือให้เป็นสิ่งของ เช่น พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ ปุ๋ย ยาปราบศัตรูพืช และสัตว์ หรือวัสดุการเกษตรกรรมอื่นๆ สินเชื่อเพื่อการเกษตร จัดเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการผลิตทางการเกษตร และถือว่ามีส่วนในการพัฒนาทางการเกษตร เพราะได้มีส่วนช่วยให้เกษตรกรมีเงินทุน ไปใช้จ่ายซื้อปัจจัยในการผลิตอื่นๆ ได้แก่ การซื้อเครื่องมือ เครื่องทุนแรง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตให้สูงขึ้น และซื้อที่ดินทำกินเพื่อการเกษตรเพื่อเป็นอาชีพให้แก่ครอบครัว โดยที่เกษตรกรเหล่านั้นจะได้กู้ยืมเงินทุนจากสถาบันการเงินปกติ คือ ธนาคารพาณิชย์ หรือ “ตลาดเงินในระบบ” ทำให้ไม่ต้องอยู่ในความเสียบริเวณแก่นายทุน และต้องรับภาระดอกเบี้ยในอัตราสูงมากในปี พ.ศ. 2518 รัฐบาลได้มีนโยบายให้ธนาคารพาณิชย์ปล่อยสินเชื่อการเกษตร โดยกำหนดเป็นลักษณะร้อยละของเงินฝากในแต่ละปี จวบจนถึงปัจจุบันนี้ธนาคารพาณิชย์แต่ละธนาคาร ยังคงต้องปล่อยสินเชื่อเพื่อการเกษตรในอัตราร้อยละ 13 ของยอดเงินฝากในปีที่ผ่านมา¹⁶

หลักประกันสำหรับสินเชื่อเพื่อการเกษตรกรรมนี้มักจะ ได้แก่ การจำนำผลผลิตที่ได้จากการประกอบการเกษตรกรรมนั้นๆ เช่น จำนำข้าว จำนำข้าวโพด เป็นต้น ธนาคารพาณิชย์บางแห่งพิจารณาการให้สินเชื่อตามประเภทของธุรกิจ เช่น ธนาคารไทยพาณิชย์ แบ่งสินเชื่อเป็น 8 ฝ่าย แต่ละฝ่ายดูแลต่างประเภทกันไป เช่น ฝ่ายธุรกิจ 1-3 ดูแลลูกค้าประเภทลูกค้าที่เป็นบริษัทใหญ่ (ลูกค้า Corporate) เช่น Joint Venture ระหว่างประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่น หรือคนญี่ปุ่นในประเทศไทยที่ได้รับ BOI หลักคือ ถ้าถือว่าเป็นลูกค้า Corporate แล้ว ความเสี่ยงด้านสินเชื่อค่อนข้างน้อยเพราะมักจะมีธุรกิจเป็นที่น่าเชื่อถือ จึงมักเป็นธุรกิจที่ไม่มีหลักประกัน อีก 5 ฝ่ายที่เหลือจะดูแลธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมหรือเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ แต่ไม่จัดเป็น Corporate เช่น ขนาดธุรกิจ 1,000 ล้าน แต่บริหารงานแบบครอบครัว ได้แก่ ฝ่ายธุรกิจบริการ ดูแลลูกค้า อสังหาริมทรัพย์ เช่น โรงแรม หอพัก โรงพยาบาล รับเหมาก่อสร้าง ฝ่ายอุตสาหกรรม ดูแลลูกค้า อุตสาหกรรมทุกประเภทที่มีโรงงาน ฝ่ายธุรกิจเกษตร ดูแลเกษตรกร และอุตสาหกรรมเกษตรต่างๆ ฝ่ายพาณิชย์กรรม ดูแลลูกค้าธุรกิจซื้อมาขายไป ฝ่ายสินเชื่อบุคคล ดูแลลูกค้าที่เป็นบุคคลธรรมดา ที่มีวัตถุประสงค์กู้ยืมเงินเพื่อซื้อที่อยู่อาศัยหรือเพื่ออุปโภคบริโภค เหตุที่ต้องพิจารณาสินเชื่อตามประเภทธุรกิจ ทั้งนี้เพราะการจ่ายเงินคืนขึ้นอยู่กับความสามารถของแต่ละธุรกิจ ถ้าเป็นธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ต้องใช้เวลาในการก่อสร้าง การขาย จึงจะชำระหนี้คืนธนาคารได้ครบถ้วนยอมใช้

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 733.

เวลานาน ดังนั้นการพิจารณาหลักประกันของสินเชื่อแต่ละประเภทจึงแตกต่างกันไปตามลักษณะสินเชื่อแต่ละประเภท¹⁷

2.1.5 ธุรกิจสินเชื่อต่างประเทศกับหลักประกัน

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ระหว่างพัฒนา จำเป็นต้องสั่งสินค้าประเภททุนและเทคโนโลยีใหม่ๆ มาจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ปริมาณการสั่งสินค้าเข้าและผู้ส่งออกของไทยเพิ่มปริมาณมากขึ้นทุกปี ซึ่งการสั่งสินค้าเข้าและส่งออกนี้ถือเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ การที่ธนาคารพาณิชย์จะให้สินเชื่อหรือให้กู้ยืมเงินแก่ผู้ประกอบการธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นธุรกิจประเภทสั่งสินค้าเข้าและส่งออกนั้น จะเป็นกรณีที่ถูกหนี (ผู้ประกอบการ) ซึ่งเป็นผู้ซื้อขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต (Letter of Credit หรือ L/C) กับธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือ L/C เป็นตราสารที่ธนาคารเป็นผู้ออกเลตเตอร์ออฟเครดิต โดยคำสั่งของลูกค้าซึ่งเป็นผู้ซื้อ หรือผู้สั่งสินค้าเข้าแจ้ง ไปยังผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นผู้ขายหรือผู้ส่งสินค้าออกโดยผ่านทางธนาคารตัวแทนของธนาคารผู้ออกเลตเตอร์ออฟเครดิต เป็นการยืนยันพันธะผูกพันว่าเมื่อผู้ขายได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดไว้ในเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ธนาคารผู้ออกเลตเตอร์ออฟเครดิตจะชำระเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์ เมื่อธนาคารได้รับคำขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ธนาคารก็จะพิจารณาคำขอนั้น เพื่อดูว่าสมควรจะเปิดให้ตามคำขอของผู้ซื้อหรือไม่ โดยพิจารณาถึงฐานะทางการเงินและความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้า โดยละเอียด เพราะการที่ธนาคารพาณิชย์ออกเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น หมายถึง ธนาคารได้รับรองกับผู้รับประโยชน์ (ผู้ขาย) ตามเลตเตอร์ออฟเครดิต ในอันที่จะจ่ายเงินตามตั๋วแลกเงินของผู้ซื้อหรือผู้ขายสินค้า ถ้าหากผู้ซื้อบิดพลิ้วไม่ยอมจ่ายธนาคารพาณิชย์ต้องเป็นผู้จ่ายแทน¹⁸

ดังนั้น ในการพิจารณาเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกร้องให้ลูกค้าวางเงินประกัน ซึ่งเรียกว่า เงินมัดจำเครดิต (Marginal Deposit) หรือมีผู้ค้ำประกัน หรือวางหลักทรัพย์อื่นเป็นวงเงินมัดจำเครดิตจะเรียกเก็บ เป็นอัตราร้อยละของวงเงินเลตเตอร์ออฟเครดิต ซึ่งจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับฐานะทางการเงินและความเชื่อในตัวลูกค้า เมื่อธนาคารพาณิชย์ที่ได้รับการขอให้ออกเลตเตอร์ออฟเครดิตให้กับผู้ขายสินค้านั้นยอมเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่ผู้ขอเปิดแล้ว ก็เท่ากับว่าธนาคารได้ตกลงจะจ่ายเงินให้กับผู้ขายตามจำนวนที่ระบุไว้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ขายจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดในเลตเตอร์ออฟเครดิตนั้น เพราะการที่ธนาคารยินยอมให้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ก็ถือว่าเป็นการที่ธนาคารให้สินเชื่ออย่างหนึ่งแก่ผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต

¹⁷ พชรินทร์ ไวกวี. (2540). *หลักประกันสินเชื่อธนาคาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 66-67.

¹⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. อ้างแล้ว. หน้า 676.

นั่นเอง อีกทั้งธนาคารพาณิชย์ยังต้องรับผิดชอบที่จะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายสินค้าตามเลตเตอร์ออฟเครดิตแทนผู้ซื้อในกรณีที่ผู้ซื้อ (ผู้ขอให้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต) ไม่ยอมจ่ายเงินด้วย ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ธนาคารอาจเรียกหลักประกันจากผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตด้วยการให้วางเงินประกัน ซึ่งเรียกว่าเงินมัดจำเครดิต (Marginal Deposit) หรือมีผู้ค้ำประกัน นอกจากนี้ ยังมีทรัสต์รีซีพ (Trust Receipt หรือ T/R) ที่อาจถือได้ว่าเป็นหลักประกันประเภทหนึ่งที่ใช้กับกรณีการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ซึ่งทรัสต์รีซีพ คือ หนังสือสัญญาชนิดหนึ่ง ที่ผู้ซื้อสินค้าได้ทำให้ไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตเพื่อเป็นการรับรองว่า การที่ตนได้ขอรับเอกสารประกอบการส่งสินค้า (Shipping Document) จากธนาคารพาณิชย์ เพื่อไปออกสินค้าจากกรมศุลกากรและนำสินค้าไปจำหน่ายก่อน โดยที่ยังไม่มีการชำระเงินให้แก่ธนาคารพาณิชย์นั้น ธนาคารพาณิชย์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้น ดังนั้น ในคำขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต จะมีข้อความตอนหนึ่งว่า ผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ตกลงจำหน่ายสินค้าตามเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นหลักประกันให้แก่ธนาคาร เพื่อเป็นประกันการที่ธนาคารจ่ายเงินค่าสินค้าตามตัวแลกเงิน ให้แก่ผู้ขายแทนผู้ซื้อ และให้อำนาจธนาคารนำสินค้าออกขายได้ด้วย ไม่ว่าจะการขายทอดตลาด หรือการขายโดยตรงเพื่อนำเงินที่ขายได้มาหักใช้หนี้ธนาคารในกรณีที่ผู้ซื้อไม่นำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ธนาคารตามเลตเตอร์ออฟเครดิต เมื่อธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตได้รับตัวแลกเงินพร้อมเอกสารจากธนาคารผู้ขายในต่างประเทศ ก็เท่ากับว่าธนาคารผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตยินยอมจะปฏิบัติตามประเพณีและการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งการยอมรับตามประเพณีและการปฏิบัตินี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 775/2525 ซึ่งวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่า กรณีที่ได้มีการตกลงให้ถือเอาระเบียบประเพณีและพิธีปฏิบัติเกี่ยวกับเครดิต มีเอกสารประกอบของสภาพการค้ำนานาชาติมาใช้บังคับแล้ว ศาลก็ต้องวินิจฉัยคดีไปตามประเพณีและพิธีปฏิบัตินั้น และนอกจากนี้ ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3338/2526 วินิจฉัยว่า จำเลยยื่นคำขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตต่อโจทก์เมื่อ โจทก์สนองรับยอมเกิดเป็นสัญญาผูกพันกันเมื่อโจทก์ชำระราคาสินค้าที่จำเลยสั่งซื้อให้แก่ผู้ขายไป จำเลยก็มีหน้าที่ชำระเงินคืนให้แก่โจทก์พร้อมทั้งดอกเบี้ยและค่าบริการ¹⁹

2.2 แนวคิด ทฤษฎีของเครื่องหมายการค้า

2.2.1 แนวคิดของเครื่องหมายการค้า

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า นั้นเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 5-6 ก่อนคริสตกาล โดยจากหลักฐานทางโบราณคดีพบว่าสัญลักษณ์ที่ใช้แทนเครื่องหมายการค้าในสมัยนั้น

¹⁹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. อ้างแล้ว. หน้า 676.

คือ ชื่อของผู้ทำสินค้า²⁰ ต่อมาสัญลักษณ์ที่เป็นเครื่องหมายการค้านั้นได้เริ่มแพร่หลายมากขึ้น จนในสมัย ยุคกลางมีการยอมรับว่าเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อระบุหรือบ่งบอกถึงผู้ผลิตสินค้าหรือ เจ้าของสินค้า และได้กำหนดหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า ออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ การใช้ เครื่องหมายการค้าเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือสัญลักษณ์ซึ่งเจ้าของสินค้า ใช้ติดกับสินค้าของตนเพื่อแสดงให้เห็นเสมือนหรือลูกจ้างที่อ่านหนังสือได้ออก ทราบว่าสินค้าเป็นของ นายจ้างของตน หรือเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ที่ตัวเจ้าของสินค้าสามารถใช้อ้างอิงได้ ในกรณีที่ เรืออัปปาง หรือสินค้าถูกโจรสลัดปล้นชิง โดยการใส่เครื่องหมายการค้าในลักษณะนี้มักใช้กับพ่อค้า มากกว่าช่างฝีมือ โดยไม่มีเจตนาที่บ่งถึงแหล่งการผลิตของสินค้าใดๆ เลย และการใช้เครื่องหมายการค้า เพื่อเป็นทะเบียนในการควบคุมการผลิต²¹ เครื่องหมายการค้าในหน้านี้จะใช้เป็นที่ติดกับสินค้า โดยข้อกำหนดกฎหมาย คำสั่งทางราชการ ระเบียบของสมาคมการค้า เพื่อแสดงถึงหน้าที่ของ เจ้าของจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ หากมีสินค้าชำระครบพร้อม รัฐจะไม่สามารถรู้ว่าใคร เป็นผู้ผลิต โดยดูจากหลักฐานเครื่องหมายการค้า และสามารถลงโทษผู้ที่ผลิตสินค้าดังกล่าวได้

ต่อมาในสมัยยุคกลาง การใช้เครื่องหมายการค้าได้เกิดในแหล่งสมาชิกของสมาคมอาชีพ ด้วยการติดเครื่องหมายการค้าของสมาคมอาชีพไว้ในสินค้าของสมาชิกที่นำออกจำหน่ายแก่สาธารณชน โดยบทบัญญัติอันเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่ออกมาใช้บังคับแก่เหล่าผู้ปกครองใน ศตวรรษที่ 13 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสาธารณชนจากสินค้าที่จำหน่าย ซึ่งไม่ได้แสดงแหล่งที่มาใดๆ ทำให้ ไม่ปรากฏหรือไม่ทราบว่าคุณภาพของสินค้านั้นมากกว่าการกำหนดให้ความคุ้มครองเพื่อ ผลประโยชน์ของพ่อค้า และผู้ผลิตซึ่งใช้เครื่องหมายการค้า ด้วยเหตุนี้ วัตถุประสงค์ของการใช้ เครื่องหมายการค้าของสมาคมอาชีพที่สินค้าเหล่าสมาชิกของสมาคมในยุคกลางที่กล่าวมา คือ การควบคุมคุณภาพของสินค้าในกลุ่มของตน เพื่อเป็นการปกป้องชื่อเสียงทางการค้าของกลุ่ม จนกระทั่งในยุคกลางปฏิวัติอุตสาหกรรม การผลิตผลิตภัณฑ์ในลักษณะจำนวนมาก และจัดจำหน่าย กระจายไปตามท้องถิ่นต่างๆ ได้เกิดขึ้น ผู้ผลิตต้องถูกบังคับโดยปริยายให้ต้องพึงเครื่องหมายในการ แสดงที่มาของผลิตภัณฑ์สินค้า เพราะผู้ผลิตไม่อาจติดต่อกับผู้บริโภคได้โดยตรง ตลอดจนบรรดา ผู้บริโภคจะต้องอาศัยประสบการณ์มากขึ้น ในการจำแนกเพื่อซื้อผลิตภัณฑ์ที่ตนพอใจในการ พิจารณาที่เครื่องหมายการค้าอันปรากฏที่ผลิตภัณฑ์ เนื่องจากผลของการแข่งขันทางการค้าทำให้มี ผลิตภัณฑ์ในลักษณะคล้ายกันของผู้ผลิตต่างรายในท้องตลาดเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะเมื่อการ ขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศได้เพิ่มขึ้น ผู้ผลิตซึ่งส่งสินค้าออกไปยังประเทศต่างๆ ย่อมต้อง พึงพาเครื่องหมายการค้าของตน เพื่อการแสดงที่มาอันก่อให้เกิดความมั่นใจในคุณภาพของสินค้านั้น

²⁰ E.R. Wenman. (1982). *Trademark Right*. Geneva: WIPO. p.39.

²¹ Schechter. (1927). *The Rational Basic of Trademark Protection*. 40 Harvard: Law Review. p.813, p.820.

สิ่งที่ตามมา ได้แก่ การลอกเลียนเครื่องหมายการค้าอันมีชื่อเสียงเพื่อหวังผลในการจำหน่าย ซึ่งได้นำไปสู่ความสับสนในเครื่องหมายการค้าและผลิตภัณฑ์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทั้งผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงและผู้บริโภคซึ่งซื้อสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่ลอกเลียนดังกล่าว จึงได้เกิดคดีความอันเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าเพิ่มมากขึ้น แต่ในช่วงระยะเวลานั้น บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่มี แม้แต่ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศแรกเริ่มที่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม และแม่แบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีการประกาศใช้บทบัญญัติอันเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าฉบับแรกในปี พ.ศ. 1875 ได้แก่ The Trademark Registration Act A.D. 1875 แต่ปัญหาของการดำเนินคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าในศาลอยู่ที่ความยากลำบากในการพิสูจน์สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งต้องขึ้นอยู่กับชื่อเสียงทางการค้า จึงมีแนวความคิดในการที่ต้องมีกฎหมายเพื่อกำหนดให้ใช้ระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ดังที่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ใช้ระบบนี้อยู่แล้ว²² เพื่อตัดปัญหาการพิสูจน์ดังกล่าว จึงได้มีการออก The Trademarks Registration Act A.D. 1825 ซึ่งบัญญัติให้มีการแต่งตั้งนายทะเบียนเพื่อรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ต่อมาได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าในปี ค.ศ. 1905 และ ค.ศ. 1919 จนมาถึงในปี ค.ศ. 1938 ได้มีการประกาศใช้ The Trademarks A.D. 1938 และมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1984 เพื่อให้ใช้ได้กับเครื่องหมายบริการด้วย โดยใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งหลักการของกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายของประเทศอังกฤษนี้ ได้มีอิทธิพลและใช้เป็นแม่แบบแก่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศต่างๆ ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เคิร์ริรัฐออสเตรเลีย รวมทั้งประเทศไทยด้วย นอกจากนั้น เนื่องจากได้มีแนวความคิดว่าควรจัดให้มีเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมอีกประเภทหนึ่ง หลักการอันเกี่ยวกับมาตรฐานของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ไม่ว่าจะในระดับภายในประเทศหรือว่าระหว่างประเทศ จึงได้มีอนุสัญญาปารีสว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม ค.ศ. 1883 กำหนดแนวทางแก่ประเทศต่างๆ ไว้²³

2.2.2 ทฤษฎีของเครื่องหมายการค้า

2.2.2.1 ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Law Theory)

กฎหมายธรรมชาติเป็นแนวความคิดที่เชื่อว่านอกจากกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น ยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติ คือ เกิดขึ้นเองและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ มนุษย์ไม่ได้เป็นผู้สร้างขึ้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดกาลเวลาและสถานที่ มีฐานะ

²² ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2540). *คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พื้นฐานความรู้ทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. หน้า 235.

²³ ปรอย พวงราช. (2528). "กฎหมายเครื่องหมายการค้าคุ้มครองใคร". *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 15 ฉบับที่ 2. หน้า 1.

เหนือกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น ดังนั้น จึงควรบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ เพราะเชื่อว่าธรรมชาติของมนุษย์มีเหตุผล และเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ของมนุษย์ที่จะไม่บัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับในบ้านเมืองโดยขัดกับกฎหมายธรรมชาติ เนื่องจากเหตุผลของมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติซึ่งมีรากฐานความคิดที่สืบเนื่องมาจากปรัชญาสำนักสโตอิก (Stoic School) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า โลกและจักรวาลล้วนแต่ดำรงอยู่อย่างมีระเบียบ มีกฎเกณฑ์ที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างมีเหตุผล ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะ โลกและจักรวาลดำเนินไปโดยถูกจัดระเบียบจากสิ่งที่มีคุณภาพทางสติปัญญาเรียกว่า เหตุผลสากล หรือ Logos ทำให้จักรวาลดำเนินไปอย่างมีระเบียบ เรียกว่า เป็น Cosmos โดยที่มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของจักรวาล และถูกกำกับอยู่ด้วย Logos เช่นเดียวกับสิ่งอื่นๆ ดังนั้น ภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ คือ การดำเนินชีวิตตามหลักแห่งเหตุผล สากลนี้ มนุษย์ยังเป็นสิ่งที่มีสติปัญญาสามารถเข้าใจกฎเกณฑ์ธรรมชาติ เข้าใจมนุษย์ด้วยกันรวมทั้งสิ่งต่างๆ มากมาย และนี่จึงเป็นรากฐานของการอธิบายว่า การดำรงชีวิตให้สอดคล้องกับธรรมชาติ สอดคล้องกับจักรวาล ก็คือการดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผลนั่นเอง²⁴

เป้าหมายสุดท้ายของสำนักสโตอิก คือ รัฐ โลกมีเพียงโลกเดียว และใช้กฎหมายเดียวกันสำหรับมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีเหตุผลและสติปัญญา เพราะฉะนั้น มนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกัน ไม่มีใครเหนือกว่าใคร ความคิดทางกฎหมายธรรมชาตินี้นำไปสู่ความเสมอภาคของมนุษย์ การเลือกปฏิบัติโดยคำนึงเพศ ชนชั้น สัญชาติ ย่อมไม่ยุติธรรมและขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ²⁵

ทฤษฎีสติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Law Theory) ถือว่าสิทธิตามธรรมชาติเป็นสิทธิในตัวเองโดยแท้ (Inherent Rights) ภายใต้อำนาจเชื่อว่า สิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมกับมนุษย์ และถือว่าความยุติธรรมมาก่อนตัวบทกฎหมาย แม้มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ให้มีศักดิ์เป็นกฎหมาย สิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติก็มีอยู่ตามธรรมชาติแล้ว การออกกฎหมายขึ้นจึงเป็นเพียงรูปแบบ หรือการรับรองสิทธิที่มีอยู่แล้วเท่านั้น²⁶

2.2.2.2 ทฤษฎีการให้รางวัล หรือจูงใจผู้สร้างสรรค์งาน

ทฤษฎีการให้รางวัล (Reward Theory) วางแนวคิดของการให้ความคุ้มครองในสิทธิเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า โดยคำนึงถึงหลักเศรษฐศาสตร์ที่เน้นการได้ประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ สิทธิที่กฎหมายมอบให้จึงเป็นเสมือนรางวัล (Reward) สำหรับนักคิด นักสร้าง และผู้ออกแบบ

²⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 114.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-115.

²⁶ สุมาลี วงษ์วิจิตร. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีรองรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา*. ใน เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชากฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา LA 716. หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 17.

เครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นในสังคมมนุษย์ หากไม่มีการตอบแทนการทำดี หรือสิ่งที่ดีออกมา มนุษย์ก็จะขาดกำลังใจในการคิด และการออกแบบเครื่องหมายการค้าใหม่ๆ ขึ้นมาเพื่อประโยชน์ ต่อสังคม การให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้ทรงสิทธิในเครื่องหมายการค้าจึงมีความเหมาะสมแล้ว ขณะเดียวกัน การให้รางวัลโดยทั่วไปย่อมต้องคำนึงถึงผลงานที่สร้างขึ้นว่าสมควรจะได้รับรางวัล หรือไม่ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองงานที่สร้างสรรค์ขึ้น โดยไม่คำนึงว่าผลงานนั้นมีคุณภาพหรือ มีคุณค่าหรือไม่ และไม่คำนึงว่าจะมีต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายในการสร้างงานมากน้อยหรือไม่เพียงใด เช่นนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการขัดกับหลักการทั่วไปของการให้รางวัลกับผู้ที่สมควรจะได้รับรางวัลตอบแทน นอกจากนั้น หากพิจารณาตามความจริงแล้ว จะเห็นได้ว่า นวัตกรรม หรือผู้สร้างงานใหม่ๆ ขึ้นมานั้น หลายรายมีความสุขและพึงพอใจปลาบปลื้มในผลงานของตน โดยไม่สนใจว่างานที่สร้างขึ้นมานั้น จะได้รับรางวัลหรือไม่ และนำไปใช้ประโยชน์ในทางใดหรือไม่ เช่น งานภาพวาด หรืองานภาพถ่าย เป็นต้น²⁷

ส่วนทฤษฎีการเป็นเครื่องจูงใจ (Incentive to Invent Theory) วางหลักการไว้ว่า การคิดค้น สร้างสรรค์ผลงานหรือประดิษฐ์สิ่งใดออกมาย่อมต้องเกิดขึ้นจากการมีสิ่งจูงใจให้ต้องทำเช่นนั้น ทั้งนี้ เพราะการดำเนินการดังกล่าวต้องใช้เวลาเงินทุน และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ประกอบกับแรงบันดาลใจ และแรงกระตุ้น จึงจะเกิดผลงานขึ้นมาได้

2.2.2.3 ทฤษฎีเพื่อประโยชน์ทางสังคม (Social Theory)

แนวคิดที่สนับสนุนทฤษฎีนี้มีอยู่หลายกลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มที่มีแนวคิดคัดค้าน หลักสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติ และหลักประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งาน แต่เพื่อให้ระบบ เครื่องหมายการค้า จึงได้พยายามสร้างทฤษฎีใหม่ขึ้นเพื่อให้เกิดการยอมรับ และแนวคิดที่เห็นว่า น่าจะเหมาะสมและได้รับแรงต้านน้อยลง คือ การให้น้ำหนักกับประโยชน์ของสังคมให้มากขึ้น ดังนั้น จึงเกิดทฤษฎีการเปิดเผยข้อมูลความรู้ต่อสังคม (Disclosure of Information Theory) ขึ้น พร้อมกับวางหลักการให้ชัดเจนเพื่อสร้างน้ำหนักของการให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ การให้ความ คุ้มครองเครื่องหมายการค้า นั้น มีหลักการสำคัญ คือ งานที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญานั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมด้วย ผู้สร้างสรรค์งานจึงมีความจำเป็นต้องแบ่งปัน และถ่ายทอดความรู้ให้สังคมได้รับทราบไม่ว่าด้วยวิธีใด และวิธีที่สำคัญ คือ วิธีเปิดเผยข้อมูลนั้นๆ ไม่เก็บข้อมูลความรู้ที่ตนคิดค้นได้ไว้เป็นความลับซึ่งจะไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ใดทั้งสิ้น ดังนั้น “ทฤษฎีการเปิดเผยข้อมูลความรู้ต่อสังคม” จึงเป็นทฤษฎีหนึ่งที่น่าไปใช้เป็นเงื่อนไขสำคัญของการ

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าโดยเฉพาะ²⁸ เช่น การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก็เป็นการเปิดเผยแก่สาธารณชนเช่นเดียวกัน

2.2.2.4 ทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาด (Absolute Theory)

ทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดเป็นทฤษฎีที่ถูกต้องโดยไม่คำนึงถึงกาลเทศะ หรือพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ทั้งสิ้น กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ยืนยันตนเองว่าถูกต้องไม่ว่าจะนำไปใช้ในสถานที่ใด เมื่อใด หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่ง คือ เป็นทฤษฎีที่ใช้ได้เสมอ และใช้ได้ตลอดไป สำหรับจุดประสงค์ในการลงโทษนั้น ทฤษฎีเด็ดขาดถือว่าการที่กฎหมายอาญาบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็เพราะเหตุที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างเดียว กล่าวคือ จะต้องมีการลงโทษเพื่อแก้แค้นที่ถูกผู้กระทำความผิดกระทำละเมิด อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่า การแก้แค้นเป็นสิ่งที่ลွ่งพ้นสมัย แต่ความจริงในทางจิตวิทยาเป็นวิสัยของมนุษย์ที่ว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ราษฎรย่อมจะโกรธแค้น และประสงค์จะให้รัฐทำโทษ ถ้ารัฐไม่ทำโทษเสียเลย หรือลงโทษสถานเบา ราษฎรก็จะไม่พอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหาย หรือญาติมิตรของผู้เสียหายซึ่งไม่พอใจอาจลงมือแก้แค้นเสียเอง ซึ่งเท่ากับกระทำความผิดตอบแทนความผิดนั่นเอง ในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีตัวอย่างที่ฝูงชนฮือแย่งผู้กระทำความผิดไปจากเจ้าหน้าที่แล้วลงโทษเสียเอง นอกจากนั้นการนิ่งเฉยของรัฐที่ไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเสียเอง หรือลงโทษแต่เพียงเล็กน้อยย่อมจะทำให้เกิดความระส่ำระสายในหมู่ราษฎร และทำให้ราษฎรขาดความไว้วางใจในกฎหมาย ทั้งยังทำให้ราษฎรอื่นๆ เอาเยี่ยงอย่างโดยกระทำความผิดอย่างเดียวกัน²⁹

2.2.2.5 ทฤษฎีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

ทฤษฎีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มีรากฐานแต่เดิมมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษ โดยมีหลักการเหยียวยา หรือชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องคำนึงว่าความเสียหายนั้นเกิดจากการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำหรือไม่ แนวคิดในเรื่องความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดนี้ ถือว่าเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นก็ต้องมีการชดเชยเหยียวยาเสมอ จึงได้เรียกหลักนี้ว่า Strict Liability ซึ่งหมายถึง ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด หรือเรียกว่า Liability without Fault ซึ่งหมายถึง ความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด เนื่องจากพื้นฐานของแนวคิดนี้มาจากหลักการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในอันที่จะไม่ถูกทำให้เสียหาย ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำ เพียงแต่ผู้เสียหายพิสูจน์ถึงความเสียหายเนื่องมาจากต้นเหตุนั้น ได้ก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้ เพราะถือว่าความคิดของมนุษย์อันเป็น

²⁸ สุมาลี วงษ์วิจิตร. อ้างแล้ว. หน้า 23.

²⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 132.

องค์ประกอบทางด้านจิตใจไม่อาจรู้ได้ ทฤษฎีนี้จึงมุ่งคุ้มครองความเสียหายในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลมากกว่าจะเน้นที่ความผิดของผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย³⁰ เหตุผลของการกำหนดให้มีความรับผิดเช่นนี้ เนื่องจากความเสียหายบางอย่างผู้เสียหายไม่อาจที่จะพิสูจน์ถึงสาเหตุที่เกิดขึ้นหรือถ้าพิสูจน์ได้ก็เป็นการพิสูจน์ได้ยาก เพราะอาจเป็นไปได้ว่า เหตุที่เกิดขึ้นอยู่ในความรับรู้ของผู้กระทำแต่เพียงฝ่ายเดียว โอกาสที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ความผิดของจำเลยจึงเป็นไปได้ยาก จึงทำให้มีการยอมรับหลักความรับผิดที่ไม่ต้องคำนึงถึงความผิด หรือหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ กล่าวคือไม่ว่าผู้กระทำจะมีความผิดหรือไม่ ก็ต้องยอมรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น เว้นแต่จะพิสูจน์แก้ตัวตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้³¹

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเกี่ยวกับทฤษฎีการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้านั้น จะเห็นได้ว่า จากการศึกษาทฤษฎีตามบรรพชาตินั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าจึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิที่มีอยู่ก่อนแล้วตามบรรพชาติของมนุษย์ที่มีเหตุผล และใช้สติปัญญาในการคิดค้นและออกแบบเครื่องหมายการค้าขึ้น โดยมีเหตุผลทางศีลธรรม และทางตรรกวิทยาที่สมเหตุสมผลของการได้มาซึ่งสิทธิตามบรรพชาติ ดังนั้น การออกกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจึงเป็นการนำกฎเกณฑ์บรรพชาติที่มีอยู่แล้วมากำหนดไว้ให้ชัดเจนเป็นลักษณะอักษรเท่านั้น

ทฤษฎีทฤษฎีการให้รางวัล หรือจูงใจผู้สร้างสรรค์งานนั้น เนื่องจากการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเป็นการให้ความเชื่อมั่นให้แก่ผู้คิดค้น หรือออกแบบเครื่องหมายการค้าว่าตนจะได้รับการชดเชยในสิ่งที่ลงทุนไปทั้งหลาย และมีกำลังใจที่จะสร้างงานชิ้นใหม่ต่อไป ซึ่งหากไม่มีแรงจูงใจให้ดังกล่าว ผลงานก็จะไม่เกิดขึ้น นอกจากนั้น ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจ และเน้นประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์ผลงานเป็นหลัก โดยการเสนอความคุ้มครองเป็นเครื่องจูงใจ ซึ่งก็น่าที่จะสมเหตุสมผลในแง่ที่ว่ามนุษย์ในสังคมส่วนใหญ่จะทำการสิ่งใดก็มักจะหวังได้ในสิ่งตอบแทนในผลที่ตนเองทำลงไป การสร้างแรงจูงใจจึงนับได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง

ทฤษฎีเพื่อประโยชน์ทางสังคม เป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเครื่องหมายการค้าในประเด็นที่ว่า กล่าวคือ เมื่อเครื่องหมายการค้าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว จะต้องมีการประกาศให้ประชาชนรับรู้ตามขั้นตอนของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประโยชน์แก่สังคม และทำให้

³⁰ ประพนธ์ คล้ายสุบรรณ. (2551). *การระงับข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมในศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรคดีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33.

³¹ สุนันทา เขียวถาวร. (2540). *ความรับผิดต่อบุคคลภายนอกกรณีที่มีการละเมิดของผู้ครอบครองอาคารชุด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรคดีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33.

ประชาชนสามารถศึกษาสินค้า หรือเครื่องหมายการค้าขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนาแนวคิด และเพื่อให้เกิดการพัฒนาต่อยอดในเรื่องของการพัฒนาความรู้

ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (Absolute Theory) และทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่มีอยู่ทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา บัญญัติบุคคลต้องรับผิดชอบต่อความเสียหาย หรือต้องรับผิดจากการทำความผิดของตน แบ่งออกได้ดังต่อไปนี้ คือ ความรับผิดโดยเคร่งครัด ในกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับละเมิด คือ การกำหนดความรับผิดของบุคคลโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดว่าผู้กระทำผิดได้กระทำการโดยประมาทหรือโดยเจตนา โจทก์จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าการละเมิดเกิดขึ้น และจำเลยเป็นผู้รับผิดชอบเท่านั้น ส่วนความรับผิดโดยเคร่งครัด ในกฎหมายที่มีโทษทางอาญา คือ การกำหนดความรับผิดของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำผิด ไม่คำนึงว่าผู้กระทำผิดจะได้กระทำโดยประมาทหรือเจตนาหรือไม่ เช่น ความผิดกฎหมายจราจร ผู้ใดฝ่าฝืนสัญญาณจราจร ต้องรับผิดเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะจงใจ หรือประมาทหรือไม่ และความรับผิดโดยเคร่งครัด

2.2.3 แนวคิดการประเมินมูลค่าของเครื่องหมายการค้า

จากการศึกษาลักษณะของเครื่องหมายการค้าเมื่อเปรียบเทียบกับทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ รวมทั้งทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งในการนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญา คือ การพิจารณาคุณค่าของหลักประกัน ซึ่งเมื่อนำเครื่องหมายการค้ามาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ คุณค่าของเครื่องหมายการค้าและการประเมินมูลค่าของเครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งสำคัญสำหรับคู่สัญญาที่จะต้องคำนึงถึง หากจะใช้เครื่องหมายการค้าเป็นหลักประกันในการชำระหนี้

คุณค่าของเครื่องหมายการค้าแต่ละเครื่องหมายการค้าจะขึ้นอยู่กับความนิยมในสินค้าและบริการแต่ละประเภท หรือที่เรียกว่า กู๊ดวิลล์ (Good Will) เป็นสำคัญ

กู๊ดวิลล์ ในคดี Premier Dental Prods. Co. V. Darby Dental Supply Co. ให้คำจำกัดความของ กู๊ดวิลล์ ไว้ดังนี้

“Goodwill the advantage obtained from use of a trademark. This includes public confidence in the quality of the product by the public the differentiates that product from others. As Professor Mc Carthy explains: Goodwill is not a tangible, physical object that can be felt, seen and tasted. Its real existence is in the minds of the buying public... [It] is business value which reflects the

basic human prosperity to continue doing business with a seller who has offered good. And services which the customer likes and has found adequate to fill his need”³²

จากคำพิพากษาดังกล่าวนั้น จะเห็นได้ว่า ในคดีดังกล่าวได้ให้คำนิยามคำว่า กู้ดวิลล์ มิใช่ทรัพย์สินที่จับต้องได้ แต่เป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นความนิยมของผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าหรือบริการของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งอันเกิดจากปัจจัยหลายประการ เช่น คุณภาพของสินค้าหรือบริการ การจดจำชื่อของเครื่องหมายการค้า ซึ่งต่างจากของบุคคลอื่นๆ เครื่องหมายการค้าจึงเป็นส่วนหนึ่งในการเสริมสร้างกู้ดวิลล์ ซึ่งนอกจากส่งเสริมกู้ดวิลล์ ในแง่การเป็นที่รู้จักจดจำตามที่ระบุไว้ข้างต้นแล้ว การทำหน้าที่บ่งบอกคุณภาพของสินค้าก็ทำให้เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ช่วยส่งเสริมกู้ดวิลล์ของตัวสินค้าและบริการ

ศาสตราจารย์ Melvin Simensky นักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นอาจารย์พิเศษของมหาวิทยาลัยนิวยอร์ก ได้ให้คำอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องหมายการค้าและกู้ดวิลล์ ไว้ดังนี้ คือ

“A trademark may be considered as comprising two parts: (1) the mark itself, e.g. and (2) the “goodwill” residing in the mark, that is the positive perception and reaction of the consumer that results in repeat purchase”.³³

จากคำอธิบายดังกล่าว กู้ดวิลล์ เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องหมายการค้าที่ไม่อาจแบ่งแยกเป็นอิสระจากเครื่องหมายการค้าได้ เป็นส่วนที่ทำให้ผู้บริโภคมีความรู้สึก ทศนคติ และปฏิกิริยาในด้านบวกต่อสินค้าหรือบริการ และส่งผลให้มีการซื้อสินค้าหรือบริการภายใต้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวในที่สุด

กู้ดวิลล์ ในเครื่องหมายการค้าถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในสังคมปัจจุบันที่การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศขยายตัวมากขึ้น การใช้เครื่องหมายการค้าในแต่ละประเทศเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้ด้วยตัวเจ้าของเครื่องหมายการค้าเอง หรือโดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งรวมถึงการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าได้รับความนิยมนมากขึ้น ทำให้มีการกระจายแหล่งผลิตสินค้าและเครื่องหมายการค้าออกไปในประเทศต่างๆ แทนที่จะเป็นการผลิตในแหล่งเดียวและจัดส่งสินค้าสำเร็จไปขายในประเทศต่างๆ อย่างแต่ก่อน แต่การที่สินค้าผลิตขึ้นมาจะได้รับความนิยอย่างกว้างขวางนั้นจำเป็นอยู่เองที่จะต้องอาศัยกู้ดวิลล์ของเครื่องหมายการค้าที่เคย

³² J. Thomas McCarthy. (1991). *McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property*. Washington D.C.: BNA Book. p.144.

³³ Melvin Simensky. (1992). *The new role of intellectual property in commercial transaction*. New Jersey: Wiley & Sons, Incorporated, John. p.7.

มีมาก่อน ดังนั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงมักจะต้องให้ผู้ผลิตสามารถใช้เครื่องหมายการค้ากับสินค้าที่ได้สิทธิผลิตด้วย แต่การที่สินค้าที่ผลิตโดยผู้ผลิตรายอื่นสามารถใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของได้นั้นย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อกฎบัตรของเจ้าของด้วยอย่างยิ่ง เพราะถ้าหากคุณภาพของสินค้านั้นไม่ดี ย่อมกระทบกระเทือนต่อภาพพจน์ของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้น โดยทั่วไป ดังนั้น จึงนับเป็นกรณีปกติที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการควบคุมคุณภาพของสินค้าแก่ผู้ผลิตสินค้าอย่างเข้มงวด การควบคุมคุณภาพนี้จะเป็นผลดีแก่ผู้บริโภคที่จะได้ใช้สินค้าที่มีคุณภาพที่คาดหวังจากเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้านั้น หรือกล่าวอีกในหนึ่งเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้าที่แม้จะผลิตโดยผู้ผลิตต่างรายก็ยังสามารถทำหน้าที่บ่งบอกถึงคุณภาพอันพึงเป็นได้อยู่นั่นเอง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่า เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่ส่งเสริมกฎบัตรได้ ดังกล่าวนี้ กฎบัตรและเครื่องหมายการค้าจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ ดังนั้น กฎบัตรของเครื่องหมายการค้าแต่ละเครื่องหมายการค้าจึงเกิดจากปัจจัยต่างกัน เช่น กฎบัตร นาฬิกา Rolex อาจเกิดจากรสนิยมหรือความนิยมในตัวนายแบบโฆษณาและการประชาสัมพันธ์ ดังนั้น เครื่องหมายการค้าบางเครื่องหมายจึงอาจประสบความสำเร็จก่อให้เกิดกฎบัตรที่ดี เพราะลักษณะเด่นของเครื่องหมายการค้าและการวางแผนโฆษณาที่ดี นอกจากนี้ สินค้าบางประเภท เช่น เสื้อผ้า หรือของประดับตกแต่งกาย กฎบัตรของเครื่องหมายการค้าที่ใช้กับสินค้านี้ก็อาจไม่ได้เกิดจากคุณภาพของสินค้าทั้งหมด เช่น สินค้าประเภทเสื้อผ้า เครื่องแต่งกาย ที่ใช้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง เช่น Versace, Jaspal เป็นต้น ที่เป็นที่ยอมรับในนานาประเทศ แม้ว่าจะใช้วัตถุดิบในการผลิตฝีมือในการผลิตในหลายประเทศที่อาจจะแตกต่างจากประเทศเจ้าของเครื่องหมายการค้าเหล่านั้นๆ แต่ความนิยมในตัวสินค้าก็ไม่ตกต่ำตามสภาพของสินค้า ดังนั้น การโฆษณาเผยแพร่จึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่เกิดกฎบัตรที่ดี

2.3 แนวคิดในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายไทย

หลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มี 2 อย่าง คือ การประกันด้วยบุคคล และการประกันด้วยทรัพย์สิน

การประกันด้วยบุคคล คือ การที่บุคคลภายนอกยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ โดยการรับรองว่า ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตนจะใช้ให้ ซึ่งเรียกว่าการค้ำประกัน

การประกันด้วยทรัพย์สิน คือ การที่เจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งอาจเป็นของลูกหนี้เอง หรือของคนอื่นก็ได้ เจ้าหนี้ธรรมดาของเจ้าของทรัพย์สินที่ประกันนั้น

จะมาของแบ่งชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันด้วยไม่ได้ ในที่นี้จะกล่าวถึงการประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น คือ การจำนองและการจำนำ

2.3.1 การจำนำ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 747 บัญญัติว่า “อันว่าการจำนำนั้น คือ การที่บุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนำ ส่งมอบสังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้”³⁴

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าว การจำนำจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ เจ้าของเท่านั้นจึงจะจำนำได้ ทรัพย์สินที่จำนำต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ

2.3.1.1 ข้อจำกัดของการจำนำ

1) เจ้าของทรัพย์สินเท่านั้นจึงจะจำนำได้

แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจน แต่ถ้าผู้ที่นำทรัพย์สินมาจำนำมิใช่เจ้าของที่แท้จริง เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงย่อมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนได้ โดยไม่ต้องไถ่ทรัพย์สินที่จำนำดังกล่าวพิพากษาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1115/2497 ที่วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เอาตู้เย็นของโจทก์ไปใช้ในร้านค้าของจำเลยที่ 1 แล้วจำนำตู้เย็นนั้นไว้กับจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 จำเลยที่ 1 ไม่ส่งชำระค่าเช่าโจทก์เรียกตู้เย็นคืน จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 ขนเอาตู้เย็นไปจากจำเลยที่ 1 ไม่ยอมคืนให้โจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 3 ให้คืนตู้เย็น

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงเป็นอันฟังได้ชัดตามคำพิพากษาศาลล่างทั้ง 2 ว่า ตู้เย็นรายนี้เป็นของโจทก์ที่ให้จำเลยที่ 1 เช่า แล้วจำเลยที่ 1 ได้ทำสัญญาจำนำไว้แก่จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 จำเลยที่ 1 จึงหาอำนาจประการใดที่จะเอาตู้เย็นของโจทก์ไปทำสัญญาจำนำแก่จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 3 ไม่ สัญญาจำนำจึงไม่ผูกมัดโจทก์ โจทก์มีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของคนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336³⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 449/2519 จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ไปจากโจทก์ จำเลยที่ 2 นำรถยนต์ไปให้จำเลยที่ 3 ยึดไว้เป็นประกันหนี้ค่าเครื่องปรับอากาศที่จำเลยที่ 1 เป็นหนี้จำเลยที่ 3 โดยโจทก์มิได้รู้เห็นยินยอม โจทก์เรียกรถคืนจากจำเลยที่ 3 จำเลยที่ 3 ไม่ยอมคืนอ้างว่ารับจำนำไว้โดยสุจริต โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 3 ให้คืนรถ ถ้าคืนไม่ได้ให้ใช้ราคา

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 747.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1115/2497.

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยที่ 1 นำรถยนต์พิพาทมาให้จำเลยที่ 3 ยึดถือไว้เป็น หลักประกันมูลหนี้ค่าเครื่องปรับอากาศที่จำเลยที่ 1 เป็นหนี้จำเลยที่ 3 นั้น เมื่อรถยนต์พิพาทมิใช่เป็น ของจำเลยที่ 1 เพราะยังอยู่ระหว่างเช่าซื้อไปจาก โจทก์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก โจทก์ ทั้งไม่ปรากฏว่า โจทก์ ใ้รู้เห็นด้วยกับการกระทำของจำเลยดังกล่าว การจำนำจึงไม่ผูกพัน โจทก์ ผู้เป็นเจ้าของ การที่รถยนต์พิพาทมีป้ายวงกลมมีชื่อจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของปิดอยู่ ทำให้จำเลยที่ 3 เชื้อ โดยสุจริตว่า รถยนต์เป็นของจำเลยที่ 1 นั้น เมื่อโจทก์รับโอนทะเบียนรถยนต์ ทาง การต้องออก ป้ายวงกลมให้ใหม่ โจทก์นำสืบว่าเมื่อทางการออกป้ายวงกลมชื่อ โจทก์เป็นเจ้าของรถ โจทก์ให้ จำเลยที่ 2 นำไปติดหน้ารถแล้ว การที่จำเลยที่ 2 ไม่นำป้ายวงกลมที่มีชื่อ โจทก์ไปติดจะถือเป็น ความผิดหรือประมาทเลินเล่อของ โจทก์ยังไม่ได้ เมื่อโจทก์เป็นเจ้าของรถจึงมีสิทธิติดตามเอารถยนต์ ของตนคืน ได้ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จำเลยที่ 3 ปฏิเสธไม่ยอมคืน หาได้ไม่ เมื่อไม่คืนก็ต้องรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2³⁶

หลักเกณฑ์ที่ว่า หากผู้จำนำไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินที่จำนำเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงมีสิทธิ ติดตามเอาคืน ได้ ตามหลักกรรมสิทธิ์ โดยไม่ต้องไถ่จำนำนั้นมีข้อยกเว้นอยู่ 2 กรณี คือ

(1) กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินเลินเล่อ ปลอมยให้ผู้อื่นแสดงตนเป็นเจ้าของ หรือมี พฤติการณ์ที่เจ้าของเชิดผู้จำนำดังเสมือนตัวแทนของเจ้าของทรัพย์สิน ถ้าบุคคลดังกล่าวเอาทรัพย์สิน นั้นไปจำนำ เจ้าของจะเรียกทรัพย์สินคืนได้ โดยการไถ่ถอนจำนำเท่านั้น เพราะสิทธิของผู้รับจำนำย่อม ได้รับการคุ้มครอง ดังคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631/2503 โจทก์เอารถจักรยานยนต์ยี่ห้อวิคตีไปฝากห้าง หุ่นส่วนสามัญอิวเซ่งขาย 31 คัน นายชิตุน ผู้จัดการห้างฯ ได้เอารถไปจำนำกับจำเลย 6 คัน เป็นเงิน 15,000 บาท โจทก์จึงเรียกคืนจากจำเลย

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า รถยนต์รายนี้เป็นสังหาริมทรัพย์ เมื่อโจทก์เอาไปฝากห้าง หุ่นส่วนสามัญ อิวเซ่ง โดยให้ร้านค้า อิวเซ่ง แสดงออกเหมือนหนึ่งเป็นสินค้าของตน จนจำเลย ซึ่งเป็นคนภายนอกรับจำนำโดยสุจริตเช่นนี้ โจทก์จะเอาคืนโดยไม่ไถ่ถอนหาได้ไม่

ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกว่า “ในกรณีจำนำนั้นแม้ผู้รับจำนำจะสุจริตเพียงใด ก็ไม่มีกฎหมายยกเว้นให้ได้สิทธิ อย่างกรณีรับซื้อ โดยสุจริตในการขายในท้องตลาดตามมาตรา 1332 ฉะนั้นโดยหลักที่กล่าวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของย่อมมีสิทธิ ติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ตามมาตรา 1336 เพราะผู้จำนำไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินและเอาไปจำนำ โดยไม่มีอำนาจ³⁷

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 449/2519.

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631/2503.

แต่ก็มีหลักอยู่อีกว่า ผู้ที่ประมาทเลินเล่อย่อมจะถือเอาประโยชน์จากผู้อื่น ซึ่งกระทำการโดยสุจริต เนื่องจากความประมาทเลินเล่อของตน ไม่ได้ เช่น กรณีมอบฉันทะให้เขาไปจดทะเบียนจำนองที่ดิน แต่โดยประมาทเลินเล่อเซ็นลงไปใบมอบฉันทะโดยไม่กรอกข้อความ เขาจึงไปกรอกข้อความว่าให้เขาไปโอนขายแทนเช่นนี้ เมื่อบุคคลภายนอกรับโอนโดยสุจริตแล้ว เจ้าของที่ดินจะเรียกคืนโดยอ้างว่าไม่ได้มอบฉันทะให้โอนขาย ผู้รับโอนจึงไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ย่อมไม่ได้

ในกรณีก็เช่นเดียวกัน เจ้าของได้ประมาทเลินเล่อปล่อยให้ผู้รับฝากแสดงออก เหมือนสินค้านั้นเป็นของผู้รับฝากเอง ก็ย่อมจะเรียกคืนจากผู้รับจำนำโดยสุจริต โดยไม่ไถ่ถอนไม่ได้ เจ้าของได้แต่ไถ่เบียเอาจากผู้รับฝากเท่านั้น

(2) การจำนำทรัพย์สินไว้กับโรงรับจำนำ ผู้ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติ โรงรับจำนำ โรงรับจำนำไม่ต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ เจ้าของทรัพย์สินจึงติดตามเอาทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องไถ่ถอน

(2.1) เห็นได้ชัดว่าเป็นของที่ใช้ในราชการ³⁸

(2.2) โรงรับจำนำรับจำนำทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานได้แจ้งเรื่อง ของหายต่อโรงรับ จำนำแล้ว³⁹

(2.3) โรงรับจำนำรับจำนำทรัพย์สิน โดยรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สิน นั้น ได้มาโดยการกระทำความผิด⁴⁰

(2.4) โรงรับจำนำรับจำนำทรัพย์สิน โดยไม่จดทะเบียนรายการตามที่กฎหมายบังคับไว้⁴¹

(2.5) โรงรับจำนำรับจำนำของแต่ละรายเกิน 10,000 บาท⁴²

2) ทรัพย์สินที่จำนำต้องเป็นสังหาริมทรัพย์

ทรัพย์สินซึ่งนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึง สิทธิอันเกี่ยวกับ ทรัพย์สินนั้นด้วย หรือสิทธิที่มีตราสาร ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้ให้คำจำกัดความ คำว่าตราสารไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงอะไรบ้าง แต่ได้ระบุถึงความหมายของตราสารไว้ต่างๆ กัน ได้แก่ ตั๋วแลกเงิน ตั๋วสัญญาใช้เงิน เช็ค นอกจากนี้ มีบัญญัติไว้ในประมวลรัษฎากร มาตรา 103

³⁸ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505. มาตรา 18.

³⁹ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505. มาตรา 18.

⁴⁰ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505. มาตรา 18.

⁴¹ พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505. มาตรา 18 ทวิ.

⁴² พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ. 2505. มาตรา 4.

บัญญัติว่า “ตราสาร” หมายความว่า เอกสารที่ต้องเสียอากรตามหมวดนี้และเอกสารที่ติดเสียอากรตามบัญชีอากรแสตมป์มีอยู่ 30 รายการ นอกจากนี้ แล้วคำว่าตราสาร ยังรวมถึง ใบสำคัญสำหรับหน่วยลงทุนที่บริษัทจัดการออกให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุน⁴³ มีเพียงตราสารบางชนิดเท่านั้น ที่เป็นตราสารที่ใช้แทนสิทธิ นอกจากนั้นแล้วตราสารเป็นเอกสารที่สร้างขึ้น ตามแบบพิธีของกฎหมาย และเป็นตราสารที่โอนกันได้ด้วยวิธีของตราสาร แต่ไม่หมายความรวมถึงเอกสารธรรมดาที่สร้างขึ้น เพื่อเป็นพยานหลักฐานแห่งสิทธิต่างๆ ไป⁴⁴

3) ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน ให้แก่ผู้รับจํานำ หรือแก่บุคคลที่สาม เป็นผู้ครอบครองแทน

หากไม่มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จํานำแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการจํานำ ตามกฎหมาย หรือหากส่งมอบแล้วแต่ปล่อยให้ทรัพย์สินที่จํานำตกไปอยู่ในความครอบครองของผู้จํานำ การจํานำเป็นอันระงับสิ้นไปดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 665/2472 วินิจฉัยว่า สามิจําเลยจํานำเรือพิพาทนี้ไว้แก่โจทก์ แต่โจทก์ปล่อยให้ผู้จํานำปกครองเรือนี้อยู่ตามเดิม การรับจํานำสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้รับจํานำจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จํานำก็ต่อเมื่อผู้รับจํานำได้ยึดถือปกครองทรัพย์สินนั้นไว้ เมื่อผู้รับจํานำมิได้รับมอบสังหาริมทรัพย์ที่จํานำไว้ ถึงแม้ผู้จํานำและผู้รับจํานำจะได้ทำหนังสือสัญญาจํานำไว้ต่อกันก็ดี สัญญานั้นหาตัดสิทธิเจ้าหนี้อื่นไม่ โจทก์จึงไม่มีสิทธิจะยึดเอาเรือไว้ชำระหนี้ก่อนผู้ร้อง⁴⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2502 วินิจฉัยว่า จําเลยกู้เงิน โจทก์และในสัญญาผู้มีข้อความด้วยว่า จําเลยได้นำโคมาจํานำไว้เมื่อทำสัญญากู้เงินกันแล้ว โจทก์ได้ยินยอมมอบโคกลับคืนไปสู่การครอบครองของจําเลย แม้จําเลยจะเคยนำกลับไปที่โจทก์บ้างเป็นครั้งคราว แต่ผลที่สุดโจทก์ก็ยินยอมมอบคืนแก่จําเลยอีก เช่นนี้ย่อมถือว่าจําเลยหาได้มอบโคไว้เป็นประกันการชำระหนี้ตามความหมายในลักษณะจํานำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 349 ไม่⁴⁶

4) การบังคับจํานำทำได้ด้วยการขายทอดตลาดเท่านั้น

การขายทอดตลาดจะต้องทำโดยผู้มีใบอนุญาตขายทอดตลาดตามพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและถ้าของเก่า พ.ศ. 2474 ซึ่ง มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุม

⁴³ ธนาคารแห่งประเทศไทย. (2525, 12 มีนาคม). กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการลงทุน ออกตามความในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522. ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 205/2537.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 665/2472.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 490/2502.

การขายทอดตลาดและค้ำของเก่า พ.ศ. 2474 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบการอาชีพดังต่อไปนี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตสำหรับกิจการนั้นๆ จากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต

(1) การขายทอดตลาด นอกจากการขายทอดตลาดซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเป็นผู้ขาย หรือการขายทอดตลาดเพื่อประโยชน์ของสมาคม หรือ สาธารณประโยชน์ซึ่งรัฐมนตรีสั่งเป็นหนังสือ ยกเว้นเฉพาะกรณี

(2) การค้ำของเก่า นอกจากการค้ำของเก่าบางประเภท หรือบางชนิดซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศยกเว้นในราชกิจจานุเบกษา⁴⁷

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ถ้าผู้รับจำนำจะกระทำการบังคับจำนำโดยการขายทอดตลาด โดยไม่ใช่ผู้ขายทอดตลาดที่ได้รับใบอนุญาตให้ขายทอดตลาดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจะต้องรับโทษ ให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และหากมีผู้ร้องเรียนว่าการขายทอดตลาดนั้นไม่ชอบ เพราะไม่ได้กระทำโดยผู้มีใบอนุญาต ผลของการขายทอดตลาดก็ย่อมเป็นโมฆียะ แต่ทั้งนี้หากผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดนั้นสุจริตย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ใดจะกล่าวอ้างถึงการขายทอดตลาดโดยไม่ชอบเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำโดยสุจริตไม่ได้ ดังนั้นหากผู้รับจำนำไม่ประสงค์จะเสียดำเนินการที่จะถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดต่อพระราชบัญญัติดังกล่าวอันจะมีผลให้ต้องรับโทษ ก็จะต้องใช้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ขายทอดตลาด ทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำให้ ซึ่งอาจเป็นการไม่สะดวกทั้งยังสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายของผู้รับจำนำอีกด้วย

ผู้รับจำนำที่ไม่ประสงค์จะเสียดำเนินการถูกผู้จำนำกล่าวหาว่ากระทำผิดพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงต้องใช้ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ขายทอดตลาดทำการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่จำนำ ซึ่งเป็นการไม่สะดวกเนื่องจากผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ขายทอดตลาดมีไม่มากนัก

2.3.2 การจำนอง

ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าการจำนองนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้ “จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหน้าที่สามัญ มิพักต้องพิเคราะห์ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”⁴⁸

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การจำนองจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง ทรัพย์สินที่จำนอง ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ และ

⁴⁷ พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า พ.ศ. 2474. มาตรา 4.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 702.

สังหาริมทรัพย์บางประเภทที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 703) ไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง

2.3.2.1 ข้อจำกัดของการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการจำนอง จะเห็นได้ว่าการจำนองนั้นมีข้อจำกัดอยู่บางประการ คือ

1) ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนอง ทำให้ผู้ที่มีเพียงสิทธิครอบครอง เช่น กรณีที่เช่าซื้อทรัพย์สินไม่สามารถนำทรัพย์สินไปจำนองเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ได้

2) การจำนองใช้ได้กับทรัพย์สินน้อยประเภท คือ ใช้ได้กับอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภทที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งได้แก่ เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพ สัตว์พาหนะ สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนเฉพาะการ⁴⁹

3) ปัญหาในการจัดลำดับบุริมสิทธิ ในคดีล้มละลาย ลำดับบุริมสิทธิ ไม่ใช่ปัญหาสำหรับผู้รับจำนองสังหาริมทรัพย์ เพราะเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง และเจ้าหนี้ผู้รับจำนำจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 โดยเจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ เพียงแต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจสอบทรัพย์สินเท่านั้น⁵⁰ แต่ในคดีแพ่งธรรมดา เมื่อมีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น สิทธิของผู้รับจำนอง ในการขอรับเงินต้องเป็นไปตามลำดับบุริมสิทธิ⁵¹ ซึ่งขณะนี้ลำดับของบุริมสิทธิยังมีความสับสนกันอยู่ กล่าวคือ ผู้รับจำนองสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเรือเดินทะเล อันได้แก่ เรือขนาดตั้งแต่หกสิบตันกรอสขึ้นไป ที่เดินด้วยเครื่องจักรกลไม่ว่าจะใช้กำลังอื่นด้วยหรือไม่ก็ตาม และเป็นเรือที่มีลักษณะสำหรับใช้ในทะเลตามกฎหมายข้อบังคับ การตรวจเรือที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำ ไทย⁵² มีลำดับบุริมสิทธิสูงสุด ดังจะเห็นได้จาก บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการจำนองเรือเดินทะเล และบุริมสิทธิทางทะเล มาตรา 15 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 24”⁵³ ผู้รับจำนองทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 703 (4).

⁵⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483. มาตรา 95.

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 277.

⁵² พระราชบัญญัติการจำนองเรือเดินทะเลและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537. มาตรา 4.

⁵³ พระราชบัญญัติการจำนองเรือเดินทะเลและบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537. มาตรา 24 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุริมสิทธิทางทะเลตามพระราชบัญญัติให้มีผลใช้ได้โดยไม่ต้องจดทะเบียน และให้ได้ผลก่อนสิทธิจำนองตามพระราชบัญญัตินี้รวมทั้งบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”.

จากเรือที่จำนองก่อนเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเจ้าหนี้อื่นๆ ของเจ้าของเรือนั้น” ในขณะที่ผู้รับจำนองทรัพย์สินที่เป็นเรือไทย อันได้แก่ เรือกล ขนาดตั้งแต่สิบตันกรอส ขึ้นไป เรือทะเลที่มีไซ้เรือกลขนาดตั้งแต่สิบตันกรอสขึ้นไป เรือลำน้ำที่มีไซ้เรือกล ขนาดตั้งแต่ห้าสิบตันกรอสขึ้นไป สำหรับการประมง เรือกลทุกขนาด เรือที่มีไซ้เรือกลขนาดตั้งแต่หกตันกรอส ขึ้นไป⁵⁴ และผู้รับจำนองสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเครื่องจักร นั้นมิได้มีบทบัญญัติพิเศษในการกำหนด ลำดับบุริมสิทธิของผู้รับจำนอง ไปในทำนองเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจำนองเรือ และบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537 คงปล่อยให้เป็นไปตามหลักกฎหมายของการจำนองทั่วไป นั่นคือ ผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญเท่านั้น⁵⁵

ดังที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ จะเห็นได้ว่า เรือเดินทะเล เรือไทย เครื่องจักร อันเป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าสูง และเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ ขนาดใหญ่ กลับมีลำดับบุริมสิทธิที่แตกต่างกัน เป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมาย

2.3.2.2 ข้อจำกัดในการบังคับจำนองเครื่องจักร

ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 สิทธิประโยชน์ที่ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้รับ คือ การผ่อนผัน ลด หรือยกเว้นภาษีนำเข้า สำหรับวัสดุอุปกรณ์และเครื่องจักรที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ เพื่อใช้ใน โครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และถ้าหากผู้ลงทุนจะจำนองเครื่องจักรจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ในกรณีที่ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอากับเครื่องจักรที่ได้รับการผ่อนผัน ลด หรือยกเว้น ภาษีนำเข้านั้น ในระหว่างเวลาที่ยังได้รับการส่งเสริมการลงทุนอยู่ ผู้รับจำนองจะต้องเป็นผู้ชำระค่าภาษีนำเข้าที่ได้รับการผ่อนผันลด หรือยกเว้นนั้น โดยถือเสมือนว่าผู้รับจำนองจะต้องเป็นผู้นำเข้าเครื่องจักรดังกล่าว ที่สิ้นสิทธิในอันที่จะได้รับการผ่อนผัน ลด หรือยกเว้นภาษีนำเข้าในวันที่มีการบังคับจำนอง

2.4 แนวคิดในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายต่างประเทศ

2.4.1 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

2.4.1.1 แนวคิดในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁵⁴ พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481. มาตรา 8.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 702.

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบหลักประกันประเภทเดียวกับ Floating Charge แต่เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย 51 มลรัฐ และเขตปกครองอีกจำนวนมาก ซึ่งต่างสามารถออกกฎหมายเองได้ กฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงมีลักษณะแตกต่างกันไปบ้าง เอกชนจึงร่วมกันจัดทำ Uniform Commercial (UCC) ขึ้นมาเป็นร่างกฎหมายแม่แบบสำหรับให้มลรัฐต่างๆ นำไปประกาศใช้เป็นกฎหมาย มลรัฐต่างๆ เห็นความสำคัญของการที่มีกฎหมายพาณิชย์ที่มีลักษณะเหมือนกัน ว่าจะเป็นแรงผลักดันให้เศรษฐกิจการค้าเจริญเติบโตได้รวดเร็ว จึงรับเอาร่างกฎหมายแม่แบบ รวมทั้งมาตรา 9 ที่มีจุดมุ่งหมายให้มีหลักประกันภายใต้โครงสร้างเดียวกัน เพื่อที่ว่าหลักประกันจะได้ครอบคลุมถึงสังหาริมทรัพย์ทุกชนิด ทั้งที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ และบางครั้งก็ครอบคลุมถึงส่วนของทรัพย์สินนั้นๆ ด้วย และยังได้มีการกำหนดให้แจ้งต่อสาธารณชนถึงหลักประกันที่เจ้าหนี้ไม่ได้ครอบครองด้วยการจดทะเบียน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 9-102 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัตินี้ใช้กับธุรกรรมทุกอย่างไม่ว่าจะมีแบบหรือไม่ ถ้าตั้งใจจะให้มีการได้ประโยชน์จากหลักประกันในทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือสิ่งที่ติดตั้ง และจะขายบัญชีหรือหลักฐานหนี้สินและดอกเบี้ยในการเช่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งการได้ประโยชน์จากหลักประกันจะอยู่ในบังคับของมาตรานี้ เมื่อกำหนดไว้ในสัญญา รวมถึงการจำหน่าย การโอน การใช้สังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน ฯลฯ และสัญญาเช่าหรือการส่งมอบสินค้าที่ตั้งใจให้เป็นหลักประกัน” ซึ่งมาตรา 9 นี้เป็นการเรียบเรียงจัดระบบกฎหมายหลักประกันในลักษณะครอบจักรวาลที่คล้ายคลึงกับ Floating Charge ของระบบกฎหมายประเทศอังกฤษ ปรากฏว่ามีเพียงรัฐหลุยเซียน่า เพียงมลรัฐเดียวที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ มาตรา 9 ของ UCC ดังนั้นใน 50 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประกาศใช้ มาตรา 9 ของ UCC แล้ว ก็สามารถนำหลักประกันแบบครอบจักรวาล เพื่อนำเอาทรัพย์สินดังกล่าวมาใช้เป็นหลักประกันได้ในทำนองเดียวกัน⁶

2.4.2 ประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอร์

2.4.2.1 แนวคิดในการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น

ระบบประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การประกันการชำระหนี้ของญี่ปุ่นนั้นสามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคล (Personal Security) หรือที่เรียกเป็นภาษาญี่ปุ่นว่า Jiteki Tanpo และการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน (Real Security) หรือ Butteki Tanpo โดยรายละเอียดของการนำเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือการประกันการชำระหนี้โดยบุคคล ดังต่อไปนี้

⁶ อธิก อีสวานันท์. (ม.ป.ป.). *แนวทางพัฒนากฎหมายเพื่อส่งเสริมหลักประกันทางกฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: Baker & Mackenzie. หน้า 62.

1) การประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล

การประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคลภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ซึ่งได้บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ในเรื่องนี้ คือ การที่บุคคลอื่นได้เข้าผูกพันตนเข้าชำระหนี้แทนลูกหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ โดยใน มาตรา 446 ได้บัญญัติให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้⁵⁷

2) การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่ง

การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินภายใต้กฎหมายแพ่งญี่ปุ่น สามารถแบ่งวิธีการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็น 2 ชนิด คือ จำนอง (Hypothec) และจำนำ (Pledge) มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) จำนอง

จากการศึกษาพบว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปของการ จำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่นบัญญัติไว้ในส่วนที่ 10 (Chapter 10) ของกฎหมาย คือ ให้ผู้จำนองนำอสังหาริมทรัพย์ไปจำนองเจ้าหนี้⁵⁸ โดยไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครอง เพื่อเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยหากลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน โดยแนวคิดในเรื่องการ จำนองนั้น มีความแตกต่างไปจากเรื่องจำนำ กล่าวคือ การ จำนองนั้นผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ลูกหนี้ยังสามารถที่จะใช้ประโยชน์ และได้ประโยชน์ต่างๆ จากทรัพย์สินนั้นได้ต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากการครอบครองทรัพย์สินจำนองนั้นยังคงอยู่กับเจ้าของนั่นเองซึ่งบุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียกับทรัพย์สินจำนองนั้นสามารถตรวจสอบสถานะของทรัพย์สินดังกล่าวทางทะเบียนซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้ควบคุมนิติกรรมใดๆ ที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ได้ดีกว่าการครอบครอง⁵⁹ เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการ จำนองระบุนไว้ แต่เพียงอสังหาริมทรัพย์เท่านั้นที่สามารถนำมา จำนองได้ ขณะที่คำนิยามของคำว่า อสังหาริมทรัพย์ ในมาตรา 86 นั้น ได้แก่ ที่ดิน และทรัพย์สินอันติดกับที่ดินเท่านั้น ดังนั้น ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิอาศัย ภาระจำยอม จึงไม่อาจ จำนองได้

(2) จำนำ (Pledge)

ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดให้ทรัพย์สิน 3 ประเภท สามารถใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำนำได้ อันได้แก่ ทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

⁵⁷ Civil Code of Japan. Article 446.

⁵⁸ Civil Code of Japan. Article 369.

⁵⁹ Hiroshi Oda. (1992). *Japanese Law*. London: Butterworths. pp.172-173.

(2.1) สงหาทรัพย์สิน (Movable) เช่นเดียวกับการจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ที่กำหนดให้สงหาทรัพย์สินสามารถนำมาจำหน่ายได้ โดยที่ลูกหนี้ต้องส่งมอบการครอบครองสงหาทรัพย์สิน เพื่อประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้⁶⁰ ในอันที่จะให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าสงหาทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในฐานะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และเพื่อป้องกันหลักให้แก่เจ้าหนี้ว่า ลูกหนี้ไม่สามารถนำสงหาทรัพย์สินดังกล่าวไปจำหน่าย จ่าย โอน อันจะทำให้เจ้าหนี้สูญเสียหลักประกัน เพราะสงหาทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้

(2.2) อสงหาทรัพย์สิน (Immovable) แนวคิดที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดให้สงหาทรัพย์สินสามารถที่จะนำหลักประกันการชำระหนี้โดยวิธีจำหน่ายได้ก็เนื่องมาจากต้องการให้ผู้รับจำหน่ายมีอำนาจที่จะใช้และหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำหน่ายได้ในแต่ละกรณีที่เหมาะสม⁶¹ ซึ่งการให้ผู้รับจำหน่ายได้ใช้หรือหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่จำหน่ายนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา แต่มิได้เป็นบทบังคับในเรื่องการจำหน่ายสงหาทรัพย์สิน หากได้มีการใช้หรือหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินจำหน่ายแล้ว ค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการจัดการหรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินจำหน่ายนั้นก็ไม่อาจเรียกได้อีก⁶² รวมทั้งมีอาจเรียกดอกเบี้ยในหนี้อันเนื่องมาจากการใช้หรือหาประโยชน์จากทรัพย์สินจำหน่ายนั้นถูกพิจารณาว่าได้รับดอกผลเท่ากับดอกผลในหนี้ที่ควรจะได้รับคือ ดอกเบี้ย⁶³

สำหรับระยะเวลาในการทำสัญญาจำหน่ายสงหาทรัพย์สิน กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดข้อจำกัดให้สามารถทำสัญญาได้เพียง 10 ปี⁶⁴ อันเนื่องมาจากการจำหน่ายทำให้เจ้าของผู้จำหน่ายมีอุปสรรคที่ใช้ประโยชน์ด้านต่างๆ จากทรัพย์สินที่จำหน่ายได้เท่าที่ควรจะเป็น ดังนั้น หากสัญญาใดระบุนระยะเวลาเกิน 10 ปี ก็ให้มีผลใช้บังคับเพียง 10 ปี และให้สามารถต่ออายุสัญญาได้ทุกๆ 10 ปี และเนื่องจากอสงหาทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย The Immovable Registration Act ซึ่งกำหนดให้การก่อภาระผูกพันในอสงหาทรัพย์สินไม่ว่า กรณีจำนอง หรือจำหน่าย ต้องมีการจดทะเบียน⁶⁵ ดังนั้น การจำหน่ายสงหาทรัพย์สินจึงต้องมีการจดทะเบียน

⁶⁰ Civil Code of Japan. Article 352.

⁶¹ Civil Code of Japan. Article 356.

⁶² Civil Code of Japan. Article 357.

⁶³ Civil Code of Japan. Article 358.

⁶⁴ Civil Code of Japan. Article 360.

⁶⁵ Civil Code of Japan. Article 1.

(3) สิทธิ (Right)

นอกจากทรัพย์สินทั้งสองประเภทแล้ว กฎหมายแพ่งญี่ปุ่นยังได้บัญญัติให้สิทธิทั้งสิทธิเรียกร้องและสิทธิในทรัพย์สินที่สามารถโอนกันได้ สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีจำนำได้ ทั้งนี้เนื่องจากได้พิจารณาว่าสิทธินั้นมีคุณค่าและควรมีประโยชน์ในการใช้หลักประกันการชำระหนี้ได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่นๆ โดยได้นำเอาบทบัญญัติในเรื่องจำนำสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม⁶⁶ ตามลักษณะของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายในเรื่องการจำนำสิทธิตามมาตรา 362 นั้น เป็นการวางหลักไว้อย่างกว้างๆ ในการกำหนดให้สิทธิในทรัพย์สินซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างสามารถนำมาจำนำได้เช่นเดียวกับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นการทำให้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างมีคุณค่าเทียบได้กับทรัพย์สินที่มีรูปร่างชนิดอื่นๆ

ส่วนสิทธิเรียกร้องนั้น มาตรา 363⁶⁷ ได้กำหนดถึงวิธีการจำนำสิทธิเรียกร้องซึ่งต้องกระทำโดยส่งมอบเอกสารหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องจึงจะสมบูรณ์และได้บัญญัติถึงเงื่อนไขในการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ของการจำนำสิทธิเรียกร้องใน มาตรา 364⁶⁸ ว่าถ้ามีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิจะยกการจำนำนี้ต่อสู้ลูกหนี้แห่งสิทธิหรือบุคคลที่สามไม่ได้ นอกจากนั้นยังได้บัญญัติถึงการจำนำสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือซึ่งกระทำโดยส่งมอบตราสารแสดงหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือก็เพียงพอ เพราะตราสารแสดงหนี้อันพึงต้องชำระแก่ผู้ถือเป็นสังหาริมทรัพย์⁶⁹ การจำนำสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งจะต้องส่งมอบตราสารและสลักหลังไว้ที่ตราสาร⁷⁰ การจำนำหุ้นในบริษัทซึ่งจะต้องจดลงในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น⁷¹

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น สรุปได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น โดยเฉพาะในเรื่องการจำนำสิทธิในมาตรา 362 ซึ่งระบุถึงการจำนำสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นสิทธิชนิดหนึ่งตามกฎหมายญี่ปุ่น ก็น่าจะใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งนี้ได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องการจำนำสิทธิในมาตราอื่นๆ แล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติวิธีการรองรับการจำนำสิทธิแต่ละชนิดที่ไม่อาจใช้วิธี เช่น

⁶⁶ Civil Code of Japan. Article 362.

⁶⁷ Civil Code of Japan. Article 363.

⁶⁸ Civil Code of Japan. Article 364.

⁶⁹ Civil Code of Japan. Article 86 (3).

⁷⁰ Civil Code of Japan. Article 366.

⁷¹ Civil Code of Japan. Article 365.

การจำหน่ายทรัพย์สินชนิดอื่นๆ มาบังคับได้ จึงได้บัญญัติวิธีการบังคับแต่ละกรณีไว้ เช่น ในกรณีสิทธิเรียกร้องซึ่งมีหลักฐานแห่งสิทธิเรียกร้องที่จะต้องกระทำโดยส่งมอบและยกข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ เมื่อได้บอกกล่าวการจำหน่ายสิทธิดังกล่าวไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง หรือการจำหน่ายซึ่งจะต้องจดทะเบียนผู้ถือหุ้นดังกล่าวทำให้การพิจารณาการใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำหน่าย โดยพิจารณาเทียบเคียงกับบทบัญญัติในเรื่องการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากบทบัญญัติใน มาตรา 362 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม ก็จะพบว่ามิอุปสรรคในเรื่องการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน เนื่องจากสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอันไม่อาจส่งมอบการครอบครองได้ แต่เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่มีทะเบียน ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ อาจมีลักษณะหลายประการที่น่าจะนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาบังคับใช้ได้ เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากการจดทะเบียนนิติกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะเป็น จำนองหรือจำนำนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมาย The Immovable Registration Act สิทธิในเครื่องหมายการค้าซึ่งไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งมารองรับเช่นสิทธิเรียกร้อง จึงไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น แต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับ คือ กฎหมายเครื่องหมายการค้าด้วย

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจนั้น จะเห็นได้ว่า บริษัทหรือบุคคลใดหากจำเป็นต้องกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเพื่อบริหารกิจการหรือเพื่อรักษาสภาพคล่องของธุรกิจ สถาบันการเงินมักจะให้หลักทรัพย์เพื่อมาเป็นหลักประกัน ส่วนใหญ่มักจะเป็นทรัพย์สินของผู้กู้ยืมนั้นๆ หลักประกันจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งเมื่อพิจารณาในเรื่องการหาแหล่งเงินทุน ผู้ประกอบการ ในภาคธุรกิจ มักจะใช้วิธีการระดมทุนจากประชาชน เช่น การออกหุ้นกู้ขายให้แก่ผู้สนใจ หรือออกตราสารหนี้ อย่างเป็นทางการเพื่อเสนอขายให้แก่บุคคลทั่วไป หรือบุคคลในวงจำกัด ซึ่งในปัจจุบันวิธีการระดมทุนดังกล่าวไม่ค่อยได้ผลมากเท่าที่ควร เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจที่ซบเซาทำให้แหล่งเงินทุนที่จะนำมาใช้ในการซื้อหุ้นหรือตราสารหนี้มีน้อย การหาเงินทุนของธุรกิจโดยอาศัยความช่วยเหลือทางการเงินจากสถาบันการเงินหรือบุคคลที่มีศักยภาพในการให้กู้เงินจึงเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุด แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน คือ การขาดแคลนทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น ที่ดิน อาคาร หรือทรัพย์สินที่มีรูปร่างชนิดอื่นที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้อย่างเพียงพอแก่การชำระหนี้ จึงได้มีความพยายามในการนำทรัพย์สินชนิดอื่นมาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ด้วยเหตุนี้ เมื่อเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง การนำเครื่องหมายการค้า

มาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้จึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง ซึ่งในปัจจุบันต่างประเทศก็มีแนวโน้มในการที่จะนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่บางประเทศยังไม่มี การนำเครื่องหมายการค้ามาเป็นหลักประกันในการชำระหนี้