

ปัญหาในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ :  
ศึกษาตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ศิริวิทย์ อักษรศรี

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
พ.ศ. 2565

**PROBLEMS IN USING DIGITAL ASSET AS COMMERCIAL  
COLLATERAL: A STUDY IN ACCORDANCE OF  
COMMERCIAL COLLATERAL ACT B.E. 2558**

**SIRAWIT AKSORNSRI**

**A Thematic Paper in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws  
Department of Law  
Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2022**



## ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหาในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ:  
ศึกษาตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558  
เสนอโดย นายศิริวิทย์ อักษรศรี  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ  
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล  
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว

  
.....ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิฑิต)

  
.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

  
.....กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.อังค้วรา ไชยอนงค์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
.....คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

วันที่ ๖ เดือน กรกฎาคม ๒๕๖๕

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหาในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ:
ชื่อผู้เขียน	ศิริวิทย์ อักษรศรี
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนเชื้อสกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

### บทคัดย่อ

เมื่อหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถมีมูลค่าทางเศรษฐกิจได้ ประเทศไทยจึงมีการบัญญัติกฎหมายรับรองโดยกำหนดคำนิยามให้เป็น สินทรัพย์ดิจิทัล อันได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัล เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล และการจัดเก็บภาษีเท่านั้น แต่ถึงแม้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลจะได้ถูกรับรองเอาไว้ก็ตาม ยังคงปรากฏประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลหลายประการ ซึ่งหนึ่งในประเด็นที่น่าสนใจอันเกิดขึ้นจากข้อจำกัดทางกฎหมาย คือ ปัญหาในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจซึ่งมีข้อควรพิจารณาว่าสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้หรือไม่ ทั้งนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 อันสร้างระบบหลักประกันชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินให้มีความกว้างขวางมากกว่าเดิม เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่า สินทรัพย์ดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีสถานะเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง สามารถนำมาเป็นหลักประกัน ภายใต้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้หรือไม่ เพราะ ด้วยข้อจำกัดของกฎหมายไทยในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกัน สถานะและความหมายของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ อันมีผลต่อการพิจารณารับสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งถ้าหากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายหลักประกันลอย (Floating charge) ของประเทศอังกฤษ หลักกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ระบบของกฎหมายหลักประกันยึดหยุ่นมากกว่ากฎหมายไทย โดยในเรื่องผู้รับหลักประกันกำหนดให้บุคคลใดสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้

ทั้งสินและทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันจะเป็นทรัพย์สินประเภทใดก็ได้หากมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจย่อมนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น ดังนั้น การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในประเทศย่อมสามารถกระทำได้โดยปราศจากข้อถกเถียงทางกฎหมาย นอกจากนั้น ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลตามที่กล่าวไปข้างต้น หากมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน และประเด็นปัญหาในการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทั้งในกรณีที่มีการส่งมอบการครอบครองและไม่มีการส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศอเมริกา และแนวคำพิพากษาจะทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการ และการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะ ให้ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกัน เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ และออกกฎกระทรวงเพิ่มเติมทรัพย์สินที่จะเป็นหลักประกัน โดยกำหนดให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ พร้อมทั้งเสนอให้ภาครัฐกำหนดแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการ และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องการบังคับหลักประกันสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งเป็นกลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจทั้งหลายมาเป็นหลักประกันในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินได้ สมตามเจตนารมณ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 และขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขคำศัพท์ของสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการแบ่งแยงคำศัพท์ของคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัลออกจากกัน เพราะว่า คำนิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลในปัจจุบันมีความหมายกว้างกว่าคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล เพื่อยกระดับกฎหมายของประเทศไทยให้สอดคล้องในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล และรองรับถึงสินทรัพย์ดิจิทัลอื่น ๆ ที่อาจมีขึ้นในอนาคต

Thematic Paper	Title Problems in using Digital Asset as commercial collateral : A study in accordance of Commercial Collateral Act B.E. 2558
Author	Sirawit Aksornsri
Thematic Paper Advisor	Assistant Professor Dr.Somchai Ratanachueskul
Department	Law
Academic Year	2021

### ABSTRACT

When electronic data units can have economic value. Thailand, therefore, has enacted a law to certify that it is defined as Digital Asset such as Cryptocurrency and Digital Tokens to control business operations related to Digital Assets and taxation only But even if digital asset have been certified There are still several legal issues related to digital asset. One of the interesting issues arising from legal restrictions is the problem of bringing digital asset as commercial collateral, which should be considered whether digital asset can be used as commercial collateral or not, although at present Thailand has Commercial Collateral Act B.E. 2558 was enacted to create a more extensive system of collateral for debt repayment with property. To provide opportunities for Small and Medium Enterprises (SMEs) to use their assets of economic value as business collateral.

The study found that Digital Asset that are electronic data units in electronic systems or electronic appliance which has the situation of an asset with economic value can be taken as collateral Under the Commercial Collateral Act B.E. 2558 that is currently in force or not?. Location and meaning of assets to be used as business collateral which affects the consideration of accepting digital asset as commercial collateral If compared to the floating charge law of England, the law of Uniform Commercial Code Article 9 on Secured Transaction of the United States. and the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction of the United Nations Commission On International Trade Law. The system of collateral law is more flexible than Thai law. In regard to the security receiver, any person can be the security receiver at all. And assets to be used as collateral can be any type of assets, if they have economic value, they can be used as collateral. Therefore, using digital asset as collateral for business abroad can be done without

legal arguments. that with the characteristics of digital assets as mentioned above If digital assets are used as collateral for business, there will be problems related to the management of digital assets of the collateral and collateral. and the issue of enforcing collateral digital assets both in the case of handover of possession and without delivery of collateralized digital asset possession. Compared to the United States law, Uniform Commercial Code Article 9 on Secured Transactions. and the Judgment Line will reveal guidelines for solving problems related to management. and enforcement of digital assets as collateral.

Therefore, the author recommends that there should be amendments to the provisions relating to collateral for Thai Digital Asset Business operators to be able to be collateral and issuing ministerial regulations for additional assets to be collateral By stipulating that digital assets can be business collateral. As Well As propose to the government to determine guidelines related to management and regulations related to the enforcement of digital asset collateral as business collateral for digital asset business operators and natural persons who own ownership of digital assets, which are Small and Medium Enterprises (SMEs), are able to use assets of various economic value as collateral for access to funding from financial institutions. This complies with the legal intent of the Commercial Collateral Act B.E. 2558. And recommends that the terminology of digital assets be amended. by dividing the terminology of Cryptocurrency and Digital Tokens are different because today's definitions of Digital Assets are broader than Cryptocurrency and Digital Tokens. To elevate the laws of Thailand to be in line with foreign laws at the international level and support other Digital Assets that may arise in the future.

## กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างสูงจากท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สมชาย รัตนเชื้อสกุล ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ โดยให้คำปรึกษาแนะนำช่วยหาวิธีการแก้ไขปัญหาอุปสรรค ต่างๆ และเสนอแนวทางในการศึกษาค้นคว้าด้วยความเอาใจใส่อย่างดียิ่งตั้งแต่เริ่มทำสารนิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิฑิต ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบสารนิพนธ์ และท่านอาจารย์ ดร. อังคัรวรา ไชยอนงค์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ โดยอาจารย์ทุก ๆ ท่านได้สละเวลาอันมีค่ามาทำการตรวจสอบสารนิพนธ์ และดำเนินการสอบสารนิพนธ์ รวมทั้งกรุณาให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางจนทำให้สารนิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น อีกทั้งผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้นิพนธ์ศึกษา ผู้แต่งตำรา ผู้เขียนบทความต่าง ๆ และวิทยานิพนธ์ของทุกท่านที่ปรากฏในสารนิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งผู้เขียนได้อ้างอิงทางวิชาการไว้ ทำให้ผู้เขียนได้มีโอกาสที่จะค้นคว้าในเรื่องที่ทำการศึกษาสารนิพนธ์ฉบับนี้ จนสามารถประสบความสำเร็จ ในการศึกษาตามความมุ่งหมาย ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวและบุคคลรอบข้างทุกท่าน ที่มีได้กล่าวนามมา ณ ที่นี้ที่มีส่วนช่วยเหลือและเป็นกำลังใจรวมทั้งให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีมาตลอดมาจนทำให้ผู้เขียน สามารถจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจากความพยายามในการเขียนสารนิพนธ์ จะส่งผลให้สารนิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ในทางวิชาการในอนาคต หากมีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขอกราบอภัยมา ณ โอกาสนี้

ศิริวิทย์ อักษรศรี



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์.....	3
1.3 สมมติฐาน.....	4
1.4 ขอบเขตการวิจัย.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลและกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ.....	8
2.1 สินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	9
2.2 สถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัล.....	34
2.3 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ.....	41
3. กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจและสินทรัพย์ดิจิทัลในต่างประเทศ.....	66
3.1 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้า.....	67
ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)	
3.2 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหราชอาณาจักร.....	82
3.3 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	94
3.4 สินทรัพย์ดิจิทัลที่กฎหมายรับรองให้นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	117
3.5 หลักเกณฑ์การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	131
3.6 หลักเกณฑ์การบังคับหลักประกันที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมาย.....	151
ต่างประเทศ	
4. ปัญหาการใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	164
4.1 ปัญหาบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ.....	165

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	186
4.3 การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ.....	196
4.4 การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ.....	202
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	211
5.1 บทสรุป.....	211
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	221
บรรณานุกรม.....	224
ประวัติผู้เขียน.....	239



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันเทคโนโลยีบนโลกได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็วมีการกำเนิดสินทรัพย์ใหม่ ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจออกมามากมาย โดยสินทรัพย์ที่มีผู้สนใจมากที่สุดในปัจจุบันก็คือสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital asset) ซึ่งสินทรัพย์ดิจิทัลนี้มีทั้งที่มีมูลค่าและไม่มีมูลค่า เช่น เพจบนเว็บไซต์ต่าง ๆ ที่มีผู้ติดตามและสามารถก่อให้เกิดรายได้แก่เจ้าของเพจ รูปภาพส่วนบุคคลที่ไม่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งคำนิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลในประเทศไทยได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 มาตรา 3 โดยจะถูกรเรียกว่า คริปโทเคอร์เรนซี โทเคนดิจิทัลเท่านั้น โดยไม่มีการกำหนดลักษณะของมันไว้อย่างชัดเจนว่ามีลักษณะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ใช่ทรัพย์สิน แต่ปล่อยให้เป็นเรื่องของการตีความโดยนักกฎหมาย ซึ่งสถานะดิจิทัลก็ถูกมองว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเช่นกัน ประกอบกับประเทศไทยในปัจจุบันการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลได้ถูกกำกับดูแลและควบคุมจากหน่วยงานของรัฐโดยจะเรียกว่าผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ จึงมีประเด็นที่น่าขบคิดว่าเป็นปัจจุบันสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้หรือไม่ ถ้าหากนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 อย่างไรบ้าง

ประเด็นแรก ในเรื่องของผู้รับหลักประกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดเอาไว้ในมาตรา 7 ประกอบมาตรา 3 ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายประกันวินาศภัย และธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น และตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าปัจจุบันผู้รับหลักประกันทางธุรกิจได้มีเพียงบุคคลตามมาตรา 7 ประกอบมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ถ้าไม่ใช่บุคคลตามกฎหมายแล้วย่อมไม่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ ทำให้บุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจมีอย่างจำกัด ประกอบกับ ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีการรับรองกลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล เรียกว่า ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งมีลักษณะเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยทรัพย์สินในการดำเนินกิจการส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล รวมถึง

บุคคลธรรมดาที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลและต้องเสียภาษีตามกฎหมาย ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด อาจทำให้บุคคลที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากผู้รับหลักประกันได้ เนื่องจาก ลักษณะบางประการของสินทรัพย์ดิจิทัลไม่เหมาะสมสำหรับการนำมาเป็นหลักประกัน บุคคลที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะนำมาเป็นหลักประกัน ทำให้โอกาสในการพิจารณาสินเชื่อจากผู้รับหลักประกันน้อยลง หรือหากได้รับการพิจารณาสินเชื่อก็อาจได้รับสินเชื่อในจำนวนน้อยลง หรืออาจต้องเสียดอกเบี้ยสำหรับสินเชื่อในอัตราที่สูงกว่ากรณีที่มีทรัพย์สินอื่น ๆ เป็นหลักประกัน ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของการใช้บังคับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ประเด็นที่สอง ในเรื่องของการประกันชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ตามกฎหมายของประเทศไต้หวันปรากฏเรื่องดังกล่าวอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องจำนำและจำนอง แต่ด้วยข้อจำกัดหลายประการของการจำนำและจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ในภายหลังได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาใช้บังคับ ซึ่งทำให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ทรัพย์สินที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ต้องเป็นไปตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันสินทรัพย์ดิจิทัลยังไม่ได้ได้รับการรับรองโดยการตราเป็นกฎกระทรวงตามมาตรา 8 (6) อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาว่าสินทรัพย์ดิจิทัลมีองค์ประกอบตามความหมายของการเป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้หรือไม่

ประเด็นที่สาม ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกจัดเก็บอยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ หรือบนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจอาจเกิดปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน เนื่องจาก ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ผู้ให้หลักประกันยังคงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องพึงใช้ในการประกอบกิจการ ผู้ให้หลักประกันจึงมีหน้าที่บริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกัน ส่วนผู้รับหลักประกันก็มีหน้าที่ตรวจสอบสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกัน ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมี

วิธีบริหารจัดการแตกต่างกับทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ หากผู้ให้หลักประกัน หรือผู้รับหลักประกันไม่เข้าใจวิธีการบริหารจัดการอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้

ประเด็นที่สี่ หากสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้แล้ว ต่อมาจะมีประเด็นทางกฎหมายว่า ผู้รับหลักประกันจะสามารถบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจอย่างไร เพราะสินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง และการจัดเก็บรักษาสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายไทยจำเป็นต้องเก็บไว้ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล ซึ่งการจะเข้าสู่กระเป๋าดังกล่าวได้ ผู้รับหลักประกันจำเป็นต้องเข้าครอบครองกุญแจส่วนตัว (Private key) ของผู้ให้หลักประกัน แต่ในทางกฎหมายของประเทศไทยการที่ผู้รับหลักประกันดำเนินการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ให้หลักประกันอาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ อีกทั้ง การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันอาจโอนสินทรัพย์ดิจิทัลไปให้แก่บุคคลภายนอกได้ หรือบุคคลภายนอกอาจอ้างว่าสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นมีใช่ของผู้ให้หลักประกัน ทำให้ผู้รับหลักประกันมีความเสี่ยงในเรื่องการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นมาชำระหนี้ได้ และหากผู้รับหลักประกันต้องดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันก็ต้องยื่นดำเนินการทางศาลให้ถูกต้องตามเขตอำนาจศาล จึงทำให้เกิดปัญหาว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน

โดยประเด็นทั้งสี่ประการที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น เป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีความสำคัญและสอดคล้องกับโลกในปัจจุบันที่เข้าสู่ยุคของดิจิทัลอย่างเต็มตัว การศึกษาถึงเรื่องดังกล่าวย่อมเป็นประโยชน์ต่อการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และเป็นประโยชน์ต่อบุคคลธรรมดา หรือผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน

## 1.2 วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยสามารถวิเคราะห์ถึงความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายหลักประกันลอย (Floating charge) ของประเทศอังกฤษ หลักกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยสามารถวิเคราะห์ถึงความแตกต่างระหว่างพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 กับ Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น และ US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และตามคำแนะนำของหน่วยงานในต่างประเทศ

3. เพื่อศึกษาปัญหาและแนวทางการแก้ไขเกี่ยวกับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมาย ได้แก่ ปัญหาและแนวทางแก้ไขกรณีบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกัน สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจและแนวทางการแก้ไข แนวทางการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ รวมถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

### 1.3 สมมติฐาน

การครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัล ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่งของมนุษย์มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น จึงเกิดข้อสงสัยว่าหากในอนาคตสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในกรณีของการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาของบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกัน สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ รวมถึงการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ โดยปัญหาดังกล่าวจะส่งผลต่อการพิจารณารับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจของผู้รับหลักประกัน ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 หรือกลุ่มธุรกิจ DeFi ที่การดำเนินกิจการมีความเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลและมีลักษณะเป็นกลุ่มวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไม่อาจเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้อย่างที่ควรจะเป็นอันขัดกับหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาบทบัญญัติทางกฎหมาย ตลอดจนเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจในการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล และการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาสำหรับการทำให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้จริง

#### 1.4 ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาถึงปัญหาของการให้หลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ในเรื่องเกี่ยวกับบุคคลที่จะมาเป็นผู้รับหลักประกัน และปัญหาของการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน โดยจะศึกษาเฉพาะปัญหากรณีที่น่าสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกัน ปัญหาในการบริการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน และการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจเพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน อีกทั้ง ศึกษาหลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องหลักประกันลอย (Floating Charge) กับหลักกฎหมายของประเทศอเมริกา Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดบุคคลที่จะมาเป็นผู้รับหลักประกัน ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันซึ่งคู่สัญญาตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ รวมทั้ง ศึกษากฎหมาย Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล เฉพาะในส่วนของการนิยามของทรัพย์สินดิจิทัล และสถานะทางกฎหมายของการเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 นอกจากนี้ ในการพิจารณาปัญหาในการบริการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจะมีการศึกษาพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 บางประการเพื่อเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว และในการพิจารณาปัญหาการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจกรณีที่ไม่มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะมีศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ด้วย ทั้งนี้ การศึกษาจะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น รวมทั้ง ตัวอย่างของการบังคับคดีสินทรัพย์ดิจิทัล เพื่อให้เห็นถึงข้อแตกต่างของกฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายต่อไป

## 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพและเป็นการวิจัยทางกฎหมายซึ่งศึกษาจากเอกสารทางกฎหมาย โดยผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำราทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ผลการประชุม รายงานการวิจัย บทความจากวารสารและเอกสารต่าง ๆ ตลอดจนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ แนวคำพิพากษาของศาล ตั๋วบทกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และตั๋วบทกฎหมายของประเทศที่ต้องการศึกษาเปรียบเทียบ ได้แก่ หลักกฎหมายอังกฤษในเรื่องหลักประกันลอย (Floating Charge) กับหลักกฎหมายของประเทศอเมริกา Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction คู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และตั๋วบทกฎหมาย Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558
2. เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างของระบบกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศไทยและต่างประเทศ ระหว่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายหลักประกันลอย (Floating charge) ของประเทศอังกฤษ หลักกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ
3. เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างของระบบกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศไทยและต่างประเทศ ระหว่างพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 กับ Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น และ US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และตามคำแนะนำของหน่วยงานในต่างประเทศ
4. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ในกรณีการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ได้แก่ ปัญหาบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกัน สถานะของ



สินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็น  
หลักประกันทางธุรกิจที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และปัญหาการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็น  
หลักประกันทางธุรกิจ

5. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ  
พ.ศ. 2558 ในกรณีการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ



## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลและกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มรู้จักการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้า การทำธุรกรรมทางการเงินก็เป็นสิ่งที่จำเป็นและได้รับการพัฒนามาโดยตลอด จนถึงปัจจุบันเทคโนโลยีทางการเงิน (Financial Technology) ได้รับการพัฒนาอย่างมาก ทำให้การทำธุรกรรมทางการเงินสามารถกระทำได้ผ่านสมาร์ทโฟน แต่อย่างไรก็ตาม ระบบที่เกี่ยวข้องกับการเงินในปัจจุบันยังคงเป็นรูปแบบความไว้วางใจ (Trusted third parties) คือ ในการทำธุรกรรมจะต้องมีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลาง (intermediary) ทำหน้าที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่สัญญา คอยควบคุมดูแลสมุดบัญชี ข้อมูลของลูกค้าของตนเอง รวมทั้งเป็นผู้ออกแบบดูแลระบบที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมทั้งหมด ซึ่งจะเรียกว่า การรวมศูนย์อำนาจ (Centralised) เพื่อให้มีเพียงตนเท่านั้นในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ

ในเวลาต่อมาจึงมีกลุ่มคนที่ไม่เชื่อมั่นในเงินตราสกุลหลักหรือเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ และไม่เชื่อมั่นในระบบการเงินในรูปแบบความไว้วางใจ รวมทั้งการพัฒนาและการเข้าถึงเทคโนโลยีมีมากขึ้น จึงทำให้เกิดการพัฒนากระบวนการจัดเก็บข้อมูลในลักษณะใหม่ที่เรียกว่า การกระจายอำนาจ (Decentralised) โดยอาศัยการแปลงข้อมูลต่าง ๆ ให้เป็นข้อมูลดิจิทัล และข้อมูลจะถูกส่งผ่านไปให้แก่ผู้ให้บริการทุกคนในเครือข่าย โดยคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในเครือข่ายจะได้รับความเท่าเทียมกันซึ่งผู้ให้บริการทุกคนจะได้รับข้อมูลในลักษณะเดียวกัน และสามารถเชื่อมต่อเข้าหากันได้โดยไม่อาศัยคนกลางในการจัดการ ซึ่งจะเรียกว่า เครือข่ายแบบ Peer-to-Peer / P2P โดยทุกเครื่อง (Node) จะมีบัญชีธุรกรรมดิจิทัล (Digital Ledger) ในการรับ ส่ง และบันทึกธุรกรรมที่ถูกระบุการภายในเครือข่ายทั้งหมด โดยสร้างปลอดภัยของฐานข้อมูลดิจิทัลในเครือข่ายจะมีการใช้เทคนิคการเข้ารหัสลับ (cryptography) เพื่อปกป้องข้อมูลภายในเครือข่าย ด้วยการกระจายอำนาจดังกล่าวจะทำให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลทำได้ยากมากขึ้น เพราะข้อมูลธุรกรรมภายในเครือข่ายได้ถูกกระจายออกไปยังผู้ใช้เครือข่ายทั้งหมด การจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลใด ๆ ต้องกระทำบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้เครือข่ายทั้งหมด ซึ่งต่อมาเทคโนโลยีนี้ถูกเรียกว่า “บล็อคเชน” ด้วยเทคโนโลยีดังกล่าวจึงทำให้เกิดการคิดค้นสินทรัพย์ดิจิทัลขึ้นมาเพื่อนำมาใช้แทนระบบการเงินในรูปแบบความไว้วางใจโดยให้สามารถทำธุรกรรมระหว่างกันได้โดยไม่ต้องพึ่งพาอาศัยคนกลาง และเพื่อใช้เป็นหน่วยทางบัญชีและที่เก็บมูลค่าแทนเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้

แม้ว่าระบบกฎหมายในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ของประเทศสไทยตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จะให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจของตนเองมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อสถาบันการเงินได้ เพื่อเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการได้รับการพิจารณาการให้สินเชื่อซึ่งเป็น

เงินทุนที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ ประกอบกับเป็นการสร้างระบบการบังคับหลักประกันให้มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นประโยชน์ในการประกอบธุรกิจและส่งผลต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ อันเป็นการรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของประเทศไทย<sup>1</sup> แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากับสินทรัพย์ดิจิทัลแล้วในปัจจุบันผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ดิจิทัลก็ไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายของประเทศไทยได้ เนื่องจาก พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจยังคงมีข้อจำกัดสำหรับการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้อยู่หลายประการ

## 2.1 สินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ในอดีตก่อนที่ประเทศไทยจะมีการประกาศใช้พระราชกำหนดการประกอบสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้มีการนำคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลมาใช้เป็นสื่อกลางในการทำธุรกรรม และเป็นเครื่องมือสำหรับการระดมทุน ทำให้มีการประกอบธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้าง ดังนั้น เพื่อให้มีการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจและการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล และรองรับการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ภายหลังจึงได้มีการตราพระราชกำหนดการประกอบสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เพื่อรองรับการปรากฏตัวขึ้นของคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล ซึ่งเรียกว่า “สินทรัพย์ดิจิทัล” รวมถึงการกำกับดูแลธุรกิจหรือการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล จึงถือได้ว่า ในปัจจุบัน สินทรัพย์ดิจิทัล ได้ถูกรับรู้และรับรองจากทางกฎหมายแล้ว แม้ว่าตามกฎหมายของประเทศไทยจะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสถานะและการใช้สิทธิเหนือสินทรัพย์ดิจิทัลเอาไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับกรณีของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ แต่หากในอนาคตกฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ก็อาจพบเจอประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญหลายประการ ในส่วนนี้จึงขอกล่าวถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ ความหมายของคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล และเทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังสินทรัพย์ดิจิทัล

<sup>1</sup> นางสาวอรรณณ เกษร, “หลักการและสาระสำคัญของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2563, จาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1543](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1543), น. 1.

### 2.1.1 คริปโทเคอร์เรนซี : ความหมายและลักษณะ

คริปโทเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) หรือ สกุลเงินดิจิทัล คือ สกุลเงินเสมือนซึ่งเป็นข้อมูลดิจิทัลเข้ารหัสประเภทหนึ่งที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อสินทรัพย์ใช้เป็นเครื่องมือทางการเงินและการลงทุนที่ใช้บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมีเทคโนโลยีอยู่เบื้องหลังที่สำคัญ คือ บล็อกเชน (Blockchain) ซึ่งจะได้อธิบายในส่วนต่อไป โดยในปัจจุบัน ณ วันที่ 7 มกราคม 2564 คริปโทเคอร์เรนซีได้ถูกสร้างขึ้นบนโลกเป็นจำนวนกว่า 8,200 สกุลเงินดิจิทัล มีมูลค่าการแลกเปลี่ยนซื้อขายในตลาดรวมเป็นเงินจำนวน จำนวน 1,041,944,771,657 ดอลลาร์สหรัฐ (USD)<sup>2</sup> จึงเห็นได้ว่าตลาดคริปโทเคอร์เรนซีได้มีการเติบโตขึ้นอย่างมาก นับตั้งแต่ มกราคม ปี พ.ศ. 2552<sup>3</sup> และได้มีการนำไปใช้ในชีวิตประจำวัน ไม่ว่าจะเป็นการซื้อสินค้าหรือชำระค่าบริการ จึงทำให้บริษัทยักษ์ใหญ่ทั่วโลกที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกิจการชำระเงิน เช่น PayPal เริ่มให้ความสนใจในการเปิดบริการชำระเงินด้วยคริปโทเคอร์เรนซีเพื่อซื้อสินค้าจากร้านค้าใดก็ได้<sup>4</sup> รวมถึงทำให้รัฐบาลในหลายประเทศหันมาให้ความสนใจที่จะออกคริปโทเคอร์เรนซีสำหรับประเทศตัวเองเพื่อให้ประชาชนภายในประเทศใช้ซื้อสินค้าหรือบริการ และให้มีการปรับตัวกับการใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนที่เป็นเรื่องใหม่ให้ยิ่งมากขึ้นซึ่งเป็นการเตรียมความพร้อมเข้าสู่ยุคดิจิทัลไปอีกก้าวหนึ่ง เช่น จีน<sup>5</sup> ธนาคาร China Construction Bank (CCB) ได้เปิดให้ใช้งานสกุลเงินดิจิทัล ที่มีชื่อเรียกว่า หยวนดิจิทัล (Digital Currency Electronic Payment, DC / EP) หรือ ประเทศญี่ปุ่นได้มีการประกาศอย่างเป็นทางการว่าทางรัฐบาลจะดำเนินการร่วมกับทางธนาคารกลางของประเทศในการศึกษาการนำสกุลเงินดิจิทัลมาใช้งานเพื่อการพัฒนาสกุลเงินเยนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นนั่นเอง<sup>6</sup> ด้วยเหตุที่ทำให้

<sup>2</sup> “CoinMarketCap,” <https://coinmarketcap.com>. Last visited 7 Jan 2021.

<sup>3</sup> UK Jurisdiction Taskforce (November, 2019), Legal statement on cryptoassets and smart contracts, Retrieved October 19, 2020, from [https://www.hlengage.com/\\_uploads/pdfs/Legalstatementoncryptoassetsandsmartcontracts.pdf](https://www.hlengage.com/_uploads/pdfs/Legalstatementoncryptoassetsandsmartcontracts.pdf), p. 9.

<sup>4</sup> ชัชชญา อังคฤณี, “PayPal เปิดบริการชำระเงินด้วยคริปโทปี 64 รองรับ BTC,ETH,BCH,LTC,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก

<http://www.efinancethai.com/LastestNews/app.index.aspx?id=TTdvaGh5ejdKdzQ9&year=2020&month=10&lang=T&v=2018&security=>

<sup>5</sup> Jiraboon, “จีนอาจเปิดใช้งานเหรียญหยวนดิจิทัลโดยที่ไม่มีใครรู้,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <https://siamblockchain.com/2020/06/15/china-could-roll-out-its-cbdc-without-anyone-realizing/>

<sup>6</sup> Jitphanu Nakapat, รัฐบาลญี่ปุ่นเตรียมเสนอออกเหรียญ Cryptocurrency ผูกกับเงินเยน เพื่อแข่งกับจีน, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563 จาก <https://siamblockchain.com/2020/01/25/japan-soon-to-draft-law-for-cbdc/>

คริปโทเคอร์เรนซีเติบโตและเป็นที่น่าสนใจอย่างรวดเร็วเป็นผลมาจากระบบทางการเงินรูปแบบปิดที่ใช้ในปัจจุบันมีข้อจำกัดและข้อเสียหลายประการ เช่น การทำธุรกรรมทางการเงินจะต้องกระทำผ่านคนกลางที่เป็นศูนย์กลางจัดการ (Centralized) คือ ธนาคาร ซึ่งก็มีลักษณะเช่นเดียวกับองค์กรธุรกิจอื่น ๆ แต่เพียงถูกควบคุมโดยหน่วยงานของรัฐบาลเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชน จึงทำให้หากธนาคารซึ่งเป็นคนกลางปิดทำการก็จะไม่สามารถทำธุรกรรมทางการเงินบางประเภทได้ ประกอบกับ ค่าธรรมเนียมในการดำเนินการเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินก็มีจำนวนค่อนข้างสูงและมีโอกาสสูงมากขึ้นในอนาคต อีกทั้งหากธนาคารประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินในการประกอบกิจการจนถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดก็จะทำให้ประชาชนอาจสูญเสียเงินที่ฝากกับธนาคารได้ ดังนั้น จึงทำให้สกุลเงินดิจิทัลที่ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่งเป็นเทคโนโลยีแบบการกระจายอำนาจ (Distributed Ledger Technology / DLT) โดยการทำธุรกรรมทางการเงินไม่จำเป็นต้องมีคนกลางเป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบัน

สำหรับความหมายของคริปโทเคอร์เรนซีนั้น ทั่วโลกได้การกำหนดคำนิยามที่ไม่แน่นอน ซึ่งคริปโทเคอร์เรนซี อาจถูกเรียกได้หลายคำศัพท์ โดยแตกต่างกันไปตามเขตอำนาจและกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศจีน แคนนาดา ได้หวัน จะเรียกว่า virtual commodity เยอรมัน จะเรียกว่า Crypto - token เป็นต้น<sup>7</sup> ทำให้การนำมาใช้อาจเกิดความสับสนได้ ดังนั้น เพื่อให้ทราบความหมายของคริปโทเคอร์เรนซีจึงจำเป็นต้องศึกษาจากหลายประเทศ โดยจะศึกษาความหมายจากองค์กรระหว่างประเทศ หรือหน่วยงานในต่างประเทศ ดังนี้

ตามคำแนะนำของ The Financial Action Task Force (FATF)<sup>8</sup> ที่ได้ให้ความหมายของเงินเสมือน (Virtual Currency) ว่าเป็นสิ่งที่แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ไม่ได้ออกหรือรับรองโดยธนาคารกลางหรือหน่วยงานของรัฐ สามารถซื้อขายแบบดิจิทัลได้และทำหน้าที่ (1) เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน และ/หรือ (2) หน่วยทางบัญชี (Unit of account) และ/หรือ (3) เป็นที่เก็บมูลค่าเงินเสมือนมีความแตกต่างจากสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ให้เป็นเงินตามกฎหมาย (Fiat money / Real currency / Real money / National currency)<sup>9</sup> เนื่องจาก เงินเสมือนไม่มีสถานะทางกฎหมาย

<sup>7</sup> “The Law Library of Congress, Global Legal Research Center (June 2018), Regulation of Cryptocurrency Around the World,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf>, p. 1 - 3.

<sup>8</sup> “The Financial Action Task Force (FATF) เป็นองค์กรระหว่างประเทศ (Inter-Governmental body) ที่บรรดารัฐมนตรีของประเทศสมาชิกร่วมกันจัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) ไพศาล เอกคณิต, สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (มกราคม 2556), FATF ขึ้นบัญชีประเทศไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <http://www2.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=3697>

<sup>9</sup> “Fiat money, Real currency, Real money, National currency เป็นสกุลเงินที่ออกโดยรัฐบาลซึ่งไม่ได้

เป็นสกุลเงิน และไม่ใช้เงินตราที่ใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้ แต่มันถูกยอมรับโดยข้อตกลงภายในชุมชนของผู้ใช้เงินเสมือนเท่านั้นให้เป็นวิธีการแลกเปลี่ยน การโอนเปลี่ยนมือ การจัดเก็บและซื้อขายทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>10</sup> ซึ่งถูกยอมรับให้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนภายในประเทศ และเงินเสมือนยังมีความแตกต่างจากเงินอิเล็กทรอนิกส์ (E-money) ที่เป็นตัวแทนการโอนมูลค่าทางดิจิทัลของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ที่มีสถานะการชำระเงินตามกฎหมายได้ โดยเงินเสมือนสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง เงินเสมือนที่สามารถแปลงสภาพหรือแบบเปิด (Convertible or open) เป็นเงินเสมือนที่มีมูลค่าเท่ากับสกุลที่รัฐบาลประกาศใช้และสามารถแลกเปลี่ยนไปมาเป็นสกุลเงินจริงได้ ซึ่งมันอาจมีลักษณะรวมศูนย์อำนาจ (Centralised Virtual Currencies) คือ มีหน่วยงานเป็นผู้ดูแลระบบ ทำหน้าที่ควบคุมระบบ ควบคุมการออกเงินเสมือน กำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการใช้งาน ดูแลบัญชีธุรกรรมทางการเงินกลางและมีอำนาจในการแลกเปลี่ยนสกุลเงินเสมือน และมีลักษณะกระจายอำนาจ (Decentralised Virtual Currencies) คือ เงินเสมือนที่ใช้ระบบ Peer-to-Peer / P2P<sup>11</sup> รูปแบบที่สอง เงินเสมือนที่ไม่สามารถแปลงสภาพได้หรือแบบปิด (Non-convertible or close) เป็นเงินเสมือนที่มีวัตถุประสงค์ที่ใช้เฉพาะกับโลกเสมือน

---

มีการอ้างอิงจากสินค้าที่มีมูลค่า เช่น โลหะมีค่า ซึ่งจะเรียกว่า “สกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ให้เป็นเงินตามกฎหมาย” (James Chen (April 23, 2020), Fiat money,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.investopedia.com/terms/f/fiatmoney.asp#example-of-fiat-money>)

<sup>10</sup> Tom Keatinge, David Carlisle, & Florence Keen. (May 2018). “Virtual currencies and terrorist financing: assessing the risks and evaluating responses,” Retrieved October 29, 2020, from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL\\_STU\(2018\)604970\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU(2018)604970_EN.pdf), p. 12.

<sup>11</sup> P2P (Peer- to- Peer) หมายความว่า วิธีการจัดเครือข่ายคอมพิวเตอร์แบบหนึ่ง ที่กำหนดให้คอมพิวเตอร์ในเครือข่ายทุกเครื่องเหมือนกันหรือเท่าเทียมกัน หมายความว่า แต่ละเครื่องต่างมีโปรแกรมหรือมีแฟ้มข้อมูลเก็บไว้ การจัดแบบนี้ทำให้สามารถใช้โปรแกรมหรือแฟ้มข้อมูลของคอมพิวเตอร์เครื่องใดก็ได้ แทนที่จะต้องใช้จากเครื่องบริการแฟ้ม (file server) บุคคลอื่นสามารถเข้าถึงระบบได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านตัวกลาง

Rüdiger Schollmeier (September 2001), A Definition of Peer-to-Peer Networking for the Classification of Peer-to-Peer Architectures and Applications, Retrieved October 29, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/3940901\\_A\\_Definition\\_of\\_Peer-to-Peer\\_Networking\\_for\\_the\\_Classification\\_of\\_Peer-to-Peer\\_Architectures\\_and\\_Applications](https://www.researchgate.net/publication/3940901_A_Definition_of_Peer-to-Peer_Networking_for_the_Classification_of_Peer-to-Peer_Architectures_and_Applications)

โดยเฉพาะ เช่น ใช้เฉพาะกับเกมส์ World of Warcraft เป็นต้น และภายใต้กฎที่ควบคุมการใช้งาน ผู้ให้บริการจะไม่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้<sup>12</sup>

ธนาคารกลางยุโรป (The Euro Central Bank) ได้มีการกล่าวถึงคริปโทเคอร์เรนซี เช่น Bitcoin ไว้ในรายงาน Virtual Currency Schemes ประจำปี พ.ศ. 2555<sup>13</sup> เงินเสมือน คือ เงินดิจิทัลที่ปราศจากการควบคุม ซึ่งมักจะออกและถูกควบคุมโดยนักพัฒนา และถูกใช้และถูกยอมรับในหมู่สมาชิกของชุมชนเสมือนที่เฉพาะเจาะจง โดยรูปแบบของเงินเสมือนมีความแตกต่างกันจึงต้องพิจารณาไปที่ลักษณะของเงินเสมือนที่ส่งผลต่อเงินที่รัฐบาลประกาศใช้และเศรษฐกิจที่แท้จริง คือ การไหลเวียนของเงินผ่านการแลกเปลี่ยนสกุลเงิน และในแง่ความเป็นไปได้ในการซื้อสินค้าและบริการ เมื่อพิจารณาจากสิ่งนี้แล้วจะสามารถแบ่งเงินเสมือนได้เป็น 3 ประเภท<sup>14</sup> 1. เงินเสมือนแบบปิด (Close virtual currency schemes) เงินเสมือนประเภทนี้แทบไม่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับเศรษฐกิจที่แท้จริงและบางครั้งเป็นโครงการที่ปรากฏในเกมเท่านั้น เช่น “WoW Tokens” ภายในเกม World of Warcraft (WoW) เป็นเงินเสมือนที่ถูกสร้างโดยค่ายเกม Blizzard Entertainment เพื่อนำไปใช้ซื้อและขายอุปกรณ์ต่าง ๆ ภายในเกม<sup>15</sup> Farmville และ Second life เงินเสมือนในเกมเหล่านี้ปรากฏขึ้นในเกมออนไลน์หรือโลกเสมือนจริงขอดนิมเท่านั้น<sup>16</sup> ผู้ถือเงินเสมือนประเภทนี้สามารถใช้ซื้อสินค้าและบริการเสมือนที่ปรากฏหรือถูกนำเสนอภายในชุมชนเสมือนเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถนำมาซื้อสินค้าและบริการภายนอกชุมชนเสมือนได้ 2. เงินเสมือนที่มีการไหลเวียนอยู่ในทิศทางเดียว (Virtual currency schemes with unidirectional flow) คือ เงินเสมือนที่ผู้ใช้สามารถซื้อ

<sup>12</sup> FATF REPORT (June, 2014), “Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>, p. 3 -5.

<sup>13</sup> ECB (October 2012), “Virtual Currency Schemes,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>

<sup>14</sup> ECB (October 2012), “Virtual Currency Schemes”, supra note 13, p. 13 - 15.

<sup>15</sup> Jens Holm, Erkki Mäkinen (June 27, 2018), “The Value of Currency in World of Warcraft,” Retrieved October 29, 2020, from <https://ibimapublishing.com/articles/IISNVC/2018/672253/672253.pdf>, p. 1- 3.

<sup>16</sup> “THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (November 18, 2013), ACTING ASSISTANT ATTORNEY GENERAL MYTHILI RAMAN TESTIFIES BEFORE THE SENATE COMMITTEE ON HOMELAND SECURITY AND GOVERNMENTAL AFFAIRS,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-mythili-raman-testifies-senate-committee-homeland>

ได้โดยตรงโดยใช้สกุลเงินจริงแลกเปลี่ยนตามอัตราแลกเปลี่ยนเฉพาะ ซึ่งไม่สามารถแลกเปลี่ยนกลับมาเป็นสกุลเงินดั้งเดิมได้ โดยเงื่อนไขในการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ผู้ให้บริการเป็นผู้กำหนด เช่น iTunes Gift card คือ บัตรเติมเงินที่สร้างขึ้นโดย Apple ผู้ถือบัตรสามารถนำรหัสจากบนบัตรมาแลกเปลี่ยนเป็นเครดิตแทนเงินสด (Redeem code) เพื่อใช้ซื้อสินค้าและบริการบนร้านค้าออนไลน์หรือในร้านค้าปลีกของ Apple โดยเมื่อแลกเปลี่ยนแล้วจะไม่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นเงินสดได้ 3. เงินเสมือนที่มีการไหลเวียนอยู่ในสองทิศทาง (Virtual currency schemes with bidirectional flow) ผู้ใช้สามารถซื้อและขายเงินเสมือนได้ตามอัตราแลกเปลี่ยนกับสกุลเงินจริง โดยมันคล้ายคลึงกับสกุลเงินอื่นที่เปลี่ยนแปลงได้โดยคำนึงถึงความสามารถในการทำงานร่วมกันกับโลกความเป็นจริง เงินเสมือนรูปแบบนี้สามารถใช้เป็นสื่อกลางในการซื้อสินค้าและบริการในโลกเสมือนและโลกจริงได้ โดยคริปโทเคอร์เรนซี เช่น Bitcoin เป็นเงินเสมือนประเภทที่ 3<sup>17</sup> เนื่องจาก คริปโทเคอร์เรนซีสามารถซื้อและขายแลกเปลี่ยนกับสกุลเงินดั้งเดิมได้โดยตรง ทั้งยังเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการทั้งทางดิจิทัลและปกติ

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) มองว่า คริปโทเคอร์เรนซีเป็นส่วนหนึ่งของเงินเสมือน ซึ่งมีความหมายว่า สิ่งที่แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ออกโดยนักพัฒนาเฉพาะกลุ่ม และอยู่ในหน่วยทางบัญชีของตนเองเท่านั้น มันสามารถเก็บรักษา เข้าถึง และทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ สามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลายตรงเท่าที่คู่สัญญาที่ทำธุรกรรมยินยอมใช้มัน แนวคิดของสกุลเงินเสมือนครอบคลุมไปถึงการรับสภาพหนี้และลงลายมือชื่อของลูกหนี้แบบไม่เป็นทางการ (IOUs) อย่างไรก็ตามสกุลเงินเสมือนมีความแตกต่างจากสกุลเงินดิจิทัลรูปแบบอื่น ๆ เช่น e-money ซึ่งเป็นกลไกการชำระเงินทางดิจิทัลสำหรับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ให้เป็นเงินตามกฎหมาย เงินเสมือนมีองค์ประกอบหลัก 2 ประการ ได้แก่ 1. เป็นการแสดงมูลค่าหรือสกุลเงินแบบดิจิทัลสามารถโอนกันได้ระหว่างคู่สัญญา 2. กลไกการชำระเงินที่อยู่เบื้องหลังเป็นระบบการจัดเก็บข้อมูลแบบ Distributed Ledger System โดยรูปแบบของเงินเสมือนนั้นได้ถูกแบ่งตามระดับความแตกต่างในการแปลงเป็นสินค้าและบริการในโลกความจริง หรือสกุลเงินของประเทศต่าง ๆ ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่หนึ่ง เงินเสมือนที่ไม่สามารถแปลงสภาพได้หรือแบบปิด (Non-convertible VCs / Close schemes) เป็นเงินเสมือนที่ทำหน้าที่เฉพาะภายในสภาพแวดล้อมเสมือนที่อยู่ภายใต้ระบบเท่านั้น ซึ่งการแลกเปลี่ยนสกุลเงินเสมือนประเภทนี้กับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ หรือใช้มันในการแลกเปลี่ยนกับสินค้าและบริการภายนอกระบบเสมือนนั้นถูกจำกัด รูปแบบที่สอง เงินเสมือนที่สามารถแปลงสภาพได้หรือแบบเปิด (Convertible

<sup>17</sup> ECB (February 2015), “Virtual Currency Schemes - a further analysis” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, p. 13 - 17.



VCs / Open schemes) เงินประเภทนี้ได้รับอนุญาตสำหรับการแลกเปลี่ยนสกุลเงินเสมือนกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้หรือกับสกุลเงินเสมือนอื่น ๆ ได้ และสำหรับการชำระค่าสินค้าและบริการในเศรษฐกิจในโลกจริงได้ โดยสกุลเงินดิจิทัลเหล่านี้สามารถดำเนินการผ่านระบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralized) กระจายอำนาจ (Decentralized) หรือแบบผสม (Hybrid) ก็ได้ ซึ่งคริปโทเคอร์เรนซีเป็นชื่อเรียกของสกุลเงินเสมือนที่ดำเนินการระบบกระจายอำนาจ (Decentralized VCs) โดยใช้เทคนิคจากการเข้ารหัสลับ (Cryptography)<sup>18</sup> แต่ทั้งนี้ คริปโทเคอร์เรนซีซึ่งเป็นสกุลเงินเสมือนมูลค่าของมันไม่มีการสนับสนุนจากแหล่งใด ๆ ซึ่งมูลค่าของมันจะขึ้นอยู่กับความต้องการของบุคคลที่เห็นคุณค่าและต้องการใช้มัน ตรงจุดนี้แตกต่างจากสกุลเงินที่รัฐบาลออกใช้มูลค่าของมันได้รับการสนับสนุนจากความน่าเชื่อถือธนาคารกลางและรัฐบาล<sup>19</sup>

Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI) ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของธนาคารเพื่อการชำระหนี้ระหว่างประเทศ (Bank for International Settlements / BIS) ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้มีการศึกษาพัฒนาการของเงินอิเล็กทรอนิกส์มาตั้งแต่กลางทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา โดย CPMI ได้จัดให้คำจำกัดความของสกุลเงินดิจิทัล (digital currencies) อยู่ในคำนิยามของเงินอิเล็กทรอนิกส์ในความหมายอย่างกว้าง แต่ในเขตอำนาจส่วนใหญ่มองว่าสกุลเงินดิจิทัลไม่เป็นไปตามข้อกำหนดทางกฎหมายของเงินอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจาก ระบบการชำระเงินและการชำระเงินอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นที่เก็บมูลค่าทางอิเล็กทรอนิกส์ในอุปกรณ์ และยอดเงินอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายมักจะเป็นสกุลเงินเดียวกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ให้เป็นเงินตราตามกฎหมาย จึงจะถือว่าเป็นเงินอิเล็กทรอนิกส์ แต่สำหรับสกุลเงินดิจิทัลบางสกุลไม่ได้เกี่ยวข้องกับมูลค่าของสกุลเงินของรัฐ โดยจะอยู่ในหน่วยมูลค่าของตัวเอง ไม่สามารถแลกเปลี่ยนกับเงินทุนและไม่สามารถออกโดยบุคคลธรรมดา หรือสถาบันใด ๆ ได้ ดังนั้น สกุลเงินดิจิทัลบางรูปแบบจึงไม่ถือเป็นเงินอิเล็กทรอนิกส์ โดยสกุลเงินดิจิทัลจะมีลักษณะสำคัญ ดังนี้ ประการแรก ส่วนใหญ่สกุลเงินดิจิทัลเป็นสินทรัพย์ที่มีมูลค่ากำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานซึ่งมีแนวคิดคล้าย

<sup>18</sup> “Cryptography คือ วิธีการปกป้องข้อมูลและการสื่อสารผ่านการเข้ารหัสเพื่อให้เฉพาะผู้ที่ต้องการข้อมูลเท่านั้นที่สามารถอ่านและประมวลผลได้ ในวิทยาการคอมพิวเตอร์การเข้ารหัสหมายถึงข้อมูลที่ปลอดภัยและเทคนิคการสื่อสารที่ได้จากแนวคิดทางคณิตศาสตร์และชุดการคำนวณตามกฎที่เรียกว่าอัลกอริทึมเพื่อแปลงข้อความให้อยู่ในรูปแบบที่ยากต่อการถอดรหัสอัลกอริทึมที่กำหนดเหล่านี้ใช้สำหรับการสร้างกุญแจเพื่อเข้ารหัส การลงนามดิจิทัล การตรวจสอบเพื่อปกป้องความเป็นส่วนตัวของข้อมูลการท่องเว็บบนอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารที่เป็นความลับ (Magaret Rouse, Definition cryptography (April, 2020),” Retrieved October 30, 2020, from <https://searchsecurity.techtarget.com/definition/cryptography>)

<sup>19</sup> IMF (January 2016), “Virtual Currency and Beyond: Initial Considerations,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>, p. 7 - 10.

กับสินค้าโภคภัณฑ์ เช่น โลหะมีค่า และสกุลเงินดิจิทัลไม่อยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลหรือสถาบันใด ๆ และไม่ได้รับการสนับสนุนจากผู้มีอำนาจใด ๆ การจัดตั้งหรือการสร้างหน่วยงานที่ดูแลโดยทั่วไปแล้วจะถูกกำหนดโดยโปรโตคอล (Protocol)<sup>20</sup> คอมพิวเตอร์ ประการที่สอง สกุลเงินดิจิทัลจะใช้ระบบ (Distributed ledgers) เพื่อให้สามารถแลกเปลี่ยนมูลค่าทางอิเล็กทรอนิกส์แบบ Peer- to- Peer / P2P ที่ไม่จำเป็นต้องอาศัยความไว้วางใจของกลุ่มสัญญาและไม่ต้องมีคนกลางคอยควบคุม ประการสุดท้าย สกุลเงินดิจิทัลบางประเภทไม่อยู่ในบังคับและการสนับสนุนจากรัฐบาลหรือหน่วยงานใด ๆ ภายในประเทศ<sup>21</sup>

ในปี 2014 ธนาคารกลางแห่งสหภาพยุโรป หรือ European Banking Authority (EBA) ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับ คริปโทเคอร์เรนซี<sup>22</sup> เช่น Bitcoin ว่ามีลักษณะเป็นเงินเสมือน (Virtual Currencies / VCs) โดยเงินเสมือน หมายถึง การแสดงมูลค่าแบบดิจิทัล ที่ไม่ได้ออกหรือถูกสร้างโดยธนาคารกลางหรือหน่วยงานของรัฐ มูลค่าของเงินเสมือนไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ ซึ่งมันจะถูกใช้งานโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน เพื่อรับสินค้าและบริการจากผู้ถือรายอื่น และสามารถโอนจากผู้ขายหนึ่งไปยังผู้ซื้ออีกรายหนึ่งได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ สามารถจัดเก็บไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือเซิร์ฟเวอร์ได้ โดยจะจัดเก็บทางกายภาพหรือสำเนาในรูปแบบอื่น ๆ ไม่ได้ และสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับสถานะเงินเฟ้อหรือสถานะเงินฝืดเหมือนกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ เงินเสมือนจะอยู่ในระบบการกระจายอำนาจ โดยอาจมีได้ 2 รูปแบบ คือ 1. เงินเสมือนที่สามารถแปรสภาพได้หรือแบบเปิด สามารถนำเงินเสมือนมาแลกเปลี่ยนกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ได้ 2. เงินเสมือนที่ไม่สามารถแปรสภาพได้หรือแบบปิด เป็นเงินเสมือนที่ใช้เฉพาะกับบุคคลบางกลุ่มและไม่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ภายใต้

<sup>20</sup> พจนานุกรมคำศัพท์คอมพิวเตอร์ “Protocol” หมายความว่า ข้อกำหนดมาตรฐานหรือข้อตกลงที่ใช้ในการถ่ายโอนแฟ้มข้อมูลหรือการสื่อสารระหว่างคอมพิวเตอร์ในระบบเครือข่าย เป็นต้นว่า ข้อตกลงในเรื่องของสัญญาณ เริ่มส่งข้อมูล สัญญาณสิ้นสุด จำนวนข้อมูลที่จะส่ง การจัดลำดับการส่งข้อมูล ฯ , <https://dictionary.sanook.com/search/dict-computer/protocol>

<sup>21</sup> CPMI (November 2015), “Digital currencies,” Retrieved October 29, 2020, from <https://www.bis.org/cpmi/publ/d137.pdf>, p. 4 - 5.

<sup>22</sup> EBA (March 9, 2018), “Designing a Regulatory and Supervisory Roadmap for FinTech,” Retrieved October 30, 2020, from <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2151635/9aaf2e3f-e443-4d19-a1f5-fa57847e3e6a/Andrea%20Enria%27s%20speech%20on%20FinTech%20at%20Copenhagen%20Business%20School%20090318.pdf?retry=1>

กฎหมายของรัฐบาลนั้นได้ แม้ว่าคุณสมบัติของเงินเสมือนจะคล้ายกับเงินอิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็มี ความแตกต่างกันตรงที่เงินอิเล็กทรอนิกส์เป็นตัวแทนของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้แบบดิจิทัล และมูลค่าทางการเงินที่จัดเก็บไว้ในรูปแบบแม่เหล็กสามารถเรียกออกจากผู้ออกได้เมื่อมีการ ทำธุรกรรมชำระหนี้ ส่วนเงินเสมือนจะไม่มี ความเชื่อมโยงกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ จึงไม่มีมูลค่าคงที่แน่นอนและผู้ออกไม่จำเป็นต้องแลกเป็นเงินตามมูลค่าที่กำหนดไว้เหมือนกับเงิน อิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ เงินเสมือน ไม่ใช่เงินตราที่ใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย (Legal tender) ในประเทศสมาชิกของ EU / EEA แต่ในบางประเทศอาจยินยอมให้เงินเสมือนเป็นเงินตราที่ใช้ชำระ หนี้ได้ตามกฎหมายได้ และหากต่อมาเงินเสมือนได้มีการออกโดยหน่วยงานของรัฐก็จะยุติการเป็นเงิน เสมือนแบบกระจายอำนาจ (Decentralise VC) โดยจะกลายเป็นเงินเสมือนที่รัฐบาลประกาศใช้ที่ ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลแทน<sup>23</sup>

ในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ปี 2018 The three ESAs ซึ่งประกอบไปด้วย The European Securities and Markets Authority (ESMA) ธนาคารกลางแห่งสหภาพยุโรป หรือ European Banking Authority (EBA) และ The European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) ได้ออกประกาศเตือนผู้บริโภคเกี่ยวกับความเสี่ยงในการซื้อและครอบครองเงินเสมือน (VCs) โดยทั้ง The three ESAs ได้ให้ความหมายของเงินเสมือนว่า เป็นการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ ไม่ได้มีการออกหรือการรับรองโดยธนาคารกลาง หรือหน่วยงานของรัฐ และไม่มีสถานะทาง กฎหมายเป็นสกุลเงินหรือเงินตราได้ เนื่องจากมันไม่ได้รับการควบคุมภายใต้กฎหมายของสหภาพ ยุโรป (EU Law) และไม่ได้ให้ความคุ้มครองตามกฎหมาย<sup>24</sup>

ธนาคารโลก (World Bank) ได้จัดประเภทให้คริปโทเคอร์เรนซีเป็นส่วนหนึ่งของ เงิน ดิจิทัล (Digital Currencies) จึงมีคำจำกัดความว่า เป็นตัวแทนการแสดงผลค่าแบบดิจิทัลที่ระบุไว้ใน หน่วยบัญชีของตนเอง จึงแตกต่างจาก เงินอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นเพียงกลไกการชำระเงินแบบดิจิทัล ที่เป็นตัวแทนของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยคริปโทเคอร์เรนซีจะอาศัยเทคนิคการเข้ารหัส ลับ (Cryptographic) เพื่อบรรลุฉันทมติซึ่งเป็นข้อตกลงร่วมกันของผู้ใช้เครือข่าย (Consensus)<sup>25</sup>

<sup>23</sup> EBA (July 4, 2014), “EBA Opinion on ‘virtual currencies,’” Retrieved October 30, 2020, from <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>, p. 10 - 13.

<sup>24</sup> ESMA (February 12, 2018), EBA & EIOPA, ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies Retrieved October 30, 2020, from <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esas-warn-consumers-risks-in-buying-virtual-currencies>

<sup>25</sup> WORLD BANK GROUP (December 1, 2017), “Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain FinTech No. 1,” Retrieved October 30, 2020, from

จากความหมายที่ได้กล่าวไปในข้างต้น หน่วยงานหรือองค์กรต่างประเทศ ได้เรียก คริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็นส่วนหนึ่ง (Subset) ของเงินเสมือน (Virtual Currencies) หรือเงินดิจิทัล (Digital Currencies) ซึ่งไม่ว่าจะเรียกว่าอะไรก็ตาม ก็มีความหมายในทิศทางเดียวกันว่า เป็นสิ่งที่แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลด้วยวิทยาการเข้ารหัสลับที่ถูกควบคุมโดยเทคโนโลยีการจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายอำนาจผ่านบล็อกเชน ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสกุลเงินเสมือนอื่น ๆ หรือสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ได้ มีหน่วยทางเป็นของตนเอง และเป็นที่เก็บมูลค่า การสร้างหรือการออก รวมถึงการใช้เงินเสมือนไม่จำเป็นต้องมีคนกลางที่คอยควบคุมหรือได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐ จึงทำให้ไม่มีสถานะเป็นสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้และเงินอิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้งไม่สามารถนำมาชำระหนี้ตามกฎหมายได้เช่นเดียวกับเงินตรา

สำหรับประเทศไทย สำนักงานราชบัณฑิตยสภา โดยคณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ ได้มีมติเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2562 ให้เพิ่ม คริปโทเคอร์เรนซี หรือเงินตราเข้ารหัสลับ (cryptocurrency) เป็นคำศัพท์คอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยให้ความหมายของว่า “สินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นสื่อกลางในการทำธุรกรรม ซึ่งใช้วิทยาการเข้ารหัสลับสำหรับรับประกันความถูกต้องของธุรกรรมนั้น เพื่อควบคุมการสร้างหน่วยเงินดิจิทัลเพิ่ม และเพื่อยืนยันความถูกต้องของการโอนสินทรัพย์ เป็นเงินดิจิทัลรูปแบบหนึ่งที่ควบคุมโดยกระจายศูนย์กลางผ่านบล็อกเชน”

ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ตามมาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคริปโทเคอร์เรนซีว่า เป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ดังนั้น เมื่อนำคำศัพท์ของคริปโทเคอร์เรนซีในประเทศไทยดังกล่าวมาพิจารณาผู้เขียนขอให้ความหมายของคริปโทเคอร์เรนซีว่า “หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยเทคนิคการเข้ารหัสลับ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ใช้เป็นสื่อกลางสำหรับการทำนิติกรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด โดยมีหน่วยทางบัญชีที่เฉพาะเจาะจงเป็นของตนเอง และเป็นที่ยึดมูลค่าเพื่อใช้สำหรับการแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล หรือระหว่างเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ได้ แต่การแลกเปลี่ยนดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกับเงินตราตามพระราชบัญญัติ

เงินตรา พ.ศ.2501 ทั้งนี้ การทำนิติกรรมต่าง ๆ จะถูกดำเนินการด้วยเทคโนโลยีจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายศูนย์กลางผ่านระบบหรือเครือข่ายบล็อกเชน โดยปราศจากหน่วยงานคอยควบคุม”

ดังนั้น สำหรับความหมายของคริปโทเคอร์เรนซี แม้ว่าในต่างประเทศและในประเทศไทยจะได้ตั้งชื่อคำศัพท์ที่ใช้ในการเรียกถึงไว้ต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของความหมายนั้นปรากฏว่า ได้กำหนดความหมายไว้คล้ายคลึงกันอย่างมาก โดยประการแรกนั้น คริปโทเคอร์เรนซีนั้นจะต้องเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกสร้างขึ้นด้วยวิทยาการเข้ารหัสลับบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น จึงทำให้ไม่มีลักษณะทางกายภาพ ประการที่สอง คริปโทเคอร์เรนซีต้องถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด และเป็นที่ยอมรับค่าเพื่อแลกเปลี่ยนระหว่างคริปโทเคอร์เรนซีสกุลอื่น ๆ หรือแลกเปลี่ยนเป็นเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้จากผู้ให้บริการ หรือผู้ใช้บริการในชุมชนเสมือนได้ในอนาคต แต่ประเทศส่วนใหญ่ไม่รับรองให้คริปโทเคอร์เรนซีเป็นเงินตราตามกฎหมาย จึงไม่สามารถนำมาชำระหนี้ได้ เช่นเดียวกับเงินตราที่รัฐบาลในแต่ละประเทศประกาศใช้ โดยคริปโทเคอร์เรนซีจะมีหน่วยทางบัญชีเป็นของตนเองโดยเฉพาะ เช่น Bitcoin จะมีหน่วยทางบัญชีเป็น BTC หรือ Ethereum จะมีหน่วยทางบัญชีเป็น ETH เป็นต้น และประการที่สาม เทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังคริปโทเคอร์เรนซี คือเทคโนโลยีจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายศูนย์กลาง หรือที่เรียกว่า “บล็อกเชน” ซึ่งจะเป็นการจัดเก็บข้อมูลนิติกรรมตามข้อตกลงร่วมกันของผู้ใช้บริการ โดยปราศจากคนกลางคอยควบคุมและจัดเก็บข้อมูล

### 2.1.2 โทเคนดิจิทัล: ความหมายและประเภท

นอกจากคริปโทเคอร์เรนซีแล้วยังมีสินทรัพย์ดิจิทัลอีกประเภทหนึ่งที่มีความสำคัญอยู่ในโลกปัจจุบัน ซึ่งก็คือ โทเคนดิจิทัล โดยโทเคนดิจิทัลกับคริปโทเคอร์เรนซีนั้นจะถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้งานกับบล็อกเชน แต่ทั้งสองก็มีความแตกต่างกันอยู่ในเรื่องของวัตถุประสงค์ของการใช้งาน กล่าวคือ คริปโทเคอร์เรนซีมีแหล่งกำเนิดอยู่ภายในระบบบล็อกเชนเพื่อประสงค์ให้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดเสมือนกับเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ ส่วนโทเคนดิจิทัลส่วนมากจะจาหรือโครงการสตาร์ทอัพ (Start Up) ในต่างประเทศเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมในโครงการหรือธุรกิจช่วงระยะแรกของการเริ่มต้น และผู้พัฒนาโครงการหรือธุรกิจ จะใช้ช่องทางนี้ในการระดมทุนทางการเงินเพื่อสนับสนุนการพัฒนาโครงการหรือธุรกิจของตน ทั้งนี้ ICO หมายถึง การระดมทุนด้วยช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทาง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลให้แก่ประชาชนทั่วไป ซึ่งผู้พัฒนาโครงการหรือธุรกิจที่ต้องการระดมทุนจะต้องสร้างโทเคนดิจิทัลบนเครือข่ายบล็อกเชนเพื่อแลกเปลี่ยนโทเคนดิจิทัลกับคริปโทเคอร์เรนซีสกุลหลัก เช่น สำหรับประเทศไทย การแลกเปลี่ยนต้องเป็นคริปโทเคอร์เรนซีเฉพาะสกุลเงินที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) กำหนดให้สามารถรับเป็นการตอบ

แทนหรือในการทำธุรกรรมได้<sup>26</sup> อันได้แก่ 1. Bitcoin (BTC) 2. Ethereum (ETH) 3. Ripple (XRP) 4. Stellar (XLM)<sup>27</sup> เป็นต้น หรือกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ และโดยทั่วไปประชาชนที่ลงทุนก็จะได้ผลตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตตามที่ผู้พัฒนาโครงการหรือธุรกิจออกแบบ เช่น สิทธิการครอบครองหุ้นในบริษัท หรือบัตรกำนัลที่จ่ายเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการของบริษัทในอนาคต<sup>28</sup> เป็นต้น โทเคนดิจิทัลจะใช้ควบคู่กับเครือข่ายบล็อกเชนและอยู่ภายใต้สัญญาอัจฉริยะ

สำหรับความหมายของโทเคนดิจิทัลนั้น ในต่างประเทศจะจัดตามวัตถุประสงค์ของการใช้โทเคนดิจิทัลเป็นหลักสำคัญ ซึ่งสามารถจัดแบ่งโทเคนดิจิทัลออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้<sup>29</sup>

1. โทเคนการชำระเงิน (Payment token) ซึ่งมีความหมายเหมือนกันกับคริปโทเคอร์เรนซี คือ โทเคนที่มีวัตถุประสงค์เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือเป็นวิธีการแลกเปลี่ยนมูลค่าบนเครือข่ายบล็อกเชน โดยปราศจากการควบคุมของบุคคลที่สาม นอกจากนี้ โทเคนการชำระเงินสามารถ "ตรึงมูลค่า" หรือได้รับการสนับสนุนจากสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ สินทรัพย์ดิจิทัลอื่น ๆ หรือสินทรัพย์ในรูปแบบอื่น ๆ เช่น เงินตราที่รัฐบาล

<sup>26</sup> ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สจ. 44/2561 เรื่อง บัญชีรายชื่อคริปโทเคอร์เรนซีที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด และ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สจ. 12/2562 เรื่อง บัญชีรายชื่อคริปโทเคอร์เรนซีที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด (ฉบับที่ 2) ประกอบกับประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ข้อ 28

<sup>27</sup> บัญชีรายชื่อคริปโทเคอร์เรนซีที่ผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลหรือผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถรับเป็นการตอบแทนหรือในการทำธุรกรรม

<sup>28</sup> สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย (ASCO), "Initial Coin Offering (ICO)...รูปแบบใหม่ของการระดมทุนยุคดิจิทัล," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก

[http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article\\_ICO\\_ed.pdf#page16](http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article_ICO_ed.pdf#page16). น. 1.

<sup>29</sup> FINMA (February 16, 2018), GUIDELINES FOR ENQUIRIES REGARDING THE REGULATORY FRAMEWORK FOR INITIAL COIN OFFERINGS (ICOS)," Retrieved November 30, 2020, from <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentcenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitu-ng-ico.pdf?la=en&hash=9CBB35972F3ABCB146FBF7F09C8E88E453CE600C>, P. 1 - 5.

ประกาศใช้ หรือโลหะมีค่า เป็นต้น เพื่อรักษาเสถียรภาพของมูลค่าให้มีความคงที่<sup>30</sup> การรักษาเสถียรภาพของโทเคนประเภทนี้เป็นรูปแบบของโทเคนที่บางครั้งเรียกว่า “Stable coin”<sup>31</sup>

2. โทเคนยูทิลิตี้ (Utility token) คือ โทเคนที่มีไว้เพื่อให้สิทธิการเข้าถึงแอปพลิเคชันหรือบริการแบบดิจิทัลโดยใช้โครงสร้างพื้นฐานของเทคโนโลยีบล็อกเชน ตัวอย่างเช่น Ethereum blockchain ในการทำธุรกรรมออนไลน์ดิจิทัลจะต้องมีการวางคริปโทเคอร์เรนซีของ ETH ไว้เป็นหลักประกันด้วย โดย ETH ที่เป็นวางไว้หลักประกันนี้จะจ่ายเป็นรางวัลให้กับผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของธุรกรรมตามฉันทามติร่วมกันของผู้ให้บริการบนเครือข่ายบล็อกเชน (Consensus node) นอกจากนั้น ETH ยังสามารถซื้อขายได้ในตลาดรองและใช้เพื่อการลงทุนถึงกำไรได้ โทเคนยูทิลิตี้จึงเป็นไม่ถือว่าเป็นหลักทรัพย์ แต่อย่างไรก็ตามหากโทเคนประเภทนี้มี

<sup>30</sup> FCA (January, 2019), “Guidance on Cryptoassets,” Retrieved November 30 , 2020, from <https://european-chamber-of-digital-commerce.com/wp-content/uploads/2019/06/Guidance-on-Cryptoassets-Consultation-Paper.pdf>, P. 21 - 22.

<sup>31</sup> Stable Coin คือ คริปโทเคอร์เรนซีประเภทหนึ่งที่มีมูลค่าคงที่ตลอดเวลา ตรงกันข้ามกับคริปโทเคอร์เรนซีปกติที่ราคาของมันมีความผันผวนตลอดเวลา สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท 1. Stable coin ที่มีสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้เป็นหลักประกัน (Fiat-Collateralized Stable coins) ยกตัวอย่างเช่น Tether (USDT) เป็นคริปโทเคอร์เรนซีที่ยืนยันว่ามีเงินดอลลาร์สหรัฐเป็นหลักประกันอยู่ในอัตราส่วน 1 ต่อ 1 และถูกออกแบบมาเพื่อมีมูลค่า 1 USDT เท่ากับ 1 ดอลลาร์ตลอดเวลา โดย Stable Coin มีหน้าที่เพื่อรักษาเสถียรภาพและมูลค่าของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ซึ่งผู้ฝากไว้ในเว็บไซต์สำหรับซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล 2. Stable coin ที่มีคริปโทเคอร์เรนซีเป็นหลักประกัน (Crypto-Collateralized Stable coins) คือ Stable coins ที่มีหลักประกันและได้รับการสนับสนุนจากคริปโทเคอร์เรนซีอื่น ๆ เนื่องจาก คริปโทเคอร์เรนซีบางสกุลจะถูกเก็บไว้เป็นหลักประกันสำหรับการออกคริปโทเคอร์เรนซีที่มีมูลค่ามั่นคงมากกว่า ตัวอย่างเช่น Ether มูลค่า 2,000 ดอลลาร์สหรัฐ อาจถูกเก็บไว้เป็นหลักประกันสำหรับการออกเหรียญ Stable coins ที่มีมูลค่า 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ 3. Stable coins ที่ไม่มีหลักประกัน (Non-Collateralized Stable coins) คือ Stable coins ที่ไม่มีหลักประกันใด ๆ แต่จะใช้กลไกการทำงานเช่นเดียวกับธนาคารกลางเพื่อรักษามูลค่าให้คงที่ ด้วยการออกเอกสารสิทธิแบบดิจิทัล การกระทำได้กล่าวคล้ายกับการพิมพ์ธนบัตรของธนาคารกลางเพื่อรักษาการประเมินมูลค่าของสกุลเงิน สามารถทำได้โดยการใช้สัญญาอัจฉริยะบนบล็อกเชนที่สามารถทำงานในลักษณะที่เป็นอิสระ

Jirapas (29 มิถุนายน 2561), “Stable Coin เช่น USDT คืออะไรมันมีหน้าที่และความสำคัญอย่างไรในอุตสาหกรรมคริปโต,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563 จาก <https://siamblockchain.com/2018/06/29/stable-coin-usdt-คืออะไร/>

Adam Hayes (June 30, 2020), “stablecoin,” Retrieved November 30 ,2020, from <https://www.investopedia.com/terms/s/stablecoin.asp>

วัตถุประสงค์สำหรับการลงทุนก็จะถือว่า โทเคนดังกล่าวเป็นหลักทรัพย์เช่นเดียวกับโทเคนสินทรัพย์

3. โทเคนสินทรัพย์ (Security token / Investment token / Asset token) คือ หลักทรัพย์แบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเสนอขายให้กับนักลงทุน โดยผู้ออกสัญญาจะให้สิทธิบางอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ผู้ครอบครอง เช่น ส่วนแบ่งในรายได้ของบริษัทในอนาคต โดยโทเคนที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือในสัญญาอัจฉริยะจะเริ่มการจ่ายเงินเข้าบัญชีของผู้ครอบครองเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ระบุไว้ในสัญญาอัจฉริยะขึ้น นอกจากนี้โทเคนประเภทนี้ทำให้สามารถซื้อขายทรัพย์สินที่มีตัวตน เช่น โลหะมีค่าบนบล็อกเชน โดยมูลค่าของโทเคนนั้นจะขึ้นอยู่กับสินทรัพย์ที่อ้างอิง<sup>32</sup> ตัวอย่างของ โทเคนสินทรัพย์ดิจิทัลคือ เหรียญ RMG (Royal Mint Gold) ที่พัฒนาโดย Royal Mint Bullion Company ของประเทศสหราชอาณาจักร และซื้อขายบนบล็อกเชน RMG หนึ่งเหรียญจะเป็นตัวแทนของทองคำจริงหนึ่งกรัมที่เก็บไว้ในห้องนิรภัยของ Royal Mint โดยไม่มีการเก็บค่าธรรมเนียมการจัดเก็บหรือการจัดการทองคำ ผู้ถือ RMG เป็นเจ้าของทองคำตลอดเวลา และสามารถขอให้ The Royal Mint ส่งมอบทองคำที่เป็นวัตถุได้โดยเสียค่าธรรมเนียมในการผลิตเพียงเล็กน้อย<sup>33</sup> ซึ่งในประเทศส่วนใหญ่จะใช้กฎหมายที่เข้มงวดเพื่อเข้าควบคุมโทเคนสินทรัพย์มากกว่า โทเคนดิจิทัลประเภทอื่น ๆ<sup>34</sup> เนื่องจาก วัตถุประสงค์ของโทเคนสินทรัพย์มีไว้เพื่อใช้สำหรับการลงทุน จึงทำให้โทเคนสินทรัพย์มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนที่เป็นนักลงทุนจำนวนมาก

4. โทเคนแบบผสม (Hybrid token) ในบางกรณีสินทรัพย์ดิจิทัลอาจเป็นไปตามคำจำกัดความหลายอย่าง เช่น โทเคนยูทิลิตี้ที่จำเป็นสำหรับสิทธิในการเข้าถึงบริการแบบดิจิทัล และยังเป็นโทเคนการชำระเงินที่ใช้สำหรับแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการที่อยู่นอกเครือข่าย ตัวอย่างเช่น Ether ทำหน้าที่เป็นโทเคนยูทิลิตี้สำหรับใช้เข้าถึงแอปพลิเคชันหรือบริการทางดิจิทัล และเป็นโทเคนการชำระเงินเมื่อแลกเปลี่ยนกับสินค้า หรือบางโทเคนอาจเป็นทั้งสินทรัพย์และการชำระเงิน<sup>35</sup>

<sup>32</sup> FINMA (February 16, 2018), “GUIDELINES FOR ENQUIRIES REGARDING THE REGULATORY FRAMEWORK FOR INITIAL COIN OFFERINGS (ICOS),” *supra* note 29, p. 13 - 15.

<sup>33</sup> BITCOIN MARKET JOURNAL, “Investing in Royal Mint Gold (RMG),” Retrieved November 30 ,2020, from <https://www.bitcoinmarketjournal.com/royal-mint-gold/>

<sup>34</sup> Monika Di Angelo, Gernot Salzer (August, 2020), Tokens, Types, and Standards: Identification and Utilization in Ethereum, Retrieved November 30 ,2020, from [https://www.researchgate.net/profile/Monika\\_Di\\_Angelo/publication/339843828\\_Tokens\\_Types\\_and\\_Standards\\_Identification\\_and\\_Utilization\\_in\\_Ethereum/links/5e68c34e92851c7ce05b4481/Tokens-Types-and-Standards-Identification-and-Utilization-in-Ethereum.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Monika_Di_Angelo/publication/339843828_Tokens_Types_and_Standards_Identification_and_Utilization_in_Ethereum/links/5e68c34e92851c7ce05b4481/Tokens-Types-and-Standards-Identification-and-Utilization-in-Ethereum.pdf?origin=publication_detail)

<sup>35</sup> American Bar Association, Derivatives and Futures Law Committee, Innovative Digital Products



สำหรับประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เพื่อกำกับและควบคุมการประกอบธุรกิจและการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น การนำโทเคนดิจิทัลมาใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุนผ่านการเสนอขายโทเคนดิจิทัลผ่านประชาชน การซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนในศูนย์ซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล อันเป็นการสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพมีเครื่องมือในการระดมทุนที่หลากหลาย รวมทั้งประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องมีข้อมูลชัดเจนเพียงพอเพื่อใช้ในการตัดสินใจ และป้องกันมิให้มีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลที่ไม่มีแหล่งที่มาที่ชัดเจนไปใช้ประโยชน์หรือกระทำการใดในลักษณะที่เป็นการหลอกลวงประชาชน ทั้งนี้ พระราชกำหนดดังกล่าวได้ให้ความหมายของโทเคนดิจิทัลว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ (2) กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึง หน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

จากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า โทเคนดิจิทัลในประเทศไทยได้ถูกกำหนดไว้เอาไว้ 3 ประเภท ดังนี้

ก. โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (investment token) หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ<sup>36</sup>

ข. โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (utility token) หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ<sup>37</sup> ซึ่งผู้ออกโทเคนดิจิทัลไม่พร้อมที่จะให้ผู้ถือใช้ประโยชน์ตามสิทธิของโทเคนดิจิทัลนั้น ๆ ได้ทันทีตั้งแต่วันที่เสนอขายโทเคนดิจิทัลครั้งแรก

---

and Processes Subcommittee (March, 2019), “Jurisdiction Working Group, Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issues,” Retrieved October 30, 2020, from [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/digital\\_assets.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/digital_assets.pdf), p. 29.

<sup>36</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ข้อ 2

<sup>37</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ข้อ 2

ค. หน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด ได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี ที่ผู้ออกมีวัตถุประสงค์ในการระดมทุนจากประชาชนและมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิของบุคคล ในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ และหรือมีการกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า หรือบริการหรือสิทธิอื่นใด ให้เป็นโทเคนดิจิทัลตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบ ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561<sup>38</sup>

ทั้งนี้ โทเคนดิจิทัลจะถูกเสนอขายผ่านกระบวนการระดมทุนแบบ ICO (Initial Coin Offering) ที่ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนเข้ามาช่วย บริษัทหรือผู้ระดมทุนจะเสนอและกำหนดขาย โทเคนดิจิทัล ที่กำหนดสิทธิหรือผลประโยชน์ต่าง ๆ ของผู้ลงทุน เช่น ส่วนแบ่งกำไรจากโครงการ หรือสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการที่เฉพาะเจาะจง โดยผู้ลงทุนที่สนใจต้องนำคริปโทเคอร์เรนซี หรือเงินมาแลกเปลี่ยนกับโทเคนดิจิทัลที่เสนอขาย ซึ่งการทำสัญญาและบังคับตามข้อตกลง ในสัญญาจะกระทำผ่านสัญญาอัจฉริยะบนเทคโนโลยีบล็อกเชน<sup>39</sup>

จากการศึกษาพบว่า ความหมายของโทเคนดิจิทัลนั้นถูกจัดแบ่งตามวัตถุประสงค์ของการใช้งาน โดยโทเคนดิจิทัลจะต้องเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการระดมทุนจากประชาชน ในการทำนิติกรรมระหว่างนักลงทุนกับผู้ออกหรือผู้เสนอขายต้องกระทำผ่านสัญญาอัจฉริยะบนบล็อกเชนเท่านั้น โดยโทเคนดิจิทัลจะมีวัตถุประสงค์อย่างไร่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลและร่างหนังสือชี้ชวน ซึ่งวัตถุประสงค์มีดังนี้ ก. เพื่อกำหนดสิทธิของผู้ถือในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการตามแผนธุรกิจของผู้ออก หรือผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล ซึ่งจะเรียก โทเคนดิจิทัลประเภทนี้ว่า โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน หรือ Investment token ข. เพื่อกำหนดสิทธิของผู้ถือในการได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจงในโครงการ หรือกิจการใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงระหว่างผู้ออก หรือผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลและผู้ถือ ซึ่งจะเรียกโทเคนดิจิทัลประเภทนี้ว่า โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ หรือ Utility token และ ค. เพื่อกำหนดสิทธิของผู้ถือในการเข้าร่วมลงทุน และกำหนดสิทธิของผู้ถือในการได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ในโครงการหรือกิจการตามแผนธุรกิจของผู้ออก หรือผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล ซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นโทเคนดิจิทัล ซึ่งโทเคนดิจิทัลประเภทนี้จะเป็นมีวัตถุประสงค์

<sup>38</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 12/2561 เรื่อง การกำหนดประเภทโทเคนดิจิทัลเพิ่มเติม ข้อ 1

<sup>39</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “รู้จักผลิตภัณฑ์และบริการลงทุน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.sec.or.th/th/pages/investors/digitalassetproduct.aspx>

ที่สำคัญทั้งสองประการของ ข้อ ก. และข้อ ข. โดยจะเรียกโทเคนดิจิทัลประเภทนี้ว่า โทเคนดิจิทัลแบบผสมผสาน หรือ Hybrid token

### 2.1.3 เทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังสินทรัพย์ดิจิทัล

ในเดือนตุลาคม ปี พ.ศ. 2551 Satoshi Nakamoto (ชื่อนามปากกา) ได้เผยแพร่บทความที่มีชื่อเสียงและได้เปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงินบนอินเทอร์เน็ต บทความดังกล่าวมีชื่อว่า Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System โดย Satoshi ได้สังเกตเห็นว่าการทำธุรกรรมบนอินเทอร์เน็ตต้องพึ่งพาสถาบันการเงินที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางที่น่าเชื่อถือได้ ในการดำเนินการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ แม้ว่าระบบจะทำงานตอบสนองกับธุรกรรมส่วนใหญ่ได้ แต่รูปแบบความไว้วางใจ (trusted third parties) ก็ยังคงมีจุดอ่อนในเรื่องของการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงธุรกรรมได้ เนื่องจากสถาบันการเงินไม่สามารถหลีกเลี่ยงการใกล้เคียงข้อโต้แย้ง จึงทำให้ค่าใช้จ่ายในการใกล้เคียงเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรม การจำกัดขนาดธุรกรรมขั้นต่ำที่จะใช้งานในระบบทำให้การทำธุรกรรมขนาดเล็กไม่สามารถกระทำได้นอกจากนั้น ผู้ค้าขายบนอินเทอร์เน็ตต้องคอยระวังลูกค้าของตนที่อาจกระทำการฉ้อโกง เนื่องจากผู้ค้าขายไม่สามารถดำเนินการย้อนกลับธุรกรรมของตนได้<sup>40</sup> เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว Satoshi จึงได้เสนอระบบการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้พื้นฐานการเข้ารหัส (Cryptographic) เป็นหลักแทนความไว้วางใจ ทำให้สามารถทำธุรกรรมได้โดยไม่ต้องอาศัยคนกลางที่น่าเชื่อถือ และเพื่อแก้ปัญหาการใช้ซ้ำซ้อน (Double - spending)<sup>41</sup> ที่เกิดขึ้นจากการใช้เงินดิจิทัล<sup>42</sup> โดยการใช้เซิร์ฟเวอร์ประทับเวลา (Timestamp) แบบ Peer-to-Peer เพื่อประมวลผลการทำธุรกรรมตามลำดับเวลา ซึ่งในปัจจุบันเทคโนโลยีดังกล่าวถูกเรียกว่า “บล็อกเชน (Blockchain)”

<sup>40</sup> Satoshi Nakamoto, “Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System,” Retrieved October 30, 2020, from <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

<sup>41</sup> Double - spending หมายถึง รูปแบบหนึ่งของการหลอกลวงโดยการใช้คริปโทเคอร์เรนซีซึ่งมีการสัญญาจะให้เงินจำนวนเดียวกันกับบุคคลสองฝ่าย แต่ส่งเงินให้แก่บุคคลเพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้ เนื่องจาก คริปโทเคอร์เรนซีสามารถที่จะทำซ้ำหรือปลอมแปลงขึ้นมาใหม่ได้ง่ายกว่าสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยการใช้ซ้ำซ้อนมักจะเกิดขึ้นกับระบบแบบกระจายอำนาจ (Decentralised) และจะไม่เกิดขึ้นในระบบแบบรวมศูนย์กลางอำนาจ (Centralised) เพราะ ธุรกรรมที่ได้ดำเนินการภายในระบบจะถูกควบคุมดูแลโดยคนกลางที่น่าเชื่อถือ เมื่อมีการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบของคนกลางแล้วจำนวนเงินจะถูกตัดออกทันที

<sup>42</sup> CIUPA KATARZYNA (March, 2019), “CRYPTOCURRENCIES: OPPORTUNITIES, RISKS AND CHALLENGES FOR ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE SYSTEMS,” Retrieved October 30, 2020, from <https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Ciupa-Katarzyna-cryptocurrencies.pdf>, p. 4.

หลักการการทำงานของเทคโนโลยีบล็อกเชน คือ การจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ เช่น ข้อมูลธุรกรรมแบบแบ่งปันข้อมูลร่วมกัน (Shared Database) โดยการบันทึกรายการธุรกรรมลงในบัญชี ( ) ธุรกรรมดิจิทัล Digital ledger ตอร์ทุกคน (เครือข่ายของผู้ใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Peer-to-Peer) ซึ่งไม่มี ( ) มีข้อมูลกลางหรือคนกลางบุคคลที่สามที่น่าเชื่อถือ trusted third parties เช่น ธนาคาร รัฐบาล หรือ (หน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโอนเงิน แต่ผู้ใช้เครือข่ายบล็อกเชน จะใช้กลไกข้อตกลงร่วมกันหรือการใช้ฉันทามติ (Consensus<sup>43</sup>) ของเครือข่ายในการตรวจสอบความถูกต้องของธุรกรรมและบันทึกข้อมูลลงระบบ เมื่อข้อมูลถูกบันทึกเข้าสู่เครือข่ายบล็อกเชน แล้วจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลย้อนหลังได้ โดยทุกข้อมูลที่ถูกรับบันทึกจะมีการเชื่อมโยงกันทั้งระบบและถูกกระจายไปยังเครื่องของผู้ใช้เครือข่ายทุกคน ทำให้ทุกเครื่องมีข้อมูลที่เหมือนกันทั้งหมด หากมีผู้ใดที่พยายามสร้างรายการข้อมูลปลอมขึ้น ข้อมูลปลอมนั้นก็จะต้องขัดแย้งกับข้อมูลที่ถูกรับบันทึกในบัญชีธุรกรรมดิจิทัลของผู้ใช้เครือข่ายคนอื่น การจัดเก็บข้อมูลในลักษณะนี้ถูกเรียกว่า การจัดเก็บ “ ” ฐานข้อมูลแบบกระจายศูนย์ Distributed Ledger Technology นอกจากนั้น การบันทึกข้อมูลเข้าสู่ ( ) เครือข่ายบล็อกเชน จะใช้เทคนิคการเข้ารหัสลับ Cryptography เพื่อแปลงข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบ (ตัวอักษร/ตัวเลขที่ยากต่อการถอดรหัสอัลกอริทึม โดยบล็อกเชนสามารถแบ่งออกได้เป็น ประเภท 2 ) ได้แก่ 1) บล็อกเชนแบบ (ไม่ต้องได้รับอนุญาต หรือ บล็อกเชนสาธารณะ ) Permissionless Blockchain / Public Blockchain คือ ผู้เข้าร่วมเครือข่าย ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตในการเป็นส่วน (หนึ่งของเครือข่ายบล็อกเชนนี้ และมีส่วนช่วยในการดูแลรักษาเครือข่าย หรือเพียงแค่ต้องการทำธุรกรรมกับผู้ขายรายอื่นก็ได้ รวมถึงผู้ใช้อาจมีส่วนร่วมในกระบวนการขุด (miner) ซึ่งเป็น (กระบวนการแก้สมการทางคณิตศาสตร์ที่ซับซ้อนเพื่อใช้ในการตรวจสอบธุรกรรมในเครือข่าย เนื่องจากทุกคนสามารถเข้าร่วมบล็อกเชนได้โดยไม่มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ใช้ในเครือข่าย จึงเป็นการกระจายอำนาจ (distributed) มากกว่าระบบที่ได้รับอนุญาต ซึ่งทุกคนสามารถเข้าใช้โดย ( ) ไม่ต้องเปิดเผยตัวตนของตน KYC<sup>44</sup> และข้อมูลการทำธุรกรรมที่เก็บไว้ในบล็อกเชนที่ไม่ได้รับ (

<sup>43</sup> American Bar Association, Derivatives and Futures Law Committee, Innovative Digital Products and Processes Subcommittee (March, 2019), “Jurisdiction Working Group, Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issues,” supra note 35, p. 21 - 22.

<sup>44</sup> “Know your customer เป็นมาตรการที่ใช้ในการทำความรู้จักและพิสูจน์ตัวตนของลูกค้าว่าเป็นบุคคลนั้นจริง เพื่อป้องกันการทุจริตจากการปลอมแปลงหรือใช้ข้อมูลบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงิน รวมถึงเป็นมาตรการในการป้องกันปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (AML/CFT/CPF) โดยวิธีการมี 2 ขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่ (1) การแสดงตัวตนของลูกค้า (Identification) และ (2) การพิสูจน์ตัวตนลูกค้า (Verification),” (สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.bot.or.th/Thai/FIPCS/Documents/FPG/2562/ThaiPDF/25620191.pdf>)

อนุญาตมักจะได้รับการตรวจสอบโดยสาธารณะ โดยส่วนมากบล็อกเชนประเภทนี้เหมาะกับการดำเนินการธุรกรรมที่เกี่ยวกับสกุลเงินดิจิทัล หรือ cryptocurrency นอกเหนือจากนี้ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของบล็อกเชนที่ไม่ได้รับอนุญาตคือทุกคนสามารถเข้าร่วมเครือข่ายได้หากต้องการ จึงเป็นการสร้างแรงจูงใจให้กับผู้ใช้ในเครือข่ายให้ช่วยกันสร้างความโปร่งใสและความไว้วางใจมาสู่เครือข่ายทั้งหมด<sup>45)</sup> 2 บล็อกเชน (แบบต้องได้รับอนุญาต หรือบล็อกเชนส่วนตัว) Permitted Blockchain / Private Blockchain คือ เครือข่ายบล็อกเชนที่ผู้ใช้งานต้องได้รับอนุญาตจากผู้ดูแล (ระบบเครือข่ายหรือเจ้าของที่เป็นคนกลางเพื่อเข้าร่วมใช้เครือข่าย ซึ่งตรงกันข้ามกับบล็อกเชนที่ไม่ต้องได้รับอนุญาต โดยส่วนมากบล็อกเชนประเภทนี้จะถูกนำมาใช้กับกลุ่มองค์กรที่ต้องการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลของตน โดยประสงค์ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงข้อมูลในเครือข่ายได้ เช่น ธนาคาร บริษัท หรือหน่วยงานของรัฐ ที่ต้องการรักษาข้อมูลของตน<sup>46)</sup> ผู้ใช้จึงจำเป็นต้องทำ KYC เพื่อเข้าร่วมเครือข่าย โดยข้อมูลประจำตัวแต่ละคนจะได้รับการปกป้องโดยการเข้ารหัสเฉพาะตัว เฉพาะองค์กรส่วนกลางเท่านั้นที่รู้ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลนั้น โดยบล็อกเชนประเภทนี้ยังคงมีคุณสมบัติพื้นฐานของเทคโนโลยีบล็อกเชนครบถ้วน

บล็อกเชนทั้งสองประเภทใช้สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract<sup>47)</sup> เพื่อดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางอินเทอร์เน็ตโดยอัตโนมัติ สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญา เช่น การชำระเงินหรือความรับผิดชอบไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการ จะเกิดขึ้นผ่านบล็อกเชนโดยไม่มีแทรกแซงด้วยกำลังของมนุษย์ ยกตัวอย่างเช่น A ต้องการทำสัญญาซื้อขายบ้าน A สามารถใช้สัญญาอัจฉริยะในเครือข่ายบล็อกเชน โดยระบุข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ต้องการขาย ราคาที่ต้องการขาย รายละเอียดของทรัพย์สินที่ต้องการขาย เก็บไว้ในบล็อกเชนและทุกคนที่อยู่เครือข่ายนั้นสามารถเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นได้ แต่จะไม่สามารถทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลของ A ได้ วิธีนี้ทำให้ A

<sup>45)</sup> Nitish Singh (May 28, 2020), "Permissioned vs Permissionless Blockchains," Retrieved October 30, 2020, from <https://101blockchains.com/permissioned-vs-permissionless-blockchains/>

<sup>46)</sup> Gwyneth Iredale (June 2, 2019), "Introduction to Permissioned Blockchains," Retrieved October 30, 2020, from <https://101blockchains.com/permissioned-blockchain/>

<sup>47)</sup> "Smart Contract หรือ Self-executing Contract หรือ Blockchain Contract หรือ Digital Contract คือ การนำข้อตกลง (Agreement) หรือเงื่อนไขทางสัญญาทางสัญญาระหว่างบุคคลหรือคู่ค้ามาเขียนในรูปแบบชุดคำสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์และทำงานอย่างอัตโนมัติทันที เมื่อโปรแกรมตรวจพบที่เกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ภายใต้สัญญา จะก่อให้เกิดผลลัพธ์ตามที่คู่สัญญาได้ระบุไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการระหว่างคู่สัญญาบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยไม่ต้องพึ่งพาคนกลาง (Middleman) (นายวิชาส สมिति ฤทธา, สำนักงานนโยบายและวิชาการกระจายเสียงและโทรทัศน์, สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract)," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก [https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560\\_10\\_3.pdf](https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_10_3.pdf))

สามารถขายบ้านของตนกับผู้ที่ต้องการซื้อบ้านได้โดยไม่ต้องอาศัยบุคคลที่สาม เป็นต้น การใช้สัญญาอัจฉริยะบนบล็อกเชนสามารถให้ประโยชน์มากมาย<sup>48</sup>

เทคโนโลยีบล็อกเชนจะจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบกระจายอำนาจ การเพิ่มข้อมูลลงในเครือข่ายนี้จะเริ่มต้นโดยสมาชิกคนใดคนหนึ่ง )Node<sup>(49</sup> สร้างบล็อก )Block<sup>(50</sup> ซึ่งข้อมูลในบล็อกจะเป็นข้อมูลประเภทอะไรก็ได้ หลังจากนั้นบล็อกใหม่จะถูกประกาศออกไปยังทุกฝ่ายในเครือข่ายในรูปแบบการเข้ารหัสลับ เพื่อไม่ให้รายละเอียดข้อมูลหรือธุรกรรมถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ และเมื่อถูกประกาศออกไปแล้ว ผู้ใช้ที่อยู่ในเครือข่าย )Consensus Node จะเริ่มต้นตรวจสอบความถูกต้อง ( ) ตามวิธีการตรวจสอบของอัลกอริทึม Algorithm ที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าของผู้ใช้เครือข่าย ซึ่งจะ ( ) กลไกฉันทามติ“เรียกว่า Consensus mechanism<sup>(51</sup> เมื่อตรวจสอบความถูกต้องของบล็อกใหม่แล้ว ” ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม )block data รหัสของข้อมูลที่บันทึกตามข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม (

<sup>48</sup> bhabendu Kumar Mohanta, Soumyashree S Panda, Debasish Jena (October, 2018), “An Overview of Smart Contract and Use cases in Blockchain Technology,” Retrieved October 30, 2020, from [https://www.researchgate.net/profile/Bhabendu\\_Mohanta/publication/328581609\\_An\\_Overview\\_of\\_Smart\\_Contract\\_and\\_Use\\_Cases\\_in\\_Blockchain\\_Technology/links/5bf398a592851c6b27cbfeac/An-Overview-of-Smart-Contract-and-Use-Cases-in-Blockchain-Technology.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Bhabendu_Mohanta/publication/328581609_An_Overview_of_Smart_Contract_and_Use_Cases_in_Blockchain_Technology/links/5bf398a592851c6b27cbfeac/An-Overview-of-Smart-Contract-and-Use-Cases-in-Blockchain-Technology.pdf?origin=publication_detail)

<sup>49</sup> “Node คือ อุปกรณ์ในเครือข่าย blockchain เปรียบได้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ โทรศัพท์ หรืออื่น ๆ ที่สามารถเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตและประมวลผลได้ ซึ่งถือว่าเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญในการกระจายและเชื่อมโยงกันในเครือข่ายเพื่อให้ระบบสามารถทำงานและประมวลผลได้ ทั้งนี้ประเภทของ Node ในเครือข่าย blockchain สามารถจำแนกได้เป็น 1. Node ที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บสำเนาข้อมูลเท่านั้น ประกอบด้วย Full Node และ Light Node 2. Node ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องเท่านั้น หรือที่รู้จักกันในชื่อ Consensus Node (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) (มกราคม 2562), การใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนสำหรับภาครัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2128/>, น. 17.)

<sup>50</sup> Block คือ ชุดบรรจุข้อมูล แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนของข้อมูลต่าง ๆ ที่ต้องการบรรจุลงใน Block เรียกว่า Block Data เช่น ข้อมูลการทำธุรกรรมต่าง ๆ และส่วนของ Block Header ที่ใช้เก็บข้อมูลประจำ Block นั้น ๆ ได้แก่ หมายเลข Block, ค่า Nounce, ค่า Previous Hash และค่า Current Hash เป็นต้น (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. น. 13.)

<sup>51</sup> Consensus คือ การกำหนดข้อตกลงและความเห็นชอบร่วมกันระหว่างสมาชิกในเครือข่าย Blockchain โดยสมาชิกต้องยอมรับกฎระเบียบร่วมกัน ด้วยกลไกในการควบคุมความถูกต้องของข้อมูลในทุก Node ผ่านอัลกอริทึมต่าง ๆ เพื่อให้ข้อมูลมีความถูกต้องเที่ยงตรงและเป็นข้อมูลชุดเดียวกัน รวมทั้งข้อมูลมีการจัดเก็บที่สอดคล้องและมีลำดับการจัดเก็บตรงกัน ทั้งนี้กระบวนการ Consensus มีอยู่ด้วยกันหลายวิธี โดยการเลือกใช้วิธีใดนั้นขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของ Blockchain ในแต่ละประเภท (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. น. 14.)

)Hash of block data) และรหัสของส่วนหัวบล็อกก่อนหน้า (Hash of previous block header<sup>52</sup> รวมถึงเวลาที่บล็อกนั้น ๆ ถูกสร้างขึ้นจะถูกประทับลงในบล็อกด้วย )Timestamp( และนำบล็อกนั้นไปต่อท้ายบล็อกก่อนหน้าด้วยวิธีการ Hash Function<sup>53</sup> เรียงต่อกันจนเกิดเป็นห่วงโซ่ของบล็อก (Chain) จากนั้นเครือข่ายจะทำการบันทึกและสำเนาบัญชีธุรกรรม (Ledger<sup>54</sup> ให้กระจายไปที่ผู้ใช้เครือข่ายทั้งหมด ทำให้การแก้ไข ปลอมแปลงข้อมูลภายในบล็อกกระทำได้ยากมาก เนื่องจาก หากข้อมูลในบล็อกใดบล็อกหนึ่งถูกแก้ไขแม้แต่น้อย ค่าแฮช )Hash Valueที่ได้จากการทำ ( Hash Function ของบล็อกก่อนหน้าจะเปลี่ยนไปทันที และบล็อกถัดมาจะมีข้อมูลไม่ตรงกันทำให้ไม่สามารถเชื่อมต่อกับบล็อกที่ถูกแก้ไขได้โดยสมบูรณ์ ทำให้ระบบและผู้ใช้เครือข่ายสามารถตรวจพบความไม่ถูกต้องได้ทันที<sup>55</sup> นอกจากนี้ผู้ใช้ทุกคนบนเครือข่ายบล็อกเชนจะมีชุดของรหัสแบบไม่สมมาตร )Asymmetric key cryptography ที่เป็นกุญแจอยู่ (2 ชุด ได้แก่) 1 กุญแจส่วนตัว ( Private key) ซึ่งใช้ในการสร้างลายเซ็นดิจิทัล (Digital signatureซึ่งเป็นรหัสแบบสุ่ม 64 หลัก ที่ประกอบไปด้วยตัวพยัญชนะและตัวเลขที่ใช้สำหรับกระเป๋าตังค์ดิจิทัล )Digital wallet or E-

<sup>52</sup> Previous Hash คือ ค่า Current Hash ของ Block ก่อนหน้า ซึ่งเปรียบได้กับค่า Digital Signature ของ Block ก่อนหน้าโดยจะถูกจัดเก็บอยู่ในโครงสร้างของ Block ถัดไปเสมอ และหากมีการแก้ไขข้อมูลใน Block ก่อนหน้าจะทำให้ค่า Hash ของ Block ไม่เท่ากัน ทั้งนี้ในการออกแบบโครงสร้าง Block แต่ละแพลตฟอร์มอาจมีการใช้ชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป

Current Hash คือ ค่า Hash ของข้อมูลทั้งหมดใน Block นั้น ๆ รวมถึงค่า Previous Hash ของ Block ก่อนหน้านั้นด้วย ทั้งนี้ในการออกแบบโครงสร้าง Block แต่ละแพลตฟอร์มอาจมีการใช้ชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. น. 13.)

<sup>53</sup> Hash Function คือ การนำข้อมูลต้นฉบับที่ต้องการแปลงข้อมูลมาผ่านกระบวนการทางคณิตศาสตร์ ซึ่งเป็นฟังก์ชันทางเดียวในการแปลงข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบที่มีลักษณะเฉพาะของข้อมูลและมีขนาดความยาวที่คงที่เสมอ เช่น บล็อกเชน ใช้วิธีการแก้ปัญหาที่ชื่อว่า SHA 256 ก็จะได้ค่าแฮช (Hash Value) ที่มีจำนวนตัวอักษร 64 ตัว (256-bit) เสมอ โดยข้อมูลต้นฉบับที่ผ่านการทำ Hash Function แล้วจะไม่สามารถดำเนินการย้อนกลับเพื่อให้ได้ซึ่งข้อมูลเดิม

Hash Value คือ ค่าผลลัพธ์ที่ได้จากกระบวนการทำ Hash Function โดยการนำ Hash Function (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. น. 14.)

<sup>54</sup> Ledger คือ บัญชีประวัติการทำธุรกรรมซึ่งจะถูกบันทึกและทำสำเนาแจกจ่ายให้กับทุก Node ที่อยู่ในเครือข่าย Blockchain (สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 49. น. 17.)

<sup>55</sup> โสภณ ภูภักดีวิวัฒน์ และภัทรพล วรฉัตร (30 ธันวาคม 2563), “เทคโนโลยีบล็อกเชนและการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการทำสัญญาในอนาคต,” นิตยสารคุณภาพ, เล่มที่ 3, ปีที่ 67 กันยายน - ธันวาคม 2563, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2564, จาก <https://jla.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/1605/iid/22602>, น. 72 - 73.

wallet

ทำหน้าที่เป็นลายเซ็นดิจิทัลเพื่อพิสูจน์ตัวตนทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือลงนาม หรือเข้ารหัสข้อมูล  
 2) กุญแจสาธารณะ .Public keyทำหน้าที่แสดงที่อยู่ (โบนของกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเครือข่ายบล็อก  
 เช่น โดยรหัสของกุญแจสาธารณะจะถูกสร้างจากรหัสของกุญแจส่วนตัว<sup>56</sup> ซึ่งกุญแจประเภทนี้จะ  
 แสดงต่อทุกคนในเครือข่ายจึงแตกต่างจากกุญแจส่วนตัว โดยกุญแจทั้ง 2 ประเภทของผู้ใช้จะมี  
 ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันซึ่งเฉพาะรหัสของกุญแจดังกล่าวที่เข้าคู่กันเท่านั้นที่สามารถใช้งาน  
 ร่วมกันเพื่อเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลที่ถูกจัดเก็บไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลได้<sup>57</sup>

#### 2.1.4 การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล

การจะเริ่มต้นทำธุรกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้เป็นเจ้าของจำเป็นต้อง  
 มีที่จัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลของตนเสียก่อน เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างโดยสภาพ  
 และเป็นเพียงข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น การจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่สามารถ  
 กระทำได้เหมือนกับวัตถุมีรูปร่างโดยทั่วไป แต่จะใช้วิธีการจัดเก็บในระบบอิเล็กทรอนิกส์แทน  
 โดยเจ้าของจะต้องสร้างกระเป๋าตังค์จากอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ของตน หรือ สร้างกระเป๋าตังค์  
 กับธุรกิจที่ให้บริการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีก็ได้ กระเป๋าตังค์ดังกล่าวจะถูกเรียกว่า  
 กระเป๋าตังค์ดิจิทัล (Digital wallet)

แต่เดิมกระเป๋าตังค์ดิจิทัลถูกพัฒนาเพื่อมาเป็นรูปแบบการจ่ายเงินแบบใหม่ที่น่าเอา  
 ระบบดิจิทัลมาใช้ในการทำธุรกรรมและบันทึกข้อมูลธุรกรรมทางการเงินทั้งหมดไว้บนโทรศัพท์  
 เช่น บัญชีธนาคาร บัตรเครดิต อันเป็นการเปลี่ยนแปลงสังคมจากยุคเงินสดให้เป็นยุคเงิน  
 อิเล็กทรอนิกส์หรือสังคมไร้เงินสด<sup>58</sup> นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา กระเป๋าตังค์ดิจิทัลในรูปแบบต่าง ๆ  
 จากนักพัฒนา ก็ได้ถือกำเนิดมากขึ้นและมีวิธีการต่าง ๆ มากมายเพื่อใช้ในการชำระเงินแบบ  
 ออนไลน์และแบบบนโทรศัพท์ โดยการใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัล จะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้  
 ประการแรก ต้องมีการลงทะเบียนเพื่อตรวจสอบตัวตน และสร้างข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้งานก่อน  
 เริ่มการใช้งาน เช่น การสร้าง Username หรือ ID (Identification) และรหัสผ่าน (Password) สำหรับ

<sup>56</sup> Phai Panda (22 มิถุนายน 2563), Cryptography part 1 - AES&RSA, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2563 จาก <https://prosbeginner.medium.com/cryptography-part-1-aes-rsa-8f8b696004b6>

<sup>57</sup> Robby Houben, Alexander Snyers (June, 2018), "Cryptocurrencies and blockchain," Retrieved October 30, 2020, from <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>, P. 16 - 17.

<sup>58</sup> ME BY TMB (8 มิถุนายน 2558), "Digital Wallet กระเป๋าเงินดิจิทัลของคนยุคใหม่," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.mebytmb.com/blog/view/digital-wallet.html>



การเข้าถึงกระเป๋าตังค์ดิจิทัล ประการที่สอง บันทึกรายละเอียดข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ที่อยู่อีเมล ข้อมูลการชำระเงินจำพวกบัตรเครดิตหรือบัตรเดบิต และรายละเอียดที่อยู่ในการจัดส่งสินค้าของเจ้าของได้อย่างปลอดภัย ประการสุดท้าย เงินที่จะนำมาใช้ในการชำระเงินผ่านกระเป๋าตังค์ดิจิทัล ต้องมาจากบัตรเครดิตหรือบัตรเดบิต บัตรเติมเงิน บัญชีธนาคาร บัญชีเงินอิเล็กทรอนิกส์ของเจ้าของโดยตรง<sup>59</sup> ต่อมาในภายหลังเมื่อเทคโนโลยีบล็อกเชนและสินทรัพย์ดิจิทัลได้ปรากฏตัวขึ้นจึงทำให้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลถูกพัฒนาเพื่อนำมาใช้กับสินทรัพย์ดิจิทัล โดยกระเป๋าตังค์ดิจิทัลสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นโปรแกรมซอฟต์แวร์ที่ใช้การเข้ารหัสแบบไม่สมมาตร ได้แก่ รหัสกุญแจสาธารณะและกุญแจส่วนตัว และใช้ในการทำงานบนเครือข่ายบล็อกเชนเพื่อช่วยให้สามารถแลกเปลี่ยน หรือตรวจสอบยอดคงเหลือของสินทรัพย์ดิจิทัลได้ กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ กระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็น (Cold wallet) และกระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อน (Hot wallet) ความแตกต่าง คือ สำหรับกระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อนต้องอาศัยการเชื่อมต่อของอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้กระเป๋าตังค์ร้อนมักใช้เพื่อซื้อของบนอินเทอร์เน็ตและจะเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลไว้จำนวนเล็กน้อยเพื่อใช้สำหรับซื้อของเท่านั้น เพราะ ในขณะที่กระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อนเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตอยู่อาจถูกโจรกรรมข้อมูลจากบุคคลผู้ไม่หวังดีและเสี่ยงถูกขโมยสินทรัพย์ดิจิทัล และผู้ใช้สามารถเข้าถึงการใช้งานได้รวดเร็วบนเครือข่ายผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ส่วนกระเป๋าตังค์เย็นไม่ต้องอาศัยการเชื่อมต่อของอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้กระเป๋าตังค์เย็นมักใช้มันเพื่อจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลที่ไม่ได้นำไปใช้จ่าย หรือมีไว้เพื่อการออมและมีจำนวนมาก ซึ่งเหมือนกับห้องนิรภัยในธนาคาร เพราะ กระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็นไม่ได้เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตจึงมีความเสี่ยงที่จะถูกโจรกรรมเพื่อขโมยสินทรัพย์น้อยกว่ากระเป๋าตังค์ร้อน

กระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อนและเย็นสามารถแบ่งออกเป็นหลายประเภท: กระเป๋าตังค์ดิจิทัลออนไลน์ (Online wallet) , กระเป๋าตังค์ดิจิทัลฮาร์ดแวร์ (Hard wallet), กระเป๋าตังค์ดิจิทัลมือถือ (Mobile wallet), กระเป๋าตังค์ดิจิทัลกระดาษ (Paper wallet) และกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเดสก์ท็อป (Desktop wallet) กระเป๋าตังค์ดิจิทัลออนไลน์ มือถือ เดสก์ท็อปและแบบหลายหลายเช่นจะถูกจัดอยู่ในหมวดกระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อน ส่วนกระเป๋าตังค์ดิจิทัลฮาร์ดแวร์และกระดาษถูกจัดอยู่ในหมวดกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็น การเลือกใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลของผู้ใช้แต่ละคนจะขึ้นอยู่กับ

<sup>59</sup> Thad Peterson, Ron van Wezel (August, 2016), "The Evolution of Digital and Mobile Wallets," Retrieved January 2, 2021, from <https://www.paymentscardsandmobile.com/wp-content/uploads/2016/10/The-Evolution-of-Digital-and-Mobile-Wallets.pdf#page11>, p. 4 - 5.

ระดับความต้องการในการรักษาความปลอดภัยเพื่อปกป้องกุญแจส่วนตัว โดยลักษณะของกระเป๋า  
สตางค์ดิจิทัลแต่ละประเภทมีดังนี้<sup>60</sup>

1. กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็น (Multisignature wallet) ในการเข้าถึง  
สินทรัพย์ดิจิทัล เพื่อการทำธุรกรรมจะต้องกระทำผ่านกระเป๋าสตางค์แบบหลายลายเซ็นจะต้องใช้  
กุญแจส่วนตัวสองหรือสามกุญแจขึ้นอยู่กับระดับความต้องการในการรักษาความปลอดภัย กระเป๋า  
สตางค์ดิจิทัลประเภทนี้เหมาะสมสำหรับกลุ่มธุรกิจในระดับตั้งแต่บุคคลธรรมดาจนถึงนิติบุคคล  
ตัวอย่างกระเป๋าสตางค์แบบหลายลายเซ็น คือ Bitgo ผู้ให้บริการจะเก็บกุญแจส่วนตัวแบบไม่  
เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตไว้กับตนเองหนึ่งกุญแจส่วนกุญแจส่วนตัวที่สองจะถูกจัดเก็บโดยบุคคลที่  
เชื่อถือได้ เช่น ผู้ให้บริการที่เป็นนักพัฒนากระเป๋าสตางค์ดิจิทัล เป็นต้น และกุญแจส่วนตัวที่สามจะ  
ถูกเก็บไว้โดยกลุ่มธุรกิจเอง การใช้กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้ผู้ใช้สามารถทำธุรกรรมได้ด้วย  
กุญแจส่วนตัวที่ไม่เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตทำให้กุญแจส่วนตัวไม่ต้องออนไลน์และไม่เชื่อมต่อกับ  
คอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่เชื่อมต่ออยู่บนอินเทอร์เน็ต<sup>61</sup>

2. กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลออนไลน์ (Online wallet) การเข้าถึงกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล  
ประเภทนี้เพื่อทำธุรกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถทำได้ผ่านทางเว็บไซต์บนอินเทอร์เน็ต  
โดยส่วนมากกระเป๋าเงินดิจิทัลประเภทนี้จะเหมาะสำหรับการจัดเก็บคริปโทเคอร์เรนซีที่แตกต่าง  
กันเพื่อใช้ในการทำธุรกรรมระหว่างผู้ใช้บริการ เพราะการทำธุรกรรมบนกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล  
ประเภทนี้จะมีควมรวดเร็วและความคล่องตัว และเมื่อกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้จะต้องใช้  
งานผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงทำให้มีความเสี่ยงที่จะถูกโจรกรรมข้อมูลจากบุคคลอื่นได้จึงไม่

<sup>60</sup> Stevo Jokic, Aleksandar Sandro Cvetkovic, Saša Adamovic, Nenad Ristic, Petar Spalevic  
(September, 2019), "COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCY WALLET VS TRADITIONAL  
WALLETS," Retrieved November 30, 2020, from  
[https://www.researchgate.net/publication/336871260\\_Comparative\\_analysis\\_of\\_cryptocurrency\\_wallets\\_vs\\_traditional\\_wallets/fulltext/5db227da6fdcc2128fdd47b/Comparative-analysis-of-cryptocurrency-wallets-vs-traditional-wallets.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/publication/336871260_Comparative_analysis_of_cryptocurrency_wallets_vs_traditional_wallets/fulltext/5db227da6fdcc2128fdd47b/Comparative-analysis-of-cryptocurrency-wallets-vs-traditional-wallets.pdf?origin=publication_detail), p. 66 - 69.

Nicee (11 กุมภาพันธ์ 2563), .มารู้จักกับ Wallet กระเป๋าที่จะช่วยจัดเก็บเงินดิจิทัลของคุณให้เป็นที่เป็น  
ทาง," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://blockchain-review.co.th/blockchain-review/what-is-cryptocurrency-wallet/>

<sup>61</sup> Jirapas (15 พฤษภาคม 2561), "บริษัทความปลอดภัยชั้นนำ Bitgo เปิดให้บริการคุ้มครองทรัพย์สิน  
ดิจิทัลสำหรับลูกค้าระดับสถาบัน," สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก  
<https://siamblockchain.com/2018/05/15/bitgo-launches-institutional-grade-custodial-services-suite/>

แนะนำให้เก็บสินทรัพย์จำนวนมากไว้ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้ และในขณะที่ใช้กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลควรใช้งานผ่านคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่ติดตั้งโปรแกรมรักษาความปลอดภัยเท่านั้น

3. กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลบนมือถือ (Mobile wallet) กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลบนมือถือที่ผู้ใช้สามารถเข้าถึงได้ทุกที่เมื่อมีการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นกระเป๋าสตางค์ที่ระบบที่ใช้งานค่อนข้างง่ายและสะดวกมากกว่ากระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทอื่น จึงเหมาะสมกับผู้ที่เริ่มต้นใหม่ ส่วนกุญแจสาธารณะจะถูกเก็บบนมือถือในรูปแบบการเข้ารหัสซึ่งผู้ใช้งานจะต้องใส่รหัสดังกล่าวทุกครั้ง แต่ข้อเสียของกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้ คือ มือถือเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีความปลอดภัยที่ค่อนข้างต่ำ ผู้ใช้งานอาจถูกโจรกรรมสินทรัพย์ดิจิทัลของตนได้ หากมีบุคคลเข้าถึงโปรแกรมบนมือถืออย่างผิดกฎหมาย หรือในกรณีที่มือถือถูกขโมยหรือสูญหายจึงไม่เหมาะสำหรับการจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลจำนวนมาก

4. กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลเดสก์ท็อป (Desktop wallet) เป็นกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่มีความปลอดภัยมากกว่ากระเป๋าสตางค์ดิจิทัลออนไลน์และแบบมือถือ เนื่องจาก กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลและกุญแจส่วนตัวจะถูกจัดเก็บไว้ในฮาร์ดไดรฟ์ของคอมพิวเตอร์แบบตั้งโต๊ะ<sup>62</sup> และในการใช้งานผู้ใช้งานจะต้องใส่รหัสทุกครั้งจึงทำให้ความเสี่ยงที่จะถูกโจรกรรมข้อมูลจากบุคคลอื่นลดน้อยลง แต่ทั้งนี้ ความปลอดภัยจะขึ้นอยู่กับคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ด้วยว่ามีโปรแกรมที่รักษาความปลอดภัยมากน้อยเพียงใด ข้อเสียสำหรับกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้ คือ ใช้งานยากกว่ากระเป๋าสตางค์ดิจิทัลออนไลน์และบนมือถือ และจำเป็นต้องมีการสำรองข้อมูลบนคอมพิวเตอร์ตลอดเวลา เพราะ หากระบบภายในคอมพิวเตอร์ถูกทำลายจะทำให้ข้อมูลทั้งหมดภายในคอมพิวเตอร์รวมทั้ง กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้และกุญแจส่วนตัวสูญหายได้

5. กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลฮาร์ดแวร์ (Hardware wallet) เป็นกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่มีความปลอดภัยสูงมาก โดยปกติกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้จะอยู่ในรูปแบบของอุปกรณ์ USB/Flash drive ที่มีซอฟต์แวร์ถูกบรรจุอยู่ในอุปกรณ์นั้น กล่าวคือ กุญแจส่วนตัวจะถูกเก็บไว้ในตัว USB/Flash drive ในรูปแบบที่เข้ารหัสไว้จึงทำให้ไม่มีไวรัสใดที่สามารถโจรกรรมกุญแจส่วนตัวได้ สำหรับการใช้งานผู้ใช้ไม่จำเป็นต้องใช้คอมพิวเตอร์ในการทำธุรกรรม กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้สามารถจัดเก็บสกุลเงินดิจิทัลของผู้ใช้ได้มากกว่า 1 สกุลเงิน มันจึงเหมาะสมอย่างยิ่งกับผู้ใช้ที่ต้องการจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลในระยะยาว แต่ข้อเสียของกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลประเภทนี้ คือ มีราคาที่สูงกว่า และใช้งานยากสำหรับผู้เริ่มต้นใหม่

<sup>62</sup> Zipmex (21 กรกฎาคม 2563), “กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลคืออะไรและมีกี่ประเภทกันแน่,” สืบค้นเมื่อวันที่

6. กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบกระดาษ (Paper wallet) เป็นกระเป๋าตังค์ดิจิทัลที่มีความปลอดภัยมากที่สุดในการกระเป๋าตังค์ดิจิทัลแต่ละประเภท เป็นของกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็น ตามชื่อที่กล่าวไว้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นกระดาษพิมพ์ที่ระบุบัญชีสาธารณะและกุญแจส่วนตัว ในรูปแบบรหัส QR Code ซึ่งแสดงถึงรหัสของผู้ใช้ และผู้ใช้สามารถสแกน QR Code ที่อยู่บนกระดาษเพื่อทำธุรกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลได้ ด้วยลักษณะดังกล่าวจึงทำให้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลประเภทนี้มีความปลอดภัย เนื่องจาก ไม่จำเป็นต้องเชื่อมต่อกับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ แต่การใช้งานก็มีความยุ่งยาก เพราะ ต้องนำไปเชื่อมต่อกับกระเป๋าตังค์ดิจิทัลอื่น ๆ อีกครั้ง ส่วนข้อกังวลเพียงประการเดียวของผู้ใช้ คือ การเก็บกระดาษแผ่นนั้นไว้ไม่ให้สูญหายหรือถูกทำลาย

7. กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายสกุลเงิน (Multi-currency wallet) เป็นกระเป๋าตังค์ดิจิทัลที่เหมาะสมกับผู้ใช้งานที่ต้องการแลกเปลี่ยนสกุลเงินดิจิทัลต่าง ๆ ในลักษณะเก็งกำไรอยู่ตลอดเวลา

## 2.2 สถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัล

แม้กฎหมายของประเทศไทยได้รับรู้และรับรองถึงการมีอยู่ของสินทรัพย์ดิจิทัลแล้ว แต่ในเรื่องของสินทรัพย์ดิจิทัลก็ยังคงเป็นสิ่งที่แปลกใหม่ในทางกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในทางกฎหมาย ไม่ว่าเรื่องสถานะความเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัล หรือสถานะความเป็นเงินตราของสินทรัพย์ดิจิทัล เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด ในลักษณะเช่นเดียวกับเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ และหากไม่มีลักษณะเป็นเงินตราตามกฎหมายไทยสินทรัพย์ดิจิทัลจะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ดังนั้นในส่วนนี้จึงจะเป็นการวิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัล

### 2.2.1 สถานะความเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัล

การที่สิ่งใดจะสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินได้หรือไม่ จำเป็นอย่างยิ่งที่สิ่งนั้นจะต้องมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ซึ่งในเรื่องกฎหมายทรัพย์สินมีความเกี่ยวข้องกับวิถีชีวิตของมนุษย์ตั้งแต่โบราณกาลจนถึงปัจจุบัน วิวัฒนาการของกฎหมายทรัพย์สินจึงเป็นสิ่งที่ปรากฏขึ้นพร้อมกับการพัฒนาการของสังคมมนุษย์ โดยทฤษฎีและวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทรัพย์สินสามารถแบ่งแยกได้ตามระบบกฎหมายสำคัญ 2 ระบบ ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งมีความแตกต่างในแนวความคิดทางกฎหมายอย่างชัดเจน

สำหรับกฎหมายทรัพย์สินในระบบคอมมอนลอว์ อาศัยกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจและยึดถือเหตุผลที่ได้มาจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล ซึ่งเรียกว่า “หลักกฎหมายคอมมอนลอว์” และหลักกฎหมายเอควิตี้ (Equity) โดยผลของหลักกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายประเภทใดประเภทหนึ่ง และเมื่อได้สิทธิมาโดยหลักกฎหมายประเภทหนึ่งแล้ว ย่อมไม่ได้มาจากหลักกฎหมายประเภทใดประเภทหนึ่ง และสถานะในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ย่อมมีสิทธิเหนือกว่าสถานะในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามหลักกฎหมายเอควิตี้

สำหรับกฎหมายทรัพย์สินในระบบซีวิลลอว์ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน (Roman law) ซึ่งได้มีการแบ่งแยกสิทธิของบุคคลออกเป็นทรัพย์สินและบุคคลสิทธิอย่างชัดเจน ซึ่งหลักกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (Res) เป็นหมวดหนึ่งที่ถูกบัญญัติขึ้นไว้โดยเฉพาะ โดยแนวความคิดของกฎหมายโรมันได้ตกทอดสู่ประเทศที่ยึดถือระบบซีวิลลอว์ในปัจจุบัน เช่น ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และประเทศกฎหมายแพ่งเยอรมัน

สำหรับกฎหมายทรัพย์สินของประเทศไทยก่อนการประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินเป็นไปตามกฎหมายตราสามดวงที่อาศัยหลักการและบรรทัดฐานของบทกฎหมายต่าง ๆ ของสมัยอยุธยาเป็นสำคัญ โดยกฎหมายตราสามดวงกำหนดให้ราษฎรมีสิทธิในสังหาริมทรัพย์ตามสมควร ส่วนที่ดินซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินได้แต่ประการใด และมิได้มีการจัดระบบกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ไว้อย่างชัดเจน จนต่อมาประเทศไทย (ประเทศสยาม) ได้มีการสร้างความสัมพันธ์กับชาติตะวันตก และด้วยความที่กฎหมายในขณะนั้นมีความล้าหลัง ไม่มีระเบียบ โทศร้ายป่าเถื่อน ไม่มีความเป็นธรรมในชั้นตุลาการ โดยเฉพาะกฎหมายทรัพย์สินมิได้มีการวางหลักเกณฑ์อย่างเป็นธรรม เพื่อรองรับสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนซึ่งทำให้ประเทศตะวันตกไม่ยอมรับการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย ตามข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ในการนี้เพื่อจะเรียกอำนาจดังกล่าวกลับคืนมาภายหลังประเทศสยามจึงได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นมีการแบ่งหมวดหมู่ของกฎหมายออกเป็นระบบอย่างชัดเจน โดยกฎหมายทรัพย์สินก็ถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่หนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาศัยแนวคิดและหลักการของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นเป็นแม่แบบหลักสำหรับร่างกฎหมายทรัพย์สินในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 4<sup>63</sup>

การพิจารณาว่าวัตถุใดจะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอันอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือไม่ นั้น มีคำนิยามปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ซึ่งบัญญัติว่า “ทรัพย์สิน

<sup>63</sup> อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป, ปีที่พิมพ์ 2564. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2564), น. 63 - 96.

หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” หากวัตถุใดสามารถเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วก็อาจเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินของบุคคลได้ โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าวัตถุใดจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้นมีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ ได้แก่

#### 1. หลักเกณฑ์ในเรื่องลักษณะทางกายภาพของวัตถุ

จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แบ่งลักษณะทางกายภาพของวัตถุที่อาจเป็นทรัพย์สินไว้อยู่ 2 ลักษณะ ดังนี้

1.1 ทรัพย์สิน หมายความว่าของคำว่า “ทรัพย์สิน” นั้นมีปรากฏอยู่ในมาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง” โดยคำว่า วัตถุ ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายเอาไว้ว่า สิ่งของ แต่สำหรับในทางกฎหมายวัตถุบางอย่างมนุษย์ก็ไม่ได้มองว่าเป็นสิ่งของ เช่น ดวงจันทร์ ดวงดาว ดวงอาทิตย์ ก้อนเมฆ อุกกาบาต มนุษย์มองว่าเหล่านี้ไม่ได้เป็นสิ่งของ แต่ก็มีลักษณะเป็นวัตถุอย่างหนึ่งที่มีรูปร่างเด่นชัด วัตถุมีรูปร่างในทางกฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถสัมผัสได้ด้วยร่างกาย สามารถมองเห็นได้ด้วยตา

ดังนั้น วัตถุมีรูปร่างจึงหมายถึง วัตถุที่ประกอบด้วยรูปและร่างในตัวของตัวเองอย่างชัดเจน มีสัดส่วน ความสูง ต่ำ กว้าง ยาว แม้จะมือนุภาคขนาดเล็กแต่เมื่อสามารถมองเห็น ได้ก็เป็นวัตถุมีรูปร่างเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่)<sup>64</sup> ศาลฎีกามองว่าการลัดกระแสน้ำไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน จึงตีความโดยนัยได้ว่า กระแสน้ำไฟฟ้าเป็นวัตถุมีรูปร่างอันเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อาจเป็นเพราะใช้หลักการในทางวิทยาศาสตร์และมองไปถึงสาระที่เป็นส่วนประกอบของกระแสน้ำไฟฟ้า แต่ในคำพิพากษาดังกล่าว ศาลฎีกาจารย์จัดติ ดิงศกัทธิย์ ได้บันทึกหมายเหตุไว้ในคำพิพากษาฎีกาว่า กระแสน้ำไฟฟ้าไม่ใช่ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 เดิม แต่เป็นทรัพย์สินตามมาตรา 99 เดิม และเป็นสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 101 เดิม หรือแม้แต่เชื้อโรคหรือเชื้อไวรัสเมื่อมีสัดส่วนรูปร่าง สามารถสัมผัสได้ ก็อาจเป็นทรัพย์สินได้ด้วย<sup>65</sup>

1.2 วัตถุไม่มีรูปร่าง เป็นวัตถุที่ตรงข้ามกับวัตถุที่มีรูปร่าง กล่าวคือเป็นวัตถุที่ไม่มีความสูง ต่ำ กว้าง ยาวที่ชัดเจน ไม่มีตัวตน ไม่มีขนาด และไม่กินพื้นที่ มนุษย์ไม่สามารถสัมผัสวัตถุหรือมองเห็นวัตถุดังกล่าวได้ เช่น อากาศ กำลังแรงแห่งธรรมชาติ เป็นต้น

วัตถุไม่มีรูปร่างนี้สามารถเกิดขึ้นและแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลาได้ ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นเพราะกฎหมายรับรู้ รับรองให้วัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นเป็นทรัพย์สินที่อาจเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินของ

<sup>64</sup> ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่มีมติว่า การลัดกระแสน้ำไฟฟ้าย่อมเป็นผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ 335 แล้วแต่กรณี

<sup>65</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรศาสตร์, 2520), น. 8 - 21.

บุคคลได้ ยกตัวอย่างเช่น ในอดีตความรู้หรือข้อมูลทางปัญญา ไม่ใช่สิ่งที่กฎหมายรับรู้ คุ้มครองให้เป็นทรัพย์สินจึงทำให้ผู้คิดค้นข้อมูลทางปัญญาไม่สามารถหวงกัน หรือหาประโยชน์จากมันได้ แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปยุคสมัยเปลี่ยนแปลงมนุษย์มองว่า ข้อมูลทางปัญญาที่ถูกคิดค้นขึ้นมานั้น เป็นน้ำพักน้ำแรงและความวิริยะอุตสาหะของผู้คิดค้น ผู้คิดค้นจึงน่าจะสามารถหวงกันและหาประโยชน์จากความรู้ที่ตนคิดค้นขึ้นมาได้ โดยข้อมูลทางปัญญานั้นได้มีกฎหมายรับรู้ คุ้มครองสถานะของมัน ซึ่งเรียกว่า ทรัพย์สินทางปัญญา และเมื่อกฎหมายได้รับรู้ คุ้มครองถึงความมีตัวตนของมันแล้ว จึงทำให้ความรู้เป็นสิ่งที่ขาดแคลนไป การจะเข้าถึงความรู้เหล่านั้นได้ต้องเสียค่าตอบแทน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโดยสภาพของวัตถุไม่มีรูปร่างนอกจากจะพิจารณาที่ลักษณะทางกายภาพแล้วจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่า วัตถุไม่มีรูปร่างนั้นมีกฎหมายรับรู้ คุ้มครองความมีตัวตนของมันเอาไว้หรือไม่ ในปัจจุบันวัตถุเหล่านี้ส่วนมากจะเป็นพวกลิขสิทธิ์เรียกร้องตามสัญญาต่าง ๆ ได้แก่ ลิขสิทธิ์ของหุ่นที่ถืออยู่ในบริษัท ลิขสิทธิ์เรียกร้องตามสัญญาจะซื้อที่ดินที่ชำระเงินครบถ้วนแล้ว ลิขสิทธิ์การเช่า หรือสิทธิเช่าซื้อ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1174/2487, 1476/2518, 4222/2536, 5466/2539 (ประชุมใหญ่)) อย่างไรก็ตามในอนาคตอาจมีการค้นพบวัตถุชนิดใหม่ ๆ ขึ้น หากวัตถุเหล่านั้นมีกฎหมายได้รับรู้ คุ้มครองสถานะของมันแล้วก็อาจเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินของบุคคลได้ เช่น สิทธิทรัพย์สินดิจิทัล หรือทรัพย์สินทางปัญญา

## 2. หลักเกณฑ์ในเรื่องราคาและอาจถือเอาวัตถุได้

การพิจารณาว่าสิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินในทางกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาในเรื่องลักษณะทางกายภาพของวัตถุแล้ว จะต้องพิจารณาในเรื่องราคา และการถือเอาวัตถุด้วย ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138

ราคาในทางกฎหมาย วัตถุใดจะมีราคาในสายตาของกฎหมายได้ วัตถุนั้นต้องมีราคาขายได้ จำนวนเงินที่บ่งบอกถึงอัตราแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุไม่ใช่สาระสำคัญ จะมีจำนวนเงินที่มาก หรือน้อยก็สามารถเป็นราคาในทางกฎหมายได้ทั้งสิ้น

ราคาในทางศีลธรรม วัตถุบางประเภทแม้ไม่มีราคาในทางเศรษฐศาสตร์ (ไม่มีคุณค่าในการแลกเปลี่ยนและไม่มีคุณค่าในการที่จะใช้ประโยชน์) แต่สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับวัตถุนั้นอาจมองว่ามีคุณค่าในทางศีลธรรมและมีคุณค่ามากกว่าเงินทองเสียอีก เช่น กระดูกของคนตาย ศพของบุคคล ข้อมูลส่วนบุคคลบนอินเทอร์เน็ตของบุคคลที่ถึงความตายไปแล้ว เป็นต้น เหล่านี้อาจมีฐานะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับยุคสมัยและการตีความของนักกฎหมายในยุคสมัยนั้น

การพิจารณาว่าวัตถุใดจะมีราคาหรือไม่นั้น จำต้องศึกษาไปในแต่ละยุคสมัยของสังคมด้วย เพราะ ราคามักแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา ตามท้องถิ่นภูมิประเทศ ตามประโยชน์ความต้องการของมนุษย์ในขณะนั้น เช่น ในช่วงสมัยหนึ่งของโลกมนุษย์มองว่า ลิขสิทธิ์เสรีภาพในเนื้อตัว

ร่างกายของมนุษย์สามารถทำการซื้อขายกันได้ จึงมีการเอามนุษย์ด้วยกันมาเป็นทาส ทาสต้องตกอยู่ในสถานะเช่นเดียวกับทรัพย์สิน เพราะ มีลักษณะเป็นวัตถุมีรูปร่าง ที่มีราคาในทางเศรษฐศาสตร์ และสามารถยึดถือเอาทาสไว้ในความครอบครองได้<sup>66</sup> แต่ในปัจจุบันการซื้อขายมนุษย์ไม่สามารถกระทำได้แล้ว สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ไม่ใช่ทรัพย์สินตามกฎหมายอีกต่อไป ดังนั้น หากวัตถุใดมีราคาในทางเศรษฐศาสตร์ และหรือมีราคาในทางกฎหมาย และหรือมีราคาในทางศีลธรรมแล้ว ก็ย่อมมี “อาจมีราคา” ตามมาตรา 138 ได้ทั้งสิ้น

คำว่า “อาจถือเอาได้” หมายถึง สามารถถือเอาสิทธิในวัตถุนั้นได้ (Appropriated) ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการถือเอากรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินหรืออย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น อาจเป็นเพียงการยึดถือเอาไว้ชั่วคราวโดยไม่มีเจตนาที่จะได้กรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินก็ได้ โดยการถือเอาวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่าง มีความแตกต่างกัน ดังนี้

การถือเอาวัตถุมีรูปร่าง เมื่อวัตถุที่มีรูปร่าง มีส่วนสัดชัดเจน สามารถสัมผัสได้โดยร่างกาย ก็ถือเอาวัตถุมีรูปร่างก็สามารถกระทำได้ด้วยการสัมผัส หรือเข้ายึดถือครอบครอง หรือแสดงอาการหวงกันในวัตถุนั้น เพียงเท่านี้ก็อยู่ในวิสัยที่มนุษย์จะหวงกันได้แล้ว

การถือเอาวัตถุไม่มีรูปร่าง วัตถุไม่มีรูปร่างโดยลักษณะแล้วไม่สามารถจับต้องหรือสัมผัสได้เหมือนกับวัตถุมีรูปร่าง การจะถือเอาวัตถุมีรูปร่างได้นั้น จะเป็นลักษณะการถือเอาสิทธิที่กฎหมายรับรู้และรับรองวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นประธานแห่งสิทธิแล้วเท่านั้น เพราะ จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้น วัตถุไม่มีรูปร่างจะเกิดขึ้นและมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้ต่อเมื่อกฎหมายรับรู้ รับรองให้วัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นเป็นทรัพย์สินที่อาจเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินของบุคคลได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาโดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง เมื่อกฎหมายได้รับรู้ และรับรองให้มีสถานะเป็นวัตถุแห่งสิทธิได้แล้ว ทรัพย์สินทางปัญญาจึงสามารถถูกถือเอาสิทธิได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินอื่น ๆ ทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน

โดยสรุปการที่สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ทรัพย์สินใดจะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายได้ต้องอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้เมื่อกฎหมายได้รับรู้ และรับรองให้เป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินของบุคคลได้เสียก่อน หากวัตถุไม่มีรูปร่างใดไม่ได้อยู่ในสายตาของกฎหมาย วัตถุนั้นก็จะไม่มีสามารถมีราคาใด ๆ และไม่อาจถือเอาสิทธิในวัตถุไม่มีรูปร่างได้ ดังนั้น นอกจากลักษณะทางกายภาพของวัตถุที่ต้องพิจารณาแล้ว สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายได้ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญทั้งสองประการ คือ ซึ่งอาจมีราคาและซึ่งอาจถือเอาได้ หากขาด

<sup>66</sup> สถาพร ศรีตัจฉัง, “ทาส การเรียนรู้ และยุคสมัย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <https://siamrath.co.th/n/177725>.



องค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งไปก็ไม่ทางที่จะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายไทยได้ กล่าวคือ แม้จะมีองค์ประกอบในเรื่องเศรษฐกิจแล้ว แต่หากบุคคลไม่อาจถือสิทธิในสิ่งของนั้นได้ สิ่งของนั้นก็ไม้อาจเป็นทรัพย์สินได้ กลับกันแม้ว่าจะถือเอาสิทธิในสิ่งของนั้นได้ แต่หากสิ่งของนั้นไม่มีราคาในทางเศรษฐกิจก็ไม่อาจเป็นทรัพย์สินเช่นกันกำลังแรงแห่งธรรมชาติ ตามกฎหมายเก่า หมายถึงแรงไฟฟ้า ไม่มีรูปร่างแต่เป็นทรัพย์สินได้ตามกฎหมายเก่า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547)

สำหรับความเป็นมาของสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นเกิดขึ้นมาจากการตั้งคำถามของ Satoshi Nakamoto เกี่ยวกับระบบการเงินในปัจจุบันที่มีรูปแบบอาศัยความไว้วางใจจากบุคคลที่สามให้เป็นผู้ดูแลธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินทั้งหมด ซึ่ง Satoshi Nakamoto ได้มองว่า ระบบการเงินในรูปแบบดังกล่าวทุกคนจะต้องมอบความเชื่อใจให้แก่บุคคลที่สามเพื่อให้ทำหน้าที่ดูแลธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินทั้งหมด ทำให้อำนาจในการจัดการต่าง ๆ ตกอยู่ภายใต้องค์กรเพียงหนึ่งเดียว ซึ่งเรียกว่า “การรวมศูนย์อำนาจ” องค์กรดังกล่าวต้องใช้ทรัพยากรในการดูแลและพัฒนาระบบให้มีความมั่นคง ปลอดภัย เพื่อสร้างความไว้วางใจให้แก่ประชาชน ส่งผลให้ต้องหารายได้จํานวนมหาศาลเพื่อดำเนินการดังกล่าว โดยการหารายได้ที่เรียบง่ายและดีที่สุด คือ การหารายได้จากผู้ใช้บริการของตน และหากระบบที่เกี่ยวข้องกับการเงินของคนกลางเกิดล้มเหลว อาจทำให้ถูกโจรกรรมข้อมูลส่วนบุคคล หรือไม่สามรถทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินได้ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนผู้ใช้บริการได้ ดังนั้น Satoshi Nakamoto จึงได้เสนอระบบการชำระเงินรูปแบบใหม่ทางอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้วิทยาการคอมพิวเตอร์ในการเข้ารหัสลับ บนเครือข่ายแบบ Peer-to-Peer โดยไม่ต้องอาศัยบุคคลที่สามเป็นคนกลางคอยดูแลธุรกรรมทางการเงินอีกต่อไป หรือที่เรียกว่า “บล็อกเชน” โดยระบบการชำระเงินดังกล่าวจะใช้คริปโทเคอร์เรนซี (Bitcoin) หรือสกุลเงินดิจิทัลเข้ารหัส เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเช่นเดียวกับเงินตรา

เมื่อคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล ได้ปรากฏขึ้น ประเทศไทยจึงได้มีการตราพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 มาใช้บังคับ เพื่อให้มีการกำกับและควบคุมการประกอบธุรกิจและการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล และเพื่อรองรับการนำเทคโนโลยีมาทำให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน โดยกฎหมายดังกล่าวได้ให้คำนิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลว่าหมายถึง หน่วยข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ 2 ประเภท ได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัลซึ่งได้กล่าวถึงความหมายและลักษณะไว้แล้วในหัวข้อก่อนหน้า ซึ่งจะเห็นได้ว่า สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่อยู่บนระบบเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์และกฎหมายประเทศไทยได้รับรู้และรับรองถึงความมีตัวตนแล้ว ดังนั้น เมื่อในปัจจุบันสินทรัพย์ดิจิทัลได้กลายเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างที่ทั้งสังคมโลกได้ให้ความสนใจและมองว่ามีสินทรัพย์ดิจิทัลมีคุณค่าในการแลกเปลี่ยนกับสิ่งอื่น ๆ แม้ว่าจะไม่สามารถใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายเช่นเดียวกับเงินตรา

และก่อให้เกิดคุณค่าและผลประโยชน์ที่จะได้รับการคุ้มครองสินทรัพย์ดิจิทัล ประกอบกับการถือเอาสินทรัพย์ดิจิทัลเจ้าของสามารถกระทำได้ด้วยกรเก็บไว้ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล โดยบุคคลที่จะสามารถใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นได้จะมีเพียงเจ้าของที่มีกุญแจส่วนตัวเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัลจึงเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ตามแนวความคิดทางกฎหมายที่ได้กล่าวไปตอนต้นจึงมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138

### 2.2.2 สถานะความเป็นเงินตราของสินทรัพย์ดิจิทัล

สำหรับสถานะความเป็นเงินตราของสินทรัพย์ดิจิทัลนั้น ในปัจจุบันสินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถนำมาชำระหนี้แทนเงินตราได้ เพราะ กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ของเงินตราไว้ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 นั้น กำหนดให้ธนบัตรและเหรียญกษาปณ์เป็นเงินตรา และรัฐรับรองให้เงินตราสามารถใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย แต่สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอยู่ในรูปแบบการเข้ารหัสตามวิทยาการคอมพิวเตอร์ จึงมีความแตกต่างจากเงินตราโดยสิ้นเชิง<sup>67</sup> และสำหรับสิ่งที่จะสามารถนำมาใช้แทนเงินตราตามกฎหมายนั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดทำ จำหน่าย ใช้ หรือนำออกใช้ซึ่งวัตถุหรือเครื่องหมายใด ๆ แทนเงินตรา เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี” ซึ่งรัฐมนตรีว่าการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังให้เป็นเงินตราอีกชนิดหนึ่งหรือสามารถชำระหนี้แทนเงินตราได้ สินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่สามารถใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้เช่นเดียวกับเงินตรา แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 ซึ่งเป็นที่ยอมรับของกลุ่มการค้าและร้านค้าที่ให้บริการโดยมีการรับชำระค่าสินค้าและบริการ เช่น คริปโทเคอร์เรนซีทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า หรือบริการ หรือสิทธิใด ๆ ที่อยู่ในรูปแบบของเงินออนไลน์ที่ใช้งานบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ หากคู่สัญญาตกลงกันที่จะยอมรับสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อชำระแทนเงินตราก็ย่อมถือได้ว่า คู่สัญญาตกลงยอมรับเอาสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาแทนเงินตรา ซึ่งเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือ Freedom of contract แต่ในกรณีที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วแต่ต่อมามีเหตุให้คู่สัญญาต้องยอมรับสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อชำระหนี้ตามกฎหมายของตน

<sup>67</sup> สุธิดา แซ่โล้ว, ธนวิมล พิสิษฐจินดา (19 มกราคม 2562), “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของเงินดิจิทัล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก

<http://hs.ssru.ac.th/useruploads/files/20190306/19daa5fbcaf78e501bb369b4805de3596a1cdf4d.pdf>.

ก็จะเป็นการยอมรับการชำระหนี้ที่อื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ได้ ซึ่งก็สามารถทำให้หนี้ระงับลงได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 321 แม้กฎหมายไทยจะไม่ได้กำหนดให้สามารถใช้สินทรัพย์ค้ำประกันเพื่อชำระหนี้ตามกฎหมายแทนเงินตราได้ก็ตาม แต่ก็สามารถนำมาปรับกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

### 2.3 สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ระบบกฎหมายในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอยู่หลายประการจึงส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนและทำให้เศรษฐกิจของประเทศไทยไม่พัฒนาเท่าที่ควร แต่เมื่อพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันแล้วทำให้ระบบกฎหมายในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากโดยเป็นการเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจของตนเองมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อสถาบันการเงินได้ เพื่อเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการได้รับการพิจารณาการให้สินเชื่อซึ่งเป็นเงินทุนที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ ประกอบกับการสร้างระบบการบังคับหลักประกันให้มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นประโยชน์ในการประกอบธุรกิจและส่งผลต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ อันเป็นการรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนของประเทศไทย<sup>68</sup>

#### 2.3.1 ความสำคัญและความเป็นมาของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

การดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในประเทศไทยสิ่งที่เป็นปัจจัยอันสำคัญของการประกอบธุรกิจ คือ การเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินเพื่อนำไปลงทุนในการประกอบกิจการ แต่ปรากฏว่า ผู้ประกอบการขนาดจิ๋ว ขนาดเล็ก ขนาดกลาง ซึ่งเรียกว่า Small and Medium Enterprises (SMEs) และ Micro Finance ประสบปัญหาไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ ส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวมไม่พัฒนา อย่างที่ควรจะเป็นเมื่อเปรียบเทียบกับพัฒนาของประเทศในประชาคมอาเซียน

<sup>68</sup> นางสาวอรรณณ เกษร, “หลักการและสาระสำคัญของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2563, จาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1543](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1543), น. 1.

ปัญหาดังกล่าว ทางหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยได้เล็งเห็นและพยายามแก้ปัญหาตลอด ดังจะเห็นได้จากคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ<sup>69</sup> ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 บทที่ 6 ยุทธศาสตร์การปรับโครงสร้างเศรษฐกิจสู่การเติบโตอย่างมีคุณภาพและยั่งยืน โดยการส่งเสริมให้ทุกภาคส่วนเข้าถึงแหล่งเงินทุนอย่างเท่าเทียมด้วยต้นทุนที่เหมาะสม โดยกำกับดูแลการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ให้เอื้อต่อการให้บริการประชาชนและธุรกิจอย่างทั่วถึง ภายใต้การบริหารความเสี่ยงที่ดี ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินงานของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ผู้ประกอบการรายใหม่ และกลุ่มผู้มีรายได้น้อย รวมทั้งให้สถาบันการเงินเฉพาะกิจของรัฐเข้ามาเติมเต็มและแก้ไขปัญหา ช่องว่างของการให้บริการของสถาบันการเงินเอกชน นอกจากนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทย<sup>70</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) กระทรวงการคลัง รวมถึงรัฐบาลทุกรัฐบาล ได้แถลงยืนยันมาโดยตลอดตรงกันว่า ปัญหาข้อจำกัดในการเข้าถึงเงินทุนของภาคธุรกิจถือเป็นปัญหาด้านการเงินที่สำคัญของประเทศไทยอันนำมาสู่กิจกรรมทางเศรษฐกิจในระดับต่ำกว่าที่ควรจะเป็น หรือมีความผันผวนมากเกินไป

สำหรับข้อจำกัดในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน มีความหมายว่า สถานการณ์ที่ผู้ต้องการเข้าใช้บริการทางการเงิน ไม่สามารถใช้บริการทางการเงินจากผู้ให้บริการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ได้อย่างเหมาะสม โดยอาจมีสาเหตุของข้อจำกัดในการเข้าถึงเงินทุนหลายปัจจัยซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้<sup>71</sup>

1. ปัจจัยการเข้าถึงแหล่งเงินทุนอันเกิดขึ้นจากตัวผู้ให้บริการ ปัญหานี้มักจะขึ้นอยู่กับสถานะทางการเงินของผู้ให้บริการ เช่น ความสามารถในการจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้บริการหนี้สะสม ความสามารถในการหารายได้และผลกำไรของการดำเนินทางธุรกิจของผู้ให้บริการ อายุของกิจการ ตลอดจนการเติบโต และความมั่นคงในอนาคตของผู้ให้บริการ เป็นต้น สถานะทางการเงินเหล่านี้จะถูกนำมาพิจารณาเพื่อให้เงินทุน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ภาคธุรกิจที่มีสถานะทางการเงินที่เข้มแข็งและมั่นคงสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากกว่า

<sup>69</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี, “แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สิบเอ็ด พ.ศ. 2555 - 2559 บทที่ 6,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2563, จาก [http://old.rmutto.ac.th/rmuttonews/attachment/TP719\\_183626.pdf](http://old.rmutto.ac.th/rmuttonews/attachment/TP719_183626.pdf), น. 78.

<sup>70</sup> บริษัท ศูนย์วิจัยกสิกรไทย จำกัด, “การลดข้อจำกัดในการเข้าถึงเงินทุนในระบบธนาคารพาณิชย์ไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2563 จาก

[https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/SymposiumDocument/Paper1\\_2557.pdf](https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/SymposiumDocument/Paper1_2557.pdf), น. 2.

<sup>71</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, เรื่องน่ารู้ เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด, 2557), น. 14.

นอกจากสถานะทางเงินแล้ว พบว่า ทรัพย์สินหลักประกันเป็นปัจจัยที่สำคัญซึ่งมีผลต่อการเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินและมีผลต่ออัตราดอกเบี้ยที่ถูกเรียกเก็บ กล่าวคือ หากมีหลักทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันในการขอเงินทุนก็จะทำให้การพิจารณาเงินทุนให้แก่ภาคธุรกิจสามารถกระทำได้ง่ายขึ้น เนื่องจาก สถาบันการเงินมั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่า หากไม่มีการชำระก็สามารถดำเนินการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ เพื่อป้องกันให้หนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ หรือหนี้เสีย (NPL) เกิดขึ้นน้อยลง โดยเหตุผลที่ธนาคารพาณิชย์ต้องป้องกันไม่ให้เกิดหนี้ดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เพราะ หากมีสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินที่มีการด้อยค่าด้านเครดิตเกิดขึ้น ธนาคารพาณิชย์จะต้องกันเงินสำรองตามประกาศ ธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 23/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบัน ด้วยหลักเกณฑ์นี้ทำให้ธนาคารพาณิชย์ปล่อยสินเชื่อได้น้อยลง ทำให้ธนาคารต้องสูญเสียรายได้ หรือผลกำไรจากการปล่อยสินเชื่อ ดังนั้น ในการให้เงินทุนทรัพย์สินหลักประกันจึงมีความสำคัญอย่างมากต่อการพิจารณาการให้เงินทุน และส่งผลกระทบต่อดอกเบี้ยที่ผู้ใช้บริการต้องชำระด้วย หากผู้ใช้บริการมีทรัพย์สินหลักประกันที่มีราคาต่ำกว่าจำนวนสินเชื่อที่ขอจากสถาบันการเงิน หรือไม่มีทรัพย์สินหลักประกัน ก็จะทำให้ดอกเบี้ยที่ผู้ใช้บริการต้องชำระมีจำนวนอัตราที่สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยของผู้ใช้บริการที่มีทรัพย์สินหลักประกันจำนวนมาก หรือมีราคาที่สูงกว่าจำนวนสินเชื่อที่ขอ ด้วยผลดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้ผู้ประกอบการขนาดจ๋ว ขนาดเล็ก ขนาดกลาง ไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบได้ จนต้องชวนขายคืนหนีไปหาเงินทุนนอกระบบ

2. ปัจจัยการเข้าถึงแหล่งเงินทุนอันเกิดขึ้นจากภายนอก ปัจจัยนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากผู้ใช้บริการซึ่งส่วนมากเป็นสิ่งที่ไม่สามารถควบคุมได้ อาทิ แนวนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐหรือกฎหมายต่าง ๆ ที่รัฐตราขึ้นเพื่อใช้บังคับ โดยกฎหมายของประเทศไทยก่อนปี 2558 นั้น เป็นสาเหตุหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้เกิดข้อจำกัดในเรื่องการเข้าถึงแหล่งเงินทุน คือ ระบบกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องของการนำทรัพย์สินหลักประกันยังไม่มีควมทันสมัยเพียงพอต่อความเปลี่ยนแปลงของโลก โดยการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมีปรากฏไว้เพียง 2 ชนิดเท่านั้น คือ การจำนำ และการจำนอง จึงทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจอีกหลายอย่าง ไม่สามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ดังนั้น กฎหมายของประเทศไทยก่อนปี 2558 จึงเป็นข้อจำกัดในเรื่องหลักประกันที่ยังไม่มีประกันด้วยทรัพย์สินรูปแบบใหม่ ที่จะช่วยให้ผู้ประกอบการในภาคธุรกิจซึ่งมีทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาใช้เป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินได้

ดังนั้น ข้อจำกัดในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากปัจจัยหลัก 2 ประการ คือ ปัจจัยการเข้าถึงแหล่งเงินทุนอันเกิดจากตัวผู้ใช้บริการ และอาจเกิดจากภายนอกก็ได้ โดยปัจจัยที่เป็นสาเหตุสำคัญคงหลีกเลี่ยงไม่พ้นปัจจัยทางด้านระบบกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องการ

ประกันชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีความทันสมัยเท่าทันต่อความเปลี่ยนแปลงของโลก ทั้ง ๆ ที่การนำทรัพย์สินหลักประกันการชำระหนี้เป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องดังกล่าวก็ได้มีการแก้ไขปัญหาด้านระบบกฎหมายให้มีความทันสมัยขึ้นดังจะได้กล่าวในส่วนต่อไป

การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นในการเข้าถึงเงินทุนของผู้ประกอบการเพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ เพราะหากผู้ประกอบการมีหลักประกันมาเป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ ย่อมทำให้การพิจารณาการให้สินเชื่ออาจมีโอกาสได้รับการอนุมัติมากกว่า และดอกเบี้ยซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่ต้องจ่ายในอนาคตย่อมมีจำนวนน้อยกว่าผู้ประกอบการที่ไม่มีหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากนี้การมีหลักประกันการชำระหนี้ย่อมทำให้ผู้ให้สินเชื่อสามารถควบคุมความเสี่ยงในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือ หนี้เสีย (NPL) แม้จะไม่ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดแต่ผู้ให้สินเชื่อก็สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ให้สินเชื่อเป็นธนาคารพาณิชย์ ถ้ามีหนี้ NPL ธนาคารต้องกันเงินสำรองไว้ร้อยละ 100 จากยอดหนี้ที่ให้กับทั้งหมดหักกับจำนวนหลักประกัน ถ้าในการให้สินเชื่อธนาคารมีหลักประกันมาก ธนาคารก็จะกันเงินสำรองลดน้อยลง ธนาคารก็จะให้สินเชื่อได้มากขึ้น แต่ถ้าหลักประกันน้อยธนาคารต้องระมัดระวังในการให้สินเชื่อมากขึ้น ดังนั้น การให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการโดยไม่มีเลยหลักประกัน ถือว่าเป็น Clean loan ผู้ให้สินเชื่อต้องรับความเสี่ยงที่สูง

แต่สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยมีข้อจำกัดอยู่หลายประการจนทำให้เกิดปัญหาของการเข้าถึงแหล่งเงินทุน ดังจะเห็นจากการจำนองและการจำนำนั้นต่างเป็นการประกันการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัดในตัวเอง คือ การจำนำต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้นและต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วยทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ เช่น เครื่องจักรขนาดเล็ก สินค้าคงคลัง เป็นต้น ที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ เนื่องจาก ผู้ประกอบการต้องใช้สังหาริมทรัพย์เหล่านั้นในการดำเนินธุรกิจ หากส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้แล้วก็มาสามารถดำเนินธุรกิจหารายได้ไปจ่ายหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ หากมีการฝ่าฝืนไม่ส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้การจำนำก็ไม่สมบูรณ์ หรือหากเจ้าหนี้ยินยอมให้อาทรัพย์สินที่จำนำกลับสู่การครอบครองของเจ้าหนี้ก็เป็นเหตุให้การจำนำสิ้นสุดลง ส่วนการจำนองนั้น แม้หลักการทางกฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองไว้ในความครอบครองของเจ้าหนี้ แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ถูกจำกัดไว้เพียงเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์พิเศษที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น แม้จะได้มีความพยายามในการแก้ไขปัญหาด้านเรื่องข้อจำกัดของการจำนำและการจำนอง เช่น การตรา

กฎหมายเพื่อให้เครื่องจักรที่จดทะเบียนสามารถนำมาจำนองได้ ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 หรือเพื่อให้รถยนต์ที่จดทะเบียนแล้วสามารถนำมาจำนองได้ ตามพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2552 หรือมีความพยายามที่จะให้เครื่องบินสามารถนำมาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้<sup>72</sup> แต่การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้แก้ไขปัญหาโดยภาพรวมในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน นอกจากนั้นในการบังคับจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดำเนินการทางศาลเพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดให้ แต่ด้วยศาลมีบุคลากรอยู่เพียงจำกัดทำให้กระบวนการพิจารณาคดีบังคับจำนองจึงเป็นไปอย่างล่าช้า อีกทั้ง การบังคับจำนองตามคำพิพากษาก็ต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแบบแผนของทางราชการ<sup>73</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนำ หรือจำนอง สามารถมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และแก้ไขปัญหามาของการจำนำที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำ นอกจากนี้ยังแก้ปัญหาระบบการบังคับหลักประกันให้มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ซึ่งจะสามารถแก้ปัญหาในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบธุรกิจ ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้รับหลักประกัน และลดภาระของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับหลักประกัน โดยกฎหมายเฉพาะได้มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันแล้ว คือ พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

โดยในการพัฒนาและยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. .... ได้อาศัยแนวความคิด และหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ นอกจากนี้ได้มีการพัฒนาปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย แนวปฏิบัติทางการค้า และบริบทอื่น ๆ ของประเทศไทย

### 2.3.2 ความหมายของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

<sup>72</sup> สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย, “ร่างพระราชบัญญัติการเดินอากาศ (ฉบับที่ ....) พ.ศ. ... (การจำนองอากาศยาน),” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.caat.or.th/wp-content/uploads/2016/04/ร่างจำนอง.pdf>

<sup>73</sup> กลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 2563 จาก [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181\\_59.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181_59.pdf)

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้หลักประกัน ตราทรัพย์สินไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับหลักประกัน เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกันอาจตราทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระก็ได้<sup>74</sup> โดยเมื่อนำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ มาเปรียบเทียบกับสัญญาจำนองตามมาตรา 702 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะพบว่า สัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีความคล้ายคลึงกับสัญญาจำนองอย่างมาก แต่ก็มีลักษณะแตกต่างกันอยู่ในบางเรื่องดังที่จะกล่าวในส่วนต่อ ๆ ไป ดังนั้น สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจึงสามารถแบ่งลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ ดังนี้

1. ผู้ให้หลักประกันที่เป็นคู่สัญญาอาจเป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อเอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ใช้คำว่า “หนี้” จึงแสดงให้เห็นว่า จำต้องมีสัญญาประธานที่จะถูกนำทรัพย์สินมาตราเป็นประกันการชำระหนี้ จึงต้องมีความผูกพันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามสัญญาประธานเกิดขึ้นอยู่ก่อน ส่วนการนำทรัพย์สินมาตราเป็นประกันการชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจึงเป็นความผูกพันระหว่างผู้ให้หลักประกันกับเจ้าหนี้ โดยผู้ให้หลักประกันอาจเป็นลูกหนี้ชั้นต้นในสัญญาประธาน หรือเป็นบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับสัญญาประธานก็ได้ ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ในเรื่องนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับการจำนองและการจำนำที่บุคคลซึ่งเอาทรัพย์สินมาตราเป็นประกันการชำระหนี้อาจเป็นลูกหนี้ชั้นต้นหรือบุคคลที่สามก็ได้ โดยเมื่อมีการบังคับทรัพย์ที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว หากยังขาดเงินที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้อยู่เท่าใด ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเรียกจากลูกหนี้ได้ แต่ไม่สามารถเรียกจากผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลภายนอกได้ หากมีการฝ่าฝืนข้อตกลงให้ผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดย่อมตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 52 วรรค 3 และวรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558<sup>75</sup> ส่วนในเรื่องการบังคับจำนองหากยังขาดอยู่เท่าใด ผู้รับจำนองไม่สามารถเรียกส่วนที่ขาดจากผู้จำนองที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้นได้ เว้นแต่จะมีการทำข้อตกลงยกเว้นมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสำหรับผู้จำนองที่เป็นบุคคลภายนอกนั้น โดยหลักผู้รับจำนองไม่สามารถเรียกส่วนที่ขาดได้เช่นกัน

<sup>74</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>75</sup> มาตรา 52 วรรค 3 และวรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า “วรรค 3 ถ้าจำนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนหนี้ที่ค้างชำระเงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้ที่ผู้รับหลักประกันอาจเรียกร้องจากลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้ให้หลักประกันไม่ได้ วรรค 4 การใดที่แตกต่างจากความในมาตรานี้ตกเป็นโมฆะ”



หากมีการฝ่าฝืนจะตกเป็น โฆมะ เว้นแต่หนี้ประธานที่ผู้จ้างเองที่เป็นบุคคลภายนอกได้ทำสัญญาจ้างเองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ นั้น ลูกหนี้ชั้นต้นเป็นนิติบุคคลและผู้จ้างเองที่เป็นบุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการตามกฎหมาย หรือเป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการทำงานของผู้จ้างเองที่ชั้นต้นที่เป็นนิติบุคคลและผู้จ้างเองที่เป็นบุคคลภายนอกดังกล่าวได้ตกลงทำสัญญาค้ำประกันให้กับลูกหนี้ชั้นต้นตามสัญญาประธานด้วย<sup>76</sup> หากมีพฤติการณ์ครบถ้วนผู้จ้างเองที่เป็นบุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดได้

2. เอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ นอกจากจะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่สร้างขึ้นระหว่าง ผู้ให้หลักประกันกับเจ้าหนี้แล้ว สาระสำคัญอีกประการ คือ จะต้องมีการเอาทรัพย์สินมาวางไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตนเองหรือของบุคคลอื่นที่เป็นลูกหนี้ชั้นต้น ให้แก่เจ้าหนี้ในเมื่อเกิดเหตุการณ์ผิดนัดไม่ชำระหนี้ หรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาประธาน โดยในการนำทรัพย์สินมาตราเป็นประกันการชำระหนี้ต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน หากเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียน หรือเอกสารที่แสดงถึงสิทธิในทรัพย์สินต้องนำเอกสารสิทธิดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนโดยทะเบียนหรือเอกสารสิทธิต้องชอบด้วยกฎหมายและยังไม่ถูกเพิกถอน แต่หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนหรือเอกสารสิทธิให้ระบุประเภท ปริมาณ และมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวไว้ด้วย<sup>77</sup> แต่สำหรับการจำนองนั้นเมื่อทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ นั้นส่วนมากเป็นทรัพย์สินที่ต้องมีทะเบียนหรือเอกสารสิทธิ การจำนองจึงต้องนำเอกสารสิทธินั้นไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันเป็นประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนหรือเอกสารสิทธิย่อมไม่สามารถนำมาจำนองได้แต่ก็อาจนำไปจำนำได้ ดังนั้นสัญญาหลักประกันทางธุรกิจจึงได้กำหนดให้ทรัพย์สินหลายประเภทที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้อย่างกว้างเพื่อแก้ปัญหาข้อจำกัดของระบบกฎหมายหลักประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน

3. ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ เมื่อมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจและได้ดำเนินการจดทะเบียนเพื่อให้ทรัพย์สินผูกพันเป็นประกันการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้แล้ว ผู้ให้หลักประกันจะไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ได้ ในเรื่องนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของการจำนองอย่างชัดเจน เพราะการจำนองผู้จำนองจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ทำให้ผู้จำนองที่เป็นผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินของตนออกใช้ประโยชน์เพื่อหา

<sup>76</sup> มาตรา 721/1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>77</sup> มาตรา 18 (7) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

รายได้มาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ (NPLs) และส่งผลให้ธนาคารพาณิชย์ปล่อยสินเชื่อให้แก่บุคคลอื่นได้น้อยลง เพราะต้องกันเงินสำรองตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวเอาไว้อย่างการจำนำ<sup>78</sup> ข้อตกลงว่าจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจให้แก่ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้ก็สามารถทำได้ ข้อตกลงใช้บังคับได้และไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ขึ้นตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ แต่ผู้รับหลักประกันอาจจะต้องมีค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์สินดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น

4. ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ<sup>79</sup> หากมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว เมื่อหักเงินชำระกับค่าใช้จ่ายในการรักษาและสงวนทรัพย์สิน และหักค่าใช้จ่ายหรือค่าฤชาธรรมเนียมที่เกิดจากการบังคับหลักประกันแล้ว ให้นำเงินที่เหลือชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน<sup>80</sup> นอกจากนี้ หากภายหลังลูกหนี้ในหนี้ประจานหรือผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลภายนอกถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย<sup>81</sup> ซึ่งสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ อย่างเจ้าหนี้มีประกันได้หรือจะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้โดยไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ก็ได้แต่ต้องยินยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าว ซึ่งหากยื่นคำขอรับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายแล้ว ภายหลังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

### 2.3.3 บุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นคู่สัญญาในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นสัญญากล่าวถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ได้แก่ ผู้รับหลักประกัน และผู้ให้หลักประกัน โดยบุคคลทั้ง 2 ฝ่าย พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดคุณสมบัติในการเป็นคู่สัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

#### 2.3.3.1 ผู้รับหลักประกัน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจดังกล่าวแล้ว พบว่า ผู้รับหลักประกันไว้แต่เพียงนิติบุคคลที่เกี่ยวกับการเงินทั้งสิ้น โดยจากการศึกษาแนวคิดของ

<sup>78</sup> มาตรา 769 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>79</sup> มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>80</sup> มาตรา 52 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>81</sup> มาตรา 17 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ผู้รับหลักประกันในชั้นยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้เหตุผลไว้ว่า การให้หลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเป็นการให้หลักประกันโดยสืบเนื่องมาจากการขอสินเชื่อเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง การรับหลักประกันการชำระหนี้ของผู้รับหลักประกันจึงเป็นการให้สินเชื่อรูปแบบหนึ่งซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม จึงจำเป็นต้องจัดทำอย่างเป็นระบบและอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ดังนั้น จึงกำหนดผู้รับหลักประกันไว้เพียงแต่นิติบุคคลประเภทที่มีหน่วยงานของรัฐควบคุมดูแลในการประกอบกิจการเท่านั้น

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดนิติบุคคลที่จะสามารถเป็นผู้รับหลักประกันไว้ 2 ประเภท ได้แก่

1. นิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันประเภทสถาบันการเงิน อันได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน (Finance company) และบริษัทเครดิตฟองซิเออร์ บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย และธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น

2. นิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับหลักประกันตามที่กำหนดในกฎกระทรวง นอกจากผู้รับหลักประกันประเภทแรกแล้ว กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจยังรองรับให้สามารถออกกฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกันในอนาคตได้ ซึ่งในปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559 เพิ่มเติมนิติบุคคลที่ผู้รับหลักประกันไว้อีก 10 ประเภท ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องกับสินเชื่อแก่ประชาชน

เมื่อพิจารณากับแนวความคิด และหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ที่อาศัยเป็นหลักในการพัฒนาและยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พบว่า กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในแต่ละประเทศกำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างจำกัด เหมือนกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณากับร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่กระทรวงยุติธรรมเสนอต่อรัฐมนตรี ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะต้องเป็นนิติบุคคล ดังนี้ บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด และหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลที่มี

ลักษณะเช่นเดียวกันตามกฎหมายของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลที่มีกฎหมายไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ หรือนิติบุคคลที่ดำเนินการโดยรัฐบาลต่างประเทศ นิติบุคคลอื่นที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ องค์การของรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การที่จัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงระหว่างประเทศ และบุคคลอื่นที่กำหนดให้รัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>82</sup> เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม จะไม่ได้กำหนดเอาไว้ให้บุคคลธรรมดาสามารถเป็นผู้รับหลักประกันเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศก็ตาม แต่ก็ได้วางหลักการในเรื่องของนิติบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันไว้กว้างมากกว่าพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ด้วยประการนี้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยต้องการให้ผู้รับหลักประกันทางธุรกิจต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น

### 2.3.3.2 ผู้ให้หลักประกัน

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ให้หลักประกันเอาไว้โดยเฉพาะเหมือนกับกรณีของผู้รับหลักประกันซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ประชาชน โดยกฎหมายหลักประกันนี้ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้<sup>83</sup> ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันมีเพียงนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดเท่านั้น แต่ในส่วนนี้จะหลักการจะสอดคล้องกับกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ที่ได้บัญญัติคำนิยามของผู้ให้หลักประกันเอาไว้อย่างชัดเจนซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 3 ต่อไป ดังนั้น เพื่อให้หลักการทางกฎหมายในเรื่องของผู้ให้หลักประกันชัดเจน ผู้ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจึงได้มีการบัญญัติบุคคลที่จะเป็นผู้ให้หลักประกันเอาไว้ซึ่งเป็นการถือตามหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction

โดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่จะเป็นผู้ให้หลักประกันต้องเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งสิ้นซึ่งจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางแพ่ง อาทิเช่น ความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ คน

<sup>82</sup> ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม มาตรา 7

<sup>83</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

เสมือนไร้ความสามารถ หรือผู้ไร้ความสามารถ หรือนิติบุคคลจะนิติกรรมใดต้องแสดงเจตนาผ่านผู้แทนของนิติบุคคล เป็นต้น

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ผู้ให้หลักประกันจะต้องถูกจำกัดเฉพาะผู้ประกอบการธุรกิจหรือไม่ เนื่องจาก เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจต้องการให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวกยิ่งขึ้น เมื่อไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องการจำกัดให้เฉพาะผู้ประกอบการไว้เหมือนกับกรณีของผู้รับหลักประกันที่จำกัดไว้เฉพาะเพียงผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ประชาชน ดังนั้น ผู้ให้หลักประกันก็อาจนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันสำหรับการประกอบธุรกิจหรือหนี้ในครัวเรือนก็ได้

ในเรื่องผู้ให้หลักประกันกฎหมายได้เปิดกว้างให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล อาจตราทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของตนเอง หรืออาจตราทรัพย์สินของตนไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของบุคคลอื่นก็ได้<sup>84</sup> ทั้งนี้ เพราะต้องการให้การเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่ถูกต้องตามกฎหมายสามารถกระทำได้ง่ายขึ้น กฎหมายจึงไม่จำกัดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ให้หลักประกัน ดังนั้น หากในอนาคตสินทรัพย์ดิจิทัลถูกรับรองให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ก็จะไม่ปรากฏปัญหาที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้หลักประกันที่จะนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกัน อีกทั้งอาจนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันได้แม้กระทั่งหนี้ในครัวเรือน หรือหนี้ในการประกอบธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ให้หลักประกันจะนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่ต้องคำนึงในเรื่องข้อจำกัดของผู้รับหลักประกันว่าจะตกลงยินยอมรับสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจหรือไม่ด้วย

#### 2.3.4 ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดให้ผู้ให้ทรัพย์สินทุกประเภททั้งมีรูปร่าง และไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้เพื่อเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงิน หรือจากผู้ให้บริการสินเชื่อต่าง ๆ ได้ การจะเข้าใจว่าสิ่งใดบ้างที่จะเป็นทรัพย์สินจำเป็นต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งทรัพย์สินนั้นอาจจะเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือวัตถุไม่มีรูปร่างก็ได้ โดยวัตถุเหล่านั้นต้องมีมูลค่าหรือคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวของวัตถุนั้นเอง แม้ในอนาคตมูลค่าหรือคุณค่าของมันจะลดน้อยถอยลงไปก็ตาม อีกทั้ง วัตถุนั้นต้องสามารถยึดถือเอาเป็นกรรมสิทธิ์ของตนได้ในทางกฎหมาย หากหลักการครบถ้วนตามกฎหมายก็ย่อมมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายทั้งสิ้น เมื่อพิจารณากับลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลจะพบว่า สินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ก็มีลักษณะเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่ได้รับการยอมรับจากมนุษย์โลกให้มีมูลค่าและ

<sup>84</sup> มาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

คุณค่าในทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง และด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบันมนุษย์สามารถยึดถือกรอบกรงสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นกรรมสิทธิ์ของตนได้ด้วยจัดเก็บไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล สินทรัพย์ดิจิทัลจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 2.2.1 จึงขอวิเคราะห์ไว้เพียงแต่พอสังเขป

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจไม่ได้กำหนดให้ทรัพย์สินทุกประเภทสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ คงมีเพียงทรัพย์สินบางประเภทซึ่งแบ่งแยกได้<sup>85</sup> ดังนี้

1. กิจการ ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งผู้ให้หลักประกันอาจโอนบรรดาทรัพย์สิน และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นในลักษณะที่ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ทันที เช่น ที่ดิน อาคาร รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร เครื่องใช้ไฟฟ้า ที่ใช้ในการประกอบกิจการ เป็นต้น

ส่วนกิจการในความหมายทั่วไปตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง การงานที่ประกอบการ ชุระ<sup>86</sup>

จากที่กล่าวไปข้างต้น กิจการที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ย่อมหมายถึง การดำเนินการธุรกิจทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นธุรกิจโครงการขนาดใหญ่ หรือเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวย่อมต้องมีทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ สหกรณ์ทรัพย์ชนิดพิเศษ สหกรณ์ทรัพย์ ใช้ในการประกอบธุรกิจ เช่น ที่ดิน อาคาร รถยนต์ รถบรรทุก อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร เครื่องใช้ไฟฟ้า เป็นต้น รวมถึงสิทธิต่าง ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ประทานบัตร สัมปทาน แฟรนไชส์ (Franchise) เป็นต้น<sup>87</sup> โดยมีได้รวมถึงนี้ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิดังกล่าวที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการธุรกิจ อีกทั้ง กิจการที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้จึงต้องเป็นธุรกิจที่ดำเนินการอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา เพราะ หากมีการบังคับหลักประกันจะต้องมีการโอนธุรกิจทั้งหมดให้แก่ผู้รับโอนหรือผู้ซื้อธุรกิจ และบุคคลดังกล่าวต้องสามารถดำเนินธุรกิจดังกล่าวต่อไปได้ในทันที

<sup>85</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>86</sup> พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

<sup>87</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 736/2545,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/news/news45.pdf>, น. 8.

2. สิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้และสิทธิอื่น ๆ แต่ไม่หมายความรวมถึง สิทธิที่มีตราสาร เช่น การนำสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ทางการค้ามาเป็น หลักประกันได้ หรือการนำสิทธิในบัญชีเงินฝากที่มีอยู่กับธนาคารพาณิชย์มาเป็นหลักประกัน เป็นต้น

3. สั่งห้ามทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน หมุนเวียน เช่น เครื่องจักร สินค้าคงคลัง หรือวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตสินค้า หรือสินค้าที่ผลิตสำเร็จ แต่อยู่ในระหว่างรอการจำหน่าย เครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบกิจการ เป็นต้น

4. อสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดิน อาคารที่ตั้งบนที่ดิน เฉพาะกรณีให้ผู้ให้หลักประกัน ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรง เช่น ผู้ประกอบกิจการหมู่บ้านจัดสรร อาคารชุด เป็นต้น

5. ทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ผลงานอันเกิดจากการประดิษฐ์ คิดค้น หรือการ สร้างสรรค์ของมนุษย์ ซึ่งเน้นที่ผลผลิตของสติปัญญาและความชำนาญ โดยไม่จำกัดชนิดของการ สร้างสรรค์หรือวิธีการแสดงออกในรูปแบบของสิ่งที่จับต้องได้ เช่น สินค้า หรือรูปแบบของสิ่งที่จับ ต้องไม่ได้ เช่น สูตร กรรมวิธีการผลิต

6. กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้เปิด ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ๆ ทรัพย์สินอื่น . ที่กฎหมายยังมีได้บัญญัติครอบคลุมถึง ช่องไว้สำหรับทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจในอนาคต ออกกฎกระทรวงมาบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องหากเห็นสมควรก็สามารถเอาไว้งทำการแก้ไข พระราชบัญญัติซึ่งเป็นขั้นตอนที่ยุ่ยากมากกว่า โดยในปัจจุบันทรัพย์สินอื่น ๆ ตามที่กำหนดใน กฎกระทรวงมีเพียงไม่กี่ชนิดซึ่งต้องเป็นไม้เนื้อแข็งขนาดใหญ่ โตเต็มที่สูงเกิน 5 เมตร มีอายุขัย ยืนยาวหลายปี<sup>88</sup>

โดยผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่ตนมีสิทธิอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะได้มาใน อนาคตตามสัญญาหรือนิติสัมพันธ์ใด ๆ มาใช้เป็นหลักประกันก็ได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันตามสัญญาหลักประกันจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกัน ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นแล้ว<sup>89</sup> หรือ ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใต้บังคับเงื่อนไขเช่นใดจะใช้ทรัพย์สิน นั้นเป็นหลักประกันภายใต้เงื่อนไขเช่นนั้นก็ได้อันได้ ซึ่งสิทธิของผู้รับหลักประกันย่อมต้องอยู่ภายใต้ เงื่อนไขเช่นนั้นด้วย<sup>90</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันมาเปรียบกับร่าง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่นำเสนอโดยกระทรวงยุติธรรม ที่ได้กำหนดให้ ทรัพย์สินไม่ว่าประเภทใดก็ตามทั้งที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและที่จะมีในอนาคตอาจใช้เป็น

<sup>88</sup> กฎกระทรวงกำหนดให้ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน พ.ศ. 2561

<sup>89</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>90</sup> มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักประกันตามพระราชบัญญัตินี้ได้ เว้นแต่ ทรัพย์สินจะใช้เป็นหลักประกันไม่ได้ ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ ยกเว้นหลักประกันที่เป็นกิจการซึ่งมีอสังหาริมทรัพย์รวมอยู่ด้วย ทรัพย์สินและสิทธิที่ยึดหรืออายัดไม่ได้ตามกฎหมายหรือไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งคดี ทรัพย์สินและสิทธิที่โอนกันไม่ได้ตามกฎหมาย รวมทั้งสิทธิที่โดยสภาพไม่เปิดช่องให้โอนกันได้ สิทธิที่มีตราสาร และเงิน<sup>91</sup> จะพบว่า ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมมีลักษณะที่เปิดกว้างมากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กล่าวคือ กฎหมายมิได้ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันไว้โดยเฉพาะ แต่จะใช้วิธีการกำหนดข้อยกเว้นของว่าทรัพย์สินใดบ้างที่ไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ จึงทำให้ทรัพย์สินไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างที่อาจมีอยู่ในแล้วในขณะที่ทำสัญญาหรืออาจจะมีขึ้นในอนาคตก็อาจนำมาใช้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ทั้งสิ้น ผู้เขียนเห็นบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมมีความสอดคล้องกับแนวความคิด และหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ที่เปิดช่องให้ทรัพย์สินทุกประเภทที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่จะมีขึ้นในอนาคตสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยไม่จำเป็นต้องรอการออกกฎหมายรับรองอีกในภายหลัง ดังนั้น บทบัญญัติกฎหมายที่ถูกนำเสนอโดยกระทรวงยุติธรรมจึงมีความสอดคล้องตรงตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนให้แก่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมมากกว่า บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ด้วยเหตุนี้ หากเป็นบทบัญญัติกฎหมายแห่งร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ หรือทรัพย์สินอื่นที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ทั้งสิ้น โดยไม่ต้องรอการตรากฎหมายออกมารับรองในภายหลัง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตขึ้นว่า ในปัจจุบันหากผู้ให้หลักประกันจะนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ซึ่งบัญญัติทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจไว้อย่างเฉพาะเจาะจงแล้ว สินทรัพย์ดิจิทัลจะสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้หรือไม่ ผู้เขียนจะยกขึ้นเป็นประเด็นเพื่อวิเคราะห์ในบทที่ 4

<sup>91</sup> ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม มาตรา 8



### 2.3.5 แบบของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

การทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจกฎหมายได้กำหนดให้คู่สัญญาต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา และหากจะให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีผลใช้บังคับกับบุคคลภายนอกได้จะต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน<sup>92</sup> เมื่อพิจารณากับหลักกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม ได้กำหนดให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดให้ครบถ้วน มิฉะนั้นตกเป็นโมฆะ โดยสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะยกขึ้นอ้างกับบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อจดทะเบียนให้หลักประกันต่อเจ้าหน้าที่<sup>93</sup> จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ในเรื่องแบบสัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีความคล้ายคลึงกัน โดยกำหนดให้คู่สัญญาต้องทำเป็นสัญญาหลักประกันเป็นหนังสือ และจะสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อจดทะเบียนหรือจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ แต่ในส่วนที่แตกต่างกันคงเป็นเรื่องผลแห่งการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย เนื่องจาก พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนเอาไว้

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า การฝ่าฝืนไม่ทำตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดไม่มีผลให้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้เขียนขอให้เหตุผลไว้ ดังนี้ ประการแรก ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งของกฎหมายไทยตามหลักกฎหมาย *numerus clausus* ที่กำหนดไว้ว่า จำนวนและเนื้อหาของทรัพย์สินถูกจำกัดโดยกฎหมาย<sup>94</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 ที่บัญญัติไว้ว่า ทรัพย์สินทั้งหลายนั้นย่อมก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น จึงทำให้สิทธิใดจะมีลักษณะเป็นทรัพย์สินต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดแห่งเนื้อหาเอาไว้ อาทิเช่น สิทธิจำนองและสิทธิจำนำ แม้จะไม่ใช่ทรัพย์สินที่ถูกบัญญัติเอาไว้ในบรรพ 4 “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับทรัพย์สินประเภทอื่น แต่สิทธิจำนองและสิทธิจำนำก็เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งผู้ทรงทรัพย์สินจำนองและสิทธิจำนำย่อมสามารถใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อยันต่อบุคคลได้เป็นการทั่วไป หรือที่เรียกว่า สิทธิเด็ดขาด (*absolute right*) ได้ ดังจะเห็นได้จากสิทธิของผู้รับจำนองและผู้รับจำนำซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สิน

<sup>92</sup> มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>93</sup> ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรม มาตรา 8

<sup>94</sup> อานนท์ มาเม้า, “กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป,” *อั่งแล้ว เจริญธรรมที่ 63*, น. 106.

ที่จ้างและจ้างมาได้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ และหากภายหลังผู้จ้างหรือผู้จ้างมาได้ถูกศาลมีคำสั่ง พิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ผู้รับจ้างและผู้รับจ้างย่อมสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มี ประกันและมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จ้างและจ้างมาได้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เมื่อ พิจารณากับสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจก็มีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิจ้าง และสิทธิจำนำซึ่งปรากฏจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับ ชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ<sup>95</sup> และหากภายหลังลูกหนี้ในหนี้ ประชานหรือผู้ให้หลักประกันที่เป็นบุคคลภายนอกถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เจ้าหนี้ผู้รับ หลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมเป็นเจ้าหนี้มี ประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย<sup>96</sup> ซึ่งสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้มีประกัน ได้ และมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจจึงมี ลักษณะเป็นทรัพย์สินเช่นเดียวกับสิทธิจ้างและสิทธิจำนำ ผู้เขียนจึงขอสรุปว่า การฝ่าฝืนไม่ ปฏิบัติตามกฎหมายโดยการทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อสัญญาทั้งสองฝ่าย และจดทะเบียนต่อเจ้า พนักงานทะเบียน มีผลก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญาในฐานะบุคคล สิทธิระหว่างกันแล้ว การไม่ทำเป็นหนังสืออาจมีผลในแง่เรื่องเอกสารที่จะนำมาใช้เป็นหลักฐาน เท่านั้น เนื่องจาก กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนไม่ทำเป็นหนังสือเอาไว้ ส่วนในเรื่องการ จดทะเบียนเมื่อการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจมีลักษณะเป็นการสร้างสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ เป็นหลักประกันอันเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินโดยนิติกรรมอย่างหนึ่ง เมื่อไม่จดทะเบียนต่อเจ้า พนักงานทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินที่จะใช้ยื่นกับ บุคคลภายนอก และไม่ก่อให้เกิดสิทธิเป็นเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายเท่านั้น ทั้งนี้ตาม มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามมาตรา 17 วรรคสอง แห่ง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

โดยการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้ กำหนดให้มีสำนักงานทะเบียนหลักประกันทางธุรกิจขึ้นในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ทำหน้าที่รับจด ทะเบียน แก้ไขรายการจดทะเบียนและยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ รวมทั้ง ต้องจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนและข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับใบอนุญาตเพื่อให้ประชาชน เข้าตรวจสอบได้<sup>97</sup> โดยมีอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นเจ้าพนักงานทะเบียนตามกฎหมาย

<sup>95</sup> มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>96</sup> มาตรา 17 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>97</sup> มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักประกันทางธุรกิจนี้<sup>98</sup> ซึ่งมีอำนาจจับจดทะเบียน แก่ใบรายการจดทะเบียน หรือยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตามข้อมูลที่ได้รับแจ้งจากผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียน แต่หากข้อมูลที่ได้รับแจ้งจากผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียนมีรายการไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าพนักงานทะเบียนมีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน แก่ใบรายการจดทะเบียน หรือยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกันทางธุรกิจก็ได้<sup>99</sup> เมื่อรับจดทะเบียนแล้วหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนเจ้าพนักงานทะเบียนต้องแจ้งให้นายทะเบียนและเจ้าหน้าที่อื่น ซึ่งมีบริบทสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ปรากฏรายชื่อในหลักฐานทางทะเบียนทราบถึงการจดทะเบียน<sup>100</sup>

รายการจดทะเบียนจะต้องระบุให้ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น วันเดือนปี และเวลาที่จดทะเบียน ชื่อและที่อยู่ของลูกหนี้และผู้ให้หลักประกัน ชื่อและที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน หน้าที่กำหนดให้มีการประกันการชำระ รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ฯลฯ เป็นต้น<sup>101</sup>

ผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าให้บุคคลใดเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางทะเบียนโดยเฉพาะ ซึ่งโดยหลักแล้วผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ดำเนินการจดทะเบียน<sup>102</sup> เช่น กรณีการก่อตั้งสัญญาหลักประกัน หรือยกเลิกการจดทะเบียนสัญญาหลักประกัน หรือกรณีที่ได้ทรัพย์สินอื่นมาแทนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น แต่ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงแก่ใบรายการจดทะเบียน หรือกรณีที่รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนแปลงไปจากที่จดทะเบียนตามที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ หรือกรณีที่มีการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันรวมเข้ากับทรัพย์สินของบุคคลอื่นจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ ผู้รับหลักประกันโดยความยินยอมของผู้ให้หลักประกันอาจเป็นผู้ดำเนินการขอแก้ไขรายการจดทะเบียนก็ได้ หากผู้รับหลักประกันมิได้ดำเนินการขอแก้ไขรายการจดทะเบียนจะยกเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลงขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้<sup>103</sup> นอกจากนั้นในกรณีที่มีการ

<sup>98</sup> มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>99</sup> มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>100</sup> มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>101</sup> มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>102</sup> มาตรา 17 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>103</sup> มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการบังคับหลักประกันหรือเมื่อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิให้ผู้รับหลักประกันเป็นผู้ดำเนินการขอยกเลิกการจดทะเบียน<sup>104</sup>

ดังนั้น ในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจหากคู่สัญญาต้องการให้ทรัพย์สินเหนือสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจเพื่อให้สามารถใช้นับกับบุคคลภายนอก และก่อให้เกิดสิทธิในทางกฎหมายคู่สัญญาจะต้องมีการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ และต้องมีการจดทะเบียนโดยผู้รับหลักประกันจะต้องระบุรายละเอียด ได้แก่ ประเภททรัพย์สิน ส่วนรายการอื่น ๆ ที่ผู้รับหลักประกันสามารถระบุลงไปได้ เช่น รายละเอียดของสินทรัพย์ดิจิทัลแต่ละประเภท จำนวนสินทรัพย์ดิจิทัล หน่วย วันเดือนปีที่ได้รับทรัพย์สินมา และรายละเอียดอื่น ๆ เพื่อความชัดเจนซึ่งอาจเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการหรือบังคับหลักประกัน เช่น รายละเอียดของสัญญาอัจฉริยะที่ใช้กับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน หรือรายละเอียดของกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่จัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะยกขึ้นกล่าวไว้เป็นข้อเสนอในบทที่ 4.3 เป็นต้น ในการจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียน

### 2.3.6 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ในส่วนสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันที่เกี่ยวข้องกับการนำไปใช้ในการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไปเท่านั้น

สิทธิของผู้ให้หลักประกันที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย ได้แก่ สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งมีสิทธิครอบครอง ใช้น้อย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน และจำนองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักประกัน ใช้ในการผลิต นำไปรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่นที่ใช้สลับไปในกรณีที่การครอบครองเพื่อการใช้สลับเปลี่ยน และมีสิทธิได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจยังคงเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้<sup>105</sup> เช่น กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่ผู้รับหลักประกัน เป็นต้น จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สิทธิของผู้ให้หลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจมีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิของผู้จำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ผู้ให้หลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และผู้จำนองตามสัญญาจำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ส่งผลให้ผู้ให้หลักประกันและผู้จำนองยังคงสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่เป็น

<sup>104</sup> มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>105</sup> มาตรา 22 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักประกันต่อไปเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจต่อไปได้ แต่คู่สัญญาตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจและสัญญาจำนองสามารถตกลงให้ผู้ให้หลักประกันและผู้จำนองส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินทุกประเภทมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับเจ้าหนี้โดยที่ผู้ประกอบธุรกิจยังคงนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาใช้ประกอบธุรกิจของตนได้อันเป็นการแก้ไขข้อจำกัดของการจำนำและการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปในคราวเดียวกัน อีกทั้ง ยังสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ซึ่งผู้เขียนจะได้ยกขึ้นวิเคราะห์อีกครั้งในบทต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องดังกล่าวมีข้อสังเกตในส่วนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ผู้สัญญาสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ โดยตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ผู้สัญญาสามารถตกลงเกี่ยวกับสิทธิของผู้รับหลักประกันในเรื่องนี้ให้เป็นอย่างอื่นได้ แต่ตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 736/2545 นั้น มีหลักการที่กำหนดให้ผู้สัญญาไม่อาจตกลงเกี่ยวกับสิทธิของผู้ให้หลักประกันให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ หากฝ่าฝืนจะมีผลให้ข้อตกลงตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกามีความมุ่งหมายให้ผู้ให้หลักประกันยังคงใช้สอยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการประกอบกิจการของตนได้ แม้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นจะตกอยู่ภายใต้สัญญาหลักประกันทางธุรกิจก็ตาม<sup>106</sup> ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายของร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... ที่เสนอโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 736/2545 ในส่วนของการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันก็มีหลักการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศที่ใช้เป็นแม่แบบในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เช่นเดียวกัน แต่ในส่วน of ข้อตกลงกำหนดสิทธิของผู้ให้หลักประกันจะมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่เคร่งครัดมากกว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจึงได้มีการปรับแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวโดย

<sup>106</sup> นาวัน มั่นไสย, “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณีสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 60.

กำหนดให้ผู้สัญญาสามารถตกลงเกี่ยวกับสิทธิของผู้ให้หลักประกันได้ เนื่องจาก การกำหนดอย่างเคร่งครัดอาจทำให้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไม่ถูกบังคับใช้จากสถาบันการเงิน หรือเจ้าหน้าที่ในทางปฏิบัติ ซึ่งส่งผลให้กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไม่อาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ การผ่อนปรนบรรพตบัญญัติกฎหมายดังกล่าวโดยการให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจะช่วยให้บรรลุเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้

ทั้งนี้ การใช้ประโยชน์เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันย่อมไม่รวมไปถึงการนำทรัพย์สินนั้น ไปจำนำ เพราะ การนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวไว้ในความครอบครองของบุคคลอื่นหรือผู้รับจำนำ จึงเป็นการขัดกับสภาพขัดกับสภาพที่ต้องใช้สอยทรัพย์สินในการประกอบธุรกิจ การนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจไปจำนำจึงแสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตของผู้ให้หลักประกันอันมีลักษณะเป็นการฉ้อฉลผู้รับหลักประกัน ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนนำไปจำนำต่อบุคคลอื่นกฎหมายจึงกำหนดในนิติกรรมดังกล่าวมีผลตกเป็นโมฆะ<sup>107</sup>

หน้าที่ของผู้ให้หลักประกันที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย ได้แก่ หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพะเช่นนั้น และต้องบำรุงรักษา ทั้งซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย และหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ให้หลักประกันจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายในกรณีที่ทรัพย์สินเป็นหลักประกันสูญหายหรือเสื่อมราคา เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ให้หลักประกันต้องรับผิดชอบ<sup>108</sup>

ดังนั้น หากมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ ทำให้ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอนสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ และได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพะเช่นนั้น ประกอบกับลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในรูปแบบหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการบริหารจัดการไว้เหมือนกับกรณีของทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้อาจเกิดประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการดูแลสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทั้งจากฝ่าย

<sup>107</sup> มาตรา 22 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>108</sup> มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน แต่ด้วยบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้สัญญาสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้ ทำให้ผู้สัญญาอาจนำเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลมาใช้ในการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลได้ ซึ่งจะได้มีการวิเคราะห์และนำเสนออย่างละเอียดในบทที่ 4

### 2.3.7 การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน

ในกรณีที่มีการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้ให้อิสระแก่คู่สัญญาในการตกลงกันเพื่อกำหนดเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเป็นประการใดก็ได้ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>109</sup> โดยเหตุบังคับหลักประกันได้แก่ เหตุผิดนัดชำระหนี้อื่นจะทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ เป็นต้น ซึ่งในการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจครั้งที่ 13/2556 วันที่ 6 พฤศจิกายน 2556 ได้มีการเสนอให้การกำหนดเหตุบังคับหลักประกันของคู่สัญญาจะกระทำได้เพียงเท่าที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ อันมีลักษณะเป็นการตัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาออกไป แต่ในท้ายที่สุดก็ไม่ได้มีมติให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจส่วนใหญ่เห็นควรให้เป็นอิสระแก่คู่สัญญาที่จะตกลงกัน ประกอบกับศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าเหตุบังคับหลักประกันที่คู่สัญญากำหนดไว้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่อยู่แล้ว<sup>110</sup> การที่กฎหมายกำหนดให้เรื่องเหตุบังคับหลักประกันเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาย่อมเป็นผลดีสำหรับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลอย่างยิ่ง เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลยังเป็นทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่ในทางกฎหมาย ทำให้บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ครอบคลุมในอีกหลายประเด็น โดยในปัจจุบันบทบัญญัติกฎหมายส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลและควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเท่านั้น ซึ่งหากเปรียบเทียบกับทรัพย์สินทางปัญญาจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญามีกล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ ไว้หลากหลายมากกว่า ดังนั้น สินทรัพย์ดิจิทัลในปัจจุบันจึงเป็นที่รับรู้ทางด้านเทคโนโลยีมากกว่าด้านกฎหมาย การที่กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้สัญญาให้อิสระในการกำหนดเหตุบังคับหลักประกันส่งผลให้ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันที่มีความรู้เกี่ยวกับ

<sup>109</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>110</sup> นาวิณ มั่นไสย, ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ : ศึกษากรณีสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 106*, น. 39.

สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถสร้างระบบบังคับหลักประกันที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็น  
 ธรรมต่อการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ  
 หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

สำหรับการบังคับหลักประกันพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้มีการสร้าง  
 ระบบในการบังคับหลักประกันเพื่อความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม โดยการกำหนดให้  
 ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินได้ด้วยตนเองอันเป็นการภาระของศาล  
 และเจ้าพนักงานบังคับคดี

วิธีการบังคับหลักประกันตามกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้จัดแบ่งไว้ 2 ประเภท  
 คือ การบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน และการบังคับหลักประกันที่เป็นกิจการ ซึ่งผู้เขียนจะ  
 กล่าวเฉพาะการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินเท่านั้น วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สิน  
 ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันไว้ 2 วิธี ได้แก่ 1. การจำหน่ายทรัพย์สินที่  
 เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ และ 2. การเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิซึ่ง  
 จะกล่าวต่อไป

เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามกฎหมาย หรือตามที่คู่สัญญาตกลงกันเอาไว้ และผู้รับ  
 หลักประกันได้มีการแจ้งเหตุบังคับหลักประกันเป็นหนังสือแล้ว ห้ามมิให้ผู้ให้หลักประกันจำหน่าย  
 ง่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้ทรัพย์สินที่เป็น  
 หลักประกันสูญหาย บุกสลาย เสื่อมค่า หรือเปลืองไปเปล่า ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้รับหลักประกันสามารถ  
 ดำเนินการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ โดยกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนด  
 วิธีการสำหรับการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินเอาไว้ 2 กรณี โดยแบ่งแยกมาจากพฤติการณ์  
 ของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสำคัญ ดังนี้

กรณีแรก การบังคับหลักประกันอันสืบเนื่องมาจากพฤติการณ์ของผู้ให้หลักประกัน  
 หรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็น  
 หลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำไปจำหน่าย วิธีการบังคับหลักประกันสำหรับกรณีนี้เป็น  
 ระบบหลักประกันที่ถูกสร้างขึ้นใหม่พร้อมกันกับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558  
 ซึ่งเป็นวิธีการบังคับหลักประกันที่แตกต่างจากการจำนอง และการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่ง  
 และพาณิชย์ โดยวิธีการนี้จะอาศัยการแสดงเจนา “ความยินยอม” ของผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือ  
 ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากผู้รับหลักประกันได้รับความยินยอมส่งมอบ  
 การครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำไปจำหน่ายแล้ว ผู้รับ  
 หลักประกันสามารถใช้บังคับหลักประกันได้เองโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาล เนื่องจาก กรณีนี้ผู้รับ  
 หลักประกันไม่ได้ถูกโต้แย้งสิทธิจากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินจึงไม่มีความจำเป็นต้อง



ไปดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับหลักประกันอีก ด้วยเหตุนี้ การบังคับหลักประกันในกรณีนี้ จึงมีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน

เมื่อผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและมีหนังสือยินยอมให้นำไปจำหน่าย ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายแก่ผู้รับหลักประกันในฐานะเป็นผู้มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน 3 ประการดังนี้ ประการแรก ผู้รับหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้สามัญ<sup>111</sup> รวมทั้งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลด้วย หากเจ้าหนี้ประสงค์จะได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะต้องมีหนังสือแจ้งไปยังผู้รับหลักประกันเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินนั้น ประการสอง ผู้รับหลักประกันสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อบังคับหลักประกันได้ทันที ด้วยวิธีการที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>112</sup> แต่ก่อนที่จะบังคับหลักประกันผู้รับหลักประกัน มีหน้าที่รักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่อยู่ในความครอบครองของตนให้ปลอดภัยและต้องสงวนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง<sup>113</sup> และต้องส่งหนังสือแจ้งให้แก่ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันเพื่อให้บุคคลดังกล่าวมาชำระหนี้ให้แก่ตนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อน และต้องระงับผลของการฝ่าฝืนไม่ชำระหนี้ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย โดยหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสิทธิเรียกร้องต้องมีหนังสือแจ้งเหตุบังคับหลักประกันไปยังลูกหนี้แห่งสิทธินั้นด้วย นอกจากนั้น ผู้รับหลักประกันต้องส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวให้แก่ผู้รับหลักประกันรายอื่น และเจ้าหนี้ซึ่งมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามที่ปรากฏในหลักฐานทางทะเบียน<sup>114</sup> ประการสุดท้าย ผู้รับหลักประกันมีสิทธิบังคับหลักประกัน 2 ทาง ได้แก่ การจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ โดยผู้รับหลักประกันต้องจำหน่ายด้วยวิธีการประมูลโดยเปิดเผย และต้องแจ้งการจำหน่ายดังกล่าวให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทราบล่วงหน้าก่อนวันจำหน่ายหลักประกันตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด<sup>115</sup> และการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วยการหลุดเป็นสิทธิ วิธีการนี้จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้ให้

<sup>111</sup> มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>112</sup> มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>113</sup> มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>114</sup> มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>115</sup> มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักประกัน ไม่มีหนังสือค้ำค้ำ และมิหนึ่ประธานค้ำชำระอันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน<sup>116</sup>

กรณีสอง การบังคับหลักประกันอันสืบเนื่องมาจากพฤติการณ์ของผู้ให้หลักประกัน หรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครอง เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจมีวัตถุประสงค์ประสงค์เพื่อให้ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ ในบางกรณีอาจมีผู้ให้หลักประกันที่ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อนำไปบังคับหลักประกัน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจึงเล็งเห็นว่าเหตุการณ์ดังกล่าวอาจเกิดขึ้น จึงได้กำหนดวิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเอาไว้อีกทาง โดยหากมีพฤติการณ์ตามที่กล่าวไปเกิดขึ้น ถือได้ว่า ผู้รับหลักประกันถูกโต้แย้งสิทธิ และเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจแก่ผู้รับหลักประกันในการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำมาชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง ผู้รับหลักประกันจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล<sup>117</sup> เพื่อให้มีคำพิพากษาบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าวผู้รับหลักประกันอาจต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิด หรืออาจรับผิดชอบในทางอาญาได้

เมื่อผู้รับหลักประกันถูกโต้แย้งสิทธิอันเนื่องมาจากผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครอง ผู้รับหลักประกันต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มุลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลหรือต่อศาลที่ผู้รับหลักประกันมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล<sup>118</sup> และต้องระบุไว้ในคำร้องด้วยว่า ต้องการบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้<sup>119</sup> ซึ่งในการพิจารณาคดีคู่ความและศาลต้องกระทำโดยเร็ว โดยให้นำบทบัญญัติในเรื่องการขาคัดพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ โดยอนุโลม<sup>120</sup> และห้ามไม่ให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับหลักประกันตามวิธีการที่ผู้รับหลักประกันร้องขอ เว้นแต่จะรับฟังได้ว่ามีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุบังคับหลักประกันที่ผู้รับหลักประกันยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยหากวิธีการที่ผู้รับ

<sup>116</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>117</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

<sup>118</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4

<sup>119</sup> มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

<sup>120</sup> มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

หลักประกันร้องเป็นการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ ศาลจะมีพิพากษาได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ ลูกหนี้มีหนี้ค้างชำระอันเป็นต้นเงินเท่ากับหรือมากกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และไม่มีหลักประกันรายอื่นหรือบุริมสิทธิอื่นอันจดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน นอกจากนั้น หากคู่สัญญาไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าวให้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการทูลเกล้าการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลขึ้นต้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่การอุทธรณ์โดยอนุโลม โดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดจะฎีกาต่อไปไม่ได้<sup>121</sup>

สำหรับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่า จะต้องใช้วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามที่กล่าวไปข้างต้น แต่ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้การใช้สอยจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันกระทำได้ง่าย แต่การตรวจสอบ และระบุตัวตนของบุคคลผู้รับโอน หรือผู้ยึดถือสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันกระทำได้ยากอย่างมาก อีกทั้งสินทรัพย์ดิจิทัลยังมีความเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีบล็อกเชนจนแยกออกจากกันไม่ได้ จึงทำให้การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลมีความยุ่งยากมากกว่าทรัพย์สินอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้ วิธีการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน ซึ่งผู้เขียนจะหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นอ้างและวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

<sup>121</sup> มาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

### บทที่ 3

## กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจและสินทรัพย์ดิจิทัลในต่างประเทศ

ในการพัฒนาและยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย ได้อาศัยแนวความคิด และหลักกฎหมายมาจากกฎหมายหลักประกันหนี้ของประเทศอื่น ๆ ซึ่งได้พัฒนาและใช้มาก่อน เช่น กฎหมายที่ว่าด้วยหลักประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เรียกว่า Uniform Commercial Code (UCC) Article 9 ซึ่งเป็นเรื่อง Secured Transaction หรือหลักการทั่วไปในเรื่องหลักประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ซึ่งถูกใช้มาเป็นระยะเวลานาน และเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวกับการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ของประเทศสหราชอาณาจักร หรือ กฎหมายหลักประกันหนี้ในระดับระหว่างประเทศก็ได้ถูกพัฒนาขึ้นโดย คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) เพื่อเป็นแนวทางการร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจภายในของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions ดังนั้น ในบทนี้จะเป็นการเปรียบเทียบหลักกฎหมายดังกล่าวกับพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยเพื่อแสดงให้เห็นถึงประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

ส่วนในเรื่องสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาวิเคราะห์ว่าสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้หรือไม่นั้น งานวิจัยนี้ได้มีการกล่าวถึงความหมายและลักษณะทางกายภาพ การจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัล เทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังสินทรัพย์ดิจิทัล รวมทั้งสถานะความเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัล ในระดับสากลและตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ในบทก่อนหน้าไปแล้ว ซึ่งในบทนี้จะเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอื่น ๆ อาทิ หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเรียกว่า US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และตัวบทกฎหมาย Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น ในเรื่องความหมายและประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัลที่กฎหมายดังกล่าวรับรองให้นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ สถานะความเป็นทรัพย์สินตามหลักกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ วิธีการและขั้นตอนการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกัน ตลอดจนการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทั้งนี้เพื่อให้ทราบว่าสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมา

เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้หรือไม่ อย่างไร และจะนำไปวิเคราะห์กับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้ในส่วนต่อ ๆ ไป

### 3.1 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)

สำหรับคู่มือกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศก็ได้ถูกพัฒนาขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ซึ่งมีชื่อเรียกว่า The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions โดยได้รับรองจากที่ประชุมสมัชชาเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2008 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประเทศต่าง ๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายหลักประกันที่มีประสิทธิภาพ หรือช่วยเหลือประเทศที่มีกฎหมายหลักประกันอยู่แล้ว แต่ต้องการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ในหลักประกันเพื่อให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศอื่น โดยคู่มือนี้จะมีคำอธิบายและคำแนะนำทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาทั้งหมดที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ในหลักประกัน เช่น สัมหาริมทรัพย์ทุกประเภท (movable asset) ทรัพย์สินที่มีตัวตนหรือไม่มีตัวตน รวมถึงสินค้าคงคลัง อุปกรณ์ของลูกหนี้ เลตเตอร์ออฟเครดิต บัญชีธนาคาร ตราสารที่เปลี่ยนมือได้ เอกสารสิทธิที่เปลี่ยนมือได้ และทรัพย์สินทางปัญญา โดยข้อตกลงเรื่องสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินหลักประกันที่สร้างขึ้นหรือการปฏิบัติตามข้อผูกพันจะไม่คำนึงถึงรูปแบบของการทำนิติกรรมระหว่างคู่สัญญา ตลอดจนการจดทะเบียนจดทะเบียนต่อสาธารณะเพื่อให้ทราบถึงสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันแก่บุคคลที่สาม นอกจากนี้ยังเป็นตัวช่วยส่งเสริมการพัฒนาและการเติบโตของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมภายในประเทศต่าง ๆ ด้วย

#### 3.1.1 ลักษณะของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ลักษณะกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions มีดังนี้<sup>243</sup>

(1) กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจต้องส่งเสริมธุรกิจสินเชื่อรายย่อย (low-cost credit) โดยการเตรียมความพร้อมในเรื่องของสินเชื่อที่มีหลักประกัน เพื่อให้ลูกหนี้สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากผู้ให้สินเชื่อรายย่อยได้ ซึ่งผลประโยชน์ก็จะตกแก่เศรษฐกิจของประเทศ

<sup>243</sup> United Nations, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction (2007), Retrieved 9January 29 ,2021, from [https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions)

(2) ลูกหนี้สามารถใช้มูลค่าในทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่ในการนำเป็นหลักประกัน การชำระหนี้ โดยกฎหมายหลักประกันควรอนุญาตให้ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิประโยชน์ที่มีอยู่ใน ทรัพย์สินของตนได้อย่างเต็มที่เพื่อให้มาได้มาซึ่งสินเชื่อ กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจจึงควร ใช้ได้กับลูกหนี้ทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล รวมทั้งต้องอนุญาตให้นำ ทรัพย์สินหลากหลายประเภททั้งที่ตัวตนทางกายภาพและไม่มีตัวตนทางกายภาพ ซึ่งลูกหนี้มี กรรมสิทธิ์อยู่ในปัจจุบันหรือจะได้อำนาจในอนาคตด้วย นอกจากนั้นหนี้ในอนาคตที่มีเงื่อนไขเป็นหนี้ เงินหรือไม่ใช่หนี้เงิน กฎหมายหลักประกันต้องกำหนดให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหรือจะได้อำนาจ เป็นหลักประกันในอนาคตสามารถนำมาเป็นประกันการชำระหนี้ของหนี้ในอนาคตได้

(3) คู่สัญญาจะต้องได้รับสิทธิในหลักประกันอย่างเรียบง่ายและมีประสิทธิภาพ เนื่องจาก จำนวนสินเชื่อที่จะได้รับนั้นจะขึ้นอยู่กับต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับการได้สิทธิในหลักประกัน ดังนั้น ระบบการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับหลักประกันการชำระหนี้ที่มีประสิทธิภาพจะสร้างขั้นตอนที่ มีความคล่องตัวสำหรับการได้มาซึ่งสิทธิในหลักประกัน เช่น การลดรูปแบบพิธีการให้น้อยที่สุด สร้างรูปแบบวิธีการสำหรับการสร้างสิทธิในหลักประกันให้มีครอบคลุมทรัพย์สินทุกประเภทและ เป็นรูปแบบเดียวกันแทนการใช้เครื่องมือหลักประกันสำหรับทรัพย์สินแต่ละประเภทจัดหาทั่วโลก ให้มีการสร้างสิทธิในหลักประกันสำหรับทรัพย์สินในอนาคตโดยไม่จำเป็นต้องมีเอกสารหรือ คำเนนการใด ๆ เพิ่มเติม เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จะทำให้ค่าใช้จ่ายในการทำนิติกรรมลดน้อยลง

(4) กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจต้องก่อให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมกันระหว่างผู้ ประกอบธุรกิจสินเชื่อทั้งหมด ซึ่งจะเป็นผลดีกับผู้บริโภค เนื่องจากจะทำให้ต้นทุนในการติดต่อขอ สินเชื่อของผู้บริโภคลดน้อยลง ดังนั้น ระบบการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับหลักประกันการชำระหนี้ที่มี ประสิทธิภาพต้องออกแบบมาเพื่อใช้กับผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อที่หลากหลายอย่างเท่าเทียมกัน

(5) กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจต้องมีความยืดหยุ่นให้กับคู่สัญญาในเรื่องของการ แสดงเจตนาทำข้อตกลงของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ข้อจำกัดทางกฎหมายที่ควบคุมเหตุแห่ง การผิดนัดหรือการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันควรมีให้น้อยที่สุด แต่อย่างไรก็ตามคู่สัญญา ควรคำนึงถึงกฎหมายภายในประเทศที่ประกาศใช้ เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายที่ เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

(6) กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจที่มีประสิทธิภาพไม่ควรสร้างภาระให้ลูกหนี้ผู้ให้ หลักประกันมากเกินไป กล่าวคือ ควรมีการกำหนดให้ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็น ประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน โดยลูกหนี้ยังคงสามารถใช้ทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันของตนต่อไปได้

(7) สิทธิในหลักประกันจะใช้ยื่นกับบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อได้มีการลงทะเบียนจดทะเบียนต่อสาธารณะ โดยระบบการลงทะเบียนดังกล่าวไม่จำเป็นต้องส่งมอบเอกสารฉบับสมบูรณ์เพื่อการตรวจสอบหรือการลงทะเบียนจริง ซึ่งผู้ที่ต้องการตรวจสอบสามารถติดต่อไปที่สำนักงานทะเบียนที่ทำหน้าที่รับลงทะเบียนได้ (Registry) นอกจากนี้ระบบการลงทะเบียนยังช่วยให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันหรือบุคคลภายนอกสามารถทราบถึงลำดับนิติกรรมที่ได้รับชำระหนี้ก่อนหลังได้

(8) กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจต้องสร้างระบบการบังคับหลักประกันที่มีประสิทธิภาพ โดยต้องมีการระบุถึงขั้นตอนที่อธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันเมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันเกิดขึ้น เพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายภายในประเทศจะอนุญาตให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ นอกเขตศาลภายใต้การควบคุมของทางศาลหรือทางหน่วยงานรัฐอื่นได้หรือไม่<sup>244</sup>

### 3.1.2 การก่อตั้งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับคู่มือกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions นั้น ได้ให้แนวทางว่าจะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติก่อนที่สิทธิในหลักประกันจะถูกสร้างขึ้นและมีผลบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งโครงสร้างพื้นฐานของการสร้างสิทธิในหลักประกันจะต้องมีการทำสัญญาหลักประกันระหว่างคู่สัญญา ต่อมา UNCITRAL ได้มีการจัดทำร่างกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ หรือ UNCITRAL Model Law on Secured Transaction<sup>245</sup> เพื่อเป็นต้นแบบการร่างกฎหมายหลักประกันให้แก่ประเทศต่าง ๆ ในกฎหมายต้นแบบดังกล่าวนี้ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของการสร้างสิทธิในหลักประกันเอาไว้ ดังนี้

(1) การสร้างสิทธิในหลักประกันสามารถเกิดขึ้นได้โดยการตกลงทำสัญญาหลักประกัน (สัญญาหลักประกัน (Security agreement) หมายถึง ข้อตกลงโดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้มีการจัดทำข้อตกลงที่เป็นสัญญาหลักประกันระหว่างผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันที่กำหนดไว้สำหรับการสร้างสิทธิในหลักประกันไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ และหมายถึง

<sup>244</sup> United Nations, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Retrieved January 29, 2021, from [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670\\_ebook-guide\\_09-04-10english.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf). P. 19 - 22.

<sup>245</sup> United Nations, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Retrieved January 29, 2021, from [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf).

ข้อตกลงที่กำหนดให้มีการโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งได้รับไว้โดยทันที<sup>246</sup>) โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ให้หลักประกัน (grantor) จะต้องมีสิทธิในทรัพย์สินที่ถูกผูกมัด หรือมีอำนาจในการสร้างภาระติดพัน (encumber) ให้แก่ทรัพย์สิน ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันมีสิทธิหรืออำนาจดังกล่าวในขณะที่ทำสัญญาหลักประกัน สิทธิในหลักประกันของผู้รับหลักประกันจะเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่มีการทำสัญญา แต่หากผู้ให้หลักประกันนำทรัพย์สินที่ตนอาจมีสิทธิในอนาคต หรือมีอำนาจในการสร้างภาระติดพันในอนาคตมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ สิทธิในหลักประกันจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้รับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือมีอำนาจในการสร้างภาระติดพันเหนือทรัพย์สินดังกล่าวแล้ว ดังนั้น สัญญาหลักประกันจึงอาจจัดทำขึ้นเพื่อสร้างสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตก็ได้

(2) แบบของสัญญา โดยแบบของสัญญาหลักประกันจะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้หลักประกัน และต้องมีรายละเอียดในสัญญาหลักประกัน ได้แก่

ก. ระบุตัวตนของผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกัน

ข. อธิบายถึงหนี้ที่มีหลักประกัน (หนี้ประธาน) และทรัพย์สินที่มีภาระติดพัน ที่ระบุไว้ในมาตรา 9 กล่าวคือ ต้องระบุถึงทรัพย์สินที่มีภาระติดพันและหนี้ประธานไว้ในสัญญาหลักประกันไว้อย่างชัดเจน คำอธิบายของทรัพย์สินที่มีภาระติดพันซึ่งอาจระบุว่าเป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันประกอบด้วยสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดอันเป็นการทั่วไปของผู้ให้หลักประกัน หรือระบุเป็นการเฉพาะเจาะจงก็ได้ และคำอธิบายของหนี้ที่มีหลักประกันซึ่งระบุว่าสิทธิในหลักประกันจะเป็นประกันหนี้ของเจ้าหนี้อย่างไรบ้างและเมื่อใด<sup>247</sup> เนื่องจาก สิทธิในหลักประกันอาจทำให้เกิดขึ้น

<sup>246</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 2 (jj) “Security right” means:

(i) A property right in a movable asset that is created by an agreement to secure payment or other performance of an obligation, regardless of whether the parties have denominated it as a security right, and regardless of the type of asset, the status of the grantor or secured creditor, or the nature of the secured obligation; and

(ii) The right of the transferee under an outright transfer of a receivable by agreement;

<sup>247</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 9. Description of encumbered assets and secured obligations

1. The encumbered assets and secured obligations must be described in the security agreement in a manner that reasonably allows their identification.

2.A description of encumbered assets that indicates that the encumbered assets consist of all the grantor’s movable assets, or of all the grantor’s movable assets within a generic category, satisfies the standard in paragraph 1.



เหนือหนี้ทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นหนี้ในปัจจุบันหรือในอนาคต หรือเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข

ค. ระบุจำนวนเงินสูงสุดที่อาจบังคับได้เมื่อผู้รับหลักประกันใช้สิทธิในหลักประกัน (วงเงินที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต้องผูกพัน) ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกในการขอสินเชื่อหรือการกู้ยืมเงินจากผู้รับหลักประกัน

ส่วนเนื้อหาที่สำคัญอื่น ๆ ของสัญญาหลักประกันจะอยู่ในบังคับของกฎหมายสัญญาทั่วไปซึ่งผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันสามารถตกลงประเด็นต่าง ๆ เช่น การตีความ ผลกระทบ การผิดสัญญาหรือการผิดนัด การหลีกเลี่ยง และการบังคับตามสัญญา เป็นต้น ได้อย่างอิสระตามหลัก freedom of contract แต่สำหรับหลักเกณฑ์บางอย่างที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้สิทธิต่อบุคคลที่สามซึ่งรัฐบาลของแต่ละประเทศได้กำหนดรายละเอียดเอาไว้เพื่อควบคุมการบังคับใช้และปกป้องสิทธิของผู้รับหลักประกันหรือบุคคลภายนอก คู่สัญญาไม่สามารถตกลงให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ประกาศกำหนดได้ หากคู่สัญญามีการทำข้อตกลงฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้อตกลงดังกล่าวจะใช้ได้เฉพาะในส่วนที่ให้ ความคุ้มครองและรักษาสิทธิของบุคคลภายนอกได้มากกว่าหลักเกณฑ์ที่ประกาศใช้<sup>248</sup>

นอกจากนั้นสัญญาหลักประกันอาจทำเป็นปากเปล่าก็ได้หากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ในครอบครองของตนเอง แต่เมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันต้องการใช้สิทธิในหลักประกันบังคับเอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะต้องนำสืบให้ศาลเห็นถึงเจตนาของผู้ให้หลักประกันว่าต้องการสร้างสิทธิในหลักประกันจริงหรือไม่ รวมถึงนำสืบถึงมูลหนี้ที่ตกลงนำทรัพย์สินมาเป็นประกันด้วย

### 3.1.3 คู่สัญญาในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับคู่มือกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions บุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันจะถูกเรียกว่า “เจ้าหนี้ที่มีหลักประกัน (Secured creditor)” ซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีสิทธิในหลักประกัน หรือบุคคลผู้รับโอนภายใต้การโอนหนี้ของบัญชีลูกหนี้ (Receivable) โดยสมบูรณ์ตามสัญญา โอนสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ บุคคลผู้รับโอนสิทธิในการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตรา (monetary obligation) โดยไม่รวมถึงสิทธิในการชำระหนี้ที่แสดงโดยตราสารที่เปลี่ยนมือได้ หรือสิทธิในการชำระเงินที่โอนเข้า

---

3. A description of secured obligations that indicates that the security right secures all obligations owed to the secured creditor at any time satisfies the standard in paragraph 1.

<sup>248</sup> United Nations, UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, supra note 123, P. 237 - 238.

บัญชีธนาคาร และสิทธิในการชำระหนี้ภายใต้หลักทรัพย์ที่ไม่ใช่หลักทรัพย์ที่นำเข้าบัญชีหลักทรัพย์ และสิทธิในหลักทรัพย์อันเป็นผลมาจากการให้สินเชื่อไปยังบัญชีหลักทรัพย์ (non-intermediated security)<sup>249</sup> เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจึงเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลหากมีความสามารถในการปล่อยสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้ได้ย่อมเป็นผู้รับหลักประกันได้

ส่วนผู้ให้หลักประกันนั้นตามกฎหมายจะถูกเรียกว่า ผู้ให้หลักประกัน (Grantor) ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่สร้างสิทธิในหลักประกันเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของตนเองหรือของบุคคลอื่น รวมถึงผู้ซื้อหรือผู้รับ โอนทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีภาระติดพันของสิทธิในหลักประกันผูกมัดกับทรัพย์สินนั้น ๆ อยู่ และผู้โอนภายใต้การโอนหนี้ของบัญชีลูกหนี้ (Receivable) โดยสมบูรณ์ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง<sup>250</sup>

และเมื่อคู่สัญญาหลักประกันได้มีการทำสัญญาหลักประกันและได้ดำเนินการจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนแล้ว สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและบุคคลภายนอกย่อมมีขึ้น ดังนี้

(1) สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ที่มีประกัน ย่อมเกิดและมีขึ้นจากข้อตกลง คำนิยามและเงื่อนไขที่ถูกกำหนดไว้ในสัญญา รวมถึงกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขโดยทั่วไปที่ถูกอ้างถึงในสัญญา ซึ่งผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะผูกพันกันตามข้อความที่ถูกกำหนดในสัญญา เว้นแต่ทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ให้ผูกพันและปฏิบัติตามนั้น นอกจากนี้กฎหมายยังได้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ประการอื่น ๆ ไว้ ดังนี้

<sup>249</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 2 Definitions and rules of interpretation

(ff) “Secured creditor” means:

- (i) A person that has a security right; and
- (ii) A transferee under an outright transfer of a receivable by agreement;

<sup>250</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 2 Definitions and rules of interpretation

(o) “Grantor” means:

- (i) A person that creates a security right to secure either its own obligation or that of another person;
- (ii) A buyer or other transferee of an encumbered asset that acquires its rights subject to a security right; and
- (iii) A transferor under an outright transfer of a receivable by agreement;

ก. ภาระหน้าที่ของผู้ให้หลักประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันที่ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้จะต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อรักษาทรัพย์สินดังกล่าว<sup>251</sup> หากเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสมสำหรับการเก็บรักษาทรัพย์สินที่เป็นประกัน และมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวอย่างเหมาะสมโดยรายได้หรือดอกผลที่ได้มาจากการใช้ประโยชน์สามารถนำไปใช้ชำระหนี้ในมูลหนี้ที่ทรัพย์สินนั้นเป็นประกันอยู่ได้ แต่หากเจ้าหนี้มีหลักประกันไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกันก็ยังคงมีสิทธิที่จะตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นประกันที่อยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกันได้

ข. ภาระหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในการส่งคืนทรัพย์สินที่เป็นประกัน เมื่อสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่เป็นประกันสิ้นสุดลง เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันที่ครอบครองทรัพย์สินจะต้องส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวคืนให้กับผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลที่ผู้ให้หลักประกันกำหนดไว้<sup>252</sup>

ค. สิทธิในการรับทราบข้อมูลของผู้ให้หลักประกัน ภายในระยะเวลาที่รัฐประกาศกำหนดหลังจากได้รับคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ให้หลักประกัน เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันที่นอกเหนือไปจากผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้จากสัญญาหลักประกันโดยสมบูรณ์ จะต้องส่งรายงานการเงินของมูลหนี้ที่มีหลักประกันในปัจจุบัน และคำอธิบายของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในปัจจุบัน ไปยังผู้ให้หลักประกันตามที่อยู่ที่ถูกระบุไว้ในคำร้องขอ โดยผู้ให้หลักประกันมีสิทธิยื่นคำร้องขอดังกล่าวได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการครั้งแรกภายในระยะเวลาที่รัฐประกาศกำหนด แต่ถ้าเป็นการยื่นคำร้องครั้งต่อไปเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันอาจเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามจำนวนที่รัฐประกาศกำหนด<sup>253</sup>

<sup>251</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 53 Obligation of the party in possession to exercise reasonable care

A grantor or secured creditor in possession of an encumbered asset must exercise reasonable care to preserve the asset.

<sup>252</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 54 Obligation of the secured creditor to return an encumbered asset

Upon extinguishment of a security right in an encumbered asset, a secured creditor in possession must return the asset to the grantor or deliver it to the person designated by the grantor.

<sup>253</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 56 Right of the grantor to obtain information

ง. สิทธิของผู้ให้หลักประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในการแจ้งให้ลูกหนี้ของ บัญชีลูกหนี้ (Receivable) ผู้ให้หลักประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันหรือทั้งสองฝ่ายอาจแจ้งให้ ลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ทราบถึงสิทธิในหลักประกันและคำสั่งในการชำระเงิน แต่หลังจากที่ลูกหนี้ ของบัญชีลูกหนี้ได้รับแจ้งสิทธิในหลักประกันแล้ว เฉพาะเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันเท่านั้นที่สามารถ ส่งคำสั่งในการชำระเงินให้แก่ลูกหนี้ได้ หากมีการแจ้งสิทธิในหลักประกันโดยฝ่ายอื่นข้อตกลง ระหว่างผู้ให้หลักประกันและเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะไม่มีผลตามวัตถุประสงค์ตามมาตรา 63 กล่าวคือ ไม่ถือว่าลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ได้รับแจ้งสิทธิในหลักประกันจึงไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ ตามมูลหนี้ที่ถูกระบุในบัญชีลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีหลักประกัน แต่ลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ยังคงชะ หนี้ให้กับผู้มีสิทธิรับชำระหนี้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ หรือสำนักงานสรรพสามิตฯ เพื่อปลดหนี้ของตนได้ แต่อย่างไรก็ตามการฝ่าฝืนดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อความรับผิดชอบของ คู่สัญญาสำหรับความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการละเมิด<sup>254</sup>

จ. สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ หากลูกหนี้ดังกล่าวได้มีการชำระหนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหนี้ของตนให้กับเจ้าหนี้ที่มีหลักประกัน หรือ ชำระหนี้ให้กับผู้ให้หลักประกัน หรือชำระหนี้ให้กับบุคคลอื่นซึ่งเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันมีบุริมสิทธิ

---

1. Within [a short period of time to be specified by the enacting State] after receipt of a written request by a grantor, a secured creditor other than a transferee under an outright transfer of a receivable by agreement must send to the grantor at the address specified in the request:

- (a) A statement of the obligation currently secured; and
- (b) A description of the assets currently encumbered.

2. The grantor is entitled without charge to one response to a request during [a period of time to be specified by the enacting State].

3. The secured creditor may require payment of a charge not exceeding [a nomi- nal amount to be specified by the enacting State] for each additional response.

<sup>254</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 58 Right of the grantor or the secured creditor to notify the debtor of the receivable

1. The grantor or the secured creditor or both may give the debtor of the receivable notification of the security right and a payment instruction, but after notification of the security right has been received by the debtor of the receivable only the secured creditor may send a payment instruction.

2. Notification of a security right in a receivable or payment instruction sent in breach of an agreement between the grantor and the secured creditor is not ineffective for the purposes of article 63, but nothing in this article affects any obligation or liability of the party in breach for any damages arising as a result of the breach.

เหนือกว่าบุคคลนั้น เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันมีสิทธิรับเงินที่ได้จากการชำระหนี้ และส่งมอบทรัพย์สินที่มีตัวตนใด ๆ คืนให้กับผู้ให้หลักประกันหรือบุคคลที่เกี่ยวกับลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เกินไปกว่ามูลค่าของสิทธิในบัญชีลูกหนี้<sup>255</sup>

(2) สิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอก การแข่งขันของสิทธิในหลักประกันที่ถูกสร้างขึ้น โดยผู้ให้หลักประกันคนเดียวกันในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันขึ้นเดียวกัน หรือผู้ให้หลักประกันต่างรายในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันขึ้นเดียวกันให้ปฏิบัติดังนี้

ก. ระหว่างสิทธิในหลักประกันที่มีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอก โดยการแจ้งจดทะเบียนในสำนักทะเบียน ลำดับบุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันจะถูกกำหนดโดยลำดับของการจดทะเบียนโดยไม่คำนึงถึงลำดับการสร้างสิทธิในหลักประกัน

ข. ระหว่างสิทธิในหลักประกันที่มีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอกโดยไม่มี การแจ้งจดทะเบียนในสำนักงานทะเบียน ลำดับบุริมสิทธิจะถูกกำหนดขึ้นโดยลำดับความมีประสิทธิภาพ (effectiveness) ของบุคคลภายนอก และ

ค. ระหว่างสิทธิในหลักประกันที่มีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอก โดยการแจ้งจดทะเบียนในสำนักทะเบียน กับสิทธิในหลักประกันที่มีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอกที่มีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอกโดยไม่มี การแจ้งจดทะเบียนในสำนักงานทะเบียน ลำดับบุริมสิทธิจะถูกกำหนด

---

<sup>255</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 59 Right of the secured creditor to payment of a receivable

1. As between the grantor of a security right in a receivable and the secured creditor, whether or not notification of the security right has been sent:

(a) If payment with respect to the receivable is made to the secured creditor, the secured creditor is entitled to retain the proceeds of payment and to any tangible asset returned with respect to the receivable;

(b) If payment with respect to the receivable is made to the grantor, the secured creditor is entitled to payment of the proceeds of the payment and to any tangible asset returned to the grantor with respect to the receivable; and

(c) If payment with respect to the receivable is made to another person over whom the secured creditor has priority, the secured creditor is entitled to payment of the proceeds of the payment and to any tangible asset returned to that person with respect to the receivable.

2. The secured creditor may not retain more than the value of its right in the receivable.

โดยลำดับของการจดทะเบียน หรือลำดับความมีประสิทธิภาพของบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ากรณีใดเกิดขึ้นเป็นอย่างแรก<sup>256</sup>

การแข่งขันของสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่จับต้องได้ซึ่งได้ร่วมกันจนแปรสภาพเป็นผลิตภัณฑ์ หากมีสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่จับต้องได้ขึ้นเดียวกันสองรายการขึ้นไปซึ่งได้ระบุไว้ในสัญญาหลักประกัน ตามมาตรา 11 และสิทธิในหลักประกันแต่ละรายการมีผลบังคับใช้กับบุคคลภายนอก ลำดับบุริมสิทธิของสิทธิในหลักประกันในผลิตภัณฑ์เดียวกัน จะเป็นไปตามลำดับบุริมสิทธิของสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่จับต้องได้แต่ละรายการก่อนที่ทรัพย์สินที่จับต้องได้นั้นจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์ แต่ถ้าหากสิทธิในหลักประกันมากกว่าหนึ่งครอบคลุมผลิตภัณฑ์เดียวกันซึ่งระบุได้ไว้ในสัญญาหลักประกันตามมาตรา 11 และสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่จับต้องได้แต่ละรายการสามารถแบ่งแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจนเมื่อได้มีการแปรสภาพแล้ว เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้ส่วนแบ่งจากผลิตภัณฑ์ดังกล่าวตามอัตราส่วนของมูลหนี้ที่ได้รับการประกัน โดยสิทธิในหลักประกันแต่ละรายการจะเป็นผลรวมของจำนวนมูลหนี้ที่ได้รับการประกันทั้งหมด<sup>257</sup>

สิทธิในหลักประกันที่แข่งขันกับสิทธิของผู้ซื้อหรือผู้รับ โอนหรือผู้เช่าหรือผู้รับใบอนุญาตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะมีขึ้นดังนี้

1. ถ้าหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถูกขาย หรือถูกโอน หรือถูกเช่า หรือได้รับอนุญาตในขณะที่สิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินมีผลบังคับใช้ บุคคลภายนอกที่เป็นผู้ซื้อหรือผู้รับ

<sup>256</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 29 Competing security rights created by the same grantor

Subject to articles 33, 38, 39 and 41-43, priority between competing security rights created by the same grantor in the same encumbered asset is determined according to the following rules:

(a) As between security rights that were made effective against third parties by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of registration, without regard to the order of creation of the security rights;

(b) As between security rights that were made effective against third parties otherwise than by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of third-party effectiveness; and

(c) As between a security right that was made effective against third parties by registration and a security right that was made effective against third parties otherwise than by registration of a notice in the Registry, priority is determined by the order of registration or third-party effectiveness, whichever occurs first.

<sup>257</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 33 Competing security rights in tangible assets commingled in a mass or transformed into a product

โอนหรือผู้เช่าหรือผู้ได้รับใบอนุญาตจะได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใต้บังคับแห่งสิทธิในหลักประกัน

2. ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปราศจากสิทธิในหลักประกัน หากเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันได้อนุญาตให้ดำเนินการขายหรือโอนทรัพย์สินดังกล่าวโดยปราศจากภาระผูกพันของสิทธิในหลักประกัน และหากมีการขายหรือโอนให้แก่ผู้ซื้อรายต่อไปหรือผู้รับโอนรายอื่นก็ได้รับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปราศจากภาระผูกพันของสิทธิในหลักประกันนั้นเช่นกัน

3. สิทธิของผู้เช่าหรือผู้รับใบอนุญาตของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิในหลักประกัน หากเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันอนุญาตให้ผู้ให้เช่าหลักประกันดำเนินการให้เช่า หรือให้ใบอนุญาตในทรัพย์สินดังกล่าว โดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในหลักประกัน

4. ผู้ซื้อทรัพย์สินที่จับต้องได้จากการค้าขายตามวิถีทางปกติของธุรกิจของผู้ขาย จะได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยปราศจากภาระผูกพันของสิทธิในหลักประกัน โดยมีเงื่อนไขว่าในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายผู้ซื้อไม่รู้ว่าการขายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันภายใต้สัญญาหลักประกัน

5. สิทธิของผู้เช่าในทรัพย์สินที่จับต้องได้ ซึ่งเช่าตามวิถีทางปกติของธุรกิจของผู้ให้เช่า จะไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิในหลักประกัน ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าในขณะที่ทำสัญญาเช่าผู้เช่าไม่รู้ว่าการให้เช่าดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันภายใต้สัญญาหลักประกัน และหากมีการให้เช่าช่วงต่อไปผู้เช่าช่วงก็จะไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิในหลักประกันเช่นกัน

6. ภายใต้สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันซึ่งมีสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินทางปัญญาสิทธิของผู้รับใบอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญาแบบไม่ผูกขาดในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่ไม่มีตัวตนซึ่งได้รับอนุญาตจากการดำเนินธุรกิจตามวิถีทางปกติของผู้อนุญาต จะไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิในหลักประกันโดยมีเงื่อนไขว่า ในขณะที่ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาผู้รับใบอนุญาตไม่รู้ว่าการได้รับอนุญาตดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันภายใต้สัญญาหลักประกัน และหากมีการอนุญาตให้ใช้สิทธิให้แก่ผู้รับใบอนุญาตรายอื่น ผู้รับใบอนุญาตช่วงก็จะไม่ได้รับผลกระทบจากสิทธิในหลักประกันเช่นกัน<sup>258</sup>

<sup>258</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 34 Security rights competing with rights of buyers or other transferees, lessees or licensees of an encumbered asset

### 3.1.4 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

สำหรับคู่มือกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตามคู่มือกฎหมายดังกล่าว และสิทธิในหลักประกันมีอาจคิดค้น ไปด้วยทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

- สหามิตรทรัพย์สินประเภทใดก็ได้ หมายถึง ทรัพย์สินที่จับต้องได้ หรือทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ทั้งนี้ไม่รวมถึงอสังหาริมทรัพย์

- สิทธิในสังหาริมทรัพย์ส่วนหนึ่ง หรือสิทธิที่ยังมิได้แบ่งแยกในสังหาริมทรัพย์ และ
- หมวดสังหาริมทรัพย์ประเภททั่วไป
- สหามิตรทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ให้หลักประกัน<sup>259</sup>

เมื่อพิจารณากับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่รูปร่าง หรือเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ สินทรัพย์ดิจิทัลจึงมีลักษณะเป็นสังหาริมทรัพย์ตามคู่มือกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจในระดับระหว่างประเทศ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions จึงสามารถนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายดังกล่าวได้

### 3.1.5 สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับคู่มือกฎหมายหลักประกันหนี้ในระดับระหว่างประเทศ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions นั้น การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์สามารถใช้นับบุคคลภายนอกได้จะต้องมีการลงทะเบียนประกาศเกี่ยวกับสิทธิในหลักประกันต่อสำนักงานทะเบียน โดยสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible asset) จะมีผลบังคับใช้นับบุคคลภายนอกได้หากเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น<sup>260</sup> โดยรายละเอียดของข้อมูลที่ทำจำเป็นสำหรับการจดทะเบียนจะต้องมีข้อมูลดังต่อไปนี้<sup>261</sup>

<sup>259</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 8. Assets that may be encumbered

A security right may encumber:

- (a) Any type of movable asset;
- (b) A part of or an undivided right in a movable asset;
- (c) A generic category of movable assets; and
- (d) All of a grantor's movable assets.

<sup>260</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 18 Primary methods for achieving third-party effectiveness

1. A security right in an encumbered asset is effective against third parties if a notice with respect to the security right is registered in the Registry.



ก. ระบุตัวตนและที่อยู่ของผู้ให้หลักประกัน โดยการระบุตัวตนในการแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกหรือการแจ้งเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหากผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดาให้ระบุชื่อของบุคคลนั้นตามที่ปรากฏในเอกสารราชการที่เกี่ยวข้องซึ่งออกโดยรัฐ ถ้าผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคลให้ระบุชื่อของนิติบุคคลนั้นตามที่ปรากฏในหนังสือรับรองการจดทะเบียนของนิติบุคคลที่รัฐเป็นผู้ตรากฎหมายหรือกฤษฎีกากำหนดไว้ พร้อมทั้งแนบหนังสือรับรองดังกล่าวประกอบด้วย<sup>262</sup>

ข. ระบุตัวตนและที่อยู่ของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันหรือตัวแทนของเจ้าหนี้ โดยการระบุตัวตนในการแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกหรือการแจ้งเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหากผู้ให้หลักประกันเป็นบุคคลธรรมดาให้ระบุชื่อของบุคคลนั้นตามที่ปรากฏในเอกสารราชการที่เกี่ยวข้องซึ่งออกโดยรัฐ ถ้าผู้ให้หลักประกันเป็นนิติบุคคลให้ระบุชื่อของนิติบุคคลนั้นตามที่ปรากฏใน

---

2. A security right in a tangible asset is also effective against third parties if the secured creditor is in possession of the asset.

<sup>261</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 8 Information required in an initial notice

An initial notice must contain the following information in the relevant designated field:

(a) The identifier and address of the grantor in accordance with article 9 of these Provisions [and any additional information that the enacting State may decide to require to be entered to assist in uniquely identifying the grantor];

(b) The identifier and address of the secured creditor or its representative in accordance with article 10 of these Provisions; [and]

(c) A description of the encumbered assets in accordance with article 11 of these Provisions[; and]

(d) The period of effectiveness of the registration in accordance with article 14 of these Provisions [; and]

(e) A statement of the maximum amount for which the security right may be enforced].

<sup>262</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 9 Grantor identifier

1. Where the person to be identified in an initial or amendment notice as the grantor is a natural person, the grantor identifier is the name of that person as it appears in [the relevant official document to be specified by the enacting State; if the enacting State specifies more than one document, it must designate the order in which each document should be used to determine that person's name].

4. Where the person to be identified in an initial or amendment notice as the grantor is a legal person, the grantor identifier is the name of that person as it appears in [the relevant document, law or decree to be specified by the enacting State] constituting that person.

หนังสือรับรองการจดทะเบียนของนิติบุคคลที่รัฐเป็นผู้ตรากฎหมายหรือกฎีกากำหนดไว้ พร้อมทั้งแนบหนังสือรับรองดังกล่าวประกอบด้วย และอาจมีการระบุข้อมูลเพิ่มเติมสำหรับกรณีพิเศษ เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีหลักประกันต้องถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลาย, เป็นผู้จัดการทรัสต์หรือผู้จัดการทรัพย์สินของกองมรดกของผู้ตาย<sup>263</sup>

ค. รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะต้องมีการระบุไว้ในการแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกหรือการแจ้งเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน โดยอธิบายถึงลักษณะและระบุตัวตนของทรัพย์สินให้ชัดเจนซึ่งเป็นการระบุไว้เฉพาะเจาะจง หรือถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์จะระบุคำอธิบายว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันประกอบด้วยสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งเป็นการระบุไม่เฉพาะเจาะจงก็ได้ เช่นเดียวกับที่ระบุไว้ในสัญญาหลักประกัน<sup>264</sup>

ง. ระยะเวลาที่มีผลบังคับใช้ของการจดทะเบียน สำหรับคู่มือกฎหมายฉบับนี้ได้มีการนำเสนอแนวทางสำหรับระยะเวลาเอาไว้หลายรูปแบบซึ่งจะปล่อยให้เป็นการอำนาจของรัฐในการเลือกใช้ โดยแนวทางสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ตัวเลือก ดังนี้

1. การแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกจะมีผลบังคับใช้ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ (ระยะเวลาเป็นไปตามกฎหมายที่รัฐประกาศใช้) โดยระยะเวลาที่มีผลบังคับใช้ของการจดทะเบียนครั้งแรกอาจขยายออกไปได้มากกว่าหนึ่งครั้งแต่จะต้องขอขยายก่อนที่ระยะเวลาดังกล่าวจะสิ้นสุดลง หากเป็น

<sup>263</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 10. Secured creditor identifier

1. Where the person to be identified in an initial or amendment notice as the secured creditor is a natural person, the secured creditor identifier is the name of that person as it appears in [the relevant official document to be specified by the enacting State; if the enacting State specifies more than one document, it must designate the order in which each document should be used to determine that person's name].

2. Where the person to be identified in an initial or amendment notice as the secured creditor is a legal person, the secured creditor identifier is the name of that person as it appears in [the relevant document, law or decree to be specified by the enacting State] constituting that person.

3. [The enacting State should specify whether additional information must be entered in an initial or amendment notice in special cases, such as where the secured creditor is subject to insolvency proceedings, a trustee, or a representative of the estate of a deceased person.]

<sup>264</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 11. Description of encumbered assets

1. The encumbered assets must be described in an initial or amendment notice in a manner that reasonably allows their identification.

2. A description that indicates that the encumbered assets consist of all of the grantor's movable assets, or of all of the grantor's movable assets within a generic category, satisfies the standard in paragraph 1.

การจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมการขยายระยะเวลาจะมีผลบังคับใช้เริ่มตั้งแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลง

2. การแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกจะมีผลใช้บังคับในระยะเวลาที่ผู้จดทะเบียนกำหนดไว้ในหนังสือแจ้ง โดยระยะเวลาการจดทะเบียนครั้งแรกอาจขยายได้ตลอดเวลาแต่จะต้องขอขยายก่อนที่ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในหนังสือแจ้งจะสิ้นสุดลง หากเป็นการจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมการขยายระยะเวลาจะมีผลบังคับใช้เริ่มตั้งแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลง

3. การแจ้งจดทะเบียนครั้งแรกจะมีผลใช้บังคับระยะเวลาไว้ในหนังสือแจ้งแต่ต้องไม่เกินระยะเวลาที่รัฐประกาศกำหนด โดยระยะเวลาการจดทะเบียนครั้งแรกอาจขยายได้มากกว่าหนึ่งครั้ง ซึ่งระยะเวลาการขยายจะเป็นไปตามที่รัฐประกาศกำหนดแต่จะต้องไม่เกินระยะเวลาปกติที่รัฐประกาศกำหนด หากเป็นการจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมการขยายระยะเวลาจะมีผลบังคับใช้เริ่มตั้งแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลง

จ. จำนวนเงินสูงสุดที่อาจบังคับได้จากสิทธิในทรัพย์สินหลักประกัน

ภาษาของข้อมูลในหนังสือแจ้งจดทะเบียนจะต้องแสดงเป็นภาษาที่รัฐที่ตรากฎหมายประกาศกำหนด ยกเว้นหากเป็นชื่อและที่อยู่ของผู้ให้หลักประกันและเจ้าหน้าที่ที่มีหลักประกันหรือตัวแทนจะระบุเป็นภาษาของประเทศตนก็ได้ โดยข้อมูลในหนังสือแจ้งจดทะเบียนหรือแจ้งจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องใช้ชุดตัวอักษรที่สำนักงานทะเบียนประกาศกำหนดไว้และประกาศถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะ<sup>265</sup>

เมื่อได้มีการส่งหนังสือแจ้งการจดทะเบียนแล้วการแจ้งดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่และเวลาที่ข้อมูลในหนังสือถูกป้อนลงในบันทึกของสำนักงานทะเบียน โดยสำนักงานทะเบียนจะต้องป้อนข้อมูลในหนังสือแจ้งการจดทะเบียนครั้งแรก หรือแจ้งจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมลงในบันทึกของสำนักงานทะเบียนโดยไม่ชักช้าหลังจากที่มีการส่งหนังสือแจ้งดังกล่าว ซึ่งจะป้อนข้อมูลของหนังสือแต่ละฉบับตามลำดับที่ได้ยื่นต่อสำนักงานทะเบียน และเมื่อสำนักงานทะเบียนได้ป้อนข้อมูลแล้วต้องบันทึกวันที่และเวลาที่ดำเนินการป้อนข้อมูลในหนังสือแจ้งจดทะเบียนครั้งแรก หรือ

<sup>265</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 12 Language of information in a notice

1. With the exception of the names and addresses of the grantor and the secured creditor or its representative, the information contained in an initial or amendment notice must be expressed in [the language or languages to be specified by the enacting State].

2. The information contained in an initial or amendment notice must be expressed in the character set prescribed and publicized by the Registry.

แจ้งจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมลงในบันทึกของสำนักงานทะเบียน เพื่อให้ผู้ที่ต้องการค้นหาข้อมูลสามารถเข้าถึงได้<sup>266</sup>

### 3.2 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหราชอาณาจักร

ในประเทศสหราชอาณาจักรการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันทางธุรกิจมักจะเกิดขึ้นจากสัญญาตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งมีด้วยกัน 4 รูปแบบ<sup>267</sup> ได้แก่ 1. การจำนอง (mortgage) 2. การจำนำ (pledge) 3. สิทธิยึดหน่วง (lien) 4. ภาระผูกพัน (Charge) คือ รูปแบบการประกันการชำระหนี้ หรือประกันการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างหนึ่ง ซึ่งจะ ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือมีสิทธิได้รับชำระหนี้ที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันดังกล่าว โดยการประกันการชำระหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) เป็นเรื่องของการตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่กำหนดให้ใช้ทรัพย์สินบางประเภทโดยเฉพาะ (a particular asset of class of asset) เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่มี การส่งมอบการครอบครองหรือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกันไปยังเจ้าหนี้<sup>268</sup> เมื่อได้มีตกลงทำภาระผูกพัน (Charge) แล้ว เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นประกันประเภทนั้น หรือจากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นประกันดังกล่าวก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หรือเจ้าหนี้ในลำดับรองจากเจ้าหนี้มีประกันรูปแบบภาระผูกพัน (Charge) หรือบุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินประเภทนั้นไว้ในความครอบครอง เว้นแต่บุคคลภายนอกผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่

<sup>266</sup> UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 13. Time of effectiveness of the registration of a notice

1. The registration of an initial or amendment notice is effective from the date and time when the information in the notice is entered into the registry record so that it is accessible to searchers of the public registry record.

2. The Registry must enter information in an initial or amendment notice into the public registry record without delay after the notice is submitted and in the order in which each notice is submitted.

3. The Registry must record the date and time when the information in an initial or amendment notice is entered into the registry record so that it is accessible to searchers of the public registry record.

<sup>267</sup> วิทยา จิณกาญจน์, “การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 30 - 34.

<sup>268</sup> R.M. Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, Second Edition, (London: Sweet & Maxwell, 1988), P. 15.

เป็นหลักประกันนั้น จะได้มาโดยเสียค่าตอบแทนและสุจริตซึ่งต้องไม่ทราบว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้น ได้ถูกนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge)

สำหรับการประกันการชำระหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ได้ถูกแบ่งออกเป็น 2 แบบ คือ ภาระผูกพัน (Charge) ที่เกิดหลักเอควิตี (equity) ของศาลชานเซอร์รี่ (The Old Court of Chancery) เรียกว่า Equitable Charge และภาระผูกพัน (Charge) ที่เกิดมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เรียกว่า Legal Charge โดยภาระผูกพัน (Charge) ที่เกิดจากหลักเอควิตีนั้น เป็นการประกันหนี้ที่เจ้าหนี้ยังไม่มีสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันตามหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ เพราะเจ้าหนี้มีเพียงสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันตามหลักเอควิตีเท่านั้น โดยจะไม่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์หรือการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งเจ้าหนี้สามารถบังคับกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันด้วยวิธีการยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อบังคับหลักประกันโดยการขายทอดตลาด หรือแต่งตั้ง Receiver ให้ดำเนินการแทนเจ้าหนี้

โดยภาระผูกพัน (Charge) ที่มาจากหลักเอควิตี หรือ Equitable Charge สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบหนึ่ง การประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) คือ เป็นการประกันการชำระหนี้ที่ระบุทรัพย์สินที่เป็นประกันไว้เฉพาะเจาะจง โดยการจัดสรรอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ส่วนบุคคลสำหรับการทำให้หลุดพ้นจากหนี้หรือจากภาระผูกพันอื่น ๆ การสร้างการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจงมักจะเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกัน แต่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน (chargee) จะได้รับสิทธิบางประการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีหลักประกันซึ่งอาจถูกติดตามได้ในกรณีที่ถูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน (chargor) ฝืนคิด สิทธิที่สร้างขึ้นโดยการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง ส่วนใหญ่จะพบในกรณีของบริษัทออกหุ้นกู้ (debenture) บริษัทจะใช้กิจการทั้งหมดของตนเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้กับผู้ถือหุ้นกู้โดยการสร้างภาระผูกพัน (Charge) และสิทธิในการยื่นคำร้องขอต่อศาลสำหรับคำสั่งขายหรือคำสั่งแต่งตั้ง Receiver เพื่อบังคับหลักประกัน<sup>269</sup> โดยการติดพันในตัวทรัพย์สินหลักประกันจะเกิดการยึดติดกับตัวทรัพย์สินดังกล่าว (attach) ในทันทีที่มีการทำสัญญา หรือในทันทีที่ลูกหนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหลักประกัน ผลก็คือ ลูกหนี้ไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินหลักประกันได้อย่างอิสระโดยปราศจากการติดพัน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ หรือได้มีการชำระหนี้ประธานแล้ว ดังนั้นทรัพย์สินที่มีการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจงจะไม่สามารถจำหน่ายได้โดยปราศจากภาระผูกพัน (Charge) ให้กับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ซื้อโดยสุจริต นอกจากนี้ใน

<sup>269</sup> EILIS FERRAN (July, 1988), "FLOATING CHARGES — THE NATURE OF THE SECURITY, Cambridge Law Journal 47(2)," Retrieved January 29 ,2021, from <https://www.jstor.org/stable/4507164?seq=1> ,P. 213 - 214.

กรณีที่มีการชำระบัญชีของลูกหนี้ การใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้มีประกันแบบภาระผูกพัน (Charge) โดยไม่ได้เป็นเพียงสิทธิส่วนบุคคลเท่านั้น และรูปแบบสอง การประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) เป็นรูปแบบหลักประกันที่ได้รับการพัฒนามาจากหลักการโอนทรัพย์สินในอนาคต (equity to assignments of future assets) คำพิพากษาของศาลในประเทศสหราชอาณาจักร คือ คดี Holroyd v Marshall (1862) 10 H.L.C 191 ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า ผู้จำนองได้ตกลงจำนองเครื่องจักร เครื่องมือ และสิ่งของต่าง ๆ ในโรงงานไว้กับผู้รับจำนอง โดยตกลงหากมีนำทรัพย์สินใหม่มาแทนที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือที่มีการซื้อเข้ามาใหม่ ให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ เงื่อนไข และข้อกำหนดในการจำนองนี้ด้วย<sup>270</sup> Lord Westbury และ Lord Chelmsford ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้กล่าวว่า ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ ทำให้การจำนองครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินในอนาคตที่ได้รับมาภายหลังการจำนอง และจะมีผลทรัพย์สินดังกล่าวโดยอัตโนมัติเมื่อผู้จำนองครอบครองทรัพย์สิน<sup>271</sup> จึงสรุปได้ว่า ทรัพย์สินในอนาคตซึ่งลูกหนี้ยังไม่มีกรรมสิทธิ์ก็สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ดังนั้น ต้นกำเนิดการประกันหนี้แบบลอย มีจุดกำเนิดมาจากคำตัดสินของผู้พิพากษา (judge-made law หรือ case law) ที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกันหนี้ในศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) จนได้พัฒนาต่อมาจนกลายเป็นหลักประกันแบบลอย

### 3.2.1 ลักษณะของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ตามคำพิพากษาของศาลในหลายคดีได้วางหลักเกณฑ์ของการประกันหนี้แบบลอยเอาไว้ เช่น ในคดี Illingworth v. Houldsworth (1904) A.C. 355<sup>272</sup> ผู้พิพากษา Lord Macnaghten ได้กล่าวว่า ไม่มีปัญหาหากนักในการกำหนดนิยามว่า การประกันหนี้แบบลอย มีความหมายตรงกันข้ามจากสิ่งที่เรียกว่า Specific Charge โดย Specific Charge คือ ภาระผูกพัน (Charge) ที่ก่อให้เกิดสิทธิผูกพันในทรัพย์สินที่กำหนดตัวและคุณสมบัติของทรัพย์สินได้อย่างแน่นอนซึ่งสามารถตรวจสอบและระบุได้ ในทางกลับกันการประกันการชำระหนี้แบบลอยตัวนั้นก่อให้เกิดสิทธิผูกพันในทรัพย์สินมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงและขยับไปตามธรรมชาติ ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะลอยอยู่เหนือทรัพย์สินที่ตั้งใจจะให้มันยึดติดเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ จนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่าง

<sup>270</sup> J.F. Keeler (September, 2019), "SOME REFLECTIONS ON HOLROYD v. MARSHALL,"

Retrieved January 29, 2021, from <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/1969/4.pdf>, P. 361.

<sup>271</sup> admin (September, 2020), "Holroyd v Marshall: HL 1892," Retrieved January 29, 2021, from <https://swarb.co.uk/holroyd-v-marshall-hl-1862/>

<sup>272</sup> admin (November, 2020), "Illingworth v Houldsworth: HL 1904," Retrieved January 29, 2021, from <https://swarb.co.uk/illingworth-v-houldsworth-hl-1904/>

เกิดขึ้นหรือมีการกระทำบางอย่าง ซึ่งเป็นผลให้สิทธิผูกพันที่ลอยอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นเกิดการหยุดนิ่งและยึดติดกับตัวทรัพย์สินที่ตั้งใจให้เป็นหลักประกัน<sup>273</sup> หรือในคดี *In re Yorkshire Woolcombers Association* (1903) 2 Ch. 284 ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal)<sup>274</sup> โดยผู้พิพากษา Sir Roland Lomax Bowdler Vaughan Williams ได้กล่าวว่า การประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ที่จะเป็นการประกันหนี้แบบลอย จะต้องมิลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ 1. มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิผูกพันเหนือทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งของบริษัท (class of assets of a company) ซึ่งมีอยู่แล้วในปัจจุบัน และอาจจะได้รับมาในอนาคต 2. ทรัพย์สินของบริษัทนั้นต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจซึ่งเป็นปกติทางการค้าของบริษัท (ordinary course of business) และจะเป็นทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงและหมุนเวียนเป็นครั้งคราว และ 3. บริษัทสามารถจัดการกับทรัพย์สินประเภทนั้น ๆ เพื่อใช้ในการดำเนินธุรกิจได้อย่างปกติต่อไปได้ จนกว่าจะมีเหตุการณ์ในอนาคตบางอย่างเกิดขึ้น หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ดำเนินการเรียกเอาผลประโยชน์ในภาระผูกพัน (Charge)<sup>275</sup> หรือในคดี *Evans v. Rivel Granite Quarries Ltd.* (1910) 2 K.B. 979 โดยผู้พิพากษา Buckley LJ ได้กล่าวว่า การประกันหนี้แบบลอยไม่ใช่หลักประกันในอนาคต มันเป็นเพียงหลักประกันในปัจจุบันซึ่งส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทที่แสดงให้รวมอยู่ในนั้น ในทางกลับกันมันไม่ใช่การประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง ผู้รับหลักประกันไม่สามารถยืนยันได้ว่าทรัพย์สินนั้นจำนองกับตนโดยเฉพาะ ทรัพย์สินที่ถูกจำนองจะมีลักษณะที่ผู้จำนองสามารถจัดการทรัพย์สินของตนได้โดยไม่ต้องมีความเห็นพ้องจากผู้รับจำนอง การประกันหนี้แบบลอยตัวไม่ได้เป็นการจำนองที่เฉพาะเจาะจง แต่การจำนองแบบลอยจะบังคับใช้กับทุกรายการที่รวมอยู่ภายใต้หลักประกัน แต่จะไม่มีผลกระทบเฉพาะรายการใด ๆ จนกว่าจะมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นหรือมีการกระทำบางอย่างในส่วนของผู้รับจำนองซึ่งจะทำให้มันแปรสภาพเป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed security)<sup>276</sup> โดยลักษณะของการประกันหนี้แบบลอยสามารถแบ่งความสำคัญออกได้ ดังนี้

<sup>273</sup> Phillip R. Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, (London: Sweet & Maxwell, 1995), P. 12.

<sup>274</sup> admin (September, 2020), *In re Yorkshire Woolcombers Association Ltd: CHD 1903*, Retrieved January 29 ,2021, from <https://swarb.co.uk/in-re-yorkshire-woolcombers-association-ltd-chd-1903/>

<sup>275</sup> William James Gough, *Company Charges*, (London: Butterworths, 1987), P. 62.

<sup>276</sup> admin (September, 2020), *Evans v. Rivel Granite Quarries Ltd: CA 1910*, Retrieved January 29 , 2021, from <https://swarb.co.uk/evans-v-rival-granite-quarries-ltd-ca-1910/>

ประการแรก การประกันหนี้แบบลอย จะครอบคลุมไปถึงทรัพย์สินในอนาคตไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันได้รับมาใหม่ หรือ ได้มาแทนทรัพย์สินหลักประกันเดิม โดยมันจะยึดติดกับตัวทรัพย์สินดังกล่าวทันทีเมื่อผู้ให้หลักประกันได้เข้าครอบครองหรือได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น คู่สัญญาจึงไม่จำเป็นต้องระบุนายการของทรัพย์สินใหม่ทุกรายการ เพราะ ยังไม่แน่นอนว่าผู้ให้หลักประกันจะได้กรรมสิทธิ์ภายหลังการทำสัญญาหรือไม่ หรือจะได้มาเป็นจำนวนเท่าใด

ประการสอง ลูกหนี้หรือผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอยทรัพย์สินในการดำเนินธุรกิจของตนได้อย่างปกติ เช่น ลูกหนี้ยังคงสามารถใช้เครื่องจักรที่นำมาเป็นหลักประกันเพื่อผลิตสินค้าได้อย่างปกติ

ประการสาม สิทธิผูกพันในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวได้อยู่ตลอดเวลา โดยสิทธิดังกล่าวจะลอยอยู่เหนือ (hover over) ทรัพย์สินที่มีการหมุนเวียนตลอดเวลา ซึ่งสิทธิผูกพันนี้จะไม่ติดติดไปกับทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่อย่างไรก็ดี ลักษณะที่ลอยอยู่ดังกล่าวไม่ได้คงอยู่ในลักษณะนั้นตลอดไปแต่จะมีพฤติการณ์บางอย่างหรือการกระทำบางอย่างที่ทำให้การประกันหนี้แบบลอยติดติดไปทรัพย์สินที่เป็นประกัน โดยจะถูกเรียกว่า การแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประกัน (crystallization) ซึ่งจะทำให้การประกันหนี้เปลี่ยนจากรูปแบบที่ลอยอยู่เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge)<sup>277</sup>

### 3.2.2 การก่อตั้งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

การประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ไม่ได้มีการกำหนดเรื่องแบบของสัญญาเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยปล่อยให้การทำข้อตกลงในสัญญาเป็นเรื่องเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ เป็นสัญญาระหว่างบริษัทจำกัดซึ่งเป็นลูกหนี้ (ผู้ให้หลักประกัน) กับเจ้าหนี้ (ผู้รับประกัน) ปกติจะมีการระบุไว้ในสัญญาว่าทรัพย์สินที่จะใช้เป็นประกันการชำระหนี้ตามการประกันหนี้แบบลอยเป็นทรัพย์สินอะไร เช่น การกำหนดประเภทของทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะนำมาเป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่แล้วในปัจจุบัน และหรือจะได้อมาในอนาคต เป็นต้น โดยลูกหนี้สามารถใช้สอยทรัพย์สินในการดำเนินธุรกิจของตนได้อย่างปกติ ซึ่งเจ้าหนี้จะไม่เข้าครอบครองหรือแทรกแซงอำนาจการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวจนกว่าจะมีพฤติการณ์บางอย่างหรือการกระทำบางอย่างที่ทำให้การประกันหนี้แบบลอยผูกพันไปกับทรัพย์สินที่เป็นประกัน โดยจะเรียกเหตุการณ์ดังกล่าวว่า การแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับ

<sup>277</sup> นิลุบล เลิศนุวัฒน์, “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ในระบบกฎหมายของไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2564, จาก <https://inilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>.



ทรัพย์สินที่เป็นประกัน ซึ่งจะทำให้การประกันหนี้เปลี่ยนจากรูปแบบที่ลอยอยู่เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจงปกติถ้อยคำในสัญญาที่จะแสดงให้เห็นว่า การประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) รูปแบบใดเป็นการประกันการชำระหนี้แบบลอย ได้แก่ ถ้อยคำว่า “โดยวิธีประกันหนี้แบบ Floating Charge (by way of floating charge)” หรือ “โดยวิธีประกันหนี้แบบลอย (by way of floating security)” หรืออาจมีข้อความที่แตกต่างไปเป็นอย่างอื่นในลักษณะว่า ทรัพย์สินในปัจจุบันและอนาคต หรือทรัพย์สินของกิจการค้า หรือหลักประกันหนี้แบบลอย ปรากฏอยู่ในสัญญาอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามการระบุแต่เพียงถ้อยคำไว้ในสัญญาไม่ได้มีผลทำให้เป็นการประกันหนี้แบบลอยโดยอัตโนมัติ หลักการสำคัญของการประกันหนี้แบบลอยจะอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญาที่แสดงออกมา หรือสามารถตีความไปได้ว่า คู่สัญญาประสงค์จะให้ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทลูกหนี้ซึ่งมีอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา หรือจะได้รับการภายหลังจากการทำสัญญาตกเป็นการประกันหนี้แบบลอย เท่านั้นก็เป็นกรเพียงพอแล้วว่าคู่สัญญาประสงค์ให้เกิดการประกันหนี้แบบลอย

สัญญาประกันหนี้แบบลอยจะเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ซึ่งจะระบุว่ามีการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบเฉพาะเจาะจง และการประกันหนี้แบบลอย โดยลูกหนี้ (chargor) และเจ้าหนี้ (chargee) ตกลงทำสัญญาประกันหนี้เงินกู้ โดยมีสาระสำคัญในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) ความหมายของคำต่าง ๆ ในสัญญา เช่น Crystallization Notice, Fixed Assets, Floating Assets เป็นต้น
- (2) ความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่จะชำระต้นเงินพร้อมดอกเบี้ย
- (3) ทรัพย์สินประเภทใดของลูกหนี้ที่กำหนดให้เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และหรือการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge)
- (4) สิทธิของลูกหนี้ที่จะจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามปกติธุรกิจของลูกหนี้
- (5) เหตุที่จะทำการประกันหนี้แบบลอยแปรสภาพ
- (6) การแต่งตั้งและอำนาจหน้าที่ของ Receiver
- (7) ข้อสงวนสิทธิของเจ้าหนี้
- (8) การบอกกล่าวของเจ้าหนี้
- (9) เงื่อนไขอื่น ๆ เป็นต้น<sup>278</sup>

<sup>278</sup> R.M. Goode, *Commercial Law*, (Middlesex: Penguin Book/Allen lane, 1982), P. 790 - 795.

การจดทะเบียนการประกันหนี้แบบลอยมีลักษณะเป็นการจดทะเบียนโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน ซึ่งจะเป็นการนำข้อมูลตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการประกันหนี้แบบลอยตามสัญญาให้นายทะเบียนจดบันทึกไว้ในสมุดทะเบียนเพื่อบันทึกไว้เป็นหลักฐานให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ โดยวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ คือ ประการแรก เพื่อให้การประกันหนี้แบบลอย มีผลใช้บังคับและสามารถใช้ยื่นต่อผู้ชำระบัญชี (liquidator) ผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกำหนดไว้ (administrator) และเจ้าหนี้รายอื่น เป็นผลทำให้เจ้าหนี้การประกันหนี้แบบลอย เกิดความมั่นใจว่า ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดการติดพันตามสัญญาประกันแบบลอยแล้ว ประการสอง เพื่อเป็นการบอกกล่าวให้บุคคลภายนอกทราบโดยปริยายว่าบริษัทลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินของบริษัทบางประเภทเป็นประกันหนี้แบบลอย บุคคลภายนอกผู้สนใจสามารถตรวจสอบรายละเอียดได้ที่สำนักงานของบริษัทลูกหนี้ รวมทั้งสามารถคัดลอกข้อความซึ่งเป็นข้อตกลงได้ แต่อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนไม่ถือว่าเป็นการแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงสาระสำคัญของข้อตกลงในการประกันหนี้แบบลอย<sup>279</sup>

การจดทะเบียนการประกันหนี้แบบลอยมี 2 ขั้นตอน การจดทะเบียนลงในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้ และการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

(1) การจดทะเบียนที่บริษัทลูกหนี้ ลูกหนี้จะต้องจดทะเบียนการประกันหนี้แบบลอยลงในสมุดทะเบียนของบริษัทและบริษัทจะต้องเก็บรักษาสมุดทะเบียนไว้ ณ สำนักงานที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกหนี้ ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ ข้อความที่จะต้องจดลงในทะเบียนมีดังต่อไปนี้ ก. ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน ข. จำนวนเงินที่เป็นประกัน ค. ชื่อเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิในหลักประกัน การฝ่าฝืนไม่จดทะเบียนในสมุดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้ไม่ทำให้การประกันหนี้แบบลอยเสียไป คงมีผลแต่เพียงว่าเจ้าหนี้ที่ของลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนอาจมีความผิดและมีโทษปรับ<sup>280</sup>

(2) การจดทะเบียนต่อนายทะเบียน เมื่อลูกหนี้ซึ่งบริษัทได้ก่อให้เกิดการประหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ขึ้น ในส่วนที่ 25 ของ Company Act 2006 ของประเทศสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้มีการดำเนินการทางทะเบียนที่ Companies House โดยบริษัทต้องดำเนินการภายใน 21 วันนับจากวันที่มีการสร้างการประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ตามแบบฟอร์มซึ่งต้องระบุถึงวันที่สร้างการประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) คำอธิบายของเครื่องมือที่สร้างหรือเป็นหลักฐานของการประหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) (ถ้ามี) จำนวนเงินที่เป็นประกันการชำระหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่จะถูกบังคับหลักประกันแบบภาระผูกพัน

<sup>279</sup> อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 146.

<sup>280</sup> Christopher Ryan, *Company Law*, (Cambridge: ICSA Publish Limited, 1987), P. 88.

(Charge) คำอธิบายเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากรายละเอียดของข้อมูลเป็นภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาอังกฤษจะต้องส่งคำแปลที่ได้รับการรับรองเป็นภาษาอังกฤษไปยัง Companies House ด้วย นอกจากนี้ในแบบฟอร์มชื่อจดทะเบียนและหมายเลขทะเบียนของบริษัทผู้ให้หลักประกัน (chargor) อย่างชัดเจนหากไม่มีชื่อหรือหมายเลขดังกล่าว หรือมีแต่ไม่ตรงกับข้อมูลที่บันทึกไว้ของ Companies House แบบฟอร์มจะถูกปฏิเสธและจะมีความผิดอาญาสำหรับบุคคลที่มีเจตนาหรือประมาทในการส่งมอบเอกสารที่ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นเท็จหรือหลอกลวงในเนื้อหาโดยเฉพาะ หากมีการตรวจสอบแล้วว่ารายการจดทะเบียนถูกต้องและได้ยื่นต่อนายทะเบียนเพื่อจดทะเบียนภายใน 21 วันนับจากวันที่มีการสร้างการประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) นายทะเบียนจะออกใบรับรองข้อสรุป (conclusive certificate) ให้แก่บริษัทเพื่อเป็นหลักฐานว่าได้มีการจดทะเบียนตามข้อกำหนดของกฎหมายแล้ว<sup>281</sup>

ผลของการฝ่าฝืนในกรณีที่บริษัทลูกหนี้ฝ่าฝืนไม่ดำเนินการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนดส่งผลให้การประกันหนี้แบบลอยตกเป็นโมฆะ ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่มีฐานะเป็นเจ้าของหนี้มีประกันและไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับผู้ชำระบัญชีของบริษัท ผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม ผู้บริหารแผน และเจ้าหนี้อื่นผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันในทางจำนำ จำนอง หรือภาระผูกพัน (Charge) ไม่ว่าสิทธิจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจาก 21 วัน นอกจากนี้ บริษัทลูกหนี้และเจ้าหน้าที่ของบริษัทจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าหนี้ตามการประกันหนี้แบบลอย บริษัทลูกหนี้อาจต้องชำระเงินที่กู้ยืมคืนให้แก่เจ้าหนี้โดยทันที แต่อย่างไรก็ตามหากประสงค์จะยื่นจดทะเบียนในภายหลังก็สามารถกระทำได้โดยการที่บริษัทหรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขยายระยะเวลาสำหรับการจดทะเบียนออกไป เมื่อมีกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ก. การละเลยไม่จดทะเบียนภายในระยะเวลา หรือความผิดพลาดในรายการที่จะต้องจดทะเบียน เนื่องจากมีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุแห่งความพลั้งเผลอหรือมีเหตุสมควรอย่างอื่น และโดยสภาพไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้รายอื่น ข. เมื่อมีกรณีซึ่งเป็นเหตุอันสมควร และเพื่อความจำเป็นธรรมที่จะให้มีการจดทะเบียนได้ การที่จะอนุญาตให้จดทะเบียนในกรณีจดทะเบียนล่าช้านี้ เป็นเรื่องที่อยู่ในดุลยพินิจของศาล และผลของการจดทะเบียนล่าช้าอยู่ภายใต้คำสั่งศาล โดยปกติศาลจะอนุญาตให้จดทะเบียน แต่ข้อกำหนดที่ว่า การจดทะเบียนล่าช้าเช่นนั้น จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของกลุ่มสัญญาอื่นที่ได้สิทธิมาก่อนการ

<sup>281</sup> Government of the United Kingdom, Companies Act 2006 Part 25: Registration of Company Chargers, Retrieved January 29, 2021, from [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/49958/13-569-companies-act-2006-part-25-registration-company-charges-impact.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49958/13-569-companies-act-2006-part-25-registration-company-charges-impact.pdf). P. 9 - 10.

จดทะเบียนล่าช้า กล่าวคือ ถ้าหากว่าได้มีการจดทะเบียนการประกันหนี้แบบลอยรายที่สองในระหว่างที่มีการขอขยายเวลาสำหรับการจดทะเบียนรายแรก ก็จะทำให้การประกันหนี้แบบลอยรายที่สองอยู่ในลำดับที่เหนือกว่ารายแรก เพราะรายแรกได้จดทะเบียนภายหลังรายที่สอง แต่ในกรณีที่การประกันหนี้แบบลอยรายที่สองได้จดทะเบียนในระหว่างที่อยู่ภายในระยะเวลาการจดทะเบียน 21 วันของการจดทะเบียนรายแรก ซึ่งสามารถจดทะเบียนได้แต่ยังไม่ดำเนินการจดทะเบียน ผลก็คือการประกันหนี้แบบลอยรายที่สองที่ดำเนินการจดทะเบียนแล้วอยู่ในลำดับที่เหนือกว่าการประกันหนี้แบบลอยรายแรก แต่ถ้าต่อมาการประกันหนี้แบบลอยรายแรกได้จดทะเบียนภายใน 21 วัน แม้ผู้จดทะเบียนรายที่สองจะไม่ทราบถึงช่วงระยะเวลา 21 วันดังกล่าว ผลก็คือ การประกันหนี้แบบลอยรายแรกจะอยู่ในลำดับเหนือกว่ารายที่สอง ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การประกันหนี้แบบลอยรายที่จดทะเบียนภายในกำหนดระยะเวลา 21 วันนับจากวันที่มีการสร้างการประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ก่อน จะมีสิทธิอยู่ในลำดับเหนือกว่าการประกันหนี้แบบลอยรายที่จดทะเบียนภายหลัง<sup>282</sup>

### 3.2.3 คู่สัญญาในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge นั้น บุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกัน หรือ เจ้าหนี้ตามการประกันหนี้แบบลอยจะเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ หากสามารถดำเนินการจัดหาสินเชื่อหรือเงินทุนให้แก่ลูกหนี้ได้ ก็อาจเป็นเจ้าหนี้ในสัญญาประกันหนี้แบบลอย หรือเป็นผู้รับหลักประกันได้เช่นเดียวกัน

ส่วนผู้ให้หลักประกันตามการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge นั้นกฎหมายจำกัดไว้เฉพาะแต่บริษัทจำกัดเท่านั้น (กล่าวคือ เป็นบริษัทที่จำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น โดยการค้ำประกัน หรือจำกัดความผิดของผู้ถือหุ้น โดยหุ้น) ที่สามารถตกลงก่อให้เกิดการประกันหนี้แบบลอยได้ ส่วนห้างหุ้นส่วนหรือบุคคลธรรมดาไม่อาจทำได้ เพราะถ้าหากบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลใช้ทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่นนอกจากที่ดินเป็นหลักประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) แล้ว จะกลายเป็นเรื่องการทำสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครอง ซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนในฐานะเป็นสัญญาจำนอง มิใช่การประกันหนี้แบบภาระผูกพัน (Charge) ดังนั้น บุคคลธรรมดา หรือคณะบุคคล จึงไม่สามารถใช้ทรัพย์สินที่มีรูปร่างอย่างอื่นนอกจากที่ดินเป็นประกันหนี้แบบลอยได้ เพราะเป็นการขัดกับหลักกฎหมายดังกล่าว<sup>283</sup>

เมื่อสัญญาหลักประกันแบบลอยได้เกิดขึ้นแล้ว บุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิหน้าที่ดังต่อไปนี้

<sup>282</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 146.

<sup>283</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 146.

(1) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา โดยผู้ให้หลักประกันก็มีฐานะเสมือนเป็นผู้นำทรัพย์สินไปจำหน่ายหรือจำหน่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายนี้ก็คือ สิทธิในการสอบถามถึงจำนวนหนี้ที่ตนค้างอยู่กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และในทางตรงกันข้ามสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับหลักประกันนั้นก็ให้แก่สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เมื่อเกิดการแปลงสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแบบลอยของลูกหนี้หมดสิ้นไป และจะเป็นผลให้ทรัพย์สินดังกล่าวกลายเป็นการประกันแบบเฉพาะเจาะจง และจะทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถเข้าถือเอาประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นประกันได้ตั้งแต่วลาดังกล่าวเป็นต้นไปซึ่งผู้รับหลักประกันมีสิทธิแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน เพื่อให้เข้าครอบครอง ขาย หรือ ฟ้องขอบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นประกัน

(2) สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก ผู้ให้หลักประกันสามารถที่จะนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามการประกันหนี้แบบลอยไปเป็นหลักประกันอื่น ๆ กับบุคคลภายนอกได้อีก ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย จำนำ หรือนำไปเป็นการประกันหนี้แบบลอยกับเจ้าหนีรายอื่นอีกทอดหนึ่ง ส่วนในเรื่องของการบังคับหลักประกันนั้นจะเป็นประเด็นในเรื่องสิทธิของเจ้าหนีรายอื่นกับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดการแปรสภาพ อำนาจในการจัดการทรัพย์สินดังกล่าวของลูกหนี้จะหมดไป โดยไม่คำนึงว่าบุคคลภายนอกจะได้ทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวหรือไม่ แต่สำหรับบุคคลภายนอกผู้เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ภายหลังจากการแปลงสภาพของหลักประกัน ในกรณีที่เกิดการแปรสภาพของหลักประกันถือว่าเป็นการแจ้งให้สาธารณชนทราบแล้ว ดังนั้น ผู้รับหลักประกันในกรณีนี้จะมีสิทธิในทรัพย์สินดีกว่าสิทธิของบุคคลภายนอกที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแปรสภาพของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน<sup>284</sup>

### 3.2.4 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

ทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันหนี้ตามการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ปกติจะเป็นทรัพย์สินที่หมุนเวียนเปลี่ยนมือและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งจะเป็นทรัพย์สินที่บริษัทมีอยู่ในแล้วปัจจุบันหรือจะได้รับมาในอนาคตก็ได้ โดยตามข้อตกลงของการประกันหนี้แบบลอยจะระบุทรัพย์สินไว้เพียงแต่กลุ่มประเภทของทรัพย์สินเท่านั้น ได้แก่ ทรัพย์สินในกิจการของลูกหนี้ เช่น สินค้าคงคลัง เครื่องจักรที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น บัญชีกิจการของลูกหนี้ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้ โดยสภาพทรัพย์สินดังกล่าวต้องเป็นทรัพย์สินทั่วไป แต่ในบางกรณีทรัพย์สินบางชนิด เช่น เครื่องจักร อาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

<sup>284</sup> รชต จำปาทอง, “ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ....” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.66 – 67.

ทั้งการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (Fixed Charge) และการประกันหนี้แบบลอย ซึ่งการจะพิจารณาว่าเป็นการประกันหนี้แบบใดศาลจะพิจารณาจากความสามารถในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ว่า ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าลูกหนี้สามารถใช้อาจดังกล่าวตามปกติการค้าของตน ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าหนี้จะถือว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการประกันหนี้แบบลอย

การประกันหนี้แบบลอยไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินในตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือการกระทำบางอย่างที่ทำให้การประกันหนี้แบบลอยตกติดไปทรัพย์สินที่เป็นประกัน โดยจะถูกเรียกว่า การแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประกัน (crystallization) ซึ่งจะทำให้การประกันหนี้เปลี่ยนจากรูปแบบที่ลอยอยู่เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge) ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินจะเกิดขึ้นไม่ได้ หากยังไม่มีตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิมารองรับสิทธิ แต่การประกันหนี้แบบลอยทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันอาจเป็นทรัพย์สินในอนาคต หรือทรัพย์สินที่มีอยู่แต่ยังไม่ได้กำหนดตัวตนแน่นอนระบุไว้เพียงแต่ประเภทหรือชนิดของทรัพย์สินเท่านั้น เช่น ระบุว่าเครื่องจักรทุกเครื่อง สินค้าของกิจการลูกหนี้ทั้งหมดโดยยังไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นเครื่องจักรเครื่องใด สินค้าชิ้นใดจำนวนเท่าไร เป็นต้น จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นทรัพย์สินทั่วไปหรือทรัพย์สินไม่เฉพาะสิ่ง จึงทำให้การประกันหนี้แบบลอยไม่ก่อให้เกิดเจ้าหนี้มีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ระบุไว้ชัดเจนโดยคู่สัญญาตั้งแต่ตอนแรกแล้วว่า เป็นทรัพย์สินสิ่งใดแน่นอนมิใช่ระบุไว้เพียงประเภท หรือชนิดของทรัพย์สิน หรือในตอนแรกคู่สัญญากำหนดไว้เพียงประเภท หรือชนิดเท่านั้น แต่ต่อมากำหนดตัวทรัพย์สินให้เป็นการเฉพาะเจาะจงในภายหลัง ทรัพย์สินนั้นจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผลของการประกันหนี้ย่อมมีความแตกต่างกับกรณีที่ไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กล่าวคือ การระบุทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้เป็นการเฉพาะสิ่งแล้ว การประกันหนี้นั้นย่อมเป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจงหรือ Fixed charge เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจึงมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินดังกล่าว<sup>285</sup>

### 3.2.5 สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอยของประเทศสหราชอาณาจักร การจดทะเบียนเป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเหนือเจ้าอื่น ๆ หากบริษัทลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันฝ่าฝืนไม่ดำเนินการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนดจะส่งผลให้การประกันหนี้แบบลอยตกเป็นโมฆะ ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันและไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับผู้ชำระบัญชีของบริษัท ผู้จัดการมรดกที่ไม่มีพินัยกรรม

<sup>285</sup> อ้างแล้ว เชนอร์รถที่ 146.

ผู้บริหารแผน และเจ้าหนี้อื่นผู้ซึ่งมีสิทธิอยู่เหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ที่เป็นหลักประกัน ในทางจำนำ จำนอง หรือภาระผูกพัน (Charge) ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว นอกจากนั้นการที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างเฉพาะเจาะจงนั้น จำเป็นที่จะต้องมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือการกระทำบางอย่างที่ทำให้การประกันหนี้แบบลอยटकคิดไปทรัพย์สินที่เป็นประกัน โดยจะถูกเรียกว่า การแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นประกัน (crystallization) ซึ่งจะทำการประกันหนี้เปลี่ยนจากรูปแบบที่ลอยอยู่เป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge) และเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ที่ไม่มีหลักประกัน

สาเหตุที่ทำให้เกิดการแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จะต้องเกิดเหตุการณ์บางอย่างหรือการกระทำบางอย่าง ดังต่อไปนี้<sup>286</sup>

(1) บริษัทลูกหนี้หยุดดำเนินการ ถ้าบริษัทลูกหนี้หยุดดำเนินการธุรกิจของตน ไม่ว่าจะเกิดจากการที่ลูกหนี้หยุดดำเนินการเอง หรือเกิดจากการมีคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้หยุดดำเนินการ หรือมีเหตุการณ์ภายนอกที่มีผลทำให้บริษัทลูกหนี้ต้องหยุดดำเนินการ เช่น การชำระบัญชีไม่ว่าโดยมติร่วมกันของผู้ถือหุ้น หรือโดยคำสั่งศาลในกรณีที่มีการบังคับให้มีการชำระบัญชี วันที่ทรัพย์สินถูกแปรสภาพ คือ วันที่ศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชี

(2) มีการบอกเลิกอำนาจจัดการของกรรมการของบริษัทลูกหนี้ เมื่ออำนาจจัดการของกรรมการบริษัทลูกหนี้สิ้นสุดลง ไม่ว่าจะเกิดจากมติของผู้ถือหุ้นในบริษัทให้เลิกกิจการ หรือมีการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (receiver) โดยคำสั่งศาล หรือเจ้าหนี้ที่มีการประกันหนี้แบบลอยใช้สิทธิตามข้อตกลงในสัญญาเข้าแทรกแซงการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ เช่น การเข้าครอบครอง หรือจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินหลักประกัน จะเป็นผลให้เกิดการแปรสภาพของสิทธิผูกพันในทันที

(3) เมื่อมีเหตุการณ์จากข้อตกลงในสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ การแปรสภาพของทรัพย์สินหลักประกันในกรณีนี้ เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้และบริษัทลูกหนี้ได้ทำความตกลงไว้ล่วงหน้า โดยกำหนดเงื่อนไขการแปรสภาพไว้ในข้อตกลงของสัญญา เมื่อเกิดเหตุการณ์ตามเงื่อนไขดังกล่าวขึ้นก็ทำให้เกิดการแปรสภาพสิทธิผูกพันให้ยึดติดกับทรัพย์สินหลักประกันโดยอัตโนมัติ ซึ่งจะตกลงให้แปรสภาพทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ เช่น หากลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินเดียวกันเป็นประกันกับเจ้าหนี้รายอื่นด้วย โดยให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายอื่นเท่ากับหรือเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้เดิม หรือหากลูกหนี้ไม่สามารถรักษาอัตราส่วนระหว่างทรัพย์สินและหนี้สินตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาได้ หรือลูกหนี้กู้ยืมเงินจากบุคคลภายนอกเกินกว่าที่ตกลงไว้ หรือมีการบังคับชำระหนี้ทรัพย์สินที่เป็น

<sup>286</sup> เพิ่งอ้าง.

หลักประกันจากเจ้าหนี้รายอื่น หรือลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้หรือผิดสัญญาระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอกซึ่งเป็นเจ้าหนี้รายอื่น

(4) การแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกัน (receiver) โดยเจ้าหนี้ที่มีการประกันหนี้แบบลอย ซึ่งสิทธิในการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันดังกล่าวเพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และจัดการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลาย จะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญาหลักประกัน โดยเจ้าหนี้ที่มีการประกันหนี้แบบลอยไม่จำเป็นต้องดำเนินการทางศาล แต่อย่างไรก็ตามการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้ จะต้องไม่มีคำสั่งทางปกครอง (administrative order) ที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันมีผลใช้บังคับอยู่, สัญญาหลักประกันและข้อตกลงที่กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิแต่งตั้งผู้ดูแลและบังคับหลักประกันมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย, สัญญาประธานที่มีการนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้มีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ตามกฎหมาย และบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด<sup>287</sup>

ผลของการแปรสภาพของสิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะทำให้อำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ และทำให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเปลี่ยนจากการประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ไปเป็นประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge) และสิทธิผูกพันจะยึดติดกับทรัพย์สินทุกชนิดที่เป็นหลักประกันตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหลักประกัน

### 3.3 กฎหมายว่าด้วยหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นกฎหมายว่าด้วยการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินหรือสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันชำระหนี้ (Security Interest) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการให้กู้ยืมเงินและการให้สินเชื่อ โดยเจ้าหนี้ในฐานะผู้ให้กู้ยืมจะต้องแสวงหาหลักประกันที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นประกันในการได้รับชำระหนี้ของตน ซึ่งก่อนเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินมีอยู่ 2 วิธีเท่านั้น คือ การจำนอง กับการจำนำ โดยการจำนองจะใช้กับที่ดินและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินเป็นหลัก ซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ การจดทะเบียนการจำนองให้สาธารณชนได้รับรู้ (filing or recording) ตามแบบพิธีการที่แต่ละมลรัฐเป็นผู้กำหนด ส่วนการจำนำไม่ต้องมีการจดทะเบียนต่อสาธารณะ องค์ประกอบสำคัญของการจำนำ คือ ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้อยู่ใน

<sup>287</sup> Paul Lang and H.J. Hartwig, The Law and Practice of administrative Receivership and Associated Remedies, (London: Sweet & Maxwell, 1989), P. 21.



ความครอบครองของเจ้าหนี้ผู้รับจำนำ ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 19 และก่อนที่จะมีการบังคับใช้ UCC ธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมพัฒนาอย่างรวดเร็ว การประกันด้วยทรัพย์สินในรูปแบบของการจำนำไม่สามารถตอบสนองความต้องการในทางธุรกิจได้ ผู้ประกอบการค้าจึงได้คิดค้นและพัฒนา กลไกหรือเครื่องมือหลักประกัน (Security Devices) ออกมาหลายประเภท เช่น การซื้อขายสินค้าแบบมีเงื่อนไขหน่วยงานกรมสิทธิทรัพย์สิน, การจำนำไปรับคลังสินค้าและการโอนบัญชีลูกหนี้ , หรือการโอนสิทธิเรียกร้อง เป็นต้น ซึ่งวิธีการประกันหนี้ดังกล่าวมานี้ ส่วนใหญ่ก็จะมีผลใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย Common law เป็นหลัก ซึ่งในเรื่องการประกันหนี้ที่นั้นขอบเขตการบังคับใช้ และผลทางกฎหมายอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutes) ที่แต่ละมลรัฐประกาศใช้เป็นกฎหมายภายในของตน ต่อมาสถาบัน American Law Institute และองค์กร The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ได้ริเริ่มและผลักดันการยกร่าง The Uniform Commercial Code โดยเสร็จสมบูรณ์เป็นร่างต้นร่างฉบับแรกในปี ค.ศ. 1951 หลังจากนั้นก็ได้มีการปรับปรุงอย่างต่อเนื่อง มีการแต่งตั้ง Permanent Editorial Board เป็นผู้ดูแลการปรับปรุงแก้ไข โดย UCC ได้แบ่งออกเป็นทั้งหมด 10 มาตรา เฉพาะมาตรา 9 เท่านั้นที่ว่าด้วยนิติกรรมเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน (Secured Transaction) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่แทนที่กฎหมายในอดีต 2 ฉบับ ได้แก่ The Uniform Trust Receipt Act และ The Uniform Conditional Sales Act เนื่องจาก กฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวมีการบังคับใช้ที่ค่อนข้างจำกัด นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ว่าด้วยนิติกรรมเกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินจำนวนหลายฉบับ ซึ่งรวมถึง กฎหมายการจำนองสังหาริมทรัพย์ (Chattel mortgage) การซื้อ , ) ขายแบบมีเงื่อนไข(Conditional sales) ทรัพย์สิน (Trust receipts), การมอบบัญชีลูกหนี้เป็นหลักประกัน (Assignment of accounts receivable) สิทธิยึดหนึ่งในทรัพย์สินของตัวแทนค , ี่ต่างจนกว่าตัวแทนค้าต่างจะรับชำระหนี้เต็มจำนวน (Factor's liens) ที่ตราขึ้นในแทบทุกมลรัฐก็มีเงื่อนไขและกฎเกณฑ์ที่ไม่เหมือนและแตกต่างกัน กฎเกณฑ์ของมาตรา 9 จึงเข้ามาแทนที่เพื่อรวบรวมนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินให้อยู่รวมกันอย่างครอบคลุม<sup>288</sup>

<sup>288</sup> Bailey, Henry j, Secured transactions in a nutshell. St, (Paul : WEST PUBLISHING CO., 1982),

### 3.3.1 ลักษณะของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ลักษณะของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตาม UCC Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีดังนี้<sup>289</sup>

(1) เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การเป็นเจ้าหนี้มีประกัน (Secured Creditor) ตามมาตรา 9 นั้น เจ้าหนี้ไม่ต้องครอบครองทรัพย์สินที่เป็นประกัน (Collaterals) แต่จะต้องมีการทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาหลักประกัน (Security Agreement<sup>290</sup>) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เพื่อเป็นหลักฐานว่าได้มีการสร้างสิทธิในหลักประกัน (Security Interest) โดยอาจจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นข้อตกลงที่บันทึกหรือปรากฏอยู่บนอิเล็กทรอนิกส์ และให้รู้ว่าลูกหนี้ยอมให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ซึ่งสิทธิในหลักประกันการชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของเจ้าหนี้จะมีผลใช้ยันกับลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวกับหลักประกัน ได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้มีการให้สิ่งตอบแทน (value or consideration)
2. ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันยังมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือมีอำนาจในการโอนสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน (Secured party) ดังนั้นลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันจึงไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน แต่คู่สัญญาจะตกลงให้ผู้รับหลักประกันหรือบุคคลภายนอกเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็ได้
3. ได้มีการให้ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันรับรองความถูกต้องของสัญญาหลักประกัน (authenticated a security agreement) ที่ระบุรายละเอียดของหลักประกัน หรือหลักประกันต้องไม่ใช่หลักประกันที่ได้รับการรับรองและอยู่ในความครอบครองของผู้รับหลักประกันตามมาตรา 63 หรือเป็นหลักประกันที่ได้รับการรับรองในรูปแบบการลงทะเบียนและได้ส่งมอบใบรับรองหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันตามมาตรา 8-301 หรือหลักประกัน คือ บัญชีเงินฝาก หลักฐาน

<sup>289</sup> อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 163.

<sup>290</sup> UCC § 9-102 (a) (74) "Security agreement" means an agreement that creates or provides for a security interest.

ทางอิเล็กทรอนิกส์ ทรัพย์สินเพื่อการลงทุน และสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต ซึ่งผู้รับหลักประกันมีอำนาจควบคุมภายใต้มาตรา 9-104 ถึงมาตรา 9-107<sup>291</sup>

เมื่อคู่สัญญาได้กระทำครบตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะมีผลทำให้สิทธิที่มีหลักประกันยึดติดกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทันที เว้นแต่คู่สัญญาได้ตกลงขยายระยะเวลาการยึดติดกับทรัพย์สินที่มีหลักประกันออกไปก่อน<sup>292</sup>

(2) เจ้าหนี้สามารถสร้างสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นการหมุนเวียน ซึ่งเป็นทรัพย์สินในอนาคตไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันได้รับมาใหม่ หรือได้มาแทนทรัพย์สินหลักประกันเดิมในภายหลังก็ได้ โดยทันทีที่ลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินที่ตกลงจะใช้เป็นหลักประกันตามสัญญาสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันของเจ้าหนี้จะยึดติด (Attachment) เข้ากับทรัพย์สินนั้นโดยอัตโนมัติ ซึ่งคู่สัญญาไม่ต้องมีการทำสัญญากันใหม่ แต่หากทรัพย์สินที่ตกลงจะใช้เป็นหลักประกัน เป็นสินค้าที่ใช้หรือซื้อมาเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนบุคคลหรือใช้ในครัวเรือนเป็นหลัก

<sup>291</sup> UCC § 9-203 (b) [Enforceability]

Except as otherwise provided in subsection (c) through (i), a security interest is enforceable against the debtor and third parties with respect to the collateral only if :

(1) value has been given;

(2) the debtor has rights in the collateral or the power to transfer rights in the collateral to a secured party; and

(3) one of the following conditions is met:

(A) the debtor has authenticated a security agreement that provides a description of the collateral and, if the security interest covers timber to be cut, a description of the land concerned;

(B) the collateral is not a certificated security and is in the possession of the secured party under Section 9-313 pursuant to the debtor's security agreement;

(C) the collateral is a certificated security in registered form and the security certificate has been delivered to the secured party under Section 8-301 pursuant to the debtor's security agreement; or

(D) the collateral is deposit accounts, electronic paper, investment property, or letter-of-credit rights, and the secured party has control under Section 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107 pursuant to the debtor's security agreement.

<sup>292</sup> UCC § 9-203 (a) [Attachment.]

A security interest attaches to collateral when it becomes enforceable against the debtor with respect to the collateral, unless an agreement expressly postpones the time of attachment.

ซึ่งเรียกว่า “สินค้าอุปโภคบริโภค”<sup>293</sup> จะกลายเป็นหลักประกันได้เฉพาะทรัพย์สินที่ได้มาภายใน 10 วันหลังจากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้ให้สิ่งตอบแทน (ปล่อยสินเชื่อ) ส่วนทรัพย์สินที่ได้มาภายหลังจากนั้น ไม่อาจเป็นหลักประกันได้ นอกจากนี้การทำสัญญาหลักประกันให้เจ้าหนี้มีสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินที่เป็นสิทธิเรียกร้องในมูลละเมิดทางการค้า (Commercial tort claim)

### 3.3.2 การก่อตั้งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับการก่อตั้งสัญญาหลักประกันทางธุรกิจตาม UCC การยึดติด (Attachment) ของสิทธิในหลักประกัน (Security Interest) เข้ากับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 9-203 (a) จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่ได้กำหนดไว้ 3 ประการ โดยทั้ง 3 ประการจะต้องเกิดขึ้นครบถ้วนจึงจะก่อให้เกิดการยึดติดสิทธิในหลักประกันเข้ากับตัวทรัพย์สินได้ หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไปอาจส่งผลให้การยึดติดไม่มีผลสมบูรณ์ และส่งผลให้การทำ Perfection ไม่เกิดผลด้วยซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่อยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้มีประกัน โดยองค์ประกอบที่ทำให้สิทธิในหลักประกันยึดติดเข้ากับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้อย่างสมบูรณ์และมีผลบังคับใช้ระหว่างคู่สัญญาและบุคคลภายนอก จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการดังนี้

(1) มีการทำสัญญาหลักประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาหลักประกันจะเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งบ่งบอกถึงมูลหนี้ระหว่างกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้ ชื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ ทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ และลูกหนี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในมูลหนี้ที่มีอยู่ต่อกัน, ทรัพย์สินที่จำนองหรือจำนำจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันรับรองความถูกต้องของสัญญาหลักประกัน (authenticating) ตามมาตรา 9-203 (b)(3) ซึ่งได้มีการกล่าวไปแล้ว รวมถึงเหตุแห่งการบังคับหลักประกัน และเงื่อนไขเพิ่มเติมอื่น ๆ ก็ได้ ซึ่งคู่สัญญาอาจทำสัญญาประกันการชำระหนี้เป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) ลงลายมือชื่อของลูกหนี้ซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาหลักประกัน หรือผู้รับมอบอำนาจในการลงนามแทนลูกหนี้ (signed or authenticated by the debtor) หรือคู่สัญญาอาจตกลงทำในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้ตกลงยินยอมให้เจ้าหนี้ครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอย่างต่อเนื่อง คู่สัญญาก็ไม่ต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เจ้าหนี้ผู้อ้างว่ามีสิทธิในหลักประกันจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า แม้จะไม่มีสัญญาหลักประกันเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างกรณีส่วนใหญ่ แต่เมื่อพิจารณาจากเงินกู้ที่ปรากฏเป็นรายการ วิธีการชำระเงิน และการชำระหนี้อื่น ๆ รวมถึงหลักฐานอื่น ๆ เช่น

<sup>293</sup> UCC § 9-102 (a) (23) "Consumer goods" means goods that are used or bought for use primarily for personal, family, or household purposes.

สินค้าคงคลังที่เป็นหลักประกันซึ่งทำเป็นหนังสือ (written inventories of collateral) การพิสูจน์รูปพรรณของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง (identification of collateral in one way or another) และการยื่นงบการเงินต่อศาล (financing statements) ซึ่งสามารถแสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ต้องการให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้นก็เป็นการเพียงพอแล้ว<sup>294</sup>

โดยรายที่สำคัญที่สุดในสัญญาหลักประกัน คือ รายการที่ว่าด้วยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน คู่สัญญาจะต้องอธิบายให้ชัดเจนโดยต้องระบุรายการเฉพาะ (specific listing) หมวดหมู่ (category) ประเภทของหลักประกันที่กำหนดไว้ใน UCC ปริมาณ เอกลักษณ์หรือลักษณะของหลักประกัน (ถ้ามี)<sup>295</sup> แต่หากคู่สัญญาได้กำหนดเอกลักษณ์หรือลักษณะเอาไว้อย่างเป็นกลาง (objectively determines) ซึ่งในบางครั้งศาลจะรับฟังหลักฐานเพื่อแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์หรือลักษณะของหลักประกันเป็นอย่างไร ตัวอย่างเช่น หากลูกหนี้นำสินค้าคงคลังทั้งหมดที่ตั้งอยู่ที่โรงงานทั้งหมดมาเป็นประกันการชำระหนี้ ศาลจะให้คู่สัญญานำสืบเกี่ยวกับสิ่งที่ตั้งอยู่โรงงานนั้นในเวลาที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาหลักประกันเพื่อกำหนดลักษณะของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือในกรณีที่นำรถบรรทุกมาเป็นประกันการชำระหนี้เพียงแต่ตกลงว่า “ 1998 Mack Truck ที่มีหมายเลขประจำเครื่อง AB7777” ก็เป็นการเพียงพอแล้วแม้หมายเลขตัวเครื่องจะเป็น AB7888 ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามในข้อตกลงต้องชัดเจนว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของรถบรรทุกเพียงคนเดียวและคู่สัญญาตั้งใจที่สร้างหลักประกันในรถบรรทุกดังกล่าว ดังนั้น จะมีหลายกรณีที่อาจจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่น ๆ เพื่อกำหนดลักษณะของหลักประกัน กล่าวคือ ไม่ได้หมายความว่า

<sup>294</sup> James J. White and Robert S. UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition. St. Paul : WEST PUBLISHING CO., 2000. P. 751.

<sup>295</sup> UCC § 9-108 (b) [Examples of reasonable identification.]

Except as otherwise provided in subsection (d), a description of collateral reasonably identifies the collateral if it identifies the collateral by:

- (1) specific listing;
- (2) category;
- (3) except as otherwise provided in subsection (e), a type of collateral defined in [the Uniform Commercial Code];
- (4) quantity;
- (5) computational or allocational formula or procedure; or
- (6) except as otherwise provided in subsection (c), any other method, if the identity of the collateral is objectively determinable.

ว่า ศาลจะต้องรับฟังคำให้การเกี่ยวกับเจตนาเฉพาะของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ หรือในการใช้ข้อความเฉพาะเจาะจงเท่านั้น รายการของหลักประกันที่ถูกระบุโดยการนำสืบก็เป็นหลักประกันในสัญญาหลักประกันได้เช่นเดียวกัน เป็นต้น หรือข้อตกลงให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันหนี้สินทุกประเภท เช่น หนี้ในอนาคต (future advances) หรือการกู้ยืมเพื่อการค้า (commercial loans) หากไม่มีข้อตกลงดังกล่าวศาลจะตีความให้หลักประกันเป็นประกันหนี้เฉพาะหนี้ประเภทที่ตกลงทำสัญญาหลักประกันเท่านั้น<sup>296</sup> นอกจากนี้หากทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันรวมถึงทรัพย์สินที่ลูกหนี้จะได้อีกในอนาคต ก็จะต้องมีการระบุถ้อยคำ Now owned or hereafter acquired หรือข้อความที่มีความหมายทำนองเดียวกันไว้ในสัญญาหลักประกันด้วย มิฉะนั้นทรัพย์สินที่จะเป็นประกันก็จะไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาภายหลังการทำสัญญา เว้นแต่ในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นสินค้ำคงคลัง และบัญชีลูกหนี้ จะรวมถึงทรัพย์สินที่จะได้อีกในอนาคตด้วยเสมอ

(2) เจ้าหนี้ได้ชำระหนี้เป็นการตอบแทนให้แก่ลูกหนี้ (value has been given) ต้องพิจารณาว่าเจ้าหนี้ได้ชำระหนี้ต่างตอบแทนให้แก่ลูกหนี้หรือไม่ เช่น หากมีการขอสินเชื่อ เจ้าหนี้ต้องส่งมอบเงินกู้ให้แก่ลูกหนี้ ซึ่งหากเจ้าหนี้ไม่ได้กระทำการดังกล่าว สิทธิในหลักประกันย่อมไม่มีทางยึดติดกับทรัพย์สินที่ลูกหนี้เอามาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ แม้ลูกหนี้จะทำสัญญามอบสิทธิ หรือส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้<sup>297</sup>

(3) ลูกหนี้จะต้องมีสิทธิในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน กล่าวคือ ลูกหนี้ต้องมีกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในขณะนั้น ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นเพียงผู้ครอบครองทรัพย์สินไว้แทนบุคคลอื่นทำให้ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน สัญญาหลักประกันก็จะไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา สิทธิในทรัพย์สินหลักประกันจึงไม่ยึดติดกับตัวทรัพย์สิน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจึงไม่มีสิทธิที่บังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ว่าทางใด แม้ว่าลูกหนี้จะทำสัญญามอบสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ก็ตาม

เมื่อสิทธิในหลักประกันได้เกิดขึ้นแล้วก็จะตกติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมอ แม้ว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะถูกแปรสภาพเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นก็ตาม แต่เงินที่ได้จากการขาย การให้เช่า การให้ใบอนุญาต การแลกเปลี่ยน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะถูกสิทธิในหลักประกันยึดติดกับเงินดังกล่าวเป็นช่วงระยะเวลา 20 วัน ซึ่งเจ้าหนี้

<sup>296</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 753 - 754.

<sup>297</sup> อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 163.

จะต้องดำเนินการยื่นงบการเงินที่เกี่ยวกับทรัพย์สินหลักประกันเดิม (financing statement) ต่อสำนักงานที่มีการยื่นงบการเงิน (the office in which the financing statement has been filed) เพื่อให้สิทธิในหลักประกันยึดติดไปกับตัวเงินที่ได้มาจากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากไม่ดำเนินการการยึดติดจะมีอยู่เพียง 20 วันเท่านั้น เมื่อถึงวันที่ 21 การยึดติดจะสิ้นสุดลงทันที<sup>298</sup>

### 3.3.3 คู่สัญญาในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ

ส่วนการประกันหนี้ตาม The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้รับหลักประกัน หรือ Secured party ซึ่งกฎหมายได้มีการนิยามผู้รับหลักประกันเอาไว้ว่าเป็นบุคคลที่ได้รับสิทธิในหลักประกันซึ่งถูกสร้างหรือจัดหามาให้ภายใต้สัญญาหลักประกันไม่ว่าจะมีภาระผูกพันหรือหนี้ที่ค้างชำระที่จะต้องได้รับหลักประกันหรือไม่ก็ตาม หรือเป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรม (Agricultural lien) หรือบุคคลที่เป็นผู้ส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้รับฝากขายตามสัญญาฝากขายสินค้า (Consignor) หรือบุคคลที่รับซื้อบัญชี รับซื้อตราสารซึ่งบันทึกสิ่งที่เป็นหลักฐานเกี่ยวกับหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตราและสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง (Chattel paper) รับซื้อ Payment intangible (หมายถึง สิ่งที่ไม่มีตัวตนทั่วไปภายใต้บัญชีของลูกหนี้ซึ่งหนี้หลักเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับการเงิน ตามมาตรา 9-102(a)(61)) การรับซื้อตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory note) ทรัสต์ ตัวแทน หรือตัวแทนหลักทรัพย์สินประกัน หรือผู้แทนที่ได้รับสิทธิในหลักประกันซึ่งถูกสร้างหรือจัดหามาให้ภายใต้สัญญาหลักประกัน<sup>299</sup> จะเห็นได้ว่า

<sup>298</sup> UCC § 9-315 SECURED PARTY'S RIGHTS ON DISPOSITION OF COLLATERAL AND IN PROCEEDS.

<sup>299</sup> UCC § 9-102 (a) (73) "Secured party" means:

(A) a person in whose favor a security interest is created or provided for under a security agreement, whether or not any obligation to be secured is outstanding;

(B) a person that holds an agricultural lien;

(C) a consignor;

(D) a person to which accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes have been sold;

(E) a trustee, indenture trustee, agent, collateral agent, or other representative in whose favor a security interest or agricultural lien is created or provided for; or

(F) a person that holds a security interest arising under Section 2-401, 2-505, 2-711(3), 2A-508(5), 4-210, or 5-118.

กฎหมายได้เปิดกว้างให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้โดยไม่มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลประเภทใดเข้าเป็นคู่สัญญา

ส่วนผู้ให้หลักประกันตาม The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเปิดกว้างบุคคลที่มีผลประโยชน์นอกเหนือจากสิทธิในหลักประกันหรือภาระผูกพันใด ๆ ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสามารถนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ให้กับผู้รับหลักประกันได้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นลูกหนี้ตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม รวมถึงบุคคลที่เป็นผู้รับฝากขายสินค้าตามสัญญาฝากขายสินค้า (Consignee) หรือบุคคลที่ขายบัญชี ขายตราสารซึ่งบันทึกสิ่งที่เป็นหลักฐานเกี่ยวกับหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตราและสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง (Chattel paper) ขาย Payment intangible (หมายถึง สิ่งที่ไม่มีตัวตนทั่วไปภายใต้บัญชีของลูกหนี้ซึ่งหนี้หลักเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับการเงิน ตามมาตรา 9-102(a)(61)) การขายตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory note)<sup>300</sup>

เมื่อได้มีการตกลงทำสัญญาหลักประกันและหรือมีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์แล้ว สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องจะมีขึ้นตามมาตรา 9-107 ดังนี้

(1) กรณีที่ยังไม่ได้มีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ (Perfection) เมื่อได้มีการตกลงทำสัญญาหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันย่อมมีสิทธิในหลักประกันที่สามารถใช้ยื่นกับลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันของตนได้ แต่จะยังไม่สามารถยื่นกับบุคคลภายนอกได้จนกว่าจะมีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ หากลูกหนี้ได้มีการนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันกับเจ้าหนี้หลายรายโดยเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันทุกรายไม่ได้ทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ เมื่อเกิดการขัดแย้งของสิทธิในหลักประกันขึ้น เจ้าหนี้ที่มีสิทธิในหลักประกันยึดติดกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอันดับแรกย่อมมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในหลักประกันยึดติดภายหลัง

(2) กรณีที่มีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดสมบูรณ์ เมื่อเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันได้ดำเนินการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์แล้วย่อมมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่นที่ไม่

<sup>300</sup> UCC § 9-102 (a) (28) "Debtor" means :

(A) a person having an interest, other than a security interest or other lien, in the collateral, whether or not the person is an obligor;

(B) a seller of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes; or

(C) a consignee.



ดำเนินการให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ หากมีการขัดแย้งกันระหว่างเจ้าหนี้ที่ทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์แล้วต้องพิจารณาตามลำดับของการยื่น Financing Statement หรือ การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์กรณีอื่น ๆ โดยเจ้าหนี้ที่ได้ดำเนินการในเรื่องดังกล่าว ก่อนย่อมมีบุริมสิทธิอยู่ในลำดับก่อนหน้าเจ้าหนี้ที่ดำเนินการในภายหลัง ซึ่งระยะเวลาในการยื่นฟ้องหรือการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ให้ถือว่าเป็นเวลาในการดำเนินการ<sup>301</sup>

(3) สิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหนี้กับบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สิน นอกจากฝ่ายที่มีหลักประกันของ Tangible chattel paper เอกสาร สินค้า ตราสาร และหลักประกันที่ได้มีการรับรอง บุคคลภายนอกจะได้ทรัพย์สินไปโดยปราศจากภาระติดพันใด ๆ ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อไปนั้นเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในสต็อกสินค้าที่ผู้ขายมีไว้เพื่อขายตามปกติ และผู้ซื้อได้ซื้อทรัพย์สินนั้นในทำนองเดียวกับลูกค้าทั่วไป โดยผู้ซื้อได้มีการเสียค่าตอบแทน ได้รับการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยไม่รู้ว่ามิสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินนั้น และต้องได้รับทรัพย์สินนั้นก่อนที่สิทธิในหลักประกันจะเกิดผลสมบูรณ์

<sup>301</sup> UCC § 9-322 PRIORITIES AMONG CONFLICTING SECURITY INTERESTS IN AND AGRICULTURAL LIENS ON SAME COLLATERAL.

(a) [General priority rules.]

Except as otherwise provided in this section, priority among conflicting security interests and agricultural liens in the same collateral is determined according to the following rules:

(1) Conflicting perfected security interests and agricultural liens rank according to priority in time of filing or perfection. Priority dates from the earlier of the time a filing covering the collateral is first made or the security interest or agricultural lien is first perfected, if there is no period thereafter when there is neither filing nor perfection.

(2) A perfected security interest or agricultural lien has priority over a conflicting unperfected security interest or agricultural lien.

(3) The first security interest or agricultural lien to attach or become effective has priority if conflicting security interests and agricultural liens are unperfected.

(b) [Time of perfection; proceeds and supporting obligations.]

For the purposes of subsection (a)(1):

(1) the time of filing or perfection as to a security interest in collateral is also the time of filing or perfection as to a security interest in proceeds; and

(2) the time of filing or perfection as to a security interest in collateral supported by a supporting obligation is also the time of filing or perfection as to a security interest in the supporting obligation.

ผู้เช่าที่ได้รับการส่งมอบสินค้าที่เป็นหลักประกันโดยได้เสียค่าตอบแทน ได้รับการส่งมอบสินค้าที่เป็นหลักประกันโดยไม่รู้ว่ามีสิทธิในหลักประกันเหนือสินค้านั้น และต้องได้รับสินค้านั้นก่อนที่สิทธิในหลักประกันจะเกิดผลสมบูรณ์ จะได้เข้าสินค้านั้นโดยปราศจากภาระติดพันใด ๆ เหนือสินค้านั้น

ผู้รับใบอนุญาตของทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตนโดยทั่วไปหรือผู้ซื้อนอกจากฝ่ายที่มีหลักประกัน หลักประกันอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ Tangible chattel paper เอกสาร หลักประกันที่ได้มี ทรสาร การรับรองโดยผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ซื้อได้มีการเสียค่าตอบแทน ได้รับการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่รู้ว่ามีสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินนั้น และต้องได้รับทรัพย์สินนั้นก่อนที่สิทธิในหลักประกันจะเกิดผลสมบูรณ์ จะได้สิทธินั้นไปโดยปราศจากภาระติดพันใด ๆ เหนือทรัพย์สินนั้น

แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นเจ้าของที่มีสิทธิ Purchase money security interest (PMSI) ในสินค้าอุปโภคบริโภคตามสัญญาซื้อขายแบบมีเงื่อนไขได้ยื่น Financing Statement ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิใน Purchase money security interest (PMSI) ก่อนหรือภายใน 20 วันหลังจากที่ลูกหนี้ได้รับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (ได้มาจากการใช้เงินทุนของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิ Purchase money security interest (PMSI) เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน) จะมีบุริมสิทธิเหนือกว่าสิทธิของผู้ซื้อผู้เช่า หรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิยึดหน่วงซึ่งเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่สิทธิในหลักประกันยึดติดกับทรัพย์สินที่เป็นประกันและระยะเวลาของการยื่น Financing Statement ทั้งนี้ ตามมาตรา 9-317

### 3.3.4 ทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

ส่วนทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตาม The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะจัดแบ่งไปตามวิธีการในการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ (perfection of security interest) ซึ่งจะมีผลต่อลำดับบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้า โดยทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันตาม UCC Article 9 สามารถจำแนกประเภทออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

(1) ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Tangible Goods) ซึ่งได้แก่

- สินค้าอุปโภคบริโภค (Consumer Goods) หมายถึง สินค้าที่ใช้หรือซื้อเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนบุคคล ครอบครัว หรือครัวเรือน

- สินค้าคงคลัง (Inventory) หมายถึง สินค้านอกเหนือจากผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรซึ่งให้เช่าโดยบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้ให้เช่า หรือถือครองโดยบุคคลเพื่อขายหรือให้เช่าหรือจะได้รับการ

ตกแต่งภายใต้สัญญาให้บริการ (Contract of service) หรือสินค้าซึ่งตกแต่งโดยบุคคลภายใต้สัญญาให้บริการแล้ว หรือสินค้าซึ่งประกอบด้วยวัตถุดิบ หรือเป็นวัตถุดิบที่นำมาใช้หรือบริโภคในธุรกิจ

- ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร (Farm products) หมายถึง สินค้าทางการเกษตรของลูกหนี้ที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม (Farming operation) นอกเหนือจากไม้ยืนต้น ซึ่งได้แก่ พืชผลทางเศรษฐกิจที่ปลูก เจริญเติบโต หรือที่จะปลูก ได้แก่ ผลผลิตจากพืชผลบนต้นไม้ ต้นองุ่น ไม้เถา ไม้เลื้อย หรือพุ่มไม้ และผลผลิตจากพืชน้ำที่ผลิตจากการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ (aquacultural operations) เป็นต้น หรือปศุสัตว์ที่เกิดหรือยังไม่เกิด รวมถึงผลผลิตจากสัตว์น้ำที่ผลิตจากการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ หรือพืชที่ถูกนำมาใช้หรือผลิตในการประกอบอาชีพเกษตรกรรม หรือผลผลิตที่ได้จากพืชผลหรือปศุสัตว์ที่ทรงรูปแบบดั้งเดิมไว้โดยไม่มีการแปรรูปผลผลิตทางการเกษตร (unmanufactured state)

- เครื่องมือ เครื่องใช้ อุปกรณ์ (Equipment) หมายถึง สินค้าอื่น ๆ นอกจากเหนือจากสินค้าคงคลัง ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร หรือสินค้าอุปโภคบริโภค

(2) ทรัพย์สินที่มีสภาพกึ่งมีตัวตน (Quasi-Tangibles) ได้แก่

- ตราสาร (Instrument) หมายถึง ตราสารที่เปลี่ยนมือได้ (negotiable instrument) หรือหนังสือ (writing) อื่นใดที่เป็นหลักฐานแสดงถึงสิทธิในการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตรา โดยหนังสือดังกล่าวต้องไม่ใช่สัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่า และตราสารหรือหนังสือต้องเป็นประเภทที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติทางการค้าซึ่งจะถูกโอนด้วยการส่งมอบด้วยวิธีการสลักหลังหรือวิธีการโอนสิทธิในตราสารหรือหนังสือ

- เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (Documents of title)

- หลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ (Chattel paper) หมายถึง บันทึกที่เป็นพยานหลักฐานในภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน (หนี้เงิน) และสิทธิในหลักประกันในสินค้าที่เฉพาะเจาะจง รวมถึงซอฟต์แวร์และใบอนุญาตของซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้านี้ กล่าว สัญญาเช่าสินค้าที่เฉพาะเจาะจง หรือสัญญาเช่าสินค้าที่เฉพาะเจาะจง และสัญญาเช่าใบอนุญาตของซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้านี้ กล่าว ในการนี้คำว่า "ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน (หนี้เงิน)" หมายถึง ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงินที่ได้รับมาหรือที่ได้รับประกันโดยสินค้า หรือเป็นภาระผูกพันภายใต้สัญญาเช่าสินค้า และรวมไปถึงภาระผูกพันที่เป็นตัวเงินที่เกี่ยวข้องกับซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้า คำนิยามนี้ไม่รวมถึง เอกสิทธิ์ การให้สิทธิ หรือสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้หรือการให้เช่าเรือ หรือ บันทึกที่เป็นหลักฐานซึ่งแสดงถึงสิทธิในการชำระหนี้ที่เกิดจากการใช้บัตรเครดิต หรือข้อมูลที่มีอยู่บน

บัตรหรือสำหรับใช้กับบัตร หากธุรกรรมแสดงให้เห็นได้โดยบันทึก ซึ่งรวมถึงตราสาร หรือกลุ่มของบันทึกถูกนำมารวมกัน จะถือว่าเป็นหลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้

- ทรัพย์สินเพื่อการลงทุน (Investment property) หมายถึง หลักทรัพย์ไม่ว่าจะได้รับการรับรองหรือไม่ได้รับการรับรอง หรือสิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางการเงิน (security entitlement) หรือบัญชีหลักทรัพย์หรือบัญชีสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity contract) ที่ถูกดูแลโดยนายหน้าสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity intermediary) ซึ่งทำสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์กับลูกค้า (commodity customer) หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity contract) ซึ่งหมายถึง สัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (commodity futures contract) คือสัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่มีมูลค่าขึ้นอยู่กับสินทรัพย์อ้างอิง ซึ่งสามารถอ้างอิงได้กับสินทรัพย์หลายประเภท เช่น สินค้าโภคภัณฑ์ภาคเกษตรกรรม ภาคพลังงาน ภาคกลุ่มโลหะมีค่า ภาคคู่สัตว์ เป็นต้น หรือตราสารสิทธิที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อหรือผู้ถือในการซื้อหรือขายสินทรัพย์โภคภัณฑ์ในอนาคตจากผู้ขาย (commodity option) ตามกฎหมายและการกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับดูแลการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (Commodity Futures Trading Commission หรือ CFTC)

(3) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangible) ได้แก่

- บัญชีลูกหนี้

- สิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต (Letter-of-credit right) หมายถึง สิทธิในการได้รับชำระเงินหรือชำระหนี้ภายใต้เลตเตอร์ออฟเครดิต ไม่ว่าผู้รับประโยชน์จะเรียกร้องหรืออยู่ในช่วงเวลาที่มิสิทธิเรียกร้องให้ชำระเงินหรือชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม

- บัญชีเงินฝาก (Deposit account) หมายถึง เงินฝากออมทรัพย์ สมุดฝากและถอนเงินของธนาคาร (สมุดคู่ฝาก) หรือบัญชีที่คล้ายคลึงกันซึ่งเก็บรักษาไว้โดยธนาคาร ทั้งนี้ไม่รวมถึงทรัพย์สินเพื่อการลงทุน หรือบัญชีที่แสดงให้เห็นถึงตราสาร

- สิทธิเรียกร้องในมูลละเมิดทางการค้า (Commercial tort claim) หมายถึง สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดซึ่งผู้เรียกร้องเป็นองค์กร หรือเป็นบุคคลธรรมดาและสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นในการดำเนินธุรกิจหรือวิชาชีพของผู้เรียกร้องแต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเสียหายที่เป็นตัวเงินซึ่งเกิดขึ้นจากอาการบาดเจ็บส่วนบุคคล หรือความตายของบุคคลธรรมดา

- ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible) หมายถึง ทรัพย์สินส่วนบุคคลอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินดังกล่าว และทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตนทั่วไป

ภายใต้บัญชีของลูกหนี้ซึ่งหนี้หลักเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับการเงิน (Payment intangible) แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง บัญชี หรือหลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ หรือสิทธิเรียกร้องในมูลละเมิดทางการค้า หรือบัญชีเงินฝาก หรือสินค้า หรือตราสาร หรือทรัพย์สินเพื่อการลงทุน หรือสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือ เลตเตอร์ออฟเครดิต หรือเงิน และน้ำมัน ก๊าซหรือแร่ธาตุอื่นใดก่อนการสกัดเพื่อแปรสภาพ ซึ่งสินทรัพย์ดังกล่าวจะถูกจัดอยู่ในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไปนี้ด้วย

### 3.3.5 สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับการประกันหนี้ตาม The Uniform Commercial Code Article 9 นั้นนอกจาก เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันจะต้องทำสัญญาหลักประกัน (Security Agreement) ระหว่างกันแล้ว การจะให้สิทธิในหลักประกันสามารถไต่ถามบุคคลภายนอกได้เป็นการทั่วไป จะต้องมีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ (perfection of security interest) ซึ่งเป็นขั้นตอนภายหลังจากสิทธิในหลักประกันยึดติดกับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว หากไม่มีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ สิทธิในหลักประกันจะใช้อ้างยันได้ระหว่าง เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันกับลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันเท่านั้น การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์จะต้องพิจารณากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดก็ให้ใช้กฎหมายท้องถิ่นของศาลนั้น ในการควบคุมการดำเนินการ ผลกระทบของการดำเนินการหรือการไม่ดำเนินการสำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ และลำดับบุริมสิทธิของสิทธิในหลักประกัน หากลูกหนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลใดให้พิจารณาว่าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตั้งอยู่เขตอำนาจของศาลใดก็ให้ใช้กฎหมายท้องถิ่นของศาลนั้นในการควบคุมเรื่องดังกล่าว<sup>302</sup> สำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์จะมีอยู่ 4 วิธี ดังนี้

---

<sup>302</sup> UCC § 9-301 LAW GOVERNING PERFECTION AND PRIORITY OF SECURITY INTERESTS.

Except as otherwise provided in Sections 9-303 through 9-306, the following rules determine the law governing perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in collateral:

(1) Except as otherwise provided in this section, while a debtor is located in a jurisdiction, the local law of that jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a security interest in collateral.

(2) While collateral is located in a jurisdiction, the local law of that jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or nonperfection, and the priority of a possessory security interest in that collateral.

## (1) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการยื่น (Filing)

การยื่น fixture filing หมายถึง การยื่น Financing statement ที่ประกอบไปด้วยงบการเงินเบื้องต้น รวมถึง หนี้สิน หรือสินค้า หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์และผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นที่เกิดตามกฎหมายว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ (Fixture)<sup>303</sup> ต่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการรับจดทะเบียนหรือรับแจ้งเอกสาร ซึ่งเจ้าหนี้สามารถค้นหาข้อมูลและผู้อื่นสามารถยื่นเอกสารได้ในที่เดียว การยื่นดังกล่าวสามารถใช้ได้กับทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันได้เกือบทุกประเภท โดยเฉพาะถ้าทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นบัญชีลูกหนี้แต่ไม่รวมถึงบัญชีเงินฝาก หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป การยื่น Financing statement เป็นวิธีเดียวที่จะทำให้สิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินดังกล่าวเกิดผลสมบูรณ์ใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้<sup>304</sup>

สำหรับรายละเอียดที่ต้องระบุไว้ใน Financing Statement ตามมาตรา 9-502 และมาตรา 9-516 (b) จะต้องมีการระบุชื่อลูกหนี้ ระบุชื่อของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกัน หรือตัวแทนของฝ่ายที่มีหลักประกัน และรายการทรัพย์สินที่นำมาใช้เป็นหลักประกันอย่างครอบคลุม แต่หากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นน้ำมัน ก๊าซ หรือแร่ธาตุอื่น ๆ ที่สร้างขึ้นโดยลูกหนี้ที่มีสิทธิประโยชน์ในแร่ธาตุก่อนการสกัด หรือเป็นบัญชีที่เกิดจากการขายน้ำมัน ก๊าซ หรือแร่ธาตุในเมืองหรือแหล่งผลิต ซึ่งลูกหนี้มีส่วนได้เสีย หรือสินค้า หรือสินค้าที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์และผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นที่เกิดตามกฎหมายว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ นอกจากรายการดังกล่าวแล้วจะต้องมีการระบุประเภทของหลักประกันอย่างครอบคลุม หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุรายละเอียดของอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นหลักประกันที่เกี่ยวข้อง เช่น อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ภายใต้การจำนอง และถ้า

---

<sup>303</sup> UCC § 9-102 (a) (39) "Financing statement" means a record or records composed of an initial financing statement and any filed record relating to the initial financing statement.

(40) "Fixture filing" means the filing of a financing statement covering goods that are or are to become fixtures and satisfying Section 9-502(a) and (b). The term includes the filing of a financing statement covering goods of a transmitting utility which are or are to become fixtures.

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

<sup>304</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 779.

ลูกหนี้ไม่ได้มีส่วนได้เสียในอสังหาริมทรัพย์ให้ระบุชื่อเจ้าของในบันทึก<sup>305</sup> รหัสไปรษณีย์ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ ระบุว่าลูกหนี้เป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา หากเป็นนิติบุคคลต้องมีการระบุประเภทของนิติบุคคล หมายเลขทะเบียนนิติบุคคล รวมถึงเขตอำนาจศาลที่นิติบุคคลตั้งอยู่ ระบุนามสกุล (last name) ของลูกหนี้ และการเสนอค่าธรรมเนียม สำหรับลายเซ็นและที่อยู่ของคู่สัญญา แม้ว่าจะเป็นสิ่งที่มีประโยชน์แต่ก็ไม่ใช่สาระสำคัญ เนื่องจาก ผู้ค้นหาข้อมูลสามารถค้นหาที่อยู่ของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันก่อนหน้าและสันนิษฐานว่าผู้ค้นหาข้อมูลย่อมทราบที่อยู่ลูกหนี้ของตนอยู่แล้ว หากการยื่น Financing Statement ระบุรายการเอกสารไม่ครบถ้วน ดังนี้ (1) ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9-502 เช่น ละเว้นไม่ระบุชื่อของผู้รับหลักประกันใน Financing Statement การยื่นไม่มีผลแม้เจ้าหนี้ที่จะยอมรับ Financing Statement ก็ตาม (2) มีการปฏิบัติตามมาตรา 9-502 แต่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9-516 (b) เช่น ไม่ได้ระบุชื่อและที่อยู่ทางไปรษณีย์ของผู้รับหลักประกันและเจ้าหนี้ที่ปฏิเสธที่จะยอมรับเอกสารเพราะเหตุผลดังกล่าว ถือว่าการยื่นไม่มีผล (3) มีการปฏิบัติตามมาตรา 9-502 แต่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9-516 (b) แต่เจ้าหนี้ที่ยอมรับเอกสาร การยื่นมีผลสมบูรณ์ และ

---

<sup>305</sup> UCC § 9-502 CONTENTS OF FINANCING STATEMENT; RECORD OF MORTGAGE AS FINANCING STATEMENT; TIME OF FILING FINANCING STATEMENT.

(a) [Sufficiency of financing statement.]

Subject to subsection (b), a financing statement is sufficient only if it:

- (1) provides the name of the debtor;
- (2) provides the name of the secured party or a representative of the secured party; and
- (3) indicates the collateral covered by the financing statement.

(b) [Real-property-related financing statements.]

Except as otherwise provided in Section 9-501(b), to be sufficient, a financing statement that covers as-extracted collateral or timber to be cut, or which is filed as a fixture filing and covers goods that are or are to become fixtures, must satisfy subsection (a) and also:

- (1) indicate that it covers this type of collateral;
- (2) indicate that it is to be filed [for record] in the real property records;
- (3) provide a description of the real property to which the collateral is related [sufficient to give constructive notice of a mortgage under the law of this State if the description were contained in a record of the mortgage of the real property]; and
- (4) if the debtor does not have an interest of record in the real property, provide the name of a record owner.

(4) มีการปฏิบัติตามมาตรา 9-502 แต่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธที่จะยอมรับเอกสารดังกล่าวด้วยเหตุอื่น นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในมาตรา 5-516 (b) การยื่นมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่มีผู้ซื้อทรัพย์สินหักประกัน โดยเสียค่าตอบแทน<sup>306</sup> ดังนั้น การยื่นที่ระบุรายการไม่ครบถ้วนจะส่งผลให้สิทธิในหลักประกันของ เจ้าหนี้ไม่เกิดผลสมบูรณ์ไม่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ ถ้าภายหลังมีเจ้าหนี้อื่นมายื่น Financing Statement ถูกต้องตามกฎหมายเจ้าหนี้รายหลังย่อมมีสิทธิดีกว่ารายแรก<sup>307</sup>

(2) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ (Automatic Perfection) โดยทั่วไปการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์เพื่อใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้นั้น นอกเหนือจากการเข้าตกลงทำสัญญาหลักประกันซึ่งมีผลให้สิทธิในหลักประกันยึดติดกับทรัพย์สิน ที่เป็นหลักประกันแล้ว เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะต้องดำเนินการยื่น Financing Statement หรือ ดำเนินการครอบครอง (possession) เพื่อให้เกิดผลสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม UCC มาตรา 9-309 ได้ กำหนดให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ในทรัพย์สินบางประเภทโดยอัตโนมัติได้

การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ประเภทนี้จะใช้กับทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 9-309 โดยทั่วไป UCC อนุญาตให้ผู้ขายสินค้าอุปโภคบริโภค (Consumer good) หรือผู้ที่ ให้ยืมสินค้าดังกล่าวมีสิทธิในหลักประกันโดยอัตโนมัติและไม่จำเป็นต้องยื่น ในกรณีนี้ความ สมบูรณ์แบบโดยอัตโนมัติจะช่วยลดต้นทุนการทำธุรกรรมเกี่ยวกับหลักประกันจำนวนมากได้ เพราะ หากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันต้องยื่นเรื่องเกี่ยวกับการทำธุรกรรมสินเชื่อของผู้บริโภคทุกครั้ง สำนักงานที่รับการยื่น (filing offices) ก็จะรับภาระในการจัดเก็บเอกสารจำนวนมาก นอกจากนี้ ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการยื่น Financing Statement ค่อนข้างมีน้อยมาก เนื่องจาก สินค้า

<sup>306</sup> UCC § 9-520 ACCEPTANCE AND REFUSAL TO ACCEPT RECORD.

(a) [Mandatory refusal to accept record.]

A filing office shall refuse to accept a record for filing for a reason set forth in Section 9-516(b) and may refuse to accept a record for filing only for a reason set forth in Section 9-516(b).

(c) [When filed financing statement effective.]

A filed financing statement satisfying Section 9-502(a) and (b) is effective, even if the filing office is required to refuse to accept it for filing under subsection (a). However, Section 9-338 applies to a filed financing statement providing information described in Section 9-516(b)(5) which is incorrect at the time the financing statement is filed.

<sup>307</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 787.



อุปโภคบริโภคส่วนใหญ่ที่ซื้อขายแบบเงื่อนไข (conditional sales) จะเสื่อมคุณภาพและราคาลงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับเจ้าหนี้ผู้ให้กู้เงินมักไม่ค่อยพึ่งพาสินค้าดังกล่าวเป็นหลักประกัน<sup>308</sup> หรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิ Purchase money security interest (PMSI) ในสินค้าอุปโภคบริโภคตามสัญญาซื้อขายแบบมีเงื่อนไข กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิชนิดนี้จะต้องมีการให้กู้ยืมเงินทุนแก่ลูกหนี้ โดยลูกหนี้ได้ใช้เงินทุนดังกล่าวเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหลักประกัน<sup>309</sup> เมื่อเข้าองค์ประกอบดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้คนอื่น ๆ ในจำนวนเงินที่ได้ให้เงินทุนไป และบังคับได้จากสินค้าที่ได้มาจากการใช้เงินทุนของเจ้าหนี้เท่านั้นซึ่งเจ้าหนี้นี้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าสิทธิของตนมีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินส่วนนั้น ๆ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิ PMSI ในสินค้าอุปโภคบริโภคจะเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ แต่หากเป็นทรัพย์สินประเภทอื่นเจ้าหนี้นี้จะมีสิทธิดีกว่าผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายต่อเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนก่อนหรือภายใน 10 วันหลังจากวันที่ลูกหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินหลักประกันดังกล่าว

สำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติในสิ่งที่จับต้องไม่ได้ (intangible) ก่อนจะมีการปี ค.ศ. 1999 กฎหมายไม่ได้ให้การคุ้มครองสิ่งที่จับต้องไม่ได้หรือตัวสัญญาใช้เงินแม้ว่าจะมีการยื่น Financing Statement ก็ตาม ในปัจจุบันนั้น บางกรณีอาจเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ บางกรณีจะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับการโอนหลักประกันแบบเดิมซึ่งเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันจะต้องยื่น Financing statement เพื่อให้หลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ ตัวอย่างของหลักประกันที่เกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติจะมีผลเฉพาะการขาย Payment intangible (หมายถึงสิ่งที่ไม่มิตัวตนทั่วไปภายใต้บัญชีของลูกหนี้ซึ่งหนี้หลักเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับการเงิน ตามมาตรา 9-102(a)(61)) หรือการขายตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory note) หากไม่ใช่ธุรกรรมดังกล่าว เช่น การ

<sup>308</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 760.

<sup>309</sup> UCC § 9-103 PURCHASE-MONEY SECURITY INTEREST; APPLICATION OF PAYMENTS; BURDEN OF ESTABLISHING.

(a) [Definitions.] In this section:

(1) "purchase-money collateral" means goods or software that secures a purchase-money obligation incurred with respect to that collateral; and

(2) "purchase-money obligation" means an obligation of an obligor incurred as all or part of the price of the collateral or for value given to enable the debtor to acquire rights in or the use of the collateral if the value is in fact so used.

ให้สิทธิในหลักประกันหรือการโอนสิทธิสำหรับหลักประกันเพื่อการทำธุรกรรมจะอยู่ภายใต้บังคับ มาตรา 9 แต่จะไม่มีผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติตามบทบัญญัติของมาตรา 9-309 โดยความแตกต่าง ระหว่างการขายกับการให้สิทธิในหลักประกันหรือการโอนสิทธิสำหรับหลักประกัน คือ “การขาย” ส่วนมากจะเป็นการขายบัญชีทางการค้าของลูกค้านี้ตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาפקเตอร์ริง ซึ่งมีผล ทำให้ผู้ขายหรือลูกค้านี้สิ้นสิทธิใ้ละเบียด ๆ ในกรณีทีลูกค้านี้ตามบัญชีไม่ชำระเงินโดยสิทธิเรียกร้อง ทั้งหมดของผู้ขายหรือลูกค้านี้จะถูกโอนไปยังผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาפקเตอร์ริง ในทาง กลับกันหากเป็นการ “ให้กู้ยืม” บัญชีทางการค้าของลูกค้านี้ ลูกค้านี้อาจถูกขอให้ลงนามในหนังสือ และให้นำสิทธิในหลักประกันของบัญชีทางการค้าที่มีอยู่มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตาม หนังสือดังกล่าว ทำให้ลูกค้านี้มีหนี้ที่ต้องชำระตามหนังสือจนกว่าจะครบถ้วนโดยไม่คำนึงว่าบัญชี ที่นำมาเป็นหลักประกันนั้นจะเพียงพอสำหรับการชำระหนี้หรือไม่<sup>310</sup> เป็นต้น ดังนั้นหากเป็นกรณี ตามมาตรา 9-309 สิทธิในหลักประกันจะเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ ไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการยื่น Financing statement แต่อย่างใด

(3) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการครอบครอง (Perfection by Possession)

นอกเหนือจากการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติแล้ว ความ สมบูรณ์แบบโดยทั่วไปต้องมีการดำเนินการบางอย่าง เช่น การยื่น Financing Statement เพื่อเป็น การแจ้งสิทธิของผู้ที่มีหลักประกันต่อหน่วยงานของรัฐ มาตรา 9-313 จึงกำหนดให้สิทธิใน หลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการครอบครองได้ ซึ่งสามารถใช้ได้กับทรัพย์สินที่มีตัวตนทุก ประเภท ทรัพย์สินเสมือนมีตัวตน ประเภทตราสารเปลี่ยนมือ ตราสารการลงทุน เงิน หรือ Tangible chattel paper (หมายถึง บันทึกรูปที่เป็นหลักฐานเกี่ยวกับหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตราและสิทธิใน หลักประกันในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยข้อมูลดังกล่าวจะถูกจัดเก็บไว้ในสิ่งที่มีตัวตนและ จับต้องได้เท่านั้น) โดยการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวที่ได้รับการรับรองไว้ในความครอบครอง เจ้าหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้และลูกค้าไม่จำเป็นต้องทำสัญญาหลักประกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือบันทึก การรับรองความถูกต้องอื่น ๆ ก็สามารถใช้งบบังคับได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 9-203 (b)(3)(B) ดังนั้น การ ครอบครองของเจ้าหนี้จะก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ คือ การมีผลบังคับใช้ (enforceability) ตาม มาตรา 9-203 และการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ (perfection) ตามมาตรา 9-313

<sup>310</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 767.

สำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์กรณีนี้จะใช้กับหลักประกันประเภทที่สามารถมองเห็น จับต้องและเคลื่อนที่ได้ มีรูปลักษณ์ทางกายภาพที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิอย่างชัดเจน จึงทำให้บัญชีและสิ่งที่ยึดต้องไม่ได้โดยทั่วไป (general intangible) ไม่สามารถเกิดผลสมบูรณ์ได้โดยการครอบครอง แม้ว่าจะมีการรวบรวมข้อมูลของสิ่งที่ยึดต้องไม่ได้ และรายการข้อมูลอื่นใดที่แสดงถึงวัตถุแห่งสิทธิของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างก็ตาม เจ้าหนี้ก็จะไม่มีสิทธิในหลักประกันในบัญชีดังกล่าว หรือทรัพย์สินที่ยึดต้องไม่ได้โดยทั่วไป แต่เมื่อไม่มีวัตถุแห่งสิทธิที่แสดงถึงผลประโยชน์ในทรัพย์สินซึ่งระบุความเป็นเจ้าของ การครอบครองจึงไม่สามารถเป็นวิธีการที่สร้างความสมบูรณ์ของสิทธิในหลักประกันของทรัพย์สินดังกล่าวได้

การครอบครองมีบทบาทน้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับกรอื่น Financing Statement เพราะ แม้จะเป็นทรัพย์สินที่สามารถครอบครองได้ตามมาตรา 9-313 แต่ลูกหนี้เพียงไม่กี่รายที่สามารถส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับสิทธิในหลักประกันที่เกิดผลสมบูรณ์เนื่องจาก ส่วนมากลูกหนี้จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ เครื่องมือ หรือสินค้าคงคลังในการประกอบธุรกิจของตน หากมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้แล้วลูกหนี้ก็ไม่อาจใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวได้ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการจำนำจึงไม่เหมาะสมกับการปฏิบัติทางการค้าสมัยใหม่ ดังนั้น การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการครอบครองจึงเหมาะสมกับหลักประกันบางประเภทโดยเฉพาะและเฉพาะกับลูกหนี้บางรายเท่านั้น<sup>311</sup>

(4) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม (Perfection by Control)

ตามมาตรา 9-314 สิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินเพื่อการลงทุน (investment) อาทิเช่น หุ้น (property) stocks) หุ้นกู้ (bonds) บัญชีการลงทุนที่ขอเปิดบัญชีกับบริษัทซื้อขายหลักทรัพย์ (brokerage account) เป็นต้น บัญชีเงินฝาก (deposit accounts) สิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือ electronic chattel paper (คือ บันทึกที่เป็นหลักฐานเกี่ยวกับหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตรา และสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยข้อมูลดังกล่าวจะถูกจัดเก็บไว้ในสื่อกลางอิเล็กทรอนิกส์) อาจทำให้เกิดผลสมบูรณ์ได้โดยการควบคุม การจะพิจารณาว่าทรัพย์สินใดต้องใช้การควบคุมต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้หรือเป็นสิ่งที่จับต้องได้ หากเป็นทรัพย์สินที่จับต้องได้ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ (3) สิทธิในหลักประกันจะเกิดผลสมบูรณ์ได้

<sup>311</sup> James J. White and Robert S, UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition, supra note 173, P. 769 - 771.

โดยการครอบครองเท่านั้น ถ้าเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ สิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินดังกล่าวซึ่งไม่มีวัตถุแห่งสิทธิที่จำเป็นสำหรับการครอบครองย่อมไม่สามารถทำให้สิทธิเกิดผลสมบูรณ์ได้ด้วยการครอบครอง แต่จะสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินเหล่านี้จะเกิดผลสมบูรณ์ได้ด้วยการควบคุมภายใต้มาตราดังต่อไปนี้<sup>312</sup>

1. การควบคุมบัญชีเงินฝาก ฝ่ายที่มีหลักประกันที่จะสามารถควบคุมบัญชีเงินฝากได้ ต้องเป็น ธนาคารที่ดูแลบัญชีเงินฝากดังกล่าว โดยลูกหนี้ ฝ่ายที่มีหลักประกัน และธนาคารได้ตกลงในบันทึกที่รับรองความถูกต้องว่าธนาคารจะปฏิบัติตามคำสั่งที่มาจากฝ่ายที่มีหลักประกันซึ่งสั่งให้โอนการครอบครองเงินในบัญชีเงินฝากได้ โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมในอนาคตของลูกหนี้อีกต่อไป หรือปรากฏว่าฝ่ายที่มีหลักประกันกลายเป็นลูกค้ำของธนาคารที่มีความสัมพันธ์กับบัญชีเงินฝาก เมื่อปฏิบัติครบถ้วนแล้วและฝ่ายที่มีหลักประกันได้เข้าควบคุม (หมายถึง การที่ฝ่ายที่มีหลักประกันมีสิทธิโดยเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่ต้องส่งมอบการครอบครองหลักประกัน) แล้วย่อมเกิดผลสมบูรณ์ทันทีและฝ่ายที่มีหลักประกันสามารถควบคุมบัญชีเงินฝากได้ แม้ว่าลูกหนี้จะยังคงมีสิทธิในการจัดการเงินจากบัญชีเงินฝากก็ตาม<sup>313</sup>

2. การควบคุม electronic chattel paper ฝ่ายที่มีหลักประกันจะสามารถควบคุม electronic chattel paper ได้หากระบบที่ใช้เพื่อเป็นหลักฐานในการโอนผลประโยชน์ใน electronic

<sup>312</sup> UCC § 9-314 PERFECTION BY CONTROL.

(a) [Perfection by control.]

A security interest in investment property, deposit accounts, letter-of-credit rights, or electronic chattel paper may be perfected by control of the collateral under Section 9-104, 9-105, 9-106, or 9-107.

<sup>313</sup> UCC § 9 -104 CONTROL OF DEPOSIT ACCOUNT.

(a) [Requirements for control.]

A secured party has control of a deposit account if:

(1) the secured party is the bank with which the deposit account is maintained;

(2) the debtor, secured party, and bank have agreed in an authenticated record that the bank will comply with instructions originated by the secured party directing disposition of the funds in the deposit account without further consent by the debtor; or

(3) the secured party becomes the bank's customer with respect to the deposit account.

(b) [Debtor's right to direct disposition.]

A secured party that has satisfied subsection (a) has control, even if the debtor retains the right to direct the disposition of funds from the deposit account.

chattel paper ได้กำหนดให้ฝ่ายที่มีหลักประกันเป็นบุคคลที่ได้รับโอนสิทธิ โดยระบบดังกล่าวต้องเป็นบันทึกที่ประกอบด้วยหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งถูกสร้าง จัดเก็บ และระบุในลักษณะที่สำเนาบันทึกที่เชื่อถือได้เพียงฉบับเดียวซึ่งสามารถระบุตัวตนได้ สำเนาที่เชื่อถือได้ต้องระบุฝ่ายที่มีหลักประกันว่าผู้รับโอนสิทธิตามบันทึก และได้รับการเก็บรักษาโดยฝ่ายที่มีหลักประกันหรือผู้รับฝากที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้เก็บรักษา สำหรับการแก้ไขสำเนาดังกล่าวสามารถระบุได้อย่างง่ายดายว่าได้รับอนุญาตหรือไม่ได้รับอนุญาต แต่ถ้าเป็นการแก้ไขที่เพิ่มหรือเปลี่ยนแปลงตัวของผู้ได้รับโอนสิทธิที่ระบุไว้ในสำเนาจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากฝ่ายที่มีหลักประกันเท่านั้น<sup>314</sup>

3. การควบคุมทรัพย์สินเพื่อการลงทุน (investment property) บุคคลมีอำนาจควบคุมหลักทรัพย์ที่ได้รับการรับรอง (certificated security) หลักทรัพย์ที่ไม่มีการรับรอง หรือ สิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางการเงิน (security entitlement) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 8-106 หรือบัญชีหลักทรัพย์ หรือสัญญาสินค้าโภคภัณฑ์ หรือบัญชีสินค้าโภคภัณฑ์ โดยฝ่ายที่มีหลักประกันเมื่อมีการควบคุมสิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางการเงินทั้งหมดที่ดำเนินการในบัญชีหลักทรัพย์แล้วจะมีอำนาจ

<sup>314</sup> UCC § 9-105 CONTROL OF ELECTRONIC CHATTEL PAPER.

(a) [General rule: control of electronic chattel paper.] A secured party has control of electronic chattel paper if a system employed for evidencing the transfer of interests in the chattel paper reliably establishes the secured party as the person to which the chattel paper was assigned.

(b) [Specific facts giving control.] A system satisfies subsection (a) if the record or records comprising the chattel paper are created, stored, and assigned in such a manner that:

(1) a single authoritative copy of the record or records exists which is unique, identifiable and, except as otherwise provided in paragraphs (4), (5), and (6), unalterable;

(2) the authoritative copy identifies the secured party as the assignee of the record or records;

(3) the authoritative copy is communicated to and maintained by the secured party or its designated custodian;

(4) copies or amendments that add or change an identified assignee of the authoritative copy can be made only with the consent of the secured party;

(5) each copy of the authoritative copy and any copy of a copy is readily identifiable as a copy that is not the authoritative copy; and

(6) any amendment of the authoritative copy is readily identifiable as authorized or unauthorized.

ควบคุมเหนือบัญชีหลักทรัพย์นั้น<sup>315</sup> ซึ่งสิทธิในหลักประกันในทรัพย์สินเพื่อการลงทุนจะเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมทันทีนับจากวันที่ฝ่ายที่มีหลักประกันได้รับการควบคุมและจะมีผลสมบูรณ์โดยการควบคุมต่อไปจนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ฝ่ายที่มีหลักประกันสิ้นอำนาจควบคุม และประการสอง เกิดสิ่งใดสิ่งหนึ่งดังนี้ ก. ถ้าหลักประกันเป็นหลักประกันที่ได้รับการรับรองเมื่อลูกหนี้ได้รับการครอบครองในหลักทรัพย์ดังกล่าวแล้ว ข. ถ้าหลักประกันเป็นหลักประกันที่ไม่มีใบรับรอง เมื่อผู้ออกหลักทรัพย์ได้จดทะเบียนลูกหนี้เป็นเจ้าของหลักทรัพย์ซึ่งได้ลงทะเบียนแล้ว ค. ถ้าหลักประกันเป็นสิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางการเงิน เมื่อลูกหนี้เป็นหรือกลายเป็นผู้ถือสิทธิดังกล่าว (entitlement holder) เมื่อครบหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการแล้วสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้นี้ย่อมสิ้นสุดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมทันที<sup>316</sup>

4. การควบคุมสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต ฝ่ายที่มีหลักประกันสามารถควบคุมสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิตในขอบเขตของสิทธิในการชำระเงินหรือการชำระหนี้ของผู้ออกตราสารหรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จ่ายเงิน หากผู้ออกหรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จ่ายเงิน

<sup>315</sup> UCC § 9-106 CONTROL OF INVESTMENT PROPERTY.

(a) [Control under Section 8-106.]

A person has control of a certificated security, uncertificated security, or security entitlement as provided in Section 8-106.

(c) [Effect of control of securities account or commodity account.]

A secured party having control of all security entitlements or commodity contracts carried in a securities account or commodity account has control over the securities account or commodity account.

<sup>316</sup> UCC § 9-314. PERFECTION BY CONTROL.

(c) [Investment property: time of perfection by control; continuation of perfection.]

A security interest in investment property is perfected by control under Section 9-106 from the time the secured party obtains control and remains perfected by control until:

(1) the secured party does not have control; and

(2) one of the following occurs:

(A) if the collateral is a certificated security, the debtor has or acquires possession of the security certificate;

(B) if the collateral is an uncertificated security, the issuer has registered or registers the debtor as the registered owner; or

(C) if the collateral is a security entitlement, the debtor is or becomes the entitlement holder.

ยินยอมให้มีการโอนสิทธิของการดำเนินการในเลตเตอร์ออฟเครดิตตามมาตรา 5-114(c) หรือกฎหมายหรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง<sup>317</sup>

สิทธิในหลักประกันในบัญชีเงินฝาก electronic chattel paper หรือสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิตจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อฝ่ายที่มีหลักประกันได้รับการควบคุมเท่านั้น และความสมบูรณ์จะมีอยู่ตลอดเวลาที่ฝ่ายที่มีหลักประกันยังคงมีสิทธิควบคุม<sup>318</sup>

### 3.4 สิทธิพลัดสิทธิ์ที่กฎหมายรับรองให้นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับสิทธิพลัดสิทธิ์ที่จะสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามกฎหมายต่างประเทศได้จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองความมียุ่ของสิทธิพลัดสิทธิ์ และต้องมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาถึงความหมายและลักษณะของสิทธิพลัดสิทธิ์โดยศึกษาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเรียกว่า US Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act (URVCBA) และด้วยกฎหมาย Revised Payment Services Act of Japan (PSA) หรือ Virtual Currency Law ของประเทศญี่ปุ่น พร้อมกับการศึกษาสถานะความเป็นทรัพย์สินของสิทธิพลัดสิทธิ์ตามกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ เพื่อให้ทราบและนำไปวิเคราะห์กับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยต่อไป

#### 3.4.1 ความหมายและลักษณะของสิทธิพลัดสิทธิ์

สำหรับความหมายของสิทธิพลัดสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะไม่ได้เรียกว่า คริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลว่าเป็นสิทธิพลัดสิทธิ์เหมือนกับประเทศไทย เพราะ สิทธิพลัดสิทธิ์ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกานั้นหมายถึง รายการอิเล็กทรอนิกส์ที่บุคคลมีสิทธิหรือมีส่วนได้เสียอยู่ ความหมายนี้ไม่รวมถึง สิทธิพลัดสิทธิ์หรือหนี้สินที่ใช้อ้างอิง เว้นแต่

<sup>317</sup> UCC § 9-107. CONTROL OF LETTER-OF-CREDIT RIGHT.

A secured party has control of a letter-of-credit right to the extent of any right to payment or performance by the issuer or any nominated person if the issuer or nominated person has consented to an assignment of proceeds of the letter of credit under Section 5-114(c) or otherwise applicable law or practice.

<sup>318</sup> UCC § 9-314. PERFECTION BY CONTROL.

(b) [Specified collateral: time of perfection by control; continuation of perfection.]

A security interest in deposit accounts, electronic chattel paper, or letter-of-credit rights is perfected by control under Section 9-104, 9-105, or 9-107 when the secured party obtains control and remains perfected by control only while the secured party retains control.

ตัวสินทรัพย์หรือหนี้สินนั้นจะเป็นรายการอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นคำนิยามตามกฎหมาย Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA) แต่จะเรียกคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลว่าเงินเสมือน โดยในการประชุมคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเพื่อความสอดคล้องของกฎหมายมลรัฐ หรือ The Uniform Law Commission (ULC) หรือที่เรียกว่า National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) ได้มีการเสนอให้มีการร่างกฎหมายต้นแบบเพื่อการกำกับดูแลผู้ให้บริการเงินเสมือน ซึ่งต่อมาได้มีการจัดตั้งเป็นคณะกรรมการเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายและได้ออกกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจเงินเสมือน หรือที่เรียกว่า US Uniform Regulation of Virtual Currency Businesses Act หรือ URVCBA โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างโครงสร้างทางกฎหมายสำหรับการควบคุมของธุรกิจเงินเสมือน (virtual currency business activity) ของบุคคลที่เสนอบริการหรือผลิตภัณฑ์แก่ผู้พักอาศัยในมลรัฐที่ออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายนี้ต้องการให้มีการออกใบอนุญาตและกำหนดกฎระเบียบที่รอบคอบ รวมทั้งข้อกำหนดในการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับธุรกิจที่มีการให้บริการและผลิตภัณฑ์ ได้แก่ การให้บริการซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินเสมือนเป็นเงินสด เงินฝากธนาคาร หรือเงินเสมือนอื่น ๆ หรือการโอนเงินเสมือนจากลูกค้ารายหนึ่งไปยังบุคคลอื่น หรือให้บริการดูแลทรัพย์สินหรือให้บริการฝากทรัพย์สินหรือสินทรัพย์ (รวมถึงที่ยอมรับว่าเป็นเงินเสมือน) ภายใต้การควบคุมหรือการจัดการของผู้ให้บริการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดกฎระเบียบที่ชัดเจนและเหมาะสมกับธุรกิจเงินเสมือนซึ่งเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้บริโภคที่ใช้ผลิตภัณฑ์และบริการเงินเสมือนและต่อผู้ให้บริการว่าจะได้รับการควบคุมอย่างเป็นธรรมเช่นเดียวกับผู้ให้บริการและผู้บริโภคในผลิตภัณฑ์ทางการเงินอื่น ๆ โดยสาระสำคัญของ URVCBA มีดังนี้

- URVCBA ได้กำหนดคำนิยามของเงินเสมือน (Virtual currency) ว่าเป็นวิธีการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลซึ่งถูกใช้เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน (medium of exchange) หรือเป็นหน่วยทางบัญชี (unit of account) หรือเป็นที่เก็บมูลค่า (store of value) และไม่ใช้การชำระหนี้ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการชำระหนี้ตามกฎหมายใดหรือไม่ก็ตาม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงธุรกรรมใด ๆ ที่ผู้ขายมอบให้เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการเสริมสร้างความสัมพันธ์หรือเพื่อเป็นรางวัลตอบแทนโดยไม่สามารถนำมาหรือแลกเปลี่ยนกับผู้ขายเพื่อชำระหนี้ตามกฎหมาย เครดิตธนาคารหรือเงินเสมือน และการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ออกโดยผู้สร้างและในนามของผู้สร้างและใช้



เฉพาะภายในเกมออนไลน์ เกมแพลตฟอร์ม หรือตระกูลเกมต่าง ๆ ที่เสนอขายโดยผู้สร้างรายเดียวกัน หรือนำเสนอบนเกมแพลตฟอร์มเดียวกัน<sup>319</sup>

- URVCBA ได้ถูกออกแบบมารวบรวมธุรกิจเงินเสมือนที่มีความคล้ายคลึงกับธุรกิจบริการทางการเงินเพื่อสร้างกฎหมายในการกำกับดูแลและควบคุมธุรกิจดังกล่าว โดยธุรกิจเงินเสมือน (Virtual currency) ภายใต้กฎหมายฉบับนี้หมายถึง ธุรกิจที่ให้บริการแลกเปลี่ยน การโอน หรือการจัดเก็บเงินเสมือน หรือการมีส่วนร่วมในการจัดการเงินเสมือนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยผ่านข้อตกลงกับบุคคลที่มีอำนาจควบคุมเงินเสมือนแต่เพียงผู้เดียวภายใต้ข้อตกลงหรือสัญญากับบุคคลอื่น หรือในนามของบุคคลอื่น ซึ่งจะเรียกว่า ผู้ให้บริการควบคุมเงินเสมือน (Virtual-currency control-services vendor) ธุรกิจที่ถือครองโลหะมีค่าทางอิเล็กทรอนิกส์ (electronic precious) หรือถือครองใบรับรองหรือหนังสือสำคัญทางอิเล็กทรอนิกส์ (electronic certificates) ที่แสดงถึงผลประโยชน์ในโลหะมีค่าในนามของบุคคลอื่น หรือการออกหุ้นหรือตราสารอิเล็กทรอนิกส์ที่แสดงถึงผลประโยชน์ในโลหะมีค่า การแลกเปลี่ยนมูลค่าทางดิจิทัล (digital representation of value) ที่ใช้ภายในเกมออนไลน์ เช่น เกม World of Warcraft (WoW) หรือเกมแพลตฟอร์ม หรือตระกูลเกมต่าง ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้อย่างน้อยหนึ่งรายการหรือมากกว่า 1. สำหรับเงินเสมือนที่ออกโดยผู้สร้างและในนามของผู้สร้างรายเดียวกันซึ่งได้รับการแสดงมูลค่าทางดิจิทัลแบบดั้งเดิม หรือ 2. สำหรับการชำระหนี้ตามกฎหมาย หรือสินเชื่อนาการภายนอกเกมออนไลน์ เกมแพลตฟอร์ม หรือตระกูลเกมต่าง ๆ ที่เสนอขายโดยผู้สร้างรายเดียวกัน หรือนำเสนอบนเกมแพลตฟอร์มเดียวกันซึ่งได้รับการแสดงมูลค่าทางดิจิทัลแบบดั้งเดิม<sup>320</sup>

<sup>319</sup> URVCBA § 102 (23) “Virtual currency”:

(A) means a digital representation of value that:

- (i) is used as a medium of exchange, unit of account, or store of value; and
- (ii) is not legal tender, whether or not denominated in legal tender; and

(B) does not include:

- (i) a transaction in which a merchant grants, as part of an affinity or rewards program, value that cannot be taken from or exchanged with the merchant for legal tender, bank credit, or virtual currency; or
- (ii) a digital representation of value issued by or on behalf of a publisher and used solely within an online game, game platform, or family of games sold by the same publisher or offered on the same game platform.

<sup>320</sup> URVCBA § 102 (25) “Virtual-currency business activity” means:

สำหรับความหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลตาม URVCBA นั้นไม่ได้ใช้คำว่า สินทรัพย์ดิจิทัล เหมือนกับของประเทศไทยตามที่ดังกล่าวไปแล้วแต่จะใช้คำว่า เงินเสมือน แทนซึ่งส่วนมากคำว่า เงินเสมือนจะถูกพูดถึงอย่างมากในระดับองค์กรระหว่างประเทศเพื่อใช้เรียกแทนคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล และมีความหมายที่กว้างมากกว่าสินทรัพย์ดิจิทัล จากความหมายที่ได้กล่าวไปในข้างต้นจะเห็นได้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งก็คือ คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลตามกฎหมายของประเทศไทย ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงินเสมือนด้วย

สำหรับประเทศญี่ปุ่นเมื่อมีมูลค่าการซื้อขายเงินเสมือนมากกว่าหลายล้านเยนต่อวัน และมีร้านค้าจำนวนมากได้ให้ความสนใจและยอมรับการชำระเงินเสมือนแทนเงินสด หน่วยงาน Financial Services Agency (FSA) จึงได้ขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินและการลงทุนของธนาคารในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีมากขึ้นเพื่อส่งเสริมการใช้เงินเสมือนในญี่ปุ่น

แต่ภายหลังจากการที่ MT.GOX ซึ่งเป็นหนึ่งในบริษัทผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนซื้อขาย Bitcoin ที่ใหญ่ที่สุดในโลกได้อ้างว่าบริษัทถูกฉ้อโกงเงินเสมือน Bitcoin ประมาณ 850,000 เหรียญ ที่ถือไว้เพื่อตนเองและในนามของลูกค้า ส่งผลให้บริษัท MT.GOX ล้มละลาย ในปี ค.ศ. 2014 เนื่องจากการบริหารจัดการไม่เหมาะสมเป็นผลให้ทรัพย์สินของบริษัทหรือของลูกค้าหายไป และรัฐบาลญี่ปุ่นได้ตระหนักถึงความเสี่ยงจากการฟอกเงินและการกระทำความผิดอื่น ๆ โดยใช้เงินเสมือน จึงเกิดการรวมกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำ 7 ประเทศ (Group of Seven: G7) ซึ่งประกอบด้วย สหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดา ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี และญี่ปุ่น เพื่อพัฒนานโยบายและมาตรการเพื่อรับมือกับการฟอกเงินโดยใช้เงินเสมือนเป็นเครื่องมือกระทำความผิด รวมถึงป้องกันการคุกคาม

(A) exchanging, transferring, or storing virtual currency or engaging in virtual- currency administration, whether directly or through an agreement with a virtual-currency control-services vendor;

(B) holding electronic precious metals or electronic certificates representing interests in precious metals on behalf of another person or issuing shares or electronic certificates representing interests in precious metals; or

(C) exchanging one or more digital representations of value used within one or more online games, game platforms, or family of games for:

(i) virtual currency offered by or on behalf of the same publisher from which the original digital representation of value was received; or

(ii) legal tender or bank credit outside the online game, game platform, or family of games offered by or on behalf of the same publisher from which the original digital representation of value was received.

ต่อระบบการเงินในปัจจุบัน โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเงินเสมือนต้องมีการจดทะเบียนหรือขอรับใบอนุญาตจากรัฐ ต่อมาญี่ปุ่นจึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อกำกับเงินเสมือนและผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินเสมือน

ในการนั้นรัฐบาลญี่ปุ่นจึงได้เริ่มพัฒนากฎระเบียบใหม่สำหรับคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้แนวทางของ Financial Action Task Force (FATF) โดยหน่วยงานกำกับดูแลบริการทางการเงินของญี่ปุ่นหรือ Financial Service Agency (FSA) เป็นคณะทำงานศึกษาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งในปี ค.ศ. 2015 หน่วยงานได้มีรายงานขั้นสุดท้ายของคณะทำงาน เสนอให้ผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินเสมือนต้องอยู่ภายใต้ระบบการจดทะเบียนและการกำกับดูแล เนื่องจาก การแลกเปลี่ยนเงินเสมือนเป็นช่องทางเข้าสู่ระบบการเงินช่องทางหนึ่งโดยการแลกเปลี่ยนเงินเสมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ ซึ่งการแลกเปลี่ยนต้องกระทำผ่านผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินเสมือนโดยมีเงื่อนไขว่าสามารถแลกเปลี่ยนเงินเสมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ได้ที่เครื่องแลกเปลี่ยนเงินเสมือน ในขณะที่ขบวนการทำธุรกรรมซึ่งรวมถึงการซื้อขาย การเป็นตัวกลาง นายหน้า ตัวแทน หรือกองทุนที่รับดูแลผลประโยชน์ทรัพย์สิน ระหว่างเงินเสมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ก็มีความเสี่ยงจากความล้มเหลวของผู้ให้บริการหรือการสูญหายของลูกค้ำในกระบวนการซื้อขาย และการจัดเก็บรักษา รวมถึงความเสี่ยงจากการไม่มีกฎหมายเพื่อกำกับทำให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่ถูกต้องและเพียงพอแก่ลูกค้ำ นอกจากนี้ยังมีการแนะนำกฎหมายที่เกี่ยวกับนโยบายด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism; AML/CFT) ของเงินเสมือนเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ใช้บริการแลกเปลี่ยนและซื้อขายเงินเสมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ เช่น การระบุตัวตนและการยืนยันตัวตนของลูกค้ำสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินเสมือน สร้างระบบตรวจสอบตัวตนของลูกค้ำ บันทึกการทำธุรกรรมและเก็บรักษาบันทึกดังกล่าว การรายงานธุรกรรมที่น่าสงสัยว่ากระทำผิดต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำกับดูแล และการพัฒนากฎระเบียบภายในองค์กร รวมถึงการฝึกอบรมพนักงานและแต่งตั้งเจ้าหน้าที่รับผิดชอบปฏิบัติการตามหน้าที่<sup>321</sup>

ต่อมาประเทศญี่ปุ่นจึงได้ออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแลเงินเสมือน โดย FSA ได้ยื่นเสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไข Payment Service Act (PSA) ต่อกระทรวงเทคโนโลยีข้อมูลและการ

<sup>321</sup> Financial System Council (December, 2015), Strategies for Reforming Japanese Payment Systems, Retrieved January 31, 2021, from [https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/singie\\_kinyu/20160621-2/01.pdf](https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/singie_kinyu/20160621-2/01.pdf), P. 29.

สื่อสารแห่งประเทศญี่ปุ่น ซึ่งได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 2015 และการแก้ไขดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ เมษายน ค.ศ. 2017 1 ซึ่งก็คือ Revised Payment Services Act of Japan (PSA) โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

- การให้ความหมายของ เงินเสมือน ว่าหมายถึง ทรัพย์สินมีค่าที่จำกัดเฉพาะที่ถูกบันทึกไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หรือวัตถุอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งไม่รวมถึงสกุลเงินของประเทศญี่ปุ่น เงินตราต่างประเทศ หรือเป็นสินทรัพย์ที่อ้างอิงกับเงินตรา (Currency-Denominated Assets) ซึ่งสามารถใช้กับบุคคลโดยไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อวัตถุประสงค์ในการจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการซื้อหรือการเช่าสินค้า หรือรับการให้บริการ และสามารถซื้อและขายได้โดยบุคคลที่ไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งเป็นคู่สัญญา และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีค่าถูกบันทึกในระบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถทำการถ่ายโอนได้ด้วยการประมวลผลข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงทรัพย์สินมีค่าที่สามารถแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันกับสิ่งที่กำหนดไว้โดยมีบุคคลที่ไม่ระบุรายชื่อทำหน้าที่เป็นคู่สัญญา และสามารถถ่ายโอนได้ด้วยระบบประมวลผลข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>322</sup>

- การกำกับดูแลธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินเสมือน โดย PSA ได้ให้คำจำกัดความ ธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินเสมือนว่าเป็นการดำเนินการใด ๆ ในทางการค้าที่เกี่ยวกับการซื้อและขายเงินเสมือนหรือแลกเปลี่ยนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้หรือเงินเสมือนอื่น หรือการเป็นตัวกลาง นายหน้า หรือตัวแทนสำหรับการซื้อและขายเงินเสมือนหรือแลกเปลี่ยนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้หรือเงินเสมือนอื่น หรือผู้จัดการเงินตราหรือเงินเสมือนของผู้ใช้บริการหรือผู้รับเงินตราหรือเงินเสมือนที่เกี่ยวข้องกับการซื้อและขายเงินเสมือนหรือแลกเปลี่ยนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้หรือเงินเสมือน

<sup>322</sup> PSA, Article 2 (5) The term "Virtual Currency" as used in this Act means any of the following:

(i) property value (limited to that which is recorded on an electronic device or any other object by electronic means, and excluding the Japanese currency,

foreign currencies, and Currency-Denominated Assets; the same applies in the following item) which can be used in relation to unspecified persons for the purpose of paying consideration for the purchase or leasing of goods or the receipt of provision of services and can also be purchased from and sold

to unspecified persons acting as counterparties, and which can be transferred by means of an electronic data processing system; and

(ii) property value which can be mutually exchanged with what is set forth in the preceding item with unspecified persons acting as counterparties, and which can be transferred by means of an electronic data processing system.

อื่น หรือตัวกลาง นายหน้า หรือตัวแทนสำหรับการซื้อและขายเงินเสมือนหรือแลกเปลี่ยนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้หรือเงินเสมือนอื่น<sup>323</sup>

ต่อมาเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม ปี ค.ศ. 2019 สภาไดเอทแห่งชาติ (The National Diet) ในฐานะองค์กรสูงสุดแห่งชาติ และเป็นองค์กรสำคัญหนึ่งเดียวในการตรากฎหมายของรัฐ หรือก็คือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติของญี่ปุ่น (The Japanese national legislature) ได้ผ่านร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Payment Service Act (PSA) และ Financial Instruments and Exchange Act (FIEA) ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2019 และจะมีผลบังคับใช้ภายใน 1 ปีนับจากวันที่ประกาศใช้ โดยจะนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญและเป็นพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับวิธีการควบคุมสินทรัพย์คริปโต (crypto assets) ในญี่ปุ่น ซึ่งประเด็นสำคัญจากการแก้ไขมีดังนี้<sup>324</sup>

- สินทรัพย์คริปโตบางรายการที่ดำเนินการผ่านเทคโนโลยีการจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายอำนาจ (distributed ledger technologies) เช่น บล็อกเชน จะถูกควบคุมโดยถือว่าเป็นหลักทรัพย์ประเภทที่ 1 ดังนั้นการชักชวนและเสนอขายสินทรัพย์คริปโต (Initial Coin Offerings) ให้กับนักลงทุนญี่ปุ่นจะต้องมีการตรวจสอบและจัดทำเอกสารโครงการอย่างรอบคอบตามกฎหมาย ซึ่งนายหน้า และตัวแทนเกี่ยวกับเครื่องมือทางการเงินจะต้องจดทะเบียนเป็นประเภทที่ 1 (Type 1 financial instrument broker-dealer registration) ภายใต้กฎหมายของ FIEA

- ธุรกิจควบคุมทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับคริปโต หรือธุรกิจที่ให้บริการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินทรัพย์คริปโต จะต้องอยู่ภายใต้การออกใบอนุญาตและอยู่ภายใต้กฎหมายและข้อห้ามต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการซื้อขายและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

<sup>323</sup> PSA, Article 2 (7) The term "Virtual Currency Exchange Service" as used in this Act means carrying out any of the following acts in the course of trade, and the term "Exchange of Virtual Currency, etc." as used in this Act means the acts set forth in items (i) and (ii):

- (i) purchase and sale of a Virtual Currency or exchange with another Virtual Currency;
- (ii) intermediary, brokerage or agency services for the act set forth in the preceding item; and
- (iii) management of users' money or Virtual Currency, carried out by persons in connection with their acts set forth in the preceding two items.

<sup>324</sup> Tsuguhito Omagari, Yuki Sako (December 2, 2019), Japan's New Crypto Regulation: 2019 Amendments to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act of Japan, Retrieved January 31, 2021, from <https://www.jdsupra.com/legalnews/japan-s-new-crypto-regulation-2019-20866/>

- เปลี่ยนชื่อคำศัพท์จาก เงินเสมือน เป็น สินทรัพย์คริปโท (crypto assets) ซึ่งเดิม PSA ใช้คำว่า เงินเสมือน เพื่ออ้างถึงสกุลเงินดิจิทัลต่าง ๆ แต่ภายใต้การแก้ไขปี ค.ศ. 2019 ได้เปลี่ยนเป็น สินทรัพย์คริปโท เพื่อให้คำศัพท์เป็นที่ยอมรับในระดับสากลมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้ สินทรัพย์คริปโทของลูกค้านั้นจะต้องแยกออกจากทรัพย์สินของผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนสินทรัพย์คริปโท และเก็บรักษาไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็น (cold wallet) ยกเว้นในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่ออำนวยความสะดวกในการแลกเปลี่ยนที่ราบรื่น แต่สินทรัพย์ของลูกค้านั้นที่เก็บไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็นหรือดึงออกมาใช้จะต้องไม่เกิน 5 เปอร์เซ็นต์ ของมูลค่ารวมจากสินทรัพย์คริปโทของลูกค้านั้นทั้งหมดที่อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ให้บริการแลกเปลี่ยน และต้องเก็บแยกไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็นต่างหากซึ่งลูกค้ามีสิทธิเหนือเจ้าหนี้รายอื่น<sup>325</sup>

#### 3.4.2 สินทรัพย์ดิจิทัลในสถานะทรัพย์สินตามกฎหมาย

สำหรับสถานะการเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายไทย ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์ตามหลักกฎหมายแล้วพบว่าสินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายของประเทศไทย ส่วนการเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี จากการศึกษาจะพบการอธิบายไว้ดังนี้

ตามรายงาน Legal statement on cryptoassets and smart contracts ของ UK Jurisdiction Taskforce (UKJT) ได้มีการตั้งคำถามว่า สินทรัพย์คริปโท เป็นทรัพย์สินหรือไม่ เพราะ หากเป็นทรัพย์สินแล้ว สิทธิในทรัพย์สินจะได้รับการยอมรับจากคนทั้งโลก กลับกันหากเป็นเพียงบุคคล สิทธิจะได้รับการยอมรับจากผู้ที่มีความสัมพันธ์กันทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรการที่สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินต้องพิจารณาความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แสดงถึงอำนาจที่กฎหมายยอมรับให้ใช้บังคับเหนือสิ่งนั้นได้ โดยความสัมพันธ์ขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับอำนาจเหนือสิ่งนั้น ก็คือ กรรมสิทธิ์ หรือความเป็นเจ้าของในสิ่งหนึ่งซึ่งจะมีสิทธิที่จะควบคุมและแสวงประโยชน์ หรือการกีดกันบุคคลอื่นไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับสิ่งนั้นได้ หรือการครอบครองและการควบคุมทางกายภาพในทรัพย์สินที่จับต้องได้ก็เป็นการแสดงออกถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายเหนือสิ่งนั้นได้เช่นกัน

<sup>325</sup> Katsuhiko Fujihira, Seth M. Graham (February 20, 2020), Japanese FinTech Regulations Set for Further Changes in 2020, Retrieved January 31, 2021, from <https://www.mofo.com/resources/insights/200220-japanese-fintech-regulations.html>

สำหรับคำจำกัดความโดยทั่วไปของทรัพย์สินในกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักร ไม่ได้มีการกำหนดเอาไว้ แต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาของผู้พิพากษาเป็นกรณี ๆ ไป โดยจะพิจารณาว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นทรัพย์สินหรือไม่ โดยคำพิพากษาของ Lord Wilberforce ซึ่งเป็นผู้พิพากษาได้มีการอธิบายถึงลักษณะที่จำเป็นของทรัพย์สินไว้ในคดี National Provincial Bank Ltd v Ainsworth [1965] A.C. 1175 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า Mr และ Mrs Ainsworth คู่สามีภริยาที่มีลูกด้วยกัน 4 คน โดยอาศัยอยู่ที่ Milward Road, Hasting, Sussex ซึ่ง Mr Ainsworth เป็นเจ้าของทะเบียน ต่อมาได้ย้ายออกจากบ้าน โดยทิ้งให้ภริยาและลูก ๆ อาศัยอยู่ในบ้านต่อไปโดยไม่เสียค่าเช่าซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงการแยกทางกัน จนถึงในปี 2501 Mr Ainsworth ได้กู้ยืมเงินเบิกเงินเกินบัญชีจากธนาคารจำนวน 1,000 ปอนด์ โดยมีบ้านมาจำนองเป็นหลักประกัน เพื่อนำเงินมาใช้ในธุรกิจ Hastings Car Mart Ltd ของตนซึ่งก่อตั้งเมื่อปลายปี 2502 และต่อมาในปี 2505 ธุรกิจดังกล่าวได้ขาดสภาพคล่องทางการเงินทำให้ไม่สามารถชำระเงินให้กับธนาคารต่อได้ ธนาคารจึงได้ขอครอบครองบ้านแต่ Mrs Ainsworth ปฏิเสธที่จะออกจากบ้านที่เป็นหลักประกัน เพราะ ยืนยันว่าเธอมีผลประโยชน์ในบ้านที่เป็นหลักประกันจึงได้นำสู่การฟ้องร้องคดีนี้ คดีจึงมีประเด็นว่าธนาคารสามารถอ้างสิทธิในการเข้าครอบครองบ้านได้หรือไม่ สภานิติบัญญัติ (The House of Lords) ได้ตัดสินว่า ภริยาไม่มีผลประโยชน์ในการสั่งห้ามมิให้ธนาคารเข้าครอบครอง เนื่องจากผลประโยชน์ที่จะอ้างได้ต้องเป็นกรรมสิทธิ์ ส่วนข้อตกลงการแยกทางของสามีภริยาที่อนุญาตให้ภริยาอยู่ในบ้านเป็นเพียงใบอนุญาตซึ่งเป็นบุคคลสิทธิโดยไม่ใช้กรรมสิทธิ์ ดังนั้น Mrs Ainsworth จึงไม่มีผลประโยชน์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ในบ้านที่เป็นหลักประกันตาม The Land Registration Act 2002 เธอจึงไม่สามารถต่อต้านการครอบครองของธนาคารได้<sup>326</sup> ดังนั้น สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินจะต้องมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แสดงถึงอำนาจที่กฎหมายยอมรับให้ใช้บังคับเหนือสิ่งนั้นได้ เช่น กรรมสิทธิ์ หรือการครอบครอง นอกจากนั้นต้องระบุตัวตนได้โดยบุคคลภายนอกสามารถระบุตัวตนหรือสามารถสันนิษฐานตัวตนได้ อีกทั้งต้องมีความแน่นอน ความพิเศษ การควบคุม และความสามารถในการโอนสิทธิสำหรับสิทธิในทรัพย์สิน

สำหรับสินทรัพย์คริปโทจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แสดงถึงอำนาจที่กฎหมายยอมรับให้ใช้บังคับเหนือสิ่งนั้นได้ 2 ประการ ได้แก่ กรรมสิทธิ์ว่าใครเป็นเจ้าของ และวิธีการโอนกรรมสิทธิ์

<sup>326</sup> Law Teacher (June 17, 2019), National Provincial Bank v Ainsworth [1965] A.C. 1175, Retrieved January 31, 2021, from <https://www.lawteacher.net/cases/national-provincial-v-ainsworth.php>

ประการแรก กรรมสิทธิ์ บุคคลที่ได้รับการรับรู้และการควบคุมกุญแจส่วนตัว (Private key) ตามวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย จะถือว่าเป็นเจ้าของสินทรัพย์คริปโท ในลักษณะเช่นเดียวกับ บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินที่จับต้องได้ชอบด้วยกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นเจ้าของ อย่างไรก็ตามความเจ้าของกรรมสิทธิ์ยังขึ้นอยู่กับเหตุการณ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น

- บุคคลอาจถือกุญแจในนามของบุคคลอื่น เช่น นายจ้างหรือลูกจ้างหรือในฐานะผู้รับฝากทรัพย์สิน หรือคนกลาง ซึ่งในกรณีความเป็นเจ้าของจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยหน่วยงาน

- สินทรัพย์คริปโทอาจมีหลายกุญแจซึ่งในกรณีนี้อาจมีการแบ่งแยกความเป็นเจ้าของระหว่างผู้ถือที่ครอบครองกุญแจแต่ละราย

- บุคคลที่ได้รับกุญแจส่วนตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น บุคคลที่โจรกรรมกุญแจส่วนตัวจากคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ถือว่าเป็นเจ้าของที่ชอบด้วยกฎหมาย

- การใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการระบุตัวตนของเจ้าของสินทรัพย์คริปโท เนื่องจากการทำธุรกรรมในบล็อกเชนเกิดขึ้นโดยอ้างอิงเฉพาะการระบุที่อยู่ตามกุญแจส่วนตัวเท่านั้นซึ่งไม่มีการระบุชื่อบุคคลตามกฎหมาย นอกจากนี้บัญชีธุรกรรมในระบบบล็อกเชนก็ไม่ได้มีการระบุตัวตนของเจ้าของสินทรัพย์คริปโทซึ่งเป็นหลักฐานที่แสดงได้ว่าบุคคลใดเป็นเจ้าของสินทรัพย์คริปโท

ประการสอง วิธีการโอนกรรมสิทธิ์ สินทรัพย์คริปโทนั้นถูกแสดงไว้โดยพารามิเตอร์ข้อมูลหนึ่งคู่ ซึ่งพารามิเตอร์แรกก็คือกุญแจสาธารณะที่มีข้อมูลเข้ารหัสเกี่ยวกับสินทรัพย์นั้น ส่วนพารามิเตอร์ที่สองคือกุญแจส่วนตัว ในการโอนสินทรัพย์คริปโทภายในระบบผู้โอนจะต้องมีการเขียน Script ไว้บนเครือข่ายบล็อกเชน ซึ่ง Script ก็คือ รายการคำสั่งที่บันทึกไว้พร้อมกับธุรกรรมแต่ละรายการ มีลักษณะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการสร้างธุรกรรมบนบล็อกเชน โดยเฉพาะ เพื่อสร้างบันทึกการโอนรวมถึงรายละเอียดของผู้รับโอน จากนั้นผู้โอนต้องพิสูจน์ความเป็นเจ้าของด้วยการลงลายเซ็นดิจิทัลที่ถูกสร้างจากกุญแจส่วนตัว เมื่อถึงตอนนั้นแล้วสินทรัพย์คริปโทจะเชื่อมต่อกับกุญแจส่วนตัวของผู้รับโอน จึงทำให้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้รับโอนแต่เพียงผู้เดียว และเมื่อมีการบันทึกธุรกรรมในบัญชีธุรกรรมแล้ว หากผู้โอนพยายามจะดำเนินการโอนสินทรัพย์ดังกล่าวซ้ำอีกครั้งจะไม่ได้รับการยอมรับจากฉันทมติของระบบบล็อกเชน แต่อย่างไรก็ตามจนกว่าธุรกรรมจะได้รับการตรวจสอบสิทธิ์ตามฉันทมติและประกาศให้บุคคลในระบบทราบ



และถูกบันทึกในบัญชีธุรกรรม ก็คงมีความเสี่ยงที่ผู้โอนจะทำการโอนสินทรัพย์คริปโทครั้งที่สอง และธุรกรรมนั้นได้รับการยอมรับตามฉันทามติและถูกบันทึกในบัญชีธุรกรรมก่อนการโอนครั้งแรก ทำให้ผู้รับโอนคนแรกถูกปฏิเสธจากฉันทามติของระบบ ซึ่งตามหลักการทั่วไปของกฎหมาย บุคคลที่ไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในสิ่งของนั้นจะไม่สามารถมอบโอนกรรมสิทธิ์ให้กับบุคคลอื่นได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วผู้โอนสินทรัพย์คริปโทเมื่อได้ทำการโอนให้แก่ผู้รับโอนแล้วย่อมไม่มีกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์คริปโทอีกจึงไม่สามารถโอนสินทรัพย์คริปโทให้แก่บุคคลอื่นได้อีก และสำหรับผู้รับโอนคนแรกโดยหลักของกฎหมายแล้วจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์คริปโท แต่จากเทคโนโลยีทำให้เกิดปัญหา คือ ผู้รับโอนคนแรกไม่สามารถใช้สิทธิในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์เรียกคืนสินทรัพย์คริปโทจากผู้รับโอนคนหลังที่ธุรกรรมได้รับการตรวจสอบสิทธิ์ตามฉันทามติ และถูกบันทึกในบัญชีธุรกรรมก่อนการโอนครั้งแรก เนื่องจาก เทคโนโลยีบล็อกเชนจะไม่สามารถแก้ไขข้อมูลที่บันทึกไปแล้วได้ หากมีการแก้ไขเกิดขึ้นก็จะสามารถค้นพบข้อผิดพลาดได้ทันที

เมื่อพิจารณาประเด็นข้างต้นแล้ว สินทรัพย์คริปโทมีความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แสดงถึงอำนาจที่กฎหมายยอมรับให้ใช้บังคับเหนือสิ่งนั้นได้ และระบุตัวตนได้โดยบุคคลภายนอกสามารถระบุตัวตนหรือสามารถสันนิษฐานตัวตนได้ผ่านกุญแจส่วนตัวของเจ้าของ นอกจากนี้สินทรัพย์คริปโทยังมีความคงทนถาวรเหมือนกับสินทรัพย์ทางการเงินทั่วไปจึงทำให้สินทรัพย์คริปโทมีคุณสมบัติของทรัพย์สินตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>327</sup>

ในประเทศเกาหลีใต้ศาลฎีกาได้ตัดสินให้ยึด Bitcoin ประมาณ 191 Bitcoin จากจำเลยที่ได้กระทำความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กทางออนไลน์และได้รับค่าตอบแทนจากการให้บริการด้วย Bitcoin นอกเหนือจากโทษจำคุก โดยศาลฎีกาได้พิพากษาว่า “คริปโทเคอร์เรนซีถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่อาจยึดได้ในการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญา โดยถือเป็นผลตอบแทนที่ได้รับจากการขายสินค้า”<sup>328</sup> ซึ่งเป็นการกลับคำพิพากษาของศาลล่างที่เคยตัดสินว่า “คริปโทเคอร์เรนซีไม่สามารถยึดได้ เพราะมันอยู่ในรูปแบบของไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่มีวัตถุทางกายภาพ ซึ่งแตกต่างจากเงินสด คริปโทเคอร์เรนซีไม่สามารถกำหนดมูลค่ามาตรฐานได้” ต่อมาศาลแขวงซูวอน (The Suwon

<sup>327</sup> UK Jurisdiction Taskforce (2019, November), “Legal statement on cryptoassets and smart contracts,” supra note 3, p. 11 - 16.

<sup>328</sup> Samburaj Das (May 30, 2018), “Korea’s Supreme Court Order Seizure of \$1.4 Million in Bitcoin in Criminal Case,” Retrieved January 31, 2021, from <https://www.ccn.com/koreas-supreme-court-orders-seizure-of-1-4-million-in-bitcoin-in-criminal-case/>

District Court in South Korea) ได้ตัดสินตามคำพิพากษาของศาลฎีกาโดยให้เหตุผลว่า “ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดอาญาไม่ได้หมายความรวมถึงเฉพาะสินค้าเท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมถึงเงินสด เงินฝาก หุ้น และทรัพย์สินอื่น ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจด้วย เมื่อ Bitcoin สามารถเปลี่ยนเป็นเงินตราผ่านการแลกเปลี่ยน สามารถใช้เป็นวิธีการชำระหนี้กับพ่อค้าบางรายได้ ดังนั้นควรถือว่ามันมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ”<sup>329</sup>

ในปี 2019 ศาลพาณิชย์ระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (Singapore International Commercial Court) ได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับสถานะความเป็นทรัพย์สินของคริปโทเคอร์เรนซีเป็นครั้งแรกในคดี B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd [2019] SGHC(I) 3 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า B2C2 Ltd ซึ่งเป็นบริษัทที่ให้บริการทางการเงินที่ได้รับการควบคุมซึ่งตั้งอยู่ในประเทศสหราชอาณาจักร ทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการการซื้อขายผ่านตลาดต่อรองที่ไม่ได้ดำเนินการในตลาดหลักทรัพย์กลาง ซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายสามารถซื้อขายแบบตัวต่อตัวโดยไม่จำเป็นต้องผ่านคนกลางที่เป็นบุคคลที่สามผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ (Over-The-Counter/ OTC market maker) ทำให้สามารถต่อรองราคาได้ตามที่ ต้องการ ผู้จัดการความเสี่ยง (Risk manager) รวมทั้งผู้ให้บริการสภาพคล่อง (liquidity) สำหรับตลาดคริปโทเคอร์เรนซี ได้ตกลงทำสัญญาเข้าเป็นสมาชิกกับ Quoine Ltd ซึ่งเป็นบริษัทเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการเงิน หรือการนำเทคโนโลยีมาประยุกต์ใช้ในธุรกิจการเงิน (Fintech) ที่ให้บริการระบบซื้อขายแลกเปลี่ยน และบริการทางการเงินยุคใหม่ที่ขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยีบล็อกเชน เพื่อให้ B2C2 Ltd สามารถทำการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีกับคู่ค้ารายอื่นบนแพลตฟอร์มการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีกับอัตโนมัติของ Quoine Ltd ด้วยการเริ่มต้นซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีสกุลเงินหนึ่งเพื่อแลกเปลี่ยนกับคริปโทเคอร์เรนซีอีกสกุลเงินหนึ่ง ซึ่งต่อมาเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายเทคนิคของ Quoine Ltd ตรวจสอบแล้วพบว่าเกิดข้อผิดพลาดขึ้นกับระบบแพลตฟอร์มจึงทำให้การทำธุรกรรมซื้อขายของ B2C2 Ltd เกิดการย้อนกลับ ทั้งที่ข้อตกลงในสัญญาการเป็นสมาชิกจะกำหนดเงื่อนไขว่าการซื้อขายนั้นไม่สามารถย้อนกลับได้ (irreversible) B2C2 Ltd จึงฟ้องว่า การกระทำของ Quoine Ltd ถือเป็นการละเมิดสัญญาระหว่าง B2C2 Ltd และ Quoine Ltd ที่เกี่ยวกับการเข้าเป็นสมาชิกในแพลตฟอร์ม ซึ่ง Quoine Ltd ได้แย้งว่า ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสัญญาดังกล่าว ในที่สุดศาลก็ตัดสินว่า การย้อนกลับธุรกรรมซื้อขายเป็นการละเมิดสัญญาดังกล่าว โดยคำพิพากษาของศาลใน

<sup>329</sup> Sead Fadilpašić (February 1, 2018), “South Korean Court Recognizes Bitcoin’s Economic Value,” Retrieved January 31, 2021, from <https://cryptonews.com/news/south-korean-court-recognizes-bitcoin-s-economic-value-1134.htm>

คดีได้มีการเข้าไปตัดสินในประเด็นที่ว่า คริปโทเคอร์เรนซีเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งหรือไม่ โดย Simon Thorley JJ ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีได้ให้เหตุผลว่า “แม้คริปโทเคอร์เรนซีจะไม่ใช้การชำระหนี้ตามกฎหมาย (legal tender) ในมุมมองของการเป็นสกุลเงินที่มีการควบคุมซึ่งถูกออกโดยรัฐบาล แต่ก็มีลักษณะพื้นฐานของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นสิ่งที่มีมูลค่าที่สามารถระบุตัวตนได้” เนื่องจาก คริปโทเคอร์เรนซีความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่แสดงถึงอำนาจที่กฎหมายยอมรับให้ใช้บังคับเหนือสิ่งนั้นได้ เช่น กรรมสิทธิ์ หรือการครอบครอง และสามารถระบุตัวตนได้โดยบุคคลภายนอก หรือสามารถสันนิษฐานตัวตนได้ อีกทั้งต้องมีความแน่นอน ความคงทน ความมั่นคง หรือการควบคุมและความสามารถในการโอนสิทธิสำหรับสิทธิในทรัพย์สินตามคำพิพากษาในคดี National Provincial Bank Ltd v Ainsworth [1965] A.C. 1175 ที่ได้กล่าวไปข้างต้น<sup>330</sup>

ต่อมาในปี 2020 ศาลสูงนิวซีแลนด์ (The New Zealand High Court) ก็ได้ตัดสินคดี Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation) [2020] NZHC 728 ว่าคริปโทเคอร์เรนซีในฐานะสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า Cryptopia Ltd ซึ่งเป็นผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีที่ช่วยให้เจ้าของบัญชีสามารถซื้อขายคู่ซื้อสกุลเงินคริปโทเคอร์เรนซีระหว่างกันได้ โดยระบบจะทำการเก็บรักษาฐานข้อมูลที่แสดงรายชื่อของผู้ถือบัญชีและสินทรัพย์ดิจิทัลของลูกค้าที่ใช้สำหรับการแลกเปลี่ยนไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล หรือบัญชีดิจิทัล ซึ่ง Cryptopia Ltd จะได้รับรายได้จากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการซื้อขาย การฝากและการถอนโดยลูกค้า โดยกระเป๋าตังค์ดิจิทัลจะได้รับการปกป้องด้วยการเข้ารหัส (encryption) ซึ่ง Cryptopia Ltd จะเก็บรักษากุญแจส่วนตัวไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเท่านั้น (ลูกค้าเจ้าของบัญชีไม่สามารถเข้าถึงกุญแจส่วนตัวได้) แต่อย่างไรก็ตามในปี 2019 เซิร์ฟเวอร์ของ Cryptopia Ltd ได้ถูกเข้าถึงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกโจรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีประมาณ 30 ล้านดอลลาร์ นิวซีแลนด์ ผู้ถือหุ้นของ Cryptopia Ltd ได้มีการตกลงให้บริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี และผู้ชำระบัญชีได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอหารือเกี่ยวกับคำถาม 2 ประเด็นที่เกี่ยวกับการจัดหมวดหมู่และการกระจายสินทรัพย์ในการชำระบัญชี โดยหนึ่งในประเด็นนั้นก็คือ คริปโทเคอร์เรนซีเป็นทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ในมาตรา 2 แห่งกฎหมายบริษัทของประเทศนิวซีแลนด์

<sup>330</sup> Norton Rose Fulbright (September, 2019), “Singapore Court’s cryptocurrency decision: Implications for cryptocurrency trading, smart contracts and AI,” Retrieved January 31, 2021, from <https://www.nortonrosefulbright.com/en-nl/knowledge/publications/6a118f69/singapore-courts-cryptocurrency-decision-implications-for-trading-smart-contracts-and-ai>

(Companies Act 1993) หรือไม่ (มาตรา 2 ได้ให้คำนิยามของทรัพย์สินว่า “ทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสิ่งที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ มีตัวตนหรือไม่ มีตัวตน และรวมถึงสิทธิ ผลประโยชน์ และสิทธิเรียกร้องทุกประเภทที่เกิดขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน”) เจ้าของบัญชีโต้แย้งว่า คริปโทเคอร์เรนซีเป็นสังหาริมทรัพย์ที่จับต้องไม่ได้ทั้งในกฎหมายคอมมอนลอว์ และภายใต้คำจำกัดความในมาตรา 2 แห่งกฎหมายบริษัสดังกล่าว ศาลตัดสินว่า คริปโทเคอร์เรนซีทั้งหมดที่มีปัญหาเป็นทรัพย์สิน ตามคำจำกัดความในมาตรา 2 ของกฎหมายดังกล่าว โดยศาลได้อาศัยความเห็นของ Lord Wilberforce ในคดี National Provincial Bank Ltd v Ainsworth [1965] A.C. 1175 ว่า “ก่อนที่สิทธิหรือส่วนได้เสียจะอยู่ในประเภทของทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินนั้น จะต้องมีการระบุได้โดยบุคคลภายนอก หรือสามารถสันนิษฐานได้โดยบุคคลภายนอก อีกทั้งต้องมีความแน่นอน ความคงทน ความมั่นคงในระดับหนึ่ง” ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า คริปโทเคอร์เรนซีมีการใช้กุญแจสาธารณะซึ่งข้อมูลที่จัดสรรให้กับกุญแจสาธารณะหนึ่งจะไม่สับสนกับอีกกุญแจหนึ่ง แม้ว่าข้อมูลที่เหมือนกันจะถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องที่เชื่อมต่อกับเครือข่ายจึงทำให้สามารถระบุตัวตนจากกุญแจได้ และในแง่อำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในการกีดกันผู้อื่นออกจากทรัพย์สินเป็นดั่งซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่สำคัญกว่าอำนาจในการใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งสำหรับคริปโทเคอร์เรนซีในวิทยาการคอมพิวเตอร์จะมีการจัดแบ่งข้อมูลออกเป็น 2 ชุด ข้อมูลชุดที่หนึ่งเป็นกุญแจสาธารณะที่แจกจ่ายให้แก่บุคคลทั่วไป และข้อมูลชุดที่สองเป็นกุญแจส่วนตัวจะมีให้เฉพาะเจ้าของบัญชีเท่านั้น และการโอนคริปโทเคอร์เรนซีจะทำได้ต่อเมื่อมีการใช้กุญแจทั้งสองในการทำธุรกรรมด้วยเหตุนี้จึงทำให้เจ้าของสามารถกีดกันผู้อื่นออกจากคริปโทเคอร์เรนซีได้ และยังคงมีความมั่นคงในระดับหนึ่ง ดังนั้นศาลจึงพึงเป็นที่พอใจว่า “คริปโทเคอร์เรนซีเป็นทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ประเภทหนึ่งอันเป็นผลมาจากการรวมกันของคุณสมบัติ 3 ประการที่พึงพาอาศัยกัน (ตามความเห็นของ Lord Wilberforce ในคดี National Provincial Bank Ltd v Ainsworth [1965] A.C. 1175) พวกเขาได้รับความชัดเจนอันเป็นผลมาจากกุญแจสาธารณะที่บันทึกหน่วยของคริปโทเคอร์เรนซี การควบคุมและความมั่นคงที่จำเป็นต่อการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มีให้เห็นโดยคุณสมบัติ 2 ประการ คือ กุญแจส่วนตัวที่แนบมากับกุญแจสาธารณะที่เกี่ยวข้อง และการก่อให้เกิดกุญแจส่วนตัวใหม่เมื่อมีการโอนคริปโทเคอร์เรนซีที่เกี่ยวข้อง”<sup>331</sup>

<sup>331</sup> Jack Pembroke-Briss, Micheal Sinclair (May, 2020), “Cryptocurrencies are property capable of being held on trust, New Zealand High Court holds,” Retrieved January 31, 2021, from

### 3.5 หลักเกณฑ์การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันการนำสินทรัพย์ดิจิทัล หรือในต่างประเทศเรียกว่าคริปโทเคอร์เรนซี หรือเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในต่างประเทศไม่ได้รับความความนิยมสำหรับการนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจาก สิทธิในหลักประกันจะให้สิทธิขั้นพื้นฐาน 3 ประการ คือ สิทธิในการยึดและขาย หรือการจำหน่ายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเป็นเงิน และสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินดังกล่าวตามจำนวนหนี้ และสิทธิในการบังคับใช้สิทธิในหลักประกันเหนือบุคคลที่สามที่ได้รับ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลมีความไม่เหมาะสมในการพิจารณาให้เป็นหลักประกัน ไม่ว่าจะเป็นมูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัล การควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัล การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัล รวมทั้งข้อจำกัดทางด้านกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เทคโนโลยีบล็อกเชนและสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น คริปโทเคอร์เรนซี ก็เป็นนวัตกรรมที่สำคัญและมีศักยภาพที่จะสามารถเปลี่ยนแปลงวงการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมและการทำธุรกิจได้ ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบันได้มีกลุ่มธุรกิจที่ให้บริการทางการเงินบนบล็อกเชนโดยมีคริปโทเคอร์เรนซีเป็นสื่อกลาง โดยธุรกรรมต่าง ๆ จำไม่ถูกดำเนินการผ่านตัวกลางใด ๆ แต่จะถูกดำเนินการผ่านสัญญาอัจฉริยะที่ไม่สามารถแก้ไขได้แทน หรือที่เรียกว่า Decentralized Finance (DeFi) โดยตัวอย่างของบริการ DeFi ได้แก่ บริการฝาก - ถอนคริปโทเคอร์เรนซี โดยผู้ฝากจะทำการฝากเงินเข้ามาเพื่อรับดอกเบี้ย ส่วนผู้กู้จะทำการขอสินเชื่อ โดยต้องวางคริปโทเคอร์เรนซีตามที่กำหนดไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้และต้องจ่ายดอกเบี้ยตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาอัจฉริยะ เป็นต้น การยินยอมให้สินทรัพย์ดิจิทัลจึงเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งในการทำธุรกรรมทางการค้าในปัจจุบัน ในส่วนนี้จึงเป็นการเสนอเกี่ยวกับปัญหาและวิธีการแก้ปัญหาที่จะเกิดขึ้นเมื่อใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประการแรก สินทรัพย์ดิจิทัลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถูกเรียกว่า เงินเสมือนตามที่ได้เคยกล่าวไว้แล้ว โดยหน่วยงานของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของเงินเสมือนเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายเอาไว้ดังนี้

กรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกา (Internal Revenue Service/I.R.S.) ได้ในคำจำกัดความเอาไว้ เงินเสมือนเป็นการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลซึ่งทำหน้าที่เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนหน่วยทางบัญชี และหรือที่เก็บมูลค่า ในบางสภาพแวดล้อมเงินเสมือนทำงานเหมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ กล่าวคือ ทำหน้าที่คล้ายกับเหรียญ หรือธนบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา

หรือของประเทศอื่น ๆ ที่กำหนดให้ใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้อย่างแพร่หลายและเป็นสิ่งที่ใช้และถูกยอมรับว่าเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสำหรับประเทศที่ออกเหรียญหรือธนบัตร แต่อย่างไรก็ตามเงินเสมือนไม่มีสถานะเป็นการชำระหนี้ตามกฎหมายในเขตอำนาจของศาลใด ๆ เหมือนกับเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยเงินเสมือนที่มีมูลค่าเทียบเท่าหรือทำหน้าที่แทนเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ จะถูกเรียกว่า เงินเสมือนที่สามารถแปลงสภาพ (Convertible) เป็นเงินเสมือนที่มีมูลค่าเท่ากับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้และสามารถแลกเปลี่ยนไปมาเป็นสกุลเงินจริงหรือสกุลเงินเสมือนอื่น ๆ ได้ เช่น Bitcoin สามารถแลกเปลี่ยนเป็นดอลลาร์สหรัฐ ยูโร เป็นต้น โดยเงินเสมือนจะถูกปฏิบัติเหมือนกับทรัพย์สินโดยหลักการทั่วไปทางภาษีที่ใช้กับทรัพย์สินก็จะนำมาใช้กับเงินเสมือนด้วย จะเห็นได้ว่าคำนิยามของดังกล่าวจะมุ่งเน้นไปที่วัตถุประสงค์ของการใช้เงินเสมือนเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนและการจัดเก็บภาษี<sup>332</sup>

คณะกรรมการกำกับดูแลการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (Commodity Futures Trading Commission หรือ CFTC) พบว่าเงินเสมือนเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ จึงต้องควบคุมธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับเงินเสมือนในตลาดที่มีสัญญาหรือเครื่องมือทางการเงินที่มีมูลค่าของสัญญาขึ้นอยู่กับมูลค่าของสินค้าอ้างอิงซึ่งเรียกว่า ตลาดตราสารอนุพันธ์ (Derivatives market) หรือในตลาดสำหรับการซื้อขายสินทรัพย์ตามปกติที่จะมีการตกลงส่งมอบสินค้าและชำระเงินทันที ซึ่งตรงข้ามกับตลาดซื้อขายล่วงหน้าที่การซื้อขายจะเกิดขึ้นจริงตามวันที่กำหนดในอนาคต ซึ่งเรียกว่า ตลาดซื้อขายทันที (Spot market) ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแลการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าจะใช้คำจำกัดความเช่นเดียวกับกรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดรายการการใช้งานที่อาจเกิดขึ้นได้สำหรับเงินเสมือน ได้แก่

- เป็นที่เก็บมูลค่า เช่นเดียวกับโลหะมีค่า เงินเสมือนจำนวนมากเป็นสินทรัพย์ที่ไม่ให้ผลตอบแทน กล่าวคือ จะไม่มีการจ่ายเงินปันผลหรือดอกเบี่ยใด ๆ ให้แก่ผู้ครอบครองเงินเสมือนแต่ยังคงแลกเปลี่ยน, แบ่งแยก และเคลื่อนย้ายได้ นอกจากนั้นการจัดหาเงินเสมือนมีขอบเขตจำกัดเมื่อเปรียบเทียบกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้

- การซื้อขาย การซื้อขายเงินเสมือนอาจเกี่ยวข้องกับการเก็งกำไรและความเสี่ยงจากความผันผวนซึ่งส่งผลให้ได้รับกำไรหรือขาดทุน

- การชำระเงินและการทำธุรกรรม ผู้ค้าขายและร้านค้าออนไลน์บางแห่งยอมรับเงินเสมือนเป็นการชำระหนี้เพื่อแลกเปลี่ยนกับสินค้าหรือบริการ และระบบบล็อกเชนสาธารณะบาง

<sup>332</sup> I.R.S. (April 14, 2014), "Notice 2014-21," Retrieved February 1, 2021, from

ระบบต้องพึงพาการชำระค่าธรรมเนียมในรูปแบบเงินเสมือนเพื่อเป็นแรงจูงใจในการตรวจสอบธุรกรรมภายในระบบ

- การโอน หรือเคลื่อนย้ายเงิน การโอนเงินในประเทศและระหว่างประเทศผ่านระบบบล็อกเชน จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพและลดค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม<sup>333</sup>

ในปี 2017 การระดมทุนด้วยช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทาง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลให้แก่ประชาชนทั่วไป (ICO) ทำให้เงินเสมือนได้รับความสนใจจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งพบว่า ICO เป็นกิจกรรมการระดมทุนที่คล้ายกับการเสนอหุ้นต่อสาธารณะครั้งแรก (IPO) ICO จำนวนมากจึงมีคุณสมบัติตรงตามคำจำกัดความของสัญญาลงทุน (Investment contract) ภายใต้การทดสอบสัญญาลงทุน “ตราสารเป็นหลักหลักทรัพย์ซึ่งถือว่าเป็นการลงทุนด้วยเงินในองค์กรธุรกิจทั่วไป โดยมีความคาดหวังว่าจะได้รับผลกำไรจากการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการหรือการบริหารจัดการกิจการของผู้อื่น” โดยคำจำกัดความของเงินเสมือนได้มีการใช้คำจำกัดความตามคำแนะนำของ Financial Task Force (FATH) ได้เรียกบริบทโทเคนเรนชีหรือที่ประเทศไทยเรียกว่าสินทรัพย์ดิจิทัลเอาไว้ว่า เงินเสมือน คือ สิ่งที่แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ไม่ได้ออกหรือรับรองโดยธนาคารกลางหรือหน่วยงานของรัฐ สามารถซื้อขายแบบดิจิทัลได้และทำหน้าที่ (1) เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน และ/หรือ (2) หน่วยทางบัญชี (Unit of account) และ/หรือ (3) เป็นที่เก็บมูลค่า แต่สิ่งนั้นไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับสกุลเงินที่ตราขึ้นตามกฎหมาย ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสกุลเงินหรือเงิน และไม่ใช้เงินตราที่ใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้ แต่มันถูกยอมรับโดยข้อตกลงภายในชุมชนของผู้ใช้เงินเสมือนเท่านั้นให้เป็นวิธีการแลกเปลี่ยน การโอนเปลี่ยนมือ การจัดเก็บและซื้อขายทางอิเล็กทรอนิกส์ เงินเสมือนมีความแตกต่างจากสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ให้เป็นเงินตามกฎหมาย (Fiat money / Real currency / Real money / National currency) ซึ่งถูกยอมรับให้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนภายในประเทศนั้น เงินเสมือนนั้นมีความแตกต่างจากเงินอิเล็กทรอนิกส์ (E-money) ที่เป็นตัวแทนการโอนมูลค่าทางดิจิทัลของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ที่มีสถานะการชำระเงินตามกฎหมายได้ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 2.3.1.1<sup>334</sup> และตามคำแนะนำของเครือข่ายปราบปรามอาชญากรรมทางการเงินแห่งสหรัฐอเมริกา US Financial Crimes Enforcement Network หรือ FinCEN ได้กล่าวว่า กฎระเบียบของ FinCEN

<sup>333</sup> CFTF (October 17, 2017), “A CFCT Primer on Virtual Currencies,” Retrieved February 1, 2021, from [https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/documents/file/labcftc\\_primercurrencies100417.pdf](https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/documents/file/labcftc_primercurrencies100417.pdf), p. 4 - 8.

<sup>334</sup> SEC (July 25, 2017), “Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO,” Retrieved February 1, 2021, from [https://www.sec.gov/litigation/invest report/34-81207.pdf](https://www.sec.gov/litigation/invest%20report/34-81207.pdf), p. 10.

กำหนดสกุลเงิน (หรือที่เรียกว่าสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้) เป็นเหรียญหรือธนบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือของประเทศอื่น ๆ ที่กำหนดให้ใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้อย่างแพร่หลายและเป็นสิ่งที่ใช้และถูกยอมรับว่าเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสำหรับประเทศที่ออกเหรียญหรือธนบัตร ในทางตรงกันข้ามเงินเสมือนเป็นเพียงสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนที่ทำงานเหมือนกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ในบางสภาพแวดล้อม แต่ไม่มีคุณลักษณะทั้งหมดของสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงินเสมือนไม่มีสถานะเป็นการชำระหนี้ตามกฎหมายในเขตอำนาจศาลใด ๆ ซึ่งเรียกว่าเงินเสมือนที่สามารถแปลงสภาพได้ เงินเสมือนประเภทนี้มีมูลค่าเทียบเท่ากับสกุลเงินหรือทำหน้าที่แทนสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้<sup>335</sup>

จากความเห็นของหน่วยงานในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า มีการให้คำจำกัดความของเงินเสมือนไว้ในทำนองเดียวกัน เงินเสมือนอาจเป็นสื่อกลางในแลกเปลี่ยนระหว่างสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ หรือสกุลเงินเสมือนอื่น ๆ ก็ได้ แต่เงินเสมือนไม่สามารถใช้ในการชำระหนี้ตามกฎหมายได้ และไม่ได้รับการยอมรับจากเขตอำนาจของศาล

ประการสอง สถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัล หรือที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า เงินเสมือน ในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศได้มีการแบ่งแยกประเภทของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันเอาไว้ตามลักษณะทางกายภาพและกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกับทรัพย์สินดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ การจะทราบว่าสินทรัพย์ดิจิทัลถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่ของทรัพย์สินประเภทใดจำเป็นต้องศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งสามารถพิจารณาออกได้ ดังนี้

1. สินทรัพย์ดิจิทัลมีสถานะเป็นเงินหรือไม่ ตามกฎหมาย URVCBA ของประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับการพิจารณาว่าสิ่งใดจะเป็นเงินจะต้องมีลักษณะ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรกต้องเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน ประการสองเป็นหน่วยทางบัญชี ประการสามต้องเป็นที่เก็บมูลค่า แม้หน่วยงานจะมีความเห็นว่าเงินเสมือนมีลักษณะ 3 ประการครบถ้วนก็ตาม แต่คริปโทเคอร์เรนซีก็อาจมีความผันผวนมากเกินไปที่จะทำหน้าที่เป็นหน่วยทางบัญชีหรือเป็นที่เก็บมูลค่า และยังมีคนใช้ไม่มาพอที่จะถือว่าเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน นอกจากนั้นคริปโทเคอร์เรนซีไม่เป็นการแลกเปลี่ยนที่ได้รับอนุญาตหรือรับรองโดยสหรัฐอเมริกาหรือรัฐบาลต่างประเทศ รวมถึง

<sup>335</sup> FinCEN (May 18, 2013), "FIN-2013-G001 Application of FinCEN's

Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies," Retrieved February 1, 2021, from <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>, p. 1.



หน่วยเงินทางบัญชีซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยองค์กรระหว่างรัฐบาล หรือตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาล ตั้งแต่สองรัฐบาลขึ้นไป<sup>336</sup>

แต่ในคดี SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION v. TRENDON T.SHAVERS and BITCOIN SAVINGS AND TRUST ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า Bitcoin เป็นสกุลเงินอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบหนึ่งที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากทรัพย์สินอ้างอิงใด ๆ และไม่มีลักษณะจำเพาะเช่นโลหะมีค่า ไม่มีการควบคุมจากธนาคารกลางหรือหน่วยงานของรัฐ แต่สามารถใช้เพื่อซื้อสินค้าออนไลน์ได้และร้านค้าบางแห่งเริ่มยอมรับการชำระหนี้โดย Bitcoin ดังนั้น Bitcoin จึงสามารถใช้เป็นเงินเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการได้ แต่ข้อจำกัดเพียงอย่างเดียวของ Bitcoin คือ สถานะการเป็นเงินจะจำกัดเฉพาะสถานที่ที่ยอมรับมันให้เป็นสกุลเงินเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม Bitcoin สามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินดั้งเดิม เช่น ดอลลาร์สหรัฐ ยูโร เยน และหยวนได้<sup>337</sup> จากคำพิพากษาดังกล่าวจึงทำให้เกิดการวิจารณ์ทางกฎหมายว่า คริปโทเคอร์เรนซีไม่สามารถถือเป็นเงินได้ เพราะเงินตามกฎหมาย UCC มีวัตถุประสงค์เพื่อครอบคลุมเงินจริงที่สามารถใช้จ่ายด้วยมือ และตาม UCC มาตรา 9-102 (a)(2) เงินฝากในบัญชีเงินฝากออมทรัพย์ สมุดเงินฝาก หรือบัญชีที่คล้ายกัน จะต้องถูกเก็บรักษาไว้กับธนาคาร แต่สำหรับคริปโทเคอร์เรนซีส่วนมากจะเข้ารหัสทำงานร่วมกับกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล และสามารถทำธุรกรรมได้โดยตรงโดยการใช้บัญชีธุรกรรมแบบกระจายอำนาจบนบล็อกเชน โดยไม่เกี่ยวข้องกับธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ดำเนินการเป็นบุคคลที่สาม จึงทำให้คริปโทเคอร์เรนซีไม่อยู่ภายใต้คำนิยามดังกล่าว<sup>338</sup> แต่ก็ไม่สามารถพูดได้อย่างชัดเจนว่า คริปโทเคอร์เรนซีไม่ได้มีคุณสมบัติเป็นเงิน ตัวอย่างเช่น ประเทศเวเนซุเอลาได้มีการออกคริปโทเคอร์เรนซีมาใช้เพื่อตอบสนองต่อสถานะเงินเพื่อที่รุนแรงของประเทศ หรือในประเทศสวีเดนธนาคารกลางได้เสนอให้มีการพิจารณาให้คริปโทเคอร์เรนซีที่ใช้ผ่านระบบบล็อกเชนเป็นเงินเพื่อทดแทนสกุลเงินดั้งเดิม

2. เงินเสมือนเป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ สำหรับการจะพิจารณาว่าคริปโทเคอร์เรนซีเป็นหลักทรัพย์หรือไม่ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ Uniform

<sup>336</sup> UMSA § 102 (12) “Money” means a medium of exchange that is authorized or adopted by the United States or a foreign government. The term includes a monetary unit of account established by an intergovernmental organization or by agreement between two or more governments.

<sup>337</sup> H2O Case Admin (April, 2014), “Sec.& Exch. Comm’n v. Shavers,” Retrieved February 1, 2021, from <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4293>

<sup>338</sup> Xavier Focroulle Menard (July 1, 2019), “Cryptocurrency: Collateral For Secured Transaction ?,” Retrieved February 1, 2021, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3548126](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548126), p. 354 - 356.

Securities Act (U.S.C) และ UCC Article 8 ซึ่งตาม U.S.C Section 102 (28) หลักทรัพย์ (securities) มีความหมายที่กว้างและรวมถึงหนังสือรับรองการมีส่วนได้เสีย และการมีส่วนแบ่ง ส่วนคริปโทเคอร์เรนซีนั้นเหรียญที่ผู้ใช้ครอบครองอยู่ในเครือข่ายอาจถูกมองว่าเป็นหลักทรัพย์ได้ เนื่องจากตามกฎหมายทั่วไป เครือข่ายคริปโทเคอร์เรนซีไม่ได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นของผู้ใช้ที่เข้าร่วมในเครือข่ายทุกคน ซึ่งผู้ใช้ทุกคนต้องรับผิดชอบในการตรวจสอบดูแลเครือข่ายประกอบด้วย SEC ได้ยอมรับให้การขายคริปโทเคอร์เรนซีเป็นการเสนอขายหลักทรัพย์ ดังนั้นเหรียญที่ผู้ใช้ถืออยู่ในเครือข่ายของคริปโทเคอร์เรนซีจึงแสดงถึงมีส่วนได้เสียในเครือข่ายได้

ตาม UCC Article 8-102 (a)(15) หลักทรัพย์ หมายถึง ภาระหนี้ของผู้ถือหุ้น หรือการมีส่วนแบ่ง การมีส่วนร่วม หรือผลประโยชน์อื่น ๆ กับผู้ออก หรือในทรัพย์สินหรือกิจการของผู้ออก ซึ่งแสดงโดยใบรับรองหลักทรัพย์ในรูปแบบผู้ถือหรือจดทะเบียน หรือการโอนซึ่งจดทะเบียนกับหนังสือที่เก็บรักษาไว้สำหรับวัตถุประสงค์ในนามของผู้ออก ซึ่งเป็นหนึ่งในประเภทหรือชนิดของส่วนแบ่ง การมีส่วนร่วม ผลประโยชน์ หรือหนี้ และอาจเป็นประเภทที่ซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ หรือเป็นสื่อกลางสำหรับการลงทุน และระบุไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นหลักทรัพย์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้ และหุ้น หมายถึง ส่วนแบ่งหรือส่วนได้เสียซึ่งออกโดยบริษัท ทรัสต์ที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจ บริษัทร่วมทุน หรือองค์กรที่คล้ายคลึงกัน เมื่อคริปโทเคอร์เรนซีสามารถแบ่งออกหน่วยและกำหนดได้ ผู้ถือเหรียญคริปโทเคอร์เรนซีจึงมีส่วนได้เสียในมูลค่าของเครือข่ายจึงมองได้ว่าเป็นหุ้น นอกจากนี้ผู้ถือคริปโทเคอร์เรนซีสามารถทำการแลกเปลี่ยนกันได้โดยตรงบนเครือข่ายซึ่งคล้ายกับการซื้อขายหุ้นที่สามารถโอนหุ้นได้โดยไม่ต้องมีคนกลางแต่จะทำการซื้อขายกันในตลาดหลักทรัพย์ที่เชื่อถือได้ และแม้ว่าผู้ถือคริปโทเคอร์เรนซีจะไม่ได้รับการจดทะเบียนในหนังสือแต่ก็จะถูกบันทึกข้อมูลการทำธุรกรรมไว้ในบัญชีธุรกรรมสาธารณะซึ่งสามารถตรวจสอบได้ แต่อย่างไรก็ตามคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช่ภาระหนี้หรือผลประโยชน์จากผู้ออก เนื่องจาก Bitcoin ไม่ได้สะท้อนให้เห็นถึงภาระผูกพัน ส่วนแบ่งหรือผลประโยชน์ของกิจการที่ออกคริปโทเคอร์เรนซี แต่มูลค่าและความเชื่อใจเกิดขึ้นจากความเชื่อใจของบุคคลที่ให้ความสำคัญกับมัน และผู้ถือเหรียญไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ เหนือผู้สร้างหรือผู้ออกคริปโทเคอร์เรนซีได้ ดังนั้น คริปโทเคอร์เรนซีจึงไม่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ตาม UCC แต่หากเงินเสมือนมีลักษณะเป็นโครงการที่คิดค้นขึ้นเพื่อระดมทุนจากผู้อื่นและส่งมอบเงินเสมือนให้แก่ผู้นั้นครอบครองและสัญญาว่าจะให้ผลตอบแทนจากโครงการให้แก่ผู้ครอบครองเงินเสมือน อาจอยู่ภายใต้คำจำกัดความของหลักทรัพย์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาลงทุน นอกจากนี้ในวันที่ 3 มิถุนายน ปี ค.ศ. 2018 ศาลแขวงฝั่งตะวันออกแห่งนครนิวยอร์กประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาคัดสินในคดี Commodity Futures Trading Comm'n v. McDonnell,

No. 18-CV-361, 2018 WL 4090784 ว่า คริปโทเคอร์เรนซีเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและกำกับดูแลการซื้อขายล่วงหน้าหรือตลาดออปชั่นอีกด้วย

3. เงินเสมือนเป็นทรัพย์สินเพื่อการลงทุน (Investment Property) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ตาม UCC Article 9-102 (a)(49) ได้ให้คำนิยามของ ทรัพย์สินเพื่อการลงทุนไว้ว่า เป็นหลักทรัพย์ไม่ว่าจะได้รับการรับรองหรือไม่ได้รับการรับรอง หรือสิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้ถือสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ทางการเงิน (security entitlement) หรือบัญชีหลักทรัพย์ หรือบัญชีสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity account) ที่ถูกดูแลโดยนายหน้าสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity intermediary) ซึ่งทำสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์กับลูกค้า (commodity customer) หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity contract) ซึ่งหมายถึง สัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (commodity futures contract) คือ สัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่มีมูลค่าขึ้นอยู่กับสินทรัพย์อ้างอิง ซึ่งสามารถอ้างอิงได้กับสินทรัพย์หลายประเภท เช่น สินค้าโภคภัณฑ์ภาคเกษตรกรรม ภาคพลังงาน ภาคกลุ่มโลหะมีค่า ภาคปศุสัตว์ เป็นต้น หรือตราสารสิทธิที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อหรือผู้ถือในการซื้อหรือขายสินทรัพย์โภคภัณฑ์ในอนาคตจากผู้ขาย (commodity option) ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว เมื่อในปัจจุบันคริปโทเคอร์เรนซีสามารถเป็นสินทรัพย์อ้างอิงกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในตลาดโลก เช่น สัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่อ้างอิงกับราคา Bitcoin ในตลาดโลก หรือที่เรียกว่า Bitcoin Future ได้ จึงทำให้คริปโทเคอร์เรนซีอาจเป็นทรัพย์สินเพื่อการลงทุนตาม UCC Article 9 ได้เช่นกัน<sup>339</sup> อย่างไรก็ตาม UCC ได้กำหนดคำนิยามของสินค้าไว้ว่าจะเป็นสิ่งของซึ่งสามารถเคลื่อนย้ายได้ เมื่อเงินเสมือนเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้จึงอาจไม่เป็นบัญชีสินค้าโภคภัณฑ์หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ เนื่องจาก สินค้าโภคภัณฑ์ส่วนใหญ่เป็นสินค้าที่ใช้ในการพาณิชย์เพื่อเป็นปัจจัยการผลิตสินค้า หรือบริการอื่น ๆ จึงจะต้องมีลักษณะทางกายภาพและเคลื่อนย้ายเพื่อไปควบรวมกับสิ่งของอื่นได้ เงินเสมือนจึงไม่มีลักษณะที่เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ที่ใช้ในการผลิตสินค้าหรือบริการได้ แต่ในปี พ.ศ. 2558 คณะกรรมการกำกับดูแลการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าก็ได้วินิจฉัยว่า Bitcoin และเงินเสมือนมีลักษณะเป็นสินค้าโภคภัณฑ์<sup>340</sup> ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่ง

<sup>339</sup> Timothy Bierer (2016), "HASHING IT OUT: PROBLEMS AND SOLUTIONS CONCERNING CRYPTOCURRENCY USED AS ARTICLE 9 COLLATERAL," Retrieved February 1, 2021, from <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=jolti>, p. 88 - 93.

<sup>340</sup> CFTF (September 17, 2015), "Order Instituting Proceedings Pursuant To Section 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, Making Findings and Imposing Remedial Sanctions, Retrieved February 1, 2021, from <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfrmcMahonorder91715.pdf>

ปรากฏแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของ CFTC ที่แสดงให้เห็นว่า เงินเสมือนนั้นถูกถือว่าเป็นสินทรัพย์และถูกกำกับดูแลโดยกฎหมายอื่น เช่น การวิจัยของ CFTC ในกรณี “Bitfinex” ซึ่งเป็นผู้ให้บริการแพลตฟอร์มแลกเปลี่ยนสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้เป็นเงินเสมือน และแลกเปลี่ยนกับเงินเสมือนสกุลอื่น ซึ่ง CFTC ได้วินิจฉัยว่าเงินเสมือนเป็นสินทรัพย์ประเภท และตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ CFTC ตามกฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนสินทรัพย์<sup>341</sup>

4. เงินเสมือนเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล (Personal Property) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ กรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้เงินเสมือนมีสถานะเป็นทรัพย์สินสำหรับวัตถุประสงค์ด้านภาษี ซึ่งใช้หลักการภาษีทั่วไปที่ดำเนินการกับทรัพย์สินมาใช้ในการดำเนินการเงินเสมือนด้วย อย่างไรก็ตามไม่ชัดเจนว่าศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือว่าเงินเสมือนมีลักษณะเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ของ UCC เนื่องจาก เงินเสมือนมีลักษณะที่จับต้องไม่ได้ซึ่งศาลมีมุมมองเกี่ยวกับทรัพย์สินจะต้องจับต้องได้เป็นหลัก จึงไม่มีความชัดเจนว่าเงินเสมือนเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือไม่ แต่คริปโทเคอร์เรนซียังมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible) ตาม UCC Article 9-102 (a)(42)

5. เงินเสมือนเป็นผลประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรม (Agricultural lien) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ผลประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรม คือ ผลประโยชน์ในผลิตภัณฑ์จากฟาร์มซึ่งเป็นประกันการชำระเงินหรือการปฏิบัติตามภาระหนี้สำหรับสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเกษตรกรรมของลูกหนี้ หรือสำหรับค่าเช่าสังหาริมทรัพย์ซึ่งลูกหนี้เช่าเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเกษตรกรรม หรือผลประโยชน์ถูกสร้างขึ้นโดยผลของกฎหมายเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่ดำเนินธุรกิจตามปกติมีการจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเกษตรกรรมของลูกหนี้ หรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์แก่ลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเกษตรกรรมของลูกหนี้และประสิทธิผลไม่ได้ขึ้นอยู่กับการครอบครองทรัพย์สินส่วนบุคคลของบุคคลนั้น จะเห็นได้ว่า เงินเสมือนเป็นเพียงสิ่งแสดงมูลค่าทางดิจิทัลโดยไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพเกษตรกรรมและไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรจากฟาร์ม ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่มีลักษณะเป็นผลประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรมตาม UCC Article 9-102 (a)(5)

<sup>341</sup> CFTF (June 2, 2015), “Order Instituting Proceedings Pursuant To Section 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, As Amended, Making Findings and Imposing Remedial Sanctions, In the Matter of: BFXNA Inc. d/b/a Bitfinex,” Retrieved February 1, 2021, from <https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfbfxnaorder060216.pdf>

6. เงินเสมือนมีลักษณะเป็นบัญชี (Account) หรือบัญชีเงินฝาก ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ บัญชี หมายถึง สิทธิในการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตราไม่ว่าจะได้รับจากการชำระหนี้หรือไม่ก็ตาม ซึ่งไม่รวมถึง สิทธิในการชำระหนี้ที่แสดงโดยหลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ (Chattel paper) หรือตราสาร (Instrument) หรือบัญชีเงินฝาก หรือทรัพย์สินเพื่อการลงทุน หรือสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต หรือสิทธิที่เกิดจากการใช้บัตรเครดิต หลักประกันที่พบบ่อยที่สุดที่อยู่ในประเภทบัญชี คือ บัญชีลูกหนี้ (Receivable) แม้ว่าบล็อกเชนที่ใช้เงินเสมือนจะได้รับการอธิบายว่าเป็นบัญชีธุรกรรม แต่ดูเหมือนบัญชีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสิทธิในการชำระเงินจากทรัพย์สินที่ได้รับหรือจะขาย ให้เช่า ให้อนุญาต มอบหมาย จำหน่ายในลักษณะอื่น ๆ เช่นเดียวกับบัญชีลูกหนี้ เนื่องจาก การแปลงเงินเสมือนเป็นเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ไม่ได้เป็นภาระหนี้ทางการเงินที่เกิดจากการขายทรัพย์สิน และเงินเสมือนมูลค่าจะถูกกำหนดขึ้นโดยตลาดไม่ใช่จำนวนเงินคงที่เช่นเดียวกับบัญชี ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่มีลักษณะเป็นบัญชีตาม UCC Article 9-102 (a)(2)

ส่วนบัญชีเงินฝากนั้น หมายถึง เงินฝากออมทรัพย์ สมุดฝากและถอนเงินของธนาคาร (สมุดคู่ฝาก) หรือบัญชีที่คล้ายคลึงกันซึ่งเก็บรักษาไว้โดยธนาคาร ทั้งนี้ไม่รวมถึงทรัพย์สินเพื่อการลงทุน หรือบัญชีที่แสดงให้เห็นถึงตราสาร ซึ่งสิ่งสำคัญของบัญชีเงินฝาก คือ จะต้องอยู่ในการดูแลของธนาคารซึ่งเป็นคนกลางเท่านั้น แต่ลักษณะของเงินเสมือนที่ใช้ผ่านระบบบล็อกเชน เช่น Bitcoin Ether เป็นต้น ไม่มีคนกลางที่คอยควบคุมดูแลเงินเสมือนในระบบ แม้จะมีนักพัฒนาที่คอยปรับปรุงระบบแต่ก็ไม่ได้เกี่ยวข้องกับบัญชีของผู้ใช้แต่อย่างใด อีกทั้งการแลกเปลี่ยนเงินเสมือนก็ไม่ใช่การประกอบธุรกิจเชิงธนาคาร ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่ใช่บัญชีเงินฝากตาม UCC Article 9-102 (a)(29)

7. เงินเสมือนมีลักษณะเป็นหลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ (Chattel paper) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ หลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ หมายถึง “บันทึก (ข้อมูลที่ถูกจารึกไว้บนสื่อที่จับต้องได้หรือซึ่งเก็บไว้ในสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่ออื่น ๆ ที่สามารถเรียกคืนหรือแก้ไขได้) ที่เป็นพยานหลักฐานในภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน (หนี้เงิน) และสิทธิในหลักประกันในสินค้าที่เฉพาะเจาะจง รวมถึงซอฟต์แวร์และใบอนุญาตของซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้าดังกล่าว สัญญาเช่าสินค้าที่เฉพาะเจาะจง หรือสัญญาเช่าสินค้าที่เฉพาะเจาะจง และสัญญาเช่าใบอนุญาตของซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้าดังกล่าว ในการนี้คำว่า "ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน (หนี้เงิน)" หมายถึง ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงินที่ได้รับมาหรือที่ได้รับประกันโดยสินค้า หรือเป็นภาระผูกพันภายใต้สัญญาเช่าสินค้าและรวมไปถึงภาระผูกพันที่เป็นตัวเงินที่เกี่ยวข้องกับซอฟต์แวร์ที่ถูกนำมาใช้ในสินค้า..." ตามที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ แม้เงินเสมือนจะถูกบันทึกข้อมูลธุรกรรมไว้

บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์บนบล็อกเชนก็ตาม แต่เมื่อผู้ใช้ได้ทำธุรกรรมเกี่ยวข้องกับเงินเสมือนและได้ผ่านจากตรวจสอบจากระบบแล้วข้อมูลดังกล่าวจะถูกบันทึกไว้ในระบบและนำไปเชื่อมโยงกับข้อมูลก่อนหน้า โดยผู้ทำธุรกรรมไม่สามารถเรียกคืนข้อมูลหรือแก้ไขข้อมูลธุรกรรมดังกล่าวได้อีก หากมีการฝ่าฝืนจะทำให้ผู้ใช้ในระบบทุกคนจะทราบได้ทันทีว่าข้อมูลส่วนไหนที่เกิดการแก้ไขเงินเสมือนจึงไม่ลักษณะเป็นบันทึก นอกจากนี้ เงินเสมือนก็ไม่ใช่ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน เนื่องจาก เงินเสมือน ไม่ได้มีลักษณะเงินตราตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1. ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นกับเงินเสมือนจึงไม่ใช่ภาระผูกพันที่เป็นเงิน ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่ใช่หลักฐานแสดงถึงความเป็นหนี้ตาม UCC Article 9-102 (a)(11)

8. เงินเสมือนมีลักษณะเป็นตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ จะเห็นได้ว่าลักษณะของเงินเสมือนไม่มีคุณสมบัติเป็นตราสารที่เป็นหลักฐานซึ่งสัญญาว่าจะชำระหนี้ตามภาระผูกพันที่เป็นเงินตรา ประกอบกับภาระผูกพันที่เกิดขึ้นกับเงินเสมือนก็ไม่ใช่ภาระผูกพันที่เป็นเงินตราจึงไม่สามารถเป็นหลักฐานที่แสดงถึงข้อตกลงเกี่ยวกับการจ่ายเงินได้ ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่ใช่ตัวสัญญาใช้เงินตาม UCC Article 9-102 (a)(65)

9. เงินเสมือนมีลักษณะเป็นตราสาร (Instrument) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ตราสาร หมายถึง ตราสารที่เปลี่ยนมือได้ (negotiable instrument) ก็คือ คำมั่นหรือคำสั่งให้จ่ายเงินตามจำนวนที่แน่นอนโดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งจะกำหนดหรือไม่กำหนดดอกเบี้ยหรือภาระคิดค้นไว้ในคำมั่นหรือคำสั่งก็ได้ หรือหนังสือ (writing) อื่นใดที่เป็นหลักฐานแสดงถึงสิทธิในการชำระหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเงินตรา โดยหนังสือดังกล่าวต้องไม่ใช่สัญญาหลักประกันหรือสัญญาเช่า และตราสารหรือหนังสือต้องเป็นประเภทที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติทางการค้าซึ่งจะถูกโอนด้วยการส่งมอบด้วยวิธีการสลักหลังหรือวิธีการโอนสิทธิในตราสารหรือหนังสือ ซึ่งไม่รวมถึงทรัพย์สินเพื่อการลงทุน เลตเตอร์ออฟเครดิต หนังสือที่แสดงถึงสิทธิในการชำระเงินที่เกิดจากการใช้บัตรเครดิต จะเห็นได้ว่าตราสารเป็นการสั่งให้จ่ายเงินจึงเกี่ยวข้องกับภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน และต้องเป็นภาระผูกพันที่เป็นตัวเงินที่มีจำนวนที่แน่นอน อีกทั้งตราสารจะต้องใช้การเขียนหรือการพิมพ์ หรือวิธีอื่น ๆ ในรูปแบบที่จับต้องได้ แต่สำหรับเงินเสมือนตามที่ได้กล่าวไปในข้อ 7. ว่าไม่ใช่ภาระผูกพันที่เป็นตัวเงิน และไม่สามารถจำนวนเงินที่แน่นอนได้ เนื่องจาก มูลค่าเงินเสมือนมีความผันผวนจึงทำให้มูลค่าไม่มีความคงที่ อีกทั้งเงินเสมือนเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่จับต้องไม่ได้จึงไม่สามารถทำการโอนด้วยการส่งมอบด้วยวิธีการสลักหลังหรือ โอนสิทธิในตราสารหรือหนังสือซึ่งเป็นการส่งมอบการครอบครองทางกายภาพได้ ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่อาจเป็นตราสารตาม UCC Article 9-102 (a)(47)

10. เงินเสมือนมีลักษณะเป็น Payment Intangible ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ Payment Intangible หมายถึง ทรัพย์สินส่วนบุคคลที่ไม่มีตัวตนทั่วไปภายใต้บัญชีของลูกหนี้ซึ่งหนี้หลักเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับการเงิน เมื่อเงินเสมือนไม่ได้มีลักษณะเงินตราตามที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงทำให้ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นกับเงินเสมือนไม่ใช่ภาระผูกพันที่เป็นเงิน ดังนั้น เงินเสมือนจึงไม่ใช่ Payment Intangible ตาม UCC Article 9-102(a)(61)<sup>342</sup>

ดังนั้นเมื่อเงินเสมือนไม่ได้อยู่ภายใต้คำจำกัดความที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น เงินเสมือนจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible) ตาม UCC Article 9-102 (a)(42) กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลประเภทหนึ่งที่ไม่ถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่อย่างใดอย่างหนึ่งของ UCC

ประการสาม หากจะนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมาย UCC นอกจากจะต้องทำสัญญาหลักประกันแล้ว จะต้องมีการทำให้สิทธิในหลักประกันสามารถใช้นับต่อบุคคลภายนอกได้เป็นการทั่วไป ซึ่งเรียกว่า การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ (perfection of security interest) สำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์จะมีอยู่ 4 วิธี ได้แก่ (1) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการยื่น (Filing) (2) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยอัตโนมัติ (Automatic Perfection) (3) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการครอบครอง (Perfection by Possession) และ (4) การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม (Perfection by Control) โดยวิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันยอมขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.1.3 ดังนั้น เมื่อ UCC Article 9 ไม่ได้กำหนดวิธีการทำให้สิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไปเกิดผลสมบูรณ์เอาไว้อย่างชัดเจน หากเปรียบเทียบกับวิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมจะเห็นได้ว่า วิธีการควบคุมถูกจำกัดเอาไว้เฉพาะกลุ่มทรัพย์สินบางประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินเพื่อการลงทุน บัญชีเงินฝาก สิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต และ electronic chattel paper เมื่อการทำธุรกรรมเกี่ยวกับเงินเสมือนไม่ได้มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง เหมือนกับกรณีของบัญชีเงินฝากหรือทรัพย์สินเพื่อการลงทุนที่มีตัวกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเงินเสมือนไม่เป็นหลักทรัพย์ เนื่องจากเงินเสมือนไม่ได้แสดงถึงภาระหนี้หรือผลประโยชน์จากผู้สร้างหรือผู้ออกเงินเสมือน หรือหากเปรียบเทียบกับวิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการครอบครองที่มีขึ้นเพื่อใช้กับทรัพย์สินที่มีตัวตนทุกประเภท ทรัพย์สินเสมือนมีตัวตน ประเภทตราสารเปลี่ยนมือ ตราสารการ

<sup>342</sup> Sharon E. Foster (August, 2020), “Virtual Currency as Crypto Collateral Under Article 9 of the UCC: Trying to Fit a Square Peg in a Round Hole,” Retrieved February 1, 2021, from <https://scholarworks.uark.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=alr>, p. 265 - 291.

ลงทุน เงิน หรือ Tangible chattel paper เมื่อเงินเสมือนเป็นเพียงสิ่งที่จับต้องไม่ได้จึง ไม่อาจส่งมอบ การครอบครองทางกายภาพให้แก่ผู้รับหลักประกันได้ ดังนั้น วิธีการทำให้สิทธิในหลักประกัน เกิดผลสมบูรณ์โดยการยื่น Financial Statement จึงเหมาะสมกับเงินเสมือนซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มี รูปร่างโดยทั่วไป

อย่างไรก็ตามการนำเงินเสมือนหรือสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ก็ ก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้รับหลักประกัน ดังนี้

ประเด็นปัญหาแรก การติดตามเงินเสมือนที่เป็นหลักประกัน โดยทั่วไปแล้วผู้ให้ หลักประกันสามารถจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ แต่สำหรับเงินเสมือนหากผู้ให้ หลักประกันสามารถจำหน่ายเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องได้รับความ ยินยอมจากผู้รับหลักประกันก็จะทำให้สิทธิในหลักประกันมีประโยชน์ต่อผู้ให้หลักประกันเพียง เล็กน้อย แม้ว่าในทางกฎหมาย UCC Article 9-315 (a)(1) จะกำหนดให้สิทธิในหลักประกันยังคงยึด ติดไปกับตัวทรัพย์สินต่อไปแม้จะมีการขาย การเช่า การอนุญาต การแลกเปลี่ยน หรือการจำหน่าย ด้วยวิธีใด ๆ เว้นแต่ฝ่ายที่มีหลักประกันยินยอมให้จำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวโดยปราศจากสิทธิใน หลักประกัน แต่ผลประโยชน์ทางกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นประโยชน์กับผู้รับหลักประกันมาก นัก เนื่องจาก การโอนเงินเสมือน เช่น คริปโทเคอร์เรนซี สามารถทำได้ผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่ง จะระบุเพียงที่อยู่ดิจิทัลของแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม โดยไม่มีการระบุข้อมูลส่วนบุคคลจึง เป็นไปได้ยากที่จะค้นพบตัวบุคคลจากการดูข้อมูลธุรกรรม และธุรกรรมการ โอนเงินเสมือนมักจะ เกี่ยวข้องกับรายการนำเข้า (Input) และรายการนำออก (Output) หลายรายการ เช่น A ได้รับรายการ จำเข้าจาก B จำนวน 5 Bitcoin และได้รับจาก C จำนวน 5 Bitcoin จากนั้น A ได้ทำธุรกรรมโอน Bitcoin ไว้ในรายการนำออกให้แก่ D จำนวน 8 Bitcoin ส่วนอีก 2 Bitcoin จะกลับไปให้ A เป็นต้น ในทางปฏิบัติหากพิจารณาจากรายการนำเข้าและรายการนำออกจะเป็นการยากที่จะระบุได้ว่า เงิน เสมือนได้ถูกโอนไปยังบุคคลใด กระบวนการนี้ทำให้การระบุตัวผู้ซื้อเงินเสมือนยากยิ่ง อีกทั้ง ธุรกรรมที่ดำเนินการผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนจะไม่สามารถย้อนกลับได้ ดังนั้น แม้ผู้รับ หลักประกันจะทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์เป็นลำดับแรก แต่บุริมสิทธิของผู้รับ หลักประกันในเงินเสมือนก็ไม่มีประโยชน์หากผู้รับหลักประกันไม่สามารถระบุตัวผู้ซื้อเงินเสมือน ที่เป็นหลักประกันจากที่อยู่ดิจิทัลหรือกุญแจสาธารณะในบัญชีธุรกรรมของบล็อกเชนได้ หรือแม้จะ สามารถระบุตัวของผู้ซื้อเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันได้แต่สถานที่อยู่อาศัยตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาล ที่ห่างไกลก็อาจทำให้การบังคับหลักประกันไม่สามารถได้ เนื่องจาก เขตอำนาจศาลอาจปฏิเสธที่จะ ยอมรับสิทธิในหลักประกันของผู้รับหลักประกัน หรือการบังคับหลักประกันข้ามเขตอำนาจศาล



อาจต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เพิ่มขึ้น จึงทำให้ผลทางกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับกับการนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้จริง

ประเด็นปัญหาที่สอง วิธีการบังคับเงินเสมือนที่เป็นหลักประกัน สำหรับการบังคับหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกันในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับหลักประกันจะต้องมีเข้าครอบครองตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งการเข้าครอบครองเงินเสมือนผู้รับหลักประกันจะต้องทราบกุญแจส่วนตัว (Private key) ของผู้ให้หลักประกันเพื่อเข้าถึงเงินเสมือน หากผู้ให้กุญแจส่วนตัวก็จะต้องอาศัยความร่วมมือของผู้ให้หลักประกัน กล่าวคือให้ผู้ให้หลักประกันส่งมอบเงินเสมือนเข้ากระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของผู้รับหลักประกัน หรือให้บอกกุญแจส่วนตัวแก่ผู้รับหลักประกัน ดังนั้น หากผู้ให้หลักประกันไม่ให้ความร่วมมือผู้รับหลักประกันก็ไม่สามารถเข้าถึงเงินเสมือนในกระเป๋าสตางค์ของผู้ให้หลักประกันได้ และแม้ว่าผู้ให้หลักประกันจะให้ความร่วมมือโดยการส่งมอบกุญแจส่วนตัวให้ แต่ถ้าผู้ให้หลักประกันได้มีการโอนเงินเสมือนไปยังบุคคลอื่น ๆ กรณีจึงเป็นเรื่องยากสำหรับผู้รับหลักประกันในการติดตามเงินเสมือนตามที่ได้กล่าวไปแล้วในประเด็นปัญหาแรก<sup>343</sup>

ประเด็นที่สาม ความผันผวนของเงินเสมือนที่เป็นหลักประกัน ตั้งแต่เงินเสมือนได้มีการใช้งานมูลค่าของเงินเสมือนก็มีความผันผวนสูงอย่างมาก เช่น Bitcoin เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2010 ที่เข้าสู่ตลาดแลกเปลี่ยนเป็นครั้งแรกราคาของ Bitcoin อยู่ที่ประมาณ 0.04951 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อ 1 BTC ซึ่งต่อมาในเดือนพฤศจิกายน 2013 ราคาของ Bitcoin ได้ปรับตัวขึ้นสูงประมาณ 1,160 ดอลลาร์สหรัฐต่อ 1 BTC จากนั้นราคาได้ทำการปรับตัวลงอย่างรุนแรงจนเหลือราคาประมาณ 142 ดอลลาร์สหรัฐในเดือนมกราคม 2015 หลังจากนั้นในเดือนธันวาคม 2017 ราคาของ Bitcoin ได้มีการปรับตัวขึ้นอย่างรุนแรงอีกครั้งจนมีราคาประมาณ 19,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อ 1 BTC ซึ่งเป็นราคาที่สูงสุด ณ ตอนนั้นเงินเสมือนได้กลายเป็นที่รู้จักของคนทั้งโลกทั้งในด้านการลงทุนและด้านเทคโนโลยี แต่แทนที่ราคาของ Bitcoin จะปรับตัวขึ้นต่อไป ตรงกันข้ามราคาของมันได้ปรับตัวลงอย่างต่อเนื่องเป็นเวลา 1 ปีเต็มในเดือนธันวาคม 2018 คงเหลือราคาเพียงประมาณ 3,100 ดอลลาร์สหรัฐต่อ 1 BTC และในปี 2020 - 2021 เงินเสมือนได้กลับมาเป็นที่นิยมมากขึ้นสำหรับการลงทุนของนักลงทุนทั่วโลกทำให้ปริมาณการซื้อขายเงินเสมือนในตลาดมีจำนวนมากขึ้นอย่างมหาศาลเมื่อความอุปสงค์ของ Bitcoin มีจำนวนมากกว่าอุปทานส่งผลให้ Bitcoin ได้ปรับตัวขึ้นจนสามารถ

<sup>343</sup> GEOFFREY R. PECK AND STEVEN J. BLEIBERG, MORRISON & FOERSTER LLP, WITH PRACTICAL LAW FINANCE (August, 2020), "Security Interests: Bitcoins and Other Cryptocurrency Assets," Retrieved February 1, 2021, from <https://media2.mofo.com/documents/190424-security-interests-bitcoins-cryptocurrency.pdf>, p. 1 - 2.

ทำลายแนวด้านราคาในปี 2018 และทำราคาที่เป็นสถิติใหม่สูงสุดในเดือนเมษายน 2021 ที่ประมาณ 64,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อ 1 BTC หรือเป็นเงินบาทไทยประมาณ 2,120,000 บาทต่อ 1 BTC จากนั้นราคาได้ปรับตัวลงอย่างต่อเนื่อง ณ วันที่ 19 พฤษภาคม 2021 คงเหลือราคาประมาณ 30,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อ 1 BTC หรือเป็นเงินบาทไทยประมาณ 1,018,000 บาทต่อ 1 BTC ดังนั้น จะเห็นได้ว่าจากประวัติศาสตร์ของ Bitcoin มูลค่าของมันมีความผันผวนอย่างมากจึงไม่เหมาะสมที่จะนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องความผันผวนของมูลค่าในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก็เป็นความเสี่ยงที่ผู้รับหลักประกันจะต้องบริหารจัดการ โดยผู้ให้กู้อาจปล่อยสินเชื่อในจำนวนที่ต่ำกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เช่น หากผู้กู้ต้องการกู้เงินสดจำนวน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ อาจต้องเงินเสมือนเป็นเงินจำนวน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ และอาจต้องจ่ายดอกเบี้ยในอัตราที่ค่อนข้างสูง

จากที่ได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาของการนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ พบว่า กฎหมาย UCC Article 9 ไม่ได้เสนอวิธีการสำหรับการนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันไว้ โดยเฉพาะเจาะจงจึงทำให้เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการและเกิดประเด็นปัญหาตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ในส่วนนี้จึงเป็นนำเสนอเกี่ยวกับแนวทางการแก้ปัญหา รวมทั้งแนวคิดของการออกแบบธุรกรรมทางเลือกเพื่อให้การนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้สามารถบังคับได้จริงและเป็นประโยชน์ต่อผู้รับหลักประกัน

แนวทางการแก้ปัญหาแรก UCC Article 9 ได้มีการเสนอวิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งการควบคุมเป็นแบบบังคับสำหรับสินทรัพย์ทางการเงินที่ไม่มีรูปร่างบางรายการและเป็นประโยชน์แก่ผู้รับหลักประกัน จึงทำให้วิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการยื่นอุทกลดความสำคัญลงให้เป็นเพียงวิธีการที่สองสำหรับสินทรัพย์ทางการเงินที่ผู้รับหลักประกันไม่สามารถค้นหาและควบคุมสินทรัพย์ทางการเงินที่เกิดขึ้นภายหลังได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ผู้รับหลักประกันที่มีการควบคุมบัญชีเงินฝากจะมีลำดับบุริมสิทธิเหนือผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ไม่มีการควบคุมบัญชีเงินฝาก<sup>344</sup> หรือผู้รับหลักประกันที่มีการควบคุมทรัพย์สินเพื่อการลงทุนจะมีลำดับบุริมสิทธิเหนือผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ไม่มีการควบคุมทรัพย์สินเพื่อการลงทุน<sup>345</sup> หรือผู้รับหลักประกันที่มีการควบคุมสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิตจะมีลำดับบุริมสิทธิเหนือผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ไม่มีการควบคุมสิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต<sup>346</sup> หรือผู้รับหลักประกันที่มีการควบคุม electronic chattel paper จะมีสิทธิ

<sup>344</sup> UCC § 9-327 (1)

<sup>345</sup> UCC § 9-328 (1)

<sup>346</sup> UCC § 9-329 (1)

เท่าเทียมกันในการจัดลำดับบุริมสิทธิเหนือผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ไม่มีการควบคุมเนื่องจากสิทธิของผู้รับหลักประกันที่มีการครอบครอง Tangible chattel paper จะมีเหนือผู้รับหลักประกันที่ไม่มีการครอบครอง Tangible chattel paper<sup>347</sup> และแม้ว่า Article 9 จะมีการอธิบายขั้นตอนทางกฎหมายสำหรับการควบคุมสินทรัพย์ทางการเงินแยกต่างหากจากกัน แต่ขั้นตอนในการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมนั้นมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องการทำ “ข้อตกลงการควบคุม (control agreement)” ซึ่งคู่สัญญาที่มีภาระผูกพันกับสินทรัพย์นั้นตกลงว่าจะปฏิบัติตามคำแนะนำหรือคำสั่งของผู้รับหลักประกันเกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เช่น กรณีบัญชีเงินฝากผู้รับหลักประกันสามารถควบคุมบัญชีเงินฝากได้โดยใช้ข้อตกลงการควบคุมกับผู้ให้หลักประกันและธนาคารที่บัญชีนั้นตั้งอยู่ตาม 9-104 (a)(2) หรือกรณีทรัพย์สินเพื่อการลงทุนตาม 8-106 (d)(2) ระบุว่า “ผู้ซื้อ” มีอำนาจควบคุมการสิทธิในหลักทรัพย์หากคนกลางหลักทรัพย์ (securities intermediary) ตกลงว่าจะปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ซื้อโดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของหลักทรัพย์ผู้ให้สิทธิ “การซื้อ ตาม 1-201 (b)(29)(30) รวมถึง การจำนอง จำนำ สิทธิยึดเหนี่ยว สิทธิในหลักประกัน...” ดังนั้น ผู้รับหลักประกันจึงมีคุณสมบัติเป็นผู้ซื้อตาม 8-106 ผู้รับหลักประกันจึงสามารถควบคุมทรัพย์สินเพื่อการลงทุนได้โดยใช้ข้อตกลงการควบคุมระหว่างผู้ให้กู้และคนกลางหลักทรัพย์ เป็นต้น จึงเห็นได้ว่า การควบคุมหลักประกันจะเป็นประโยชน์ให้แก่ผู้รับหลักประกันในการบังคับหลักประกันเพื่อชำระหนี้มากกว่ากรณีอื่น ๆ

แม้เงินเสมือนซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible) อาจทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการยื่น (Filing) ได้ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นทรัพย์สินที่จะสามารถทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุมได้ ทั้ง ๆ ที่การควบคุมอาจทำให้ผู้รับหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือหลักประกันก่อนผู้รับหลักประกันที่ไม่ได้มีการควบคุมตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้รับเงินเสมือนเป็นหลักประกันอาจใช้รูปแบบการทำธุรกรรมซึ่งเรียกว่า “กึ่งควบคุม (quasi-control)” เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ให้หลักประกันหลบเลี่ยงสิทธิในหลักประกันในเงินเสมือนที่ได้ให้ไว้กับผู้ให้ ด้วยวิธีการโอนย้ายไปยังบุคคลอื่น ๆ เช่น ผู้ซื้อ ที่ไม่เปิดเผยตัวตน ซึ่งรูปแบบธุรกรรมนี้ถูกออกแบบมาเฉพาะสำหรับเงินเสมือน เช่น คริปโทเคอร์เรนซี ที่ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน กล่าวคือ ในขณะที่ผู้รับหลักประกันทำให้สิทธิในคริปโทเคอร์เรนซีที่เป็นหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ได้โดยการยื่น ในบล็อกเชนของ Ether (คริปโทเคอร์เรนซีที่เก็บรักษาไว้บนแพลตฟอร์มบล็อกเชนของ Ethereum) ซึ่งระบุที่อยู่ของเงินเสมือนโดยกุญแจสาธารณะของผู้ให้หลักประกัน แต่ผู้รับหลักประกันยังคงดำเนินการโดยใช้กุญแจส่วนตัวของตนเองในการโอนเงินเสมือนไปยังกุญแจสาธารณะของบุคคลอื่นที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ แต่ด้วยธุรกรรม

<sup>347</sup> UCC § 9-330 (a), (b)

กึ่งควบคุม (quasi-control transaction) ผู้ให้หลักประกันจะต้องโอนเงินเสมือนในเวลาที่มีการสร้างสิทธิในหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกันเพื่อให้มีการลงทะเบียนบนเครือข่ายบล็อกเชนของ Ethereum ด้วยการโอนเงินเสมือนไปยังบัญชีสาธารณะของผู้รับหลักประกันในนามของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งผู้ให้หลักประกันจะไม่สามารถโอนเงินเสมือนไปยังบุคคลอื่น ๆ ได้โดยไม่ต้องใช้กุญแจส่วนตัวของผู้รับหลักประกัน และหากผู้ให้หลักประกันผิดนัดชำระหนี้ตามสัญญาหลักประกัน ผู้รับหลักประกันสามารถดำเนินการบังคับชำระหนี้ได้โดยตรงผ่านการใช้กุญแจส่วนตัวเพื่อขายทอดตลาดเงินเสมือนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมาชำระหนี้ให้แก่ตนได้

ธุรกรรมกึ่งควบคุมที่กล่าวข้างต้นมีข้อได้เปรียบเหนือการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการอื่น เนื่องจาก ทำให้ผู้รับหลักประกันมีผลประโยชน์ในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันในทางปฏิบัติมากขึ้น จึงมีความเหมาะสมอย่างยิ่งที่จะต้องมีการออกแบบธุรกรรมสำหรับเงินเสมือนที่ใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน ซึ่งก็คือ การออกแบบสัญญาอัจฉริยะ (Smart contract) ที่ร่วมกับเทคโนโลยีบล็อกเชน เพื่อให้การสร้างสิทธิในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันสามารถเกิดขึ้นบนเทคโนโลยีบล็อกเชนได้อย่างสมบูรณ์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

สัญญาอัจฉริยะ คือ สัญญาที่อาศัยซอฟต์แวร์ในรูปแบบชุดคำสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์และทำงานอย่างอัตโนมัติทันที เพื่อดำเนินธุรกรรมตามเงื่อนไขที่จัดเตรียมไว้ล่วงหน้า เมื่อโปรแกรมตรวจพบที่เกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ในเงื่อนไขขึ้นก็จะเกิดผลลัพธ์ทันที ซึ่งเมื่อชุดคำสั่งดังกล่าวได้ถูกเก็บและประมวลผลในคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องที่อยู่บนเครือข่ายบล็อกเชนแล้วทุกคนในระบบจะได้ผลลัพธ์ที่ถูกต้องตรงกันทุกเครื่อง ผู้ใช้งานจึงสามารถเชื่อมั่นและมั่นใจได้ว่าผลลัพธ์ที่ได้จะถูกต้องแม่นยำเสมอตามที่ได้กล่าวไปแล้วในเชิงอรรถที่ 159 โดยรูปแบบของธุรกรรมที่สร้างสิทธิในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนนี้นจะเป็นรูปแบบการทำธุรกรรมสองฝ่าย กล่าวคือ สัญญาอัจฉริยะจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับภาระผูกพันของผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้ด้วยเงินเสมือนที่สร้างจากเทคโนโลยีบล็อกเชน และต้องส่งรายละเอียดการทำธุรกรรมลงในบล็อกเชน เพื่อให้ทุกคนบนเครือข่ายที่มีบัญชีธุรกรรมทราบว่ามีภาระหนี้แล้ว และสำหรับผู้รับหลักประกันหรือผู้ให้กู้ สัญญาอัจฉริยะต้องกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ เช่น อาจกำหนดเงื่อนไขว่า “หากผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ไม่ส่งหลักฐานการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ภายในวันที่ถึงกำหนดชำระ เงินเสมือนที่เป็นหลักประกันจะถูกโอนไปยังผู้รับ

หลักประกันหรือผู้ให้กู้ในวันดังกล่าวทันที” เป็นต้น ในปัจจุบันมีผู้ให้บริการให้กู้เงินเสมือนโดยวางเงินเสมือนเป็นหลักประกัน เช่น

- ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มที่ชื่อว่า ETHLend ซึ่งให้บริการกู้ยืมที่ปลอดภัยแก่ผู้ใช้สกุลเงินดิจิทัลที่อยู่บนเครือข่าย Ethereum โดยผู้ที่ต้องการยืมต้องยื่นคำขอเงินกู้ จากนั้นคำขอดังกล่าวจะถูกนำมาสร้างเป็นสัญญาอัจฉริยะบนบล็อกเชนของ Ethereum จากนั้นผู้กู้จะแทรกข้อมูลเกี่ยวกับการกู้ยืม เช่น จำนวนเงินกู้, อัตราดอกเบี้ย และเวลาในการกู้ยืมและชำระเงินคืน นอกจากนี้ผู้กู้จะต้องแทรกที่อยู่ของเงินเสมือน และจำนวนของเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันในสัญญาอัจฉริยะดังกล่าว หลังจากกรอกข้อมูลทั้งหมดแล้วผู้ยืมจะต้องโอนโทเคนดิจิทัลที่เป็นหลักประกันไปยังสัญญาอัจฉริยะ ขณะนี้ผู้ให้กู้สามารถให้กู้ยืมเงินได้ เมื่อการให้กู้เสร็จสิ้นแล้วต่อมาผู้ยืมชำระหนี้ไม่ตรงเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาอัจฉริยะจะทำการโอนเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันไปยังที่อยู่กระเป๋าตังค์ดิจิทัลของผู้ให้กู้ และผู้ให้กู้สามารถนำเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันออกขายบนศูนย์ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินเสมือนเพื่อนำมาชำระหนี้<sup>348</sup> แต่ในปัจจุบันผู้ให้บริการ ETHLend ได้เลิกให้บริการและจัดตั้งใหม่เป็น AAVE ซึ่งยังคงเป็นแพลตฟอร์มการให้บริการกู้ยืมเช่นเดิมแต่ได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้บริการ โดยสรุปผู้ที่ต้องการปล่อยกู้จะต้องโอนเงินเสมือนเข้าไปในเครือข่ายที่เรียกว่า Pool ร่วมกับผู้ปล่อยกู้คนอื่น ๆ เมื่อมีผู้กู้ทำการกู้หรือยืมที่ฝากไว้ในระบบและผู้กู้จ่ายเงินคืนพร้อมดอกเบี้ย ผู้ให้กู้ก็จะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าธรรมเนียมสำหรับการฝากเงินเสมือนโดยแบ่งตามสัดส่วนตามจำนวนของผู้ปล่อยเงินกู้ ซึ่งอัตราค่าธรรมเนียมจะเป็นไปตามอุปสงค์และอุปทาน หากมีผู้ต้องการกู้ยืมจำนวนมาก อัตราค่าธรรมเนียมจะเพิ่มขึ้นทำให้ผู้ปล่อยกู้ได้กำไรจากค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้น ส่วนผู้กู้ที่ต้องการกู้ อาจเลือกการกู้ยืมแบบมีหลักประกัน หรือการกู้ยืมแบบไม่ต้องวางเงินเสมือนเป็นหลักประกัน แต่มีเงื่อนไขว่าต้องคืนเงินเสมือนที่กู้ก่อนที่ Ethereum บล็อกถัดไปจะสร้างเสร็จ หลังจากครบกำหนดชำระหนี้ผู้กู้ต้องชำระเงินเสมือนที่กู้พร้อมดอกเบี้ยคืนให้แก่ระบบ โดยอัตราดอกเบี้ยของการกู้จะขึ้นอยู่กับความต้องการเงินเสมือน หากมีเงินเสมือนใน Pool ไม่มาก ระบบก็จะปรับอัตราดอกเบี้ยให้สูงขึ้นเพื่อกระตุ้นให้มีผู้ฝากเงินเสมือนแต่ถ้ามีเหรียญจำนวนมากอัตราดอกเบี้ยจะถูกปรับลงเพื่อกระตุ้นให้มีการกู้<sup>349</sup>

<sup>348</sup> COINTELEGRAPH (Jun 1,2017), “EthLend Introduces Secured Loans on Ethereum Blockchain,” Retrieved February 1 ,2021, from <https://cointelegraph.com/press-releases/ethlend-introduces-secured-loans-on-ethereum-blockchain>

<sup>349</sup> Waranyu Suknatee, “แนะนำเหรียญใหม่ — AAVE,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2564, จาก <https://medium.com/bitkub/aave-dcf593d5693b>

- ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มที่ชื่อ SALT ซึ่งให้บริการกู้ยืมเงินแก่สมาชิกโดยใช้สินทรัพย์ดิจิทัลหรือเงินเสมือน เช่น คริปโทเคอร์เรนซีเป็นหลักประกัน การให้กู้ยืมของ SALT ช่วยให้นักลงทุนสามารถเข้าถึงเงินสดได้โดยไม่ต้องขายคริปโทเคอร์เรนซี กล่าวคือ ผู้ให้บริการจะให้สินเชื่อส่วนบุคคลและสินเชื่อสำหรับธุรกิจแก่สมาชิก (การเป็นสมาชิกกับแพลตฟอร์มจะต้องมีการซื้อโทเคน SALT ซึ่งเป็นคริปโทเคอร์เรนซีของแพลตฟอร์ม) โดยจำนวนเงินกู้ขั้นต่ำ คือ 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งสามารถนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ได้ สำหรับเงินเสมือนที่จะนำมาเป็นหลักประกันจะต้องเป็นคริปโทเคอร์เรนซีที่ใช้งานเครือข่ายบล็อกเชนเท่านั้น หลังจากผู้กู้ได้รับอนุมัติเงินกู้แล้ว ผู้กู้จะต้องส่งหลักประกันไปที่กระเป๋าหลักประกัน (the SALT collateral wallet) โดยที่กรรมสิทธิ์ยังเป็นของผู้กู้ จากนั้นเงินที่ได้จากการกู้ยืมจะถูกโอนไปยังบัญชีธนาคารของผู้กู้ โดยระยะเวลาการกู้ยืมมีตั้งแต่ 3 - 12 เดือน ซึ่งตลอดอายุการกู้ยืมผู้กู้ต้องชำระเงินตามกำหนดเวลาให้กับ SALT ตามกำหนดเวลา พร้อมดอกเบี้ยที่เรียกเก็บในอัตราร้อยละ 4.95 - 22.95 ต่อปี และหากผู้กู้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ผู้ให้กู้สามารถนำเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันออกขายเพื่อชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกู้เงินผ่าน SALT จะต้องมีการตรวจสอบผู้กู้แต่ละรายซึ่งเป็นไปตามระเบียบการต่อต้านการฟอกเงิน (Anti Money Laundering) และการทำความรู้จักและพิสูจน์ตัวตนของลูกค้า (Know Your Customer) เมื่อสมาชิกได้รับการตรวจสอบแล้ว SALT จึงจะพิจารณาเงินกู้ให้<sup>350</sup>

นอกจากนั้นเพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้รับหลักประกัน คู่สัญญาอาจกำหนดให้มีบุคคลที่สามที่เชื่อถือได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรม โดยกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นผู้บันทึกและแจ้งเดือนบนเครือข่ายบล็อกเชนที่เกี่ยวข้องเพื่อระบุว่ามีหรือไม่มี การชำระหนี้ ซึ่งคล้ายกับการทำสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ให้เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และรับดูแลทรัพย์สินหรือเงินของสัญญาและเบิกจ่ายตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยคู่สัญญาตามสัญญาหลักประกันสามารถจัดเตรียมการชำระเงินแต่ละครั้งและส่งมอบให้แก่บุคคลที่สาม จากนั้นบุคคลที่สามจะทำการบันทึกการชำระเงินนี้ลงในเครือข่ายบล็อกเชนที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีการใช้ลายเซ็นดิจิทัลที่ถูกสร้างมาจากกุญแจส่วนตัวของบุคคลที่สามเมื่อผู้ใช้ได้ตรวจสอบความถูกต้องของธุรกรรมแล้วก็จะถูกบันทึกข้อมูลลงในบล็อกใหม่และนำไปต่อท้ายกับบล็อกก่อนหน้า หากการชำระเงินนี้ได้ถูกบันทึกแล้วเงื่อนไขการบังคับหลักประกันเมื่อผิดนัดชำระหนี้ที่กำหนดไว้ในสัญญาอัจฉริยะก็

<sup>350</sup> JAKE FRANKENFIELD, "Is SALT Blockchain-Based Lending the Future of ALL Personal Loans?," Retrieved February 1, 2021, from <https://www.investopedia.com/tech/salt-secured-automated-lending-technology-blockchain/>

จะไม่เกิดขึ้น เงินเสมือนก็จะไม่ถูกโอนไปให้ผู้รับหลักประกัน<sup>351</sup> หรืออาจใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็น (Multisignature wallet) ในการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล เพื่อการทำธุรกรรมจะต้องกระทำผ่านกระเป๋าตังค์แบบหลายลายเซ็นจะต้องใช้กุญแจส่วนตัวสองหรือสามกุญแจขึ้นอยู่กับระดับความต้องการในการรักษาความปลอดภัย ด้วยวิธีนี้คู่สัญญาอาจเพิ่มกุญแจส่วนตัวของบุคคลที่สามเข้าไปในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล โดยการยินยอมของบุคคลที่สามเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการทำธุรกรรมเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้ แต่อย่างไรก็ตามวิธีนี้ก็ไม่ใช่การแก้ปัญหาที่สมบูรณ์ เนื่องจาก รูปแบบที่ได้กล่าวไปมุ่งเน้นไปที่การทำธุรกรรมของฝ่ายผู้ให้หลักประกันเป็นสาระสำคัญ โดยให้แก่อำนาจแก่บุคคลที่สามในการควบคุมหลักประกันอย่างมาก หากบุคคลที่สามเกิดเจตนาทุจริต โอนเงินเสมือนไปให้บุคคลอื่นก็ส่งผลให้คู่สัญญาได้รับความเสียหายได้ หรือในกรณีที่เกิดการโอนเงินเสมือนที่ผิดพลาด เช่น หากมีการโอนเงินเสมือนจากกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของลูกหนี้ไปยังตัวแทนเอส โครว์ และตัวแทนได้อนุมัติการโอนเงินไปยังกุญแจสาธารณะของบุคคลอื่นโดยไม่ตั้งใจ คู่สัญญาจะไม่สามารถยกเลิกธุรกรรมเพื่อเรียกเงินเสมือนคืนได้ เพราะด้วยคุณลักษณะของเทคโนโลยีบล็อกเชนจะไม่สามารถย้อนกลับธุรกรรมได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจแก้ไขได้ด้วยการกำหนดเงื่อนไขการทำธุรกรรมไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็น เช่น การทำธุรกรรมจะต้องใช้กุญแจส่วนตัวของผู้รับหลักประกันและของบุคคลที่สาม หรือกำหนดความรับผิดชอบไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน เป็นต้น<sup>352</sup> หรืออาจกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาสินเชื่อซึ่งประกอบด้วย 1. ข้อตกลงที่ควบคุมจำนวนเงินที่ถืออยู่ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล 2. คำจำกัดความที่ระบุถึงจำนวนเงินที่จะใช้สำหรับการคำนวณภาระหนี้ตามสัญญา และ 3. การรับประกันว่ากระเป๋าตังค์ดิจิทัลจะใช้สำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจซึ่งเป็นปกติทางการค้าของบริษัท หรืออาจร้องขอต่อศาลให้พิจารณาและติดตามเงินเสมือนที่โอนไปโดยผิดพลาดหรือเผลอได้ กล่าวคือ ศาลอาจใช้หลัก First-in-first-out เพื่อพิจารณาทางกฎหมายว่าทรัพย์สินนั้นได้ถูกโอนไปยังแหล่งใดแหล่งหนึ่งหรือไม่ เช่น A ได้รับ 5 Bitcoin จาก B และ 5 Bitcoin จาก C จากนั้น A ได้โอน 7 Bitcoin ไปยัง D ซึ่งธุรกรรมถูกบันทึกในรายการนำเข้าและรายการนำออก ศาลสามารถวิเคราะห์รายการดังกล่าวเพื่อให้ทราบว่า 5 Bitcoin ของ B และ 2 Bitcoin ของ C อยู่ในความครอบครองของ D และส่วนที่เหลืออีก 3 Bitcoin ของ C ยังอยู่ในความ

<sup>351</sup> Ronald J. Mann (2018), “Reliable Perfection of Security Interests in Crypto-Currency,” Retrieved February 1, 2021, from <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1280&context=scitech>, p. 163 - 176.

<sup>352</sup> Xavier Focroulle Menard (July 1, 2019), “Cryptocurrency: Collateral For Secured Transaction?,” *supra* note 217, p. 336.

ครอบครองของ A หากศาลเห็นว่าการโอนเงินเสมือนเป็นการสมรู้ร่วมคิดระหว่าง A กับ D ศาลอาจตัดสินให้ย้อนกลับด้วยการโอน 7 Bitcoin กลับไปยัง A ได้ นอกจากนี้การติดตามทางกฎหมายไม่จำเป็นต้องมีแนวทางที่แน่นอนเพื่อให้ได้ประโยชน์แห่งความยุติธรรม สมมติว่ามีการโอนเงินเสมือนจำนวนมากซึ่งเกิดจากการฉ้อโกงและบุคคลที่เป็นที่รู้จักของผู้ฉ้อโกงมีบ้านหลังใหม่หรือรถคันใหม่โดยไม่มีที่ไปที่ไป ก็อาจเพียงพอที่จะคิดจามทรัพย์สินกลับไปยังผู้รับหลักประกัน<sup>353</sup>

แต่อย่างไรก็ตามหากต้องการให้สิทธิในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ด้วยวิธีการควบคุมได้ วิธีการในการแก้ปัญหาและอำนวยความสะดวกสำหรับการใช้เงินเสมือนเป็นหลักประกันที่เหมาะสมในปัจจุบัน ก็คือ การเพิ่มเงินเสมือนเป็นหมวดหมู่ของทรัพย์สินใหม่ใน UCC โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. จะต้องมีการกำหนดจำกัดความของเงินเสมือน เช่น คริปโทเคอร์เรนซี ในมาตราตอนต้น โดยจะต้องมีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะครอบคลุมวิวัฒนาการของเงินเสมือนเข้ารหัสที่จะถูกสร้างขึ้นในอนาคต เนื่องจาก เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกันมีการพัฒนาตลอดเวลาซึ่งในอนาคตรูปแบบของเงินเสมือนอาจมีการเปลี่ยนแปลงและเข้าใจยากมากยิ่งขึ้น

2. เงินเสมือนจะต้องถูกเพิ่มเข้าไปในรายการทรัพย์สินที่สามารถทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม รวมทั้งต้องมีการกำหนดรายละเอียดและวิธีการที่ทำให้สิทธิในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ เช่นเดียวกับทรัพย์สินเพื่อการลงทุน บัญชีเงินฝาก สิทธิในเลตเตอร์ออฟเครดิต และ electronic chattel paper ด้วย

3. เมื่อกำหนดให้เงินเสมือนเป็นรายการทรัพย์สินประเภทใหม่ที่สามารถสร้างสิทธิในหลักประกันได้ จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดลำดับบุริมสิทธิระหว่างผู้รับหลักประกันใหม่

จากแนวทางปัญหาที่ได้เสนอไปการทำธุรกรรมในลักษณะดังกล่าวอาจไม่ได้รับการตอบรับจากผู้ใช้งานเงินเสมือนและชุมชนเทคโนโลยีบล็อกเชน เนื่องจาก สมาชิกหลายคนในชุมชนมีความคิดแบบเสรีนิยมซึ่งไม่เชื่อแนวทางการแก้ไขของรัฐบาล ซึ่งโต้แย้งว่ามูลค่าของเงินเสมือน เช่น คริปโทเคอร์เรนซี นั้นมาจากการไม่มีตัวกลางที่เป็นบุคคลที่สามมาควบคุม ทำให้อาจมีการพยายามพัฒนาระบบเทคโนโลยีบล็อกเชนเพื่อขัดขวางวิธีการที่นำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกัน

<sup>353</sup> Xavier Focroulle Menard (July 1, 2019), "Cryptocurrency: Collateral For Secured Transaction?," supra note 217, p. 375 - 376.



### 3.6 หลักเกณฑ์การบังคับหลักประกันที่เป็นสินทรัพย์ค้ำประกันตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับการประกันหนี้ตาม The Uniform Commercial Code Article 9 เมื่อเจ้าหนี้ได้มีการทำให้สิทธิในสินทรัพย์ค้ำประกันเกิดผลสมบูรณ์ (perfection of security interest) ด้วยยื่น Financial Statement ต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว ซึ่งขั้นตอนภายหลังจากสิทธิในหลักประกันยึดติดกับตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้ว กระบวนการต่อไปที่มีความสำคัญกับเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอย่างมาก ก็คือ กระบวนการบังคับหลักประกัน เนื่องจาก หากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ได้ก็ไม่มีประโยชน์อย่างใดเกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ ดังนั้น Article 9 จึงสนับสนุนให้การบังคับหลักประกันมีความสะดวก มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันและลูกหนี้ผู้ให้หลักประกัน เมื่อมีการนำสินทรัพย์ค้ำประกันมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ การบังคับสินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นหลักประกันจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ หรือตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจ ในส่วนนี้จึงได้มีการศึกษาถึงตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาที่มีการเข้ายึดสินทรัพย์ค้ำประกันซึ่งใช้สำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีที่เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับสินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นหลักประกัน และจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับหลักประกันแทน โดยสาระสำคัญของกระบวนการบังคับหลักประกันมีดังนี้

#### 3.6.1 เหตุแห่งการบังคับหลักประกัน

การใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยหลักการทั่วไปจะต้องมีแห่งการบังคับชำระหนี้ตามที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันไว้ สัญญาหลักประกัน หรือที่เรียกว่าการผิดนัดชำระหนี้ (Default) ซึ่งส่วนใหญ่สัญญาหลักประกันเจ้าหนี้และลูกหนี้มักจะกำหนดเงื่อนไขแห่งการผิดนัดชำระหนี้ (Default Clause/ Events of Default) เพื่อที่เจ้าหนี้จะสามารถยกขึ้นเป็นเหตุบอกเลิกสัญญา เพิ่มอัตราดอกเบี้ย รวมถึงการบังคับหลักประกันได้ เมื่อลูกหนี้ผิดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในสัญญา เช่น ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องภายในกำหนดระยะเวลา ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันถูกทำลาย เสียหายหรือสูญหายไป ลูกหนี้แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือสถานะของลูกหนี้เป็นความเท็จ ลูกหนี้ตายหรือหยุดประกอบกิจการหรือเลิกบริษัท เป็นต้น นอกจากนี้เจ้าหนี้และลูกหนี้อาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับชำระหนี้เมื่อเกิดเหตุการณ์พิเศษกรณีอื่น ๆ ได้ เช่น มีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารหรือเจ้าของกิจการในบริษัทลูกหนี้ หรือลูกหนี้มีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นต้น แต่ทั้งนี้เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการ

บังคับหลักประกันต้องมีความเหมาะสมและเป็นธรรม ไม่เป็นการเอาเปรียบลูกหนี้และเจ้าหนี้รายอื่นเกินสมควร

### 3.6.2 วิธีการบังคับหลักประกัน

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันมีสิทธิจะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและนำทรัพย์สินดังกล่าวออกจำหน่าย ให้เช่า ให้สิทธิ ซึ่งการจำหน่ายไม่จำเป็นต้องเป็นการขายทอดตลาดก็ได้ โดยเจ้าหนี้จะนำออกขายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ แต่จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของสัญญาหลักประกัน และขอบเขตของกฎหมาย<sup>354</sup> ซึ่งเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่สามารถละเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังต่อไปนี้

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการใช้และการดำเนินการทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของฝ่ายที่มีหลักประกัน

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการจัดทำบันทึกที่เกี่ยวกับหนี้ที่ยังไม่ได้ชำระที่มีหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ขอให้ผู้รับจัดทำบัญชีจัดทำและรับรองความถูกต้อง (Request for an accounting) การจัดทำบันทึกที่เกี่ยวกับรายการหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ขอให้ผู้รับประโยชน์อนุวัติและรับรองความถูกต้องของรายการหลักประกันตามภาระหนี้ โดยระบุรายละเอียดของนิติกรรมแห่งหนี้ที่เหมาะสม (Request regarding a list of collateral) และ การจัดทำบันทึกที่เกี่ยวกับยอดรวมภาระหนี้ที่ค้างชำระซึ่งลูกหนี้ได้ขอให้ผู้รับประโยชน์อนุวัติและรับรองความถูกต้องของยอดรวมภาระหนี้ที่ค้างชำระซึ่งมีทรัพย์สินเป็นหลักประกัน ณ วันที่กำหนด โดยระบุรายละเอียดของนิติกรรมแห่งหนี้ที่เหมาะสม (Request regarding a statement of account)

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการรวบรวมและการบังคับหลักประกัน

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการใช้หรือการชำระเงินที่ไม่เงินสดจากการรวบรวม การบังคับใช้ หรือการจำหน่าย

<sup>354</sup> UCC § 9-601. RIGHTS AFTER DEFAULT; JUDICIAL ENFORCEMENT; CONSIGNOR OR BUYER OF ACCOUNTS, CHATTEL PAPER, PAYMENT INTANGIBLES, OR PROMISSORY NOTES.

(a) [Rights of secured party after default.]

After default, a secured party has the rights provided in this part and, except as otherwise provided in Section 9-602, those provided by agreement of the parties. A secured party:

(1) may reduce a claim to judgment, foreclose, or otherwise enforce the claim, security interest, or agricultural lien by any available judicial procedure; and

(2) if the collateral is documents, may proceed either as to the documents or as to the goods they cover.

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการให้ชำระเงินส่วนที่ขาดจากหลักประกัน การคำนวณส่วนขาดหรือส่วนเกินเมื่อมีการจำหน่ายต่อฝ่ายที่มีหลักประกัน บุคคลที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายที่มีหลักประกัน หรือลูกหนี้ชั้นรอง รวมทั้งที่เกี่ยวกับการอธิบายการคำนวณส่วนที่เกินหรือส่วนที่ขาด

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการให้ฝ่ายที่มีหลักประกันเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยปราศจากกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีหน้าที่ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือขัดต่อกฎหมาย

- ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การไถ่ถอนหลักประกัน

- ข้อกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายที่มีหลักประกันในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย<sup>355</sup>

ภายหลังจากลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดแล้ว โดยหลักเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแก่ลูกหนี้ เว้นแต่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันไว้จะต้องแจ้งให้ลูกหนี้หรือบุคคลอื่นที่มีหนี้ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันทราบเพื่อให้ชำระหนี้หรือดำเนินการอื่น ๆ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน หรืออาจบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้หรือบุคคลอื่นที่ผูกพันกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และอาจใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ของบัญชีลูกหนี้หรือบุคคลอื่นที่ผูกพันกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ในการชำระเงินหรือดำเนินการอื่น ๆ แก่ลูกหนี้ และเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นหลักประกัน หากสิทธิในหลักประกันเป็นบัญชีเงินฝากเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจบังคับชำระหนี้จากยอดเงินคงเหลือในบัญชีได้ หรืออาจสั่งให้ธนาคารบังคับชำระหนี้จากยอดเงินคงเหลือในบัญชีให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้ (ลูกหนี้ของบัญชีลูกหนี้กับธนาคารไม่ได้เป็นหนี้กับฝ่ายที่มีหลักประกัน) โดยวิธีการบังคับหลักประกันต้องกระทำไปโดยวิธีการที่สมเหตุสมผลเป็นธรรมและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ ทั้งนี้ฝ่ายที่มีหลักประกันอาจหักเงินที่ได้รับกับค่าใช้จ่าย ซึ่งรวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่ายทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการรวบรวมและบังคับหลักประกันตามสมควร<sup>356</sup>

ในการบังคับชำระหนี้เจ้าหนี้จะต้องสืบเสาะและติดตามยึดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจากลูกหนี้เสียก่อน การติดตามเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจากลูกหนี้มาไว้ในความครอบครองของตน Article 9 อนุญาตให้เจ้าหนี้สามารถกระทำการได้เองโดยไม่ต้องพึ่งพากระบวนการของศาล แต่การกระทำดังกล่าวต้องกระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือกฎหมาย (nonjudicial process) เว้นแต่เจ้าหนี้ไม่สามารถติดตามยึดทรัพย์สินจากลูกหนี้มาชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้อาจใช้กระบวนการของศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้นำทรัพย์สินซึ่งเป็นหลักประกันมาชำระหนี้ หากเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันไว้ภายหลังจากผิดนัด เจ้าหนี้อาจ

<sup>355</sup> UCC § 9-602 WAIVER AND VARIANCE OF RIGHTS AND DUTIES.

<sup>356</sup> UCC § 9-607 COLLECTION AND ENFORCEMENT BY SECURED PARTY.

กำหนดให้ลูกหนี้จัดเตรียมหลักประกันให้พร้อมเพื่อส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ ณ สถานที่ที่คู่สัญญาทั้งฝ่ายมีความสะดวกโดยเจ้าหนี้ไม่ต้องดำเนินการใด ๆ<sup>357</sup> เมื่อเจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเลือกบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ดังนี้

1. การบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Disposition of collateral) เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจขาย ให้เช่า ให้อนุญาต หรือจำหน่ายหลักประกันทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ โดยวิธีการ ลักษณะ เวลา สถานที่ และข้อกำหนดอื่น ๆ จะต้องมีความเหมาะสมในเชิงพาณิชย์ ซึ่งกระบวนการจำหน่ายหลักประกันอาจทำโดยภาครัฐหรือเอกชนก็ได้ และเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะต้องจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันภายใน 90 วันหลังจากเข้าครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว หรือภายในระยะเวลาที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันในข้อตกลงที่มีผลผูกพันภายหลังจากลูกหนี้ผิดนัด แต่หากหลักประกันเป็นสินค้าอุปโภคบริโภคและลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ PMSI มาแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของราคาเงินทุนที่เจ้าหนี้ส่งมอบให้แก่ลูกหนี้เพื่อนำเงินไปซื้อทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หรือได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ธรรมดาแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 60 ของจำนวนต้นเงินตามหนี้ประเภทที่มีหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะต้องขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเท่านั้น ทั้งนี้ ในการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจซื้อทรัพย์สินดังกล่าวได้ แต่กระทำได้เฉพาะการจำหน่ายกระทำต่อสาธารณะชน หรือการจำหน่ายที่เป็นการส่วนตัวในกรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นประเภทที่มีการซื้อขายกันโดยปกติวิสัยในตลาดซึ่งเป็นที่ยอมรับ หรือการเสนอราคาของเจ้าหนี้เป็นราคามาตรฐานที่มีการยอมรับอย่างกว้างขวาง<sup>358</sup>

2. การบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการที่เจ้าหนี้ยอมรับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกรรมสิทธิ์ของตนแทนการจำหน่าย (Acceptance of collateral) การยอมรับหลักประกันทั้งหมดหรือบางส่วนจะกระทำได้ต่อเมื่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้แสดงความยินยอมเป็นหนังสือ หรือยื่นข้อเสนอให้ลูกหนี้ และลูกหนี้ได้ยินยอมให้เจ้าหนี้รับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน โดยลูกหนี้ตกลงตามเงื่อนไขที่เจ้าหนี้เสนอภายหลังจากผิดนัดชำระหนี้ หรือลูกหนี้ไม่คัดค้านภายใน 20 วันหลังจากได้รับข้อเสนอของเจ้าหนี้ นอกจากนั้นเจ้าหนี้

<sup>357</sup> UCC § 9-609 SECURED PARTY'S RIGHT TO TAKE POSSESSION AFTER DEFAULT. (b) and (c)

<sup>358</sup> UCC § 9-610 DISPOSITION OF COLLATERAL AFTER DEFAULT. (a) ,b) and (c)

UCC § 9-620 ACCEPTANCE OF COLLATERAL IN FULL OR PARTIAL SATISFACTION OF OBLIGATION; COMPULSORY DISPOSITION OF COLLATERAL. (e) and (f)

จะต้องส่งข้อเสนอการยอมรับดังกล่าวให้แก่บุคคลที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะต้องได้รับการรับรองสำหรับข้อเรียกร้องสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนที่ลูกหนี้จะยินยอมให้เจ้าหนี้รับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกรรมสิทธิ์ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ 10 วันก่อนที่ลูกหนี้จะยินยอม มีส่วนได้เสียในหลักประกัน หรือภาระผูกพันใด ๆ ในหลักประกันซึ่งสิทธิในหลักประกันสมบูรณ์ด้วยการยื่น Financing Statement โดยมีภาระหลักประกัน การชีวิตภายใต้ชื่อลูกหนี้ ณ วันนั้น และได้ยื่น Financing Statement ต่อสำนักงานในท้องที่ที่ครอบคลุมหลักประกัน ณ วันนั้น เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันรายอื่นที่ 10 วันก่อนวันที่ลูกหนี้จะยินยอม มีสิทธิในหลักประกันที่สมบูรณ์โดยการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือสนธิสัญญาตาม 9-311 (a) ทั้งนี้ตาม 9-621 และบุคคลอื่นใดนอกจากที่กล่าวไปข้างต้นซึ่งมีส่วนได้เสียในหลักประกันที่เป็นรองจากสิทธิในหลักประกันของเจ้าหนี้ที่ส่งข้อเสนอ หากบุคคลตาม 9-621 ยินยอมหรือไม่คัดค้านภายใน 20 วันนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้ส่งหนังสือแจ้งให้บุคคลนั้น หรือหากบุคคลอื่นใดยินยอม หรือไม่คัดค้านภายใน 20 วันหลังจากที่เจ้าหนี้ได้แจ้งให้แก่บุคคลตาม 9-621 เป็นครั้งสุดท้าย ให้ถือว่าการบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการที่เจ้าหนี้ยอมรับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเป็นกรรมสิทธิ์ของตนแทนการจำหน่ายเสร็จสมบูรณ์ ส่งผลกระทบนี้ของลูกหนี้ระงับ รวมทั้งสิทธิในหลักประกัน หรือผลประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรม และสิทธิในหลักประกันลำดับรอง หรือภาระหนี้อื่น ๆ ที่ลูกหนี้ก่อขึ้นเป็นอันระงับไปด้วย โดยสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโอนไปยังเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน<sup>359</sup>

### 3.6.3 คดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่ใช้ในการกระทำความผิดอาญา

การนำสินทรัพย์ดิจิทัลหรือเงินเสมือนหรือคริปโทเคอร์เรนซีมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ไม่ได้มีอยู่ในรูปแบบหลักประกันที่ชัดเจนภายใต้ UCC แต่ UCC Article 9 ก็มีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะรองรับการนำเงินเสมือนมาเป็นหลักประกันภายในประเภทหลักประกันที่กำหนดไว้ โดยในปัจจุบันเงินเสมือนมีแนวโน้มเป็น “ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible)” ดังนั้น กฎเกณฑ์ทั้งหมดที่ใช้กับการยึดติด การทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ ลำดับบุริมสิทธิ และการบังคับสิทธิในหลักประกันใน “ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป” จะอยู่ภายใต้ Article 9 กล่าวคือ ในการยึดติด (Attachment) ของสิทธิในหลักประกันเข้ากับเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันตามมาตรา 9-203 (a) จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่ได้กำหนดไว้ 3 ประการ ซึ่งเจ้าหนี้ผู้รับ

<sup>359</sup> UCC § 9-620 ACCEPTANCE OF COLLATERAL IN FULL OR PARTIAL SATISFACTION OF OBLIGATION; COMPULSORY DISPOSITION OF COLLATERAL. (a), (b), (c) and (d)

UCC § 9-621. NOTIFICATION OF PROPOSAL TO ACCEPT COLLATERAL. (a)

UCC § 9-622 EFFECT OF ACCEPTANCE OF COLLATERAL. (a)

หลักประกันจะได้รับสิทธิในหลักประกันที่บังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อ (1) มีการทำสัญญาหลักประกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ สัญญาหลักประกันจะเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งบ่งบอกถึงมูลหนี้ระหว่างกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้ ชื่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ มูลหนี้ที่มีอยู่ต่อกัน ทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ และลูกหนี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันรับรองความถูกต้องของสัญญาหลักประกัน (authenticating) ตามมาตรา 9-203 (b)(3) (2) เจ้าหนี้ได้ชำระหนี้เป็นการตอบแทนให้แก่ลูกหนี้ และ (3) ลูกหนี้จะต้องมีสิทธิในทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกัน กล่าวคือ ลูกหนี้ต้องมีกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในขณะนั้น แม้ว่า Article 9 จะมีทางเลือกอื่นสำหรับหลักประกันบางประเภท ซึ่งเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันอาจจัดให้มีการครอบครองหรือควบคุมหลักประกันแทนการได้ปฏิบัติตามมาตรา 9-203 (b) อย่างไรก็ตาม “ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป” ไม่ใช่ทรัพย์สินประเภทใดประเภทหนึ่งที่ระบุไว้ในรายการที่สามารถครอบครองหรือควบคุมได้ ดังนั้น การยึดติดของสิทธิในหลักประกันเข้ากับเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันจึงจำเป็นต้องมีสัญญาหลักประกันที่ได้รับการรับรองความถูกต้องแล้ว

ในทำนองเดียวกัน การทำให้สิทธิในเงินเสมือนที่เป็นหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์จะต้องยื่น Financial Statement อีกครั้ง แม้ Article 9 จะให้วิธีการทางเลือกในการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม หรือการครอบครอง แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการทางเลือกดังกล่าวจะใช้ได้กับหลักประกันบางประเภทเท่านั้นตามที่ได้อธิบายไปแล้ว ซึ่งไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป ดังนั้น แนวคิดเรื่องการควบคุมและการครอบครองไม่ได้ใช้กับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป จึงไม่อาจใช้วิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม หรือการครอบครองกับเงินเสมือนได้

ในปัจจุบันกฎหมายในต่างประเทศยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน จึงทำให้เกิดปัญหาในเรื่องดังกล่าวหลายประการ ซึ่งในการบังคับหลักประกันส่วนมากจะเป็นการใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนและสัญญาอัจฉริยะเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยรูปแบบจะถูกรวบรวมจากเอกชนซึ่งเป็นผู้ให้บริการแพลตฟอร์มกู้ยืมเงินโดยใช้สินทรัพย์ดิจิทัลหรือเงินเสมือนเป็นหลักประกัน เช่น การใช้สัญญาอัจฉริยะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับภาระผูกพันของผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งแก่ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้ด้วยเงินเสมือนที่สร้างจากเทคโนโลยีบล็อกเชน และต้องส่งรายละเอียดการทำธุรกรรมลงในบล็อกเชน เพื่อให้ทุกคนบนเครือข่ายที่มีบัญชีธุรกรรมทราบว่าการชำระหนี้แล้ว และสำหรับผู้รับหลักประกันหรือผู้ให้กู้ สัญญาอัจฉริยะต้องกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตาม

เงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรืออาจกำหนดให้มีบุคคลที่สามที่เชื่อถือได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรมโดยกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นผู้บันทึกและแจ้งเตือนบนเครือข่ายบล็อกเชนที่เกี่ยวข้องเพื่อระบุว่ามิหรือไม่มีการชำระเงินและดำเนินการบังคับหลักประกันเมื่อมีเหตุผิดนัดชำระหนี้เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นแนวทางการยึดหรืออายัดสินทรัพย์ดิจิทัลหรือเงินเสมือนในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา หรือในคดีแพ่ง โดยเฉพาะคดีล้มละลาย จากการศึกษาพบแนวทางการบังคับหลักประกันในต่างประเทศ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา การยึดและอายัดเงินเสมือนนั้นไม่อาจอาศัยเพียงแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น แต่จะต้องอาศัยเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายในการเข้ายึดและอายัดอีกด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าเกิดประเด็นที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการยึดอายัดเงินเสมือน ดังนี้

- ประเด็นที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล การบังคับคดีแพ่งที่เกี่ยวกับเงินเสมือนอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณา เนื่องจาก เงินเสมือน เช่น Bitcoin อยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์และอินเทอร์เน็ตจึงทำให้ปรากฏอยู่ในหลายสถานที่พร้อมกัน จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งของศาลที่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งในเรื่องนี้มีการเสนอว่าศาลที่มีอำนาจพิจารณาควรเป็นศาลที่สามารถใช้อำนาจเหนือกุญแจส่วนตัว เพราะ ลักษณะความเป็นเจ้าของเหนือเงินเสมือน คือ การเป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัว จึงต้องพิจารณาจากบุคคลที่เป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวที่สามารถควบคุม เข้าถึง และ โอนเงินเสมือนได้เท่านั้น ซึ่งการบังคับคดีจะกระทำได้อีกต้องบังคับกับบุคคลที่เป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวเพื่อให้โอนเงินเสมือนไปยังกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของศาล ดังนั้น หากบุคคลที่เป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ศาลนั้นเป็นที่ศาลที่มีอำนาจเหนือกุญแจส่วนตัวและเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี

โดยในการนำยึดทรัพย์สินผู้ที่ยื่นคำร้องจะต้องแสดงให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริง ซึ่งจะต้องอธิบายถึงลักษณะของทรัพย์สิน และตำแหน่งที่ตั้งของทรัพย์สิน เพื่อให้เจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถทำการสืบค้นและตรวจสอบทรัพย์สินที่จะยึดต่อไป สำหรับกรณีของเงินเสมือนเจ้าหนี้จะต้องทำการสืบทรัพย์เพื่อให้ทราบว่าคุณหนนี้มีเงินเสมือนเก็บไว้ที่ใดบ้าง

- ประเด็นที่เกี่ยวกับการยึดเงินเสมือนเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้องเริ่มกระบวนการบังคับคดีด้วยการเข้ายึดกุญแจส่วนตัวของคุณหนนี้ และทำการจัดเก็บกุญแจส่วนตัวดังกล่าวอย่างปลอดภัย ซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับคดีเท่านั้นที่จะสามารถเข้าถึงและรับรู้ข้อมูลโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถที่จะใช้กุญแจส่วนตัวของคุณหนนี้โอนเงินเสมือนเข้าไปที่กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของศาลได้ นอกจากนี้ หากศาลพบว่ากุญแจส่วนตัวถูกจัดเก็บไว้ในสถานที่ปลอดภัยในเขตอำนาจศาล ศาลที่มีเขตอำนาจสามารถออกคำสั่งให้เข้ายึดกุญแจส่วนตัว โดยให้เจ้าพนักงานที่มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ดังกล่าวเพื่อดำเนินการยึดกุญแจส่วนตัว เหมือนกับกรณี FBI ได้ทำการ

เข้ายึด Bitcoin ในคดีของ Silk Road จากนั้นเจ้าพนักงานจะโอนเงินเสมือนเหล่านั้นไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลที่ศาลที่มีเขตอำนาจเป็นเจ้าของอยู่ การโอนนี้จะทำให้แน่ใจได้ว่าไม่มีใครสามารถใช้อำนาจเหนือเงินเสมือนเพื่อเข้ายึด หรือออกคำสั่งให้เจ้าพนักงานไปยึดเงินเสมือนดังกล่าวได้อีก โดยศาลที่มีเขตอำนาจสามารถอ้างได้ว่าเงินเสมือนอยู่ในเขตอำนาจของตนเท่านั้น<sup>360</sup>

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยึดเงินเสมือน มีดังนี้

1. คดี United State v. Alexander Cazes, aka “ALPHA02”, aka “ADMIN” Case No. 1:17 CR-00144 LJO SKO ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2014 นาย Alexander Cazes ซึ่งเป็นพลเมืองแคนาดา กับบุคคลอื่นได้ร่วมกันสร้าง AlphaBay หรือ AlphaBay Market ซึ่งเป็นเว็บไซต์เถื่อน (Dark Web) สำหรับการซื้อขายสินค้าที่ผิดกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น สารเสพติด บัตรประชาชนปลอม สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ อาวุธปืนเถื่อน หรือเพื่อการฟอกเงิน จึงทำให้ AlphaBay มีผู้ค้าและผู้ให้บริการหลายพันรายเข้าร่วมในเครือข่าย โดยผู้ค้าและผู้ให้บริการบนเครือข่ายสามารถปกปิดตัวตนในการทำธุรกรรมได้ เนื่องจาก การเข้าเว็บไซต์ AlphaBay จะต้องกระทำผ่านเครือข่าย The Onion Router (TOR) เท่านั้น ซึ่งจะไม่มีการระบุที่อยู่ IP Address ของเซิร์ฟเวอร์คอมพิวเตอร์ที่ใช้บริการอยู่ ทำให้ยากต่อการระบุตำแหน่งของผู้ดูแลระบบ ผู้ดูแลเว็บไซต์ หรือผู้ใช้เว็บไซต์ นอกจากนั้น AlphaBay ยังกำหนดให้ผู้ใช้งานทำธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านคริปโทเคอร์เรนซี เช่น Bitcoin, Murrero และ Ethereum ที่ดำเนินการโดยเทคโนโลยีบล็อกเชนซึ่งปราศจากคนกลางที่คอยควบคุม หรือเก็บข้อมูลของผู้ใช้ โดยห้ามใช้สกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยก่อนที่ทำการซื้อขายสินค้าหรือบริการ ผู้ซื้อจะต้องโอนคริปโทเคอร์เรนซีจากกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของตนไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของ AlphaBay จากนั้นเมื่อตรวจสอบแล้ว AlphaBay จะให้เครดิตในบัญชีของผู้ซื้อตามจำนวนนั้น ณ ตอนนั้นผู้ซื้อสามารถเริ่มต้นการซื้อ โดยการลือสินค้าหรือบริการที่ผิดกฎหมายจากผู้ขายได้ หรือผู้ซื้อจะเลือกโอนคริปโทเคอร์เรนซีออกไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของตนก็ได้ เมื่อตกลงซื้อแล้วผู้ซื้อจะต้องโอนเงินจากบัญชีของ AlphaBay ไปยังบัญชีกลางที่ควบคุมและดูแลโดย AlphaBay เมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้าหรือบริการแล้ว AlphaBay จะโอนเงินจำนวนดังกล่าวไปยังบัญชี AlphaBay ของผู้ขาย หรือโอนคริปโทเคอร์เรนซีไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลภายนอกซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ขาย โดยสามารถปิดบังประวัติการเคลื่อนไหวของคริปโทเคอร์เรนซีได้ (tumbling and mixing) ในการทำธุรกรรมซื้อ

<sup>360</sup> Max I. Raskin (June 1, 2015), “Realm of the coin: Bitcoin and Civil Procedure,” Retrieved February 1, 2021, from [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2620309](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620309), p. 1002 - 1005.



ขายทุกครั้ง AlphaBay จะได้รับเปอร์เซ็นต์ของราคาซื้อขายเป็นค่าธรรมเนียมซึ่งมีมูลค่าหลายสิบล้านดอลลาร์สหรัฐ<sup>361</sup>

โดยเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม ค.ศ. 2560 สำนักงานอัยการแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาประจำเขตตะวันออกของแคลิฟอร์เนียได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อทำการยึดอายัดทรัพย์สินทางแพ่งของ Alexandre Cazes และภรรยาที่มีอยู่ทั่วโลก เช่น ประเทศไทย ไชปรัส ลิกเตนสไตน์ แอนติกาและบาร์บูดา ซึ่ง FBI และ DEA ได้เข้ายึดอายัดทรัพย์สินและยึดคอมพิวเตอร์พกพาซึ่งมีข้อมูลเกี่ยวกับสินทรัพย์ของ Alexandre Cazes เก็บไว้ด้วย และเริ่มดำเนินการเข้าเซิร์ฟเวอร์ของเว็บไซต์ AlphaBay เพื่อสืบทรัพย์สินของ Alexandre Cazes โดยทรัพย์สินที่ยึดอายัดได้มีตั้งแต่รถหรู อสังหาริมทรัพย์มากมาย เงินสดในบัญชีธนาคารต่าง ๆ รวมทั้ง คริปโทเคอร์เรนซีอีกหลายล้านดอลลาร์สหรัฐ เช่น

- รถยนต์ Lamborghini Aventador LP700-4, Porsche Panamera S, Mini Cooper, BMW Motorcycle

- บัญชีเงินฝากในธนาคารกรุงเทพ, ธนาคารกสิกรไทย, ธนาคารไทยพาณิชย์ ในประเทศไทย

- Bitcoin จำนวน 1,605.0503851 Bitcoin Ethereum จำนวน 8,309.271639 Ethereum

Zcash จำนวน 3,691.98 Zcash และ Monero จำนวน 11,993.15882 Monero เป็นต้น<sup>362</sup>

2. คดี United v. Ulbricht, 858 F. 3d 71 (2d Cir. 2017) ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2015 คณะลูกขุนได้ตัดสินให้ Ross William Ulbricht มีความผิดอาญา 7 ข้อหา ซึ่งมาจากการที่ Ulbricht ก่อตั้งและดำเนินการเว็บไซต์ Silk Road ภายใต้ชื่อ Dread Pirate Roberts (DPR) โดย Silk Road เป็นตลาดอาชญากรรมขนาดใหญ่ที่ไม่มีการระบุชื่อของผู้ดูแลระบบ ผู้ให้บริการเว็บไซต์ผ่านเครือข่าย TOR ซึ่งทำให้การรับส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตยากต่อการติดตามอย่างมาก ผู้ให้บริการ Silk Road ส่วนใหญ่จะเป็นการซื้อขายยาเสพติด เอกสารระบุตัวตนปลอม และซอฟต์แวร์สำหรับเจาะระบบคอมพิวเตอร์ โดยธุรกรรมบน Silk Road ใช้เฉพาะ Bitcoins ซึ่งเป็นคริปโทเคอร์เรนซี ทำให้การระบุตัวตนผู้ให้บริการทำได้ยากมาก ๆ นอกจากนี้ Silk Road ยังมีระบบข้อความส่วนตัวซึ่งอนุญาตให้ผู้ใช้สามารถส่งข้อความถึงกันได้ ทั้งยังมีสารานุกรมที่แนะนำข้อมูลเกี่ยวกับการใช้เว็บไซต์และให้ความช่วยเหลือจากผู้ดูแลระบบเมื่อเกิดปัญหา เช่น ขอเทคนิคเกี่ยวกับการส่งของผิดกฎหมาย

<sup>361</sup> The United States Department of Justice (June 20, 2017), “United State v. Alexander Cazes, aka “ALPHA02”, aka “ADMIN” Case No. 1:17 CR-00144 LJO SKO,” Retrieved February 1, 2021, from <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/982826/download>, p. 1 - 3.

<sup>362</sup> The United States Department of Justice (June 20, 2017), “United State v. Alexander Cazes, aka “ALPHA02”, aka “ADMIN” Case No. 1:17 CR-00144 LJO SKO,” Retrieved February 1, 2021, from <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/982821/download>, p. 5 - 7.

ให้แก่ผู้ซื้อ เป็นต้น ในระหว่างปี ค.ศ. 2011 - 2013 มีผู้ใช้บริการหลายพันรายบน Silk Road เพื่อขายยาเสพติดผิดกฎหมาย รวมทั้งสินค้าและบริการอื่น ๆ เป็นมูลค่าประมาณ 183 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่ง Ulbricht ภายใต้อีเมล DPR ได้รับผลกำไรหลายล้านดอลลาร์สหรัฐจากค่าธรรมเนียมที่ผู้ใช้บริการซื้อขายกัน

ในการสืบสวนหลังจากที่ Ulbricht ได้กลายเป็นผู้ต้องหาหลักในการสืบสวน เจ้าหน้าที่ได้รวบรวมข้อมูลการใช้ IP Address สำหรับการรับส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่ผ่านเข้าออกจากอุปกรณ์เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตไร้สายภายในบ้านของ Ulbricht และอุปกรณ์อื่น ๆ ที่เชื่อมต่อกับอุปกรณ์ดังกล่าวเป็นประจำ จนมั่นใจว่า Ulbricht เป็น DPR เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ปี ค.ศ. 2013 จึงได้ดำเนินการเข้าจับกุม Ulbricht ในห้องสมุดสาธารณะที่ซานฟรานซิสโก พร้อมกับคอมพิวเตอร์ซึ่งกำลังออนไลน์ในชื่อของ DPR ที่กำลังสนทนาในช่องแชทออนไลน์กับสายลับ จากนั้นเจ้าหน้าที่จึงได้ทำการเข้ายึดแล็ปท็อปเพื่อค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับ Silk Road ทำให้ได้พบข้อมูลการสนทนากับพนักงานของ Silk Road รายการบันทึกที่อธิบายความเป็นเจ้าของเว็บไซต์ของ Ulbricht และค่าใช้จ่าย ผลกำไรที่เกี่ยวข้องกับ Silk Road พร้อมทั้งที่กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่เก็บ Bitcoin ประมาณ 18 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เมื่อวิเคราะห์ประวัติการทำธุรกรรมบนเทคโนโลยีบล็อกเชนแล้ว พบว่าประมาณ 89 เปอร์เซ็นต์ของ Bitcoin ที่เก็บในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของ Ulbricht มาจากเซิร์ฟเวอร์ของ Silk Road<sup>363</sup> เจ้าหน้าที่จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อนำยึดเงินเสมือนทางแพ่งและโอนเงินเหล่านั้นไปยังกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของศาลที่มีเขตอำนาจตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา (DoJ) ได้แถลงว่าได้มีการยึด Bitcoin มูลค่ากว่า 1,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐที่เชื่อมโยงกับเว็บไซต์ Silk Road<sup>364</sup> โดยตั้งแต่ปี 2014 US Marshals Service (USMS) ได้ทำการประมูลขาย Bitcoin ไปแล้วประมาณ 175,000 Bitcoin ที่ถูกยึดมาจาก Silk Road<sup>365</sup>

3. คดี Securities and Exchange Commission v. AriseBank Civil Action No: 3:18-cv-186-M SEC ได้ยื่นฟ้อง Jared Rise Sr. และ Stanley Ford ที่ก่อตั้ง AriseBank เพื่อระงับการเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO) ที่ไม่ได้รับการอนุญาตอันมีลักษณะเป็นการถือโกงประชาชน โดย AriseBank ได้ก่อตั้งขึ้นและอ้างตนว่า เป็นธนาคารที่ดำเนินธุรกิจแบบกระจายอำนาจ

<sup>363</sup> Casetext, United States v. "Ulbricht," Retrieved February 1, 2021, from <https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-10>

<sup>364</sup> BCC News (November 5, 2020), "Bitcoin: \$1bn seized from Silk Road account by US government," Retrieved February 1, 2021, from <https://www.bbc.com/news/technology-54833130>

<sup>365</sup> BCC News (November 13, 2015), "Bidders snap up final Silk Road bitcoins," February 1, 2021, from <https://www.bbc.com/news/technology-34808275>

(Decentralized Bank) แห่งแรกของโลก ที่ได้เข้าซื้อกิจการธนาคารพาณิชย์ ซึ่งจะมีการนำเสนอฟิลิทัศน์และบริการด้านการเงินที่หลากหลายให้กับผู้บริโภค และยังสนับสนุนคริปโทเคอร์เรนซีมากกว่า 700 สกุล เพื่อปฏิบัติการธนาคาร จากนั้น AriseBank จึงเริ่มเปิดระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลของตนเองที่เรียกว่า “AriseCoin” ต่อสาธารณชน ซึ่งอ้างว่าสามารถระดมทุนได้มากกว่า 600 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยมีเป้าหมายที่ 1,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ SEC ตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่ผิดกฎหมาย เนื่องจาก ไม่ได้มีการยื่นคำร้อง และจดทะเบียนกับ SEC จึงทำให้ SEC ได้ยื่นฟ้องต่อศาล พร้อมกับยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว และขอให้ศาลมีคำสั่งฉุกเฉินเพื่อยึดทรัพย์สินและแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Receiver) เพื่อติดตามรวบรวมทรัพย์สินทั้งหลายของจำเลยและผู้เกี่ยวข้อง โดยให้ร่วมงานกับเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชนและผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ<sup>366</sup>

ในกระบวนการติดตามทรัพย์สินของจำเลย จำเลยและผู้เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องส่งมอบเอกสารและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับจำเลยหรือทรัพย์สินของจำเลย ซึ่งรวมไปถึงรหัสผ่านของบัญชีผู้ใช้, รหัสผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์, PIN และรหัสผ่านของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ, กุญแจเข้ารหัสลับที่ไว้สำหรับกระเป๋าตังค์ดิจิทัล ซึ่งมีหน้าที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานบังคับคดีในการรวบรวมทรัพย์สิน โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีและผู้เชี่ยวชาญได้ดำเนินการเข้ายึดอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เพื่อสืบหาว่าจำเลยมีบัญชีและกระเป๋าตังค์ดิจิทัลที่ใช้เก็บคริปโทเคอร์เรนซีไว้ที่ใดบ้าง จนพบว่าจำเลยได้มีบัญชีกับ Coinexchange.io แต่จำเลยได้ดำเนินการเปลี่ยนรหัสผ่านไปก่อนหน้านี้นี้ทำให้ไม่สามารถเข้าสู่บัญชีดังกล่าวได้ เจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชนจึงได้ติดต่อไปยัง Coinexchange.io แต่ได้รับแจ้งว่าคริปโทเคอร์เรนซีได้ถูกถอนไปจากบัญชีทั้งหมดแล้ว ท้ายที่สุดเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชนสามารถรวบรวมทรัพย์สินได้ดังนี้

- เงินสดที่ยึดจากบัญชีธนาคารต่าง ๆ รวม 397,586.98 ดอลลาร์สหรัฐ
- สินทรัพย์อื่น ๆ ที่ไม่ใช่เงินสดมูลค่าประมาณ 1,143,269.80 ดอลลาร์สหรัฐที่เก็บไว้ใน

กระเป๋าตังค์ดิจิทัลของจำเลย<sup>367</sup>

<sup>366</sup> U.S. Securities and Exchange Commission (March 29, 2018), “SEC Emergency Action Halts ICO Scam and Obtains Appointment of a Receiver to Protect Digital Assets,” Retrieved February 1, 2021, from <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2018/lr24088.htm>

<sup>367</sup> “ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (พฤศจิกายน 7, 2561), “โครงการศึกษาเรื่องการบริหารบังคับคดีกับสินทรัพย์ดิจิทัล รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report),” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, จาก <http://www.led.go.th/articles/pdf/u05ivavpioXiwe0zVD7ZS4DVtO0m3M27shbWXJzP2933110119024416.pdf>, น. 118-122.

จากที่กล่าวไปในข้างต้นแนวทางการยึดอายัดเงินเสมือนในคดีอาญาและคดีแพ่งของ  
ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีขั้นตอนดังนี้

ในคดีอาญา เจ้าพนักงานจะต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ  
ความผิดเพื่อพิสูจน์การกระทำของผู้ต้องหา เช่น ข้อมูลจราจรที่มีการรับส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่  
ผ่านเข้าออกจากอุปกรณ์เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ไร้สายที่อยู่อาศัยภายในบ้านของผู้ต้องหา การเข้าถึง  
ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดของผู้ต้องหา เป็นต้น จากนั้นทำสำนวนส่งอัยการ  
แห่งรัฐเพื่อฟ้องเป็นคดีอาญา และเพื่อขอหมายค้น หมายยึดอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ  
ความผิด หมายเรียก หมายจับ ตามขั้นตอนตามกฎหมายต่อไป โดยในระหว่างการพิจารณาคดีหาก  
อัยการเห็นว่า จำเลยอาจดำเนินการชักย้ายทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิด หรือทรัพย์สินนั้น  
เป็นสิ่งที่สามารถหลบเลี่ยงได้ง่าย อัยการอาจยื่นคำร้องขอตามกฎหมายยึดอายัดทรัพย์สินทางแพ่ง  
ให้เจ้าพนักงานทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินได้โดยปฏิบัติตามวิธีการยึดอายัดที่ชอบด้วยกฎหมาย  
และต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น เมื่อยึดหรืออายัดแล้วต้อง โอน  
ทรัพย์สินไปยังการควบคุมของเจ้าหน้าที่จากส่วนกลางทันที ด้วยการใช้กุญแจส่วนตัวของจำเลยที่  
ได้มาจากการยึดหรืออายัด โอนเงินเสมือน ไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของรัฐบาลหรือศาล และนำ  
เงินเสมือนออกขายทอดตลาดด้วยวิธีการของ USMS ตามหมายยึดและคำสั่งของศาลต่อไป

ในคดีแพ่ง เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ที่ยื่นฟ้องลูกหนี้ของตนเป็นจำเลยมีหน้าที่ต้องทำการสืบ  
ทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยอธิบายว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินเป็นเงินเสมือน โดยกุญแจส่วนตัวของลูกหนี้อยู่ใน  
เขตอำนาจของศาลที่ยื่นฟ้อง ซึ่งในระหว่างการพิจารณาหากเจ้าหนี้สืบทราบว่ามีทรัพย์สินเป็นเงิน  
เสมือนเก็บไว้ในบัญชีที่เปิดไว้กับผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินเสมือน หรือเก็บไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล  
และมีพฤติการณ์ที่จำเลยจะชักย้าย โอน ขาย จำหน่ายทรัพย์สินไปให้พ้นจากเขตอำนาจศาล หรือเพื่อประวิง  
การบังคับตามคำพิพากษา เจ้าหนี้อาจยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลในระหว่างพิจารณาคดีเพื่อ  
ป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าวของจำเลย เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาและได้ออกหมายบังคับคดีแล้ว เจ้าพนักงาน  
บังคับคดีจะต้องเริ่มกระบวนการบังคับคดีด้วยการเข้ายึดกุญแจส่วนตัวของลูกหนี้ตามที่เจ้าหนี้ได้อธิบาย  
ไว้ในคำฟ้อง และทำการจัดเก็บกุญแจส่วนตัวดังกล่าวอย่างปลอดภัย ซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ  
บังคับคดีเท่านั้นที่จะสามารถเข้าถึงและรับรู้ข้อมูล โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีสามารถที่จะใช้กุญแจส่วนตัว  
ของลูกหนี้ โอนเงินเสมือนเข้าไปที่กระเป๋าตังค์ดิจิทัลของศาลได้ หากเป็นบัญชีที่เปิดกับผู้ให้บริการ  
แลกเปลี่ยนเงินเสมือน เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจต้องติดต่อไปยังผู้ให้บริการเพื่อทำการยึด หรืออายัด  
ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามหมายบังคับคดี เมื่อรวบรวมทรัพย์สินครบถ้วนแล้วเจ้าพนักงานบังคับคดีจะต้อง  
ทำการขายทอดตลาดเงินเสมือนเพื่อนำเงินที่ได้มาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่อไป โดยในขั้นตอนนี้จะมี

การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญด้านการพิสูจน์หลักฐาน และผู้เชี่ยวชาญด้วยการสืบสวนเพื่อให้ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานบังคับคดีด้วยก็ได้



## บทที่ 4

### ปัญหาการใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

สำหรับกฎหมายหลักประกันในประเทศไทย จากการศึกษาจะพบว่าสินทรัพย์ดิจิทัลอันได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี หรือโทเคนดิจิทัล ไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการจำนำ การจำนอง เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย แต่ไม่ได้มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง จึงไม่เป็นที่ห้ามทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ อันอาจนำมาจำนำหรือจำนองตามคำนิยามของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และถึงแม้ในปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อนำมาเป็นกฎหมายหลักประกันใหม่ โดยมีข้อมุ่งเน้นในการแก้ไขทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจแต่ไม่สามารถนำไปจำนำหรือจำนองได้นั้น ให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ยังคงได้บัญญัติจำกัดความของทรัพย์สินที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจไว้เพียงแค่ว่าเพียงบางส่วน จึงไม่อาจครอบคลุมถึงทรัพย์สินที่มีอยู่ในสังคมปัจจุบันได้ ส่งผลให้เมื่อจะนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่มีขึ้นในอนาคตมาเป็นหลักประกัน จำต้องอาศัยการประกาศกฎกระทรวงเข้ามารองรับประกอบกันอีกด้วย จากเหตุที่กล่าวมาจึงชี้ชัดได้ว่า การบัญญัติกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจเท่าที่มีประกาศใช้ในปัจจุบันคงไม่สามารถก้าวเทียบทันทรัพย์สินอีกนับมากมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ สรุปได้เพียงว่า ณ ช่วงเวลาที่ผู้เขียน ศึกษาในหัวข้อสินทรัพย์ดิจิทัลนั้น สินทรัพย์ดิจิทัลที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ย่อมทำให้ในปัจจุบันยังไม่มีกรอบเจอบัญหาของการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ แต่หากภายภาคหน้าประเทศไทยเกิดหลักกฎหมายที่สามารถให้สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ผู้เขียนจึงขอคาดการณ์ถึงข้อปัญหาที่มีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นได้ไว้ในบทความที่จะกล่าวต่อไปนี้

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาถึงปัญหาของสินทรัพย์ดิจิทัลในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลได้รับการยอมรับให้เป็นทรัพย์สินอื่น ๆ ตามกฎกระทรวง ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับปัญหาของบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ ปัญหาของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ปัญหาในการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลอันเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ โดยนำหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย และลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันในทางธุรกิจรวมทั้งสถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายของประเทศไทย มาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ของผู้รับหลักประกัน ทรัพย์สินที่จะนำมาเป็น

หลักประกันทางธุรกิจ และการบังคับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินตามกฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น หลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย (Floating Charge) ของประเทศสหราชอาณาจักรและคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ รวมทั้ง ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัล และแนวคิดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ แนวคิดและคำจำกัดความที่หน่วยงานรัฐในต่างประเทศกำหนด US Uniform Regulation of Virtual Currency Businesses Act หรือ URVCBA ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Revised Payment Services Act of Japan (PSA) ของประเทศญี่ปุ่น รวมทั้ง สถานะการเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัลตามหลักกฎหมายและตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ โดยการศึกษาสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันผู้เขียนจะมุ่งเน้น ไปที่การศึกษาเฉพาะสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้รับการรับรู้และรับรองตามกฎหมายของประเทศไทย ได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนจะนำแนวทางในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง มาใช้เป็นแนวทางสำหรับการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และปัญหาในการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลอันเป็นหลักประกันในทางธุรกิจ เพื่อให้ได้มาซึ่งบทสรุปของแนวทาง และข้อเสนอแนะในการสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัยฉบับนี้

#### 4.1 ปัญหาบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ

ในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมายไทยนั้น โดยสภาพของสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ด้วยวิธีการจำนอง หรือการจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ หรือแม้แต่การนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจก็ตาม หากในอนาคตสินทรัพย์ดิจิทัลได้รับการรับรองให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ ก็ยังไม่แน่นอนว่าผู้รับหลักประกันจะตกลงยินยอมรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจาก ผู้รับหลักประกันตามกฎหมายถูกกำหนดไว้เจาะจงเฉพาะสถาบันการเงินหรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งผู้รับหลักประกันตามกฎหมายจะมีลักษณะเป็นองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่และคอยขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศไทย ประกอบกับ ลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลไม่เหมาะสมกับการ

นำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม หากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้มีการรับรองให้นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาบางประเภทที่ดำเนินธุรกิจเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามกฎหมายได้ก็จะส่งผลดีกับผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ดิจิทัล

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 และมาตรา 7 ได้กำหนดบุคคลที่จะสามารถเป็นผู้รับหลักประกันไว้ 2 ประเภท ได้แก่

1. ผู้รับหลักประกันตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ตามมาตรา 7 กำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงิน ซึ่งตามมาตรา 3 ได้ให้ความหมายของ “สถาบันการเงิน” ว่า (1) สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน (2) บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตและบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย (3) ธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น จากความหมายดังกล่าวข้างต้นการจะพิจารณาว่าบุคคลใดที่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันประเภทนี้ ได้จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย ดังนี้ สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน คือ สถาบันการเงินตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 โดยมาตรา 4 ได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์

ธนาคารพาณิชย์ ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจพาณิชย์ โดยการประกอบธุรกิจพื้นฐานของธนาคารพาณิชย์จะเป็นการดำเนินการรับฝากเงิน การให้สินเชื่อ การซื้อขายเงินตราระหว่างประเทศ การซื้อขายตราสารทางการเงิน และยังรวมถึงการให้บริการลูกค้าในด้านต่าง ๆ ได้แก่ การอวัลตัวเงิน การค้าประกัน ให้กู้ยืมแหล่งเงินทุน รับชำระเงิน โอนเงินให้แก่บุคคลอื่น เสนอผลิตภัณฑ์ทางการเงินให้แก่ลูกค้าเพื่อบริหารความเสี่ยง และธนาคารพาณิชย์ยังสามารถประกอบธุรกิจได้อีก 5 กลุ่มธุรกิจตามขอบเขตที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด คือ 1. ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัย ธนาคารพาณิชย์จะทำหน้าที่เป็นนายหน้าชี้ช่องหรือจัดการให้ลูกค้าของตนเองได้ทำประกันวินาศภัยและประกันชีวิตกับบริษัทประกันภัยเท่านั้น โดยธนาคารพาณิชย์ต้องไม่ใช่ผู้ออกกรมธรรม์ประกันภัย<sup>368</sup> 2. ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ โดยต้องได้รับใบอนุญาตขึ้นทะเบียน หรือได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่

<sup>368</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, “ขอบเขตธุรกิจของธนาคารพาณิชย์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/OthFIsSupervision/Documents/ขอบเขตธุรกิจธนาคารพาณิชย์.pdf>



กำหนดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด 3. ธุรกิจอนุพันธ์ทางการเงิน ทำธุรกรรมอนุพันธ์ทางการเงินเพื่อให้สามารถให้บริการทางการเงินที่หลากหลาย และเป็นการพัฒนาธุรกรรมทางการเงินรูปแบบใหม่ 4. ธุรกิจธนาคารอิเล็กทรอนิกส์ (e-banking) เป็นการประกอบธุรกิจการให้บริการทางการเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ การให้บริการธุรกรรมทางการเงินผ่านเครือข่ายระบบอินเทอร์เน็ต และการให้บริการเงินอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งใช้เป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแทนเงินสดเพื่อใช้สำหรับการซื้อสินค้าและบริการจากร้านค้าที่ธนาคารพาณิชย์ผู้ให้บริการเป็นคนกำหนด และ 5. ธุรกิจทางการเงินและธุรกิจการให้บริการอื่น นอกเหนือจาก 4 กลุ่มธุรกิจที่กล่าวไปข้างต้น เช่น การให้เช่าซื้อ และการให้เช่าแบบลิสซิ่ง (Hire-purchase and Leasing) แฟคตอริง (Factoring) การนำอสังหาริมทรัพย์ออกให้เช่า การออกตั๋วแลกเงิน เป็นต้น

บริษัทเงินทุน (Finance company) ต้องเป็นนิติบุคคลที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด และได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเงินทุน ดำเนินการรับฝากเงิน โดยวิธีการออกตั๋วสัญญาใช้เงิน จำหน่ายแก่ประชาชน<sup>369</sup> และการให้กู้ยืมเงินแก่ประชาชน โดยไม่สามารถให้บริการการทำธุรกรรมแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (Foreign Exchange) และไม่สามารถให้สินเชื่อที่สนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ และไม่สามารถประกอบธุรกิจบัตรเครดิตได้

บริษัทเครดิตฟองซิเออร์ ต้องเป็นนิติบุคคลที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดและได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ ให้ดำเนินการรับฝากเงินจากประชาชน และให้สินเชื่อโดยวิธีการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์ การรับฝากอสังหาริมทรัพย์ การให้เช่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ และการรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ด้วยวิธีฝากขายเท่านั้น<sup>370</sup>

บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตต้องเป็นนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต<sup>371</sup> ทำหน้าที่ในการให้บริการความคุ้มครองหรือช่วยบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

<sup>369</sup> สำนักนโยบายการออมและการลงทุน, “ศัพท์น่ารู้เกี่ยวกับเศรษฐกิจ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก [http://www2.fpo.go.th/S-](http://www2.fpo.go.th/S-I/Source/word/Word.php?Language=Thai&BeginRec=1585&NumRecShow=8&sort=1&search=)

<I/Source/word/Word.php?Language=Thai&BeginRec=1585&NumRecShow=8&sort=1&search=>

<sup>370</sup> ธนาคารแห่งประเทศไทย, “ธุรกิจการเงินที่ ธปท. กำกับดูแล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/Scope/Documents/scope.pdf#page5>

<sup>371</sup> สุนันทา เอกไพศาลกุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก [http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail\\_061.htm](http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_061.htm)

เนื่องจากการตาย การสูญเสียอวัยวะ ทูพพลภาพ และการสูญเสียรายได้เมื่อแก่ชรา โดยใช้หลักการเฉลี่ยทุกข์เฉลี่ยสุขร่วมกันของกลุ่มคน อีกมุมมองก็เป็นสถาบันการเงินที่ระดมเงินจากประชาชนที่ต้องการออมเงินในผลิตภัณฑ์ประกันชีวิตที่เสนอขายด้วย

บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย ต้องเป็นนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย ทำหน้าที่ในการรับประกันภัยโดยการทำสัญญาและออกกรมธรรม์ เพื่อให้ความคุ้มครองชีวิตและการออมเงิน และคุ้มครองภัยพิบัติต่าง ๆ เช่น ประกันอัคคีภัย ประกันรถยนต์ ประกันสุขภาพตามผลิตภัณฑ์ที่เสนอขายต่อประชาชน โดยบริษัทประกันภัยจะเป็นผู้ประเมินความเสี่ยงภัยในรูปแบบต่าง ๆ จากผู้เอาประกันภัยทุกคน และจ่ายค่าสินไหมประกันภัยให้แก่ผู้เอาประกันภัยที่ประสบภัยตามหลักการเฉลี่ยทุกข์เฉลี่ยสุขร่วมกันของกลุ่มคน<sup>372</sup>

สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือสถาบันการเงินเฉพาะกิจ (Specialized Financial Institutions : SFIs)<sup>373</sup> เป็นสถาบันการเงินของรัฐที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินพันธกิจตามนโยบายของรัฐเพื่อพัฒนาและส่งเสริมเศรษฐกิจ ทั้งสนับสนุนการลงทุนต่าง ๆ โดยดำเนินงานภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง ปัจจุบันในประเทศไทยมีสถาบันการเงินเฉพาะกิจจำนวนทั้งสิ้น 8 แห่งซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่เป็นคนกลางทางการเงิน ซึ่งให้บริการทางการเงินในรูปแบบธนาคารของรัฐและมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ได้แก่ 1. ธนาคารออมสิน ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารออมสิน พ.ศ. 2489 ทำหน้าที่ส่งเสริมการออมเพื่อนำเงินออมเข้าสู่ประเทศ 2. ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร (ธกส.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509 ทำหน้าที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนทางการเงินแก่การเกษตร กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์การเกษตร และเป็นสถาบันการเงินเพื่อพัฒนาชนบท รวมทั้งการรับฝากเงิน 3. ธนาคารอาคารสงเคราะห์ (ธอส.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. 2496 ทำหน้าที่ส่งเสริมและสร้างโอกาสให้ผู้มีรายได้น้อยสามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารและหรือที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยเป็นของตนเอง 4. ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 ทำหน้าที่

<sup>372</sup> สุนันทา เอกไพศาลกุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก [http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail\\_083.htm](http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_083.htm)

<sup>373</sup> ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สกส. 16/2559 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับลูกหนี้รายใหญ่ (Single Lending Limit : SLL) ของสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

ให้บริการทางการเงินที่ไม่ผูกพันกับดอกเบี้ยและประกอบกิจการอื่นตามหลักการทางศาสนาอิสลาม (หลักชะรีอะฮ์) แก่ประชาชน ซึ่งธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยไม่มีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ เหมือนกับธนาคารอื่น ๆ เนื่องจากกระทรวงการคลังและส่วนราชการถือหุ้นรวมกันไม่เกินร้อยละ 49

5. ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย (EXIM Bank) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2536 ทำหน้าที่ส่งเสริมและสนับสนุนการส่งออก นำเข้า และการลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ และ 6. ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (SME Bank) (เดิมชื่อ บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมขนาดย่อม) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 ทำหน้าที่ประกอบธุรกิจอันเป็นการพัฒนา ส่งเสริม ช่วยเหลือ และสนับสนุนการจัดตั้ง การดำเนินงาน การขยายหรือการปรับปรุงวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดเล็ (SMEs) โดยการให้ สินเชื่อ ค้ำประกัน ร่วมลงทุน ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือให้บริการที่จำเป็นอื่น ๆ

กลุ่มสอง คือ สถาบันการเงินเฉพาะกิจที่ไม่ใช่คนกลางทางการเงิน แต่จะให้บริการทางการเงินด้านการให้สินเชื่อเท่านั้น ไม่สามารถรับฝากเงินเหมือนกับสถาบันการเงินเฉพาะกิจกลุ่มแรกได้ 7. บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม (บสย.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติบริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม พ.ศ. 2534 ทำหน้าที่กระจายสินเชื่อไปสู่ อุตสาหกรรมขนาดย่อมทั่วประเทศ โดยยินยอมผูกพันตนในฐานะผู้ค้ำประกันต่อสถาบันการเงินใน เมื่อผู้ประกอบการอุตสาหกรรมขนาดย่อมไม่ชำระหนี้ และ 8. บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย (บตท.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชกำหนดบริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย พ.ศ. 2540 ทำหน้าที่รับซื้อ สินเชื่อที่อยู่อาศัยจากสถาบันการเงินเพื่อแปลงเป็นหลักทรัพย์เพื่อขายแก่นักลงทุนทั้งในและ ต่างประเทศ เพื่อส่งเสริมและพัฒนาตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย<sup>374</sup>

2. ผู้รับหลักประกันตามที่กำหนดในกฎกระทรวง นอกจากผู้รับหลักประกันที่กำหนด พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ตามมาตรา 7 ยังกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลังสามารถออกกฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกันได้ ซึ่งใน ปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้รับหลักประกัน พ.ศ. 2559 เพิ่มเติมบุคคลที่เป็น ผู้รับหลักประกันไว้อีก 10 ประเภท ดังนี้

2.1 นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็น หลักทรัพย์ ตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

<sup>374</sup> อิศร์กุล อุณหเกตุ, “รายงานที่ดิวอาร์ไอ ฉบับที่ 112 กุมภาพันธ์ 2558 บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติ กองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ พ.ศ. 2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2563, จาก <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/05/TDRI-Report-Feb-2015.pdf>, น. 1 - 4.

พ.ศ. 2540 โดยอาจจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในรูปแบบของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด กองทุนรวม หรือนิติบุคคลอื่น ทำหน้าที่รับ โอนสินทรัพย์ หรือรับสินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ เพื่อทำการออกและจำหน่ายหลักทรัพย์แก่ผู้ลงทุน โดยนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายหลักทรัพย์มาชำระหรือมอบให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามความตกลงที่ทำไว้และกำหนดให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหลักทรัพย์<sup>375</sup>

2.2 ทรัสต์ในนามทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 โดยก่อนจะมีการทรัสต์ จะต้องมีการ “ทรัสต์” เกิดขึ้นเสียก่อน ทรัสต์ คือ นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล 3 ฝ่าย ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ได้ตกลงโอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลฝ่ายสุดท้ายเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ โดยการก่อตั้งทรัสต์นั้น ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. และทรัสต์ต้องเป็นธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการพาณิชย์ สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น นิติบุคคลอื่นใดตามกฎหมายกำหนดโดยทรัสต์ที่ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นเพียงเครื่องมือในการสนับสนุนให้การทำธุรกรรมในตลาดทุนมีประสิทธิภาพเท่านั้น<sup>376</sup> ไม่ใช่กับการจัดการในเรื่องอื่น ๆ ดังนั้น ทรัสต์ในนามของทรัสต์จึงสามารถเป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจจากผู้ลงทุนที่ต้องการนำทรัพย์สินที่มีค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นประกันการชำระหนี้ได้

2.3 บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม หรือผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บริษัทหลักทรัพย์ ต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น และต้องได้รับความเห็นชอบและใบอนุญาตจากรัฐมนตรี บริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์สามารถดำเนินการได้ ดังนี้ 1. การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ 2. การค้าหลักทรัพย์ 3. การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน

<sup>375</sup> จีรพงษ์ เวชมงคลกร, “สรุปสาระสำคัญของพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2563, จาก [http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail\\_097.htm](http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_097.htm)

<sup>376</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/trust-act-summary.pdf>, น 1 - 7.

4. การจัดทำนายหลักทรัพย์ 5. การจัดการกองทุนรวม 6. การจัดการกองทุนส่วนบุคคล 7. กิจการอื่นที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด<sup>377</sup>

กองทุนรวม เป็นทางเลือกในการลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน ซึ่งจะช่วยให้ผู้ลงทุนสามารถกระจายความเสี่ยงจากการลงทุนได้ดีขึ้นและมีผู้ประกอบการวิชาชีพที่เป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความชำนาญในด้านการลงทุนเพื่อช่วยเหลือติดตามดูแลการลงทุน โดยการจัดตั้งกองทุนรวม บริษัทหลักทรัพย์จะจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมเมื่อได้รับอนุมัติจาก ก.ล.ต. ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด โดยบุคคลที่จะมาเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนนั้น ต้องเป็นธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงินที่มีคุณสมบัติตามที่สำนักงานประกาศกำหนด

ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ ในการที่บริษัทมหาชนจำกัดต้องการระดมทุนด้วยการออกหุ้นกู้แบบมีประกันเพื่อเสนอขายต่อนักลงทุนทั่วไป (Public offering : PO) และผู้ลงทุนรายใหญ่ (High Net Worth : HNW) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ในการขออนุญาตเสนอขายหุ้นกู้แบบมีประกันต่อ สำนักงาน ก.ล.ต. ผู้ขออนุญาตต้องการเสนอร่างสัญญาแต่งตั้งผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ โดยผู้แทนผู้ถือหุ้นกุ่มีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นกู้ทั้งปวง และมีอำนาจกระทำการในนามของตนเองเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นกู้ทั้งปวง สำหรับการรับจ้างอง รับจํานำ หรือรับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ การใช้สิทธิบังคับหลักประกันโดยให้ถือว่าเป็นการกระทำของผู้ถือหุ้นกู้โดยตรง ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ต้องเป็นสถาบันการเงินตามกฎหมายไทย<sup>378</sup>

2.4 นิติบุคคลซึ่งประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 การขอประกอบธุรกิจเพื่อเป็นผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ คือ กรณีแรก ระบบใบอนุญาต ผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ยกเว้นประเภทที่ปรึกษาสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะเป็นบุคคลธรรมดาก็ได้ และต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. กรณีสอง ระบบจดทะเบียน การขอประกอบธุรกิจเพื่อเป็นผู้ประกอบสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเฉพาะกับผู้ลงทุนสถาบันของธนาคารพาณิชย์ หรือบริษัทเงินทุน หรือบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือบริษัทหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาด

<sup>377</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (รวมที่แก้ไขเพิ่มเติม),” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/explan-secact.pdf>.

<sup>378</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.sec.or.th/TH/pages/lawandregulations/trusteedebt.aspx#handbook>

หลักทรัพย์ หรือนิติบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด จะต้องจดทะเบียนกับสำนักงาน ก.ล.ต.<sup>379</sup> โดยการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า คือ การให้บริการเป็นตัวแทนซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า การเป็นผู้ค้าสัญญาซื้อขายล่วงหน้า การเป็นที่ปรึกษาสัญญาซื้อขายล่วงหน้า การเป็นผู้จัดการเงินทุนสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และกิจการอื่นที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

2.5 บริษัทบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์ ตามพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 การจดทะเบียนเป็นบริษัทบริหารสินทรัพย์ต้องเป็นนิติบุคคลรูปแบบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดและต้องได้รับอนุมัติจากผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย และต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย จึงจะสามารถดำเนินการรับซื้อหรือรับโอนสินทรัพย์ของหรือผู้ประกอบการทางการเงิน หรือสถาบันการเงินที่ถูกระงับการดำเนินกิจการ เลิกหรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน หรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตลอดจนหลักประกันของสินทรัพย์ หรือรับจ้างบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของผู้ประกอบธุรกิจทางการเงิน หรือสถาบันการเงิน หรือสินทรัพย์ของสถาบันการเงินที่ถูกระงับการดำเนินกิจการ เลิกหรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน หรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หรือ ตลอดจนหลักประกันของสินทรัพย์นั้น หรือรับเป็นที่ปรึกษาให้แก่ลูกหนี้ สถาบันการเงิน หรือผู้ประกอบการทางการเงินในการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ รวมถึงการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการเป็นที่ปรึกษาดังกล่าว เพื่อรองรับหรือรับ โอนสินทรัพย์ด้วยคุณภาพ (NPLs) จากสถาบันการเงิน โดยให้คงเหลือเพียงสินทรัพย์ที่มีคุณภาพเท่านั้น ส่วนสินทรัพย์ด้วยคุณภาพบริษัทบริหารสินทรัพย์จะเข้ามาบริหารจัดการต่อไป<sup>380</sup>

2.6 นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแฟกเตอร์িং เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บังคับใช้กับการประกอบธุรกิจแฟกเตอร์িং โดยตรง คงมีเพียงร่างพระราชบัญญัติสัญญาแฟกเตอร์িং พ.ศ. ... ที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ และตามประกาศแห่งประเทศไทย เรื่องการอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์িং (Factoring) โดยธุรกิจแฟกเตอร์িং เป็นการรับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับหนี้ทางการค้า (หรือบัญชีลูกหนี้) ของผู้โอนกับลูกค้าหรือลูกหนี้ของผู้โอน โดย

<sup>379</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2563, จาก <https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/explan-deri.pdf>.

<sup>380</sup> มรกต ชาวลิตถวิล, “การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการบริหารจัดการสินทรัพย์ด้วยคุณภาพ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2556), น. 16 – 17.

หนี้ทางการค้ำนั้นต้องเป็นหนี้ที่เกี่ยวกับธุรกิจทางการค้ำเท่านั้น ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับส่วนตัว ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้โอนสามารถได้รับบริการทางการเงินเพื่อสร้างสภาพคล่องทางการเงินให้กับ การดำเนินธุรกิจของตน และผู้รับโอนจะได้รับโอนหนี้ทางการค้ำมาโดยเด็ดขาดและมีหน้าที่ บริหารหนี้ทางการค้ำได้ในนามของตนเอง<sup>381</sup> สำหรับบุคคลที่ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริงในประเทศไทย นั้นสามารถสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรก นิติบุคคลที่จัดตั้งในรูปแบบบริษัท จำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยต้องระงับวัตถุประสงค์ในการกู้ยืมเงินหรือการ จัดหาเงินทุนเพื่อใช้ในการดำเนินธุรกิจให้ชัดเจนในหนังสือบริคณห์สนธิว่ามาจากธนาคารหรือ สถาบันการเงินอื่นหรือแหล่งการเงินในต่างประเทศ<sup>382</sup> ประเภทสอง ธนาคารพาณิชย์และธนาคาร พาณิชย์เพื่อรายย่อย ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 โดยธนาคารพาณิชย์ที่ ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริงได้ต้องได้รับการอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย และจะต้องมี คุณสมบัติและปฏิบัติตามข้อกำหนดในประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย<sup>383</sup>

2.7 สำนักงานปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมเฉพาะกรณีกองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนว ประชากรรัฐ เมื่อวันที่ 17 มกราคม 2560 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้จัดตั้งกองทุนพัฒนาเอสเอ็ม อีตามแนวประชากรรัฐ ตามพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2560 โดยเป็นกองทุนภายใต้พระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียน พ.ศ. 2558 ของ กระทรวงการคลัง ซึ่งมีมาตรการส่งเสริมและช่วยเหลือ SMEs (วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม) ในการยกระดับเศรษฐกิจฐานชุมชน (Local Economy) การปฏิรูปกลไกการส่งเสริม SMEs และ การเพิ่มขีดความสามารถและการปรับเปลี่ยนธุรกิจ (Upgrading & Transformation) และมาตรการ ด้านการเงิน ในการยกระดับ SME Development Bank และการสนับสนุนการเข้าถึงแหล่งเงินทุน ของ SMEs ทุกกลุ่ม ทุกระดับ อย่างทั่วถึง โดยผู้บริหารกองทุน คือ คณะกรรมการบริหารกองทุน

<sup>381</sup> สนธิ พุกยาภรณ์, “ปัญหาการตีความในสัญญาแฟกเตอร์ริง : ศึกษากรณีลูกค้าเลือกใช้บริการทาง การเงินและการบริหารบัญชีลูกหนี้,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2551), น. 22 – 23.

<sup>382</sup> นายสกลิต์ เสนสุภา, “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟกเตอร์ริง (สัญญารับซื้อ และให้บริการเกี่ยวกับ บัญชีลูกหนี้การค้า),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 77 – 78.

<sup>383</sup> ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่สนส. 20/2555 เรื่องการอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบธุรกิจ แฟกเตอร์ริง (Factoring) ข้อ 5.3

พัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวพระราชรัฐ หรือ “กอป.” ดังนั้น กอป. จึงเป็นผู้มีอำนาจในการทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ<sup>384</sup>

2.8 ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศเฉพาะกรณีการให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงิน ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทลูกของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศรายใหม่ ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ” หมายความว่า ธนาคารที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายในต่างประเทศเพื่อประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศหากให้สินเชื่อร่วมกับสถาบันการเงินก็สามารถเป็นผู้รับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้จากผู้ขอสินเชื่อได้

2.9 นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้เข้าซื้อและให้เข้าซื้อแบบลิสซิ่ง การประกอบธุรกิจให้เข้าซื้อและให้เข้าซื้อแบบลิสซิ่งในประเทศไทยส่วนมากนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจประเภทนี้มักจะให้บริการทั้งสองประเภทควบคู่กันไปด้วย ซึ่งส่วนมากจะมุ่งไปที่ตลาดรถยนต์และเครื่องใช้ไฟฟ้าที่ใช้ในการอุปโภคบริโภคในชีวิตประจำวันเป็นหลัก โดยการเข้าซื้อนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการให้สินเชื่อแก่ลูกค้า<sup>385</sup>

ส่วนธุรกิจการให้เข้าซื้อแบบลิสซิ่ง คือ เป็นธุรกิจประเภทจัดหาเงินทุน โดยการให้เข้าทรัพย์สินที่มีอยู่แล้วของผู้ให้เช่า หรือที่ผู้ให้เช่าจัดหามาให้ตามความประสงค์ของผู้เช่าโดยผู้ให้เช่าซื้อเป็นผู้ลงทุนซื้อทรัพย์สินนั้น และผู้เช่าจะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเพื่อประกอบธุรกิจกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังคงเป็นของผู้ให้เช่าซื้อ ในขณะที่ผู้เช่ามีสิทธิในการใช้ทรัพย์สินตามระยะเวลาและด้วยวิธีการชำระค่าเช่าตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาลิสซิ่ง โดยเมื่อสิ้นสุดสัญญาลิสซิ่งผู้เช่าสิทธิเลือกที่จะซื้อทรัพย์สินที่เช่าตามที่ตกลงกันไว้ หรือส่งมอบทรัพย์สินนั้นคืนให้แก่ผู้ให้เช่าก็ได้ สำหรับธุรกิจการให้เข้าแบบลิสซิ่งนั้นในประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะอย่างชัดเจนเหมือนการให้เข้าซื้อ<sup>386</sup> และตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การขออนุญาตให้ธนาคารประกอบธุรกิจให้เข้าซื้อและให้เข้าซื้อแบบลิสซิ่งเท่านั้น ส่วนในเรื่องหลักการทางกฎหมาย

<sup>384</sup> กระทรวงอุตสาหกรรม, “กองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวพระราชรัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <http://www.industry.go.th/pdg/index.php/download/2018-02-02-03-53-59/2018-02-02-03-56-19/31-3-61/389-1-2/file>

กระทรวงอุตสาหกรรม, “กองทุนพัฒนา SMEs ตามแนวพระราชรัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <http://www.industry.go.th/lamphun/index.php/20000/22874-smes-1/file>

<sup>385</sup> นางสาวสิริรัตน์ ฟองวิฑู, “การให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค : กรณีศึกษาสัญญาเช่าซื้อ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 17.

<sup>386</sup> นายทวิศ ศรีเกตุ (20 สิงหาคม 2557), “สิทธิผู้บริโภคกับธุรกิจลิสซิ่ง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1792](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1792), น 3.



ของสัญญาเช่าซื้อแบบลิสซิ่งนั้น ศาลจะใช้บทบัญญัติลักษณะเช่าทรัพย์สินเช่าซื้อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และใช้หลักตีความสัญญา<sup>387</sup>

สำหรับผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าซื้อแบบลิสซิ่ง แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ประเภทแรก บริษัทเงินทุน ตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง เงื่อนไขการอนุญาตให้บริษัทเงินทุนประกอบกิจการให้เช่าทรัพย์สินแบบลิสซิ่ง ต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดและต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง<sup>388</sup> ประเภทสอง ธนาคารพาณิชย์ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส 01/2551 เรื่องการอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าแบบลิสซิ่ง ต้องได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยเสียก่อนจึงจะประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าแบบลิสซิ่งได้ โดยธนาคารพาณิชย์ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด

2.10 นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้สินเชื่อ สำหรับธุรกิจการให้สินเชื่อเป็นการประกอบธุรกิจการเงินประเภทหนึ่ง เมื่อตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ และบริษัทเงินทุน ซึ่งเป็นสถาบันการเงินสามารถเป็นผู้รับหลักประกัน ได้อยู่แล้ว ผู้รับหลักประกันประเภทนี้จึงน่าจะหมายถึงผู้ประกอบธุรกิจการเงิน โดยทั่วไปที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ และบริษัทเงินทุน หรือเรียกกันว่า ผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน (Non - bank Financial Institutions : NBFIs) ซึ่งส่วนมากจะจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในรูปแบบของบริษัทมหาชน หรือบริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด<sup>389</sup> และประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้สินเชื่อที่มีรูปแบบหลากหลายแตกต่างกันไปตามประเภทของทรัพย์สินที่ใช้ในการให้สินเชื่อหรือตามประเภทของกลุ่มธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีความเฉพาะเจาะจง โดยไม่มีการรับเงินฝาก (Non - deposit Taking Financial Intermediaries)<sup>390</sup> เหมือนกับธนาคารพาณิชย์

<sup>387</sup> ฤทัยรัตน์ สุธมา, “แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบธุรกิจลิสซิ่งรถยนต์,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560), น. 11 - 14.

<sup>388</sup> นายประดิษฐ์ แป้นทอง, “สัญญาลิสซิ่ง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 170.

<sup>389</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (เมษายน 2559), “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาประโยชน์การค้าประกันสินเชื่อของธุรกิจที่ปล่อยสินเชื่อแก่ประชาชนแต่ไม่ได้รับเงินฝาก (Non-Bank),” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2018/09/Non-Bank-Institute.pdf>, น. 2-3.

<sup>390</sup> ณัฐชานันท์ พัฒนจิระเมธา, “ผลของปริมาณหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPLs) ที่มีต่อความสามารถในการทำกำไรของธุรกิจการเงินที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชาการเงิน มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2559), น. 6 - 7.

สำหรับรูปแบบของธุรกิจ Non - Bank ในประเทศไทยสามารถแบ่งออกได้เป็น 6 ประเภท ดังนี้

2.10.1 ธุรกิจบัตรเครดิต ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 11/2563 เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจบัตรเครดิต ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตที่มีใช้สถาบันการเงินจะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ และต้องได้รับใบอนุญาตตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (เรื่อง ธุรกิจบัตรเครดิต) โดยหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจ ในเรื่อง การพิจารณาให้บัตรเครดิตแก่ผู้บริโภคนั้นได้ถูกกำหนดไว้ในประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยอย่างชัดเจน โดยต้องประเมินสินเชื่อจากข้อมูลของศูนย์ข้อมูลเครดิต (Credit Bureau)

2.10.2 ธุรกิจบัตรเครดิตเงินอิเล็กทรอนิกส์ เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจออกบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ให้แก่ผู้บริโภคตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตเงินอิเล็กทรอนิกส์กำหนดไว้ เพื่อให้ชำระค่าสินค้า ค่าบริการ หรือค่าอื่น ๆ แทนการชำระด้วยเงินสด โดยผู้บริโภคได้มีการชำระค่าสินค้า ค่าบริการ หรือค่าอื่นใดไว้ล่วงหน้า และมูลค่าเงินที่ชำระล่วงหน้าถูกบันทึกอยู่ในบัตรเครดิต<sup>391</sup>

2.10.3 ธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคล ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 12/2563 เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับของผู้ประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลที่มีใช้สถาบันการเงิน จะต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด และต้องได้รับใบอนุญาตตามประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (เรื่อง ธุรกิจบัตรเครดิต) ธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลนั้นเป็นการให้สินเชื่อ ระยะสั้นแก่ผู้มีรายได้น้อยถึงปานกลาง เพื่อนำไปใช้จ่ายในการอุปโภคและบริโภคในชีวิตประจำวัน ซึ่งในการให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภคนี้ไม่จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้หรือใช้บุคคลค้ำประกันในการขอสินเชื่อ แต่ผู้ประกอบจะใช้ข้อมูลทางการเงินและพฤติกรรมการชำระหนี้ของผู้บริโภคจากศูนย์ข้อมูลเครดิต (Credit Bureau)<sup>392</sup>

<sup>391</sup> อรรถวิชัย สุวรรณภักดี, งานวิจัยแนวทางและรูปแบบของกฎหมายเพื่อการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจการเงินที่มีใช้สถาบันการเงิน, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2551), น. 10 - 11.

<sup>392</sup> อภิชาติ ลักษณะปัญญากุล, “ปัญหาการคิดดอกเบี้ยของผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2553), น. 14 - 15.

2.10.4 ธุรกิจการให้เช่าแบบลิสซิ่ง ตามที่ได้กล่าวไปแล้วหัวข้อที่ 2.9 (นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อและให้เช่าซื้อแบบลิสซิ่ง)

2.10.5 ธุรกิจการให้เช่าซื้อ ย่อมบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 5 บรรพ 3 โดยผู้ประกอบการประเภทนี้อาจเป็นได้ทั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด

2.10.6 ธุรกิจแฟ็กเตอริง ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.6 (นิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจแฟ็กเตอริง)

จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้จำกัดเฉพาะกลุ่มสถาบันการเงิน และกลุ่มธุรกิจที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ประชาชนเท่านั้น โดยในชั้นยกร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้เหตุผลไว้ในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 736/2545<sup>393</sup> ว่า “ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เนื่องจากการให้หลักประกันการชำระหนี้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการให้หลักประกันอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจซึ่งเป็นการให้สินเชื่อรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น เพื่อให้การให้สินเชื่อเป็นไปอย่างเป็นระบบและอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ จึงทำให้หลักการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับผู้รับหลักประกันไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการของตนมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ เพื่อเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุน ได้สะดวกมากยิ่งขึ้น และเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันได้ของประเทศสำหรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในอนาคต อีกทั้ง ยังเป็นการแก้ไขปัญหานี้ในอกระบบและการบังคับหนี้ในอกระบบที่กระทำโดยฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ประกอบกับผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจส่วนใหญ่จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากหน่วยงานของรัฐ ในการปล่อยสินเชื่อจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักประกันเพื่อควบคุมความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากหนี้เสีย

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้เป็นแนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้แก่ หลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักรที่กำหนดให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีความสามารถในการให้สินเชื่อแก่ประชาชนก็จะเป็นผู้รับหลักประกันได้ทั้งสิ้น

<sup>393</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 87.

ส่วนกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้รับหลักประกันจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาก็ได้แต่จะต้องได้รับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันมาจากสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือได้รับสิทธิดังกล่าวมาด้วยผลประโยชน์ หรือจากการรับซื้อทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้น

ตามคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ กำหนดให้บุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกัน หมายถึง เฉพาะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสิทธิในหลักประกัน หรือได้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากบัญชีของลูกค้าหนี้ซึ่งมีทรัพย์สินเป็นหลักประกันตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเท่านั้น

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายของต่างประเทศไม่ได้กำหนดบุคคลผู้รับหลักประกันเอาไว้อย่างจำกัดว่าต้องเป็นบุคคลใด โดยเฉพาะเจาะจงเหมือนกับกรณีของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลหากดำเนินการจัดหาสินเชื่อให้แก่ผู้ให้หลักประกันได้ก็สามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ทั้งสิ้น โดยไม่ต้องอาศัยการออกกฎหมายมารองรับบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันเหมือนกับกฎหมายของประเทศไทย

หากในอนาคตสินทรัพย์ดิจิทัลได้รับการยอมรับให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ การกำหนดผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัดจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาสำหรับการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกัน โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเหตุผลและหลักการที่สนับสนุนแนวความคิดเพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาของการกำหนดบุคคลที่ผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด สำหรับการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกัน ดังนี้

ประการแรก ผู้รับหลักประกันส่วนใหญ่จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากหน่วยงานของรัฐ และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หลายประการที่ถูกกำหนดขึ้น จึงทำให้การพิจารณาให้สินเชื่อย่อมมีความรอบคอบอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้รับหลักประกันที่เป็นกลุ่มสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนขององค์กรธุรกิจขนาดใหญ่และขนาดเล็ก จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากหน่วยงานของรัฐ เช่น หลักการให้สินเชื่อหรือการปล่อยเงินกู้ของธนาคารพาณิชย์จะต้องคำนึงเสมอว่าเงินที่ปล่อยกู้ให้กับประชาชนไม่ใช่เงินของธนาคาร แต่เป็นเงินของประชาชนที่ฝากไว้กับธนาคารโดยอาศัยความเชื่อใจ ธนาคารเป็นเพียงผู้รับฝากเงิน จึงมีหน้าที่ดูแลให้เงินฝากนี้อยู่ครบถ้วนไม่เสียหาย ในการปล่อยสินเชื่อให้แก่ประชาชนจึงต้องมีการตรวจสอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลสถาบันการเงินว่าได้พิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดหรือไม่ ดังนั้น เพื่อให้มั่นใจว่าเงินที่รับฝากจากประชาชนซึ่งปล่อยกู้ไปจะได้รับเงินคืนอย่างเต็มจำนวน ธนาคารพาณิชย์จะต้องพิจารณาการให้สินเชื่ออย่างรอบคอบที่สุด

เพราะฉะนั้น ผู้ขอสินเชื่อหรือผู้กู้ที่มีทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้จึงมีโอกาสได้รับสินเชื่อมากกว่าผู้ขอสินเชื่อหรือผู้กู้ที่ไม่มีหลักประกัน ซึ่งเรียกว่า Clean loan ประกอบกับในการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์จะต้องอยู่ภายใต้ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส. 23/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทยที่มีขึ้นเพื่อต้องการคุ้มครองผู้ฝากเงิน ต้องการให้สถาบันการเงินมีความมั่นคงทางการเงิน กำหนดให้สถาบันการเงินต้องกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการจัดชั้นสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินที่มีการด้อยค่าด้านเครดิต (non-performing), สินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินที่มีการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของความเสี่ยงด้านเครดิต (under-performing) และสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินที่ไม่มีการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของความเสี่ยงด้านเครดิต (performing) ด้วยการพิจารณาถึงความเกี่ยวเนื่องของกระแสเงินสดรับของแต่ละบัญชี ซึ่งหากกระแสเงินสดรับของบัญชีของลูกค้าหนึ่งหรือบัญชีของผู้ที่เกี่ยวข้องกับลูกค้าหนึ่งมีความเกี่ยวเนื่องกัน สถาบันการเงินต้องจัดชั้นสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินดังกล่าวไว้ในชั้นเดียวกัน และเมื่อจัดชั้นสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินแล้ว ธนาคารจะต้องกันเงินสำรองสำหรับสินทรัพย์และภาระผูกพันทางการเงินดังกล่าว โดยให้สถาบันการเงินใช้มูลหนี้ซึ่งรวมยอดคงค้างของต้นเงิน รายได้ ดอกเบี้ยค้างรับ รายได้ดอกเบี้ยที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ และรายการอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามที่กำหนดในมาตรฐานการบัญชีที่เกี่ยวข้อง หรือมูลค่าเทียบเท่าสินทรัพย์ในงบแสดงฐานะการเงิน เป็นฐานในการคำนวณเงินสำรอง กับกระแสเงินสดที่สถาบันการเงินคาดว่าจะได้รับซึ่งต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยการประมาณการกระแสเงินสดดังกล่าวสถาบันการเงินต้องกำหนดสมมติฐานและปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประมาณการกระแสเงินสดอย่างเหมาะสมตามสถานะเศรษฐกิจและสภาพแวดล้อมทั้งในปัจจุบันและอนาคต และในกรณีที่สถาบันการเงินคาดว่าจะได้รับกระแสเงินสดจากการจำหน่ายหลักประกัน ให้สถาบันการเงินนำมูลค่าของหลักประกันซึ่งได้ประเมินราคาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในแนวนโยบายธนาคารแห่งประเทศไทย มาใช้ประกอบการคำนวณมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดที่คาดว่าจะได้รับจากการจำหน่ายหลักประกันดังกล่าว โดยมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดที่คาดว่าจะได้รับจากการจำหน่ายหลักประกันที่คำนวณได้ ต้องไม่สูงกว่าวงเงินที่ระบุในสัญญาจำนำ สัญญาจ้างอง สัญญาค้ำประกัน สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือสัญญาอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนด หากสถาบันการเงินมีระบบงานหรือข้อมูลไม่เพียงพอ หรือไม่สามารคำนวณมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดที่คาดว่าจะได้รับจากการจำหน่ายหลักประกันได้อย่างเหมาะสม ให้สถาบันการเงินอ้างอิงมูลค่าของหลักประกันที่สามารถนำมาประกอบการคำนวณผลขาดทุนด้านเครดิตตามตารางสรุปประเภทของหลักประกันและมูลค่าของหลักประกันที่สามารถนำมา

ประกอบการคำนวณผลขาดทุนด้านเครดิตที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด เช่น เงินสด ธนบัตรและบัตรธนาคารที่ระลึกเนื่องในโอกาสต่าง ๆ สามารถนำมาประกอบการคำนวณผลขาดทุนด้านเครดิตได้มูลค่า 100% เป็นต้น จะเห็นได้ว่าในการกันเงินสำรองของสถาบันการเงินการ มีหลักประกันจะช่วยให้การประมาณการกระแสเงินสดของสถาบันการเงินที่นำมาคำนวณเพื่อหา ผลขาดทุนด้านเครดิตมีจำนวนมากขึ้นทำให้สถาบันการเงินกันเงินสำรองน้อยลง ตัวอย่างเช่น เมื่อ ลูกหนี้ค้างชำระต้นเงินหรือดอกเบี้ยเป็นระยะเวลารวมกันเกินกว่า 90 วัน หรือ 3 เดือนนับแต่วันถึง กำหนดชำระ สถาบันการเงินต้องจัดให้ลูกหนี้ดังกล่าวอยู่ในกลุ่มสินทรัพย์และภาระผูกพันทาง การเงินที่มีการด้อยค่าด้านเครดิต (non-performing) ซึ่งสถาบันการเงินจัดต้องกันเงินในอัตราร้อยละ 100 ของผลขาดทุนจากการให้สินเชื่อที่คาดว่าจะเกิดขึ้น โดยคำนวณจากผลต่างระหว่างมูลหนี้กับ กระแสเงินสดที่สถาบันการเงินคาดว่าจะได้รับ เช่น ให้กู้เงิน 100 บาท มีหลักประกันในการกู้ยืม 60 บาท เมื่อลูกหนี้ผิดนัดเกินกว่า 3 เดือนนับแต่วันถึงกำหนดชำระ สถาบันการเงินต้องกันเงินสำรอง โดยคำนวณผลต่างระหว่างผลขาดทุนจำนวน 100 บาท หักกับกระแสเงินสดที่จะได้จากการจำหน่าย หลักประกันจำนวน 60 บาท ซึ่งธนาคารต้องกันเงินในอัตราร้อยละ 100 คือ 40 บาท เป็นต้น ด้วย เหตุนี้หากการให้สินเชื่อแบบมีหลักประกันมีมากขึ้นสถาบันการเงินก็จะปล่อยกู้ได้มากขึ้น อีกทั้ง สำหรับคริปโทเคอร์เรนซีภายในประเทศไทย ธนาคารแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือที่ ธปท.ผนส. (23)ว. 276/2561 เรื่อง ขอความร่วมมือสถาบันการเงินไม่ให้ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับคริปโทเคอร์เรนซี เนื่องจากในประเทศไทยคริปโทเคอร์เรนซียังไม่มีคุณสมบัติเป็นเงินที่ใช้ชำระหนี้ตามกฎหมายได้ และไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานใดเป็นการเฉพาะ ผู้ทำธุรกรรมอาจไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิ ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงขอความร่วมมือจากสถาบัน การเงินทุกแห่งไม่ให้ทำธุรกรรมหรือมีส่วนร่วมในการสนับสนุนการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ คริปโทเคอร์เรนซี เช่น การเข้าไปลงทุนหรือซื้อขายในคริปโทเคอร์เรนซีเพื่อประโยชน์ของสถาบัน การเงิน การให้บริการแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี การสร้างแพลตฟอร์มเพื่อเป็นสื่อกลางให้ลูกค้า เข้าไปทำธุรกรรมเกี่ยวกับคริปโทเคอร์เรนซี การให้ลูกค้าใช้บัตรเครดิตในการซื้อคริปโทเคอร์เรนซี การสนับสนุนหรือให้คำปรึกษากับลูกค้าเกี่ยวกับการลงทุนหรือการแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี แม้หนังสือดังกล่าวจะเป็นเพียงการขอความร่วมมือ และไม่ได้มีการห้ามไม่ให้สถาบันการเงิน รับคริปโทเคอร์เรนซีเป็นหลักประกันการชำระหนี้อย่างชัดเจน

ตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ ธปท.ผนส.(23)ว. 1759/2561 เรื่อง แนวทางการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital asset) ของสถาบันการเงินและบริษัทในกลุ่ม ธุรกิจทางการเงินของสถาบันการเงิน โดยกำหนดให้สถาบันการเงินทุกแห่งไม่เป็นผู้ออกโทเคน ดิจิทัล หรือให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ไม่ลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล ไม่ประกอบธุรกิจ

สินทรัพย์ดิจิทัล ไม่ทำหน้าที่เป็นผู้ซื้อหรือแนะนำให้มีการลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล ดังนั้น การรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจอันเนื่องมาจากการให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน จึงอาจมีลักษณะเป็นการลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล หรือการลงทุนในกิจการที่ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลผ่านการให้สินเชื่อหรือเงินทุนแก่กลุ่มธุรกิจ ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยยังไม่อนุญาตให้สถาบันการเงินดำเนินการดังกล่าว แต่ก็มีแนวโน้มอย่างมากที่สถาบันการเงินทุกแห่งซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยจะไม่ทำธุรกรรมหรือมีส่วนร่วมในการสนับสนุนการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลทุกประเภท

ประการที่สอง จากที่กล่าวไว้ในประเด็นแรก ในการขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินการมีทรัพย์สินเป็นหลักประกันจะเป็นเพิ่มโอกาสในการได้รับสินเชื่อมากกว่ากรณีที่ไม่มีหลักประกัน เนื่องจาก สถาบันการเงินจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งการมีหลักประกันจะทำให้สถาบันการเงินสามารถควบคุมความเสี่ยงในกรณีที่เกิดสินทรัพย์และภาวะผูกพันทางการเงินที่ด้อยค่าด้านเครดิตได้ ด้วยเหตุนี้หลักประกันที่เป็นประโยชน์กับสถาบันการเงินจะต้องเป็นหลักประกันที่มีความมั่นคงและมีมูลค่าที่สามารถนำมาประกอบการคำนวณผลขาดทุนด้านเครดิต หรือคำนวณกระแสเงินสดที่สถาบันการเงินคาดว่าจะได้รับจากการจำหน่ายหลักประกัน ยิ่งสถาบันการเงินสามารถใช้มูลค่าของหลักประกันได้ในอัตราที่สูงและมีเงื่อนไขเพียงเล็กน้อยก็ยิ่งเป็นหลักประกันที่เหมาะสมกับการพิจารณาให้สินเชื่อ เช่น หลักประกันเป็น สิทธิในบัญชีเงินฝากของสถาบันการเงิน หรือตัวสัญญาใช้เงิน หรือตัวแลกเงินที่สถาบันการเงินออกเพื่อกู้ยืมเงินจากประชาชน สถาบันการเงินสามารถใช้มูลค่าของหลักประกันในอัตรา 100% เพื่อนำมาคำนวณเงินที่ต้องกันเงินสำรอง เป็นต้น

แต่สำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งมีลักษณะเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อใช้เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล หรือเพื่อเป็นหน่วยลงทุนสำหรับกำหนดสิทธิในการเข้าร่วมลงทุน หรือกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า หรือบริการ หรือสิทธิอื่นใดของ โครงการหรือกิจการที่เฉพาะเจาะจง หากสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ในอนาคต อาจมีปัญหาในเรื่องความไม่มั่นคงทางด้านมูลค่าหรือความผันผวนของสินทรัพย์ดิจิทัล เนื่องจาก โดยมีลักษณะเป็นเพียงเครื่องมือในการลงทุนของนักลงทุนทั่วโลกทำให้มูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลมีการปรับตัวขึ้นลงอย่างรุนแรงและรวดเร็วบ่อยครั้งตามสภาวะความต้องการของตลาด อีกทั้ง มูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลเกิดขึ้นจากความเชื่อถือและยึดมั่นของกลุ่มบุคคลเป็นหลัก และสินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถระบุผู้ออกได้อย่างชัดเจน ทั้งยัง ไม่มีสินทรัพย์อื่นใดมาอ้างอิงมูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัล นอกจากนั้น สินทรัพย์ดิจิทัล

ไม่สามารถเปลี่ยนเป็นเงินที่ใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ในมุมมองของผู้รับหลักประกันที่เป็นสถาบันการเงินสินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่เหมาะสมสำหรับการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ หรือหากยินยอมที่จะรับเป็นหลักประกันการชำระหนี้สถาบันการเงินอาจให้สินเชื่อในจำนวนที่ต่ำกว่ามูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกัน และอาจต้องจ่ายดอกเบี้ยสำหรับสินเชื่อในอัตราที่สูง

ดังนั้น จากเหตุผลและหลักการที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด อาจส่งผลต่อการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ เนื่องจาก ผู้รับหลักประกันที่เป็นผู้ให้สินเชื่อส่วนใหญ่จะเป็นกลุ่มสถาบันการเงินที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานรัฐ ซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องหลายประการ อีกทั้ง ในอนาคตหากสินทรัพย์ดิจิทัลได้รับการยอมรับให้เป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีความไม่มั่นคงสูงเมื่อเทียบกับทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ ผู้ขอสินเชื่อที่นำเสนอสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันอาจมีโอกาสนี้ไม่ได้รับการพิจารณาสินเชื่อ หรือหากได้รับการพิจารณาสินเชื่อแต่ก็ได้รับสินเชื่อในอัตราที่น้อยกว่าสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกัน และอาจจะต้องเสียดอกเบี้ยในอัตราสูงกว่าการนำทรัพย์สินอื่นมาเป็นหลักประกัน

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้รับการแก้ไขเพื่อเปิดรับบุคคลที่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันให้กว้างขวางมากขึ้น จะช่วยแก้ปัญหาในเรื่องของผู้รับหลักประกันที่จะรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจากในปัจจุบันทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ ธุรกิจที่ให้บริการทางการเงินแบบกระจายแบบอำนาจที่ให้บริการทางการเงินบนเทคโนโลยีบล็อกเชน โดยมีคริปโทเคอร์เรนซีเป็นสื่อกลาง โดยธุรกรรมต่าง ๆ จะไม่ถูกดำเนินการผ่านตัวกลางใด ๆ แต่จะถูกดำเนินการผ่านสัญญาอัจฉริยะ หรือที่เรียกว่า Decentralized Finance (DeFi) ได้มีการขยายตัวอย่างมาก โดยธุรกิจ DeFi ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ<sup>394</sup> ตัวอย่างเช่น

- กลุ่มธุรกิจ DeFi ที่มาจากการรวมตัวกันของบุคคลที่วัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ซึ่งมุ่งเน้นระบบองค์กรแบบกระจายอำนาจเพื่อจัดทำแพลตฟอร์มที่เกี่ยวข้องกับการสร้างสินทรัพย์ดิจิทัลประเภท Stable coin ซึ่งดำเนินการผ่านสัญญาอัจฉริยะบนเครือข่ายบล็อกเชน จึงทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบการทำงานกลุ่มธุรกิจได้ โดยมีระบบของนักพัฒนาที่ชื่อ The Maker Protocol เป็นผู้ให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการสร้าง และมีหน่วยงาน Maker Governance คอยกำกับ

<sup>394</sup> สำนักงานข่าวอีไฟแนนซ์ไทย (31 กรกฎาคม 2563), “Decentralized Finance (DeFi) คืออะไร?,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563 จาก



ดูแล ตรวจสอบ และบริหารจัดการระบบต่าง ๆ ระบบของ Maker Protocol ยังเปิดโอกาสให้ผู้ถือโทเคนยูทิลิตี้ หรือที่เรียกว่า Governance Token ทุกคนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการบริการจัดการ และร่วมลงคะแนนเสียงเพื่อประเมินความเสี่ยง และการตัดสินใจที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลแบบ Stable coin เช่น ค่าธรรมเนียม เสถียรภาพของสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นต้น กลุ่มธุรกิจ DeFi ประเภทนี้จึงเสมือนเป็นการสร้างระบบเงินตราที่ไม่มีตัวกลางคอยควบคุมอย่างแท้จริง โดยรูปแบบของการสร้างสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีมูลค่ามั่นคง โดยแต่ละสินทรัพย์ดิจิทัลจะมีสินทรัพย์ดิจิทัลอื่น ๆ เป็นหลักประกัน (Crypto-Collateralized Stable coins) หรือเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ (Fiat-Collateralized Stable coin) เพื่อรักษาเสถียรภาพของมูลค่าเอาไว้ ตัวอย่างกลุ่มธุรกิจประเภทนี้ได้แก่ MakerDAO เป็นแพลตฟอร์มที่สร้าง Stable coin ซึ่งมีชื่อว่า DAI ที่แต่ละเหรียญจะมี คิริปโทเคอร์เรนซี Ethereum เป็นหลักประกัน ซึ่งคิริปโทเคอร์เรนซีดังกล่าวจะถูกจัดเก็บไว้ในผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือตัวแทนเอสโครว์ (Escrow) เป็นต้น

- กลุ่มธุรกิจ DeFi ที่ให้บริการทางการเงินในรูปแบบบริการฝาก - กู้ยืมคิริปโทเคอร์เรนซี (Lending & Borrowing platforms) ผ่านสัญญาอัจฉริยะบนเครือข่ายบล็อกเชน โดยผู้ฝากจะทำการฝากเงินเข้ามาเพื่อรับดอกเบี้ย ส่วนผู้กู้จะทำการขอสินเชื่อโดยต้องวางคิริปโทเคอร์เรนซีตามที่กำหนดไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้และต้องจ่ายดอกเบี้ยตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาอัจฉริยะ สัญญาอัจฉริยะจะทำหน้าที่บันทึกการธุรกรรมการชำระหนี้หรือเหตุการณ์ผิดนัดโดยอัตโนมัติ อีกทั้งยังปรับอัตราดอกเบี้ยอัตโนมัติตามอุปสงค์และอุปทานของผู้ใช้บริการในเครือข่าย

- กลุ่มธุรกิจ DeFi ที่ให้บริการแลกเปลี่ยนคิริปโทเคอร์เรนซีแบบไม่มีคนกลาง เป็นแพลตฟอร์มการแลกเปลี่ยนที่ดำเนินการผ่านสัญญาอัจฉริยะบนเครือข่ายบล็อกเชนทั้งหมด โดยไม่มีการควบคุมจากบุคคลที่สาม และไม่ต้องทำการยืนยันตนเองกับผู้ให้บริการ ทำให้ทุกคนสามารถแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลจากสกุลหนึ่งไปยังสกุลหนึ่งได้ทันที

- กลุ่มธุรกิจ DeFi ที่ให้บริการสลากออมสินแบบคิริปโทเคอร์เรนซี เป็นแพลตฟอร์มที่คล้ายกับการซื้อสลากออมสิน และจะมีการจับรางวัลตามเวลาที่กำหนดไว้ โดยผู้ให้บริการที่ต้องการเข้าร่วมลุ้นรางวัลจะต้องทำการฝากสินทรัพย์ดิจิทัล เข้าสู่ผู้ให้บริการ โดยเงินทั้งหมดที่ฝากเข้ามาจะไปอยู่กับกลุ่มธุรกิจรับฝากสินทรัพย์ดิจิทัล โดยในแต่ละสัปดาห์หรือในแต่ละวันจะมีการสุ่มจับสลากจากผู้ให้บริการทั้งหมด นอกจากนั้น ผู้ให้บริการยังสามารถถอนเงินต้นกลับคืนไปได้เต็มจำนวน

สำหรับประเทศไทยนั้น กลุ่มธุรกิจ DeFi ที่กฎหมายไทยรับรองและกำกับดูแล มีปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งจะเรียกว่า ผู้ประกอบ

ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล โดยผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายของประเทศไทยมีกำหนดไว้เพียง 7 กลุ่มธุรกิจ ได้แก่<sup>395</sup>

1. ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มเพื่อทำการแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี (Decentralized Exchange) หรือตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเรียกว่า ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) คือ ศูนย์กลางหรือเครือข่ายใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการจับคู่หรือหาคู่สัญญาให้หรือการจัดระบบหรืออำนวยความสะดวกให้ผู้ซึ่งประสงค์จะซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถทำความตกลงหรือจับคู่กันได้ โดยการกระทำเป็นทางการค้า

2. นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Broker) คือ บุคคลซึ่งให้บริการหรือแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าพร้อมจะให้บริการเป็นนายหน้าหรือตัวแทน เพื่อซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่บุคคลอื่น โดยกระทำเป็นทางการค้าปกติและได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น

3. ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Dealer) คือ บุคคลซึ่งให้บริการหรือแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าพร้อมจะให้บริการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลในนามของตนเองเป็นทางการค้าปกติ โดยกระทำนอกศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล

4. ที่ปรึกษาสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Advisory Service) คือ บุคคลซึ่งให้คำแนะนำแก่ประชาชนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมเกี่ยวกับคุณค่าของสินทรัพย์ดิจิทัล หรือความเหมาะสมในการลงทุนที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลนั้น หรือที่เกี่ยวกับการซื้อขาย หรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลใด ๆ เป็นทางการค้าปกติ โดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น แต่ไม่รวมถึงการให้คำแนะนำอันเป็นส่วนหนึ่งหรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบธุรกิจของศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล หรือผู้จัดการเงินทุนสินทรัพย์ดิจิทัล

5. ผู้จัดการเงินทุนสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Fund Manager) คือ บุคคลซึ่งเข้าจัดการเงินทุน หรือแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าพร้อมจะรับจัดการเงินทุนให้แก่บุคคลอื่น เพื่อแสวงหาประโยชน์จากสินทรัพย์ดิจิทัล โดยกระทำเป็นทางการค้าปกติ

6. ผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO issuer) คือ ผู้ที่ประสงค์จะระดมทุนผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ (Initial Coin Offering) โดยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่ออกใหม่ต่อประชาชน หรือการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่ได้ออกไว้แล้วต่อประชาชน

<sup>395</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2563, จาก

7. ผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO portal) คือ ผู้ให้บริการระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ทำหน้าที่กลั่นกรองลักษณะของโทเคนดิจิทัลที่จะเสนอขาย คุณสมบัติของผู้ออก และความครบถ้วนถูกต้องของแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัล รวมทั้งทำความเข้าใจกับผู้ลงทุนและประเมินความเสี่ยงของผู้ลงทุน

จากที่กล่าวไปข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อประเทศไทยได้มีการรับรองของกลุ่มผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจ DeFi หรือที่ประเทศไทยเรียกว่า ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งส่วนใหญ่ทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจจะเป็นสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น Bitcoin Etheruem ดังนั้น การที่ประเทศไทยกำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัดเพียงกลุ่มธุรกิจที่เป็นสถาบันการเงิน และนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการให้สินเชื่อ ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายกับดูแลสำหรับการดำเนินธุรกิจจากหน่วยงานของรัฐตามที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงทำให้ในการปล่อยสินเชื่อต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสินเชื่อที่ค่อนข้างเข้มงวด การเสนอทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้จะเพิ่มโอกาสในการได้รับพิจารณาสินเชื่อมากยิ่งขึ้น แต่สำหรับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลนั้น ทรัพย์สินส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินมีความผันผวนอย่างมาก อีกทั้งผู้รับหลักประกันบางประเภทยังถูกควบคุมไม่ให้ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ทำให้มีแนวโน้มว่าผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถนำสินทรัพย์ดิจิทัลอันเป็นกรรมสิทธิ์ของกิจการมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้กับผู้รับหลักประกันได้ นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลไม่สามารถนำสินทรัพย์ดิจิทัลไปเป็นหลักประกันทางธุรกิจกับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์หรือบริษัทอื่น ๆ ที่เป็นคู่ค้าของตนได้ จึงเป็นการปิดกั้นโอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลในประเทศไทยซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติที่กำหนดให้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่ปรากฏขึ้นในปัจจุบัน หรือที่จะปรากฏขึ้นในอนาคต หรือผู้ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัล สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวกมากขึ้น กล่าวคือ กลุ่มผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถกู้ยืมเงิน หรือนำมาเป็นหลักประกันในการดำเนินกิจการระหว่างกลุ่มธุรกิจที่เป็นคู่ค้ากันได้ โดยทั้งสองฝ่ายเต็มใจที่จะรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันการชำระหนี้ หรืออาจเป็นการกู้ยืมเงินของบุคคลธรรมดาเพื่อใช้จ่ายในครัวเรือน โดยมีสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันก็ได้

นอกจากนั้น ยังเป็นสนับสนุนให้ประเทศเกิดการพัฒนาด้านเทคโนโลยีและรูปแบบธุรกิจ DeFi ใหม่ ๆ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และสามารถเรียกเม็ดเงินจากนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศได้อีก นำไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้งยังทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถควบคุมการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่เกิดขึ้นใหม่ได้อันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของนักลงทุนหรือผู้บริโภคภายในประเทศไทย และสามารถจัดเก็บภาษีจากกลุ่มธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลดังกล่าวได้อย่างครอบคลุม ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการการแก้ไขมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็น “ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้”

#### 4.2 สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

นอกจากปัญหาการกำหนดบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด สำหรับการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจแล้ว ยังมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจในแง่สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้แก่ ประเด็นเรื่องคำจำกัดความของสินทรัพย์ดิจิทัล และประเด็นเกี่ยวกับสถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลว่าเมื่อประกอบเป็นทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะมุ่งศึกษาเฉพาะสินทรัพย์ดิจิทัลที่กฎหมายของประเทศไทยรับรู้และรับรองเท่านั้น ซึ่งตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลได้กำหนดไว้เพียง คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัลเท่านั้น

จากการที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงหลักการที่สำคัญของสินทรัพย์ดิจิทัลที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ จะพบว่า สินทรัพย์ดิจิทัลตามความหมายของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล มีประเด็นทางกฎหมายที่เหมือนและแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

ประเด็นแรก ประเด็นในเรื่องคำจำกัดความของสินทรัพย์ดิจิทัล ในประเทศไทยจากการศึกษาพบว่า พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้ให้คำนิยามของสินทรัพย์ดิจิทัลไว้ว่าหมายถึง คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัล ซึ่งสินทรัพย์ดิจิทัลทั้งสองมีความหมาย ดังนี้

1. คริปโทเคอร์เรนซี หมายถึง หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นด้วยเทคนิคการเข้ารหัสลับบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และเป็นที่ยอมรับมูลค่า โดยมีหน่วยทางบัญชีที่เฉพาะเจาะจงเป็นของตนเอง เช่น Bitcoin จะถูกสร้าง

ขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ของการใช้งานเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ หรือแลกเปลี่ยนกับเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ในฐานะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง

2. โทเคนดิจิทัล หมายถึง หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งโทเคนดิจิทัลนั้นส่วนมากจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับธุรกิจหรือโครงการสตาร์ทอัพ ในการระดมทุนผ่านการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (Initial Coin Offering/ICO) ต้องกระทำผ่านสัญญาอัจฉริยะบนบล็อกเชนเท่านั้น โดยโทเคนดิจิทัลที่อยู่ในการกำกับดูแลของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลแบ่งออกตามวัตถุประสงค์ได้ดังนี้

- โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment token) คือ หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ ของผู้ออกโทเคนดิจิทัล<sup>396</sup>

- โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้งาน (Utility token) คือ หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกโทเคนดิจิทัลและผู้ถือ<sup>397</sup>

- คริปโทเคอร์เรนซีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นโทเคนดิจิทัล คือ คริปโทเคอร์เรนซีที่ผู้ออกมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้สำหรับการระดมทุนจากประชาชน ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ และหรือมีการกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใด<sup>398</sup> ตัวอย่างของโทเคนดิจิทัลประเภทนี้ เช่น Bitkub coin คือ โทเคนดิจิทัลถูกสร้างขึ้นมาเพื่อใช้กับเครือข่ายบล็อกเชนของ Bitkub Chain ที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยบริษัท บิทคับ บล็อกเชน เทคโนโลยี จำกัด โดย Bitkub Coin จะเป็นโทเคนดิจิทัลที่กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจงจากผู้ออก กล่าวคือ Bitkub Coin จะทำหน้าที่เป็นสิ่งที่ชำระค่าธรรมเนียม (Gas fee) สำหรับการให้บริการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมบนเครือข่าย เช่น การโอนสินทรัพย์ดิจิทัล การจัดเก็บข้อมูลบนเครือข่าย เป็นต้น หรือการใช้งาน Smart

<sup>396</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ข้อ 2

<sup>397</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ข้อ 2

<sup>398</sup> ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 12/2561 เรื่อง การกำหนดประเภทโทเคนดิจิทัลเพิ่มเติม ข้อ 1

contracts หรือ decentralized application (dApps) โดยค่าธรรมเนียมที่ต้องชำระด้วย Bitkub Coin จะขึ้นอยู่กับความซับซ้อนและขนาดของธุรกรรม อีกทั้ง ผู้ครอบครอง Bitkub Coin สามารถนำไปแลกเปลี่ยนเป็นเครดิตค่าธรรมเนียมในการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลบนศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลของ Bitkub ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การครอบครอง Bitkub Coin ไม่ได้เป็นการถือหุ้นส่วนหรือทรัพย์สินของบริษัทในเครือแต่อย่างใด นอกจากนี้ ผู้ครอบครองสามารถนำ Bitkub Coin มาซื้อขายเพื่อแลกเปลี่ยนเป็นเงินบาทไทยบนบนศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลของ Bitkub ได้<sup>399</sup> ดังนั้น Bitkub Coin จึงอาจมีลักษณะเป็นคริปโทเคอร์เรนซี และเป็นโทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ ถือได้ว่าเป็นคริปโทเคอร์เรนซีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นโทเคนดิจิทัลตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ จะพบว่าในต่างประเทศไม่ได้จัดให้คริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัลเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลเหมือนกับของประเทศไทย แต่จะให้ความหมายกับคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลในลักษณะ ดังนี้

- ตามคำจำกัดความของหน่วยงานหรือองค์กรในต่างประเทศที่ได้ยกขึ้นกล่าวในหัวข้อที่ 2.3.1.1 อันได้แก่ The Financial Action Task Force (FATF) ธนาคารยุโรปกลาง (The Euro Central Bank) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) Committee on Payment and Market Infrastructures (CPMI) ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งในสังกัดของธนาคารเพื่อการชำระหนี้ระหว่างประเทศ (Bank for International Settlement/BIS) ธนาคารกลางแห่งสหภาพยุโรป (European Banking Authority) The three ESAs และธนาคารโลก (World Bank) ได้เรียกคริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็นเงินเสมือน (Virtual Currencies) หรือเงินดิจิทัล (Digital Currencies) และกำหนดความหมายในทิศทางเดียวกันว่าเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ไม่ได้ออกหรือรับรองโดยธนาคารกลางหรือหน่วยงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างระบบการเงินทางเลือกแบบผู้ใช้งานผู้ให้บริการระบบการเงินแบบดั้งเดิม ผู้ใช้งานทุกคนจะมีข้อมูลธุรกรรมในระบบแบบเดียวกันทุกคน ทำให้สามารถเชื่อมต่อกันได้โดยไม่จำเป็นต้องมีคนกลางที่คอยควบคุมดูแลระบบ และผู้ใช้งานทุกคนมีส่วนร่วมกันตามข้อตกลง ซึ่งถูกเรียกว่า เทคโนโลยีการจัดเก็บข้อมูลแบบกระจายอำนาจ และอาศัยเทคนิคการเข้ารหัสลับเพื่อรักษาความปลอดภัย และเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัลได้ มีหน่วยทาง

<sup>399</sup> www.bitkub.com, “Bitkub Chain Whitepaper V.1 Democratizing the world’s internet of value,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2564, จาก

[https://www.bitkubchain.com/docs/TH\\_Bitkub\\_Chain\\_WhitePaper\\_V1.pdf](https://www.bitkubchain.com/docs/TH_Bitkub_Chain_WhitePaper_V1.pdf)

บัญชีของตนเอง และเป็นที่เก็บมูลค่า เงินเสมือน ไม่มีสถานะเป็นสกุลเงินที่ใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย แต่ยังคงสามารถแลกเปลี่ยนไปมาเป็นสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ได้

- ตามกฎหมาย US Uniform Regulation of Virtual Currency Businesses Act หรือ URVCBA ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เรียกคริปโทเคอร์เรนซี ว่าเป็นเงินเสมือน และกำหนดความหมายว่า เป็นวิธีการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลซึ่งถูกใช้เป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยน เป็นหน่วยทางบัญชี และเป็นที่เก็บมูลค่า โดยไม่ใช้การชำระหนี้ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการชำระหนี้ตามกฎหมายใดหรือไม่ก็ตาม แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง การแสดงมูลค่าใด ๆ ที่ผู้ขายมอบไว้เพื่อเสริมสร้างความสัมพันธ์หรือเพื่อเป็นรางวัลตอบแทนซึ่งไม่สามารถนำมาหรือแลกเปลี่ยนกับผู้ขายเพื่อชำระหนี้ตามกฎหมาย และการแสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ใช้เฉพาะภายในเกมออนไลน์ เกมแพลตฟอร์ม หรือตระกูลเกมต่าง ๆ ที่เสนอขายโดยผู้สร้างเกมรายเดียวกัน

- ตามกฎหมาย Revised Payment Service Act of Japan (PSA) ก่อนการแก้ไขฉบับล่าสุดของประเทศญี่ปุ่นได้เรียกคริปโทเคอร์เรนซี เป็นเงินเสมือน และกำหนดความหมายว่า เป็นทรัพย์สินมีค่าที่จำกัดเฉพาะที่ถูกบันทึกไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หรือวัตถุอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งไม่รวมถึงสกุลเงินของประเทศญี่ปุ่น เงินตราต่างประเทศ หรือเป็นสินทรัพย์ที่อ้างอิงกับเงินตรา สามารถใช้กับบุคคลโดยไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อวัตถุประสงค์ในการจ่ายค่าตอบแทนสำหรับการซื้อหรือการเช่าสินค้า หรือรับการให้บริการ และสามารถซื้อและขายได้โดยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีค่าจะถูกบันทึกในระบบบิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ด้วยการประมวลผลข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีบุคคลที่ไม่ระบุรายชื่อทำหน้าที่เป็นคู่สัญญา

- สำหรับโทเคนดิจิทัลนั้น ตามคำจำกัดความของหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ เช่น หน่วยงานกำกับดูแลทางการเงินของสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss Financial Market Supervisory Authority/FINMA) หรือ The Financial Conduct Authority (FCA) เป็นต้น ได้ให้ความหมายและจัดแบ่งประเภทของโทเคนดิจิทัลออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

1. โทเคนการชำระเงิน (Payment token) คือ โทเคนดิจิทัลที่มีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นวิธีการชำระเงิน เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า หรือบริการ โดยโทเคนดิจิทัลประเภทนี้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใด ๆ จากผู้ออกโทเคนดิจิทัล

2. โทเคนยูทิลิตี้ (Utility token) คือ โทเคนดิจิทัลที่มีไว้เพื่อให้สิทธิในการเข้าถึงการใช้งานแอปพลิเคชัน หรือการบริการแบบดิจิทัลอื่น ๆ บนเครือข่ายบล็อกเชน

3. โทเคนสินทรัพย์ (Security token/Investment token/Asset token) คือ โทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ เช่น ตราสารหนี้ หรือตราสารทุน เป็นต้น เพื่อนำไปเสนอขายให้กับนักลงทุน โดยผู้ออกตกลงจะให้สิทธิประโยชน์ในส่วนแบ่งจากรายได้หรือทรัพย์สินของผู้ออก หรือ

อาจเป็นโทเคนดิจิทัลที่มีการนำสินทรัพย์บางอย่างมาอ้างอิงเพื่อให้มูลค่าของโทเคนดิจิทัลมีความมั่นคงมากขึ้น

4. โทเคนแบบผสม (Hybrid token) คือ โทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะของโทเคนดิจิทัลประเภทอื่น ๆ รวมอยู่ด้วยกัน เช่น มีลักษณะของโทเคนยูทิลิตี้ และโทเคนการชำระเงิน เป็นต้น

จากที่กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศส่วนใหญ่ได้เรียกคริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็นเงินเสมือน ไม่ใช่สินทรัพย์ดิจิทัลเหมือนกับประเทศไทย แต่ไม่ว่าจะเรียกว่าอย่างไรก็มีคำจำกัดความในทิศทางเดียวกันว่า เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แสดงมูลค่าแบบดิจิทัลที่ถูกสร้างขึ้นและบันทึกอยู่ในอุปกรณ์หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน หรือเป็นหน่วยทางบัญชี หรือเป็นที่เก็บมูลค่า ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีหน่วยงานของรัฐที่เป็นคนกลางมาเกี่ยวข้องในการยินยอมให้ใช้ หรือในการสร้างหรือออกหน่วยสกุลเงินใหม่ เหมือนกับสกุลเงินที่รัฐบาลประกาศใช้ จึงทำให้เงินเสมือนไม่มีสถานะเป็นสกุลเงินที่ใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ส่วนโทเคนดิจิทัลนั้นตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ มีคำศัพท์และความหมายและประเภทในทิศทางเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้คำนิยามทางกฎหมายของประเทศไทยเป็นที่ยอมรับในระดับสากล และสอดคล้องกับคำศัพท์ของต่างประเทศมากขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นควรตัดคำศัพท์และคำจำกัดความของสินทรัพย์ดิจิทัลออกไป เนื่องจาก คำศัพท์ของสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Assets) ในปัจจุบันอาจมีความหมายที่กว้างกว่าคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล ซึ่งอาจหมายความรวมถึง สิ่งใดก็ตามที่ถูกจัดเก็บอยู่ในรูปแบบดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ รูปภาพ เอกสาร หรือสิ่งใด ๆ ที่ปรากฏอยู่ในโทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ รวมถึง แพลตฟอร์มที่ให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่น สื่อสังคมออนไลน์ (social media) จำพวก Facebook Line Instagram เป็นต้น และคำศัพท์ของคริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัลนั้นควรแยกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน เพราะ วัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ทางกฎหมายมีผลแตกต่างกัน โดยโทเคนดิจิทัลจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการระดมทุนแบบ ICO ซึ่งผู้เสนอต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด แต่สำหรับคริปโทเคอร์เรนซีนั้นกฎหมายไม่ได้มีการบัญญัติไว้ว่ามีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดโดยเฉพาะเหมือนกับโทเคนดิจิทัล ผู้เขียนเห็นว่า คำนิยามของคริปโทเคอร์เรนซีมีขึ้นเพื่อให้ง่ายต่อการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเท่านั้น

ประเด็นที่สอง ประเด็นในเรื่องสถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายไทย และหลักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศพบว่า สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่ง และสามารถเป็นที่อาศัยของสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายรับรองให้มีขึ้นเหนือทรัพย์สิน เช่น กรรมสิทธิ์ หรือการครอบครอง เป็นต้น จึงทำให้สินทรัพย์



ดิจิทัลมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่อาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แต่เมื่อพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันไว้แต่เพียงบางประเภทเท่านั้น ในประเด็นนี้ผู้เขียนจึงนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาพิจารณาเปรียบเทียบกับทรัพย์สินเหล่านั้นเพื่อหาข้อสรุปว่าสินทรัพย์ดิจิทัลอาจมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจหรือไม่ ดังนี้

- กิจการ ได้แก่ ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะ เป็นสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การประกอบธุรกิจที่ผู้ให้หลักประกันนำมาใช้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยผู้เขียนเห็นว่า ทรัพย์สิน ส่วนใหญ่จะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างซึ่งใช้ในการประกอบธุรกิจโดยตรง เช่น อาคาร รถยนต์ อุปกรณ์สำนักงาน เครื่องจักร เครื่องใช้ไฟฟ้าที่ใช้ในการประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งสำหรับกลุ่ม ธุรกิจ Decentralized Finance (DeFi) อาจมองได้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่ใช้ใน การประกอบธุรกิจอย่างหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มี ลักษณะทางกายภาพจึงไม่อาจเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจโดยตรง เนื่องจาก การใช้สินทรัพย์ดิจิทัลในการดำเนินธุรกิจ Decentralized Finance (DeFi) มีลักษณะเป็นเพียงสื่อกลางใน การแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใดระหว่างผู้ใช้บริการกับกลุ่มธุรกิจ เท่านั้น โดยทรัพย์สินที่ใช้ในการขับเคลื่อนและดำเนินการธุรกิจยังคงเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง เช่น อุปกรณ์สำนักงาน หรือคอมพิวเตอร์ เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า โดยหลักแล้วสินทรัพย์ดิจิทัลไม่มี ลักษณะเป็นทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ จึงไม่เป็นกิจการตาม ความหมายในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ แต่ถ้ากิจการนั้นมีสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับ สินทรัพย์ดิจิทัลที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ของกิจการไม่ว่าในปัจจุบัน หรือในอนาคต หากสิทธิ เรียกร้องดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจโดยตรง เมื่อผู้ให้หลักประกันนำกิจการมาเป็น หลักประกันทางธุรกิจ กิจการนั้นอาจรวมถึงสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งถือเป็น สิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจด้วย

- สิทธิเรียกร้อง ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้และสิทธิอื่น ๆ ที่มีอยู่เหนือบุคคลอีกคน หนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “ลูกหนี้” ในการที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ด้วยการกระทำการ หรือการงด เว้นกระทำการ หรือการส่งมอบทรัพย์สิน โดยสิทธิเรียกร้องนั้นอาจเกิดขึ้นจากสัญญา นิติเหตุ หรือ สิทธิอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหนี้ แต่ไม่หมายความรวมถึง สิทธิที่มีตราสาร เมื่อเปรียบเทียบกับสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล ที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ตามกฎหมาย โดยหลักแล้วสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้แสดงให้เห็นถึงภาระหนี้หรือสิทธิเรียกร้องใด ๆ จากผู้ออกสินทรัพย์ดิจิทัล เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้สะท้อนให้เห็นภาระผูกพัน หรือส่วนแบ่ง

หรือผลประโยชน์ในกิจการของผู้ออก และผู้ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลก็ไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ เหนือผู้ออกสินทรัพย์ดิจิทัลได้ อีกทั้ง แม้บล็อกเชนที่เป็นเทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังสินทรัพย์ดิจิทัล จะมีการใช้บัญชีธุรกรรม (Ledger) สำหรับการทำธุรกรรมต่าง ๆ ในระบบ แต่บัญชีดังกล่าว ในเครือข่ายบล็อกเชนก็ไม่มีลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับจากการขาย ให้เช่า การจำหน่ายหรือลักษณะอื่น ๆ จากลูกหนี้โดยตรง เช่นเดียวกับบัญชีลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้ให้หลักประกันกับลูกหนี้มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งผู้ให้หลักประกันมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ของตนส่งมอบสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่ตน โดยวัตถุประสงค์แห่งนั้น จะเป็นหนี้ให้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งไม่ใช่หนี้เงิน และไม่ใช่สิทธิที่มีเหนือสินทรัพย์ดิจิทัลโดยตรงเป็นเพียง บุคคลสิทธิที่มีเหนือตัวลูกหนี้แห่งสิทธิเพื่อให้ปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งผู้ให้หลักประกันก็อาจนำสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลจะนำมาเป็นหลักประกันได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจาก นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ หากเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้หลักประกันกับผู้ออกหรือผู้สร้าง สินทรัพย์ดิจิทัลจะไม่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องตามความหมายในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจาก ผู้ออกหรือผู้สร้าง ไม่ได้มีภาระหนี้ใด ๆ ที่ต้องปฏิบัติต่อผู้ให้หลักประกัน จึงทำให้ไม่มีสิทธิ เรียกร้องกัน แต่หากเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างผู้ให้หลักประกันกับลูกหนี้ ซึ่งมีสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่ ผู้ให้หลักประกัน เช่นนี้ผู้ให้หลักประกันอาจนำสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับสินทรัพย์ดิจิทัลจากลูกหนี้ของ ตนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เท่านั้น ส่วนตัวสินทรัพย์ดิจิทัลเองไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันได้ แต่ โดยหลักสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ส่วนใหญ่จะเป็นหนี้เงินที่จะได้รับชำระหนี้ จากลูกหนี้แห่งสิทธิ ซึ่งสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลที่ไม่มีสถานะเป็นเงินตราตามกฎหมายไทย ภาระหนี้ที่ เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่อาจเป็นหนี้เงินได้คงเป็นได้เพียงหนี้ส่งมอบ หรือโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น เมื่อมีการนำสิทธิเรียกร้องในหนี้ส่งมอบ หรือโอนกรรมสิทธิ์มาเป็นหลักประกันอาจทำให้ผู้รับ หลักประกันมีภาระหน้าที่ในการติดตามทรัพย์สินจากลูกหนี้แห่งสิทธิ ด้วยเหตุนี้ อาจส่งผลต่อการพิจารณา ให้สินเชื่อของผู้รับหลักประกัน

- สंहारิมทรัพย์ที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน หมุนเวียน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 140 ได้ให้ความหมายของสंहาริมทรัพย์ ว่าหมายถึงทรัพย์สินอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับ สंहาริมทรัพย์ สंहาริมทรัพย์จึงต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่สามารถเคลื่อนที่ได้ นอกเหนือจาก อสังหาริมทรัพย์ เช่น สัตว์ รถยนต์ แก้ว กระจก แสงไฟฟ้า พลังงานธรรมชาติ เป็นต้น เมื่อพิจารณากับ สินทรัพย์ดิจิทัลแล้ว เห็นได้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลไม่มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ โดยหลักก็ต้องจัดให้เป็นสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ในประเทศไทยบางกรณีกลับวินิจฉัยว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางประเภทไม่มีลักษณะเป็นสังหาริมทรัพย์ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2643/2561 วินิจฉัยว่าสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ จึงไม่อาจจำนำกันได้ หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 9544/2555, 846/2534 วินิจฉัยว่า เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ เป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ไม่ใช่สังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ไม่มีรูปร่าง ทั้งไม่อาจยึดถือครอบครองได้อย่างทรัพย์สินทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ดังนั้น แม้ในปัจจุบันจะมีคำวินิจฉัยสถานะการเป็นทรัพย์สินของสินทรัพย์ดิจิทัลโดยตรง แต่สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เช่นเดียวกับสิทธิการเช่า หรือทรัพย์สินทางปัญญา หากมีคดีขึ้นสู่ศาลก็อาจถูกวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันว่า สินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้มีลักษณะสังหาริมทรัพย์ ในเบื้องต้นผู้เขียนจึงเห็นว่า สินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้มีลักษณะเป็นสังหาริมทรัพย์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้อาจจะต้องรอการวินิจฉัยของศาลฎีกาตามหลักกฎหมายต่อไป

- อสังหาริมทรัพย์เฉพาะกรณีให้ผู้ให้หลักประกันประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยตรง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139 อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดิน และทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น จะเห็นได้ว่าอสังหาริมทรัพย์ต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง สามารถมองเห็นถนัดชัดแจ้ง ซึ่งมนุษย์สามารถนำมายึดติดกับที่ดินได้โดยตรง เมื่อเปรียบเทียบกับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างตามที่ได้อธิบายไปแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นเพียงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ย่อมไม่อาจเป็นที่ดินหรือทรัพย์สินอันยึดติดกับที่ดินได้ ดังนั้น สินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์

- ทรัพย์สินทางปัญญา ตามกฎหมายไทยได้รับรองทรัพย์สินทางปัญญาเอาไว้จำกัดแต่เพียงบางประเภทเท่านั้น ซึ่งได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร แบบผังภูมิของวงจรรวม เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า ชื่อทางการค้า และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลไม่ได้รับรองให้เป็นทรัพย์สินทางปัญญาจึงไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ

- ทรัพย์สินอื่น ๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ ได้เปิดช่องไว้สำหรับทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจในอนาคตที่กฎหมายยังมิได้บัญญัติรับรองให้เป็นทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ โดยให้เป็นกฎกระทรวง ซึ่งในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ชนิดเท่านั้น ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลไม่อาจเป็นทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้

กล่าวไปข้างต้น จึงจำเป็นต้องร่อนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการออกกฎกระทรวงเพื่อรับรองให้สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจเพื่อให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ต่อไป

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 แต่ถ้าหากเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นบุคคลสิทธิที่มีอยู่กับลูกหนี้ของผู้ให้หลักประกันในการที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ของตนปฏิบัติตามชำระหนี้ด้วยการส่งมอบสินทรัพย์ดิจิทัล เช่นนี้ ถ้าผู้ให้หลักประกันนำกิจการของตนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ หรือผู้ให้หลักประกันนำสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ สิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลย่อมมีลักษณะเป็น กิจการ และหรือสิทธิเรียกร้อง ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้เป็นแนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้แก่ หลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร กลุ่มประเภททรัพย์สินที่นำมาใช้ในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ หากมีมูลค่าในทางเศรษฐกิจย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันได้ทั้งสิ้น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการในลักษณะหมุนเวียนตลอดเวลา ผู้ให้หลักประกันจึงไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับหลักประกัน

ส่วนกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจัดแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ทรัพย์สินที่สภาพกึ่งมีตัวตน และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยทรัพย์สินแต่ละประเภทจะมีวิธีการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์เป็นบุริมสิทธิเหนือบุคคลภายนอกที่แตกต่างกัน

คู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้กำหนดให้สังหาริมทรัพย์ทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง หรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ทั้งสิ้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของต่างประเทศที่ใช้เป็นแนวทางในการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหลักการในทิศทางเดียวกันว่า ทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง หรือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหากมีมูลค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ กฎหมายของต่างประเทศจึงเปิดกว้างและให้อิสระแก่ผู้รับหลักประกันในเลือกนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันอย่างมาก อีกทั้ง ยังมีความยืดหยุ่นเพื่อรองรับทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตให้สามารถนำมาเป็น

หลักประกันการชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอการออกกฎหมายจากบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามกฎหมาย ดังเช่นกรณีของเงินเสมือน แม้เงินเสมือนจะไม่ได้มีลักษณะทางกายภาพหรือถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่ของทรัพย์สินประเภทใดในกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 แต่ UCC ก็ได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายที่จัดให้ทรัพย์สินที่ไม่ได้ถูกจัดอยู่ในหมวดหมู่ใดสามารถเป็นทรัพย์สินตาม UCC ได้ ซึ่งจะเรียกว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป (General intangible)<sup>400</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เงินเสมือนมีลักษณะเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป และสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องมีการออกกฎหมายมารับรองอีก

การที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดประเภทของทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันไว้เพียงทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้น ทำให้ผู้ให้หลักประกันไม่สามารถนำทรัพย์สินอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แม้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการผ่อนคลายนโยบายของกฎหมายหลักประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการจำนำ จำนอง เพื่อให้ผู้ประกอบการธุรกิจ โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการของตนมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ประกอบกับการกำหนดทรัพย์สินเป็นรายการเอาไว้ยาก่อให้เกิดปัญหาในการตีความถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย เนื่องจาก ถ้อยคำที่ระบุไว้สำหรับทรัพย์สินแต่ละประเภทมีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ เช่น กรณีกิจการกฎหมายได้กำหนดให้ทรัพย์สินทั้งหลายที่ผู้ให้หลักประกันใช้ในการประกอบธุรกิจ โดยการบัญญัติในลักษณะนี้อาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่าการใช้ในการประกอบธุรกิจจะต้องมีลักษณะอย่างไร ต้องเป็นทรัพย์สินที่ใช้ประกอบธุรกิจโดยตรงหรือไม่ ต้องใช้ในการประกอบธุรกิจเป็นประจำหรือเป็นครั้งคราวหรือไม่ เป็นต้น ทำให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าเศรษฐกิจบางประเภทไม่สามารถสร้างประโยชน์แก่เจ้าของทรัพย์สิน ดังจะเห็นได้จากกรณีของสินทรัพย์ดิจิทัลแม้ประเทศไทยจะได้มีการตรากฎหมายเพื่อกำกับควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัลแล้ว แต่ก็ยังเป็นเพียงการควบคุมในเรื่องการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล และในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเท่านั้น ส่วนสถานะทางกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ สินทรัพย์ดิจิทัลถูกละเลยไม่ได้มีการหยิบยกให้เป็นประเด็นทางกฎหมายขึ้นมาถกเถียงเพื่อให้เกิดกระบวนการคิดทางกฎหมายแต่อย่างใด แต่คงปล่อยให้เป็นเรื่องเทคโนโลยีเท่านั้น ทั้งที่ผู้เป็นเจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัลมีหน้าที่ต้องเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรให้แก่รัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ในสินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึง

<sup>400</sup> UCC § 9-102 (a)(42)

เห็นว่า การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ประกอบการ หรือบุคคลธรรมดาที่ต้องการเข้าถึงแหล่งเงินทุน และไม่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย ทำให้พลาดโอกาสในการส่งเสริมการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีเพื่อแข่งขันกับนานาประเทศ จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศที่ได้กล่าวไปเพื่อให้ระบบกฎหมายหลักประกันของประเทศไทยมีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น โดยเห็นควรให้มีออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ เนื่องจากในปัจจุบันประชาคมโลก รวมทั้งประชาชนไทยได้มีผู้ที่ถือครองครองสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ประกอบการ DeFi เป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นจังหวะเหมาะสมที่รัฐบาลไทยควรให้การส่งเสริมกลุ่มธุรกิจดังกล่าว

#### 4.3 การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ด้วยข้อจำกัดของระบบกฎหมายหลักประกันเดิม เช่น การประกันชำระหนี้ด้วยการจำนำต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ และต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำ จึงทำให้ผู้จำนำไม่สามารถนำทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการมาเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ได้ หากมีการฝ่าฝืนก็ส่งผลให้การจำนำไม่สมบูรณ์ได้ เป็นต้น ทำให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เพื่อแก้ไขปัญหาของระบบกฎหมายหลักประกันส่งผลให้การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งมีสิทธิครอบครองใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ แต่ผู้ให้หลักประกันยังคงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่น วิทยุชนจะต้องพึงใช้ในการประกอบกิจการ ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อันถูกจัดเก็บอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีเทคโนโลยีบล็อกเชนอยู่เบื้องหลัง หากมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีวิธีการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่แตกต่างจากทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ โดยการบริหารจัดการย่อมเป็นหน้าที่ของทั้งฝ่ายผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกัน

##### 4.3.1 การบริหารจัดการโดยผู้ให้หลักประกัน

สินทรัพย์ดิจิทัล อันได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล มีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือทางการเงิน และการลงทุนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยมีเทคโนโลยีบล็อกเชน (Blockchain) เป็นกลไกที่อยู่เบื้องหลังการทำงานของสินทรัพย์ดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย จ่าย โอน สินทรัพย์ดิจิทัล การใช้สัญญาอัจฉริยะ (Smart

Contract) เพื่อดำเนินการนิติกรรมบนอินเทอร์เน็ตโดยอัตโนมัติ รวมไปถึงการทำธุรกิจ DeFi ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งหลักการทำงานของเทคโนโลยีบล็อกเชน คือ การจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ เช่น ข้อมูลธุรกรรมแบบแบ่งปันข้อมูลร่วมกัน โดยการบันทึกรายการธุรกรรมลงในบัญชีธุรกรรมดิจิทัล ของผู้ใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์ทุกคน ซึ่งไม่มีข้อมูลกลางหรือคนกลางบุคคลที่สามที่น่าเชื่อถือที่เกี่ยวข้องเข้ามาควบคุมดูแลระบบ แต่ผู้ใช้เครือข่ายบล็อกเชน จะใช้กลไกข้อตกลงร่วมกันหรือการใช้ฉันทามติของเครือข่ายเพื่อการตรวจสอบความถูกต้องของธุรกรรมและบันทึกข้อมูลลงระบบ เมื่อข้อมูลถูกบันทึกเข้าสู่เครือข่ายบล็อกเชน แล้วจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลย้อนหลังได้ เทคโนโลยีบล็อกเชนจึงเปรียบเสมือนตัวกลางที่ทำให้ผู้ใช้บริการสามารถทำธุรกรรมระหว่างกันได้เท่านั้น โดยในการจัดเก็บรักษาสินทรัพย์ดิจิทัลผู้เป็นเจ้าของจำเป็นต้องสร้างกระเป๋าตังค์บนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะถูกเรียกว่า กระเป๋าตังค์ดิจิทัล (Digital wallet)

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น สินทรัพย์ดิจิทัลจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจำพวกข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เป็นสำคัญ จึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการจัดการและเก็บรักษาเป็นพิเศษมากกว่าทรัพย์สินที่มีรูปร่างประเภทอื่น เนื่องจากในปัจจุบันข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักถูกโจรกรรม หรือถูกลักใฝ่ได้ง่ายมากกว่าทรัพย์สินที่มีรูปร่างประกอบกับ หากในอนาคตสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องพึงใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพเช่นนั้น ทั้งยังต้องบำรุงรักษา ซ่อมแซมทรัพย์สินนั้นด้วย ดังนั้นผู้ให้หลักประกันที่จะนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจย่อมต้องมีระบบการจัดการที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลที่ดีในระดับที่วิญญูชนพึงกระทำกัน มิเช่นนั้นแล้วหากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเกิดความเสียหาย หรือสูญหายขึ้น ผู้ให้หลักประกันก็มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในเสียหายหรือสูญหายดังกล่าว

ในการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ให้หลักประกัน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องปฏิบัติในลักษณะเดียวกับวิญญูชน หากผู้ให้หลักประกันไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ให้หลักประกันตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ซึ่งในการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่ใช้ในการประกอบกิจการและอาชีพของวิญญูชนนั้น จะจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลของตนไว้ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล โดยจะเลือกใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลจากวัตถุประสงค์ในการใช้งานเป็นหลัก โดยสามารถจัดแบ่งวัตถุประสงค์ของการประกอบกิจการและอาชีพวิญญูชนได้ ดังนี้

- หากเป็นวิญญูชนที่ทำนิติกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลบ่อยครั้ง เช่น ใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อแลกเปลี่ยนกับสินค้าหรือบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อเป็นการลงทุน โดยมีการแลกเปลี่ยนซื้อขายบนศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นต้น จึงต้องการความปลอดภัยในการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลที่จัดเก็บอยู่ในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล วิญญูชนส่วนใหญ่จะเลือกใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลร้อน (Hot wallet) ได้แก่ กระเป๋าตังค์ดิจิทัลออนไลน์ ที่ใช้งานผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตบนเว็บเบราว์เซอร์ของผู้ให้บริการจึงเหมาะกับวิญญูชนที่เป็นนักลงทุนซึ่งมีการใช้บริการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือบริการ หรือสินทรัพย์ดิจิทัลบ่อยครั้ง และเหมาะกับวิญญูชนที่เป็นกลุ่มธุรกิจ DeFi เช่น ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล เนื่องจาก หากมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลออนไลน์ดังกล่าวมาเป็นหลักประกันกับกลุ่มธุรกิจ DeFi เมื่อเกิดเหตุที่จะบังคับหลักประกัน กลุ่มธุรกิจ DeFi ก็สามารถบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันนั้นได้โดยง่าย เพราะ ผู้ให้บริการสามารถติดตามกระเป๋าตังค์ดิจิทัลนั้นผ่านระบบของตนเองได้ทันที และกระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็น เป็นกระเป๋าตังค์ที่เหมาะสมกับวิญญูชนที่ต้องการความปลอดภัย และความปลอดภัยในระดับที่สูงกว่ากระเป๋าตังค์ดิจิทัลออนไลน์ เนื่องจาก การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลประเภทนี้จำเป็นต้องใช้รหัสของกุญแจส่วนตัว สองหรือสามกุญแจในการเข้ารหัสเพื่อดำเนินการทำธุรกรรมในระบบบล็อกเชน โดยผู้เขียนเห็นว่า กระเป๋าตังค์ดิจิทัลประเภทนี้เหมาะสมที่สุดสำหรับการจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ให้หลักประกัน และยังเป็นประโยชน์กับผู้รับหลักประกันในการควบคุมระดับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไป

- หากเป็นวิญญูชนที่มีสินทรัพย์ดิจิทัลอยู่ในความครอบครองจำนวนมาก และมีการทำนิติกรรมเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลจำนวนน้อยครั้ง ซึ่งต้องเก็บรักษาสินทรัพย์ดิจิทัลให้ปลอดภัยที่สุด วิญญูชนส่วนใหญ่จะเลือกใช้จำพวกกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเย็น (Cold wallet) คือ กระเป๋าตังค์ดิจิทัลฮาร์ดแวร์ ซึ่งจะจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น USB/Flash drive ที่มีซอฟต์แวร์สำหรับการจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลอยู่ในอุปกรณ์นั้น ทำให้ไม่ต้องมีการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล

นอกจากนั้น วิญญูชนจะเพิ่มความปลอดภัยให้กับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล โดยใช้ระบบการยืนยัน 2 ระดับ (Two-Factor Authentication หรือ 2FA หรือ TFA) กล่าวคือ การเพิ่มขั้นตอนสำหรับยืนยันตัวตนของกระเป๋าตังค์ดิจิทัล นอกเหนือจากการใช้รหัสผ่านปกติ เช่น ต้องใช้ข้อมูลเฉพาะที่มีเพียงเจ้าของบัญชีเท่านั้นที่ทราบเพื่อเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล การยืนยันผ่าน OTP (One-Time Password) ที่จะส่งให้กับโทรศัพท์ การยืนยันผ่านแอปพลิเคชันที่ให้บริการยืนยัน 2 ระดับ อีกทั้ง วิญญูชนจะดำเนินการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล



ของตนโดยการจัดเก็บอย่างเป็นระบบ แบ่งหมวดหมู่ รายการและประเภทของสินทรัพย์ดิจิทัล เพื่อเก็บรักษาหุ้สของกุญแจส่วนตัว (Private key) และเพื่อให้่ายต่อการตรวจสอบ ค้นหา การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล ให้มีความปลอดภัยมากที่สุด ซึ่งจะเรียกกระบวนการนี้ว่าการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Management - DAM) รวมถึง การวางแผนจัดการมรดกที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลด้วย โดยการเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้กับทนายความ หรือบุคคลที่ผู้ให้หลักประกันไว้วางใจก็ได้ และต้องระบุรายการสินทรัพย์ดิจิทัลดังกล่าว และกำหนดผู้จัดการมรดกซึ่งจะเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการมรดกที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลไว้ในพินัยกรรมโดยไม่ต้องระบุรหัสผ่านหรือบัญชีผู้ใช้

ดังนั้น ผู้ให้หลักประกันจึงจำเป็นต้องสงวนรักษาสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจด้วยวิธีการเช่นเดียวกับที่วิญญูชนพึงปฏิบัติในการประกอบกิจการและอาชีพะตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นจึงจะทำให้ผู้ให้หลักประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบต่อผู้รับหลักประกัน ในเวลาเมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันสูญหาย หรือถูกโจรกรรมไป

#### 4.3.2 การบริหารจัดการโดยผู้รับหลักประกัน

ตามหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร กฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา คู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย ได้กำหนดหลักการทางกฎหมายที่สอดคล้องกันไปทิศทางเดียวกันว่า ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งมีสิทธิครอบครอง ใ้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และมีสิทธิได้ดอกผลของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นด้วย ดังนั้น หากในภายภาคหน้าพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยยอมรับให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ย่อมจะเกิดประเด็นปัญหาในการควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจมากกว่าทรัพย์สินอื่นๆ กล่าวคือ ด้วยลักษณะทางกายภาพของสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจำพวกข้อมูลจัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถทำธุรกรรมผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนได้โดยไม่มีข้อมูลกลางหรือคนกลางบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง และผู้ใช้เครือข่ายบล็อกเชนทุกคนสามารถเข้าใช้งานได้โดยไม่ต้องทำการยืนยันตัวตน (KYC) กับผู้ให้บริการ โดยหลักจึงไม่อาจทราบได้ว่ามีการทำธุรกรรมกับใครบ้าง การที่กฎหมายหลักประกันดังกล่าวได้กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่

เป็นหลักประกันได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้รับหลักประกัน จึงทำให้สิทธิในหลักประกันที่มีอยู่กับผู้รับหลักประกันเกิดประโยชน์เพียงเล็กน้อย แม้ว่ากฎหมายหลักประกันดังกล่าวจะมีหลักการที่กำหนดให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีการขาย การเช่า การแลกเปลี่ยน การโอน หรือการจำหน่ายด้วยวิธีการใด ๆ ไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ ผู้รับหลักประกันยินยอมให้จำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวโดยปราศจากสิทธิในหลักประกัน หรือบุคคลภายนอกได้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน แต่อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นประโยชน์กับผู้รับหลักประกัน เนื่องจาก ในการใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอนสินทรัพย์ดิจิทัลจะต้องทำผ่านธุรกรรมผ่านเครือข่ายบล็อกเชน โดยในการทำธุรกรรมผู้ให้หลักประกันจะต้องทำการ โอนสินทรัพย์ดิจิทัลไปยังที่อยู่ของบุคคลภายนอก ซึ่งมีเพียงการระบุรหัสบัญชีสาธารณะของบุคคลภายนอกผู้รับโอนเท่านั้น โดยไม่มีการระบุข้อมูลส่วนบุคคลใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลภายนอกคือบุคคลใด จึงทำให้การระบุตัวตนของบุคคลภายนอกจากผู้รับหลักประกันเป็นไปได้ยาก อีกทั้ง ในการทำธุรกรรมเมื่อข้อมูลถูกบันทึกเข้าสู่เครือข่ายบล็อกเชนแล้วจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลย้อนหลังได้ จึงทำให้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถทำการย้อนกลับสินทรัพย์ดิจิทัลที่ผู้ให้หลักประกันได้โอนไปยังบุคคลภายนอกได้ ดังนั้น แม้ผู้รับหลักประกันจะมีบุริมสิทธิในหลักประกันเป็นลำดับแรกโดยการจดทะเบียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่บุริมสิทธิของผู้รับหลักประกันจะไม่มีประโยชน์หากผู้รับหลักประกันไม่สามารถระบุตัวตนของบุคคลภายนอกผู้รับ โอนสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันและย้อนกลับการทำธุรกรรมเพื่อบังคับหลักประกันได้ หรือแม้ผู้รับหลักประกันจะสามารถระบุตัวตนของบุคคลภายนอกผู้รับ โอนสินทรัพย์ดิจิทัลดังกล่าวได้ แต่ในทางปฏิบัติบุคคลภายนอกอาจเป็นผู้ให้บริการที่มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ ก็จะส่งผลให้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลได้ เนื่องจาก ภูมิลำเนาตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาลในต่างประเทศ ซึ่งอาจปฏิเสธที่จะยอมรับบุริมสิทธิในหลักประกันของผู้รับหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 หรือการบังคับอาจทำให้ผู้รับหลักประกันต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกินสมควร

จากศึกษาหลักกฎหมายและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีนักกฎหมายนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาโดยการออกแบบนิติกรรมทางเลือกเพื่อให้การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันสามารถบังคับตามกฎหมายได้จริง โดยการนำแนวคิดของข้อตกลงการควบคุม (control agreement) ที่กำหนดให้คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องทำข้อตกลงประเภทหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมทรัพย์สินที่นำมาเป็นหลักประกัน เช่น ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ

ผู้รับหลักประกันในเรื่องการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน สำหรับการทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์โดยการควบคุม (Perfection by Control) ตาม UCC § 9-314 มาดัดแปลงเพื่อให้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเหนือสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน ซึ่งถูกเรียกว่าธุรกรรมกึ่งควบคุม (quasi-control transaction) ซึ่งเมื่อพิจารณากับกฎหมายหลักประกันของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 มาตรา 22 ได้กำหนดให้คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจสามารถตกลงในเรื่องการครอบครอง ใช้อาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของผู้ให้หลักประกันไว้เป็นอย่างอื่นได้ จึงเห็นได้ว่า ในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้กฎหมายได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น ตกลงให้ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไว้ในความครอบครองของผู้รับหลักประกันหรือนุคคลภายนอกได้ หรืออาจกำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับใช้อาย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เป็นต้น ธุรกรรมกึ่งควบคุมจึงอาจเป็นข้อตกลงอย่างอื่นที่มีขึ้นเพื่อให้ผู้รับหลักประกันสามารถควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันได้

ธุรกรรมกึ่งควบคุม คือ ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันจะต้องโอนสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันไปยังที่อยู่ซึ่งเป็นกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของผู้รับหลักประกัน ด้วยการโอนสินทรัพย์ดิจิทัลไปยังรหัสบัญชีแอดเดรสของกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลดังกล่าว เพื่อฝากสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันไว้ให้แก่ผู้รับหลักประกันบนเครือข่ายบล็อกเชน ในเวลาก่อนหรือขณะที่ผู้รับหลักประกันและผู้ให้หลักประกันทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจและดำเนินการจดทะเบียนเพื่อทำให้สิทธิในหลักประกันเกิดผลสมบูรณ์ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 โดยผู้รับหลักประกันอาจใช้เทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะ (Smart contract) ร่วมกับบล็อกเชน เพื่อนำข้อตกลงหรือเงื่อนไขทางสัญญาระหว่างคู่สัญญาหลักประกันมาเขียนเป็นชุดคำสั่ง โปรแกรมคอมพิวเตอร์และให้ทำงานอย่างอัตโนมัติทันทีเมื่อโปรแกรมตรวจพบว่า เกิดเหตุการณ์ตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาขึ้น เช่น คู่สัญญาหลักประกันอาจกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขให้ผู้ให้หลักประกันต้องส่งมอบสินทรัพย์ดิจิทัลเข้าสู่กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลบนเครือข่ายบล็อกเชนที่ผู้รับหลักประกันเตรียมไว้ก่อนเพื่อให้มีการบันทึกการธุรกรรมของบัญชีธุรกรรมของเครือข่าย หลังจากนั้นเมื่อผู้รับหลักประกันได้ตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลแล้วก็ให้ผู้รับหลักประกันดำเนินการปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้ขอสินเชื่อ และให้ผู้มีหน้าที่ดำเนินการทางจดทะเบียนทำการยื่นจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานทะเบียนของหน่วยงานรัฐ เป็นต้น นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญาดูแลผลประโยชน์เพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 โดยคู่สัญญาอาจ

กำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ดูแลให้คู่สัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญากู้เงินและสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยดูแลรักษาเงิน ทรัพย์สิน หรือดำเนินการส่งมอบเงินหรือจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญา รวมทั้ง มีหน้าที่ในการแจ้งหลักฐานให้คู่สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงิน เช่น คู่สัญญาอาจกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นผู้รับชำระหนี้จากผู้ให้หลักประกันหรือผู้กู้ และให้ทำการบันทึกรายการชำระหนี้ลงในเครือข่ายบล็อกเชนและสัญญาอัจฉริยะที่เกี่ยวข้อง โดยวิธีการใช้ลายเซ็นดิจิทัลของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อให้สัญญาอัจฉริยะรับทราบว่าผู้ให้หลักประกันไม่ได้ปฏิบัติผิดเงื่อนไข หรือข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาอัจฉริยะ เป็นต้น

ในกรณีที่ไม่ต้องการให้ผู้ให้หลักประกันส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่ผู้รับหลักประกัน คู่สัญญาอาจตกลงใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็น (Multisignature wallet) ในการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการทำธุรกรรมของผู้ให้หลักประกันเพื่อใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยังสามารถทำได้ปกติ แต่จำเป็นที่จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ให้หลักประกัน หรือจากบุคคลภายนอก หรือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เนื่องจาก การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าตังค์แบบหลายลายเซ็นจะต้องใช้กุญแจส่วนตัวสองหรือสามกุญแจในการเข้ากระเป๋าตังค์ดิจิทัลเพื่อดำเนินการทำธุรกรรมในระบบบล็อกเชน คู่สัญญาจึงอาจกำหนดให้บุคคลภายนอก หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นผู้ครอบครองกุญแจส่วนตัวได้ เมื่อผู้ให้หลักประกันต้องการใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน สินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน จะต้องขออนุญาตเพื่อให้บุคคลภายนอก หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาอนุมัติหรือให้กุญแจส่วนตัวเพื่อเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าตังค์ดิจิทัล แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องดำเนินการหลายขั้นตอน เช่น การจดทะเบียน การทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ การสร้างสัญญา เป็นต้น ซึ่งทำให้ผู้ให้หลักประกันอาจเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก

#### 4.4 การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

เมื่อผู้รับหลักประกันได้มีการตกลงรับทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้แล้ว ย่อมมีความมุ่งหวังที่จะสามารถบังคับสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่ตนได้ ขั้นตอนการบังคับหลักประกันจึงเป็นขั้นตอนอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งหากในอนาคตกฎหมายประเทศไทยได้มีการรับรองให้สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ผู้เขียนจึงเล็งเห็นปัญหาในการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน

ย่อมอาจมีขึ้นแน่นอน ในส่วนนี้จึงเป็นการนำเสนอถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขที่เกี่ยวข้องกับการ บังคับสินทรัพย์คดีพิพาทที่เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทาง ธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ถูกตราขึ้นเพื่อคุ้มครองการบังคับหลักประกันของผู้รับหลักประกันสามารถ กระทำได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม จึงกำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนด เหตุบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และ เมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันเกิดขึ้นผู้รับหลักประกันก็สามารถดำเนินการบังคับหลักประกัน ได้ด้วย ตนเอง เว้นแต่กรณีให้ผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เจ้าหนี้อาจต้องดำเนินการทางศาล แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ไม่ได้มี กำหนดแนวทางในการบังคับหลักประกันสำหรับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไว้อย่างชัดเจน เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา คงมีเพียงทรัพย์สินบางประเภทเท่านั้นที่มีการกำหนดแนวทางในการบังคับ หลักประกันไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ผู้รับหลักประกันสามารถ บังคับหลักประกันได้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย หรือกรณีสิทธิเงินฝากในสถาบันการเงิน ผู้รับหลักประกันอาจนำเงินฝากหักชำระหนี้ได้ ทันทีเมื่อมีเหตุบังคับหลักประกันตามสัญญา เป็นต้น

สำหรับหลักประกันการประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ของประเทศสหราชอาณาจักร เมื่อมีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือการกระทำบางอย่างที่ทำให้เกิดการแปรสภาพ สิทธิผูกพันให้ยึดติดไปกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน (Crystallization) ซึ่งจะทำการประกันหนี้ เปลี่ยนเป็นการประกันหนี้แบบเฉพาะเจาะจง (fixed charge) และเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอา จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดวิธีการ ในการบังคับชำระหนี้ที่แน่นอนตายตัว คู่สัญญาจึงสามารถตกลงวิธีการบังคับหลักประกันได้เองโดย ไม่ต้องพึ่งอำนาจศาล ซึ่งในการบังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เจ้าหนี้ผู้รับ หลักประกันสามารถดำเนินการบังคับหลักประกันได้โดยการร้องขอศาลให้แต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Receiver) หรืออาจแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Receiver) ด้วยตนเองตามที่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ได้ให้อำนาจในการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Receiver) เอาไว้

สำหรับกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้สิทธิในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุแห่ง การบังคับหลักประกันการชำระหนี้ตามที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันไว้ เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกัน มีสิทธิในการบังคับหลักประกันตามที่ตกลงกันไว้โดยวิธีการที่สมเหตุสมผลเป็นธรรมและ ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยไม่ต้องพึ่งพาอำนาจศาล เว้นแต่เจ้าหนี้

ผู้รับหลักประกันไม่สามารถติดตามยึดทรัพย์จากลูกหนี้ได้เจ้าหน้าที่อาจต้องดำเนินการทางศาล แต่อย่างไรก็ตาม UCC ก็ไม่ได้มีกำหนดแนวทางในการบังคับหลักประกันสำหรับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไว้อย่างชัดเจน โดยยังคงใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร กฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย โดยหลักได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพึ่งพาอำนาจศาล ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันในเรื่องเหตุแห่งการบังคับหลักประกันได้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้วผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่กรณีให้ผู้รับหลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันผู้รับหลักประกันอาจต้องดำเนินการทางศาลเพื่อบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เมื่อนำมาพิจารณากับสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจำพวกข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีการใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนในการทำธุรกรรมและไม่มีกรรมสิทธิ์จดทะเบียนหรือจดทะเบียนกับหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องเหมือนกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทอื่น เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา จึงอาจทำให้การบังคับหลักประกันของผู้รับหลักประกันมีปัญหาที่ควรพิจารณา ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งปัญหาเกี่ยวกับการบังคับหลักประกันออกเป็น 2 กรณีดังจะได้อธิบายต่อไป

#### 4.4.1 กรณีมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

การบังคับหลักประกันกรณีให้ผู้รับหลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันยินยอมส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยจะกระทำได้อต่อเมื่อมีหนังสือยินยอมให้จำหน่าย โดยเมื่อผู้รับหลักประกันได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วจะต้องมีหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้หรือผู้รับหลักประกันชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนด และต้องแจ้งด้วยว่าหากไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาดังกล่าวจะมีการบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือโดยการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ต่อมาหากครบกำหนดระยะเวลาตามหนังสือแจ้งแล้ว ถ้าผู้รับหลักประกันประสงค์จะบังคับหลักประกันด้วยการจำหน่ายโดยการประเมินเปิดเผยให้ผู้รับหลักประกันต้องมีหนังสือแจ้งวัน เวลา สถานที่ และวิธีการจำหน่ายให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบ แต่ถ้าหากผู้รับหลักประกันประสงค์ที่จะบังคับหลักประกันโดยให้ทรัพย์สินที่เป็น

หลักประกันหลุดเป็นสิทธิ จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้ให้หลักประกัน ไม่มีหนังสือคัดค้านการบังคับหลักประกันหลุดเป็นสิทธิ

ส่วนการบังคับหลักประกันกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้ว เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อจำหน่าย ให้เช่า ให้สิทธิ ซึ่งการจำหน่ายไม่จำเป็นต้องเป็นการขายทอดตลาดก็ได้ แต่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและขอบเขตของสัญญาหลักประกัน ซึ่งผู้รับหลักประกันไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแก่ลูกหนี้เพื่อให้ชำระหนี้หรือดำเนินการอื่น ๆ เมื่อเจ้าหนี้ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแล้วเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันมีสิทธิเลือกบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยการบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน โดยวิธีการที่เหมาะสมในเชิงพาณิชย์ต่อสาธารณะชนหรือเป็นการส่วนตัวก็ได้โดยอาจจำหน่ายหลักประกันโดยภาครัฐหรือเอกชนก็ได้ หรือด้วยวิธีการที่เจ้าหนี้อยอมรับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิซึ่งจะกระทำได้อต่อเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันได้แสดงความยินยอมเป็นหนังสือ หรือลูกหนี้หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่คัดค้านภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

จากหลักกฎหมายของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า การบังคับหลักประกันกรณีที่เป็นทรัพย์สินของทั้งสองประเทศมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันอย่างมาก ซึ่งไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับหลักประกันทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไว้อย่างเฉพาะเจาะจงจึงอาจตีความได้ว่ากฎหมายประสงค์ให้การบังคับหลักประกันกรณีที่เป็นทรัพย์สินทุกประเภทมีหลักเกณฑ์เดียวกัน

สำหรับปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตหากสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้จะเกี่ยวข้องกับการเข้าครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน กล่าวคือ โดยหลักเมื่อเหตุแห่งการบังคับหลักประกันตามที่กำหนดในสัญญาหลักประกันได้เกิดขึ้น เจ้าหนี้จะบังคับหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ตน โดยวิธีการจำหน่ายหลักประกัน หรือการเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิได้อต่อเมื่อมีการเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ในทางปฏิบัติผู้รับหลักประกันอาจไม่สามารถเข้าครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลได้แม้ว่าในทางปฏิบัติผู้ให้หลักประกันจะยินยอมที่จะส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันก็ตาม เนื่องจาก การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันสามารถใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้อย่างอิสระ จึงทำให้บางกรณีกฎหมายส่วนตัวยังอยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งการจะเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลของผู้ให้หลักประกัน

จะกระทำได้อีกเมื่อผู้รับหลักประกันทราบรหัสของกุญแจส่วนตัวของผู้ให้หลักประกัน หากผู้รับหลักประกันไม่ทราบรหัสกุญแจส่วนตัวดังกล่าวก็จะต้องอาศัยความร่วมมือจากผู้ให้หลักประกัน เพื่อให้ผู้ให้หลักประกันทำการโอนสินทรัพย์ดิจิทัลไปยังที่อยู่ของกุญแจสาธารณะเพื่อฝากสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน หรือเพื่อส่งมอบรหัสกุญแจส่วนตัวให้แก่ผู้รับหลักประกันไปดำเนินการเข้าถึงกระเป๋าตังค์ดิจิทัลและบังคับหลักประกันต่อไป ดังนั้น การที่ผู้รับหลักประกันต้องอาศัยความร่วมมือของผู้ให้หลักประกันเพื่อให้ส่งมอบกุญแจส่วนตัวอาจทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันของผู้รับหลักประกันเกิดความล่าช้า และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการติดต่อกับผู้รับหลักประกันเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ หากผู้ให้หลักประกันทำรหัสของกุญแจส่วนตัวสูญหาย หรือผู้ให้หลักประกันถึงแก่ความตาย และไม่มีกรวางแผนมรดกที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ก็อาจทำให้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันได้

สำหรับแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับหลักประกันจำเป็นจะต้องใช้แนวทางซึ่งสืบเนื่องมาจากการบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัล โดยผู้รับหลักประกัน กล่าวคือ ผู้รับหลักประกันต้องใช้ธุรกรรมกึ่งควบคุมเพื่อให้ผู้ให้หลักประกัน โอนสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน ไปกระเป๋าตังค์ดิจิทัลที่ผู้รับหลักประกันกำหนด และผู้รับหลักประกันจะต้องใช้เทคโนโลยีสัญญาอัจฉริยะร่วมกับบล็อกเชน เพื่อกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขทางสัญญาระหว่างคู่สัญญาหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน ในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนด เช่น กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในทำนองว่าหากผู้ให้หลักประกันหรือลูกหนี้ไม่ส่งหลักฐานการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในวันที่ถึงกำหนดชำระ ให้สินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันถูกโอนไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของผู้รับหลักประกันทันที และจะถือว่าผู้รับหลักประกันได้เข้าครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน โดยความยินยอมของผู้ให้หลักประกัน จึงทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ด้วยตนเองด้วยวิธีการตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 เป็นต้น นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญาดูแลผลประโยชน์เพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยกำหนดให้มีหน้าที่ดูแลให้คู่สัญญาปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาคู่เงินและสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ โดยดูแลรักษาเงิน ทรัพย์สิน หรือดำเนินการส่งมอบเงินหรือจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญา รวมทั้งมีหน้าที่ในการแจ้งหลักฐานให้คู่สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงินผ่านสัญญาอัจฉริยะบนเครือข่ายบล็อกเชน หรือในกรณีที่ไม่ต้องการให้ผู้ให้หลักประกันส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่ผู้รับหลักประกัน ในขณะที่ทำสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ และคู่สัญญาได้ตกลงใช้กระเป๋าตังค์ดิจิทัลแบบหลายลายเซ็นเป็นที่จัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็น



หลักประกัน คู่สัญญาหลักประกันทางธุรกิจจะต้องกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขที่เกี่ยวกับวิธีการ บังคับหลักประกัน เช่น กำหนดว่า เมื่อเหตุแห่งการบังคับหลักประกันเกิดขึ้น ผู้รับหลักประกัน และ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาสามารถโอนสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเปาะต่างคดีดิจิทัลแบบหลาย ปลายเซ็นไปยังกระเปาะต่างคดีดิจิทัลเพื่อบังคับหลักประกันตามกฎหมายต่อไปได้

#### 4.4.2 กรณีไม่มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ บังคับหลักประกันกรณีผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ไม่ยินยอมส่ง มอบการครอบครองให้ผู้รับหลักประกัน โดยผู้รับหลักประกันต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมี คำพิพากษาบังคับหลักประกัน โดยให้ระบุในคำร้องด้วยว่าจะบังคับหลักประกันโดยทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันหลุดเป็นสิทธิ หรือโดยจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ ในชั้นพิจารณาหากศาลเห็นว่าเหตุบังคับหลักประกันทางสัญญาธุรกิจหรือข้อตกลงเกี่ยวกับเหตุ บังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจเกิดขึ้น ให้ศาลพิพากษาบังคับหลักประกันตาม วิธีการที่ผู้รับหลักประกันร้องขอ เว้นแต่ผู้รับหลักประกันร้องขอให้บังคับหลักประกันหลุดเป็น สิทธิแต่กรณี ไม่เข้าเงื่อนไขการนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิให้ศาลพิพากษาให้ จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า เหตุแห่งการบังคับหลักประกันตามสัญญาหลักประกันทางธุรกิจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ศาลมีคำสั่งยกคำร้อง

สำหรับการบังคับหลักประกันตามกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันไม่สามารถติดตามเอาทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันมาจากการครอบครองของผู้ให้หลักประกันเพื่อนำมาชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้ ผู้รับหลักประกันอาจใช้กระบวนการของศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้นำทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันมาชำระหนี้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยได้มีหลักเกณฑ์การ บังคับหลักประกันในกรณีที่ผู้รับหลักประกันไม่สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ได้ที่เหมือนกับประเทศไทย โดยกำหนดให้ผู้รับหลักประกันต้องดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาล มีคำพิพากษาบังคับหลักประกันต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้ต้องมีการใช้สิทธิทางศาลมีความจำเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้อื่นในประเทศไทยจึงต้องตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้การเข้าถึงอุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ คอมพิวเตอร์ที่มีการกำหนดชุดคำสั่งให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดย

อัตโนมัติ<sup>401</sup> และการเข้าถึงข้อมูล ชุดคำสั่งที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์<sup>402</sup> ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงไม่ว่าจะเป็นการใช้รหัสผ่านด้วยเลข หรือการใช้เทคโนโลยีชีวภาพ (Biometrics) ของบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ถือว่า มีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

เมื่อพิจารณากับสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล แล้วจะเห็นได้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งใช้งานร่วมกับเทคโนโลยีบล็อกเชน และกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่ต้องมีการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ประมวลผลข้อมูล ประกอบกับการจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลจะต้องทำจัดเก็บไว้ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัล โดยกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลบางประเภท เช่น กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลฮาร์ดแวร์ (Hardware wallet) มีลักษณะเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีไว้ใช้เชื่อมต่อกับคอมพิวเตอร์โดยอุปกรณ์จะทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติเพื่อให้ผู้ใช้สามารถเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลจึงทำให้กระเป๋าสตางค์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นระบบคอมพิวเตอร์ด้วยอีกประการหนึ่ง อีกทั้ง ในการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันจะต้องมีการใช้สัญญาอัจฉริยะซึ่งมีลักษณะเป็นชุดคำสั่งที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์อันอาจประมวลผลได้โดยอัตโนมัติ ดังนั้น ในการบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน หากผู้ให้หลักประกัน หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่ผู้รับหลักประกัน กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้รับหลักประกันจะต้องบังคับหลักประกันโดยการใช้สิทธิทางศาล หากผู้รับหลักประกันหรือผู้ดูแลผลประโยชน์ฝ่าฝืนดำเนินการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้หลักประกัน หรือมีการใช้กำลังทางกายภาพกระทำการประทุษร้ายต่อร่างกายของผู้ให้หลักประกัน ผู้รับหลักประกัน หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา อาจมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เพื่อป้องกันการเกิดปัญหาดังกล่าวผู้ให้หลักประกัน หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจึงต้องสร้างความชอบธรรมในการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันให้แก่ตนเอง ซึ่งวิธีการหนึ่ง ก็คือ การสร้างความชอบธรรมโดยอาศัยคำพิพากษาของศาล โดยตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย และกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับหลักประกัน โดยการใช้สิทธิทางศาลเอาไว้แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การบังคับหลักประกันโดยคำพิพากษาของศาลสำหรับหลักประกันทางธุรกิจในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือ

<sup>401</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 “ระบบคอมพิวเตอร์”

<sup>402</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 “ข้อมูลคอมพิวเตอร์”

ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันมีความเหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่ผู้รับหลักประกันอย่างมาก แม้ว่าการดำเนินคดีทางศาลจะทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันล่าช้าออกไปบ้างก็ตาม แต่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจก็ได้กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาคดีโดยเร็ว โดยให้ศาลนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จการพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

แต่อย่างไรก็ตามในการนำยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับหลักประกันอาจมีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลที่ผู้รับหลักประกันจะต้องยื่นคำร้อง ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดว่าหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจ โดยกำหนดให้การยื่นคำร้องต้องเสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี เนื่องจาก สินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินจำพวกข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์และอินเทอร์เน็ตทำให้สินทรัพย์ดิจิทัลอาจปรากฏอยู่ในหลายสถานที่พร้อมกัน เมื่อพิจารณากับการยื่นฟ้องคดีแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องลูกหนี้มีหน้าที่ต้องการสืบทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่ออธิบายฟ้องว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินเป็นเงินเสมือน และระบุว่ากุญแจส่วนตัวที่ใช้สำหรับการเข้าถึงเงินเสมือนของลูกหนี้อยู่ในเขตอำนาจของศาลที่ตนยื่นฟ้อง ดังนั้น ในการยื่นคำร้องขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งพิพากษาบังคับหลักประกัน ผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับหลักประกันควรยื่นคำร้องขอต่อศาลที่สามารถใช้อำนาจเหนือกุญแจส่วนตัวของผู้ให้หลักประกัน ซึ่งถือว่าเป็นศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้น เพราะ การเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันในกระเป๋าตังค์ดิจิทัลเพื่อบังคับชำระหนี้จำเป็นต้องใช้กุญแจส่วนตัวของกระเป๋าตังค์ดิจิทัลดังกล่าว และด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลการแสดงความเป็นเจ้าของสามารถสันนิษฐานได้จากการเป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัว บุคคลใดที่เป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวที่สามารถ ควบคุม เข้าถึง และทำธุรกรรมได้บุคคลนั้นก็เป็นเจ้าของสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน ซึ่งการบังคับหลักประกันจะกระทำได้อีกก็ต้องบังคับกับบุคคลที่เป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวเพื่อให้โอนสินทรัพย์ดิจิทัล ไปยังกระเป๋าตังค์ดิจิทัลของผู้รับหลักประกัน หากผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของกุญแจส่วนตัวที่ไม่ยินยอมอาศัยอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ศาลนั้นถือว่าเป็นศาลที่มูลคดีเกิดขึ้น และมีอำนาจเหนือกุญแจส่วนตัว จึงมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องของผู้รับหลักประกัน หรือในกรณีที่ผู้รับหลักประกันจะยื่นคำร้องต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ผู้รับหลักประกันก็จำเป็นต้องอธิบายในคำร้องฟ้องว่า ผู้ให้หลักประกันมีสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน และระบุว่ากุญแจส่วนตัวที่ใช้สำหรับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลของผู้ให้หลักประกันอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด เนื่องจาก พระราชบัญญัติ

หลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดศาลต้องออกหมายเรียกไปยังผู้ให้หลักประกันหรือผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อให้มาพิจารณาคดีด้วย เมื่อกูญแจส่วนตัวซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดก็ให้ศาลออกหมายเรียกผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นเจ้าของกูญแจส่วนตัว ณ ภูมิลำเนานั้น ๆ เพื่อให้มาพิจารณาคดี



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นในการเข้าถึงเงินทุนของผู้ประกอบการเพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ เพราะการมีหลักประกันมาเป็นประกันการชำระหนี้จะทำให้ผู้ประกอบการมีโอกาสได้รับการพิจารณาสินเชื่อมากกว่ากรณีที่ไม่มีทรัพย์สินเป็นหลักประกัน นอกจากนี้การมีหลักประกันการชำระหนี้ยังช่วยให้สถาบันการเงินสามารถควบคุมความเสี่ยงในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ซึ่งในอดีตก่อนที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจจะมีการประกาศใช้ ระบบกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ 2 ประเภท คือ การประกันชำระหนี้ด้วยบุคคล หรือค้ำประกัน และการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน ซึ่งถูกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การจำนำ การจำนอง โดยหลักประกันทั้ง 2 ประเภทมีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติต่าง ๆ แม้ในทางปฏิบัติเจ้าหนี้จะมีช่องทางในการให้ลูกหนี้เอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกัน เช่น การมัดจำ การโอนสิทธิเรียกร้อง การใช้เงินฝากเป็นหลักประกัน สัญญาทรัสต์รีซีท ก็ตาม แต่วิธีดังกล่าวก็ไม่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับสิทธิประโยชน์ในทางกฎหมายทำนองเดียวกับการจำนำ หรือการจำนอง จึงทำให้เจ้าหนี้จะต้องให้สินเชื่อโดยกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สูงขึ้นซึ่งทำให้ผู้ประกอบการต้องรับภาระในหนี้ดังกล่าวมากขึ้น

ด้วยเหตุประเทศไทยมีข้อจำกัดในการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นหลักประกันมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการจำนองและการจำนำนั้นต่างเป็นการประกันการชำระหนี้ที่มีข้อจำกัดในตัวเอง กล่าวคือ การจำนำกฎหมายกำหนดให้ต้องนำสิ่งห้ามทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันเท่านั้น และต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้รับจำนำด้วยทำให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจที่จำเป็นต้องใช้ในการประกอบธุรกิจของตนมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ส่วนการจำนองนั้น แม้หลักการทางกฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองไว้ในความครอบครองของเจ้าหนี้ แต่ทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้ถูกจำกัดไว้เฉพาะเฉพาะอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์พิเศษที่มีทะเบียนบางประเภทเท่านั้น แม้จะได้มีความพยายามในการแก้ไขปัญหาในเรื่องข้อจำกัดของการจำนำและการจำนอง เช่น การตรากฎหมายเพื่อให้เครื่องจักร รถยนต์ ที่จดทะเบียนสามารถนำมาจำนองได้ หรือมีความพยายามที่จะให้เครื่องบินสามารถนำมาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ แต่การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้แก้ไขปัญหาโดยภาพรวมในเรื่องหลักประกัน

การชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน นอกจากนั้น การบังคับจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ผู้รับจำนองต้องดำเนินการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับหลักประกันเท่านั้น ประกอบกับการบังคับจำนองตามคำพิพากษาจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานรัฐซึ่งต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและระเบียบแบบแผนของทางราชการจึงทำให้กระบวนการบังคับหลักประกันมีความซับซ้อน ล่าช้า และมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นกฎหมายหลักประกันของประเทศไทยในปัจจุบันไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมและสภาพเศรษฐกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายหลักประกันรูปแบบใหม่ขึ้นมาเพื่อให้ทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถจำนำ หรือจำนอง สามารถมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ และแก้ไขปัญหาของการจำนำที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำ นอกจากนี้ยังแก้ปัญหาระบบการบังคับหลักประกันให้มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ซึ่งจะสามารถแก้ปัญหาในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบ ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้รับหลักประกัน โดยการยกร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้อาศัยแนวความคิด และหลักการทางกฎหมาย Uniform Commercial Code Article 9 เรื่อง Secured Transaction ของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมาย Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

ในปัจจุบันสังคมโลกได้พบกับทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่เรียกว่าคริปโทเคอร์เรนซี หรือสกุลเงินดิจิทัล หรือเงินเสมือน และ โทเคนดิจิทัลซึ่งตามกฎหมายไทยได้เรียกว่า สินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อใช้การเป็นเครื่องมือทางการเงิน และการลงทุนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือใช้เป็นเครื่องมือการเข้าถึงบริการของธุรกิจ DeFi ที่เน้นให้บริการแก่ผู้ใช้บริการในรูปแบบการกระจายอำนาจ (Decentralized) โดยใช้เทคโนโลยีการแปลงข้อมูลต่าง ๆ ด้วยเทคนิคการเข้ารหัสลับ (cryptography) ให้เป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อสร้างปลอดภัยของฐานข้อมูลดิจิทัลในเครือข่าย และจัดเก็บข้อมูลธุรกรรมทั้งหมดที่เกิดในระบบไปให้แก่ผู้ใช้บริการทุกคนในเครือข่าย โดยคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้บริการทุกเครื่องในเครือข่ายจะได้รับข้อมูลอย่างเท่าเทียมกันโดยผู้ใช้บริการทุกคนจะได้รับข้อมูลชุดเดียวที่มีความถูกต้องตรงกัน และสามารถติดต่อทำธุรกรรมระหว่างกันได้โดยไม่อาศัยคนกลางในการจัดการ เรียกว่า เครือข่ายแบบ Peer-to-Peer / P2P ด้วยการกระจายอำนาจดังกล่าวจะทำให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลทำได้ยากมากขึ้น เพราะข้อมูลธุรกรรมภายในเครือข่ายได้ถูกกระจายออกไปยังผู้ใช้เครือข่ายทั้งหมด การจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลใด ๆ ต้องกระทำบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้เครือข่ายทั้งหมด ซึ่งจะเรียกเทคโนโลยีดังกล่าวว่า “บล็อกเชน” ด้วยลักษณะดังกล่าวจึงทำให้ผู้คนที่ไม่เห็นด้วยกับระบบการรวมศูนย์กลางอำนาจ (Centralized) แบบดั้งเดิมที่จะต้องให้บุคคลที่สามที่มีความน่าเชื่อถือเป็น

ผู้ดูแลธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินทั้งหมด หันมาให้ความนิยมกับการทำธุรกรรมผ่านเทคโนโลยีบล็อกเชนโดยใช้สินทรัพย์ดิจิทัลเพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือเป็นที่เก็บมูลค่าแทนเงินตราที่รัฐบาลประกาศใช้ โดยมีหน่วยงานบัญชี แม้ว่าสินทรัพย์ดิจิทัลจะไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นสกุลเงินหรือเงิน และไม่ใช่งเงินตราที่ใช้ชำระหนี้ ตามกฎหมายได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นนิยมอย่างมากสำหรับกลุ่มผู้ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัล ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลมีจำนวนที่สูงขึ้นเรื่อย ๆ ผู้เขียนจึงเห็นว่า สินทรัพย์ดิจิทัล น่าจะสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ แต่ปรากฏว่าเมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจพบว่า มีประเด็นปัญหาหลายประการที่ทำให้สินทรัพย์ดิจิทัลอาจไม่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ งานวิจัยฉบับนี้จึงมีขึ้นเพื่อมุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาที่เป็นข้อจำกัดของการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขจัดการ ทั้งนี้ เพื่อเห็นควรให้สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินประเภทอื่น ๆ โดยได้แบ่งประเด็นออกเป็น 4 ประเด็น ดังนี้

#### 5.1.1 ประเด็นของบุคคลที่เป็นผู้รับหลักประกันทางธุรกิจ

ประเด็นแรกในเรื่องของการกำหนดผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัดนั้นจะเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อกรนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ เนื่องจาก ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้จำกัดเฉพาะกลุ่มสถาบันการเงิน และกลุ่มนิติบุคคลที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ประชาชนเท่านั้น จึงทำให้หลักการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกันไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการของตนมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ เพื่อเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวกมากยิ่งขึ้น ประกอบกับ ผู้รับหลักประกันที่เป็นกลุ่มสถาบันการเงิน และกลุ่มนิติบุคคลที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจส่วนใหญ่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เข้มงวดตามกฎหมาย ทำให้ในการปล่อยสินเชื่อจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักประกันการชำระหนี้เพื่อควบคุมความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้ให้หลักประกัน ดังนั้น เมื่อสินทรัพย์ดิจิทัลได้รับการยอมรับให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ การกำหนดผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัดจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาสำหรับการรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันดังนี้

ประการแรก พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด ซึ่งผู้รับหลักประกันตามกฎหมายดังกล่าว ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หลายประการที่ถูกกำหนดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้รับหลักประกันที่เป็นกลุ่มสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน เช่น การให้สินเชื่อหรือการปล่อยเงินกู้ของธนาคารพาณิชย์ จะต้องค้ำประกันเสมอว่าเงินที่ปล่อยกู้ให้กับประชาชนไม่ใช่เงินของธนาคาร ในการปล่อยสินเชื่อให้แก่ประชาชนจึงต้องมีการตรวจสอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นผู้กำกับดูแลสถาบันการเงินว่าได้พิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดหรือไม่ ประกอบกับในการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์จะต้องอยู่ภายใต้ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส. 23/2561 เรื่องหลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทยที่มีขึ้นเพื่อต้องการคุ้มครองผู้ฝากเงิน โดยสถาบันการเงินต้องประมาณการกระแสเงินสดโดยการกำหนดสมมติฐานและปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประมาณการกระแสเงินสดอย่างเหมาะสมตามภาวะเศรษฐกิจและสภาพแวดล้อมทั้งในปัจจุบันและอนาคต และในกรณีที่สถาบันการเงินคาดว่าจะได้รับกระแสเงินสดจากการจำหน่ายหลักประกัน ให้สถาบันการเงินนำมูลค่าของหลักประกันซึ่งได้ประเมินราคาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในแนวนโยบายธนาคารแห่งประเทศไทย มาใช้ประกอบการคำนวณมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดที่คาดว่าจะได้รับจากการจำหน่ายหลักประกันดังกล่าว จึงเห็นได้ว่าการกันเงินสำรองของสถาบันการเงินการมีหลักประกันจะช่วยให้การประมาณการกระแสเงินสดของสถาบันการเงินที่นำมาคำนวณเพื่อหาผลขาดทุนด้านเครดิต ทำให้สถาบันการเงินกันเงินสำรองน้อยลงและปล่อยสินเชื่อให้แก่ประชาชนได้มากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ผู้รับหลักประกันยังอาจถูกควบคุมจากหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจในการกำกับดูแลเพื่อห้ามไม่ให้ดำเนินธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลได้

ประการที่สอง ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ หากนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้ อาจมีปัญหาในเรื่องความผันผวนด้านมูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัล อีกทั้ง มูลค่าของสินทรัพย์ดิจิทัลต้องอาศัยความเชื่อถือและต้องการของกลุ่มตลาดเป็นหลัก และไม่มีสินทรัพย์ใดมาอ้างอิงมูลค่า จึงทำให้สินทรัพย์ดิจิทัลไม่เหมาะสมสำหรับการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ อีกทั้ง สินทรัพย์ดิจิทัลภายในประเทศไทยในสายตาทางกฎหมายจากหน่วยงานรัฐ มองว่า สินทรัพย์ดิจิทัลมีความไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงิน หน่วยงานรัฐจึงได้ออกประกาศเพื่อห้ามมิให้ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือขอความร่วมมือสถาบันการเงินไม่ให้ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้อง



กับคริปโทเคอร์เรนซี ไม่เป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล หรือให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ไม่ลงทุนในสินทรัพย์ดิจิทัล ไม่ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นต้น รวมทั้ง ได้มีการแสดงความกังวลเกี่ยวกับการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาชำระค่าสินค้า บริการ แทนเงินบาทไทย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าผู้รับหลักประกันตามกฎหมายของประเทศไทยจะปฏิเสธไม่รับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจกำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด อาจส่งผลต่อการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ในอนาคตเมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ บุคคลผู้รับหลักประกันไม่ได้จำกัดเอาไว้ว่าต้องเป็นบุคคลใด กล่าวคือ ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็สามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้ทั้งสิ้น จึงเป็นหลักการที่สอดคล้องและกว้างขวางกว่าหลักการของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจเป็นอย่างมาก

หากพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้รับการแก้ไขเพื่อเปิดรับบุคคลที่สามารถเป็นผู้รับหลักประกันให้กว้างขวางมากขึ้น จะช่วยแก้ปัญหาในเรื่องของผู้รับหลักประกันที่จะรับสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจาก ในปัจจุบันตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้มีการรับรองกลุ่มธุรกิจที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งเรียกว่า “ผู้ประกอบการสินทรัพย์ดิจิทัล” อันมีลักษณะเป็นกลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งทรัพย์สินส่วนใหญ่ของกิจการจะเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล นอกจากนั้น ยังมีกลุ่มบุคคลที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นจำนวนมาก การที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กำหนดผู้รับหลักประกันไว้อย่างจำกัด จึงเป็นการกีดกันการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของผู้ประกอบการที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล และกลุ่มบุคคลที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีเงินทุนเพียงพอเพื่อแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศ การแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกัน ย่อมทำให้ผู้ประกอบการสินทรัพย์ดิจิทัล หรือผู้ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัล สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวกมากขึ้น

#### 5.1.2 สถานะของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ในประเด็นนี้ผู้เขียนได้แบ่งประเด็นปัญหาของสินทรัพย์ดิจิทัลในการเป็นหลักประกันทางธุรกิจไว้ดังนี้

ประเด็นแรก ประเด็นในเรื่องคำจำกัดความของสินทรัพย์ดิจิทัล พบว่า ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ได้ให้ความหมายของสินทรัพย์ดิจิทัลไว้ว่าหมายถึง คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัล ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย Revised Payment Service Act of Japan (PSA) ของประเทศญี่ปุ่น กฎหมาย US Uniform Regulation of Virtual Currency Businesses Act หรือ URVCBA ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือตามคำจำกัดความขององค์กรในต่างประเทศ พบว่า ในต่างประเทศและประเทศไทยได้ให้ความหมายของ คริปโทเคอร์เรนซี หรือ โทเคนดิจิทัลไว้ลักษณะเดียวกัน เพียงแต่ไม่ได้กำหนดให้คริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัลเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลเหมือนกับของประเทศไทย แต่จะให้ความหมายกับคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลว่าเป็นเงินเสมือนแทน ดังนั้น การใช้คำศัพท์สินทรัพย์ดิจิทัลอาจทำให้ความสับสนในการบังคับใช้คำศัพท์ดังกล่าวในภายหลังได้ เนื่องจาก คำศัพท์ของสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Assets) ในปัจจุบันอาจมีความหมายที่กว้างกว่าคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล ซึ่งอาจหมายความรวมถึง สิ่งใดก็ตามที่ถูกจัดเก็บอยู่ในหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ รูปภาพ เอกสาร หรือหน่วยข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในโทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ รวมถึงแพลตฟอร์มที่ให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ทำให้ในบางครั้งอาจมีการเรียกทรัพย์สินเหล่านั้นว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในทางกฎหมายได้

นอกจากนั้น วัตถุประสงค์ในการครอบครองและใช้งานของคริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัลมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ คริปโทเคอร์เรนซีถูกสร้างขึ้นมาใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อใ้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างคริปโทเคอร์เรนซี และ โทเคนดิจิทัล ส่วนโทเคนดิจิทัลนั้นจะถูกสร้างขึ้นสำหรับใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุนจากนักลงทุนผ่านการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน หรือที่เรียกว่า Initial Coin Offering หรือ ICO ซึ่งผู้ออกโทเคนดิจิทัลก็จะกำหนดสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อจูงใจให้นักลงทุนร่วมลงทุน เช่น กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้า หรือบริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ เป็นต้น วัตถุประสงค์ของโทเคนดิจิทัลจึงไม่ได้มีขึ้นเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเหมือนกับคริปโทเคอร์เรนซี อีกทั้ง ในเรื่องของผู้ครอบครองคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลก็มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ ปัจจุบันผู้ครอบครองคริปโทเคอร์เรนซีในประเทศไทยไม่จำเป็นต้องทำการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายไทยเท่านั้น ทำให้ผู้ครอบครองที่ทำการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีผ่านผู้ให้บริการในต่างประเทศ เช่น Binance ไม่จำเป็นต้องการยืนยันตัวตนกับผู้ให้บริการดังกล่าว ทำให้ในบางกรณีไม่สามารถระบุตัวตนของผู้ครอบครองคริปโทเคอร์เรนซีได้ แต่สำหรับโทเคนดิจิทัลนั้นตามกฎหมายไทยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอขายและการซื้อ

โทเคนดิจิทัลไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้การเสนอขายและการซื้อต้องกระทำผ่านผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัลซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 จึงทำให้โทเคนดิจิทัล ผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัล และผู้ครอบครองโทเคนดิจิทัลภายในประเทศไทยสามารถถูกตรวจสอบและระบุที่มาและตัวตนได้ เมื่อมีการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจจะช่วยให้สามารถแยกประเภทของทรัพย์สินได้อย่างชัดเจน และผู้รับหลักประกันสามารถตรวจสอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้สะดวกมากยิ่งขึ้น

ประเด็นที่สอง ประเด็นในเรื่องสถานะทางกฎหมายของสินทรัพย์ดิจิทัล สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 จึงอาจนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ แต่เมื่อพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันไว้แต่เพียงบางประเภทเท่านั้น โดยผู้เขียนได้มีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาพิจารณาเปรียบเทียบกับทรัพย์สินเหล่านั้นเพื่อหาข้อสรุปว่าสินทรัพย์ดิจิทัลอาจมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจหรือไม่ ซึ่งหากปรากฏว่า สินทรัพย์ดิจิทัลไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินใด ๆ ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ สินทรัพย์ดิจิทัลก็ไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยได้ จากการศึกษาพบว่า สินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ที่จะนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ เว้นแต่ เป็นสิทธิเรียกร้องที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัลอาจมีลักษณะเป็นกิจการ และหรือสิทธิเรียกร้อง แล้วแต่กรณี ซึ่งผู้ให้หลักประกันสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร และกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และคู่มือกฎหมายแม่แบบ The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ได้กำหนดให้ทรัพย์สินทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่าง หรือเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหากมีมูลค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมสามารถนำมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้ ทำให้สินทรัพย์ดิจิทัล หรือทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตให้สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้โดยไม่ต้องรอการออกกฎหมายกฎหมายของต่างประเทศ จึงเป็นการเปิดกว้างและให้อิสระแก่ผู้รับหลักประกันในเลือกนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันอย่างมาก

### 5.1.3 การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

ตามที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้ถูกตราขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาและข้อจำกัดบางประการของระบบกฎหมายหลักประกันในประเทศไทย ซึ่งส่งผลให้ลูกหนี้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่ผู้รับหลักประกันได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ซึ่งมีสิทธิครอบครอง ใ้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ แต่ผู้ให้หลักประกันยังคงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนจะต้องพึงใช้ในการประกอบกิจการ ดังนั้น เมื่อมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกจัดเก็บอยู่ในเครือข่าย หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ผู้ให้หลักประกันและผู้รับหลักประกันจึงจำเป็นต้องมีวิธีการบริหารจัดการที่แตกต่างจากทรัพย์สินประเภทอื่น ดังนี้

1. การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลโดยผู้ให้หลักประกัน เนื่องด้วย สินทรัพย์ดิจิทัลและเทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังสินทรัพย์ดิจิทัลนั้นเป็นเพียงหน่วยข้อมูลที่ปรากฏอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น เมื่อตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 กำหนดให้ผู้ให้หลักประกันต้องใช้ความระมัดระวังและรักษาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเสมือนเช่นวิญญูชนพึงใช้ในกิจการ ทำให้ผู้ให้หลักประกันจะต้องมีวิธีการจัดเก็บรักษาสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งตามวิญญูชนทั่วไปแล้วสินทรัพย์ดิจิทัลจะถูกจัดเก็บอยู่ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่เป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้เทคนิคการเข้ารหัสลับแบบไม่สมมาตรเพื่อสร้างรหัสที่เป็นกุญแจ 2 รหัส ได้แก่ กุญแจสาธารณะ และกุญแจส่วนตัว สำหรับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลจัดเก็บอยู่ในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายผู้ให้หลักประกันจะต้องทำการสร้างกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลเพื่อจัดเก็บสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน โดยกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลที่มีอยู่ในปัจจุบันจะมีอยู่หลากหลายรูปแบบซึ่งแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้งาน และผู้ให้หลักประกันจะต้องกระทำการจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลออกเป็นประเภท หรือตามหมวดหมู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ให้หลักประกันจะต้องหาที่ปลอดภัยเพื่อเก็บรักษารหัสของกุญแจส่วนตัว รวมถึงการวางแผนจัดการมรดกที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล โดยผู้ให้หลักประกันแจ้งให้ทายาท หรือบุคคลที่ไว้วางใจทราบเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล

2. การบริหารจัดการโดยผู้รับหลักประกัน เนื่องด้วย ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดว่า ผู้ให้หลักประกันไม่จำเป็นต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้แก่ผู้รับหลักประกัน โดยผู้ให้หลักประกันยังเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิ

ครอบครอง ใช้สอย แลกเปลี่ยน จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เมื่อมีการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกัน ย่อมจะเกิดประเด็นปัญหาในการควบคุมสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันทางธุรกิจมากกว่าทรัพย์สินอื่น ๆ กล่าวคือ ด้วยลักษณะของสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นทรัพย์สินที่เป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ และเทคโนโลยีบล็อกเชนทำให้การทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลปราศจากบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง และการทำธุรกรรมบนบล็อกเชนจะไม่มีกระบวนการระบุข้อมูลส่วนตัวของบุคคลภายนอกที่รับโอนสินทรัพย์ดิจิทัล การระบุตัวตนของบุคคลภายนอกเพื่อให้ทราบที่อยู่ของสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันจึงกระทำได้ยาก อีกทั้ง การทำงานของเทคโนโลยีบล็อกเชน เมื่อธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ดิจิทัล ได้ถูกตรวจสอบและบันทึกลงในระบบแล้ว จะไม่สามารถแก้ไขข้อมูลเพื่อย้อนกลับการทำธุรกรรมเพื่อบังคับหลักประกันได้จากบุคคลภายนอกได้ จากศึกษาแนวทางการนำสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นหลักประกันทางธุรกิจพบว่า ได้มีการนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาโดยการออกแบบธุรกรรมทางเลือกเพื่อให้การนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันสามารถบังคับตามกฎหมายได้ โดยการนำสัญญาอัจฉริยะมาใช้งานร่วมกับเทคโนโลยีบล็อกเชนด้วยกำหนดให้ผู้ให้หลักประกันโอนสินทรัพย์ดิจิทัลไปตามที่อยู่ของผู้รับหลักประกัน และกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงตามสัญญาหลักประกันมาเขียนเป็นชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์และกำหนดให้ทำงานทันทีเมื่อเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ ซึ่งถูกเรียกว่า ธุรกรรมกึ่งควบคุม ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายหลักประกันของแต่ละประเทศจะเห็นได้ว่า ในการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้กฎหมายได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาอาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ธุรกรรมกึ่งควบคุมจึงอาจเป็นข้อตกลงอย่างอื่นที่มีขึ้นเพื่อทำให้ผู้รับหลักประกันสามารถบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันได้

#### 5.1.4 การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ

ตามหลักกฎหมายการประกันหนี้แบบลอย หรือ Floating Charge ของประเทศสหราชอาณาจักร กฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทย ได้กำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพึ่งพาอำนาจศาล ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันในเรื่องเหตุแห่งการบังคับหลักประกันได้ เมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันเกิดขึ้นแล้วผู้รับหลักประกันสามารถบังคับหลักประกันได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เมื่อนำมาพิจารณากับสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ จึง

อาจทำให้การบังคับหลักประกันของผู้รับหลักประกันในกรณีที่สินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นหลักประกัน อยู่ในความครอบครองของผู้ให้หลักประกันมีปัญหาที่ควรพิจารณา 2 กรณี

กรณีมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน .1

ตามหลักกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า การบังคับหลักประกันกรณีที่เป็นทรัพย์สินของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน ซึ่งไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับหลักประกันทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างไว้โดยเฉพาะเจาะจง จึงอาจตีความได้ว่ากฎหมายประสงค์ให้การบังคับหลักประกันกรณีที่เป็นทรัพย์สินทุกประเภทมีหลักเกณฑ์เดียวกัน โดยเมื่อมีเหตุแห่งการบังคับหลักประกันตามที่กำหนดในสัญญาหลักประกันได้เกิดขึ้น ผู้รับหลักประกันมีสิทธิจะบังคับหลักประกันเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ตนโดยวิธีการจำหน่ายหลักประกัน หรือการเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันหลุดเป็นสิทธิได้ ต่อเมื่อผู้รับหลักประกันสามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน แต่ในทางปฏิบัติผู้รับหลักประกันอาจไม่สามารถเข้าครอบครองสินทรัพย์ค้ำประกันในกระเป๋าสตางค์ค้ำประกันได้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้รับหลักประกันอาจต้องใช้ธุรกรรมคุ้มครองตามที่กล่าวไว้ในประเด็นก่อนหน้านี้ เพื่อกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขระหว่างคู่สัญญาหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับการบังคับสินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นหลักประกัน และการส่งมอบการครอบครองสินทรัพย์ค้ำประกันในกรณีที่ผู้ให้หลักประกันไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาหลักประกันทางธุรกิจ หรือคู่สัญญาอาจตกลงทำสัญญาดูแลผลประโยชน์เพื่อให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือคู่สัญญาอาจตกลงใช้กระเป๋าสตางค์ค้ำประกันแบบหลายลายเช่น ในการเข้าถึงสินทรัพย์ค้ำประกัน

2. กรณีไม่มีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน

ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจของประเทศไทย และการบังคับหลักประกันตามกฎหมาย The Uniform Commercial Code Article 9 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับหลักประกันกรณีผู้ให้หลักประกันหรือผู้ยึดถือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบการครอบครองให้ผู้รับหลักประกัน โดยผู้รับหลักประกันต้องยื่นคำเนิการโดยใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับหลักประกัน ซึ่งการกำหนดให้ต้องมีการใช้สิทธิทางศาลมีความจำเป็นอย่างมาก เนื่องจาก กฎหมายหลักประกันทางธุรกิจกำหนดให้ผู้รับหลักประกันสามารถบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ด้วยตนเอง เมื่อผู้ให้หลักประกันไม่ยินยอมส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน หากผู้รับหลักประกันฝ่าฝืนไปบังคับหลักประกันอาจทำให้มีความผิดอาญาได้ นอกจากนี้ การเข้าถึงสินทรัพย์ค้ำประกันที่เป็นข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นในประเทศไทยจึงต้องตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด

เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดให้การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบเป็นความผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตามในการดำเนินการใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับหลักประกันอาจมีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลที่ผู้รับหลักประกันจะต้องยื่นคำร้อง เนื่องจากสิทธิทรัพย์สินที่ผู้รับหลักประกันจะยื่นคำร้องขอต่อศาลที่สามารถใช้อำนาจเหนือคุณแฉส่วนตัวของผู้ให้หลักประกันซึ่งถือว่าเป็นศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้น เพราะ การเข้าถึงสิทธิทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลเพื่อบังคับชำระหนี้จำเป็นต้องใช้คุณแฉส่วนตัวของกระเป๋าสตางค์ดิจิทัลดังกล่าว และด้วยลักษณะของสิทธิทรัพย์สินที่แสดงความเป็นเจ้าของสามารถสันนิษฐานได้จากการเป็นเจ้าของคุณแฉส่วนตัว ดังนั้น หากผู้ให้หลักประกันซึ่งเป็นเจ้าของคุณแฉส่วนตัวที่ไม่ยินยอมสิทธิทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอาศัยอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด ศาลนั้นถือว่าเป็นศาลที่มีมูลคดีเกิดขึ้น และมีอำนาจเหนือคุณแฉส่วนตัว จึงมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องของผู้รับหลักประกัน

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้ศึกษาได้ค้นคว้าเกี่ยวกับปัญหาของสิทธิทรัพย์สินในการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเมื่อสิทธิทรัพย์สินได้รับการยอมรับให้สามารถเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ผู้เขียนจึงต้องการนำเสนอแนวทางการนำสิทธิทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจาก ในปัจจุบันผู้คนได้มีให้ความสนใจและครอบครองสิทธิทรัพย์สินมากขึ้น รวมทั้งผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทรัพย์สินก็ได้ถือกำเนิดมากขึ้น ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการจะขยายกำลังทางเศรษฐกิจให้เท่าทันกับต่างประเทศ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการออกข้อกำหนดเพิ่มเติมหรือแก้ไขกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทรัพย์สินของประเทศไทยบางประการ เพื่อให้การนำสิทธิทรัพย์สินสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ และเพื่อให้ผู้ให้หลักประกันสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจมาเป็นหลักประกันได้เท่าทันต่อเหตุการณ์และสถานการณ์ของโลก ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์กับระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างมาก

### 5.2.1 การแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกัน

การที่พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจได้กำหนดบุคคลที่จะเป็นผู้รับหลักประกันไว้จำกัดเฉพาะกลุ่มสถาบันการเงิน และกลุ่มธุรกิจที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อแก่ประชาชนบางประเภทเท่านั้น จึงทำให้หลักการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้รับหลักประกันไม่

สอดคล้องกับเจตนารมณ์ทางกฎหมายของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจที่ต้องการให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจหรือทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการของตนมาใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจควรได้รับการแก้ไขเพื่อเปิดรับบุคคลที่สามารถเป็นผู้รับหลักประกัน โดยการแก้ไขมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 จากเดิม “ผู้รับหลักประกันต้องเป็นสถาบันการเงินหรือบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็น “ผู้รับหลักประกันจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้” เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือกลุ่มบุคคลที่ครอบครองสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นผู้รับหลักประกันได้

#### 5.2.2 การแก้ไขคำศัพท์ของสินทรัพย์ดิจิทัลที่ปรากฏตามกฎหมายไทย

ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขโดยการยกเลิกคำศัพท์และคำจำกัดความของสินทรัพย์ดิจิทัล ตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ออกไป เนื่องจาก คำศัพท์ของสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Assets) ในปัจจุบันอาจมีความหมายที่กว้างกว่า คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล อีกทั้ง วัตถุประสงค์ของคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลก็มีความแตกต่างกันหลายประการ การแยกคำศัพท์ของโทเคนดิจิทัลกับคริปโทเคอร์เรนซีออกจากกันจึงเป็นประโยชน์ในแง่ของการนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ และเป็นที่ยอมรับในระดับสากล

#### 5.3.3 การแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทรัพย์สินที่สามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันสินทรัพย์ดิจิทัลจึงไม่อาจนำมาเป็นหลักประกันตามกฎหมายไทยได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ใช้อำนาจตามความในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง และมาตรา 8 (6) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558 ออกกฎกระทรวงให้ทรัพย์สินอื่นเป็นหลักประกัน พ.ศ. ... โดยกำหนด “ให้สินทรัพย์ดิจิทัล อันได้แก่ คริปโทเคอร์เรนซี และโทเคนดิจิทัล เป็นทรัพย์สินที่ใช้เป็นหลักประกันได้” ซึ่งจะส่งผลให้สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ ตามมาตรา 8 (6) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558

5.3.4 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรศึกษาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขที่อาจเกิดขึ้นจากการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่า การที่สินทรัพย์ดิจิทัลมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างจำพวกข้อมูลที่จัดเก็บอยู่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เป็นสิ่งสำคัญ จึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการจัดการและเก็บรักษาเป็นพิเศษมากกว่าทรัพย์สินที่มีรูปร่างประเภทอื่น อีกทั้งเทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังบล็อกเชนสามารถเชื่อมต่อเข้าหากันได้โดยไม่อาศัยคนกลางจึงทำให้ผู้ใช้งานไม่จำเป็นต้องระบุตัวตนในเครือข่าย ส่งผลให้การทำธุรกรรมไม่สามารถติดตามและย้อนกลับได้ จึงทำ



ให้หากสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถนำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้จะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ อาทิเช่น การบริหารจัดการสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจของผู้ให้หลักประกัน และผู้รับหลักประกัน การบังคับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกันในทางธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียน ได้มีการนำเสนอแนวทางในการจัดการปัญหาดังกล่าวโดยอ้างอิงแนวความคิดจากต่างประเทศและนำมาพิจารณาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายของประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตาม การนำสินทรัพย์ดิจิทัลอาจจะมีปัญหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ปัญหาในเรื่องรายการจดทะเบียนสำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักประกัน หรือปัญหาในเรื่องการประเมินราคาสินทรัพย์ดิจิทัลที่นำมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากในอนาคตหน่วยงานของรัฐมีความต้องการให้สินทรัพย์ดิจิทัลสามารถเป็นหลักประกันทางธุรกิจได้ ควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องศึกษาถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขที่อาจเกิดขึ้นจากการนำสินทรัพย์ดิจิทัลมาเป็นหลักประกันทางธุรกิจ





## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

กระทรวงอุตสาหกรรม. “กองทุนพัฒนา SMEs ตามแนวพระราชรัฐ.”

<http://www.industry.go.th/lamphun/index.php/20000/22874-smes-1/file>,

28 ตุลาคม 2563.

\_\_\_\_\_. กองทุนพัฒนาเอสเอ็มอีตามแนวพระราชรัฐ.”

<http://www.industry.go.th/pdg/index.php/download/2018-02-02-03-53-59/2018-02-02-03-56-19/31-3-61/389-1-2/file>, 28 ตุลาคม 2563.

กลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. “พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.”

[https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181\\_59.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181_59.pdf),

12 ตุลาคม 2563.

คำชัย จงจักรพันธ์. เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับกฎหมายหลักประกันทางธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีอนันต์การพิมพ์ จำกัด, 2557.

จิรพงษ์ เวชมงคลกร. “สรุปสาระสำคัญของพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540.”

[http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail\\_097.htm](http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_097.htm),

26 ตุลาคม 2563.

ซัชชญา อังคฤ. “PayPal เปิดบริการชำระเงินด้วยคริปโทปี 64 รองรับ BTC,ETH,BCH,LTC.”

<http://www.efinancethai.com/LastestNews/app.index.aspx?id=TTdvaGh5ej>

[dKdzQ9&year=2020&month=10&lang=T&v=2018&security=](http://www.efinancethai.com/LastestNews/app.index.aspx?id=TTdvaGh5ej&dKdzQ9&year=2020&month=10&lang=T&v=2018&security=)

ณัฐชานันท์ พัฒน์จิระเมธา. “ผลของปริมาณหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPLs) ที่มีต่อความสามารถในการทำกำไรของธุรกิจการเงินที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชาการเงิน มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2559.

ไพศาล เอกคณิต สำนักงานกฎหมาย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. “FATF ขึ้นบัญชีประเทศไทย.”

<http://www2.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=3697>,

28 ตุลาคม 2563.

ทวิศ ศรีเกต. “สิทธิผู้บริ โภคกับธุรกิจดิจิทัล.”

[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1792](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1792),  
28 ตุลาคม 2563.

ธนาคารแห่งประเทศไทย. “ขอบเขตธุรกิจของธนาคารพาณิชย์.”

<https://www.bot.or.th/Thai/FinancialInstitutions/OthFIsSupervision/Documents/ขอบเขตธุรกิจธนาคารพาณิชย์.pdf>, 25 ตุลาคม 2563.

นาวิณ มั่นไสย์. “ปัญหาสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันทางธุรกิจ: ศึกษากรณี

สังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 8 (3) ของพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. 2558.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

นิลุบล เลิศนุวัฒน์. “การปรับใช้การประกันหนี้แบบลอย (floating charge) ในระบบกฎหมาย

ของไทย.” <https://inilubol.files.wordpress.com/2016/03/nl-floating-charge.pdf>,

10 มกราคม 2564.

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 10.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป.

มรกต เชาวลิตถวิล. “การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการบริหารจัดการสินทรัพย์

ด้อยคุณภาพ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,

2556.

รชต จำปาทอง. ปัญหาหลักประกันตามร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ....

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อานนท์ มาเม้า. กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเปิดเสร็จทั่วไป.

พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.

วิลาส สมितिฤทธา. “สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract).”

[https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560\\_10\\_3.pdf](https://broadcast.nbtc.go.th/bcj/2560/doc/2560_10_3.pdf), 30 ตุลาคม 2563.

วิทยา จัญญาจันน์. “การประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินแบบ FLOATING CHARGE.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

บริษัท ศูนย์วิจัยกสิกรไทย จำกัด. “การลดข้อจำกัดในการเข้าถึงเงินทุนในระบบ

ธนาคารพาณิชย์ไทย.”

[https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/SymposiumDocument/Paper1\\_2557.pdf](https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/ArticleAndResearch/SymposiumDocument/Paper1_2557.pdf), 15 ตุลาคม 2563.

ประดิษฐ์ เป้าทอง. สัญญาสิทธิบัตร. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เสนีย์ ปราโมช. ม.ร.ว. อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์.  
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาส์, ม.ป.ป.

ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. “โครงการศึกษาเรื่อง  
การบังคับคดีกับสินทรัพย์ดิจิทัล รายการฉบับสมบูรณ์ (Final Report).”

<http://www.led.go.th/articles/pdf/uO5ivavpioXiwe0zVD7ZS4DVtO0m3M27shbWXJzP2933110119024416.pdf>, 30 ตุลาคม 2563.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาประโยชน์การ  
ค้าประกันสินเชื่อของธุรกิจที่ปล่อยสินเชื่อแก่ประชาชนแต่ไม่ได้รับเงินฝาก (Non-  
Bank).” <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2018/09/Non-Bank-Institute.pdf>,  
28 ตุลาคม 2563

สถาพร ศรีสังข์. “ทาส การเรียนรู้ และยุคสมัย.” <https://siamrath.co.th/n/177725>, 28 ตุลาคม 2563.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “ประกาศสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เรื่อง ตั้งคณะกรรมการวิสามัญ  
พิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ....” <https://www.senate.go.th/>

สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย (ASCO). “Initial Coin Offering (ICO)...รูปแบบใหม่ของการระดม  
ทุนยุคดิจิทัล.”

[http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article\\_ICO\\_ed.pdf#page16](http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article_ICO_ed.pdf#page16),  
30 ตุลาคม 2563.

สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย. “ร่างพระราชบัญญัติการเดินอากาศ (ฉบับที่ ....)  
พ.ศ. ... (การจ้างอากาศยาน).” [https://www.caat.or.th/wp-content/uploads/2016/04/  
ร่างจ้างอง.pdf](https://www.caat.or.th/wp-content/uploads/2016/04/ร่างจ้างอง.pdf), 20 ตุลาคม 2563.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบ  
ร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม  
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่..) พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 736/2545.”

<http://web.krisdika.go.th/data/news/news45.pdf>, 28 ตุลาคม 2563.

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. “คำอธิบายสรุปสาระสำคัญ  
พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (รวมที่แก้ไขเพิ่มเติม).”

<https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/explan-secact.pdf>,  
25 ตุลาคม 2563.

- \_\_\_\_\_. “คำอธิบายสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546.”  
<https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/explan-deri.pdf>,  
 25 ตุลาคม 2563.
- \_\_\_\_\_. “ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้.”  
<https://www.sec.or.th/TH/pages/lawandregulations/trusteedebt.aspx#handbook>
- \_\_\_\_\_. “รู้จักผลิตภัณฑ์และบริการลงทุน.”  
<https://www.sec.or.th/th/pages/investors/digitalassetproduct.aspx>, 25 ตุลาคม 2563.
- \_\_\_\_\_. “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550.”  
<https://www.sec.or.th/TH/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/trust-act-summary.pdf>, 25 ตุลาคม 2563.
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานกฤษฎีกา.  
 “แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สิบเอ็ด พ.ศ. 2555 - 2559 บทที่ 6.”  
[http://old.rmutto.ac.th/rmuttonews/attachment/TP719\\_183626.pdf](http://old.rmutto.ac.th/rmuttonews/attachment/TP719_183626.pdf), 15 ตุลาคม 2563.
- สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน). “การใช้เทคโนโลยีบล็อกเชนสำหรับภาครัฐ.”  
<https://www.dga.or.th/th/profile/2128/>, 30 ตุลาคม 2563.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. “ตามหนังสือที่ สว(สนช) 0007/4641 ลงวันที่ 11 สิงหาคม 2558 เรื่อง  
 ข้อเสนอของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ  
 พ.ศ. . . .” [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181\\_59.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/257/files/rk%20181_59.pdf),  
 12 ตุลาคม 2563.
- สำนักนโยบายการออมและการลงทุน. “ศัพท์น่ารู้เกี่ยวกับเศรษฐกิจ.”  
<http://www2.fpo.go.th/SI/Source/word/Word.php?Language=Thai&BeginRec=1585&NumRecShow=8&sort=1&search=>.pdf, 25 ตุลาคม 2563.
- สุธิดา แซ่โสภา. และธนวัฒน์ พิสิฐจินดา. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของเงินดิจิทัล.”  
<http://hs.ssrui.ac.th/useruploads/files/20190306/19daa5fbcaf78e501bb369b4805de3596a1cdf4d.pdf>, 30 ตุลาคม 2563.
- สุนันทา เอกไพศาลกุล. “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535.”  
[http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail\\_061.htm](http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_061.htm), 25 ตุลาคม 2563.

สมจิตร ทองศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2561.

โสมิกา ภคภาสน์วิวัฒน์. และภัทรพล วรจักร. “เทคโนโลยีบล็อกเชนและการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการทำสัญญาในอนาคต.” นิตยสารดุลพาห. เล่มที่ 3. ฉบับที่ 67.”

<https://jla.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/1605/iid/22602>, 1 มกราคม 2564.

สถิตย์ เสนสุภา. “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟลคเตอร์ริง (สัญญารับซื้อ และให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

สนธิ์ พุกยากรณ์. “ปัญหาการตีความในสัญญาแฟลคเตอร์ริง : ศึกษากรณีลูกค้าเลิกใช้บริการทางการเงินและการบริหารบัญชีลูกหนี้.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2551.

สิริรัตน์ ฟองวิฑู. “การให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภค : กรณีศึกษาสัญญาเช่าซื้อ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

อิสรีย์กุล อุณหเกตุ. “บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ พ.ศ. 2558.” <https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/05/TDRI-Report-Feb-2015.pdf>, 26 ตุลาคม 2563

อภิชาติ ลักษณะปัญญากุล. “ปัญหาการคิดดอกเบี้ยของผู้ประกอบธุรกิจที่มีใช้สถาบันการเงิน.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2553.

อรรถวิษซ์ สุวรรณภักดี. งานวิจัยแนวทางและรูปแบบของกฎหมายเพื่อการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจการเงินที่มีใช้สถาบันการเงิน. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2551.

ฤทัยรัตน์ สุดมา. “แนวทางการกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจดิจิทัลซึ่งรยยนต์.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560.

Jiraboon. “เงินอาจเปิดใช้งานเหรียญหยวนดิจิทัล โดยที่ไม่มีใครรู้.”

<https://siamblockchain.com/2020/06/15/china-could-roll-out-its-cbdc-without-anyone-realizing/>, 28 ตุลาคม 2564.

Jirapas. “บริษัทความปลอดภัยชั้นนำ Bitgo เปิดให้บริการคุ้มครองทรัพย์สินดิจิทัลสำหรับลูกค้าระดับสถาบัน.” <https://siamblockchain.com/2018/05/15/bitgo-launches-institutional-grade-custodial-services-suite/>, 30 ตุลาคม 2563.

\_\_\_\_\_. “Stable Coin เช่น USDT คืออะไรมันมีหน้าที่และความสำคัญอย่างไรในอุตสาหกรรมคริปโต.” <https://siamblockchain.com/2018/06/29/stable-coin-usdt-คืออะไร/>, 30 ตุลาคม 2563.

Jitphanu Nakapat. “รัฐบาลญี่ปุ่นเตรียมเสนอออกเหรียญ Cryptocurrency ผูกกับเงินเยน เพื่อแข่งกับจีน.” <https://siamblockchain.com/2020/01/25/japan-soon-to-draft-law-for-cbdc/>, 28 ตุลาคม 2563.

ME BY TMB. “Digital Wallet กระเป๋าเงินดิจิทัลของคนยุคใหม่.”

<https://www.mebytmb.com/blog/view/digital-wallet.html>, 30 ตุลาคม 2563.

Nicee. “มารู้จักกับ Wallet กระเป๋าที่จะช่วยจัดเก็บเงินดิจิทัลของคุณให้เป็นที่เส้นทาง.”

<https://blockchain-review.co.th/blockchain-review/what-is-cryptocurrency-wallet/>, 30 ตุลาคม 2563.

Phai Panda. “Cryptography part 1 - AES&RSA.”

<https://prosbeginner.medium.com/cryptography-part-1-aes-rsa-8f8b696004b6>, 5 ธันวาคม 2563.

Waranyu Suknatee. “แนะนำเหรียญใหม่ — AAVE.”

<https://medium.com/bitkub/aave-dcf593d5693b>, 24 มีนาคม 2564.

Zipmex. “เงินดิจิทัลคืออะไรและมีกี่ประเภทกันแน่.”

<https://zipmex.co.th/learn/bitcoin-wallets/>, 30 ตุลาคม 2563.

## ภาษาต่างประเทศ

Adam Hayes. “stablecoin.” <https://www.investopedia.com/terms/s/stablecoin.asp>,

30 November 2020.

admin. “Illingworth v Houldsworth: HL 1904.” [https://swarb.co.uk/illingworth-v-houldsworth-hl-](https://swarb.co.uk/illingworth-v-houldsworth-hl-1904/)

1904/, 29 January 2021.

\_\_\_\_\_. “Evans v. Rivel Granite Quarries Ltd: CA 1910.”

<https://swarb.co.uk/evans-v-rival-granite-quarries-ltd-ca-1910/>, 29 January 2021.

\_\_\_\_\_. “Holroyd v Marshall: HL 1892. <https://swarb.co.uk/holroyd-v-marshall-hl-1862/>,

29 January 2021.

\_\_\_\_\_. “In re Yorkshire Woolcombers Association Ltd: CHD 1903.” [https://swarb.co.uk/in-re-](https://swarb.co.uk/in-re-yorkshire-woolcombers-association-ltd-chd-1903/)

yorkshire-woolcombers-association-ltd-chd-1903/, 29 January 2021.



American Bar Association. Derivatives and Futures Law Committee. Innovative Digital Products and Processes Subcommittee. & Jurisdiction Working Group. "Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issues."

[https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/digital\\_assets.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/digital_assets.pdf), 30 October 2020.

Bailey, Henry j. "Secured transactions in a nutshell. St. Paul: WEST PUBLISHING CO." 1 February 2021.

BCC News. "Bidders snap up final Silk Road bitcoins." <https://www.bbc.com/news/technology-34808275>, 1 February 2021.

\_\_\_\_\_. "Bitcoin: \$1bn seized from Silk Road account by US government."

<https://www.bbc.com/news/technology-54833130>, 1 February 2021.

Bhabendu Kumar Mohanta, Soumyashree S Panda, & Debasish Jena. "An Overview of Smart Contract and Use cases in Blockchain Technology."

[https://www.researchgate.net/profile/Bhabendu\\_Mohanta/publication/328581609\\_An\\_Overview\\_of\\_Smart\\_Contract\\_and\\_Use\\_Cases\\_in\\_Blockchain\\_Technology/links/5bf398a592851c6b27cbfeac/An-Overview-of-Smart-Contract-and-Use-Cases-in-Blockchain-Technology.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Bhabendu_Mohanta/publication/328581609_An_Overview_of_Smart_Contract_and_Use_Cases_in_Blockchain_Technology/links/5bf398a592851c6b27cbfeac/An-Overview-of-Smart-Contract-and-Use-Cases-in-Blockchain-Technology.pdf?origin=publication_detail), 30 October 2020.

BITCOIN MARKET JOURNAL. (n.d.). "Investing in Royal Mint Gold (RMG)."

<https://www.bitcoinmarketjournal.com/royal-mint-gold/>, 30 November 2020.

Casetext. "United States v. Ulbricht." <https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-10>, 1 February 2021.

CFTF. "Order Instituting Proceedings Pursuant To Section 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act. As Amended. Making Findings and Imposing Remedial Sanctions. In the Matter of: BFXNA Inc. d/b/a Bitfinex."

<https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfbfxnaorder060216.pdf>, 1 February 2021.

\_\_\_\_\_. "Order Instituting Proceedings Pursuant To Section 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act. Making Findings and Imposing Remedial Sanctions."

<https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfrmcMahonorder91715.pdf>, 1 February 2021.

\_\_\_\_\_. "A CFCT Primer on Virtual Currencies."

[https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/documents/file/labcftc\\_primer\\_currencies100417.pdf](https://www.cftc.gov/sites/default/files/idc/groups/public/documents/file/labcftc_primer_currencies100417.pdf), 1 February 2021.

CIUPA KATARZYNA. "CRYOTICURRENCIES : OPPORTUNITIES, RISKS AND CHALLENGES

FOR ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE SYSTEMS."

<https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Ciupa-Katarzyna-cryptocurrencies.pdf>, 30 October 2020.

COINTELEGRAPH. "EthLend Introduces Secured Loans on Ethereum Blockchain."

<https://cointelegraph.com/press-releases/ethlend-introduces-secured-loans-on-ethereum-blockchain>, 1 February 2021.

CPMI. (2015). Digital currencies. Retrieved October 29, 2020, from

<https://www.bis.org/cpmi/publ/d137.pdf>

EBA. "EBA Opinion on "virtual currencies."

<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1>, 30 October 2020.

\_\_\_\_\_. "Designing a Regulatory and Supervisory Roadmap for FinTech."

<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2151635/9aaf2e3f-e443-4d19-a1f5-fa57847e3e6a/Andrea%20Enria%27s%20speech%20on%20FinTech%20at%20Copenhagen%20Business%20School%20090318.pdf?retry=1>, 30 October 2020.

ECB. "Virtual Currency Schemes."

<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, 29 October 2020.

\_\_\_\_\_. "Virtual Currency Schemes - a further analysis."

<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, 29 October 2020.

EILIS FERRAN. "FLOATING CHARGES — THE NATURE OF THE SECURITY, Cambridge

Law Journal 47(2)." <https://www.jstor.org/stable/4507164?seq=1>, 29 January 2021.

ESMA. “EBA & EIOPA, ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies.” <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esas-warn-consumers-risks-in-buying-virtual-currencies>, 30 October 2020.

FATF REPORT. “Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks.” <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>, 29 October 2020.

FCA. “Guidance on Cryptoassets.” <https://european-chamber-of-digital-commerce.com/wp-content/uploads/2019/06/Guidance-on-Cryptoassets-Consultation-Paper.pdf>, 30 November 2020.

Financial System Council. “Strategies for Reforming Japanese Payment Systems.” [https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/singie\\_kinyu/20160621-2/01.pdf](https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/singie_kinyu/20160621-2/01.pdf), 31 January 2021.

FinCEN. “FIN-2013-G001 Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies.” <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>, 1 February 2021.

FINMA. “GUIDELINES FOR ENQUIRIES REGARDING THE REGULATORY FRAMEWORK FOR INITIAL COIN OFFERINGS (ICOS).” <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewi-lligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?la=en&hash=9CBB35972F3ABCB146FBF7F09C8E88E453CE600C>, 30 November 2020.

GEOFFREY R. PECK AND STEVEN J. BLEIBERG, MORRISON & FOERSTER LLP, & WITH PRACTICAL LAW FINANCE. “Security Interests: Bitcoins and Other Cryptocurrency Assets.” <https://media2.mofo.com/documents/190424-security-interests-bitcoins-cryptocurrency.pdf>, 1 February 2021.

Government of the United Kingdom. “Companies Act 2006 Part 25: Registration of Company Chargers.” [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/49958/13-569-companies-act-2006-part-25-registration-company-charges-impact.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/49958/13-569-companies-act-2006-part-25-registration-company-charges-impact.pdf), 29 January 2021.

Gwyneth Iredale. "Introduction to Permissioned Blockchains."

<https://101blockchains.com/permissioned-blockchain/>, 30 October 2020.

H2O Case Admin. "Sec. & Exch. Comm'n v. Shavers." <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4293>,  
30 October 2020.

I.R.S. "Notice 2014-21." <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>, 1 February 2021.

IMF. "Virtual Currency and Beyond: Initial Considerations."

<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>, 29 October 2020.

J.F. Keeler. "SOME REFLECTIONS ON HOLROYD v. MARSHALL."

<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/1969/4.pdf>, 29 January 2020.

Jack Pembroke-Briss, & Micheal Sinclair. "Cryptocurrencies are property capable of being held on trust. New Zealand High Court holds."

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/d6ea37bd/cryptocurrencies-are-property-capable-of-being-held-on-trust-new-zealand-high-court-holds>, 31 January 2021.

JAKE FRANKENFIELD. "Is SALT Blockchain-Based Lending the Future of ALL Personal Loans?." <https://www.investopedia.com/tech/salt-secured-automated-lending-technology-blockchain/>, 1 February 2021.

James Chen. "Fiat money." <https://www.investopedia.com/terms/f/fiatmoney.asp#example-of-fiat-money>, 29 October 2020.

James J. White. & Robert S. UNIFORM COMMERCIAL CODE Fifth Edition. St. Paul: WEST PUBLISHING CO, 2000.

Jens Holm. & Erkki Mäkinen. "The Value of Currency in World of Warcraft."

<https://ibimapublishing.com/articles/JISNVC/2018/672253/672253.pdf>,  
29 October 2020

Katsuhiko Fujihira. & Seth M. Graham. "Japanese FinTech Regulations Set for Further Changes in 2020." <https://www.mofo.com/resources/insights/200220-japanese-fintech-regulations.html>, 31 January 2021.

Law Teacher. "National Provincial Bank v Ainsworth [1965] A.C. 1175."

<https://www.lawteacher.net/cases/national-provincial-v-ainsworth.php>, 31 January 2021.

Magaret Rouse. "Definition cryptography."

<https://searchsecurity.techtarget.com/definition/cryptography>, 30 October 2020.

Max I. Raskin. "Realm of the coin: Bitcoin and Civil Procedure."

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2620309](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620309), 1 February 2021

Monika Di Angelo. & Gernot Salzer. "Tokens. Types. and Standards: Identification and Utilization in Ethereum."

[https://www.researchgate.net/profile/Monika\\_Di\\_Angelo/publication/339843828\\_Tokens\\_Types\\_and\\_Standards\\_Identification\\_and\\_Utilization\\_in\\_Ethereum/links/5e68c34e92851c7ce05b4481/Tokens-Types-and-Standards-Identification-and-Utilization-in-Ethereum.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Monika_Di_Angelo/publication/339843828_Tokens_Types_and_Standards_Identification_and_Utilization_in_Ethereum/links/5e68c34e92851c7ce05b4481/Tokens-Types-and-Standards-Identification-and-Utilization-in-Ethereum.pdf?origin=publication_detail), 30 November 2020.

Nitish Singh. "Permissioned vs Permissionless Blockchains."

<https://101blockchains.com/permissioned-vs-permissionless-blockchains/>,  
30 October 2020.

Norton Rose Fulbright. "Singapore Court's cryptocurrency decision: Implications for cryptocurrency trading, smart contracts and AI."

<https://www.nortonrosefulbright.com/en-nl/knowledge/publications/6a118f69/singapore-courts-cryptocurrency-decision-implications-for-trading-smart-contracts-and-ai>, 31 January 2021.

Paul Lang. & H.J. Hartwig. The Law and Practice of administrative Receivership and Associated Remedies. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Phillip R. Wood. Comparative Law of Security and Guarantees. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Robby Houben, & Alexander Snyers. "Cryptocurrencies and blockchain."

<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>, 30 October 2020.

R.M. Goode. Commercial Law. Middlesex: Penguin Book/Allen lane, 1982.

\_\_\_\_\_. Legal Problems of Credit and Security. Second Edition. London: Sweet & Maxwell, 1988.

Ronald J. Mann. "Reliable Perfection of Security Interests in Crypto-Currency."

<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1280&context=scitech>,  
1 February 2021.

Rüdiger Schollmeier. "A Definition of Peer-to-Peer Networking for the Classification of Peer-to-Peer Architectures and Applications."

[https://www.researchgate.net/publication/3940901\\_A\\_Definition\\_of\\_Peer-to-Peer\\_Networking\\_](https://www.researchgate.net/publication/3940901_A_Definition_of_Peer-to-Peer_Networking_), 29 October 2020.

Samburaj Das. "Korea's Supreme Court Order Seizure of \$1.4 Million in Bitcoin in Criminal Case." <https://www.ccn.com/koreas-supreme-court-orders-seizure-of-1-4-million-in-bitcoin-in-criminal-case/>, 31 January 2021.

Satoshi Nakamoto. "Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System."

<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, 30 October 2020.

Sead Fadi pašić. "South Korean Court Recognizes Bitcoin's Economic Value."

<https://cryptonews.com/news/south-korean-court-recognizes-bitcoin-s-economic-value-1134.htm>, 31 January 2021.

SEC. "Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO." [https://www.sec.gov/litigation/invest report/34-81207.pdf](https://www.sec.gov/litigation/invest%20report/34-81207.pdf), 1 February 2021.

Sharon E. Foster. "Virtual Currency as Crypto Collateral Under Article 9 of the UCC: Trying to Fit a Square Peg in a Round Hole."

<https://scholarworks.uark.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=alr>, 1 February 2021.

Stevo Jokic, Aleksandar Sandro Cvetkovic, Sasa Adamovic, Nenad Ristic, & Petar Spalevic.

"COMPARATIVE ANALYSIS OF CRYPTOCURRENCY WALLET VS TRADITIONAL WALLETS."

[https://www.researchgate.net/publication/336871260\\_Comparative\\_analysis\\_of\\_crypto\\_currency\\_wallets\\_vs\\_traditional\\_wallets/fulltext/5dbe227da6fdcc2128fdd47b/Comparative-analysis-of-cryptocurrency-wallets-vs-traditional-wallets.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/publication/336871260_Comparative_analysis_of_crypto_currency_wallets_vs_traditional_wallets/fulltext/5dbe227da6fdcc2128fdd47b/Comparative-analysis-of-cryptocurrency-wallets-vs-traditional-wallets.pdf?origin=publication_detail), 1 February 2021.

Thad Peterson. & Ron van Wezel. "The Evolution of Digital and Mobile Wallets."

<https://www.paymentscardsandmobile.com/wp-content/uploads/2016/10/The-Evolution-of-Digital-and-Mobile-Wallets.pdf#page11>, 2 January 2021.

The Law Library of Congress. & Global Legal Research Center. "Regulation of Cryptocurrency Around the World." <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf>, 29 October 2020.

The United States Department of Justice. "Acting Assistant Attorney General Mythili Raman Testifies Before the Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs." <https://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-mythili-raman-testifies-senate-committee-homeland>, 29 October 2020.

\_\_\_\_\_. "United State v. Alexander Cazes. aka "ALPHA02." aka "ADMIN." Case No. 1:17 CR-00144 LJO SKO." <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/982826/download>, 1 February 2021.

\_\_\_\_\_. "United State v. Alexander Cazes. aka "ALPHA02." aka "ADMIN." Case No. 1:17 CR-00144 LJO SKO." <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/982821/download>, 1 February 2021.

Timothy Bierer. "HASHING IT OUT: PROBLEMS AND SOLUTIONS CONCERNING CRYPTOCURRENCY USED AS ARTICLE 9 COLLATERAL." <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=jolti>, 1 February 2021.

Tom Keatinge, David Carlisle, & Florence Keen. "Virtual currencies and terrorist financing: assessing the risks and evaluating responses." [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL\\_STU\(2018\)604970\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604970/IPOL_STU(2018)604970_EN.pdf), 29 October 2020.

Tsuguhito Omagari, & Yuki Sako. "Japan's New Crypto Regulation: 2019 Amendments to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act of Japan." <https://www.jdsupra.com/legalnews/japan-s-new-crypto-regulation-2019-20866/>, 31 January 2021.

U.S. Securities and Exchange Commission. "SEC Emergency Action Halts ICO Scam and Obtains Appointment of a Receiver to Protect Digital Assets." <https://www.sec.gov/litigation/litreleases/2018/lr24088.htm>, 1 February 2021.

UK Jurisdiction Taskforce. “Legal statement on cryptoassets and smart contracts.”

[https://www.h lengage.com/\\_uploads/pdfs/Legalstatementoncryptoassetsandsmartcontracts.pdf](https://www.h lengage.com/_uploads/pdfs/Legalstatementoncryptoassetsandsmartcontracts.pdf), 19 October 2020.

Uniform Law Commission. “The Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act.”

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=98b29ff0-08b9-f72e-77be-da95ccb49211&forceDialog=0>

United Nations. “UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction.”

[https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/secured\\_transactions](https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions), 29 January 2021.

\_\_\_\_\_. “UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions.”

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670\\_ebook-guide\\_09-04-10english.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf), 29 January 2021.

\_\_\_\_\_. “UNCITRAL Model Law on Secured Transactions.”

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf), 29 January 2021.

World Bank Group. “Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain FinTech No. 1.”

<https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/177911513714062215/distributed-ledger-technology-dlt-and-blockchain>, 30 October 2020.

Xavier Focroulle Menard. “Cryptocurrency: Collateral For Secured Transaction ?.”

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3548126](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548126), 1 February 2021.



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานทำงานปัจจุบัน

:

นายศิริวิทย์ อักษรศรี

พ.ศ. 2562 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่  
เกียรตินิยมอันดับ 2

พ.ศ. 2562 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ 71

พ.ศ. 2563 ได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความรุ่น 52

พ.ศ. 2562 สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา  
วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม ตำแหน่ง นิติกร

พ.ศ. 2564 กรมบังคับคดี กองบังคับคดีล้มละลาย 5

ตำแหน่งนิติกร

