



ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสัญญาในคดีล้มละลาย

2.1 หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ในชีวิตประจำวันบุคคลทุกคนย่อมมีการเกี่ยวข้องในการทำสัญญาในทางใดทางหนึ่งเสมอ เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญากันต่างย่อมมุ่งหวังให้แต่ละฝ่ายปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญา โดยตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานว่าผู้ที่เข้าทำสัญญานั้นได้กระทำโดยสุจริต (bona fide / in good faith) และอยู่บนพื้นฐานทางศีลธรรมที่ว่าบุคคลจะต้องปฏิบัติตามคำมั่นสัญญาที่ตนได้ให้ไว้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้วไม่มีมาตราใดให้นิยามศัพท์ของคำว่า "สัญญา" ไว้ อย่างไรก็ดี นักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิได้อธิบายความหมายของคำว่า "สัญญา" ไว้หลายท่านด้วยกัน เช่น

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า "สัญญา คือการที่บุคคลสองฝ่ายแสดงเจตนาทำนิติกรรมค้ำเสนอ คำสนองรับ มีความประสงค์ตกลงตรงกันและร่วมใจกันในอันที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น"¹

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า "สัญญานั้นก็คือนิติกรรมหลายฝ่ายคือเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนี้ สัญญาจึงเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นประเภทที่สำคัญ เพราะก่อนหน้านั้นมากกว่านิติกรรมประเภทที่เรียกว่านิติกรรมฝ่ายเดียว" และที่ว่าตั้งแต่สองฝ่ายนั้นก็เพราะนิติกรรมได้ก่อนนั้นในลักษณะระหว่างฝ่ายต่างๆต่อกัน ดังนี้ในการแสดงเจตนา ทุกฝ่ายจึงต้องแสดงเจตนาตกลงยินยอมต้องกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนา

¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), หน้า 437. อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 7.

เป็นคำเสนอขึ้นมา แล้วอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองรับ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น²

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ อธิบายว่า "สัญญา คือ นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่ละฝ่ายอาจจะเป็นบุคคลเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นฝ่ายเดียวก็ได้ ซึ่งได้ตกลงยินยอมกันก่อให้เกิดหนี้ขึ้น อาจเป็นหนี้ให้กระทำการงดเว้นกระทำการใดๆก็ได้" และการจะเกิดเป็นสัญญาได้นั้น จะต้องมีการแสดงเจตนาอันเป็นคำเสนอคำสนองของทั้งสองฝ่ายถูกต้องตรงกันด้วย³

รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี ไสตติพันธุ์ อธิบายว่า "สัญญา หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ สอนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ที่มุ่งจะก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์"⁴

สำหรับความหมายของสัญญาในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีความหมายแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับการตีความหมายในแง่ต่างๆ เช่น ในแง่ของความคุ้มครองความตกลงตามกฎหมาย ในแง่ของการก่อหนี้ หรือในแง่การเกิดนิติสัมพันธ์ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

คำว่า"สัญญา" ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) ได้แก่ นิติกรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาต่อกันและกัน และสอดคล้องต้องกัน ระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป ซึ่งมีผลก่อให้เกิดหรือเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในทางหนี้⁵

² จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 247-248.

³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 9.

⁴ จำปี ไสตติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 239.

⁵ Raymond Youngs, English, French and German Comparative Law (London: Cavendish Publishing Limited, 1998), pp. 343-344.

นักกฎหมายอเมริกันได้ให้ความหมายของคำว่า "สัญญา" ไว้ว่า "สัญญา (contract) คือ คำมั่นสัญญา (promise) ระหว่างบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป ซึ่งมีผลผูกพันและบังคับได้ตามกฎหมาย"⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง "สัญญา คือ คำมั่นสัญญา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้มีการเยียวยาหรือการชำระหนี้ หากมีการผิดคำมั่นสัญญานั้น"⁷

จากความหมายของคำว่า "สัญญา" ดังกล่าว พอสรุปได้ว่าสัญญามีสาระสำคัญ ดังนี้

1. ต้องมีคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญานั้นเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย จึงต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ถ้ามีบุคคลเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจที่จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมาได้
2. ต้องมีการตกลงยินยอมกัน กล่าวคือ ต้องมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ และมีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองซึ่งถูกต้องตรงกันกับคำเสนอนั้น
3. ต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายตามที่ทั้งสองฝ่ายต้องการ กล่าวคือ สัญญาทุกสัญญาต้องมีเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่คู่กรณีจะพึงได้รับจากการเข้าทำสัญญานั้น

สัญญาเป็นสิ่งที่บุคคลนิยมทำขึ้นเพื่อสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างกันมากที่สุดและแพร่หลายที่สุด อาจกล่าวได้ว่าในบรรดาบ่อเกิดแห่งหนี้ อันได้แก่ นิติกรรม จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ ละเมิด และบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว สัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นเรื่องของความสมัครใจ ซึ่งเป็นไปตามหลัก "เสรีภาพในการทำสัญญา" (Freedom of Contract) กฎหมายในทางแพ่งของประเทศต่างๆโดยมากรวมทั้งประเทศไทยยอมรับหลักเสรีภาพ

⁶ Daniel V. Davidson, Brenda E. Knowles and Lynn M. Forsythe, Business Law: Principles and Cases in the Legal Environment, 8th ed. (Ohio: Thomson/South-Western/West, 2004), p. 220.

⁷ Restatement (Second) of Contracts, section 1 ซึ่งจัดทำขึ้นโดย The American Law Institute

ในการทำสัญญา⁸ กล่าวคือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญาในรูปลักษณะอย่างไรก็ได้ และ จะให้เกิดผลเป็นประการใดก็ได้⁹ เนื่องจากบุคคลย่อมรู้วิธีจัดการผลประโยชน์ของตนเองดีที่สุด หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ (Common Law) ถือเป็นนโยบายทางกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของ บุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่ คู่สัญญา ในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกัน และ ขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด¹⁰

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วย เพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญานั้นไปกระทบหรือก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจถูกจำกัดได้ดังนี้¹¹

1. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินกิจการผูกขาด ย่อมไม่มีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมาย บังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน
2. เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและด้วยความเป็นไปได้อื่นๆ
3. เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้นอาจถูกจำกัดด้วย กฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับ บทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน การ นั้นไม่เป็นโมฆะ" อันเป็นบทบัญญัติซึ่งรับรองหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

⁹ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2518), หน้า 131.

¹⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 83.

¹¹ จำปี โสติดิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 245-247.

4. เสรีภาพในการตัดสินใจถูกจำกัดจากหลักการคุ้มครองความไว้วางใจใจของ คู่กรณีที่เข้ามาเกี่ยวข้อง และเสรีภาพในการแสดงเจตนาอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก หากมีบุคคลภายนอกที่สุจริตหรือต้องเสียหายเข้ามาเกี่ยวข้อง

5. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดยการใช้เสรีภาพของ คู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่า ไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

6. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายที่จำกัด เสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นต้น

7. เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น

8. เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลักที่ว่า เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) อันเป็นหลักที่ ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากัน แล้ว ยังมีได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ใน การปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้อง ปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมาก เกินสมควรและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินสมควร

เมื่อบุคคลเข้าทำสัญญากันโดยอิสระเสรีแล้ว สัญญาที่เกิดตามความประสงค์ของ บุคคลนั้นย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์ องค์กรของรัฐ รวมถึงศาล จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องแทรกแซง ศาลจะ เข้าไปเกี่ยวข้องยอมบังคับบัญชาให้ตามคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก็ต่อเมื่อเกิดกรณีที่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น อันเป็นไปตามหลัก "ความศักดิ์สิทธิ์ของ สัญญา" (Sanctity of Contract)¹² ซึ่งหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของ

¹² คณิง ภาไชย, กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541) หน้า 25.

สัญญานี้เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายว่าด้วยสัญญา อันเป็นหลักทำนองเดียวกับหลัก "ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" (Autonomy of the Will) นั่นเอง¹³

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันโดยอิสระ และเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่กรณีโดยการแสดงเจตนาของคู่กรณีนั่นเอง เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน¹⁴ หากการแสดงเจตนาอันไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว กฎหมายย่อมบังคับบัญชาให้ ตามหลักที่ว่าสิ่งใดกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ ย่อมทำได้ทั้งสิ้น¹⁵ ซึ่งหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีที่พบอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) มากกว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญา ดังจะเห็นได้จากภาษิตกฎหมายที่ว่า "สัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ" (Pacta Sunt Servanda) ความเห็นนี้ตรงกับหลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายมีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี หลักนี้ไม่เพียงแต่แสดงถึงนโยบายของรัฐที่จะไม่แทรกแซงในกิจการระหว่างเอกชน แต่ยังแสดงถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายในทางทฤษฎีของสัญญาอีกด้วย¹⁶

หลักกฎหมายของนานาประเทศยอมรับทฤษฎีที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการแสดงเจตนา โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง และเมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบตกลงตามคำเสนอแล้ว ย่อมทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้

¹³ กล่าวคือ ในเรื่องของนิติกรรมและสัญญานั้น มีหลักกฎหมายในเรื่องเดียวกัน คือ หลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมที่เรียกว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา แต่ในทางสัญญามีหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งนักกฎหมายบางท่านก็พิจารณาแยกกัน

¹⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 81.

¹⁵ เข็มชัย ชูติวงศ์ และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป.), หน้า 7.

¹⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 81-82.

ทันที เพราะถือว่าคู่กรณีมีเจตนาตรงกันในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว¹⁷ เมื่อสัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว โดยหลักทั่วไปย่อมก่อผลผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น¹⁸ (Privity of Contract) กล่าวคือ คู่สัญญาจะก่อความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิหรือก่อให้เกิดหนี้แก่บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

สัญญาย่อมก่อให้เกิดความผูกพันหรือนิติสัมพันธ์ที่เรียกกันว่า "หนี้"¹⁹ โดยอาจก่อหนี้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว หรือก่อหนี้ให้แก่ทั้งสองฝ่ายก็ได้²⁰ และเมื่อมีหนี้ซึ่งมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในระหว่างคู่กรณีผู้เป็นฝ่ายในมูลแห่งหนี้ กล่าวคือ เจ้าหนี้อ้อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ โดยอาจเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด²¹ และลูกหนี้พึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้นั้น หากลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ตามมูลแห่งหนี้อันเกิดแต่สัญญานั้น เจ้าหนี้อ้อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องให้ปฏิบัติการชำระหนี้ได้ ตามหลักในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ และหากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้อ้อมยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้อีกส่วนหนึ่งด้วย²²

สิทธิและหน้าที่ซึ่งคู่สัญญาได้ทำความตกลงกันไว้ รวมทั้งที่มีกฎหมายกำหนดไว้ ย่อมผูกพันคู่กรณีในสัญญานั้นตลอดไปจนกว่าหนี้ตามสัญญานั้นจะได้ระงับลง ซึ่งตามหลักทั่วไปว่าด้วยความระงับแห่งหนี้ หนี้นั้นจะระงับไปด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งใน 5 เหตุ คือ การชำระหนี้

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

¹⁸ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 311.

¹⁹ โดยปกตินิติสัมพันธ์ทางหนี้จะก่อให้เกิดสิทธิอย่างหนึ่งเรียกว่าสิทธิเรียกร้อง อันเป็นบุคคลสิทธิ คือเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคล บังคับเอาแก่ตัวบุคคลให้กระทำหรือมิให้กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนั้นนักกฎหมายจึงเรียกคำว่า "หนี้" อีกชื่อว่า "สิทธิเรียกร้อง" หรือ "บุคคลสิทธิ"

²⁰ โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2545), หน้า 30.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 194.

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 213 และ 215.

ปลดหนี้ หักกลบบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ และหนี้เคลื่อนกลิ้งกัน ถ้ายังไม่ต้องด้วยเหตุที่หนี้ระงับดังกล่าว หนี้ตามสัญญายอมยังไม่ระงับ แม้ลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญาก็ตาม ถ้าหากเจ้าหนี้ประสงค์จะให้หนี้ตามสัญญาระงับลง ก็ต้องทำลายสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ นั้นเสียด้วยการเลิกสัญญา เมื่อสัญญาไม่มีอยู่ หนี้ตามสัญญายอมจะระงับไปด้วย การเลิกสัญญา จึงเป็นวิธีการระงับหนี้ตามสัญญา ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ นอกเหนือจากหลักทั่วไปว่าด้วยความระงับแห่งหนี้²³ นอกจากนี้ การที่สัญญาเลิกกันนั้นอาจเกิดจากมีกฎหมายบัญญัติไว้กรณีใดกรณีหนึ่งให้สัญญานั้นระงับสิ้นไป เช่น เพราะเหตุคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นบุคคลล้มละลาย ดังที่ปรากฏในสัญญาตัวแทน²⁴ และสัญญาเข้าหุ้นส่วนสามัญ²⁵ เป็นต้น

ดังนั้น เมื่อเกิดนิติสัมพันธ์กันขึ้นมาแล้ว ย่อมมีความผูกพันแน่นอนหนาราวกับเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาสร้างขึ้นมาบังคับระหว่างกันเอง จึงไม่อาจที่จะเลิกหรือทำให้ระงับไปโดยอำเภอใจของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว²⁶ ดังสุภาวชิตฎกฏหมายที่ว่า "สัญญาคือกฎหมายระหว่างคู่กรณี"²⁷ การเลิกสัญญาจึงอาจกระทำได้โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมที่จะเลิกสัญญา อันเป็นการเลิกสัญญาโดยความตกลง ซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา นอกจากนี้ การเลิกสัญญาอาจเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้ อันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งมีอยู่ 2 ประการคือ สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา และสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย²⁸ การเลิกสัญญาโดยที่ไม่มีสิทธิบอกเลิกย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญา แม้จะมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญา สัญญาก็ไม่เลิก²⁹

²³ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2547), หน้า 496.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 826 วรรคสอง.

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1055(5).

²⁶ จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 355.

²⁷ ซึ่งเป็นหลักเดียวกับที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1134 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ความตกลงซึ่งได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นกฎหมายบังคับแก่ผู้ที่ก่อให้เกิดความตกลงนั้น" ("Agreements lawfully entered into take the place of the law for those who have made them.")

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 386.

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 38/2517 และ 2656/2519.

สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นเป็นบทบัญญัติที่รับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา โดยคู่สัญญาจะระบุว่า กรณีอย่างไรจึงให้มีสิทธิเลิกสัญญากันอย่างไรก็ได้ ตราบใดที่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาหันทกกฎหมายเป็นสำคัญว่ากรณีใดบ้างที่กฎหมายให้สิทธิในการเลิกสัญญา ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นบททั่วไป³⁰ และบทเฉพาะ³¹

สิทธิในการเลิกสัญญานี้เป็นสิทธิซึ่งมีทางเลือก³² กล่าวคือ แม้ลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญา ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ แต่หากเจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิเลิกสัญญาสัญญานั้นก็ยังผูกพันอยู่ เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่หากเจ้าหนี้เลือกใช้สิทธิเลิกสัญญา เจ้าหนี้อย่อมหมดสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญา³³

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ล้วนบัญญัติขึ้นเพื่อรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตนเอง ทำให้บุคคลเกิดความมั่นใจในการเข้าทำสัญญาว่าจะได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญานั้น และหากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาผู้สุจริตย่อมได้รับการเยียวยาโดยการชดเชยค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญานั้น ทำให้บุคคลสามารถคาดหมายได้ในการกอนิติสัมพันธ์ เกิดความเจริญเติบโตทางธุรกิจการค้า ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในระบบ

³⁰ สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นบททั่วไป ได้แก่ กรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 และมาตรา 388 และกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยตามมาตรา 389

³¹ สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นบทเฉพาะ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีสัญญาเช่าทรัพย์ ตามมาตรา 544, 548, 551, 554, 556 และ 560 กรณีสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 573 และ 574 กรณีสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 577 และ 578 กรณีสัญญาจ้างทำของ ตามมาตรา 596 กรณีสัญญาอัยม ตามมาตรา 645 เป็นต้น

³² ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 497.

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 982/2513 (ประชุมใหญ่) และ 2568/2521.

เศรษฐกิจทุนนิยมหรือระบบเศรษฐกิจตลาดเสรี ทำให้สามารถดำเนินระบบเศรษฐกิจไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันนำมาซึ่งความมั่งคั่งของประเทศ

2.2 กฎหมายว่าด้วยสัญญาในเชิงเศรษฐศาสตร์

ในช่วงศตวรรษที่ 18 และ 19 หลักกฎหมายธรรมชาติและลัทธิเศรษฐกิจ "Laissez-Faire" ได้แพร่หลายเป็นอย่างยิ่ง โดยหลักกฎหมายธรรมชาติเชื่อในสติปัญญาของมนุษย์ เชื่อในความชอบธรรมอันเกิดจากการใช้เหตุผลของปัจเจกชน ดังนั้น ปัจเจกชนจึงมีเอกสิทธิ์ติดตัวที่จะเข้าทำสัญญาใดได้ตามความประสงค์ของตนเองเสมอ ขณะเดียวกัน Adam Smith บิดาแห่งวิชาเศรษฐศาสตร์ ผู้สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมซึ่งใช้กลไกตลาดเสรี (Free Market Capitalism) เห็นว่า รัฐควรวางเฉย ปล่อยให้เศรษฐกิจดำเนินไปเอง (Laissez-Faire) เพราะมีความเชื่อว่าระบบตลาดเสรีจะทำให้ประเทศพัฒนาไปได้ด้วยดี เศรษฐกิจของประเทศจะมีความมั่งคั่งก็ต่อเมื่อรัฐแทรกแซงหรือมีบทบาทในกิจกรรมทางเศรษฐกิจให้น้อยที่สุด ปล่อยให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเสรี ปล่อยให้กลไกตลาดหรือมือที่มองไม่เห็น (invisible hand) ทำงาน ปัจเจกชนซึ่งล้วนแต่เป็นคนเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตน (self-interested) ไม่ควรถูกจำกัดในการประกอบธุรกรรมทั้งหลาย ควรที่จะมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนด้วยวิถีทางของตนเอง ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ก่อให้เกิดหลักพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยสัญญาอันได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง เป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญา และมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

2.2.1 ทฤษฎีและเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ของกฎหมายว่าด้วยสัญญา

เศรษฐศาสตร์มีจุดมุ่งหมายโดยตรงที่จะทำให้สังคมมีสวัสดิการที่สูงขึ้น โดยศึกษาถึงวิธีการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ซึ่งในส่วนของกฎหมายว่าด้วยสัญญานี้มองว่า สัญญาคือการแลกเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ (economic exchange) ที่เกิดขึ้นในตลาด อาจเป็นไปโดยการซื้อขาย การเช่า การเช่าซื้อ การกู้ยืม การจ้างแรงงาน การให้บริการ

ต่างๆ เป็นต้น³⁴ การแลกเปลี่ยนดังกล่าวจะทำให้การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการนำเอาทฤษฎีของโคส³⁵ (The Coase Theorem) และแนวความคิดเรื่อง Pareto Superiority มาปรับใช้

ตามทฤษฎีของโคสอธิบายว่า ในท้ายที่สุดแล้วสิทธิในทรัพย์สินย่อมตกอยู่กับผู้ที่ให้มูลค่าสูงสุดแก่ทรัพย์สินนั้น³⁶ ผู้เห็นมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินโดยยอมอาศัยกลไกตลาดทำสัญญาแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้สิทธิในทรัพย์สินนั้นไปครองครองได้³⁷ ส่วนแนวความคิดเรื่อง Pareto Superiority มองว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นมีผลทำให้บุคคลทั้งสองฝ่ายหรืออย่างน้อยบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในสถานะที่ดีขึ้น (better off) และไม่มีบุคคลใดอยู่ในสถานะที่เลวลง (worse off)³⁸ ซึ่งผลจากการแลกเปลี่ยนดังกล่าวทำให้เกิดความมั่งคั่งขึ้นมา ทำให้การจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพสูงขึ้น โดยทรัพย์สินนั้นได้เปลี่ยนมือจากการใช้ประโยชน์ที่มีค่าน้อยกว่าไปสู่มือที่มีการใช้ประโยชน์มากกว่า³⁹ ดังนั้น สัญญา คือ การแลกเปลี่ยนซึ่งทำให้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมองว่าการแลกเปลี่ยนนั้นทำให้ตนเองดีขึ้น⁴⁰ เช่น มีเงิน มีทรัพย์สิน ได้รับประโยชน์หรือความพึงพอใจเพิ่มขึ้น

การเกิดสัญญา (Contract Formation) นั้นจะต้องพิจารณาถึงเรื่องต่างๆ เช่น ความสามารถของคู่สัญญา การแสดงเจตนา คำเสนอ คำสนอง แบบของสัญญา เป็นต้น ประเด็นสำคัญคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้แสดงเจตนาโดยสมัครใจเข้าแลกเปลี่ยนโดยการทำสัญญา

³⁴ P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, p. 3.

³⁵ ศาสตราจารย์ Ronald H. Coase แห่งโรงเรียนสอนกฎหมาย มหาวิทยาลัยชิคาโก ได้ตั้งชื่อเสนอทางวิชาการซึ่งต่อมาได้กลายมาเป็น The Coase Theorem ครั้งแรกในบทความชื่อ "The Federal Communications Commission" ซึ่งตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ในปี 1959

³⁶ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell* (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1995), p. 67.

³⁷ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2544), หน้า 52.

³⁸ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 31.

³⁹ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด, หน้า 6.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

หรือไม่ เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่ความสมัครใจมักจะไปด้วยกันเสมอกับแนวความคิดเรื่อง Pareto Superiority⁴¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สัญญาที่ตกลงไปโดยไม่สมัครใจกันจริงๆมีแนวโน้มสูงที่จะไม่ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่ทำให้การจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในกรณีความสามารถของคู่สัญญา บุคคลที่มีความสามารถบกพร่อง เช่น ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถนั้นไม่สามารถเข้าใจในสิ่งที่ตนกระทำได้ดีเพียงพอหรือไม่อาจควบคุมการกระทำของตนได้ การตัดสินใจของบุคคลที่มีความสามารถบกพร่องจึงมักจะไม่นำไปสู่ Pareto Superiority ในประเด็นนี้จึงไม่ได้มองเรื่องการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นตามทฤษฎีของโคส หรือ Pareto Superiority แต่มองไปยังเรื่องผลของการกระจายทรัพย์สินเป็นธรรมหรือไม่⁴² หากปรากฏว่าไม่เป็นธรรม กฎหมายจะเปิดช่องให้บอกล้างสัญญานั้นเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้

ในกรณีการแสดงเจตนาโดยวิปริต เช่น การข่มขู่ (duress) กลฉ้อฉล (fraud) เป็นหลักกฎหมายซึ่งอนุญาตให้คู่สัญญาซึ่งถูกข่มขู่หรือถูกกลฉ้อฉลสามารถบอกล้างสัญญาได้ เนื่องจากการข่มขู่หรือฉ้อฉลมักทำให้คู่สัญญาที่ถูกข่มขู่หรือถูกฉ้อฉลต้องทำในสิ่งที่ทำให้สถานะของตนเลวลงนั่นเอง

ในกรณีคำเสนอและคำสนอง เป็นเครื่องแสดงความยินยอมสมัครใจเข้าทำสัญญา ความสมัครใจมักจะไปด้วยกันเสมอกับสัญญาที่ทำให้การจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลักกฎหมายจะบังคับให้การทำคำเสนอต้องมีข้อความชัดเจนเพียงพอไม่คลุมเคลือ ทั้งนี้เพื่อลดค่าใช้จ่ายในการบริหารสัญญา และในเรื่องคำสนองก็มีหลัก "Mirror Image" กล่าวคือ คำสนองต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ⁴³ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาจึงจะเกิด

⁴¹ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, pp. 93-94.

⁴² *Ibid.*, p. 94.

⁴³ ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด*, หน้า 56.

ในกรณีแบบของสัญญา เช่น การที่สัญญานั้นต้องทำเป็นหนังสือจึงจะมีผลผูกพัน คู่สัญญา การทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีคุณค่าในการพิสูจน์ถึงข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ทำให้ลดค่าใช้จ่ายในการบริหารสัญญาลงได้

กฎหมายว่าด้วยสัญญาทำให้ค่าใช้จ่ายในการทำธุรกรรมต่างๆลดน้อยลงอย่างมากจนทำให้การแลกเปลี่ยนเกิดขึ้นได้ หากปราศจากกฎหมายว่าด้วยสัญญาแล้วจะทำให้ต้นทุนในการทำธุรกรรมทางเศรษฐกิจสูงขึ้นอย่างมาก จนบางครั้งการแลกเปลี่ยนทำให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพสูงขึ้นเกิดขึ้นไม่ได้⁴⁴ กล่าวคือ ในการแลกเปลี่ยนแบบต่างชำระหนี้ตอบแทนกันทันที ซึ่งคู่กรณีเห็นหน้ากัน ตลอดจนการที่สามารถประเมินมูลค่าทรัพย์สินได้ด้วยสายตาตนเอง สัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย แต่ในหลายกรณีเป็นการแลกเปลี่ยนที่ลับซับซ้อน มีเงื่อนไขในการชำระหนี้ คู่กรณีย่อมไม่กล้าที่จะเข้าทำสัญญาหากไม่แน่ใจว่าสัญญานั้นจะได้รับการปฏิบัติตาม กฎหมายว่าด้วยสัญญาจึงมีความสำคัญและจำเป็นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสัญญานั้น ทำให้คู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ในการที่ตนได้เข้าทำสัญญา

นอกจากนี้ สัญญายังเป็นวิถีทางในการจัดสรรความเสี่ยงของปัจเจกชน⁴⁵ กล่าวคือ การที่บุคคลตกลงเข้าทำสัญญา บุคคลนั้นย่อมคาดหวังว่าสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นเป็นข้อตกลงที่ดีที่สุด ทำให้ตนได้รับประโยชน์ความพึงพอใจสูงสุด ดังนั้น คู่สัญญาจึงมีความเสี่ยงคือ อาจมีบุคคลอื่นที่ตนจะสามารถเข้าทำสัญญาด้วยโดยได้รับประโยชน์จากสัญญานั้นมากกว่าสัญญาที่ได้ตกลงทำไปแล้ว หรือหลังจากทำสัญญาแล้วอาจเห็นว่าสัญญานั้นไม่เป็นประโยชน์แก่ตนอีกต่อไป แต่เมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญากันแล้วย่อมมุ่งหวังให้มีการแลกเปลี่ยนเป็นไปตามสัญญานั้น กฎหมายว่าด้วยสัญญาปิดโอกาสไม่ให้คู่สัญญาละทิ้งความผูกพันตามสัญญาไปได้ คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น กฎหมายว่าด้วยสัญญาก็ได้กำหนดวิธีการเยียวยาโดยให้คู่สัญญาสามารถร้องขอต่อศาลบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ได้ เพราะโดยทั่วไปแล้วการปฏิบัติตามสัญญาย่อม

⁴⁴ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, pp. 90-91.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 91.

หมายความว่าคู่สัญญาต่างอยู่ในสถานะที่ดีขึ้นตามที่คู่สัญญานั้นประสงค์ขณะเข้าทำสัญญา⁴⁶ หรือหากกรณีไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามสัญญาได้ กฎหมายว่าด้วยสัญญาก็ได้กำหนดให้มีการเยียวยาโดยการชดเชยค่าเสียหาย ทำให้คู่สัญญาสามารถคาดหมายได้หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามสัญญาโดยมั่นใจได้ว่าคู่สัญญาจะไม่สามารถละทิ้งสัญญาไปได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบ ทำให้การผิดสัญญาลดน้อยลง กฎหมายว่าด้วยสัญญาจึงเป็นเครื่องมือส่งเสริมให้เกิดสัญญาที่การจัดสรรทรัพยากรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

จึงอาจสรุปได้ว่า บรรดาบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายว่าด้วยสัญญาต่างมีเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ อันอาจแบ่งออกได้ดังนี้

1. ทำให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างคู่สัญญา⁴⁷
2. ทำให้เฉพาะสัญญาที่ทำให้การจัดสรรทรัพยากรมีประสิทธิภาพมากขึ้นใช้บังคับได้
3. ทำให้ค่าบริหารสัญญาต่ำลงให้มากที่สุด เช่น ต้นทุนในการเจรจาตกลง ต้นทุนในการกำกับดูแล ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา ต้นทุนในการฟ้องร้องบังคับคดี เป็นต้น
4. เพื่อจัดสรรความเสี่ยงที่เกิดขึ้น หากกรณีมีสิ่งไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น เช่น ความสำคัญผิด การผิดสัญญา หรือมีเหตุการณ์ที่มีได้คาดหมายเกิดขึ้นเป็นเหตุให้การปฏิบัติตามสัญญานั้นลำบากยากยิ่งขึ้น โดยกฎหมายจะจัดสรรความเสี่ยงให้ตกอยู่กับคู่กรณีที่อาจควบคุมเหตุการณ์หรือประกันความเสี่ยงได้โดยใช้ค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่า
5. ให้ความสำคัญในเรื่องผลของการกระจาย (distributive) ทรัพยากรในระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ ในขณะที่เป้าหมายด้านประสิทธิภาพ (efficiency goals) มุ่งหมายให้เกิดผลประโยชน์มากขึ้นหรือเกิดความมั่งคั่งขึ้นโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายใด เป้าหมายด้านการกระจายทรัพยากร (distributive goals) จะคำนึงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดควรมีสถานะที่ดีขึ้น การกระจายทรัพยากรเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งในบางกรณีจำเป็นต้องเลือกเป้าหมายใดเป้าหมายหนึ่ง⁴⁸

⁴⁶ Robert Cooter and Thomas Ulen, Law and Economics (Boston: Pearson /Addison Wesley, 2003), p. 195.

⁴⁷ Ibid., p. 235.

⁴⁸ Jeffrey L. Harrison, Law and Economics in a Nutshell, pp. 92-93.

2.2.2 การเยียวยาในกฎหมายว่าด้วยสัญญา (Contract Remedies)

สิ่งที่จะต้องพิจารณาในกฎหมายว่าด้วยสัญญาคือ

1. สัญญาใดที่จะสามารถบังคับได้ และ
2. หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นจะใช้วิธีการใดเยียวยา

ทั้งนี้ ศาล ผู้ร่างกฎหมาย ผู้ซึ่งจะก่อสัญญาและคู่สัญญาผู้ซึ่งต้องตัดสินใจว่าควรปฏิบัติตามสัญญาหรือจะประพฤติดัดสัญญา จะต้องพิจารณาโดยเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา⁴⁹ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมแล้วย่อมเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาย่อมถูกผูกมัดในสัญญาที่ตนได้ก่อขึ้น

เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนได้ ซึ่งโดยทั่วไปวิธีการเยียวยา มี 3 ประเภทคือ⁵⁰

1. ค่าเสียหายที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญานั้น
2. ค่าเสียหายที่ศาลเป็นผู้กำหนด และ
3. การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

ทั้งนี้ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นอาจให้ความสำคัญในวิธีการเยียวยาแตกต่างกันบ้าง โดยประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ส่วนประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญกับการชดเชยค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ตอบรับกับเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ ทั้งสองระบบต่างก็คำนึงถึงวิธีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ⁵¹ ซึ่งวิธีการเยียวยาแต่ละประเภทต่างก็มีผลต่อการตัดสินใจของคู่สัญญาแตกต่างกันไป

⁴⁹ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, p. 189.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 237-238.

⁵¹ *Ibid.*, p. 238.

2.2.2.1 ค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า (Liquidated Damages)

ในการทำสัญญา คู่สัญญาอาจตกลงกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้ากรณีเกิดการผิดสัญญา ซึ่งหากค่าเสียหายนี้มีลักษณะเป็นการทดแทนหรือชดใช้ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจริง (compensatory) กล่าวคือ ไม่เกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงหรือได้ประเมินความเสียหายเบื้องต้นเอาไว้อย่างมีเหตุผล ข้อสัญญานี้เรียกว่า “liquidated damages” ซึ่งศาลจะบังคับให้ตามข้อสัญญานั้น⁵²

อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาที่ไม่คิดจะผิดสัญญามักจะระบุค่าเสียหายล่วงหน้าไว้สูงเกินกว่าความคาดหวังของตนซึ่งทำให้คู่สัญญาที่มีแนวโน้มว่าจะผิดสัญญาเกิดความเกรงกลัวที่จะผิดสัญญา⁵³ ซึ่งหากมีการกำหนดค่าเสียหายไว้สูงเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอันเป็นการลงโทษ เรียกได้ว่าเป็น “penalty clauses” ดังนี้ ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีจารีตประเพณีที่จะไม่บังคับให้ตามข้อสัญญาเชิงลงโทษนั้น เพราะมองว่าค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ไม่ใช่การทดแทนความเสียหายที่แท้จริง ศาลไม่ต้องการช่วยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งลงโทษคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีแนวโน้มที่จะเห็นชอบบังคับให้ตามข้อสัญญานั้นหรือศาลอาจลดค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นลง แต่จะไม่ทำให้ข้อสัญญานั้นไร้ผลบังคับ เนื่องจากมองว่าข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายซึ่งกระทำการโดยสุจริตและการปฏิบัติตามสัญญามีค่าอย่างยิ่งสำหรับคู่สัญญาฝ่ายนั้น ดังนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้รับประกันว่าจะไม่มีการผิดสัญญา อีกทั้งการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้ย่อมเป็นการแสดงให้คู่สัญญาเกิดความมั่นใจในคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าจะไม่บิดพลิ้วไปจากสัญญาที่ได้ให้ไว้⁵⁴

⁵² Ibid., p. 251.

⁵³ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด, หน้า 66.

⁵⁴ Robert Cooter and Thomas Ulen, Law and Economics, p. 251-252.

2.2.2.2 ค่าเสียหายที่ศาลเป็นผู้กำหนด

ในการเจรจาและการร่างสัญญานั้นย่อมมีต้นทุน ดังนั้น สัญญาที่มีประสิทธิภาพจึงไม่ระบุถึงข้อสัญญาอันไม่แน่นอนไว้ทุกกรณี หากปรากฏว่าสัญญานั้นไม่ได้กำหนดวิธีการเยียวยาในกรณีที่มีการผิดสัญญาไว้ ดังนี้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดวิธีการเยียวยาให้ โดยอาจกำหนดในรูปของค่าเสียหาย⁵⁵ ทั้งนี้ ในการกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายจะต้องพิจารณาเสมือนหนึ่งว่าสัญญานั้นได้กำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการประพฤติดัดสัญญาในกรณีนั้นไว้ ซึ่งโดยปกติศาลจะกำหนดค่าเสียหายเพื่อทดแทนให้ตามจำนวนที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับการผิดสัญญานั้น โดยอาจจำแนกได้เป็น Expectation Damages และ Reliance Damages

Expectation Damages ได้แก่ ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดเป็นจำนวนเงินให้เท่ากับ ความคาดหวังของคู่สัญญาที่จะได้รับจากสัญญาหากคู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญา ทำให้ฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมเสมือนกับสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติตาม ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มักจะเรียกค่าเสียหายนี้ว่า Positive Damages เนื่องจากค่าเสียหายนี้จะทดแทนรายได้ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเช่นนี้คือทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะที่ไม่แตกต่างกันไม่ว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญาก็ตาม⁵⁶

Reliance Damages ได้แก่ ค่าเสียหายที่ศาลกำหนดเป็นจำนวนเงินให้เท่ากับ ความเสียหายที่คู่สัญญาได้รับการผิดสัญญา เนื่องจากได้ลงทุนไปด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจในสัญญานั้น ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะเช่นเดียวเสมือนหนึ่งไม่มีการทำสัญญานั้น ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มักจะเรียกค่าเสียหายนี้ว่า Negative Damages เนื่องจากค่าเสียหายนี้จะทดแทนรายได้ที่ได้สูญเสียไป วัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเช่นนี้คือทำให้

⁵⁵ Ibid., p. 238.

⁵⁶ Ibid., p. 239.

คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะที่ไม่แตกต่างกันไม่ว่าจะไม่มีการทำสัญญาหรือผิดสัญญาก็ตาม⁵⁷

2.2.2.3 การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)

ในกฎหมายว่าด้วยสัญญา การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงถือเป็นการคุ้มครองความคาดหวังอย่างแท้จริง โดยฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาไม่ต้องมีความเสี่ยงที่ว่าตนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น⁵⁸ โดยศาลจะบังคับให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาปฏิบัติตามชำระหนี้ให้แก่อีกฝ่ายตามสัญญา

ในบางกรณีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอาจก่อให้เกิดความไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากเป็นการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยไม่ได้คำนึงถึงต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างคู่สัญญาในการมาเจรจาตกลงกันใหม่ โดยฝ่ายที่ผิดสัญญายินยอมชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งหากการเจรจาประสบผลสำเร็จ ความมีประสิทธิภาพก็จะเกิดขึ้น⁵⁹

2.2.3 การผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ (The Efficient Breach)

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสัญญา แต่ก็มีแนวความคิดที่ว่ากฎหมายว่าด้วยสัญญาควรยอมให้คู่สัญญาผิดสัญญาได้ หากว่าการผิดสัญญานั้นเป็นการกระทำที่มีประสิทธิภาพ

คำว่า "ประสิทธิภาพ" หมายถึง Pareto Superiority หรือการแสวงหาประโยชน์สูงสุด (Wealth Maximization) ก็ได้ ความสำคัญของยอมรับให้มีการผิดสัญญาอย่างมี

⁵⁷ Ibid., p. 241.

⁵⁸ Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 131.

⁵⁹ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, p. 257.

ประสิทธิภาพได้คือ กฎหมายต้องคุ้มครองความคาดหวัง (expectancy) ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ ผิดสัญญาที่จะได้ประโยชน์จากสัญญา⁶⁰

หากมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการเลือกระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา หรือการผิดสัญญาและชดใช้ค่าเสียหาย อันทำให้ฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมเสมือนกับสัญญานั้นได้รับการปฏิบัติตาม ดังนั้น ค่าเสียหายจึงมีความสำคัญเพราะเป็นสิ่งที่คู่สัญญาจะต้องคำนึงในการตัดสินใจไปในทางหนึ่งทางใด การตัดสินใจของคู่สัญญาจะมีประสิทธิภาพเมื่อความรับผิดชอบผิดสัญญานั้นเท่ากับประโยชน์ที่สูญเสียไปของฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา ทำให้คู่สัญญาตระหนักถึงต้นทุนในการผิดสัญญา⁶¹ หากค่าเสียหายน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อมีการผิดสัญญา ฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาจะอยู่ในสถานะที่เลวลง แต่หากค่าเสียหายสูงเกินไป การผิดสัญญาจะไม่เกิดขึ้น แม้ว่าทุกฝ่ายจะอยู่ในสถานะที่ดีขึ้นจากการผิดสัญญาก็ตาม⁶²

ดังนั้น ในบางกรณีการผิดสัญญาจึงเป็นการกระทำที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญานั้น การผิดสัญญาจะมีประสิทธิภาพมากกว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อเมื่อต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนั้นสูงกว่าประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจแสดงได้ดังนี้

ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา > ประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ
 → การผิดสัญญาก่อให้เกิดประสิทธิภาพ

ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา < ประโยชน์ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ
 → การปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดประสิทธิภาพ

⁶⁰ ศักดา ธนิตกุล, กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์: ทรัพย์สิน สัญญา และละเมิด, หน้า 58-59.

⁶¹ Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, p. 202.

⁶² Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics in a Nutshell*, p. 128.

ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาจะสูงกว่าประโยชน์ที่คู่สัญญาจะได้รับจากสัญญาเมื่อมีเหตุปัจจัยอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นทำให้หากมีการนำทรัพยากรที่จะใช้ในการปฏิบัติตามสัญญานั้นไปใช้ในทางอื่นจะมีค่ามากกว่า ซึ่งเหตุปัจจัยดังกล่าวนั้นอาจเกิดได้ใน 2 ลักษณะคือ

1. เหตุปัจจัยอันเป็นเคราะห์ร้าย (Unfortunate Contingency)
2. เหตุปัจจัยอันเป็นเคราะห์ดี (Fortunate Contingency)

เหตุปัจจัยอันเป็นเคราะห์ร้าย คือ เหตุอันทำให้ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญานั้นสูงขึ้น โดยในการเข้าทำสัญญาระหว่างคู่กรณี การปฏิบัติตามสัญญาเป็นต้นทุนที่เกิดขึ้นในอนาคตซึ่งมีความไม่แน่นอน ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญานี้อาจสูงหรือต่ำก็ได้⁶³ หากปรากฏว่าต้นทุนนี้สูง และเมื่อเปรียบเทียบกับการผิดสัญญาและชดใช้ค่าเสียหายแล้วจะรับผิมน้อยกว่า ดังนี้ การผิดสัญญาย่อมเป็นการกระทำมีประสิทธิภาพ

ส่วนเหตุปัจจัยอันเป็นเคราะห์ดี คือ เหตุอันทำให้การผิดสัญญานั้นกลับเกิดประโยชน์มากกว่าการปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากมีทางเลือกที่จะได้ทำสัญญาที่ให้ประโยชน์สูงกว่าสัญญาที่ได้ทำแล้วนั้น⁶⁴ และเมื่อเปรียบเทียบกับการผิดสัญญาและชดใช้ค่าเสียหายแล้ว จะได้ประโยชน์มากกว่า ดังนี้ การผิดสัญญาย่อมเป็นการกระทำมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น การผิดสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพจึงนำไปสู่การใช้ทรัพยากรนั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุด

2.3 การปฏิบัติต่อสัญญานอกคดีล้มละลาย

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าในทางกฎหมายแพ่งนั้นยึดถือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของคู่สัญญา เมื่อสัญญาเกิดขึ้นผูกพันคู่สัญญาแล้วย่อมก่อนหรือสิทธิเรียกร้องบังคับ

⁶³ Robert Cooter and Thomas Ulen, Law and Economics, pp. 254-255.

⁶⁴ Ibid., p. 258.

ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้ต้องโอนกรรมสิทธิ์ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการ หรืองดเว้น
 กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าหนี้

ตราบไต่หนี้ตามสัญญายังไม่ระงับ คู่สัญญาต่างมีความผูกพันที่จะต้อง
 ปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไป สิ่งที่ผูกพันตามสัญญานี้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงหรือ
 เพิกถอนไม่ได้ นอกจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะตกลงยินยอมด้วย หากคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ละเลย
 ไม่ชำระหนี้ตามหน้าที่ที่ตนเองต้องผูกพันอยู่ตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้นิยมมีทางเลือกอยู่ 2
 ประการ คือ

1. ร้องขอให้ศาลสั่งบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และหากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้
 ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่
 เกิดขึ้นได้อีกส่วนหนึ่งด้วย⁶⁵ หรือ
2. บอกลีกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย⁶⁶

การที่เจ้าหนี้ร้องขอให้ศาลสั่งบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ นั้น เรียกว่าเป็นการชำระหนี้
 โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) หรือการชำระหนี้ตามสภาพของหนี้ (execution en
 nature) โดยหลักการแล้วศาลย่อมบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เพราะวัตถุประสงค์แห่งหนี้ก็
 คือสิ่งที่เจ้าหนี้เรียกให้ลูกหนี้ชำระ แต่มีข้อยกเว้นคือ ศาลไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระได้เมื่อสภาพ
 แห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น⁶⁷ การยอมให้ลูกหนี้ปฏิบัติสิ่งอื่นแทนเพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิด
 ช่องให้ชำระได้ จึงไม่ใช่ความประสงค์โดยแท้จริงของเจ้าหนี้ ดังนั้น การจะให้ลูกหนี้ปฏิบัติสิ่งอื่น
 แทนก็ต่อเมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้จริงๆ⁶⁸ ซึ่งในเชิงเศรษฐศาสตร์แล้วการชำระหนี้
 โดยเฉพาะเจาะจงถือเป็นการคุ้มครองความคาดหวังอย่างแท้จริง โดยฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาไม่ต้อง
 มีความเสี่ยงที่ว่าตนจะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ แต่ละ
 ประเทศอาจมีมุมมองในเรื่องการเยียวยาเมื่อเกิดการผิดสัญญาแตกต่างกันไป โดยประเทศใน

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 213 วรรคหนึ่ง และวรรคท้าย.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 387, 388 และ 391 วรรคท้าย.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 213 วรรคหนึ่ง.

⁶⁸ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยถือว่าเมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง เขาย่อมหวังว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติตามสัญญา โดยหลักทั่วไปคู่สัญญาย่อมมีสิทธิบังคับให้ผู้ให้สัญญาปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นในกรณีที่ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้โดยตรงไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจึงจะมีการชำระค่าเสียหายแทนหรือเป็นการเพิ่มเติม⁶⁹ ส่วนประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญกับการชดใช้ค่าเสียหาย โดยถือว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา การบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงจะบังคับให้เฉพาะในกรณีพิเศษที่เห็นว่าล้าพังการให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นการไม่เพียงพอ ทั้งจะบังคับให้ต่อเมื่อศาลเห็นสมควร อันเป็นดุลพินิจของศาล มิใช่สิทธิของคู่สัญญาโดยแท้ อย่างไรก็ตาม ผลแตกต่างที่เกิดจากยึดถือหลักการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการชดใช้ค่าเสียหายเป็นเรื่องของทฤษฎีมากกว่าทางปฏิบัติ⁷⁰

ส่วนสิทธิอีกทางหนึ่งอันได้แก่การบอกเลิกสัญญานั้น ย่อมทำได้ด้วยการที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวไปยังลูกหนี้ผู้ผิดสัญญาว่าต้องการเลิกสัญญา⁷¹ ซึ่งการเลิกสัญญาเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบ กฎหมายมิได้บังคับให้ทำเป็นหนังสือ ดังนั้น แม้สัญญาที่จะบอกเลิกเป็นนิติกรรมที่มีแบบ ก็อาจแสดงเจตนาเลิกสัญญาด้วยวาจาได้⁷² ทั้งนี้ การแสดงเจตนาเลิกสัญญาอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้⁷³ แต่แสดงเจตนาโดยการนิ่งไม่ได้ เว้นแต่มีข้อสัญญากำหนดไว้ว่าให้สัญญาเลิกโดยไม่ต้องบอกกล่าวแสดงเจตนา⁷⁴ นอกจากนี้ เมื่อมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญาถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยชอบแล้ว จะถอนไม่ได้ แต่หากการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญายังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนา ดังนี้ ย่อมถอนได้ โดยการบอกถอนนั้นจะต้องไปถึงก่อนหรือพร้อมกับการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญานั้น⁷⁵

⁶⁹ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 123.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122-123.

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 386 วรรคหนึ่ง.

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 853/2522 และ 2827/2524.

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 136/2509 (ประชุมใหญ่), 1507/2512, 2240/2523 และ 390/2538.

⁷⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 389/2499 และ 1212/2518.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 386 วรรคสอง และ 169 วรรคหนึ่ง.

เมื่อเจ้าหน้าที่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยถูกต้องแล้วสัญญานั้นย่อมระงับ⁷⁶ ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อมีการเลิกสัญญาแล้วย่อมมีผลเป็นการระงับความผูกพันของสัญญาย้อนหลังขึ้นไปถึงครั้งแรกที่เข้าทำสัญญา เสมือนหนึ่งไม่มีการทำสัญญากันเลย⁷⁷ ฐานใดๆที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่อีกต่อไป⁷⁸ กฎหมายจึงกำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยการคืนสิ่งที่แต่ละฝ่ายรับไว้ให้กับอีกฝ่ายหนึ่งทั้งหมด⁷⁹ การเลิกสัญญาตามนัยนี้ (to rescind) ใช้สำหรับสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาต้องปฏิบัติเพียงครั้งเดียวคราวเดียว⁸⁰ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาให้ เป็นต้น

ส่วนอีกนัยหนึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยระงับความผูกพันในอนาคต (to terminate) ซึ่งใช้สำหรับสัญญาที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันและก่อนนี้ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาดังกล่าว กล่าวคือ มีหนี้ที่จะต้องชำระกันหลายครั้งโดยพิจารณาจากลักษณะหรือสภาพของสัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาตั้งหุ้นส่วนบริษัทสมาคม เป็นต้น สัญญาดังกล่าว เมื่อมีการเลิกกันแล้วก็ทำให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง และไม่มีการย้อนหลังหรือไม่มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม⁸¹ สิ่งใดที่ชำระหนี้กันไปในอดีตก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะหากกำหนดให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอาจทำให้เกิดการ

⁷⁶ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 173.

⁷⁷ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 509.

⁷⁸ จำปี ไชติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 372.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติว่า "เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่ยึดเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่"

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นภาระงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะขอใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น..."

⁸⁰ ลำเรียง เมฆเกรียงไกร และนที ทองดี, คำบรรยายกฎหมายนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 179.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-179.

ได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นได้⁸² หนี้ตามสัญญาที่เกิดขึ้นแล้วไม่ระงับเพราะการเลิกสัญญา แต่จะระงับไปตามบทบัญญัติว่าด้วยความระงับแห่งหนี้⁸³

เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก่อความเสียหายแก่เจ้าหนี้ จึงมีความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้นและเป็นการก่อหนี้ใหม่โดยอำนาจกฎหมาย ซึ่งจะต้องใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้⁸⁴ "ค่าเสียหาย" จึงหมายถึงจำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เป็นการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น⁸⁵ ซึ่งค่าเสียหายที่เจ้าหนี้จะเรียกได้นั้นมี 2 ชนิด คือ⁸⁶

1. ค่าขาดทุน อันเป็นความเสียหายซึ่งเจ้าหนี้ขาดไปจากทรัพย์สินของตน
2. ค่าขาดกำไร อันเป็นความเสียหายที่เจ้าหนี้ขาดทุนทางที่จะได้เพิ่มขึ้นในทรัพย์สินของตน

ความเสียหายซึ่งเป็นการ "ขาดทุน" คือ ความสูญเสียที่เจ้าหนี้ได้เสียไปจริง อันเป็นความเสียหายในแง่ลบ (negative) ซึ่งตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นอาจเป็น "ความสูญเสียที่คาดหวัง" (expectation loss) หรือเป็น "ความสูญเสียที่เชื่อถือ" (reliance loss) ก็ได้ ส่วนความเสียหายซึ่งเป็นการ "ขาดกำไร" เป็นความสูญเสียที่คาดว่าจะได้รับ อันเป็นความเสียหายในแง่บวก (positive) ซึ่งตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็น "ความสูญเสียที่คาดหวัง"⁸⁷

หากสัญญานั้นมีความรัดกุม คู่สัญญามักจะระงับข้อสัญญาเกี่ยวกับการเยียวยากรณีผิดสัญญาไว้ โดยตกลงกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

⁸² จำปี โสติพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 376.

⁸³ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 496.

⁸⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 45.

⁸⁵ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 153.

⁸⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 63.

⁸⁷ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 154-155.

พาณิชย์เรียกว่า “เบี้ยปรับ”⁸⁸ เมื่อเกิดการผิดสัญญาและมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ทำให้ไม่ต้องยุ่งยากในการหาพยานหลักฐานมาแสดงว่าการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องนั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้เสียหายเพียงใด⁸⁹ โดยให้ถือว่าเจ้าหนี้เสียหายเท่ากับจำนวนเบี้ยปรับที่ได้ตกลงกันไว้ แต่หากลูกหนี้นำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างได้ว่าค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าหรือเบี้ยปรับนี้สูงเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริง ดังนี้ ศาลย่อมมีอำนาจลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้⁹⁰ และในทางตรงข้ามหากความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ที่สูงกว่าจำนวนเบี้ยปรับ เจ้าหนี้อาจสามารถนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์เพื่อเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมได้⁹¹

แต่หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกำหนดค่าเสียหายกันไว้ล่วงหน้า ดังนี้ เมื่อมีการผิดสัญญาก็ย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใด เพื่อให้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้แก่ตน แต่หากเจ้าหนี้นำสืบไม่ได้ว่าเสียหายไปจำนวนแน่นอนเท่าใด ศาลย่อมสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดี⁹²

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า หนี้ที่มีบ่อเกิดจากสัญญานี้ อาจแบ่งลักษณะของหนี้ ออกได้เป็น 2 ลักษณะด้วยกัน คือ “หนี้โดยตรง” (Primary obligation) หรือบางครั้งก็เรียกว่า “หนี้ตามที่ตกลงกันไว้” (Agreed obligation) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งข้อสัญญาที่ได้ตกลงทำกันขึ้น และอีกลักษณะหนึ่งเรียกว่า “หนี้โดยอ้อม” (Secondary obligation) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายให้ใช้

⁸⁸ ตามหลักกฎหมายไทยนั้น “ค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้า” หรือ “Liquidated Damages” กับ “เบี้ยปรับ” หรือ “Penalty” นั้น ศาลถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นอันเดียวกันไม่มีความแตกต่างกัน เพราะในที่สุดย่อมถือความเสียหายที่แท้จริงมาเป็นมูลฐานเงินเบี้ยปรับ โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติเรื่องเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 ถึง 385 แล้วจะเป็นการเอาลักษณะการกำหนดค่าเสียหายล่วงหน้ากับโทษมารวมกัน เบี้ยปรับจึงมีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้า โปรดดู ไซยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 424.

⁸⁹ จีดี เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า 294.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 383 วรรคหนึ่ง.

⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 380 วรรคท้าย.

⁹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1477/2515.

ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้และผลของการไม่ชำระหนี้ นั้นเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้⁹³

ทั้งนี้ การที่คู่สัญญาจะตัดสินใจเลือกที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญาย่อมต้องพิจารณาถึงประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากสัญญานั้นโดยการเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญากับความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา

2.3.1 การปฏิบัติตามสัญญา

หากปรากฏว่าต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญานั้นต่ำกว่าความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา ดังนี้ คู่สัญญาย่อมมีเหตุจูงใจที่จะปฏิบัติตามสัญญามากกว่าจะประพฤติผิดสัญญา ซึ่งอาจแสดงได้ดังนี้

ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา < ความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา → ปฏิบัติตามสัญญา

2.3.2 การผิดสัญญา

หากปรากฏว่าต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญานั้นสูงกว่าความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา ดังนี้ คู่สัญญาย่อมมีเหตุจูงใจที่จะประพฤติผิดสัญญามากกว่าจะปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจแสดงได้ดังนี้

ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา > ความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา → ผิดสัญญา

⁹³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, "หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์, ฉบับพิเศษ อนุสรณ์ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย (2523): 75.

2.4 การปฏิบัติต่อสัญญาในคดีล้มละลาย

2.4.1 ความสำคัญของกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายจัดได้ว่าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ (Economic Law) ที่มีความสำคัญต่อการดำรงไว้ซึ่งความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การที่ลูกหนี้อยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁹⁴ กล่าวคือ มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน จนไม่สามารถที่จะชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ของตนได้นั้น ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากแก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ สามารถส่งผลกระทบกันเป็นลูกโซ่ต่อเนื่องกันไปทั้งระบบได้⁹⁵

ตามปกติเมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้ออมฟ้องร้องให้ศาลบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนถึงเชิง ซึ่งเรียกว่าการฟ้องร้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งสามัญ แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรืออยู่ในสถานะไม่สามารถชำระหนี้ได้ การจะปล่อยให้เจ้าหนี้ต่างตนต่างฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งสามัญบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ทำนอง "ใครมาก่อนยอมได้ก่อน" (first come first serve) ย่อมส่งผลให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย เพราะไม่มีทรัพย์สินเหลือเพียงพอให้เจ้าหนี้ทุกราย ทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า "ปัญหาบ่อน้ำสาธารณะ" (problem of the common pool) โดยเปรียบกองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นเสมือนบ่อน้ำสาธารณะ

⁹⁴ คำว่า "หนี้สินล้นพ้นตัว" (insolvent) ตามนัยกฎหมายไทย เน้นไปที่การเปรียบเทียบระหว่างหนี้สินและทรัพย์สิน แต่ในบางประเทศอาจเน้นไปที่ประเด็นอื่นก็ได้ เช่น ความไม่สามารถชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ (unable to pay its debts as they mature)

⁹⁵ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 17.

ซึ่งหากไม่มีระบบการจัดการที่ดี อาจก่อให้เกิดความสูญเสียมากขึ้นก็ได้⁹⁶ หรือการจะปล่อยให้ลูกหนี้เลือกชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แต่เพียงคนเดียวหรือหลายคนเท่าที่ลูกหนี้พอใจก็ดี ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ประเทศต่างๆรวมทั้งประเทศไทยจึงได้มีการยอมรับเอาแนวความคิดต่างๆภายใต้กฎหมายล้มละลายและได้มีการตรากฎหมายล้มละลายขึ้นเพื่อเป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับเจ้าหนี้ในการบังคับชำระหนี้เอจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้อยู่ภายใต้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และในบางประเทศยังให้ลูกหนี้ที่เห็นว่าตนตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาล ให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเองล้มละลายได้อีกทางหนึ่งด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่สุจริตสามารถทำการชำระสะสางหนี้สินของตนให้เสร็จสิ้นไปเป็นครั้งคราว เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกคนและเพื่อประโยชน์แก่ตัวลูกหนี้เอง⁹⁷

กฎหมายล้มละลายได้สร้างมาตรการที่จะจัดการกับทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดในลักษณะที่ทำการประนีประนอมร่วมกันและในคราวเดียวกัน (Collective Measure)⁹⁸ โดยมีกระบวนการต่างๆในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และนำทรัพย์สินของลูกหนี้เท่าที่ยังมีอยู่ไปแบ่งเฉลี่ยชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ด้วยความเป็นธรรม (Principle of Equality / Pari Passu Principle) อันเป็นการบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้เหล่านั้น มีกลไกในการทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้เกิดมูลค่าสูงสุด เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ การเพิกถอนการฉ้อฉล การเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น การ

⁹⁶ กล่าวคือ เจ้าหนี้แต่ละรายผู้ซึ่งเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตน ต่างก็ต้องพยายามทำให้ตนเองได้รับประโยชน์สูงสุด โดยการทำให้ตนได้รับชำระหนี้คืนมากที่สุด ซึ่งการเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนนี้อาจไม่นำมาซึ่งผลลัพธ์ที่ดีที่สุดเสมอไป เช่น ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตนนั้นขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น กฎหมายล้มละลายจึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาบ่อน้ำสาธารณะ ทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายตระหนักถึงความสำคัญของกองทรัพย์สินของลูกหนี้เสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์สินของตนเอง และทำให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย โปรดดู Douglas G. Baird and Thomas H. Jackson, *Cases, Problems, and Materials on Bankruptcy*, 2nd ed. (Boston: Little Brown and Company, 1990), pp. 31-35.

⁹⁷ ปรีชา พานิชวงศ์, *คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2540), หน้า 1-2.

⁹⁸ วิเศษ วิเศษสุวรรณ์, *กฎหมายฟื้นฟูกิจการ* (กรุงเทพมหานคร: บริษัท วิเศษสุวรรณ์ จำกัด, 2547), หน้า 4-5.

ดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินที่มีภาระเกินควร เป็นต้น ดังนั้น ในความรู้สึกรับรองของบรรดาเจ้าหนี้ การมีกฎหมายล้มละลายจึงเป็นหลักประกันต่อการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ นอกเหนือไปจากที่มีอยู่ในระบบกฎหมายแพ่ง ซึ่งหากไม่มีระบบกฎหมายล้มละลายแล้วย่อมจะทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้เลยก็ได้⁹⁹

นอกจากนี้ ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ต่างก็กำหนดกระบวนการต่างๆที่จะช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงิน โดยมองว่าการที่ลูกหนี้ต้องประสบปัญหาทางการเงินนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ ไม่ใช่สิ่งเลวร้ายหรือเป็นความผิดของลูกหนี้เสมอไป กฎหมายจึงไม่ควรไปซ้ำเติมหรือลงโทษลูกหนี้ที่สุจริต ซึ่งภายใต้กฎหมายล้มละลายอาจแบ่งกระบวนการพิจารณาออกได้เป็นกระบวนการชำระบัญชี (Liquidation Proceedings) และกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization Proceedings)¹⁰⁰ กระบวนการชำระบัญชีมุ่งจัดการรวบรวมจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาแบ่งชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายตามลำดับแห่งหนี้ให้เสร็จสิ้นไป¹⁰¹ โดยมีนโยบายช่วยเหลือลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาให้หลุดพ้นจากหนี้สิน มีโอกาสเริ่มต้นใหม่ทางการเงินได้โดยเร็ว (fresh start)¹⁰² เช่น มีบทบัญญัติให้มีการประนอมหนี้ การยกเลิกการล้มละลาย การปลดจากล้มละลาย เป็นต้น ส่วนกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นมุ่งหมายช่วยเหลือกิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ หากปรากฏว่ามีช่องทางอันสมควรที่จะให้กิจการนั้นคงอยู่ต่อไป¹⁰³

⁹⁹ สุธีร์ ศุภานิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 18.

¹⁰⁰ The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Legislative Guide on Insolvency Law (New York: United Nations Publication, 2005), p. 9. Available from: www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf

¹⁰¹ กระบวนการชำระบัญชีนี้มีความหมายทำนองเดียวกับกระบวนการล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งกระบวนการชำระบัญชีนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น "กระบวนการล้มละลายโดยตรง" (straight bankruptcy) โปรดดู David G. Epstein, Bankruptcy and Other Debtor-Creditor Laws in a Nutshell, 5th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995), p. 135.

¹⁰² Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), p. 4.

¹⁰³ The United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, p. 27.

ในขณะที่เดียวกันกฎหมายล้มละลายก็ได้วางมาตรการควบคุมพฤติกรรมของลูกหนี้ โดยลูกหนี้ที่ทุจริตนั้นจะหลุดพ้นจากหนี้สินยากขึ้น รวมถึงมีบทลงโทษแก่ลูกหนี้นั้น และได้วางมาตรการจำกัดอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อไม่ให้เป็นที่เสียหายแก่กองทรัพย์สิน และทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถไปหลอกลวงประชาชนก่อหนี้สินเพิ่มขึ้นอีก

เมื่อพิจารณาในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ กฎหมายล้มละลายทำให้มีการนำทุนกลับคืนสู่ตลาดโดยเร็ว เพื่อนำทรัพย์สินนั้นกลับไปลงทุนในธุรกิจอื่นเพื่อให้เกิดประโยชน์ที่สูงกว่า และทำให้ลูกหนี้สามารถตั้งตัวใหม่หลังจากหลุดพ้นจากหนี้สิน เป็นผลให้รัฐได้รับภาษีหรือผลงานจากธุรกิจใหม่รวดเร็วขึ้น อันยอมเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ มีคุณประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ประชาชน รวมถึงรัฐด้วย

2.4.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

ประเทศต่างๆอาจมีมุมมองต่อกฎหมายล้มละลายแตกต่างกันไป ซึ่งสามารถจำแนกกว้างๆออกได้เป็น 3 กลุ่ม คือ¹⁰⁴

1. ประเทศที่ให้ความสำคัญแก่เจ้าหนี้ (Pro-creditor)
2. ประเทศที่ให้ความสำคัญแก่ลูกหนี้ (Pro-debtor)
3. ประเทศที่ไม่ให้ความสำคัญแก่กฎหมายล้มละลาย

ประเทศที่ให้ความสำคัญแก่เจ้าหนี้ จะยินยอมให้เจ้าหนี้ปกป้องตนเองเมื่อเกิดการล้มละลาย เช่น การมีหลักประกันเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ การหักกลบบทหนี้ เป็นต้น โดยมองว่าบุคคลควรสามารถที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายอันเป็นผลมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ มิฉะนั้นแล้ว การล้มละลายย่อมก่อให้เกิดภัยพิบัติแก่ทุกคน รวมถึงระบบกฎหมายด้วย

¹⁰⁴ Philip R. Wood, Principles of International Insolvency (London: Sweet and Maxwell, 1995), pp. 2-3.

ประเทศที่ให้ความสำคัญแก่ลูกหนี้ จะมีจุดมุ่งหมายทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้เกิดมูลค่าสูงสุด เพื่อเป็นการเพิ่มพูนทรัพย์สินที่จะนำมาแบ่งชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้ โดยมองว่าลูกหนี้ควรได้รับความช่วยเหลือ และเจ้าหนี้ทั้งหลายควรจะเป็นผู้มีส่วนช่วยเหลือ อีกทั้งการเพิ่มพูนมูลค่ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ยังเป็นการเพิ่มจำนวนเจ้าหนี้ไม่มีประกันด้วย

ส่วนประเทศที่ไม่ให้ความสำคัญแก่กฎหมายล้มละลาย ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศที่เคยปกครองด้วยระบอบคอมมิวนิสต์ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายศาสนาอิสลาม และประเทศที่ไม่มีประเพณีการค้าขาย¹⁰⁵

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคโลกาภิวัตน์ (globalization) เกิดการเจริญเติบโตของความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ การเมือง เทคโนโลยี และวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงระหว่างปัจเจกบุคคล ชุมชน หน่วยธุรกิจ และรัฐบาล ทั่วทั้งโลก ดังนั้น องค์การระดับสากลต่างๆ เช่น องค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ธนาคารโลก (World Bank) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) จึงเข้ามามีบทบาทเพื่อให้กฎหมายของประเทศต่างๆ ไน้มหากันมากขึ้น โดยได้มีการสร้างกฎหมายแม่แบบ (Model Law) หรืออาจอยู่ในรูปของข้อแนะนำ (Guideline)

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายของ UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่ดีไว้ 9 ประการด้วยกัน คือ¹⁰⁶

1. สร้างความแน่นอนให้แก่ระบบตลาดในการพัฒนาความมั่นคงและความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ (Provide certainty in the market to promote economic stability and growth)
2. มีมาตรการในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด (Maximize value of assets)

¹⁰⁵ Ibid., p. 3.

¹⁰⁶ The United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, pp. 10-14.

3. กำหนดดุลยภาพระหว่างกระบวนการชำระบัญชีและกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Strike balance between liquidation and reorganization)
4. มีการจัดการอย่างเป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ในฐานะเดียวกัน (Ensure equitable treatment of similarly situated creditors)
5. จัดการแก้ไขปัญหอันเกิดจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวอย่างไม่ชักช้า มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม (Provide for timely, efficient and impartial resolution of insolvency)
6. มีมาตรการรักษามูลค่าของกองทรัพย์สินเพื่อนำไปแบ่งชำระแก่เจ้าหนี้ด้วยความเป็นธรรม (Preserve the insolvency estate to allow equitable distribution to creditors)
7. กฎหมายล้มละลายต้องโปร่งใสและคาดหมายได้ มีมาตรการที่จะทำให้เกิดการรวบรวมและการกระจายข้อมูล (Ensure a transparent and predictable insolvency law that contains incentives for gathering and dispensing information)
8. ยอมรับในสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ก่อนการเข้าสู่กระบวนการและมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องลำดับหนี้บุริมสิทธิ (Recognize existing creditor rights and establish clear rules for ranking of priority claims)
9. มีกระบวนการในด้านการล้มละลายข้ามชาติ (Establish a framework for cross-border insolvency)

ในการที่จะบรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องมีการวางมาตรการต่าง ๆ ให้มีความสอดคล้องกัน จะต้องทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลาย รวมทั้งต้องทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์เหล่านั้นกับประเด็นทางด้านสังคม การเมือง และนโยบายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอันมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและเป้าหมายของกฎหมายล้มละลาย กฎหมายล้มละลายจะต้องเป็นองค์ประกอบที่ทำให้ระบบกฎหมายนั้นมีความสมบูรณ์ สอดรับกับกฎหมายอื่นๆ แต่หากกรณีแตกต่างกับกฎหมายอื่นแล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ อันจะทำให้กฎหมายล้มละลายของประเทศนั้นๆ มีประสิทธิผลและมีประสิทธิภาพ¹⁰⁷

¹⁰⁷ Ibid., pp. 9-10.

สำหรับประเทศไทยนั้น กฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 7 ประการด้วยกัน คือ

1. ต้องมีกระบวนการจัดการที่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมและคาดหมายได้
2. ต้องมีกลไกในการทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สิน
3. ต้องเปิดโอกาสให้มีการปรับโครงสร้างกิจการหรือฟื้นฟูกิจการในกรณีที่เหมาะสม¹⁰⁸
4. เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้เร็วเร็วขึ้น และเสียค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายน้อยกว่าคดีแพ่งสามัญ
5. เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ถูกบีบบังคับ เร่งรัดหนี้สินด้วยความไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลาย และให้อำนาจศาลที่จะพิพากษายกฟ้องได้เมื่อมีเหตุสมควร เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริต¹⁰⁹
6. ต้องการให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สินโดยเร็วและสามารถตั้งตัวใหม่ได้
7. เพื่อการคุ้มครองสังคม ไม่ให้บุคคลล้มละลายก่อให้เกิดความเสียหายโดยการก่อหนี้ไม่เป็นที่สิ้นสุด¹¹⁰

สำหรับวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเยอรมนี มีดังนี้

กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์อันมาจากนโยบายสำคัญ 3 ประการ คือ¹¹¹

1. นโยบายการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization Policy) โดยมองว่าการให้กิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินยังคงดำเนินกิจการต่อไป อาจก่อให้เกิดมูลค่ามากกว่าการด่วนขาย

¹⁰⁸ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 5.

¹⁰⁹ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 4-5.

¹¹⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 18.

¹¹¹ Richard F. Broude, Theodore L. Freedman, Adam C. Rogoff and others, Collier International Business Insolvency Guide (New York: Matthew Bender & Co., 2001) p. 3/2-3/3.

ทรัพย์สินกิจการนั้น นอกจากนี้ ยังทำให้ลูกจ้างของกิจการนั้นไม่ต้องตกงาน และทำให้บุคคลภายนอกสามารถดำเนินธุรกรรมที่ได้ทำไว้กับลูกหนี้ต่อไปได้

2. นโยบายความเป็นธรรม (Equitable Policy) โดยต้องมีการนำทรัพย์สินไปแบ่งชำระคืนแก่บรรดาเจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับเดียวกันด้วยความเป็นธรรม เช่น มีการเพิกถอนการกระทำที่เป็นการให้เปรียบ เป็นต้น

3. นโยบายการปลดปล่อยจากหนี้สิน (Discharge Policy) คือ ลูกหนี้ที่เข้าสู่คดีล้มละลายและเป็นผู้สุจริตจะได้รับการปลดปล่อยจากหนี้สิน

ส่วนประเทศเยอรมนี ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายไว้ใน Insolvenzordnung (Insolvency Statute) มาตรา 1 ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ¹¹²

1. เพื่อจัดการชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ โดยการชำระบัญชีและแบ่งทรัพย์สิน
2. เพื่อจัดการชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ โดยการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ เพื่อให้กิจการนั้นสามารถดำรงคงอยู่ต่อไป
3. เพื่อให้ลูกหนี้ที่สุจริตมีโอกาสที่จะปลดปล่อยจากหนี้สินส่วนที่เหลืออยู่ได้

จึงเห็นได้ว่า กฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆล้วนแต่มีวัตถุประสงค์ไปให้ทำนองเดียวกัน อันเป็นหลักการพื้นฐาน โดยไม่จำกัดว่าจะจะเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศพัฒนาแล้ว หรือประเทศกำลังพัฒนา

2.4.3 มาตรการในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด

เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด กฎหมายล้มละลายในทุกประเทศจึงมีกลไกที่สร้างขึ้นเป็นพิเศษเพื่อเพิ่มพูนกองทรัพย์สินให้ได้มาก

¹¹² Insolvenzordnung, 1994, Section 1 "The insolvency proceedings shall serve the purpose of collective satisfaction of a debtor's creditors by liquidation of the debtor's assets and by distribution of the proceeds, or by reaching an arrangement in an insolvency plan, particularly in order to maintain the enterprise. Honest debtors shall be given the opportunity to achieve discharge of residual debt."

ที่สุด และหากผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีล้มละลายตระหนักถึงวัตถุประสงค์นี้ จะสามารถบรรเทาความเสียหายแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ทำให้ได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้นและลดภาระหนี้สินลง¹¹³ ซึ่งมาตรการที่เป็นที่ยอมรับกันมากได้แก่¹¹⁴

1. การสร้างมาตรการทวงหนี้จากลูกหนี้ของลูกหนี้โดยไม่ต้องให้มีการฟ้องคดี (Demand of Payment)
2. การกำหนดวิธีการเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉล (Fraudulent Transfer)
3. การกำหนดวิธีการเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น (Preference)
4. กระบวนการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นภาระเกินควร (Burdensome Contracts or Properties)

1. การทวงหนี้โดยไม่ต้องมีการฟ้องคดี

การทวงหนี้ การเรียกคืนทรัพย์สิน และการบังคับให้ชำระหนี้ เป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่จะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด เหตุผลสำคัญคือในขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว การจะต้องเพิ่มค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการติดตามทวงถามหนี้สินจากลูกหนี้ของลูกหนี้ย่อมไม่สมเหตุผล ทำให้กองทรัพย์สินลดน้อยถอยลง เพราะสิ่งที่ทวงถามได้มาอาจได้ไม่เพียงพอกับค่าใช้จ่ายที่เสียไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ลูกหนี้เหล่านั้นเป็นลูกหนี้รายย่อย ประกอบกับการดำเนินการทวงถามมีความจำเป็นที่จะต้องกระทำโดยรวดเร็วเพราะการแบ่งทรัพย์สินในกระบวนการชำระบัญชีเป็นเรื่องที่ต้องรีบดำเนินการโดยไม่ชักช้า เพื่อให้ทรัพย์สินนั้นกลับคืนสู่ตลาดโดยเร็วที่สุด และในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะทำให้สามารถรักษากิจการให้ดำรงคงอยู่ได้

การทวงหนี้ หมายความว่า การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะบังคับตามสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีอยู่เหนือบุคคลอื่น¹¹⁵ ซึ่งสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นนี้เป็น

¹¹³ The United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, p. 10.

¹¹⁴ วิเศษ วิเศษสุวรรณ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 7.

¹¹⁵ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 303.

ทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้¹¹⁶ โดยหากกรณีมีบุคคลใดเป็นหนี้ลูกหนี้หรือมีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในครอบครอง กฎหมายล้มละลายบัญญัติให้บุคคลดังกล่าวต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้หรือส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อรวบรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย¹¹⁷

2. การเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉล

การเพิกถอนการฉ้อฉลเป็นหลักการในการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามหลักในทางแพ่งนั้น การที่ลูกหนี้ทำนิติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ กฎหมายเรียกการกระทำนั้นว่าเป็นการฉ้อฉล เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉลนั้นได้¹¹⁸

ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย นอกจากจะมีวัตถุประสงค์ทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุดแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ที่จะให้บุคคลผู้เกี่ยวข้องสามารถทราบได้แต่แรกว่าสิทธิหน้าที่ของแต่ละบุคคลจะเป็นเช่นไร ในกรณีที่มีความพยายามที่จะทำให้สิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องเปลี่ยนไปโดยการถ่ายเททรัพย์สินหนีกระบวนการจัดการย่อมเป็นเรื่องที่ต้องห้าม¹¹⁹ และเพื่อไม่ให้กองทรัพย์สินลดน้อยลงหรือหมดไป อันส่งผลกระทบต่อการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ทำให้บรรดาเจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย กฎหมายล้มละลายจึงมีมาตรการเพิกถอนนิติกรรมอันมีลักษณะเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่ต้องนำไปฟ้องเป็นคดีแพ่งแยกต่างหาก และได้กำหนดข้อสันนิษฐานไว้เป็นพิเศษซึ่งทำให้ง่ายต่อการพิสูจน์¹²⁰ ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้กลับคืนสู่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

¹¹⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 109(1).

¹¹⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 118, 119, 90/38 และ 90/39.

¹¹⁸ ทวี กสิยพงศ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2536), หน้า 341.

¹¹⁹ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 111.

¹²⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 113, 114 และ 90/40.

3. การเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

การเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่นมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดการปฏิบัติแก่เจ้าหนี้แต่ละรายต่างกันโดยไม่เป็นธรรม และทำให้บุคคลผู้เกี่ยวข้องสามารถทราบได้แต่แรกว่าสิทธิหน้าที่ของแต่ละบุคคลจะเป็นเช่นไร มาตรการนี้มุ่งมองที่เจตนาของลูกหนี้ว่าในการปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้มีความมุ่งหมายให้เจ้าหนี้นั้นได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่นกว่าอีกนัยหนึ่ง เป็นการที่ลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยเลือกปฏิบัติตนเอง¹²¹ อาจเป็นการโอนทรัพย์สินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้บางรายทำให้กรรมสิทธิ์ขาดไปจากลูกหนี้ หรืออาจกระทำการใดๆทำให้เกิดภาวะขึ้นกับทรัพย์สิน เช่น การนำทรัพย์สินปลอดภาระผูกพันไปให้เป็นหลักประกันหนี้เดิมหรือดำเนินการในลักษณะอื่นที่มีความคล้ายคลึงกัน

การที่เจ้าหนี้บางรายได้รับชำระหนี้ไปย่อมมีผลกระทบต่อถึงสัดส่วนที่เจ้าหนี้อื่นพึงจะได้รับ เนื่องจากทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ในเวลานั้นอาจไม่เพียงพอที่จะชำระให้แก่เจ้าหนี้ทุกคนเต็มจำนวนได้ และเป็นผลให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันในระหว่างเจ้าหนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ต้องเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นเพื่อนำทรัพย์สินของลูกหนี้กลับคืนสู่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย¹²² แล้วนำมาแบ่งเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายด้วยความเป็นธรรม ซึ่งเจ้าหนี้ที่ได้รับความเสียหายเพราะการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆถูกเพิกถอนสามารถขอรับชำระหนี้ได้¹²³ ทั้งนี้เพราะแม้การรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะมีลักษณะต้องห้ามในแนวความคิดเรื่องการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ในภาพรวมอย่างเป็นธรรม แต่กรณียังไม่ใช่เป็นเรื่องกลโกง (fraud) เพราะเจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้คืน การเพิกถอนนี้จึงเป็นเพียงการทำให้เจ้าหนี้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนมีการปฏิบัติที่เป็นการให้เปรียบต่อกัน¹²⁴

¹²¹ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 166.

¹²² พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 115, 116 และ 90/41.

¹²³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 92 และ 90/26 วรรคสอง.

¹²⁴ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 114.

4. การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นภาระเกินควร

แนวความคิดอีกประการหนึ่งที่จะรักษามูลค่าของกองทรัพย์สินให้ดำรงคงอยู่สูงสุด ลดภาระแก่กองทรัพย์สิน อีกทั้งในกรณีของการฟื้นฟูกิจการยังเป็นการรักษากิจการของลูกหนี้ให้อยู่รอด สามารถดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการต่อไปได้ คือการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินโดยการบอกปิดสัญญาหรือทรัพย์สินที่มีภาระเกินควร¹²⁵ มาตรการนี้มุ่งที่จะทำให้สัญญาบางประเภทซึ่งอาจจะไม่มีความจำเป็นที่กองทรัพย์สินหรือกิจการต้องรับภาระดำเนินการต่อไปสิ้นสุดลง¹²⁶ หรือทำให้กองทรัพย์สินหรือกิจการไม่ต้องแบกรับภาระในทรัพย์สินนั้น

ในการบอกปิดสัญญาหรือทรัพย์สินนี้หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้¹²⁷ อันเป็นการแปลงสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไปเป็นการชำระหนี้ค่าเสียหาย ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้ามาอยู่ในกลุ่มเจ้าหนี้ธรรมดาหรือเจ้าหนี้ไม่มีประกัน¹²⁸ โดยได้รับชำระหนี้ค่าเสียหายเฉลี่ยตามส่วนแห่งหนี้ (Pro Rata Rule / Ratable Damages Rule) อันเป็นการทำให้เจ้าหนี้ที่อยู่ในฐานะเดียวกันได้รับชำระหนี้อย่างเท่าเทียมกัน (Principle of Equality / Pari Passu Principle) และคู่สัญญาเหล่านั้นจะสามารถนำเอาทรัพย์สินเหล่านั้นไปทำสัญญากับบุคคลอื่นต่อไปได้¹²⁹

¹²⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 112 และ 90/41 ทวิ.

¹²⁶ วิเศษ วิชาญ สรรพ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 115.

¹²⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 122 วรรคสอง และ 90/41 ทวิ วรรคท้าย.

¹²⁸ Philip R. Wood, Principles of International Insolvency, p. 61.

¹²⁹ วิเศษ วิชาญ สรรพ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 115.

2.4.4 ประเภทของสัญญาที่ลูกหนี้ได้ทำขึ้นก่อนล้มละลาย¹³⁰

สัญญานั้นอาจแบ่งออกได้หลายประเภท โดยอาจแบ่งตามชื่อ แบ่งตามค่าตอบแทน แบ่งตามการตอบแทนในทางทรัพย์สิน แบ่งตามจำนวนบุคคลที่เป็นคู่สัญญา แบ่งตามแบบ เป็นต้น แต่เมื่อจะพิจารณาในแง่กฎหมายล้มละลายเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาแล้ว อาจแบ่งสัญญาออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. Executory contract และ
2. Executed contract

สัญญาใดจะเป็น Executory contract หรือ Executed contract ย่อมมุ่งพิจารณาถึงการชำระหนี้ หรือสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีต่อกันเป็นสำคัญ โดยสัญญาประเภท Executory contract นั้น มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน เช่น

Patrick S. Atiyah อธิบายว่า "Executory contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างยังไม่ได้ชำระหนี้ให้แก่กัน...หรือต่างยังไม่ได้ชำระหนี้อันเป็นสาระสำคัญของสัญญา"¹³¹

ศาสตราจารย์ Thomas H. Jackson อธิบายว่า "Executory contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ"¹³²

¹³⁰ การล้มละลายของลูกหนี้จะเริ่มต้นมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หรืออาจเริ่มมีผลตั้งแต่วันที่ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอ หรืออาจเริ่มมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งรับคำฟ้องหรือคำร้องขอ เป็นต้น ซึ่งมีผลต่ออำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่สถานภาพการเป็นบุคคลล้มละลายจะเริ่มต้นขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ล้มละลายแล้ว ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 763/2527 (ประชุมใหญ่)

¹³¹ P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, p. 48

¹³² Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 105.

ศาสตราจารย์ Vern Countryman ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า "Executory contract คือ สัญญาซึ่งหนึ่งของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอันได้แก่ลูกหนี้ในคดีล้มละลายกับคู่สัญญาอีกฝ่ายยังมีได้มีการชำระให้แก่กัน ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญายอมก่อให้เกิดการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ อันทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน"¹³³

ศาลล้มละลายสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "Executory contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้แก่กัน"¹³⁴

นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความหมายของ Executory contract ไว้ว่าเป็นสัญญาซึ่งสาระสำคัญแห่งหนึ่งยังมิได้ปฏิบัติให้เสร็จสิ้น แต่ลูกหนี้ล้มละลายเสียก่อน¹³⁵

อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความหมายแตกต่างไปบ้าง เช่น Daniel V. Davidson และคณะ อธิบายว่า "Executory contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้นยังมิได้ชำระหนี้ตามข้อตกลงหรือข้อสัญญาให้เสร็จสิ้นไป"¹³⁶

ส่วนสัญญาประเภท Executed contract นั้น มีผู้ให้ความหมายไว้แตกต่างกันไปบ้าง เช่น

¹³³ Vern Countryman, "Executory Contracts in Bankruptcy (pt. 1)," Minnesota Law Review 57 (1973): 460. cited by Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, p. 105.

¹³⁴ Administrative Office of the United States Courts, Bankruptcy Judges Division, Bankruptcy Basics, p. 74. Available from: <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankbasics04606.pdf>

¹³⁵ เขียววิทย์ ชัยชูลี, "ปัญหาผลบังคับจากข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลาย (Ipso Facto Clause)," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 108.

¹³⁶ Daniel V. Davidson, Brenda E. Knowles and Lynn M. Forsythe, Business Law: Principles and Cases in the Legal Environment, p. 226.

Patrick S. Atiyah อธิบายว่า "Executed contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาต่างได้มีการชำระหนี้ตามสัญญาเสร็จสิ้นแล้ว หรือแม้แต่มีการชำระหนี้บางส่วนแล้ว"¹³⁷

Daniel V. Davidson และคณะ อธิบายว่า "Executed contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างได้ชำระหนี้ตามข้อตกลงหรือข้อสัญญาเสร็จสิ้นทุกข้อแล้ว"¹³⁸

นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความหมายของ Executed contract ไว้ว่าเป็นสัญญาซึ่งสาระสำคัญแห่งหนี้ได้ปฏิบัติเสร็จเรียบร้อยแล้ว แต่ลูกหนี้ยังมีได้ปฏิบัติการในรายละเอียด แต่ลูกหนี้ล้มละลายเสียก่อน¹³⁹

ตามกฎหมายล้มละลาย เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวมีอำนาจในการรวบรวมและจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ลูกหนี้อย่อมหมดอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตน เว้นแต่จะได้กระทำตามคำสั่งหรือความเห็นชอบของศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้จัดการทรัพย์ หรือที่ประชุมเจ้าหนี้¹⁴⁰ ดังนั้น หากลูกหนี้ไปก่อสัญญาอันกระทบต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย สัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150¹⁴¹

¹³⁷ P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, p. 48.

¹³⁸ Daniel V. Davidson, Brenda E. Knowles and Lynn M. Forsythe, Business Law: Principles and Cases in the Legal Environment, p. 228.

¹³⁹ เรียงวิทย์ ชัยชูลี, "ปัญหาผลบังคับจากข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลาย (Ipsa Facto Clause)," หน้า 108.

¹⁴⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 22 และ 24.

¹⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 4238/2539.

ส่วนสัญญาที่ลูกหนี้ได้ทำขึ้นก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือก่อนล้มละลายนั้น ถ้าไม่มีบทกฎหมายบัญญัติว่าให้เป็นอันระงับไปโดยเหตุแห่งการล้มละลายของคู่สัญญาแล้ว สัญญานั้นยังคงผูกพันต่อกันอยู่¹⁴² สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาหาได้ระงับสิ้นไปไม่ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้คือ

1. หากสัญญานั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้เสร็จสิ้นแล้ว คงเหลือแต่ลูกหนี้ที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้เท่านั้น¹⁴³ เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ ทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาจากการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมตกเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้¹⁴⁴ และคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (กรณีนี้สัญญาที่ลูกหนี้ไม่ได้ให้หลักประกันใดๆไว้) จึงไม่ใช่เรื่องที่ต้องมาพิจารณาว่าควรจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น โดยหากเป็นหนี้เงินคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้¹⁴⁵ แต่หากเป็นหนี้กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่เงิน คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจฟ้องเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นจำเลย¹⁴⁶ หรืออาจยื่นคำร้องต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้ปฏิบัติการชำระหนี้ให้¹⁴⁷

2. หากสัญญานั้น ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเสร็จสิ้นแล้ว คงเหลือแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายเท่านั้น¹⁴⁸ เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ สิทธิเรียกร้องตามสัญญานี้ย่อมตกเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจในการทวงหนี้จากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ จึงไม่ใช่เรื่องที่ต้องมาพิจารณาว่าควรจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น

¹⁴² หลวงสารกิจปริชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, (พระนคร: นำเขียนการพิมพ์, 2513), หน้า 177.

¹⁴³ Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, p. 106.

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 109(1).

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 27.

¹⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1517/2525.

¹⁴⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 113.

¹⁴⁸ Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, p. 106.

3. หากสัญญานั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญให้แก่กัน เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ สัญญาดังกล่าวจึงได้รวมเอาไว้ทั้งสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้อันเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลาย กับหน้าที่ของลูกหนี้อันเป็นหนี้สินที่กองทรัพย์สินต้องรับภาระ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่าควรจะปฏิบัติต่อสัญญาประเภทนี้อย่างไร ควรจะรับเอาไว้หรือบอกปิดสัญญานั้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด

เมื่อพิจารณาจากความหมายที่มีผู้ให้ไว้ดังกล่าวข้างต้นประกอบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายล้มละลายแล้ว จึงอาจสรุปได้ว่า Executory contract คือ สัญญาต่างตอบแทนซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้แก่กันในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา ส่วน Executed contract คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้ชำระหนี้ตามสัญญาในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญแล้ว

2.4.5 การรับเอาสัญญาหรือการบอกปิดสัญญา

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า มาตรการอย่างหนึ่งที่จะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุดและสร้างความเสมอภาคกันในบรรดาเจ้าหนี้ที่อยู่ในฐานะเดียวกันนั้นได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นภาระเกินควร อันเป็นกลไกพิเศษที่กฎหมายล้มละลายได้สร้างขึ้นมา ด้วยเหตุนี้ แม้บทบัญญัติแห่งกฎหมายล้มละลายจะแตกต่างไปจากหลักในทางแพ่งอันเป็นบททั่วไป ก็ต้องบังคับตามกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับเฉพาะบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ ตามสุภาษิตลาตินที่ว่า “Specialis Generalebus Derogat” หรืออาจเรียกว่า หลักกฎหมายพิเศษมาก่อนกฎหมายทั่วไป¹⁴⁹

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายล้มละลายจะได้บัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการไว้โดยละเอียดแล้ว การศึกษากฎหมายล้มละลายก็ยังคงเกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความและ

¹⁴⁹ สมยศ เชื้อไทย, คู่มือศึกษาวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534), หน้า 96.

กฎหมายแพ่งสารบัญญัติอย่างใกล้ชิด โดยในกรณีที่กฎหมายล้มละลายไม่ได้บัญญัติหรือไม่มีข้อกำหนดในเรื่องนั้นๆไว้ กฎหมายล้มละลายบัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงแล้วแต่กรณีมาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁵⁰ และในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล การก่อให้เกิดหนี้ หรือที่มาแห่งหนี้ที่จะมาเป็นมูลฟ้องในคดีล้มละลายนั้นจะต้องอาศัยกฎหมายแพ่งสารบัญญัติในการพิจารณา

ในทางกฎหมายแพ่ง สัญญาเป็นมูลอย่างหนึ่งในการก่อให้เกิดหนี้ เมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้วย่อมผูกพันคู่สัญญาให้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ซึ่งหนี้หรือสิทธิเรียกร้องนี้เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้¹⁵¹ และรวมเข้าไว้ในกองทรัพย์สิน (patrimoine)¹⁵² ของบุคคลแต่ละบุคคล กล่าวคือ อยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในอันที่จะต้องกระทำการตามหนี้นั้น และอยู่ในกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับผลของหนี้¹⁵³

การที่หนี้ตามสัญญาจะระงับได้นั้นย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปว่าด้วยความระงับแห่งหนี้อันได้แก่ การชำระหนี้ การปลดหนี้ การหักกลบลบหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ และหนี้เคลื่อนกลิ้งกัน นอกเหนือจากหลักทั่วไปแล้ว ยังมีอีกทางหนึ่งทีหนี้จะระงับได้คือ การเลิกสัญญา โดยอาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมที่จะเลิกสัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หรือกรณีที่คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาและได้ใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น นอกจากนี้ การที่สัญญาเลิกกันอาจเกิดจากมีกฎหมายบัญญัติไว้กรณีใดกรณีหนึ่งให้สัญญานั้นระงับสิ้นไป เช่น เพราะเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นบุคคลล้มละลาย ดังที่ปรากฏในสัญญาตัวแทน ตาม

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542, มาตรา 14.

¹⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 138.

¹⁵² กองทรัพย์สินในที่นี้หมายความว่าถึงกองมรดก ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1600 บัญญัติไว้ว่า กองมรดกของผู้ตาย ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้

¹⁵³ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 1.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 826 วรรค 2 และสัญญาเข้าหุ้นส่วนสามัญ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1055(5) เป็นต้น

หากยังไม่ต้องด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าวข้างต้น หนี้ตามสัญญานั้นย่อมยังไม่ระงับสิ้นไป ดังนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะผิดนัดไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ชำระหนี้ อันเป็นการผิดสัญญาก็ตาม หรือแม้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะตกเป็นบุคคลล้มละลายก็ตาม สัญญานั้นก็ยังคงมีผลผูกพันกันอยู่

ในทางกฎหมายล้มละลาย เมื่อศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้แล้ว ทรัพย์สินต่างๆของลูกหนี้ (Assets of the debtor) หรือถือเสมือนว่าเป็นของลูกหนี้ย่อมเปลี่ยนสถานะมาเป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย (Insolvency estate) อำนาจในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ย่อมตกอยู่แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้จึงไม่มีสิทธิที่จะจัดการตามสัญญานั้นเองได้ โดยสัญญามักจะรวมเอาไว้ทั้งสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้อันเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลาย กับหน้าที่ของลูกหนี้อันเป็นหนี้สินที่กองทรัพย์สินต้องรับภาระ ดังนั้น สัญญาจึงต่างจากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย กล่าวคือ กองทรัพย์สินจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อที่จะได้สิทธิตามสัญญานั้นมา¹⁵⁴ หากมีการรับเอาสัญญานั้นกองทรัพย์สินก็มีความรับผิดชอบชำระหนี้ตามสัญญานั้นเต็มจำนวน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายล้มละลายจึงได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (Insolvency Representative) ในการปฏิบัติต่อสัญญาเหล่านั้นโดยการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินซึ่งในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็มีมาตรการนี้เช่นเดียวกัน¹⁵⁵ เพื่อเป็นการรักษากิจการของลูกหนี้ให้อยู่รอด สามารถดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการต่อไปได้ และทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น

¹⁵⁴ The United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency Law, p. 120.

¹⁵⁵ มาตรการในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาในกระบวนการล้มละลายและกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันพอสมควร ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเลือกใช้กระบวนการใดกระบวนการหนึ่งเพียงความได้เปรียบของวิธีพิจารณาเท่านั้น โปรดดู วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 115.

ในการพิจารณาว่าควรจะได้รับเอาหรือบอกปิดสัญญา นั้น มีหลักที่ใช้อยู่ด้วยกัน 4 หลัก คือ¹⁵⁶

1. The "Business Judgment" Standard
2. The "Burdensome" Standard
3. "Balancing" Test
4. The Claim of the Non-Debtor Party

1. The "Business Judgment" Standard

หลักนี้ใช้การตัดสินใจในเชิงธุรกิจเป็นมาตรฐานในการตัดสินว่าควรจะได้รับเอาหรือบอกปิดสัญญา โดยพิจารณาว่ากองทรัพย์สินควรจะลงทุนในสัญญานั้นหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองกองทรัพย์สินทำให้ไม่ต้องถูกผูกมัดในการลงทุนที่อาจไม่เหมาะสมหรือไม่ให้ประโยชน์โดยไม่ตั้งใจ ในขณะที่เดียวกันก็ให้โอกาสที่จะลงทุนในสัญญาที่เหมาะสมหรือให้ประโยชน์¹⁵⁷

การตัดสินใจเช่นนี้ไม่ต่างอะไรกับการที่ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายต้องตัดสินใจในการลงทุนเรื่องอื่นๆ ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ในระหว่างการรับเอาและการบอกปิดสัญญา ทางใดจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด ในอันที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น อันเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

2. The "Burdensome" Standard

ถึงแม้หลัก "Business Judgment" จะเป็นที่แพร่หลาย แต่ก็มีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสัญญาที่มีเหตุอันควรบอกปิดได้นั้นต้องเป็นสัญญาที่ "เป็นภาระเกินควร" แก่กองทรัพย์สินในลักษณะที่หากมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปย่อมเป็นที่เสียหายแก่กองทรัพย์สิน โดยศาลมักใช้

¹⁵⁶ Michael T. Andrew, "Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'Rejection'," *University of Colorado Law Review* 59 (Fall 1988): 895-900.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 895.

หลักนี้เพื่อกลับคำสั่งบอกปิดสัญญาของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ภายใต้หลักนี้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายไม่อาจบอกปิดสัญญาได้ เว้นแต่ปรากฏว่าหากมีการปฏิบัติตามสัญญานั้นแล้วยอมทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าลดน้อยถอยลง¹⁵⁸ ดังนั้น สัญญาที่เพิ่มพูนมูลค่ากองทรัพย์สินจึงไม่อาจถูกบอกปิดเพราะอาจมีข้อตกลงที่เป็นประโยชน์มากกว่า หรือเพราะหากลงทุนเป็นประการอื่นจะมีความเหมาะสมมากกว่าหรือเป็นประโยชน์มากกว่า

การบอกปิด (rejection) สัญญานี้มีลักษณะใกล้เคียงกับการไม่ยอมรับทรัพย์สินทั่วไป (abandonment of an asset) ซึ่งมีผลทำให้สัญญาหรือทรัพย์สินนั้นไม่ถูกรวบรวมเข้ามาอยู่ในกองทรัพย์สิน แต่ต่างกันตรงที่สัญญานั้นต่างจากทรัพย์สินอื่นในคดีล้มละลาย กล่าวคือ หากมีการรับเอาสัญญาแล้ว กองทรัพย์สินจะต้องแสวงหาทุนมาเพื่อชำระหนี้ตอบแทนการได้มาซึ่งสิทธิตามสัญญานั้น¹⁵⁹

3. "Balancing Test" Doctrine

ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นมีสิ่งที่จะต้องคำนึงถึงด้วยได้แก่ ผลประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น หลักนี้จึงเป็นอีกหลักหนึ่งที่ศาลนำมาใช้เพื่อกลับคำสั่งบอกปิดสัญญาของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลาย หากปรากฏว่าการบอกปิดสัญญานั้นเป็นผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียหายเกินควรอย่างไม่ได้ส่วนเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่กองทรัพย์สินจะได้รับ¹⁶⁰

อย่างไรก็ตาม อาจมองได้ว่าหลักนี้เป็นการให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่าเจ้าหนี้อื่น เพียงเพราะสัญญานั้นเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่

¹⁵⁸ Jesse M. Fried, "Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy," *Duke Law Journal* 46, 3 (December 1996): 540.

¹⁵⁹ Michael T. Andrew, "Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'Rejection'," *University of Colorado Law Review*: 897.

¹⁶⁰ Jesse M. Fried, "Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy," *Duke Law Journal*: 542.

ต่อกันหรือที่เรียกว่าเป็น Executory contract เท่านั้น โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกันระหว่าง คู่สัญญาของลูกหนี้ในสัญญาที่ต่างฝ่ายต่างยังคงมีหน้าที่ต่อกัน กับคู่สัญญาของลูกหนี้ซึ่งได้ชำระหนี้ในสาระสำคัญให้แก่ลูกหนี้แล้วอันอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของหนี้ไม่มีประกัน กับเจ้าหนี้ของลูกหนี้ซึ่งเกิดจากมูลละเมิดอันอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของหนี้ไม่มีประกันเช่นเดียวกันแล้ว และปรากฏข้อเท็จจริงว่า แต่ละคนจะได้รับความเสียหายอย่างมหันต์หากไม่ได้ชำระหนี้คืนเต็มจำนวน ดังนี้ หากไม่มีหลักเกณฑ์เป็นพิเศษสำหรับเจ้าหนี้สองฝ่ายหลังแล้ว คู่สัญญาของลูกหนี้ในสัญญาที่ต่างฝ่ายต่าง ยังคงมีหน้าที่ต่อกันก็ไม่ควรจะได้รับสิทธิพิเศษแต่อย่างใด

4. The Claim of the Non-Debtor Party

การบอกปิดสัญญานั้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในการเรียกร้องค่าเสียหาย¹⁶¹ ดังนั้น ในการตัดสินใจว่าจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญาโดยใช้หลัก "Business Judgment" จะต้องคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีต่อกองทรัพย์สินอันเกิดจากการบอกปิดสัญญาด้วย ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ¹⁶²

- 1) กรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายต่อกองทรัพย์สิน เนื่องจากมีการรับเอาสัญญา
- 2) กรณีที่สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากมีการบอกปิดสัญญานั้นมากกว่าต้นทุนในการรับเอาสัญญาของกองทรัพย์สิน
- 3) กรณีที่สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากมีการบอกปิดสัญญานั้นเป็นสิทธิที่มีทรัพย์สินในกองทรัพย์สินเป็นหลักประกัน

ในการใช้ดุลพินิจรับเอาหรือบอกปิดสัญญาตามหลักต่างๆข้างต้นนี้ จะต้องพิจารณาให้ดีว่าสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด อันทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้นหรือไม่ ทำให้เกิดความสมดุลในการจัดสรรความเสี่ยง

¹⁶¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 122 วรรคสอง และ 90/41 ทวิ วรรคท้าย.

¹⁶² Michael T. Andrew, "Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'Rejection'," *University of Colorado Law Review*: 900-901.

ในบรรดาผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีล้มละลายและมีการจัดการอย่างเป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ในฐานะเดียวกันหรือไม่ รวมทั้งก่อให้เกิดความคาดหมายได้ในความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ อีกทั้งจะต้องพิจารณาในมุมมองเชิงเศรษฐศาสตร์ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นประโยชน์ต่อกองทรัพย์สินหรือการฟื้นฟูกิจการหรือไม่ ซึ่งอาจอธิบายและยกตัวอย่างพอสังเขปได้ดังนี้

ในเบื้องต้นนั้นสัญญาเกิดจากความสมัครใจของบุคคลซึ่งล้วนแต่เห็นแก่ประโยชน์ของตน ดังนั้น การที่ลูกหนี้เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมทำให้ทั้งสองฝ่ายอยู่ในสถานะที่ดีขึ้น ซึ่งอาจแสดงได้ดังนี้

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ (Contract Price)	=	100
ต้นทุน (Cost) ของคู่สัญญาอีกฝ่าย	=	80
(มูลค่า (Value) ที่ลูกหนี้จะได้รับ)	=	120)

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายได้กำไร (profit) จากสัญญานี้เท่ากับ 20 ส่วนตัวลูกหนี้ก็อยู่ในสถานะที่ดีขึ้นเท่ากับ 20 เช่นกัน ดังนั้น เมื่อไม่มีฝ่ายใดอยู่ในสถานะที่เลวลง สัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้

แต่ต่อมาเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการในคดีล้มละลาย ทำให้ต้องพิจารณาว่าการรับเอาหรือการบอกปิดสัญญานั้นมีผลทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุดหรือไม่ โดยสมมติให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่ากับ 100 โดยมีเจ้าหนี้ไม่มีประกัน 7 รายๆละ 20 ซึ่งอาจอธิบายได้ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1.

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ	=	100
ต้นทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย	=	80 (กำไรที่คาดหวัง = 20)
หากราคาท้องตลาด (มูลค่าที่กองทรัพย์สินจะได้รับ)	=	110

- หากรับเอาสัญญา กองทรัพย์สินจะมีมูลค่า = 110 (เพิ่มขึ้น = 10)
 ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละเอียด (110/7) = 15.71

- หากบอกปิดสัญญา กองทรัพย์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)
 แต่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (ขาดกำไร) = 20
 ดังนั้น เจ้าหนี้เพิ่มขึ้นอีก 1 ราย
 จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละเอียด (100/8) = 12.5

ตัวอย่างที่ 2.

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ = 100
 ต้นทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย = 80 (กำไรที่คาดหวัง = 20)
 หากราคาท้องตลาด (มูลค่าที่กองทรัพย์สินจะได้รับ) = 100

- หากรับเอาสัญญา กองทรัพย์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)
 ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละเอียด (100/7) = 14.28

- หากบอกปิดสัญญา กองทรัพย์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)
 แต่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (ขาดกำไร) = 20
 ดังนั้น เจ้าหนี้เพิ่มขึ้นอีก 1 ราย
 จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละเอียด (100/8) = 12.5

ตัวอย่างที่ 3.

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ = 100
 ต้นทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย = 80 (กำไรที่คาดหวัง = 20)
 หากราคาท้องตลาด (มูลค่าที่กองทรัยพ์สินจะได้รับ) = 90

- หากรับเอาสัญญา กองทรัยพ์สินจะมีมูลค่า = 90 (ลดลง = 10)
 ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (90/7) = 12.85

- หากบอกปิดสัญญา กองทรัยพ์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)
 แต่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (ขาดกำไร) = 20
 ดังนั้น เจ้าหนี้เพิ่มขึ้นอีก 1 ราย
 จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (100/8) = 12.5

ตัวอย่างที่ 4.

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ = 100
 ต้นทุนของคู่สัญญาอีกฝ่าย = 80 (กำไรที่คาดหวัง = 20)
 หากราคาท้องตลาด (มูลค่าที่กองทรัยพ์สินจะได้รับ) = 80

- หากรับเอาสัญญา กองทรัยพ์สินจะมีมูลค่า = 80 (ลดลง = 20)
 ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (80/7) = 11.42

- หากบอกปิดสัญญา กองทรัยพ์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)
 แต่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (ขาดกำไร) = 20
 ดังนั้น เจ้าหนี้เพิ่มขึ้นอีก 1 ราย
 จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (100/8) = 12.5

ตัวอย่างที่ 5.

ราคาตามสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระ	= 100
ต้นทุนของผู้สัญญาอีกฝ่าย	= 80 (กำไรที่คาดหวัง = 20)
หากราคาท้องตลาด (มูลค่าที่กองทรัสต์สินจะได้รับ) = 70	
- หากรับเอาสัญญา กองทรัสต์สินจะมีมูลค่า = 70 (ลดลง = 30)	
ดังนั้น เจ้าหนี้จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (70/7) = 10	
- หากบอกรับสัญญา กองทรัสต์สินจะมีมูลค่า = 100 เท่าเดิม (เพิ่มขึ้น = 0)	
แต่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย (ขาดกำไร)	= 20
ดังนั้น เจ้าหนี้เพิ่มขึ้นอีก 1 ราย	
จึงได้ส่วนแบ่งเฉลี่ยคืนรายละ (100/8)	= 12.5

จากตัวอย่างทั้งห้าดังกล่าวข้างต้น หากใช้หลัก Business Judgment ประกอบกับหลัก The Claim of the Non-Debtor Party จะเห็นได้ว่า ตามตัวอย่างที่ 1. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจรับเอาสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัสต์สินมีมูลค่าเพิ่มขึ้น และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 2. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจรับเอาสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัสต์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 3. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจรับเอาสัญญา ซึ่งแม้จะมีผลทำให้กองทรัสต์สินมีมูลค่าลดลง แต่เจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 4. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจบอกรับสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัสต์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 5. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจบอกรับสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัสต์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

แต่หากใช้หลัก Burdensome จะเห็นได้ว่า ตามตัวอย่างที่ 1. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจรับเอาสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเพิ่มขึ้น และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 2. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจรับเอาสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 3. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจบอกปัดสัญญา ซึ่งแม้จะมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าเดิม แต่เจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ลดลง

ตามตัวอย่างที่ 4. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจบอกปัดสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ตามตัวอย่างที่ 5. ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมตัดสินใจบอกปัดสัญญา ซึ่งมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าเดิม และเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าหากใช้หลัก Business Judgment ประกอบกับหลัก The Claim of the Non-Debtor Party แล้วยอมทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายต่างได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น อันเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด และถ้ามองในแง่ความคาดหมายได้ในความสัมพันธ์ทางสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่าโอกาสที่ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายจะปฏิบัติตามสัญญามีมากกว่าการใช้หลัก Burdensome อีกทั้งการใช้หลัก Burdensome ในบางกรณีอาจเป็นการบิดเบือนประโยชน์ที่ได้รับ เช่น ตามตัวอย่างที่ 3. การตัดสินใจบอกปัดสัญญา แม้จะมีผลทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าเท่าเดิม แต่เจ้าหนี้ทั้งหลายต่างก็ได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ลดลง

นอกจากนี้ การใช้หลัก Business Judgment ประกอบกับหลัก The Claim of the Non-Debtor Party ย่อมทำให้การรับเอาหรือหรือบอกปัดสัญญาเป็นการกระทำที่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายยอมรับเอาสัญญาที่ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาของกองทรัพย์สินนั้นน้อยกว่าประโยชน์ (กำไร) ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ และเปิด

โอกาสให้บอกปิดสัญญาที่ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาของกองทัพสินนั้นสูงกว่าประโยชน์ (กำไร) ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ

แต่หากใช้หลัก Burdensome จะเห็นได้ว่าในบางกรณีอาจเป็นการกระทำที่ไม่มีประสิทธิภาพ เช่น ตามตัวอย่างที่ 3. การบอกปิดสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำที่ไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากเป็นสัญญาที่ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาของกองทัพสินน้อยกว่าประโยชน์ (กำไร) ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับ ซึ่งหากมีการรับเอาสัญญาแล้วเจ้าหนี้ทั้งหลายจะได้รับชำระหนี้คืนเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้มากขึ้น