



## ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหนี้ด้อยสิทธิ (Subordinated Debt) ในประเทศไทย

ในการทำข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ คู่สัญญาอาจประสงค์ที่จะให้ข้อ

ตกลงดังกล่าวสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย จากการศึกษาถึงกฎหมายต่างประเทศจะเห็นว่าแต่ละประเทศจะมีกฎหมายรองรับข้อตกลงดังกล่าวต่างกัน กล่าวคือในประเทอังกฤษ จะพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) หรือไม่ โดยจะพิจารณาเรื่องความเสมอภาคในการชำระหนี้ (Pari Passu) เป็นสำคัญ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นได้มีทฤษฎีทางกฎหมายหลายทฤษฎีรองรับข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ จนในที่สุดได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายล้มละลาย เพื่อให้เกิดความขัดแย้งในการบังคับตามข้อตกลงนี้ ฉะนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าวในประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตลอดจนพระราชบัญญัติล้มละลาย เพื่อที่จะให้ผู้ประสงค์จะทำข้อตกลงประเภทนี้ สามารถที่จะใช้เป็นแนวทางในการร่างข้อตกลงที่จะสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย และทราบถึงข้อแก้ไขในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นจากการทำข้อตกลงดังกล่าว

ทั้งนี้ผู้เขียนได้แบ่งหัวข้อในการพิจารณา เป็นดังนี้

- 5.1 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ
- 5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ
- 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย
- 5.4 ปัญหาอื่นๆที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

## 5.1 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลง

5.1.1 ข้อตกลงในการก่อกำหนดโดยสิทธิ (Subordination Agreement) สามารถทำได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาหรือไม่

ข้อตกลงก่อกำหนดโดยสิทธิมีสาระสำคัญคือ เจ้าหนี้รายหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่ง (เจ้าหนี้อันดับรอง หรือ Junior Creditor, Subordinated Creditor) ตกลงที่จะไม่ยอมรับชำระหนี้ของตน จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นหรือกลุ่มอื่นได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน ซึ่งข้อตกลงนี้ จะมีความสำคัญมากเมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกราย กล่าวคือ หากทรัพย์สินมีพอชำระหนี้สำหรับเฉพาะเจ้าหนี้อันดับแรกและเจ้าหนี้บางรายเท่านั้น เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่มีสิทธิรับชำระหนี้ สำหรับการแสดงเจตนาดังกล่าวของผู้สัญญานั้น กฎหมายจะยอมรับบังคับให้หรือไม่ควรพิจารณาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ดังนี้

### ที่มาของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (L' autonomie de la volonté ) ถือว่าเจตนาเป็นเรื่องศักดิ์สิทธิ์ที่กฎหมายจะต้องบังคับให้ รากฐานของหลักการนี้ เกิดจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกนิยม (individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม เรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)<sup>1</sup> กล่าวคือ ปรัชญา กฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม เห็นว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์เป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งรัฐจะต้องรับรู้และรับรองเสรีภาพส่วนบุคคล โดย

<sup>1</sup> คารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายลักษณะสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 13.

ไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล ประกอบกับหลักในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเป็นหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจที่บุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพไว้แต่บางกรณีที่เป็นการสมควรที่จะวางข้อจำกัดเมื่อเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม แนวความคิดทั้งสองนี้ทำให้เกิดทฤษฎีกฎหมายในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา โดยทฤษฎีนี้ถือว่า<sup>2</sup> บุคคลทุกคนเป็นผู้รู้ถึงฐานะความได้เปรียบเสียเปรียบของตน บุคคลทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่ากัน เพราะมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย การแสดงเจตนาโดยมิใช่เป็นการขัดต่อกฎหมายพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีแล้วย่อมบังคับได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่านิติกรรมจะเกิดได้เมื่อมีเจตนา\* ดังนั้นนอกจากหลักเจตนาที่มีความสำคัญในการก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายแล้ว เสรีภาพในการแสดงเจตนาที่มีความสำคัญยิ่งและท่านอาจารย์จืด เศรษฐบุตร<sup>3</sup> ได้ตั้งข้อสังเกตว่า กฎหมายว่าด้วยหนี้หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายคือ ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่วางฐานะอยู่บนหลักเสรีภาพอย่างลึกซึ้ง อย่างไรก็ตามก็ดี เสรีภาพความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาซึ่งบังคับได้ภายในขอบเขตที่จะไม่ขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชน<sup>4</sup>

<sup>2</sup> เฉราใหม่, ยุติธรรมเสวนา, ดุษฎี, 31 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2527): 1.

\* มาตรา 149 แห่งบ.พ.พ. "นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันตกลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยเจตนา มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ

<sup>3</sup> จืด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 6.

<sup>4</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2474 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), หน้า 9.

### ลักษณะของเสรีภาพ

เนื่องจากคำว่า เสรีภาพในการทำนิติกรรมยืดหยุ่นและกว้างขวางมากจึงได้มีการกล่าวถึงเสรีภาพในลักษณะที่เป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ดังนี้<sup>5</sup>

- (1) เสรีภาพที่จะคิดและตัดสินใจว่าจะกระทำนิติกรรมนั้นหรือไม่
- (2) เสรีภาพที่จะกระทำนิติกรรมนั้นด้วยตัวของเราเอง หรือจะมอบหมายให้บุคคลอื่นไปกระทำนิติกรรมนั้นแทน
- (3) เสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของนิติกรรมนั้นอย่างไรก็ได้
- (4) แม้ในบางครั้ง การกำหนดนั้นอาจแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดก็ได้ ถ้ากฎหมายดังกล่าวนั้นมีข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ใช้ได้
- (5) เสรีที่จะทำนิติกรรมในชนิดที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด
- (6) เสรีภาพที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้
- (7) เสรีภาพที่จะให้เหตุผลส่วนตัวของเราสำหรับการทำนิติกรรมนั้น

### ขอบเขตของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

แม้ว่าความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา จะทำให้นิติกรรมที่ทำโดยเจตนาเป็นกฎหมายอยู่ในตัว แต่ความปลอดภัยของประชาชนเป็นกฎหมายสูงสุด (Salus populi suprema lex)<sup>6</sup> รัฐเป็นผู้ดูแลความปลอดภัยของประชาชนจึงต้องเข้ามาปกป้องดูแลประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชนโดยรวม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหากการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนได้เสียของเอกชนระหว่างกันเองโดยเฉพาะเจตนาของบุคคลในการทำนิติกรรมย่อมมีผลบังคับระหว่างกันอย่างเต็มที่ แต่ถ้านิติกรรมดังกล่าวขัดต่อประโยชน์ของประชาชนจะต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐ

<sup>5</sup>Rescigno P., Manuale del Diritto Privato Italiano (Jovene: Napoli), 1982, P. 82 อ้างถึงใน จาปี โสคติพันธ์, หลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 21-22.

<sup>6</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, หน้า 10.

กฎหมายไทยได้จำกัดขอบเขตหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ดังนี้

1. การใดที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามโดยกฎหมาย หรือพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150)

วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะมีขึ้น<sup>7</sup> ซึ่งคู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องร่วมรู้ในวัตถุประสงค์นั้นด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1500/2531)

วัตถุประสงค์ของนิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้แก่ ชายทาสัญญาภรรยาให้ฝ่ายหญิงตอบแทนการที่หญิงเป็นภรรยาโดยรู้ว่าชายมีภรรยาแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 95/2484) ข้อตกลงซื้อขายที่ดินให้คนต่างด้าว (คำพิพากษาฎีกาที่ 344/2511, 753/2513) ข้อตกลงในการเรียกและยอมให้สินบนนำจับแก่เจ้าพนักงาน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1027/2511 ประชุมใหญ่)

วัตถุประสงค์ของนิติกรรมเป็นการพันวิสัย หมายถึง คู่สัญญาไม่มีทางปฏิบัติได้เลยและเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนก่อนนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2125/2511) ถ้าเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากการก่อหนี้ ไม่ว่าวัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย แต่เป็นเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัย เช่น ทาสัญญาซื้อขายบ้าน ถ้าขณะทาสัญญาบ้านถูกเพลิงไหม้เสียหายทั้งหลัง เป็นเรื่องวัตถุประสงค์เป็นการพันวิสัย แต่หากถูกเพลิงไหม้ภายหลังจากทาสัญญาแล้วจึงไม่สามารถส่งมอบได้เป็นเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัย

วัตถุประสงค์ของนิติกรรมขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้แก่ นิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของการเมืองการปกครองและความยุติธรรม สัญญาให้สินจ้างตอบแทนในการที่ฝ่ายหนึ่งถอนฟ้องคดีอาญา ซึ่งไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัว (คำพิพากษาฎีกาที่ 524/2484, 1181/2491, 3562/2526) ข้อตกลงห้ามนำคดีมาสู่ศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2503) สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ใช้ตำแหน่งช่วยเหลือเพื่อบาเหน็จสินจ้างหรือให้สินบน (คำพิพากษาฎีกาที่ 331/2497) นิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้านครอบครัว เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรมอายุไม่ถึง 30 ปีจะรับบุตรบุญธรรมไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 826/2492) ชายมีภรรยาแล้วตกลงกับหญิงอื่นว่าจะอยู่กินเป็นสามีภรรยา (คำพิพากษาฎีกาที่ 1913/2505)

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

นิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้านเศรษฐกิจ เช่น ข้อห้ามประกอบการแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพจนเป็นการเกินสมควร (คำพิพากษาฎีกาที่ 586/2480, 2548-2549/2533) การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา (คำพิพากษาฎีกาที่ 132/2500)

2. การใดที่มีได้ทำถูกต้องตามแบบกฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโรมะ<sup>8</sup> (มาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ได้แก่ นิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การซื้อขาย (มาตรา 456 วรรค 1) การขายฝาก (มาตรา 491) แลกเปลี่ยน (มาตรา 519) หนังสือบริคณห์สนธิ (มาตรา 1099) การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงระงับกลับคืนมาแห่งทรัพย์สินดังกล่าว (มาตรา 1299 วรรค 1, มาตรา 1301) และข้อกำหนดห้ามโอนอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1702) นิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด (มาตรา 1064, 1078, 1111) และการจดทะเบียนครอบครัวตามบรรพ 5 นิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้ทำหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การตัดค้ำถั่วตัวแลกเงิน (มาตรา 960-962) พิณยกรรมเอกสารฝ่ายเมือง (มาตรา 1658) พิณยกรรมเอกสารลับ (มาตรา 1660) นิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติให้ทำหนังสือโดยกันเอง เช่น การรับสภาพหนี้ (มาตรา 193/140) การร่อนหนี้ (มาตรา 306) การร่อนหุ้น (มาตรา 1129) เป็นต้น

3. การใดที่มีได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคลการนั้นเป็นโรมะ<sup>8</sup> (มาตรา 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ซึ่งได้แก่การใดที่กระทำโดยผู้เยาว์ บุคคลไร้ความสามารถ บุคคลเสมือนไร้ความสามารถหรือบุคคลวิกลจริต

<sup>8</sup>ศักดิ์ สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2536), หน้า 79-80.

ฉะนั้นหากจะพิจารณาว่า ข้อตกลงใจของคู่สัญญาสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่จะต้องพิจารณาจากมาตรา 150, 152, 153 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี กฎหมายยอมให้กระทำนิติกรรมโดยแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ตามมาตรา 151 ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะวัตถุประสงค์ของนิติกรรม ถึงบัญญัติไว้ในมาตรา 150 ดังนั้น การกระทำการตามมาตรา 151 จึงอาจเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรมหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมก็ได้<sup>9</sup>

บทบัญญัติมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นไม่เป็นโทษ"

ดังนั้น การทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิจะบังคับได้หรือไม่ หากเป็นข้อตกลงที่ผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายหากมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจะยอมรับบังคับให้ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นแนวทางเกี่ยวกับการพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวของศาลอังกฤษว่าขัดต่อ public policy หรือไม่

ความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (อังกฤษ Public Policy, ฝรั่งเศส Ordre Public, เยอรมัน Offen liche ordering) กับคำว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน (อังกฤษ good morals, ฝรั่งเศส Bonnes Meocurs, เยอรมัน Gut Sitten)

<sup>9</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

ซึ่งประเทศไทยได้ใช้คำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมกัน<sup>10</sup>

คำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่มีพินยามหรือบทวิเคราะห์ที่ศัพท์ของกฎหมายบัญญัติไว้ จึงมีความหมายไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะนำบทบัญญัติที่ไม่แน่นอนนี้ไปใช้ให้เหมาะสมแก่กรณีและความเป็นธรรม ซึ่งอาจแตกต่างกันตามพฤติการณ์ กาลเทศะและความเหมาะสมเป็นเรื่อง ๆ ไป<sup>11</sup>

พระยาเทพวิฑูร<sup>12</sup> ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า การที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อใดจะต้องด้วยลักษณะที่ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น บัญญัติข้อนี้จะวางโดยเจตนาหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนทั่วไปไม่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว นับว่าอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่ว่ากฎหมายเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนนั้นคือ กฎหมายทั้งหลายซึ่งนับเนื่องอยู่ในพวกที่เรียกว่ากฎหมายมหาชน แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยังมีบทที่นับว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก อาทิเช่นบทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจปกครองครอบครัวบทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สิน หรือเกี่ยวกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกเหล่านี้ เป็นต้น

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

<sup>10</sup>อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน", บทบัญญัติ 32 (2518): 11-12.

<sup>11</sup>มาเรช จรมาศ, "ข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน," ดุลพินิจ 12 (พฤษภาคม 2502): 11.

<sup>12</sup>พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2502), หน้า 407.



พระมณูภาณวิมลศาสตร์<sup>13</sup> เห็นว่า เป็นการพันวิสัยที่จะกล่าววาทสนามัญ หรือผู้พิพากษาจะเห็นว่าอะไรเป็น public policy และจะให้อรรถาธิบายว่า public policy คืออะไรย่อมทำไม่ได้และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่คงที่ ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามอัธยาศัย ความสามารถและโอกาสของประชาชน

ท่านอาจารย์จืด เศรษฐบุตร<sup>14</sup> ได้ให้คำจำกัดความว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนคือหลักบังคับเกี่ยวกับประเพณีซึ่งอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดา เพื่อให้มีอยู่โดยสม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา

ส่วนท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช<sup>15</sup> เห็นว่า ลักษณะที่จะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ยากที่จะหาวิเคราะห์ศัพท์ได้แต่พอจะเห็นว่าเรื่องใดมิได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งพาดพิงถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

กล่าวโดยสรุป คำว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่อาจที่จะให้คำนิยามได้ แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของประชาชนส่วนรวมหรือผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ทั้งนี้ ลักษณะของความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสมเป็นกรณีไป และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจว่า การใดเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม

<sup>13</sup>พระมณูภาณวิมลศาสตร์, "แนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน", บทบัญญัติ 11 (2481): 315.

<sup>14</sup>จืด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมสัญญา เล่ม 1, หน้า 16-18.

<sup>15</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหน้า เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2474 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, หน้า 113.

อันดีของประชาชน ดังนั้นกฎหมายที่มีไว้เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็คือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของประชาชนส่วนรวมหรือผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมนั่นเอง

ลักษณะสำคัญและพิเศษของความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีความยืดหยุ่นนี้ตรงกับลักษณะสำคัญและพิเศษที่สุดของคำว่า Public Policy คือ การที่มีหลักการที่สามารถเปลี่ยนแปลงใช้ได้กับทุกสถานการณ์<sup>16</sup>

สาระสำคัญและหลักเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อาจจำแนกได้ดังนี้<sup>17</sup>

1. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมืองและการปกครอง หมายถึง อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ผู้ใดจะทำความตกลงกันเอง เพื่อให้เป็นผลยกเลิก เปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขอำนาจทั้งสามของรัฐไม่ได้
2. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและครอบครัว เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกโดยทั่วไป จึงเป็นกฎหมายพิเศษคู่สัญญาจึงตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกมิได้
3. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านวิชาชีพเช่น วิชาชีพ ทนายความเป็นวิชาชีพที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนฉะนั้นทนายความทำความตกลงโอนลูกความให้แก่กัน หรือกำหนดค่าจ้างจากทรัพย์สินของลูกความที่ได้รับจากผลคำพิพากษาย่อมทำมิได้
4. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจซึ่งรวมถึงเสรีภาพทางการค้าและด้านอุตสาหกรรมด้วย

<sup>16</sup>G. W. Paton. Jurisprudence, 2nd ed, (London: Oxford Clarendon Pren, 1951), P. 113-115.

<sup>17</sup>อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," :16-27.

5. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หากความตกลงใด ทำให้สูญเสียความเป็นมนุษย์ หรือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ความตกลงนั้นย่อมล้มระ

6. ศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของชนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก ซึ่งหลักศีลธรรมอันดีมีความหมายกว้างขวางมากและยืดหยุ่นได้ โดยทั่วไปมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ หรือทางครอบครัวและกิจการที่กระทบกระเทือนต่อศาสนา เป็นต้น

สำหรับการพิจารณาข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ว่าเป็นข้อตกลงที่ผิดแผกจากกฎหมายหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติทางกฎหมายใดหรือไม่และ บทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวข้องกับ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้แก่ หลักกฎหมายที่มีลักษณะตายตัวเคร่งครัด (jus cogens) ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบ สิทธิเอาไว้โดยเฉพาะ โดยบุคคลใดไม่สามารถที่จะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ถ้ามีการตกลงเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงนั้นเป็นระนะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย<sup>18</sup> ได้แก่

1. บทบัญญัติตามมาตรา 150 แห่งบ.พ.พ. การใดที่มีวัตถุประสงค์ ขัดต่อกฎหมายเป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน
2. บทบัญญัติตามมาตรา 152 แห่ง บ.พ.พ. การใดที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบของกฎหมาย
3. บทบัญญัติตามมาตรา 188 แห่งบ.พ.พ. นิติกรรมที่มีเงื่อนไขไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. บทบัญญัติตามมาตรา 189 แห่งบ.พ.พ. นิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน และเป็นเงื่อนไขที่เป็นการพันวิสัย
5. บทบัญญัติตามมาตรา 190 แห่งบ.พ.พ. นิติกรรมมีเงื่อนไขบังคับก่อนและเป็นเงื่อนไขที่สำเร็จหรือไม่ขัดแล้วแต่ใจของฝ่ายลูกหนี้เท่านั้น

6. บทบัญญัติตามมาตรา 193/1 แห่งป.พ.พ. ข้อตกลงที่ห้างดใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าของอายุความที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นระยะเวลา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1583/2511)

7. บทบัญญัติตามมาตรา 373 แห่งป.พ.พ. ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อถ่วงดุล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน

8. บทบัญญัติตามมาตรา 625 และมาตรา 639 แห่งป.พ.พ. ข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้รับขนเป็นระยะเวลา เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง

9. บทบัญญัติตามมาตรา 656 แห่งป.พ.พ. ข้อสัญญาผู้ยืมที่มีการรับเอาสิ่งของ หรือทรัพย์สินอย่างอื่นแทนอำนาจเงินโดยไม่คิดเป็นจำนวนเท่ากับราคาท้องตลาดแห่งสิ่งของหรือทรัพย์สินนั้นในเวลานั้น และ ณ สถานที่ส่งมอบ

10. บทบัญญัติตามมาตรา 677 แห่งป.พ.พ. ข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของเจ้าสำนักโรงแรมในค่าจ้างความ เว้นแต่ในเดินทางหรือแขกอาศัยจะได้ตกลงโดยชัดแจ้ง

11. บทบัญญัติมาตรา 772 แห่งป.พ.พ. ข้อความตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของนายคลังสินค้าในสัญญาฝากของ โดยไม่มีความตกลงโดยชัดแจ้งของคู่สัญญา

12. บทบัญญัติตามมาตรา 711 แห่งป.พ.พ. การตกลงก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระ ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจ้างเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จ้าง หรือดำเนินการจัดการทรัพย์สินเป็นประการอื่นนอกจากการบังคับจ้าง

13. บทบัญญัติตามมาตรา 224 วรรค 2 ห้ามเรียกดอกเบี้ยซ้อน ดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด และบทบัญญัติ 655 แห่งป.พ.พ. ห้ามเรียกดอกเบี้ยทบต้น เว้นแต่ดอกเบี้ยค้างชำระเกิน 1 ปี และคู่สัญญาตกลงกันเป็นหนังสือ

14. บทบัญญัติของมาตรา 654 ประกอบกับพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

---

18 คาราวร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหา  
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 52.

15. บทบัญญัติแห่งมาตรา 875 แห่งป.พ.พ. การโอนวัตถุที่ได้เอาประกัน  
 ทาให้ช่องแห่งภัยเปลี่ยนแปลงไปหรือเพิ่มหนี้หนักขึ้น สัญญาประกันภัยการ เป็นโรงแฉ
16. บทบัญญัติของมาตรา 922 แห่งป.พ.พ. การสลักตัวแลกเงินโอนแต่  
 เพียงบางส่วน
17. บทบัญญัติแห่งมาตรา 1062 และมาตรา 1269 ข้อตกลงการชำระบัญชี  
 กันเองล่วงหน้าเป็นโรงแฉ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2635/2537) และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยหุ้นส่วนบริษัท  
 ที่ตรงกับหลักมาตรานี้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติไว้ในพ.ร.บ. ลักษณะ เข้าหุ้นส่วนบริษัทศ 130<sup>19</sup>

นอกจากนี้กำหนดเวลาร้องขอเพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่บริษัทจำกัด เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความ  
 สงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 467/2501)

18. บทบัญญัติแห่งมาตรา 1298 แห่งป.พ.พ. การก่อตั้งทรัพย์สินขึ้นเอง  
 รวมถึงมาตรา 251 ในบรรณสิทธิ ซึ่งจะต้องก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้นการตกลงทำ  
 สัญญาจะ เกิดบรรณสิทธิไม่ได้<sup>20</sup>

สำหรับบทบัญญัติที่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่น หรือตกลงกันผิดแผกแตกต่าง  
 กับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หรือที่เรียกว่ากฎหมายที่ไม่ใช่บทบังคับ (jus dispositivum)  
 เนื่องจากกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานอันเบื้องต้น คู่สัญญา  
 อาจตกลงเป็นอย่างอื่นได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อความว่า "เว้นแต่ตกลงกันกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"  
 หรือ "กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อน" ทั้งนี้ บทบัญญัติของกฎหมายไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ  
 ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ได้แก่

<sup>19</sup>ม.ร.ว.เสนีย์, ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ  
หนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 112.

<sup>20</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม  
และหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), หน้า 812.

1. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 214 แห่งป.พ.พ. ข้อตกลงที่ว่าแม้การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยโดยไม่ช้ความผิดของลูกหนี้ ลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบค่าเสียหายไม่เป็นโมฆะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 893/2492, 514/2507, 796/2521, 1107/2525)
2. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 372 วรรคแรก แห่งป.พ.พ. ข้อตกลงว่าอันระหว่างจำเลยชำระราคาเช่าซื้อยังไม่ครบถ้วน รถได้หายไป จำเลยต้องชำระราคาให้แก่โจทก์จนครบถ้วนเป็นการยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 372 วรรคแรก ซึ่งไม่ช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สัญญายอมตกลงเป็นอย่างอื่นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2529) การที่สัญญาซื้อขายระบุไว้ชัดว่าหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ซื้อยอมไม่หมดสิ้นไปเนื่องจากการสูญหายของรถยนต์ ผู้ซื้อจึงยังคงต้องรับผิดชอบชำระราคารถยนต์แก่ผู้ขายจนครบถ้วนเป็นการยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 372 วรรคแรก ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมิช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3728/2535)
3. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 550 แห่งป.พ.พ. ตกลงให้ผู้เช่าทำการซ่อมแซมอันจำเป็น หรือจะไม่ให้มีหน้าที่เช่นนั้นต่อกันเสียเลยได้ เพราะไม่มีข้อเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างไรในการที่ผู้เช่าจะต้องมีหน้าที่เช่นนั้นหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 758/2472, 715/2475, 1299/2480)
4. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 560 แห่งป.พ.พ. เรื่องการบอกเลิกสัญญาเช่ากฎหมายบัญญัติไว้เพื่อเป็นข้อสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญา อันเมื่อไม่มีข้อตกลงกันเป็นอย่างอื่นเท่านั้น มิช้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1623/2492, 64/2520)
5. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 574 กรณีสัญญาเช่าซื้อตกลงว่าผู้เช่าซื้อผิดนัดงดวางงวดหนึ่งผู้ให้เช่าซื้อมีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้ทันที เป็นการตกลงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติมาตรา 574 ซึ่งเป็นเพียงบทสันนิษฐานเจตนาจึงมีผลใช้บังคับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1192/2501 1617/2515, 3842/2526)
6. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 583 แห่งป.พ.พ. การที่โจทก์ให้จำเลยที่ 1 เช่าที่ดินเป็นเวลา 15 ปี โดยมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จะบังคับกันได้หรือไม่ เป็นเรื่องระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 โดยเฉพาะไม่มีผลต่อบุคคลอื่น บทบัญญัติเกี่ยวกับ

การจดทะเบียนการเช่าจึงมีขบถกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดี  
ของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1587/2535)

7. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 582 แห่งบ.พ.พ. ลูกจ้างมีอำนาจที่จะ  
สละเรียกร้องสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าตามมาตรา 582 แห่งบ.พ.พ. ได้เพราะไม่ใช่ว่า  
เงินที่กฎหมายบังคับให้นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเมื่อเลิกจ้าง หรือเป็นกฎหมายอื่นเกี่ยวกับความ  
สงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 5046-5047/2531)

8. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 688 แห่งบ.พ.พ. ข้อสัญญาที่ผู้ค้าประกัน  
สละสิทธิที่จะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนตามมาตรา 688 ใช้นับบังคับได้ (คำพิพากษาฎีกาที่  
5610/2530)

9. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 733 แห่งบ.พ.พ. ข้อสัญญาที่ให้ผู้รับจ้าง  
รับผิดชอบชำระหนี้ไม่พอชำระหนี้ในการบังคับจ้างนอกเหนือมาตรา 733 ไม่ขัดกับบัญญัติ  
เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่กรณีตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้  
(คำพิพากษาฎีกาที่ 474/2502, 1317/2505, 168/2518)

10. ข้อตกลงที่ต่างจากมาตรา 1068 แห่งบ.พ.พ. การที่ผู้เป็นหุ้นส่วน  
ในห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนสัญญาการยอมรับผิดในหนี้ที่มีอยู่ก่อนตนออกจากห้างหุ้นส่วนทั้งหมด  
ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ เพราะระยะเวลา 2 ปี ตามมาตรา 1068 ไม่ใช่ว่าอายุความ  
(คำพิพากษาฎีกาที่ 2613/2523)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลได้นำหลักมาตรา 151 มาใช้บังคับกับ  
ข้อตกลงที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแตกต่างจากสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้  
หากข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ  
ประชาชนแล้ว ศาลจะบังคับให้ตามความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

นอกจากนี้ นิติกรรมสัญญาต่าง ๆ อันเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาเจตนาที่  
จะกำหนดข้อความภายในหรือสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน และประสงค์ที่จะให้เกิดผลบังคับใน  
ทางกฎหมายไม่ถูกจำกัดให้มีได้เฉพาะนิติกรรมที่รู้จักชื่อซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บรรพ 3 เท่านั้น ถ้าเป็นนิติกรรมสัญญาที่ทําขึ้นโดยชอบตามหลักทั่วไปในบรรพ 1 แล้ว ก็ยังมีผล บังคับกันได้โดยบริบูรณ์ ทั้งที่กฎหมายยังไม่รู้จักชื่อโดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2480 ได้วาง หลักว่า การที่คู่กรณีจะทําสัญญากันนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาเข้าในลักษณะ เอกเทศสัญญาตามที่บัญญัติ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสมอไป เมื่อได้ทําถูกต้องตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายก็ ใช้ได้แล้ว ซึ่งท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้มีหมายเหตุท้ายฎีกาดังกล่าวดังนี้

"หลักสาระสำคัญของเบื้องต้นย่อมเป็นที่รับรองกันได้ทั่วไปว่า บุคคลจะแสดง เจตนาทําสัญญาอะไรต่อกันก็ได้ ไม่จำเป็นต้องยึดเยี่ยดําให้เข้าในลักษณะ เอกเทศสัญญาอย่างใดอย่าง หนึ่งตามที่ว่าไว้ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เช่น สัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวาย ที่เคยระบาค อยู่พักใหญ่ ๆ เมื่อไม่นานมานี้ ถึงแม้ว่าจะจัดเข้าในลักษณะ เอกเทศสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ได้ ศาลไทยก็ยังต้องรับบังคับให้ จึงเป็นที่เข้าใจกันอยู่ดีว่า สัญญาที่ศาลจะรับบังคับนั้น จะเป็นสัญญาอะไรก็ได้ ถ้าเจตนาไม่บกพร่อง ไม่ฝ่าฝืนต่อข้อกำหนดข้อห้ามของกฎหมาย ย่อมเป็น สัญญาที่จะฟ้องร้องบังคับกันได้ในศาล"

ตัวอย่างสัญญาไม่มีชื่อได้แก่ สัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวาย นักกฎหมายบางคน พยายามให้เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญาโดยเทียบเคียงว่าเป็นการกู้ยืมเงิน สัญญาเข้าหุ้นส่วน ตัวแทนหรือค้ำประกันแต่ในที่สุดก็ยอมรับกันว่า ถ้าจะต้องให้เข้าตามลักษณะใดในเอกเทศสัญญา อาจเป็นทุกลักษณะรวมกันทั้งหมด หรือไม่เข้าลักษณะใดเลย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1631-1634/ 2508 ได้วางหลักว่า "การเล่นแชร์เบี้ยหวายไม่เป็นการกู้ยืม แม้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้อง ร้องกันได้ การประมูลให้ดอกเบี้ยกัน ถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ดอกเบี้ยในการกู้ยืมเป็นลักษณะการ ประมูลว่า ใครจะให้ประโยชน์สูงกว่ากันเท่านั้น มิได้กำหนดอัตราให้เรียกร้องกันได้โดยใด จึงไม่อยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654"

การเล่นแชร์เบี้ยหวายเกิดขึ้นจากความตกลงกันในระหว่างผู้เล่นจึงเป็น สัญญาชนิดหนึ่ง เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามก็ใช้บังคับได้ แม้จะไม่เป็นการกู้ยืม จำเลยก็มีเหตุที่จะ อ้างได้ว่าจำเลยได้ทรัพย์สินไปโดยไม่มีมูลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย กรณีไม่เป็นลามกฉาวได้"



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6/2517 สัญญาทรัสต์รีซิท(ใบรับสินค้าเชื่อ) เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ใหม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญา แต่เป็นสัญญาซึ่งลูกหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า ซึ่งเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้แก่ธนาคารผู้เป็นเจ้าของหนี้ ตราใบค้ำที่ยังไม่ชำระราคาสินค้าแก่ธนาคาร เจ้าหนี้ ลูกหนี้ก็จะเรียกร้องเอาสินค้าคืนไม่ได้

### 5.1.2 ข้อตกลงในการก่อหนี้โดยสิทธิ (Subordination Agreement)

นั้นขัดต่อหลักกฎหมายบุริมสิทธิหรือไม่

โดยทั่วไปเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ ย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้ ตามสัดส่วนของหนี้แต่ละรายตามหลักทั่วไปในมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กฎหมายได้ให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าหนี้บางรายที่จะให้ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น สิทธิพิเศษดังกล่าวจึงได้ชื่อว่าบุริมสิทธิ ในกรณีเจ้าหนี้รายนั้นกฎหมายให้สิทธิการชำระหนี้เป็นพิเศษได้จากทรัพย์สินของกองทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ เรียกว่า บุริมสิทธิสามัญ แต่ถ้ามีสิทธิชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นจากทรัพย์สินบางชิ้นเท่านั้น เรียกว่า บุริมสิทธิพิเศษ

เนื่องจาก การทำสัญญาก่อหนี้โดยสิทธิ เป็นการตกลงของเจ้าหนี้รายหนึ่งซึ่งยอมรับชำระหนี้เป็นคนสุดท้าย ภายหลังจากเจ้าหนี้รายอื่นไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้อื่นทุกราย (general subordination) หรือ เจ้าหนี้บางราย (Specific subordination) ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้ว การทำสัญญาเช่นว่านี้เป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิโดยสัญญาหรือไม่

#### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 251 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

"ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตนจากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือบทกฎหมายอื่น"

### ข้อพิจารณา

ตามมาตรา 251 ได้บัญญัติว่า การก่อตั้งบุริมสิทธิจะต้องเกิดแต่อำนาจของประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งได้แก่บุริมสิทธิในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 251-289 บุริมสิทธิในบรรพ 5 มาตรา 1598/13 ผู้อยู่ในปกครองมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ปกครองเพื่อชำระหนี้ซึ่งค้างอยู่แก่ตน และอยู่ในบุริมสิทธิตำดับที่ 6 ถัดจากบุริมสิทธิสามัญอย่างอื่นตามมาตรา 253 และบุริมสิทธิในบรรพ 6 มาตรา 1650 ค่าใช้จ่ายเกิดมีนี้เป็นบุณคุณแก่บุคคลใดในการจัดทาศพ ให้เรียกเองได้ตามบุริมสิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 253(2) ส่วนบุริมสิทธิในบทกฎหมายอื่นได้แก่ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 130 ซึ่งเจ้าหนี้จะอ้างบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 881/2517 กรมสรรพากรจะขอรับชำระหนี้ค่าภาษีอากรในคดีล้มละลาย โดยอ้างบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาได้ไม่) ดังนั้น บุคคลทั่วไปจึงไม่อาจก่อตั้งบุริมสิทธิโดยข้อตกลงหรือโดยสัญญา

เพื่อที่จะพิจารณาถึงความแตกต่างของบุริมสิทธิกับข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิจึงวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะทั่วไปดังนี้

#### 1. บุริมสิทธิเป็นทรัพย์สิน เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา

251 "ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้..." คำว่า "สิทธิเหนือทรัพย์สิน" แสดงให้เห็นถึงความเป็นทรัพย์สิน โดยบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นสามารถบังคับยับยั้งต่อบุคคลทั่วไปได้ นอกเหนือจากตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้เฉพาะราย เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิอาจอ้างบุริมสิทธิยับยั้งเจ้าหนี้อื่นที่ไม่มีบุริมสิทธิเท่าเทียมกันได้ ตามกฎหมายกำหนดลำดับแห่งบุริมสิทธิ<sup>21</sup> และผลแห่งบุริมสิทธิ นอกจากนั้น ผู้ทรงบุริมสิทธิยังอาจติดตามเอาทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บุริมสิทธิคืนจากบุคคล

<sup>21</sup>จิตติ ดิงศรัทย์, "หน่วยที่ 5 สิทธิยึดหน่วงและบุริมสิทธิ" ใน เอกสารการสอน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช วิชากฎหมายแพ่ง 2 หนี้, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2528), หน้า 189

ภายนอกได้ ตามความในมาตรา 268 วรรค 2 ถ้าสังหาริมทรัพย์นั้นถูกลักหรือสูญหาย ท่านให้ บังคับตามบทกฎหมายว่าด้วยการแสวงคืนครองทรัพย์<sup>22</sup>

นอกจากนี้ บุริมสิทธินั้นเกิดได้โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น ตาม ความในมาตรา 251 ตอนที่ 1 ว่า "...โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือบท กฎหมายอื่น" ดังเช่น การที่โจทก์จะขอรับชำระหนี้จากที่ดินที่จำเลยเอาโฉนดมาวางเป็นประกัน ต่อศาล ในการขอลูกหนี้การบังคับคดี โดยอ้างว่ามีบุริมสิทธิ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่มี บุริมสิทธิใหม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1673/2511)

อย่างไรก็ดี แม้บุริมสิทธิบางประเภทเกิดจากมูลหนี้ตามสัญญา เช่น มูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ มูลพักอาศัยโรงแรม มูลรักษาสังหาริมทรัพย์ หรือมูลซื้อขายสังหาริมทรัพย์ นั้นสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นไปตามบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญาส่วนบุริมสิทธินั้นไม่ได้เป็นผล โดยตรงจากสัญญาดังกล่าว เพราะแม้จะไม่มีข้อตกลงกันในเรื่องบุริมสิทธิ บุริมสิทธิก็เป็นไปตาม กฎหมายบุริมสิทธิจึงไม่ใช่สิทธิที่เกิดจากสัญญา นอกจากนี้ บุริมสิทธิในมูลค่าภาษีอากรเป็นไปตาม กฎหมายภาษีอากร รัฐย่อมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ได้ตามมาตรา 253 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ โดยไม่ต้องอาศัยสัญญาระหว่างลูกหนี้กับรัฐแต่ประการใด

สำหรับในส่วนข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธินั้น เป็นบุคคลสิทธิ มีผลบังคับ ได้เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น มิอาจอ้างเป็นการทั่วไปได้ เพราะข้อตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองไม่ยอม รับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน นั้น มิได้เป็นการก่อสิทธิเหนือ ทรัพย์สินของลูกหนี้แต่อย่างใด

ข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิสามารถอธิบายได้เป็น 2 ขั้นตอนคือ  
ขั้นตอนแรก เจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้มีหนี้ระหว่างกัน ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องอันเป็น บุคคลสิทธิ มิได้เป็นทรัพย์สิน การที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตนเจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาล

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน.

าให้สิ่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ ตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขั้นตอนที่สอง คือ เจ้าหนี้อันดับรองยังไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นหรือเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ขั้นตอนนี้จะเห็นได้ว่า จากการก่อหนี้ในขั้นแรกแต่มีเหตุการณ์ที่ทำให้เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถเรียกให้ชำระหนี้ดังกล่าวได้ เหตุดังกล่าว คือ เจ้าหนี้รายอื่นหรือเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน หากเจ้าหนี้ดังกล่าวยังไม่ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เจ้าหนี้อันดับรองจะ เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้คนไม่ได้

ทั้งนี้ กฎหมายให้เสรีภาพแก่บุคคลในการทำนิติกรรมรวมทั้งความประสงค์ที่อยู่ใต้นิติกรรมนั้นมีผลทันที หรือประสงค์จะหน่วงหรือเหนี่ยวรั้งไว้ใต้นิติกรรมนั้นเป็นผลหรือให้ผลแห่งนิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วนั้นสิ้นสุดลง ดังนั้น บุคคลย่อมจะแสดงเจตนาดังกล่าวกำหนดไว้ในนิติกรรม โดยอาศัยเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งที่จะเกิดขึ้น หรือเวลาที่ล่วงพ้นไปเป็นข้อกำหนด ข้อตกลงก่อหนี้โดยสัทินั้นเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง เมื่อมีการแสดงเจตนาระหว่างคู่สัญญานิติกรรมจึงได้เกิดขึ้นและมีผลทันที สามารถบังคับได้ในระหว่างคู่สัญญา เพียงแต่เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้ว ดังจะเห็นได้ว่าการชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่ว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนหรือไม่ เหตุการณ์ดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไข(Condition) ประเภทหนึ่ง ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือเงื่อนไขดังกล่าวทำให้ข้อตกลงก่อหนี้โดยสัทินั้นเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไขหรือไม่ ตามมาตรา 182 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดว่าเงื่อนไขบังคับก่อน เป็นการนำเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนมากำหนดความเป็นผลของนิติกรรม ส่วนเงื่อนไขบังคับหลัง เป็นการนำเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนมากำหนดความสิ้นสุดของนิติกรรม ดังนั้นจะ เห็นได้ว่าสำหรับความมุ่งหมายของการตั้งเงื่อนไขบังคับก่อนเป็นการเหนี่ยวรั้งไว้ใต้นิติกรรมเกิดขึ้น(Precedent condition for commencement of the effectiveness of a juristic act) แต่เมื่อทำข้อตกลงก่อหนี้โดยสัทินั้น นิติกรรมได้เกิดขึ้นแล้วและมีผล คู่สัญญาสามารถมีสิทธิเรียกร้องระหว่างกันได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่ใช่นิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน โดยเทียบเคียงกับนิติกรรมบางประเภทที่นิติกรรมได้เกิดขึ้นแล้วแต่มีเงื่อนไขบางพฤติกรรมการตามนิติกรรมบางอย่าง เช่นสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขซึ่งกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน

ยังไม่รอนไปจนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขหรือถึงกำหนดเวลานั้นจะเห็นได้ว่า มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว หากแต่มีเงื่อนไขในการรอนกรรมสิทธิ์เท่านั้นจึงเป็นเรื่องเงื่อนไขในนิติกรรมสัญญาตนเอง<sup>22</sup> ดังนั้นหนี้โดยสิทธิจึงเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขเพราะมีเงื่อนไขในการชำระหนี้ (Condition for enforcement of the performance of obligation) กล่าวคือ หนี้ระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ได้เกิดขึ้นแล้ว แต่เจ้าหนี้อันดับรองไม่อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้จนกว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ผ่านพ้นไปแล้ว

ดังนั้นข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิจึงเป็นเพียงนิติกรรมลักษณะหนึ่งขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่างคู่สัญญาจึงเป็นบุคคลสิทธิกล่าวอ้างได้ในระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น จึงมีความแตกต่างจากบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นทรัพย์สิน

2. บุริมสิทธิเป็นทรัพย์สินประเภทที่เรียกว่า เป็นหนี้อุปกรณ กล่าวคือ ผู้ทรงบุริมสิทธิจะต้องเป็นเจ้าหนี้ จึงต้องมีหนี้ประธานอันเป็นมูลฐานของบุริมสิทธิ เช่น บุริมสิทธินามูลรับขน ต้องมีหนี้รับขนซึ่งเป็นหนี้ประธานเกิดขึ้น และเจ้าหนี้รับขนดังกล่าว มีบุริมสิทธิสำหรับชำระวางพาทะในการรับขนคนโดยสารหรือของและค่าใช้จ่ายอื่นเหนือของและเครื่องเดินทางทั้งหมดอันอยู่ในความครอบครองของผู้รับขน บุริมสิทธิดังกล่าวจึงเป็นหนี้อุปกรณ และมีความสมบูรณ์และคงอยู่ โดยอาศัยหนี้เดิมที่เป็นมูลทำให้เกิดทรัพย์สินนั้นเป็นพื้นฐาน ฉะนั้นนอกจากบุริมสิทธิจะระงับไปโดยเหตุกฎหมายกำหนดไว้สำหรับบุริมสิทธิแต่ละประเภทแล้วบุริมสิทธิยังจะระงับตามหนี้เดิมด้วย จะมีบุริมสิทธิตั้งอยู่โดยไม่มีหนี้เดิมไม่ได้

สำหรับข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธินั้น มิได้มีผลให้เจ้าหนี้อันดับแรกมีบุริมสิทธิเหนือเจ้าหนี้อันดับรอง เนื่องจากลูกหนี้เป็นหนี้เจ้าหนี้อันดับรอง และลูกหนี้ก็เป็นหนี้เจ้าหนี้อันดับแรกด้วย ซึ่งเป็นหนี้คนละรายกันมีความอิสระต่อกัน มิได้เป็นหนี้ประธานหรือหนี้อุปกรณกันแต่อย่างใด

<sup>22</sup> ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร บุญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, (กรุงเทพฯ:แสงทองการพิมพ์, 2510), หน้า 95-96.

3. บุริมสิทธิมีผลทำให้ลำดับการชำระหนี้เปลี่ยนแปลงไปโดยเจ้าหนี้ บุริมสิทธิจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ ตามมาตรา 251 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าหนี้อื่น ๆ หมายถึงเจ้าหนี้สามัญ หรือเจ้าหนี้ซึ่งมีบุริมสิทธิลำดับหลัง ทั้งนี้ กฎหมายได้ให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิบางรายได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ซึ่งเรียกว่าบุริมสิทธิสามัญ (มาตรา 253) และเจ้าหนี้บุริมสิทธิบางรายได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นจากทรัพย์สินบางส่วน ซึ่งเรียกว่าบุริมสิทธิพิเศษอันได้แก่ บุริมสิทธิเหนือสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 259) และบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 273) โดยลำดับแห่งบุริมสิทธิที่จะให้ผลก่อนหลัง สำหรับบุริมสิทธิสามัญเป็นไปตามที่เรื่องลำดับไว้ในมาตรา 253 (ประกอบกับมาตรา 277) ดังนี้

1. ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน
2. ค่าปลงศพ
3. ค่าภาษีอากร
4. ค่าจ้างเสมียน คนใช้ และคนงาน
5. ค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันจำเป็นประจำวัน

ส่วนในกรณีที่มีบุริมสิทธิแย้งกันหลายรายเหนือสังหาริมทรัพย์อันหนึ่งอันเดียวกันให้ถือลำดับก่อนหลังตามมาตรา 278 ดังนี้

1. บุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ พักอาศัยในโรงแรมและรับขน
2. บุริมสิทธิในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์ แต่ถ้ามีบุคคลหลายคนเป็นผู้รักษา ให้ผู้ที่รักษาภายหลังอยู่ในลำดับก่อนผู้ที่ได้รักษาก่อน
3. บุริมสิทธิในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ค่าเมล็ดพันธุ์ไม้พันธุ์ หรือปุ๋ย และค่าแรงงานกลสิกรรมและอุตสาหกรรม

สำหรับกรณีที่บุริมสิทธิพิเศษแย้งกันหลายรายเหนืออสังหาริมทรัพย์อันหนึ่งอันเดียวมีลำดับก่อนหลังตามมาตรา 273 (มาตรา 279) ดังนี้

1. บุริมสิทธิในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์
2. บุริมสิทธิในมูลจำนองเป็นการงานทำขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์
3. บุริมสิทธิในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

ทั้งนี้ ในกรณีที่บุริมสิทธิสามัญแย้งกับบุริมสิทธิพิเศษ ให้ถือว่าบุริมสิทธิพิเศษ อยู่ในลำดับก่อนว่าบุริมสิทธิในมูลค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ย่อมอยู่ในลำดับก่อนและหากบุคคลหลายคนมีบุริมสิทธิในลำดับเสมอกันเหนือทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวกัน ให้ชำระหนี้เฉลี่ยตามส่วนมากน้อยแห่งจำนวนที่ตนเป็นหนี้

สำหรับข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธินั้นไม่ทำให้ลำดับการชำระหนี้เปลี่ยนแปลง แต่ประการใด หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้อันดับแรกก็บังคับได้ตามกฎหมายที่เกี่ยวกับบุริมสิทธิได้ เพียงแต่การที่เจ้าหนี้อันดับรองไม่ยอมรับชำระหนี้นั้น ทำให้ในขณะที่นิติกรรมยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงสามารถเรียกชำระหนี้ได้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในขณะนั้นได้ จึงทำให้เจ้าหนี้อันดับแรกมีโอกาสได้ชำระหนี้จนครบถ้วน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิมีความแตกต่างจากบุริมสิทธิ นอกจากนี้ ท่านอาจารย์เสนีย์ ปราโมช ยังได้ยกอุทธานรณสำหรับก่อนบุริมสิทธิโดยสัญญาไว้ดังนี้<sup>23</sup>

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

<sup>23</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 895.

ก. กู้เงิน ข. ไป 500 บาท ตกอยู่กับ ข. ว่าถ้าถึงเวลาบังคับชำระหนี้ กองทรัพย์สินของตนมีไม่พอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกคน ยอมให้ ข. ได้รับชำระเงิน 500 บาท ก่อนคนอื่นข้อสัญญาที่ ข. จะเอาไปขายเจ้าหนี้คนอื่นของ ก. ได้ไม่ ถ้าถึงเวลาจะมารับชำระหนี้ จากทรัพย์สินของ ก. ด้วยกันหลายคน เจ้าหนี้คนใดมีบุริมสิทธิตามกฎหมาย เขาย่อมจะได้รับ ชำระหนี้ก่อน ข. ส่วนที่เป็นเจ้าหนี้สามัญก็จะมีสิทธิเข้ามาแบ่งเฉลี่ยกับ ข. บางส่วน สัญญาที่ ข. ท้าไว้กับ ก. จึงไม่มีประโยชน์อะไร

จากอุทธรณ์ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงระหว่างข. (เจ้าหนี้) กับ ก. (ลูกหนี้) นั้น เป็นข้อตกลงก่อตั้งบุริมสิทธิในหนี้ของ ข. เหนือกองทรัพย์สินของ ก. โดยเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับลำดับชำระหนี้ ทำให้ลำดับการชำระหนี้เปลี่ยนแปลงไป โดยทำให้หนี้ของ ข. ได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้สามัญอื่น จึงเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อมาตรา 251 โดยชัดแจ้ง ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิโดยสัญญาเป็นرمะ

ทั้งนี้เพราะการก่อตั้งบุริมสิทธิโดยสัญญาเป็นرمะ เนื่องจากมาตรา 251 บัญญัติว่า การก่อตั้งบุริมสิทธิจะต้องเกิดแต่อำนาจด้วยกฎหมายเท่านั้น ประกอบกับบุริมสิทธิมี ลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ตามมาตรา 1298 บัญญัติว่า ทรัพย์สินทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจประมวลกฎหมายนี้หรือบทกฎหมายอื่น ซึ่งบทบัญญัติ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติในเรื่องอำนาจของกฎหมายที่จะก่อตั้งรับรู้ทรัพย์สิน อันเป็นบทบัญญัติ เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่สามารถตกลงคิดแยกแตกต่าง ได้ตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะเนื้อหาของข้อตกลงตามอุทธรณ์ ดังกล่าวแตกต่างจากลักษณะเนื้อหาของข้อตกลงที่ด้อยสิทธิโดยสิ้นเชิง เพราะข้อตกลงก่อนนี้ ด้อยสิทธินั้น เป็นข้อตกลงที่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นได้ ชำระหนี้ครบถ้วนแล้วเท่ากับว่าเจ้าหนี้รายนั้น (เจ้าหนี้อันดับรอง) สละสิทธิการรับชำระหนี้จาก ลูกหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่น (เจ้าหนี้อันดับแรก) ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้วเท่านั้น ไม่ได้



เป็นการที่ลูกหนี้ก่อตั้งให้เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้รายอื่นตามอุทหาทรัพย์ที่ยกมา  
 ในขั้นต้น ฉะนั้นข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิจึงไม่ทำให้ลำดับการชำระหนี้เปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด  
 เจ้าหนี้บุริมสิทธิย่อมได้รับชำระหนี้เป็นลำดับแรก ซึ่งเป็นสิทธิพิเศษตามมาตรา 251 ส่วนเจ้าหนี้  
 มีประกันเช่น เจ้าหนี้จำนำ เจ้าหนี้จำนอง นั้น แม้วินัยเป็นเรื่องลำดับแห่งบุริมสิทธิ แต่เป็น  
 เรื่องที่ผู้รับจำนอง หรือผู้รับจำนำชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองหรือจำนำก่อน  
 เจ้าหนี้สามัญตามมาตรา 702 วรรค 2 เจ้าหนี้มีประกันชอบที่จะได้รับชำระหนี้ตามปกติ ซึ่งผล  
 แห่งบุริมสิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิจะเข้าขั้นแก่เจ้าหนี้มีประกันได้เพียงใดนั้นยังคงเป็นไปตามผล  
 แห่งบุริมสิทธิมาตรา 282-287 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้นผู้เขียนเห็นว่า  
 ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิเป็นการสละสิทธิของเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดเท่านั้นโดยยอมให้การชำระ  
 หนี้ของตนมีเงื่อนไข และ เป็นบุคคลสิทธิซึ่งไม่เป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิ จึงไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติ  
 ของมาตรา 251 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.1.3 ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ จัดต่อหลักการของสิทธิเสมอภาคในการรับชำระหนี้  
 ตามมาตรา 214 หรือไม่

#### หลักกฎหมาย

มาตรา 214 บัญญัติว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของ  
 ตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระ  
 แก่ลูกหนี้ด้วย"

#### ข้อพิจารณา

มาตรา 214 ได้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สิน  
 ทั้งหลายทั้งปวงของลูกหนี้ ซึ่งคำว่าทรัพย์สินตามมาตรา 99 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
 รวมทั้งทรัพย์สินวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้จึงรวมถึง  
 สิทธิต่าง ๆ ที่ลูกหนี้มีต่อบุคคลภายนอกด้วย หรือความหมายอีกนัยหนึ่ง คือ ทรัพย์สินทั้งหมดของ

ลูกหนี้อยู่ในความรับผิดชอบที่จะต้องนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งในหลักวิชาเรียกว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นประกันสำหรับการชำระหนี้<sup>24</sup> หลักการตามมาตรานี้จึงเกิดสิทธิของเจ้าหนี้ในการขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี แต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีไปทำการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>25</sup> ในกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย กองทรัพย์สินของลูกหนี้ยังเป็นประกันในการชำระแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายทุกคนเสมอภาคกันด้วย ถ้าทรัพย์สินของลูกหนี้มีอยู่มาก ขายแล้วพอใช้หนี้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้เต็มจำนวนทุกคน แต่ถ้าทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายนั้น ต้องถือตามหลักสิทธิเสมอภาค เจ้าหนี้เหล่านั้นก็ต้องเฉลี่ยกันตามส่วน<sup>26</sup> ฉะนั้นการที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้เท่าเทียมกันหรือหลัก Pari Passu เป็นไปตามผลของกฎหมายมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>27</sup>

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 214 แล้วนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นหลักการทั่วไปในการรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ของตนโดยสิ้นเชิงจากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ อย่างเสมอภาคกัน อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ให้สิทธิหรือบุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้บางประเภทซึ่งทำให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระหนี้บุริมสิทธิจนสิ้นเชิงก่อนเจ้าหนี้อื่น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ

<sup>24</sup>พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2  
มาตรา 1 ถึง 240, หน้า 773-774.

<sup>25</sup>จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้แก้ไขเพิ่มเติมโดย  
ศ. จิตติ ติงศภัทย์และผศ.ดร.ดารารพร ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์  
ประกายพรึก, 2531), หน้า 42-43.

<sup>26</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม  
และหนี้ เล่ม 2(ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช 2474 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, หน้า 809.

<sup>27</sup>กิตติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, การชำระกฎหมายไทยในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศ  
ของภาคเอกชน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 84.

5.1.2 ก่อนหน้านี้และการเรียกหลักประกันตามกฎหมาย เช่น จานา จานอง เพื่อให้เจ้าหนี้ จานา หรือเจ้าหนี้จานอง สามารถได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จานองหรือจานาก่อนเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันได้ตั้งนั้น ในทางปฏิบัติแล้ว มีข้อยกเว้นตามมาตรา 214 เจ้าหนี้บางประเภทจึง อาจมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้อื่น ๆ ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ ชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้แต่กฎหมายก็ให้อิสระแก่เจ้าหนี้ในอันที่จะไม่รับชำระหนี้จาก ลูกหนี้ได้ นั่นคือการปลดหนี้ตามมาตรา 340 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "ถ้าเจ้าหนี้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ว่าจะปลดหนี้ให้ ท่านว่าหนี้นั้นเป็นอันระงับสิ้นไป"

การปลดหนี้จึงเป็นนิติกรรมที่เจ้าหนี้แสดงเจตนาสละสิทธิเรียกร้องในหนี้อันมี ต่อลูกหนี้ โดยไม่คิดเอามูลค่าตอบแทน และเป็นผลทำให้หนี้ระงับ

เมื่อเทียบเคียงกับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เป็นการที่เจ้าหนี้อันดับรองตกลง ที่จะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่า เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนนั้น ข้อตกลงนี้มีความ สำคัญอย่างยิ่งเมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ เช่น เมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินพอที่ จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกเท่านั้น เจ้าหนี้อันดับรองอาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย ข้อตกลง ของเจ้าหนี้อันดับรองนั้นเกิดขึ้นโดยใจสมัคร แต่อย่างไรก็ดี เจ้าหนี้อันดับรองยังมีสิทธิได้รับชำระ หนี้ หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนครบถ้วนแล้วลูกหนี้ยังมีความสามารถที่จะชำระ หนี้ได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่ถึงขนาดเจ้าหนี้อันดับรองสละสิทธิเรียกร้องในหนี้ เช่นการปลดหนี้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงสามารถที่จะบังคับได้ โดยไม่ขัดต่อมาตรา 214

อนึ่ง เกี่ยวกับการสละสิทธิของเจ้าหนี้นั้น แม้เป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิก็ไม่มีข้อ ห้ามในการสละสิทธิดังกล่าว เพราะแม้การปลดหนี้ลูกหนี้ โดยไม่เอาอะไรเสียเลยยังทำได้ อยู่แล้วและบรรดาผลบังคับก่อนหลังบุริมสิทธิที่ตัวบทกำหนดไว้นั้นก็ เป็นเรื่องที่จะตกลงได้ระหว่าง เจ้าหนี้ผู้เกี่ยวข้องเหมือนกัน เพราะเมื่อต่างฝ่ายเห็นทางได้เสียจนตกลงยินยอมกันแล้ว ก็ไม่มี ทางอ้างว่าเสียเปรียบแก่กันได้<sup>28</sup> ในกรณีเจ้าหนี้มีประกัน แม้กฎหมายจะให้หลักประกันไว้เป็น พิเศษแต่เจ้าหนี้ดังกล่าว สามารถสละสิทธิเพื่อรับชำระหนี้ได้อย่างเจ้าหนี้สามัญได้เช่นกัน

<sup>28</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 812-813.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 127/2506 เจ้าหนี้จำนองสละบุริมสิทธิที่มีเหนือทรัพย์สินที่จำนองได้ เพราะลักษณะของการจำนองกับหนี้ที่เอาทรัพย์สินเป็นประกันสามารถที่จะแยกเป็นส่วนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 485/2513 การจำนองเอาทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ อาจแบ่งแยกการจำนองกับหนี้ที่เอาทรัพย์สินเป็นประกันเป็นคนละส่วนได้ เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งส่วนหนึ่ง โดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 214 หรือจะบังคับจำนองก็ได้ การจำนองมิได้ผูกพันผู้รับจำนองให้ต้องบังคับจำนองเฉพาะแต่ทางเดียว ฉะนั้น โจทก์จะใช้สิทธิบังคับจำนองอย่างหนึ่งส่วนหนึ่ง โดยสละบุริมสิทธิที่โจทก์มีเหนือทรัพย์สินที่จำนองยอมทวงได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3262/2527 การกู้เงินที่มีจำนองเป็นประกัน เจ้าหนี้ อาจใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งส่วนหนึ่ง โดยบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 214 หรือจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่นำมาจำนองอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ การจำนองไม่ห้ามเจ้าหนี้ผู้รับจำนองต้องผูกพันที่จะบังคับชำระหนี้เอาเฉพาะทรัพย์สินที่จำนองแต่ทางเดียว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามาตรา 214 นั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงสามารถตกลงผิดแผกแตกต่างได้ ทั้งนี้ จะต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมายอื่น เช่น เรื่องบุริมสิทธิตามที่ได้พิจารณาแล้วในหัวข้อ 5.1.2

เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์ของข้อตกลงหนี้โดยสิทธิ เมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาต่าง ๆ แล้วจะเห็นว่าข้อตกลงหนี้โดยสิทธิ แม้ว่าจะไม่เข้าลักษณะใดของเอกเทศสัญญา เมื่อไม่ขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่เป็นไรจะสามารถบังคับได้นอกจากนี้ ข้อตกลงดังกล่าวในการสละสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรองไม่กระทบถึงบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้คนอื่นใด จะมีผลกระทบแต่เพียงเจ้าหนี้อันดับรอง เจ้าหนี้อันดับแรกและลูกหนี้เท่านั้นซึ่ง จะเห็นได้จากบทที่ 1 ในวิธีการคำนวณผลตอบแทนที่เจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับจากข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิ จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้คนอื่นที่ไม่ได้เป็นเจ้าหนี้อันดับรองจะได้รับส่วน

เฉลี่ยตามปกติ ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิแบบ Contractual Subordination เจ้าหนี้รายอื่น จะได้รับผลประโยชน์ด้วย เพราะส่วนของเจ้าหนี้อันดับรองจะไม่นำมาเฉลี่ยหนี้จากกองทรัพย์สิน ของลูกหนี้ เนื่องจากมีเงื่อนไขว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้ จนเต็มจำนวน ดังนั้นหนี้ในส่วนของเจ้าหนี้อันดับรองหรือหนี้ด้วยสิทธิจึงไม่ต้องถูกแบ่งออกจาก กองทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้ตัวหารของการเฉลี่ยหนี้ลดลง ทั้งเจ้าหนี้อันดับแรกและเจ้าหนี้ รายอื่นจึงได้ผลประโยชน์จากข้อตกลงนี้ เมื่อข้อตกลงที่เป็นเรื่องของเอกชนเป็น คน ๆ ใด เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่ประการใดจึงสามารถ ตกลงผิดแผกแตกต่างได้ (ตั้งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 572/2487 และ 1587/2535) และเมื่อ ผลกระทบเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้รายอื่นด้วยจึงไม่น่าจะขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ว่าข้อตกลงนี้อาจทำให้เจ้าหนี้อันดับรองเสียเปรียบแต่เมื่อเป็นความสมัครใจของเจ้าหนี้อันดับ รองจึงไม่ทำให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้เทียบเคียงตามนัยแห่งคำพิพากษา ฎีกาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 3097/2523 จำเลยได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายตามฟ้องกับ โจทก์ด้วยใจสมัคร และการที่จำเลยยอมจะชำระค่าเสียหายให้โจทก์ถึง 720,000 บาท จนกรณี ที่จำเลยผิดสัญญาไม่จดทะเบียนโอนขายที่ดินพิพาทให้โจทก์นั้น ไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด สัญญาจะซื้อขาย ตามฟ้องโจทก์ก็ไม่เป็นโมฆะ

#### ข้อสังเกต

คำพิพากษาฎีกานี้ แม้ว่าจะมีข้อตกลงยอมให้โจทก์ (ผู้จะซื้อ) เรียกค่า บริบสูงกว่าปกติเมื่อผิดสัญญาแม้จะทำให้จำเลย (ผู้จะขาย) ต้องเสียเปรียบ เมื่อจำเลยเบิก ความว่า เมื่อได้อ่านข้อความในสัญญาแล้วถูกต้องตามความประสงค์ของจำเลย จำเลยจึงลง ลายมือชื่อในสัญญาจึงพึงได้ว่าจำเลยทำสัญญาด้วยใจสมัคร การตกลงชำระค่าเสียหายที่สูงกว่า ปกติไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึง ไม่เป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527 สัญญาผู้ซื้อความว่า "ผู้ตกลงชำระหนี้ ตามสัญญานี้ภายในวันที่ 10 เดือนเมษายน พ.ศ. 2524 แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ ที่จะเรียกร้องให้ผู้ชำระหนี้ตามสัญญานี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดที่กล่าวมาได้ตามแต่ ผู้ให้กู้จะเห็นสมควร และโดยมีพิกัดข้อชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่า ณ กรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้อง ดังกล่าวนี้ ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที" ดังนี้ แม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลง ดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยเจตนาจริงใจของลูกหนี้เอง หาเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนไม่ จึงไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เป็นข้อสัญญาที่เข้าบังคับกันได้ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกเงินกู้คือ ก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้

#### ข้อสังเกต

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้จะเห็นได้ว่า แม้เจตนาจริงใจของกฎหมายเรื่องเงื่อนไข เวลานั้น เพื่อเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ มิให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้องก่อนถึงกำหนดระยะเวลา ชำระหนี้ และมาตรา 203 มีบทสันนิษฐานว่า เจ้าหนี้เรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงเวลานั้นไม่ได้ การที่ลูกหนี้ตกลงให้ผู้ชำระหนี้ก่อนกำหนดระยะเวลาศาลฎีกาเห็นว่า แม้ลูกหนี้จะเสียเปรียบ ข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นโดยเจตนาจริงใจของลูกหนี้เอง จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธินั้น สามารถบังคับได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ตามมาตรา 151 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ เพราะไม่ขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุผลสรุปได้ดังนี้

1. ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เป็นข้อตกลงที่เจ้าหนี้รายหนึ่ง หรือกลุ่มหนึ่ง ยอมรับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้รายอื่นรับชำระหนี้จนครบถ้วน ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงลำดับ ชำระหนี้โดยไม่เป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิ เป็นแต่เพียงบุคคลสิทธิจึงไม่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2. ผลของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธินั้นไม่กระทบกระเทือนในทางเสื่อมเสีย สิทธิแก่เจ้าหนี้รายอื่น แม้จะเป็นการทำให้เจ้าหนี้อันดับรองเสียเปรียบ แต่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของตน จึงไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนแต่อย่างใด

ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวจึงบังคับกันได้ตามกฎหมายและตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา

5.1.4 การทำข้อตกลงในรูปแบบ Subordination Trust สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทยหรือไม่

ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิรูปแบบนี้ สามารถทำได้โดยการที่เจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะถือทรัพย์สินและประโยชน์ต่าง ๆ ที่ตนได้รับจากการชำระหนี้ไว้เป็นทรัสต์ สำหรับประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับรองเพื่อที่จะชำระให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนกว่าหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระจนเต็มจำนวน ที่เรียกว่า Subordination Trust นั้น เพราะเป็นการก่อตั้งทรัสต์เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก โดยลูกหนี้เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์และเจ้าหนี้อันดับรองเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือทรัสต์ ซึ่งตามหลัก Common Law ถือว่าทรัพย์สินที่ถือเป็นทรัสต์นั้น เป็นทรัพย์สินของเจ้าหนี้อันดับแรก และเป็นข้อยกเว้นหลัก Pari Passu การที่เจ้าหนี้อันดับรองมีหน้าที่เป็นทรัสต์ครอบครองหนี้ด้วยสิทธิที่ตนได้รับชำระหนี้เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก จนกว่าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน ทรัพย์สินที่เป็นทรัสต์ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินส่วนตัวส่วนหนึ่งของทรัสต์ จึงเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหนี้อันดับรองใช้สิทธิหักกลบลบหนี้เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองเป็นลูกหนี้ของลูกหนี้ซึ่งจะทำให้มีผลเป็นการทำให้เจ้าหนี้อันดับรองรับการชำระหนี้อันเป็นการทำลายข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ปัญหาคือข้อตกลงรูปแบบนี้สามารถทำได้ในประ เทศไทยได้หรือไม่

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "อันว่าทรัสต์นั้นจะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรม หรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างมีชีวิตหรือเมื่อตายแล้วก็ดีห้ามมิผลไม"

### ข้อพิจารณา

ความหมายของทรัสต์ มิได้มีนิยามไว้ตามกฎหมาย แต่มีความเป็นมาจากสมัยสงครามครูเสดในศตวรรษที่ 2 พวกขุนนางอังกฤษที่ไปสงครามได้ร่อนกรรมสิทธิ์ที่ดินและบ้านช่องรวมทั้งไร่นาให้แก่บุคคลที่ไว้วางใจคนหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ (Trustee) โดยมีข้อผูกมัดเป็นการเชื่อใจกันว่า แม้ทรัสต์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก็จะไม่ใช้กรรมสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่จะเก็บผลประโยชน์ส่งให้ลูกเมียของขุนนางที่ไปสงคราม ที่เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หรือจำหน่ายไปตามที่เขาสั่ง และทรัสต์มีอายุยืนยาวตลอดไปเมื่อตั้งขึ้นแล้วจะเลิกไม่ได้ เว้นแต่ผู้รับประโยชน์จากทรัสต์ทุกคนจะตกลงเลิกกันเป็นผล 29 เดิมคอมมอนลอว์ไม่รับหลักการนี้เพราะถือว่าผู้ทรงกรรมสิทธิ์ยอมจำหน่ายไปทรัสต์ได้เต็มที่แต่ศาล Chancery โดยลอร์ด ซานเชอเลอร์ ได้สร้างหลักเอควิตี (Equity) ขึ้นยอมรับบังคับให้ตามหลักความเป็นธรรม<sup>30</sup> แม้ในที่สุดประเทศอังกฤษได้ปรับปรุงระบบศาลใหม่โดยรวมเอาศาล common law มารวมกับศาล chancery หลักเกณฑ์ในเรื่องทรัสต์ก็ยังคงใช้บังคับกันต่อมา<sup>31</sup> จนถึงปัจจุบัน

<sup>29</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 668-669.

<sup>30</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 400.

<sup>31</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมรดก, หน้า 668-669.



ในประเทศไทยก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 มีผู้ก่อตั้ง  
 ทรัพย์สินในประเทศไทย การตั้งทรัพย์สินก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 6 สามารถใช้  
 บังคับได้ทั้งโดยพิทักษ์กรรมหรือนิติกรรม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/2519 ได้วางหลักว่าจะเป็น  
 ทรัพย์สินได้นั้นต้องมีการยกกรรมสิทธิทรัพย์สินให้แก่บุคคลหนึ่งแต่มีข้อผูกมัดว่าจะต้องใช้ทรัพย์สินให้เป็น  
 ประโยชน์แก่บุคคลอื่นคนเดียวหรือหลายคนมีกำหนดต้องแน่นอนหรือเพื่อสาธารณกุศลแน่นอน และ  
 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 661/2581 ศาลไทยไม่มีการบังคับว่าการตั้งทรัพย์สินจะต้องเป็นตราสารตาม  
 แบบอย่างใดเป็นพิเศษ

เมื่อมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 นั้นมีบทบัญญัติ  
 มิให้มีการก่อตั้งทรัพย์สิน เพราะประมวลกฎหมายแพ่งผู้รับรู้หลักเศรษฐกิจที่ว่า ทรัพย์สินจะมีค่าก็ต่อ  
 เมื่อรอนขายจำหน่ายกันได้โดยสะดวก และไม่มีข้อจำกัดต่อนอนานาเจ้าของที่จะทำขึ้นไว้มาก  
 หรือนานเกินสมควร เนื่องจากทรัพย์สินนั้นจะเลิกไม่ได้ เว้นแต่ผู้รับประโยชน์ทุกคนจะยินยอมให้เลิก  
 และทรัพย์สินที่ก่อตั้งเป็นทรัพย์สินห้ามจำหน่ายโอนแม้ว่าเจ้าของจะมีอำนาจจำหน่ายหรือทาลาย  
 ทรัพย์สินของตนได้ตามหลักกรรมสิทธิส่วนบุคคล แต่ในเวลาเดียวกันรัฐมีส่วนได้เสียอยู่ด้วยใน  
 อันที่จะไม่ให้กรรมสิทธิทรัพย์สินถูกจำกัดต่อนอนานเกินสมควร จนกระทั่งเป็นภัยต่อบ้านเมือง<sup>33</sup>  
 นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่าน<sup>34</sup> ได้เห็นว่าเหตุผลดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง  
 เพราะประเทศในคอมมอนลอว์เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ต่างยอมรับการ  
 ก่อตั้งทรัพย์สินแต่ไม่ปรากฏว่าระบบเศรษฐกิจของประเทศถูกกระทบแต่อย่างใด สาเหตุที่ประมวล  
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามตั้งทรัพย์สิน ประการแรกคือ การตั้งทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่มีการจำกัดกรรมสิทธิ  
 อย่างรุนแรงเพราะเจ้าของกรรมสิทธิคือทรัพย์สินจะจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินกำหนดไม่ได้

<sup>32</sup> อัมพร ฅ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก,  
 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2532), หน้า 210-211.

<sup>33</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว  
 มรดก, หน้า 672.

<sup>34</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6  
 ว่าด้วยมรดก, หน้า 402-403.

เพราะทรัพย์สินที่ก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น (มาตรา 1298) นอกจากนี้ บรรพ 4 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ให้ทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียน ดังนั้น จะทำให้การอ้างการตั้งทรัสต์สามารถอ้างแก่บุคคลภายนอกได้โดยไม่ต้องทำตามแบบ จึงขัดกับหลักในบรรพ 4 ประการที่สองสถาบันทรัสต์ในกฎหมายอังกฤษทำหน้าที่ในระบบกฎหมายอังกฤษหลายอย่าง เช่น การจัดการมรดก การก่อตั้งมูลนิธิ การจัดการทรัพย์สินผู้เยาว์ การจัดการหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายไทยได้กำหนดสถาบันและหน้าที่ดังกล่าวเป็นการเฉพาะแล้ว เช่น การจัดการมรดกเป็นหน้าที่ของผู้จัดการมรดก การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์เป็นไปตามบรรพ 5 การจัดการหุ้นส่วนบริษัทมูลนิธิ เป็นไปตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลดังกล่าว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะนำหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้กับบทบัญญัติเฉพาะเหล่านี้

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยพิจารณาตีความในมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้ เนื่องจาก กระทรวงเกษตรราธิการได้มีหนังสือกรมเลขาธิการที่ ฉ.595/2479 ลงวันที่ 24 เมษายน 2479 เรื่องขอให้พิจารณาตีความในมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีใจความว่า ผู้แทนกงสุลอังกฤษประจำจังหวัดเชียงใหม่ นำร่างบัตรรับเงินที่ดินแปลงหนึ่งอ้างว่า เป็นที่ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ พระราชทานให้เป็นที่พักอาศัยคนต่างประเทศ ผู้แทนกงสุลอังกฤษจึงของกระทรวงเกษตรราธิการลงนามรัฐบาลอังกฤษในหน้าที่ทรัสต์ลงในโฉนด กระทรวงเกษตรราธิการจึงได้หารือไปยังกระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศตอบว่าไม่ควรยอมลงทรัสต์ในหน้าโฉนด เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มาตรา 1686 วางบัญญัติที่พระราชบัญญัติออกโฉนดฉบับที่ 2 มาตรา 8 แล้ว ดังนั้น กระทรวงเกษตรราธิการจึงมีข้อหาหรือตั้งนี้

(ก) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มาตรา 1686 รวมถึงการก่อตั้งทรัสต์ที่มีก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายหรือไม่ และจะรวมถึงการก่อตั้งทรัสต์ทุกชนิดไม่ว่าทางมรดกหรือทางอื่น

(ข) ถ้ากฎหมายทั่วไปขัดกับกฎหมายพิเศษในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ มาตรา 1686 อาจขัดกับพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ฉบับที่ 2 มาตรา 8 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษว่าด้วยหลักวิธีการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ที่ดินจะโปรดฯให้ถือหลักอย่างไร

ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีบันทึกเรื่อง การขอลงนามในหน้าที่  
 ตรีสต์ดีในหน้าโฉนด ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
 เมื่อเดือนสิงหาคม 2479 โดย กรรมการกฤษฎีกา (อนุกรรมการชุดที่ 1) ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ  
 ประเด็นดังกล่าว ดังนี้

"ข้อ 3 เมื่อพิจารณาถึงคำร้องของกงสุลอังกฤษในการที่ขอตั้งตรีสต์ดี  
 แล้วก็ต้องสังเกตให้ละเอียดว่า ในพระบรมราชโองการนั้น มิได้มีข้อความที่แสดงให้ชัด  
 ตรงหรือโดยอ้อมเลยว่า พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงตั้งพระราชหฤทัยที่จะ  
 ก่อตั้งตรีสต์ดีหรือตรีสต์ดีขึ้น ยิ่งกว่านั้นตรีสต์ดีเป็นหลักกฎหมายอังกฤษ ซึ่งในขณะนั้นหาได้มีบัญญัติไว้  
 ในกฎหมายไทยไม่ภายหลังคนในสังกัดชาติอังกฤษได้ตั้งตรีสต์ดีกันขึ้นมา และเป็นการจำเป็นที่  
 ศาลจะต้องรับพิจารณา เนื่องจากเหตุอย่างหนึ่งและอีกอย่างหนึ่งเนื่องจากในเมืองไทยยังมิได้  
 จัดการรวบรวมประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นจึงเป็นทางชักนำให้เอาถ้อยคำ ตลอดจนความคิดเห็นใน  
 เรื่องตรีสต์ดีมาบัญญัติไว้ชั่วคราวในพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ 2 (ออกใช้เมื่อปี พุทธศักราช  
 2458 มาตรา 8 แต่พึงเห็นได้ชัดว่า เมื่อได้มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
 และเรื่องนี้ได้มีคำสั่งของรัฐบาลไว้ว่า "ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องตรีสต์ดีนั้นเป็น  
 อันไม่ให้มีในกฎหมาย" (คำสั่งลงวันที่ 6 กันยายน 2475) ฉะนั้นตรีสต์ดีจะก่อขึ้นในเมืองไทย  
 ไม่ได้อีกต่อไป

ไม่ข้อสงสัยเลยว่ามาตรา 1686 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็น  
 นโยบายทั่วไปที่สำคัญอันหนึ่งและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นได้ลบล้างบทบัญญัติ  
 ก่อน ๆ ที่ว่าด้วยตรีสต์ดี เฉพาะอย่างยิ่งคือลบล้างมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน  
 ฉบับที่ 2 เสียแล้ว ถ้าหากว่าเมื่อก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กระทรวงเกษตร  
 ธิการได้ยกกฎหมายขึ้นใช้ ก็กล่าวได้แต่เพียงว่าเป็นการจัดต่อกฎหมายบ้านเมือง"

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อตกลงรูปแบบ Subordination Trust  
 ไม่สามารถนำมาใช้กับกฎหมายไทยได้ เพราะกฎหมายไทยไม่ยอมรับรู้การก่อตั้งตรีสต์ดี ด้วยเหตุ  
 ผลที่ได้เสนอมานข้างต้น

## 5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อตกลง

5.2.1 ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิบังคับในระหว่างคู่สัญญาได้อย่างไร โดยพิจารณาจากนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

5.2.1.1 ในกรณี Contractual Subordination เจ้าหนี้อันดับรองตกลงกับลูกหนี้ว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เนื่องจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงนี้ประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย คือเจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรอง และลูกหนี้ ตามหลักทั่วไปสัญญาก่อผลผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น คู่สัญญาย่อมไม่มีสิทธิที่จะก่อผลผูกพันแก่ผู้อื่นได้ นอกจากผูกพันตัวเองตามหลักลาติน Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse protest หรือ Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest กล่าวคือสิ่งที่ทำกันขึ้นระหว่างกันย่อมไม่สามารถก่อความเสียหายหรือผลดีแก่ผู้อื่น คำว่าสัญญาก่อผลผูกพัน หมายถึงสัญญาก่อนนี้บังคับให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเจ้าหนี้ โดยใช้กำลังของสถาบันแห่งรัฐบังคับให้ปฏิบัติตามสิ่งผูกพันซึ่งก็คือข้อความในสัญญา โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอน สิ่งที่ผูกพันตามสัญญาไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะตกลงยินยอมด้วย และเปลี่ยนแปลงหรือได้เพิกถอนก่อนที่ได้มีการปฏิบัติตามสิ่งผูกพันไปแล้ว และจะต้องมีการปฏิบัติโดยสุจริตด้วย<sup>35</sup> ส่วนคำว่าคู่สัญญา หมายถึงผู้ที่แสดงเจตนาทำสัญญา กล่าวคือผู้ทำคำเสนอและผู้ที่ทำคำสนองตรงกันรวมทั้งตัวการและผู้สืบสิทธิของคู่สัญญา<sup>36</sup> ดังนั้น สัญญาก่อผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาจึงหมายความว่าถึงบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้นที่สามารถบังคับตามข้อตกลงได้ สามารถบังคับให้ลูกหนี้กระทำการชำระหนี้ตามข้อตกลง หากไม่ชำระหนี้จะต้องบังคับให้ชำระหนี้หรือใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะการไม่ชำระหนี้ ตลอดจนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนข้อตกลงได้ อย่างไรก็ตามก็ตีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกหรือสัญญาที่ตกลงกันว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ให้แก่

<sup>35</sup>ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพ : มิตรนราการพิมพ์), 2528, หน้า 310-314.

<sup>36</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 315-318.

บุคคลภายนอกไว้ตามมาตรา 374-376 ซึ่งนับว่าเป็นข้อยกเว้นจากหลักกฎหมายที่ว่าสัญญาท่อกู้ผูกพันแก่คู่สัญญา ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสามฝ่าย คือ เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรอง และลูกหนี้ได้แสดงเจตนาผูกพัน ตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิ โดยทำเป็นสัญญา 3 ฝ่าย เจ้าหนี้อันดับแรกจึงสามารถที่จะบังคับตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิได้ และหากเจ้าหนี้อันดับรอง หรือลูกหนี้ได้เรียกชำระหนี้หรือรับการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ให้แก่กัน จึงเท่ากับเป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เจ้าหนี้อันดับแรก จึงสามารถบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญา หรือเรียกค่าเสียหายอันเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ ตามมาตรา 213-215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้การแก้ไข เพิกถอนข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธินั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้อันดับแรกด้วย เพราะความผูกพันตามสัญญารวมถึงการแก้ไข เพิกถอนความผูกพันโดยความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา

ประเด็นปัญหา ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกมิได้ตกลงร่วมกับเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ ตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิ เจ้าหนี้อันดับรองหรือลูกหนี้จึงอาจตกลงยกเลิกเพิกถอนข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิได้ หรือในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิ เจ้าหนี้อันดับแรกจะบังคับตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิได้เพียงใด เหล่านี้เป็นปัญหาวินิจฉัยเรื่องสัญญาท่อกู้ผูกพันเฉพาะคู่สัญญา อย่างไรก็ตามหากข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธินี้ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เมื่อบุคคลภายนอกได้แสดงเจตนาถือเอาประโยชน์จากสัญญาย่อมจะมีสิทธิเรียกร้องได้ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องตามข้อตกลงท่อกู้โดยสิทธิได้

#### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไว้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น"

มาตรา 375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า  
 "เมื่อสิทธิของบุคคลภายนอกได้เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งมาตราก่อนแล้ว คู่สัญญาหาอาจจะเปลี่ยนแปลงหรือระงับสิทธินั้นในภายหลังได้ไม่

#### ข้อพิจารณา

สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย กล่าวคือ ผู้เอาสัญญา ผู้รับสัญญา และผู้รับประโยชน์\* โดยคู่สัญญา (ผู้เอาสัญญา) ตกลงกันให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้รับสัญญา) ชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก (ผู้รับประโยชน์) แต่การใช้สิทธิของบุคคลภายนอก (ผู้รับประโยชน์) ย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่บุคคลภายนอก (ผู้รับประโยชน์) ได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ (ผู้รับสัญญา) แต่ก่อนหน้าที่บุคคลภายนอก (ผู้รับประโยชน์) จะได้แสดงเจตนาต่อลูกหนี้ (ผู้รับสัญญา) บุคคลภายนอก (ผู้รับสัญญา) จะไม่มีสิทธิเรียกร้องจากลูกหนี้ (ผู้รับสัญญา) โดยตรง ซึ่งเป็นไปตามหลักของสัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา

สำหรับบุคคลภายนอกนั้นอาจไม่มีตัวตนขณะตกลงทำสัญญากัน แต่อาจมีมาในอนาคตก็ได้ เช่นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้น<sup>37</sup> หรือบุตรในครรภ์ อย่างไรก็ตามแม้จะหาสัญญา อาจไม่ทราบตัวได้แน่นอน คู่สัญญาอาจกำหนดลักษณะ หรือวิธีการเพื่อทราบตัวได้แน่นอน เช่นสัญญาปลูกสร้างตึกแถวบนที่ดินของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยให้ผู้สัญญาฝ่ายที่ปลูกสร้างตึกแถวมีสิทธิเรียกเงินช่วยค่าก่อสร้างจากผู้ขอเช่าตึกแถวนั้น เมื่อมีบุคคลใดมาขอเช่าตึกนั้นโดยยอมให้เงินช่วยค่าก่อสร้าง บุคคลนั้นย่อมเป็นบุคคลภายนอกซึ่งมีสิทธิรับประโยชน์จากสัญญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 2937/2523)<sup>38</sup>

\* เป็นศัพท์ของ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช

<sup>37</sup> จิตติ ดิงศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พรพ 2  
 มาตรา 345 ถึงมาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์  
 ไทยพิทยา, 2508), หน้า 79.

<sup>38</sup> สีกดี สนองชาติ, นิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ),  
 หน้า 450.

การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก พิจารณาได้จากการทำสัญญาว่าสัญญาดังกล่าวจะมีผลได้ เมื่อการชำระหนี้เป็นเงื่อนไขแห่งสัญญา ซึ่งเมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามก็เป็นผิดสัญญา เช่น ก. ขายที่ดินให้แก่ ข. 1 แปลง โดยตกลงกันว่า ข. จะชำระราคาที่ดินให้ ค. ดังนี้ ถ้า ข. ไม่ชำระราคาให้ ค. ก. อาจฟ้อง ข. ฐานผิดสัญญาได้<sup>39</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่า จะต้องมียุทธศาสตร์ระหว่างผู้เอาสัญญา และผู้รับสัญญา ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างกัน แต่มีข้อตกลงให้ชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก (ผู้รับประโยชน์) เมื่อบุคคลภายนอกแสดงเจตนารับเอาสัญญา แล้วจึงมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับสัญญา ชำระหนี้ให้แก่ตนได้โดยตรง หากผู้รับสัญญาไม่ชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก นอกจากบุคคลภายนอกจะบังคับผู้รับสัญญาได้แล้ว ผู้เอาสัญญา (คู่สัญญาเดิม) สามารถบังคับให้ผู้รับสัญญา (ลูกหนี้) ชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2510 และ 3053/2527)

ดังนั้น หากข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก แม้เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้เป็นคู่สัญญาแต่เมื่อได้รับเอาสัญญาดังกล่าวก็สามารถบังคับให้ลูกหนี้ และเจ้าหนี้อันดับรองปฏิบัติตามสัญญาก็ได้ เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกแสดงเจตนาเข้ารับเอาสัญญาแล้วเจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้ไม่อาจตกลงเปลี่ยนแปลงและระงับสิทธิดังกล่าวได้ แม้ว่ามาตรา 374 วรรค 1 ๑ จะใช้คำว่า "คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง" นั้นคล้ายว่าการทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้นทำจากคู่สัญญาฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ แต่โดยความจริงคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ ไม่ใช่ว่าเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น<sup>40</sup>

<sup>39</sup>หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์ และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (ตอนที่ 2) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2473), หน้า 66-67.

<sup>40</sup>สุบัน พูนพิพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์, 2515), หน้า 464.

านประเด็นนี้ ได้มีแนวความคิดเป็น 2 แนวทางดังนี้

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่า ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ เป็นข้อตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ตกลงว่า เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่เรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกหรือเจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ไม่เช่นนั้นข้อตกลงที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก จึงไม่ใช่สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เพราะมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเรื่องที่อยู่สัญญาจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก<sup>41</sup>

แนวความคิดที่ 2 เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกอาจกำหนดเป็นการกระทำ การงดเว้น หรือส่งมอบทรัพย์สินใด ๆ ทั่วให้แก่บุคคลภายนอกก็ได้ แม้จะเป็นการทำให้ประโยชน์แก่บุคคลอื่น<sup>42</sup> เช่น บิดามารดาฝ่ายชายและฝ่ายหญิงตกลงกันจะปลูกเรือนหอ หรือให้ทุนรอนแก่คู่สมรส ก็เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกอย่างหนึ่งหรือ สัญญาต่อภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอก (มาตรา 1429)<sup>43</sup> (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2476, 173/2477) ดังนั้นแนวความคิดนี้จึงเห็นว่า ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ โดยเจ้าหนี้อันดับรองได้สัญญากับลูกหนี้ว่า จะไม่รับชำระหนี้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก หรือเจ้าหนี้รายอื่นจนครบถ้วน หนี้ตามข้อตกลงนี้จึงแยกต่างหากจากสัญญาที่ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ หนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ มีวัตถุประสงค์คือ การงดเว้น กล่าวคือทั้งลูกหนี้ และเจ้าหนี้อันดับรองต่างสัญญาว่าจะไม่ชำระหนี้หรือไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน การงดเว้นนี้จึงเป็นเงื่อนไขแห่งข้อตกลง หากเจ้าหนี้อันดับแรกเรียกให้ชำระหนี้ก่อนหรือลูกหนี้ชำระหนี้ให้ก่อนเท่ากับเป็นการผิดสัญญา ดังนั้น ทั้งเจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้จึงตกอยู่ในฐานะผู้รับสัญญา (ลูกหนี้) เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญา ข้อตกลงก่อนนี้โดย

41อนันต์ จันทโรภากร, "Subordination Loan," : หน้า 58-59.

42ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 397.

43เรื่องเดียวกัน, หน้า 394.



สิทธิจึงเข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ฉะนั้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกแสดงเจตนาเข้ารับเอาสัญญาแล้วสามารถบังคับตามข้อตกลงนี้ได้ กล่าวคือบังคับมิให้เจ้าหนี้อันดับแรกชำระหนี้จากลูกหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน หรือบังคับมิให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เจ้าหนี้อันดับแรกเมื่อได้แสดงเจตนาเข้ารับเอาสัญญาแล้ว ลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถแก้ไขหรือยกเลิกข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิได้ ซึ่งการแสดงเจตนาดังกล่าวไม่มีแบบ จึงอาจแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายได้ (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา 305/2511, 1951/2514)

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 2 เพราะการชำระหนี้

หมายความรวมถึงการงดเว้นกระทำการตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการพิจารณาข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ ควรพิจารณาแยกต่างหากจากมูลหนี้กู้ยืมระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับแรก และมูลหนี้กู้ยืมระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับรอง วัตถุประสงค์แห่งหนี้ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับรองตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ คือ หนึ่งงดเว้นกระทำการ กล่าวคือ ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้อันดับรอง ต่างสัญญาว่าจะไม่ชำระหนี้ หรือไม่รับชำระหนี้ในหนี้โดยสิทธิ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับแรก ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ประกอบกับการทำข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ ทั้งเจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้ได้กระทำโดยใจสมัครตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนา กฎหมายควรจะคุ้มครองบังคับไว้ เมื่อขณะทำข้อตกลงดังกล่าว เจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้ต่างมีความประสงค์ที่จะให้เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับแรก เพื่อเป็นการจูงใจให้เจ้าหนี้อันดับแรกให้กู้ยืมเงินหรือขายสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้เพื่อชำนกิจการ การใช้สิทธิในการชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ทั้งที่มีข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในการตีความสัญญามาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี สัญญาย่อมมีวัตถุประสงค์เป็นประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด แม้ประโยชน์อันพึงจะได้นั้นเป็นแต่การจะให้บุคคลภายนอกได้รับประโยชน์ ก็ยัง

นับว่าเป็นประโยชน์อันจะถือเอาเป็นวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาได้<sup>44</sup> ดังนั้นในการทำข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิ เจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้ย่อมมีความประสงค์ที่จะผูกพันตามข้อตกลงโดยมีวัตถุประสงค์ให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับแรก หากเจ้าหนี้อันดับแรกไม่สามารถบังคับใช้สิทธิตามข้อตกลงดังกล่าว จึงเท่ากับเป็นการส่งเสริมให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้อันดับรองที่มีความประสงค์ไม่สุจริต หลอกลวงให้เจ้าหนี้อันดับแรกให้กู้ยืมเงินมาลงทุนหรือขยายสินเชื่อ แต่নাเงินดังกล่าวไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่งมักเป็นเจ้าหนี้ที่มีส่วนร่วมในกิจการ เช่นผู้ถือหุ้น กรรมการบริษัท เป็นต้นโดยไม่นำมาใช้ในกิจการอันขัดต่อความประสงค์ของเจ้าหนี้อันดับแรกได้ หากตีความตามสัญญาไปตามความประสงค์โดยสุจริต ข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิย่อมมีความผูกพันเจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้

นอกจากนี้ การพิจารณาข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกย่อมเป็นผลดีต่อวงการธุรกิจ ประการแรก การทำข้อตกลงทั้งสามฝ่ายนั้น ย่อมไม่สะดวกในกรณีที่มีเจ้าหนี้อันดับแรกหลายคนเข้าทำสัญญาไม่พร้อมกัน หรือเจ้าหนี้อันดับรองมีจำนวนมาก โดยเฉพาะหากข้อตกลงดังกล่าวอยู่ในรูปของหุ้นกู้ด้วยสิทธิ ซึ่งจะ เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ออกหุ้นกู้กับผู้ถือหุ้นกู้ว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ดังนั้น เมื่อข้อตกลงนี้เข้าลักษณะสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกแล้วเจ้าหนี้รายอื่นเป็นบุคคลภายนอก แสดงเจตนาเข้ารับเอาข้อตกลงดังกล่าวมาภายหลังจึงมีผลคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้รายอื่นได้ โดยไม่ต้องทำสัญญาทั้งสามฝ่าย ประการต่อมาคือ เป็นการป้องกันมิให้ลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับรองเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิกถอนข้อตกลงดังกล่าว ภายหลังที่เจ้าหนี้อันดับแรกแสดงเจตนาเข้ารับเอาข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิได้ ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 375 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>44</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

### 5.2.1.2 ในกรณี Turnover Subordination

เจ้าหนี้อันดับรองตกลงกับเจ้าหนี้อันดับแรกว่าจะถือทรัพย์สินที่ตนได้รับจากการชำระหนี้ของตน (หนี้ด้อยสิทธิ) จากลูกหนี้ไว้แทนเจ้าหนี้อันดับแรกหรือตกลงว่าจะส่งมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับจากการชำระหนี้ของตน (หนี้ด้อยสิทธิ) ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ทั้งนี้ เจ้าหนี้อันดับรองจะส่งมอบให้ไม่เกินจำนวนหนี้ที่ตนได้รับชำระหนี้ เนื่องจากเจ้าหนี้อันดับรองมิได้เป็นลูกหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกโดยตรงจึงต้องมีข้อตกลงรับช่วงสิทธิ (Subrogation Clause) เพื่อให้เจ้าหนี้อันดับรองรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันดับแรกเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตน ประเด็นปัญหา คือข้อตกลงในลักษณะนี้ใช้บังคับได้เพียงใด

#### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 229 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

"การรับช่วงสิทธิย่อมมีขึ้นด้วยอำนาจกฎหมาย และย่อมสำเร็จเป็นประโยชน์แก่บุคคลดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้อยู่เอง และมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อีกคนหนึ่งผู้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ก่อนตนเพราะเขามีบุริมสิทธิ หรือมีสิทธิจำนอง
- (2) บุคคลผู้ได้ใบซึ่งอสังหาริมทรัพย์ผู้ใด และเอาเงินราคาค่าซื้อใช้ให้แก่ผู้รับจำนองทรัพย์สินนั้นเสร็จไป
- (3) บุคคลผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่น หรือเพื่อผู้อื่นอันจะต้องชำระหนี้มีส่วนได้เสียด้วยการชำระหนี้นั้น และชำระหนี้นั้น"

#### ข้อพิจารณา

เนื่องจากเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองแล้วทำให้หนี้ด้อยสิทธิระงับทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะที่ ๕ ว่าด้วยความระงับแห่งหนี้ ได้จัดการชำระหนี้ไว้เป็นเรื่องแรกเกี่ยวกับความระงับแห่งหนี้ จึงทำให้เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนได้อีก แต่เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองมี

ความผูกพันตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิลักษณะ Turnover Subordination ในอันที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับจากการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้ส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองย่อมต้องการที่จะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ในส่วนของตนได้ส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกคืน โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันดับแรก การที่เจ้าหนี้อันดับรองส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่เข้าเพื่อต้องการชำระหนี้แทนลูกหนี้ อันจะทำให้หนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกระงับ ตามมาตรา 314 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า อันการชำระหนี้นั้น ท่านว่าบุคคลภายนอกจะเป็นผู้ชำระก็ได้ และกรณีนี้ไม่ถือเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะการโอนสิทธิเรียกร้องจะต้องเป็นผลให้ผู้โอน (เจ้าหนี้เดิม) ในที่นี้คือเจ้าหนี้อันดับรองหมดสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้แก่ผู้รับโอน (เจ้าหนี้อันดับแรก) เท่านั้น แต่ในข้อตกลงนี้ เจ้าหนี้อันดับรองได้รับชำระหนี้ในหนี้ของตน แต่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับจากการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกเท่านั้นจึงไม่เข้าลักษณะการโอนสิทธิเรียกร้อง

เมื่อพิจารณาความประสงค์ของเจ้าหนี้อันดับรอง การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกเพื่อประสงค์ที่จะรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันดับแรกในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตน ทั้งนี้เพราะสาเหตุสำคัญ 2 ประการคือ ประการแรกเจ้าหนี้อันดับรองมิได้เป็นลูกหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกตามสัญญากู้ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับแรกกับลูกหนี้ แต่ทำข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิแบบ Turnover Subordination เพื่อให้เจ้าหนี้อันดับแรกมั่นใจว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ เท่ากับจำนวนที่ลูกหนี้เป็นหนี้แก่ตน (หนี้ด้วยสิทธิ) ประการที่ 2 คือ เจ้าหนี้อันดับรองเมื่อได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้แล้ว หนี้ของตนย่อมระงับจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก

การรับช่วงสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เกิดขึ้นเป็นไปด้วยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น ตามมาตรา 229 ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้ง โดยบุคคลผู้ชำระหนี้และสามารถรับช่วงสิทธิได้แต่เฉพาะบุคคลผู้มีส่วนได้เสียอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ซึ่งได้แก่

1. บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตัวเอง และมาใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้  
บุริมสิทธิหรือสิทธิจำนองสิทธิจำนำ บุคคลนั้นย่อมได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิ หรือสิทธิจำนำ  
สิทธิจำนอง (มาตรา 229 (1) ) ดังนั้นเจ้าหนี้มีสิทธิเสมอกันก็ใช้หนี้รับช่วงสิทธิกันไม่ได้เพราะ  
ต่างมีสิทธิเสมอกันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ตามมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์<sup>45</sup> ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรอง และเจ้าหนี้อันดับแรก ต่างเป็นเจ้าหนี้สามัญจึงไม่อาจ  
ชำระหนี้แล้วรับช่วงสิทธิกันได้

2. บุคคลซึ่งได้ชำระค่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับจำนอง  
อสังหาริมทรัพย์นั้นบุคคลดังกล่าวย่อมได้รับช่วงสิทธิของผู้รับจำนอง (มาตรา 229 (2) )

3. บุคคลผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่น หรือเพื่อผู้อื่น ในอันที่จะ  
ต้องชำระหนี้ หรือมีส่วนได้เสียด้วยการชำระหนี้ นั้น บุคคลผู้มีความผูกพันร่วมกับผู้อื่นนั้นหมายถึง ลูกหนี้  
ร่วมกัน<sup>46</sup> กล่าวคือมีหนี้รายเดียวแต่ มีบุคคลหลายคนจะต้องทำการชำระหนี้ดังกล่าว ตาม  
มาตรา 291 ซึ่งรวมทั้งบุคคลหลายคนผู้เป็นหนี้อันแบ่งกันชำระมิได้ ตามมาตรา 301 และรวมทั้ง  
บุคคลหลายคนซึ่งเข้าเป็นผู้ค้ำประกันในหนี้รายเดียวกัน ตามมาตรา 682 วรรค 2 ด้วย<sup>47</sup>  
ส่วนบุคคลที่มีความผูกพันในอันที่จะต้องชำระหนี้เพื่อบุคคลอื่นนั้น<sup>48</sup> หมายถึงบุคคลที่ไม่ใช่ลูกหนี้ร่วม  
กับบุคคลอื่น แต่ถ้าบุคคลนั้นไม่ชำระหนี้ ตนเองจะต้องรับผิดชอบผูกพัน เช่น ผู้ค้ำประกัน หรือเช่นผู้ที่  
เอาทรัพย์สินมาจำนองหรือจำนำเป็นประกันการที่คนอื่นเขาเป็นลูกหนี้ ตามมาตรา 724 และนัย  
แห่งมาตรา 747, 767 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีนี้เจ้าหนี้อันดับ  
รองและลูกหนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นลูกหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกร่วมกัน เนื่องจาก เจ้าหนี้อันดับรอง

<sup>45</sup>ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย  
นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 765

<sup>46</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 766.

<sup>47</sup>พระยาเทพวิฑูรย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2  
มาตรา 1-240, หน้า 841.

<sup>48</sup>ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย  
นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 767.

เป็นเจ้าของลูกหนี้ ต่างรายกับเจ้าหนี้อันดับแรกกับลูกหนี้ กับทั้งเจ้าหนี้อันดับรองมาได้ เป็นผู้ที่มีความผูกพันในอันที่จะต้องชำระหนี้เพื่อบุคคลอื่น เพราะหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรองไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งจะ เห็นได้ชัดเจนเมื่อลูกหนี้ไม่ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง เจ้าหนี้อันดับรองก็ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินใด ๆ ให้แก่ เจ้าหนี้อันดับแรก

ดังจะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้อันดับรองนั้นไม่เป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ตามกฎหมายบัญญัติไว้ ตามมาตรา 229 เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองชำระหนี้ให้แก่ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิ ของเจ้าหนี้อันดับแรกได้

นอกจากนี้การชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกมิใช่กรณีตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องลูกหนี้ชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มราคาทรัพย์สิน หรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ลูกหนี้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ และมิใช่กรณีตามมาตรา 230 ในกรณีที่มีการใช้หนี้แทนในทรัพย์สินที่เจ้าหนี้จะนำบังคับยึดทรัพย์สิน จึงไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา

การรับช่วงสิทธิตามกฎหมายไทยนั้น ไม่อาจมีได้โดยสัญญา ข้อตกลงรับช่วงสิทธิ (Subrogation Clause) จึงไม่อาจใช้บังคับได้ แม้ว่าบทกฎหมายต่างประเทศที่เป็นหลักมาตรานี้ คือประมวลแห่งฝรั่งเศส<sup>49</sup> การรับช่วงสิทธิตามกฎหมายฝรั่งเศสอาจมีได้ทั้งโดยสัญญาระหว่างคู่กรณี และโดยผลของกฎหมาย แต่ในกฎหมายไทยการรับช่วงสิทธิโดยสัญญาไม่อาจทำได้ ดังนั้นตามกฎหมายไทยจะต้องทำสัญญาเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้โดยผล ให้เจ้าหนี้คนใหม่สวมฐานะแทนเจ้าหนี้เดิมได้ ถ้าไม่ประสงค์จะระงับหนี้เดิมให้ทำสัญญาโอนสิทธิ เรียกร่อง (มาตรา 303 และ มาตรา 305) หากตั้งใจจะระงับหนี้เดิมก็เป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ (มาตรา 349, 352)<sup>50</sup>

<sup>49</sup>พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2  
มาตรา 1-240, หน้า 842.

<sup>50</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, หน้า 754.

ในกรณีของ Turnover Subordination ไม่ประสงค์ที่จะให้หนี้เดิมระงับ เพราะบางกรณีที่ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้อันดับรองส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก น้อยกว่าจำนวนหนี้ที่เจ้าหนี้อันดับแรกเป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้ เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้แล้ว ควรจะโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองแต่เพียงบางส่วนเท่าที่ตนได้รับชำระหนี้ ทั้งนี้จะต้องทำตามแบบตามมาตรา 306 กล่าวคือต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนฝ่ายเดียวก็ได้ (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4139/2532) และจะต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้เป็นหนังสือหรือลูกหนี้ยินยอมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่ง (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5561-5567/2530)

### 5.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดี

การนำคดีขึ้นสู่ศาลนั้น เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า "เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใด ตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาล ส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายนี้" ดังนั้นบุคคลใดจะยื่นฟ้องต่อศาลจะต้องมีประโยชน์ได้เสียในคดีนั้น กล่าวคือ

1. มีข้อโต้แย้งในเรื่องสิทธิ หรือหน้าที่ในทางแพ่ง ทั้งนี้ต้องวินิจฉัยสิทธิ และหน้าที่ของผู้ฟ้อง (โจทก์) และผู้ถูกฟ้อง (จำเลย) ตามกฎหมายสารบัญญัติ ว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของบุคคลใด เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้ใดหรือไม่ ผู้ได้รับผลกระทบกระเทือนสิทธิย่อมเป็นโจทก์ ผู้ที่ได้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำย่อมเป็นจำเลย ฉะนั้นจึงต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ในทางแพ่งนั่นเอง

2. มีเรื่องที่จะต้องใช้สิทธิทางศาล กล่าวคือเป็นเรื่องที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยกฎหมายรับรองต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ขอสิทธิจากศาลเสียก่อน ได้แก่ การร้องขอเป็นผู้พิทักษ์ของผู้เสมือนไร้ความสามารถ การร้องขอเป็นผู้อุปถัมภ์ของผู้ไร้ความสามารถ การร้องขอเป็นผู้จัดการมรดก การร้องขอแสดงกรรมสิทธิในทรัพย์สินโดยการครอบครองปรปักษ์ เป็นต้น

การนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงก่อนด้วยสิทธิ ได้แก่ เจ้าหนี้อันดับรอง และเจ้าหนี้อันดับแรก จึงแยกพิจารณาจากบุคคลที่นำคดีขึ้นสู่ศาล ได้ดังนี้

### 5.2.2.1 กรณีเจ้าหน้าที่อันดับรองนำคดีขึ้นสู่ศาล

ตามปกติเจ้าหน้าที่มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อลูกหนี้และเลยไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จึงฟ้องร้องขอต่อศาลได้ตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ นั้นมีหนี้กู้ยืมระหว่างกันเพียงแต่มีข้อตกลงว่า เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในหัวข้อปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่า ข้อตกลงดังกล่าวสามารถบังคับได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาโดย ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิทำให้หนี้ด้วยสิทธิเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขเพราะห้ามมิให้ชำระหนี้ในหนี้ด้วยสิทธิจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ดังนั้น สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันดับรองในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในหนี้ด้วยสิทธิจึงยังไม่เกิดขึ้น และตามมาตรา 203 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ไม่ได้ เจ้าหนี้อันดับรองจึงไม่มีอำนาจฟ้อง ประกอบกับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิเจ้าหนี้อันดับรองมีหนี้งวดวันกระทำการ กล่าวคือ จะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ลูกหนี้จึงยกข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้อันดับรองได้

อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่า การนำคดีมาสู่ศาล ถ้ามิได้ยกปัญหาหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระขึ้นต่อสู้ ศาลจะหยิบยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยไม่ได้ เพราะไม่ใช่ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน(คำพิพากษาฎีกาที่ 1439/2529) และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 203 วรรคท้าย ลูกหนี้อาจชำระหนี้ของตนก่อนกำหนดเวลาก็ได้ ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงอาจเป็นข้อเสียเปรียบของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เพราะหากลูกหนี้มิได้ยกข้อต่อสู้ตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ จะไม่มีประเด็นนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระในการพิจารณาคดี



## 5.2.2.2. กรณีเจ้าหนี้อันดับแรกนำคดีขึ้นสู่ศาล

เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาล สามารถแยกพิจารณา  
ได้ ดังนี้

- (1) ฟ้องในมูลหนี้กู้ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับแรก กับลูกหนี้
- (2) ฟ้องในมูลหนี้ที่เกิดจากข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิ

- (1) ฟ้องในมูลหนี้กู้ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับแรก กับลูกหนี้  
สิทธิการฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ นั้น เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

หรือลูกหนี้ผิดนัด ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213  
ในกรณีที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลสั่งบังคับชำระหนี้ได้ และอาจ  
เรียกค่าเสียหายได้ โดยเจ้าหนี้สามารถบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และเมื่อมีความ  
เสียหายเกิดขึ้นอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย เช่นตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่  
ชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการเรียกค่าสินไหมทด  
แทนเพื่อการไม่ชำระหนี้\* ตามมาตรา 222 ประกอบด้วยการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน  
2 ประการ ประการแรก คือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การ  
ไม่ชำระหนี้ หรืออีกนัยหนึ่งคือ ต้องเป็นค่าเสียหายซึ่งเป็นผลธรรมดา เป็นผลโดยตรงอันเกิดจาก  
การไม่ชำระหนี้<sup>51</sup> หรือเป็นความเสียหายที่ใคร ๆ ก็ต้องรู้เพราะเกิดขึ้นตามปกติ<sup>52</sup> ประการที่

\*ค่าสินไหมทดแทน หมายถึงการทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้  
ไม่ชำระหนี้หรือละเมิดโดยเน้นหลักกฎหมายที่ว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบความเสียหาย จะต้องทำให้  
ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม ไม่จำกัดเฉพาะการจัดหาเงินซึ่งเป็นค่าเสียหายเท่านั้น และไม่  
เป็นการลงโทษลูกหนี้ ต่างจากค่าเสียหาย ซึ่งค่าเสียหายเป็นส่วนหนึ่งของค่าสินไหมทดแทน

<sup>51</sup>พระยาเทพวิฑูร, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 1-240,  
หน้า 807.

<sup>52</sup>จิตติ ติงศ์ภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วยมูลหนี้,  
หน้า 427.

สอง คือ ความเสียหายที่ไม่มีใครคิดว่าจะเกิดขึ้นได้เนื่องจากการไม่ชำระหนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษนี้ธรรมดาจะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ไม่ได้ เว้นแต่ลูกหนี้ได้รู้หรือควรจะรู้ว่าความเสียหายจะเกิดแก่เจ้าหนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 824/2491 วางหลักว่าค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 นั้นมิใช่เฉพาะแต่กรณีที่คาดเห็นหรืออยู่ในฐานะคาดเห็นได้ในเวลาทำสัญญาเท่านั้น ถ้าหากผู้ผิดสัญญาย่อมคาดเห็นหรืออยู่ในฐานะคาดเห็นได้ว่าการที่ตนผิดสัญญาจะเป็นผลเกิดการเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแล้ว ก็ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายนั้น เช่น กาวาร เบี้ยปรับ มัดจำ ค่าเช่าหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้ต้องเสียหาย อาทิ ผู้ซื้อทำสัญญาซื้อขาย เพื่อขายต่อในราคาที่สูงกว่าท้องตลาด ผู้ขายไม่ขายทรัพย์สินให้ผู้ซื้อทำให้ผู้ซื้อขาดกำไร หรือเสียเบี้ยปรับ เพราะผิดสัญญา ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบเมื่อผู้ขายรู้ว่าผู้ซื้อซื้อทรัพย์สินเพื่อจะไปขายตนและจะต้องมีกำไร หรือมีฉะนั้น จะต้องเสียเบี้ยปรับ เป็นต้น (ตามนัยแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 250/2489, 957/2496, 556/2511)

หลักเกณฑ์ในการที่จะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากลูกหนี้  
ได้ ตามมาตรา 222 สามารถสรุปได้เป็น 4 ประการ คือ<sup>53</sup>

1. ต้องมีการไม่ชำระหนี้
2. ต้องมีพฤติการณ์ที่จะโทษลูกหนี้ได้ หากเป็นพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิด จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ ตามมาตรา 205, 219 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
3. ต้องมีการเสียหาย ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายอะไร เจ้าหนี้ก็จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 578/2485, 76/2496)

<sup>53</sup>บุญศรี กอบบุญ, "การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและการบังคับชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทน," บทบัญญัติ, 40(2526): 322-327.



4. ต้องไม่มีสัญญาตัดสิทธิ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 893/2492 ทำสัญญายอมรับผิดตลอดถึง เหตุสุดวิสัยนั้น ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องรับผิดตามสัญญานั้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คู่สัญญาตกลงทำสัญญาอย่างใดก็ได้ แม้ผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายบัญญัติไว้ถ้าไม่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็สามารถบังคับได้

(2) ฟ้องในมูลหนี้ที่เกิดจากข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ สามารถแบ่งตามลักษณะข้อตกลงได้ดังนี้

(2.1) กรณีข้อตกลงรูปแบบ Contractual

Subordination เจ้าหนี้อันดับรองตกลงว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนและอาจมีข้อตกลงด้านสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ ลูกหนี้ตกลงไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกเป็นคู่สัญญา หรือในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้เป็นคู่สัญญาแต่ได้แสดงเจตนาเข้ารับเอาสัญญาดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของตนแล้ว วัตถุประสงค์แห่งหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองกับเจ้าหนี้อันดับแรกคือหนึ่งดวันกระทำการซึ่งหมายถึงงดวันการรับชำระหนี้ และวัตถุประสงค์ระหว่างเจ้าหนี้อันดับแรกกับลูกหนี้ คือหนึ่งดวันกระทำการซึ่งหมายถึงงดวันการชำระหนี้ ซึ่งตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า การชำระหนี้ด้วยงดวันการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้ตั้งนั้นหากเจ้าหนี้อันดับรองรับชำระหนี้จากลูกหนี้ หรือลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองเท่ากับเป็นการไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ

การบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรก เป็นไปตามหลักนิติสัมพันธ์ และเป็นไปตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ศาลย่อมสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ (การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง) เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำได้เช่นนั้น สำหรับวัตถุประสงค์เป็นการงดวันกระทำการ การไม่ปฏิบัติตามอันเป็นการงดวันกระทำการ หมายถึง ลูกหนี้ได้จัดเงินการห้ามไว้ การบังคับชำระหนี้จะย้อนหลัง

ให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นไปไม่ได้<sup>54</sup> อย่างไรก็ดี มาตรา 213 วรรค 3 บัญญัติไว้ว่า "เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรโดยสภาพหน้า" ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับรองรับชำระหนี้จากลูกหนี้แล้วเจ้าหนี้อันดับแรกอาจเรียกร้องให้รื้อถอนหรือเพิกถอนการรับชำระหนี้โดยให้เจ้าหนี้อันดับรองส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้อันดับแรกอาจใช้สิทธิเรียกร้องให้จัดการอันควรเพื่อการภายใน กล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับแรกอาจร้องต่อศาลให้สั่งห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองรับชำระหนี้อีกต่อไปจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน อันเป็นการสั่งห้ามมิให้มีการจัดสินคดีวันกระทำซ้ำอีกในอนาคต และในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาจงใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับของศาล และไม่มีวิธีการบังคับอื่นใดที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะพึงใช้บังคับได้ ตามมาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลย่อมมีอำนาจจับกุม และกักขังได้ นอกจากนี้ หากเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับความเสียหายจากการที่เจ้าหนี้อันดับรองหรือลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตั้งแต่วันกระทำการนั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้ ตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตอนท้ายได้ อย่างไรก็ดีเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น แม้จะนำสืบถึงค่าเสียหายไม่ได้ ศาลจะกำหนดค่าให้ตามพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดีตามแนวคำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1086/2509 ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 นั้น แม้โจทก์จะนำสืบถึงค่าเสียหายไม่ได้ ศาลก็คำนวณค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นให้โจทก์ได้ตามพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดี



<sup>54</sup> จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2531), หน้า 39-40.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1725/2513 โจทก์รับซื้อกิจการเดินรถของจำเลย เพื่อดำเนินการเดินรถรับส่งคนโดยสาร เมื่อจำเลยไม่มอบกิจการให้ โจทก์ย่อมไม่ได้รับผลประโยชน์อันควรจะได้ นับว่าเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น แต่การที่จำเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญา แม้โจทก์จะนำสืบแสดงจำนวนค่าเสียหายในส่วนนี้ไม่ได้แน่นอนว่าเป็นจำนวนเท่าใด ศาลย่อมกำหนดจำนวนเงินให้จำเลยชดเชยให้โจทก์ตามที่เห็นสมควรตามพฤติการณ์แห่งคดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 2118/2523 จำเลยได้รับมอบเครื่องอุปกรณ์ การทำอาหารกระป๋องของโจทก์ไปเพื่อใช้ผลิตมะเจือเทศกระป๋อง ตกลงกันว่าในภายหลัง หากตกลงราคากันได้ จำเลยก็จะรับซื้อไว้ หากตกลงกันไม่ได้จำเลยจะคืนเครื่องอุปกรณ์ดังกล่าวให้ ต่อมาจำเลยไม่รับซื้อและส่งคืนอุปกรณ์ให้โจทก์เพียงบางส่วน โจทก์ไม่รับคืนทั้งที่แยกใช้ได้เป็นส่วน ๆ เป็นการไม่บรรเทาความเสียหาย การที่จำเลยห่วงเหนียวไม่ส่งเครื่องอุปกรณ์ในจำนวนส่วนที่เหลือ จึงเป็นการครอบครองทรัพย์สินของโจทก์ไว้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยจึงต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ในส่วนนี้ต่อมาจนถึงวันส่งมอบ

แม้เครื่องอุปกรณ์ดังกล่าวที่เหลืออยู่จะเป็นส่วนน้อย แต่ประโยชน์การใช้สอยที่โจทก์สามารถให้เช่าได้จะเป็นจำนวนเงินเล็กน้อยเพียงใดไม่ปรากฏศาลกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรได้

## (2.2) กรณีซื้อตกลงรูปแบบ Turnover Subordination

เจ้าหนี้อันดับรองตกลงกับเจ้าหนี้อันดับแรกว่าจะส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับจากการชำระหนี้ของลูกหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ จึงเป็นการไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถบังคับให้ชำระหนี้โดยส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวได้ ตามมาตรา 213 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ได้

### 5.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดี

โดยหลักทั่วไปแล้วข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธินั้น เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน แต่หากมีข้อตกลงว่าห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลต่อลูกหนี้ของตนนั้นเป็นระยะเวลา (คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2503) จึงใช้บังคับไม่ได้ แต่ไม่ทำให้ความสมบูรณ์ในข้อตกลงส่วนอื่น ๆ เป็นระยะเวลาไปด้วย กล่าวคือ ข้อตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองฟ้องลูกหนี้ โดยลูกหนี้มิได้ยกข้อต่อสู้เรื่องหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือข้อต่อสู้ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิซึ่งเจ้าหนี้อันดับรองยังไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องได้จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้อันดับแรกจนครบถ้วน จนกระทั่งศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ไปแล้ว และเมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษาของศาลย่อมเป็นการผิดสัญญาตามข้อตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถฟ้องร้องเจ้าหนี้อันดับรองให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบกับมาตรา 386 และ 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเรื่องฟ้องร้องบังคับตามสัญญาระหว่างเจ้าหนี้อันดับแรกกับเจ้าหนี้อันดับรอง แต่ปัญหาที่จะพิจารณานี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งมีสิทธิขอให้บังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 271 นอกจากนี้หากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้อันดับรองซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงอาจขอเฉลี่ยทรัพย์สิน\* ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ถูกยึดหรืออายัดในคดีอื่นได้ แม้จะยังไม่ออกหมายบังคับคดี หรือยังไม่ครบกำหนดเวลาในคำบังคับคดีของเจ้าหนี้อันดับรอง (คำพิพากษาฎีกาที่ 516/2499, 1562/2499, 4105/2533) ทั้งนี้เพราะเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ถูกยึดหรืออายัดในคดีอื่นซ้ำอีกไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290

---

\* การขอเฉลี่ยทรัพย์สินคือการที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาคดีอื่น ๆ ขอให้ได้รับชำระหนี้โดยส่วนเฉลี่ยกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาผู้ยื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา (คำพิพากษาฎีกาที่ 924/2503 ประชุมใหญ่)

### หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินอย่างใดของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้แทนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ห้ามไม่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นซ้ำอีก แต่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา เช่นว่านี้มีอำนาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายบังคับบัญชียึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเข้าเฉลี่ยในทรัพย์สินหรือเงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลอนุญาตตามคำขอ เช่นว่ามานี้ เว้นแต่ศาลเห็นว่าผู้ยื่นคำขอไม่สามารถเอาชำระได้จากทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรในอันที่จะสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อชำระค่าภาษีอากรค้าง ให้มีสิทธิขอเฉลี่ยในทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานดังกล่าวได้ยึดหรืออายัดไว้ก่อนแล้ว เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาตามความในวรรคหนึ่ง แต่ถ้าเจ้าพนักงานมิได้ยึดหรืออายัดไว้ก่อน ให้ขอเฉลี่ยได้ภายในบังคับของบทบัญญัติวรรคสอง

ในกรณีที่ยึดทรัพย์สินเพื่อขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่น คำขอ เช่นว่านี้ให้ยื่นก่อนสิ้นระยะเวลาสิบสี่วันนับแต่วันที่มีการขายทอดตลาดหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้น

ในกรณีที่อายัดทรัพย์สิน ให้ยื่นคำขอเสียก่อนสิ้นระยะเวลาสิบสี่วันนับแต่วันชำระเงินหรือส่งทรัพย์สินตามที่อายัดไว้

ในกรณียึดเงิน ให้ยื่นคำขอเสียก่อนสิ้นระยะเวลาสิบสี่วันนับแต่วันยึด

เมื่อได้ส่งสำเนาคำขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจัดการจ่ายเงินหรือทรัพย์สินตามคำบังคับไว้จนกว่าศาลจะได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อศาลได้มีคำสั่งประการใดและสั่งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบแล้ว ก็ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีปฏิบัติตามคำสั่ง เช่นว่านั้น

ในกรณีที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาผู้ยึดสละสิทธิในการบังคับคดี หรือเพิกเฉยไม่ดำเนินการบังคับคดีภายในเวลาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีกำหนดผู้ขอเฉลี่ยหรือผู้ยื่นคำร้องตามมาตรา 287 หรือตามมาตรา 289 มีสิทธิขอให้ดำเนินการบังคับคดีต่อไป"

### ข้อพิจารณา

หลักเกณฑ์การขอเฉลี่ยทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้ตามค้ำพิพากษาในคดีอื่น มีดังนี้

1. ผู้ขอเฉลี่ยทรัพย์สินจะต้องเป็นเจ้าหนี้ตามค้ำพิพากษา ถ้าเป็นเจ้าหนี้อื่นที่ฟ้องคดีไว้ แต่ศาลไม่ได้พิพากษา ไม่เป็นเจ้าหนี้ตามค้ำพิพากษา (ค้ำพิพากษาฎีกาที่ 118/2501)
2. ต้องร้องขอเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามค้ำพิพากษาที่ถูกยึดหรืออายัดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี
3. ต้องยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดี
4. ต้องยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรค 3, 4 และ 5 ของมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
5. ต้องแสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ไม่สามารถเอาชำระจากทรัพย์สินอื่น ๆ ของลูกหนี้ตามค้ำพิพากษา

ปัญหาเนื่องจากการบังคับคดีมีดังนี้

- 5.2.3.1 ประเด็นปัญหา เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับคดีแก่ลูกหนี้ และเป็นผู้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามค้ำพิพากษาแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สิน

### ประเด็นพิจารณา

ในกรณีที่ลูกหนี้ตามค้ำพิพากษามีเจ้าหนี้ตามค้ำพิพากษาหลายราย ถ้าลูกหนี้ตามค้ำพิพากษามีทรัพย์สินมาก ศาลจะรับรองอำนาจของเจ้าหนี้ตามค้ำพิพากษาให้แยกกันใช้อำนาจบังคับเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามค้ำพิพากษาต่างสิ่งกันได้ แต่ถ้าในกรณีทรัพย์สินของลูกหนี้ตามค้ำพิพากษามีน้อย ไม่พอชำระหนี้ตามค้ำพิพากษาหลายรายได้ จึงจำเป็นต้องหาวิธีการบังคับคดีให้เป็นไปโดยความยุติธรรม ซึ่งมีด้วยกัน 2 ประการคือ

1. อำนาจความชอบธรรมใด ใครแสวงได้มาก่อน ควรเป็นของผู้นั้นก่อน



## 2. ที่มาของอำนาจอย่างเดียวกัน การรับเท่ากัน

หลักการดังกล่าวจึงมีวิธีการให้เจ้าหนี้บุริมสิทธิเป็นผู้ได้รับสิทธิรับชำระหนี้จาก ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ก่อน เพราะได้เป็นผู้แสวงอำนาจในทรัพย์สินนั้นก่อน ส่วนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นเจ้าหนี้สามัญด้วยกัน ย่อมมีความชอบธรรมเสมอภาคกัน ได้รับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้นโดยส่วนเฉลี่ยเท่า ๆ กัน<sup>55</sup>

ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกไม่ถือว่าเป็นเจ้าหนี้อันมีบุริมสิทธิตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 5.1.2 จึงมีฐานะเป็นเจ้าหนี้สามัญ เมื่อเจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้ รวมทั้งเจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่งเป็นหนี้ตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้สามัญเช่นกัน ดังนั้น เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรอง และเจ้าหนี้อื่น จะต้องร่วมกันเฉลี่ยทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน

การดำเนินการของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่น จะต้องยื่นคำร้องและต้องเป็นคำขอให้ศาลมีคำสั่งขอมายึดเข้าเฉลี่ยในทรัพย์สินหรือเงินที่ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้น และต้องแสดงว่าตนไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้ (หมายความว่าไม่สามารถจะบังคับชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิง ถ้าผู้ร้องได้รับชำระหนี้ได้แต่เพียงบางส่วน ผู้ร้องสามารถขอเฉลี่ยทรัพย์สินที่ยึดไว้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1161/2515) หรืออีกนัยหนึ่งลูกหนี้ตามคำพิพากษามีทรัพย์สินอื่นอีกแล้วหรือมีแต่ไม่เพียงพอชำระหนี้ตามคำพิพากษาของผู้ขอเฉลี่ยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 471/2513, 1173/2514, 1619/2527 559/2530)

ศูนย์วิทยุทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>55</sup>เยี่ยม อรุณินท์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 323  
อ้างถึงใน พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4  
วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง, (กรุงเทพฯ:  
โรงพิมพ์จักรสีทวงศ์, 2521), หน้า 750.

คำร้องเพื่อขอเฉลี่ยทรัพย์สินในคดีดังกล่าวไม่ใช้คำขอฝ่ายเดียว ศาลจะมีคำสั่งโดยมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาและลูกหนี้ตามคำพิพากษามีโอกาสคัดค้านก่อนไม่ได้ จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 21(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือต้องส่งสำเนาให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา และลูกหนี้ตามคำพิพากษา และเจ้าพนักงานบังคับคดี

ในกรณีไม่มีคำคัดค้าน เมื่อศาลเห็นว่า ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งศาลอาจสั่งให้เฉลี่ยทรัพย์สินนั้นได้ตามคำขอ

ในกรณีที่มีคำคัดค้าน ถ้ามีคำคัดค้านไม่ว่าจะเป็นโจทก์หรือจำเลย ศาลจะต้องไต่สวนแล้ววินิจฉัยสั่งไปตามรูปคดี ประเด็นที่คัดค้านสิทธิของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาในคดีอื่น (ผู้ร้อง) มีดังนี้

1. ลูกหนี้ตามคำพิพากษายังมีทรัพย์สินอื่นที่ผู้ร้องจะบังคับเอาชำระได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 591/2513, 1173/2514) ทั้งนี้ เป็นหน้าที่ของผู้ร้องที่จะต้องนำสืบต่อศาลว่า ตนไม่สามารถจะเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้

2. หนี้ของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเกิดโดยสมยอม ซึ่งเป็นการโต้แย้งว่าหนี้นั้นมิได้เกิดขึ้นเลย ถ้าไต่สวนได้ความจริง ก็ไม่มีสิทธิขอเฉลี่ย ทว่าให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเสียหาย จึงยกขึ้นคัดค้านในชั้นบังคับคดีได้โดยตรง<sup>56</sup> (คำพิพากษาฎีกาที่ 524/2499, 670/2503 และบันทึกท้ายคำพิพากษาโดยนายยล ชีรกุล)

3. เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษายื่นคำขอรับชำระหนี้เกินกำหนดเวลาตามมาตรา 290

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่อันดับแรกได้ฟ้องลูกหนี้ และได้ขอยึดอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ก่อน เจ้าหน้าที่อันดับแรกสามารถคัดค้านสิทธิของเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาในคดีอื่นได้ตามที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับข้อโต้แย้งที่เจ้าหน้าที่อันดับแรกจะโต้แย้งเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของหนี้ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาอื่นได้เป็นไปตามแนวคำพิพากษาดังนี้

<sup>56</sup>พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, หน้า 803-804.

แนวคําทพิทกษาศฎีกาที่ 670/2503 ได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่เจ้าหนี้ตาม คําทพิทกษาในคดีอื่นยื่นคําร้องขอเฉลี่ยเงินในการขายทอดตลาดทรัพย์สินของจำเลยในคดีนี้ โจทก์ ในคดีนี้ย่อมคัดค้านได้ว่า หนี้ของเจ้าหนี้ในคดีอื่นนั้นเกิดขึ้นโดยสมยอม โดยไม่จำต้องไปฟ้องขอ ให้นำเพิกถอนหนี้เป็นคดีใหม่อีกต่างหาก

ทั้งนี้ เจ้าหนี้ตามคําทพิทกษาในคดีที่ขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินก่อนนั้น ไม่อาจ ฟ้องขอให้ทำลายคําทพิทกษาท้ายยอมในคดีของเจ้าหนี้ตามคําทพิทกษาในคดีอื่นไม่ได้ เพราะเป็น เรื่องระหว่างคู่ความในคดีนั้น เพียงแต่สามารถขอให้ศาลแสดงว่าหนี้ของโจทก์จำเลยในคดีอื่นนั้น จะมาขอเฉลี่ยทรัพย์สินที่โจทก์ยึดมาอีกคดีหนึ่งไม่ได้เท่านั้น (ตามแนวคําทพิทกษาศฎีกาที่ 962/2493)

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองมีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ซึ่งห้าม มิให้รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนนั้น เจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งเป็น เจ้าหนี้ตามคําทพิทกษาน่าที่จะยกขึ้นเป็นข้อคัดค้าน การเฉลี่ยทรัพย์สินของเจ้าหนี้อันดับรองได้ โดยขอให้เจ้าหนี้อันดับรองได้รับการเฉลี่ยทรัพย์สินภายหลังจากเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับการเฉลี่ยทรัพย์สิน ตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ อย่างไรก็ตามปัจจุบันยังไม่มีแนวคําทพิทกษาเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับ เรื่องนี้ ส่วนในกรณีที่เจ้าหนี้รายอื่นที่มาชำระเจ้าหนี้อันดับรองมายื่นขอเฉลี่ยทรัพย์สิน เนื่องจาก ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ไม่ใช่การก่อตั้งบูรณสิทธิ และไม่เป็นที่ทรัพย์สิน จึงไม่สามารถอ้างเป็น ข้อคัดค้านกับเจ้าหนี้รายอื่นได้

5.2.3.2 ประเด็นปัญหา เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้ใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับ คดีแก่ลูกหนี้ และเป็นผู้ขายยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคําทพิทกษา ต่อมาเจ้าหนี้อันดับแรก ได้ยื่นคําร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินในคดีนั้น

#### ประเด็นพิจารณา

ในกรณีนี้ เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถคัดค้านได้ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีสิทธิรับส่วนเฉลี่ยตามหนี้ของตน (หนี้อันดับแรก)

แม้ว่าเจ้าหนี้อันดับรองจะมีข้อตกลงว่าจะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เจ้าหนี้อันดับแรกไม่อาจอ้างข้อตกลงดังกล่าวคัดค้านสิทธิของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีที่ยึด หรืออายัดทรัพย์สินนั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรการคัดค้านดังกล่าวไว้ หากเจ้าหนี้อันดับแรกประสงค์จะยื่นคำร้องสอดเข้ามาไม่ว่าในชั้นบังคับคดี หรือชั้นพิจารณา จะต้องเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า คดีที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา เป็นการฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามข้อตกลงกู้ยืมระหว่างกัน ส่วนหนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิที่เจ้าหนี้อันดับรองหรือลูกหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามงดเว้นกระทำการ เจ้าหนี้อันดับแรกจะต้องฟ้องเรียกค่าเสียหายตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ซึ่งไม่เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ซึ่งจะต้องฟ้องร้องเป็นอีกคดีหนึ่ง ดังนั้น เจ้าหนี้อันดับแรกจึงไม่สามารถคัดค้านสิทธิในการยึดหรืออายัดของเจ้าหนี้อันดับรองได้ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีสิทธิที่จะฟ้องร้องตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิที่เจ้าหนี้อันดับรองหรือลูกหนี้ได้ให้ไว้ เป็นอีกคดีหนึ่งต่างหาก

อย่างไรก็ดีในทั้ง 2 ประเด็น ผู้เขียนใคร่ขอตั้งข้อสังเกตว่าการเฉลี่ยทรัพย์ย่อมเฉลี่ยจากทรัพย์สินที่ได้ยึดหรืออายัดตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดียึดได้เท่านั้น แต่ในกรณีที่ลูกหนี้นำเงินมาชำระเอง เพื่อชำระหนี้ให้แก่โจทก์ตามคำพิพากษา เจ้าหนี้ทั้งหลายไม่อาจขอเฉลี่ยได้ ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1324/2503 (ประชุมใหญ่) ดังมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1324/2503 (ประชุมใหญ่)

ศาลพิพากษาให้เลิกห้างหุ้นส่วน และให้จำเลยใช้เงินค่าหุ้นให้แก่โจทก์ จำเลยได้นำเงินมาวางศาล แล้วตามคำบังคับ เพื่อชำระหนี้ให้แก่โจทก์

เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของจำเลยในคดีอื่นยื่นคำร้องขอเฉลี่ยเงินจำนวนนี้ ศาลชั้นต้นได้สวนแล้วฟังว่า จำเลยยังมีทรัพย์สินอื่น คดีไม่เข้าตามมาตรา 290 วรรค 2 ให้ยกคำร้องผู้ร้องอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ต่อมาผู้ร้องฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการขอเฉลี่ยทรัพย์ตามมาตรา 290 เป็นกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึด หรืออายัดทรัพย์สินอย่างใดของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ แต่เงินรายนี้เป็นเงินที่จำเลยนำมาชำระเอง เพื่อชำระหนี้ให้แก่โจทก์ตามคำพิพากษา ให้พ้นจากความรับผิดชอบในหนี้จำนวนนี้ระงับสิ้นไป มิได้สงวนสิทธิหรือโต้แย้งการจะจ่ายไว้ประการใด และโจทก์ก็ได้ถือสิทธิขอรับเงินจำนวนนี้จากศาลต้องถือว่า

เป็นสิทธิแก่โจทก์แล้ว ศาลฎีกาประชุมใหญ่มีมติว่า ผู้ร้องขอเฉลี่ยไม่ได้ พิพากษายืนในผลที่ห้ายก คำร้องของผู้ร้อง

ข้อสังเกต คดีนี้ไม่มีการยึดเงิน หากเป็นกรณีจำเลยนำเงิน มาวางศาลเองเพื่อชำระให้โจทก์ การขอเฉลี่ยทรัพย์ตามมาตรา 290 นั้น ต้องเป็นกรณีที่มีการยึดหรืออายัดทรัพย์ แล้วเอาทรัพย์มาขายหรือจำหน่ายทรัพย์นั้น ฉะนั้น เงินจำนวนนี้จึงไม่เข้า ทรัพย์ที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอื่นจะมาขอเฉลี่ย<sup>57</sup> ถ้าเป็นดังกรณีเช่นว่านี้ เจ้าหนี้ตามคำ พิพากษาในคดีอื่นไม่ว่าจะเป็นกรณีตาม 5.2.3.1 หรือ 5.2.3.2 ก็ไม่อาจขอเฉลี่ยทรัพย์ได้

### 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.1 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลงผู้เขียน ได้แสดงความคิดเห็นว่า ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิสามารถบังคับได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการ แสดงเจตนาคู่สัญญาสามารถบังคับได้ ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง แต่เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิจะเป็นประโยชน์เมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระ หนี้เพราะหากลูกหนี้มีทรัพย์สินพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ครบถ้วนทุกรายแล้ว เจ้าหนี้อันดับแรก ก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยข้อตกลงดังกล่าวเพื่อให้ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน นอกจากนี้ กรณีที่ลูกหนี้มี ทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายก็เป็นเหตุแห่งการล้มละลายของลูกหนี้ได้ สำหรับข้อ ทกลงก่อนนี้โดยสิทธิแบบ Complete Subordination จะห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองรับชำระ หนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนพอใจ ตั้งแต่เริ่มทำข้อตกลง และประสงค์ที่จะ ำให้ข้อตกลงนี้มีผลไปจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้ชำระหนี้จนครบถ้วน จนกระทั่งเมื่อลูกหนี้จะเลิก กิจการหรือล้มละลายมากำหนดในข้อตกลง กล่าวคือ เมื่อทำข้อตกลงเจ้าหนี้อันดับรองจะได้รับ

<sup>57</sup>อาจารย์ยล ชีรกุล, บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1324/2503 คำพิพากษาศาลฎีกา ของเนติบัณฑิตยสภา 2503, หน้า 1489 อ้างถึงใน พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4, หน้า 752.

ชำระหนี้ตามปกติ แต่เมื่อมีเหตุการณ์ที่กำหนดในสัญญา เช่น ลูกหนี้เลิกกิจการหรือล้มละลาย เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ดังนั้น ข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิจึงมีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลายของลูกหนี้อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้ 2 ประการ

ประการที่ 1 การล้มละลายโดยไม่สมัครใจ โดยเจ้าหนี้ฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 9 และมาตรา 10 ดังนี้

1.1 ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว คำว่า "หนี้สินล้นพ้นตัว" ไม่มีบทวิเคราะห์ที่ศัพท์ไว้ในกฎหมาย แต่ก็คงหมายความว่า มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินนั่นเอง<sup>58</sup> หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึงลูกหนี้มีสถานะทางการเงินที่ไม่สามารถรับผิดชอบต่อหนี้สินทั้งหมดที่ตนก่อขึ้น<sup>59</sup> ข้อที่ว่า ลูกหนี้มีหนี้สินมากจนไม่สามารถชำระหนี้ของตนทั้งหมดได้หรือไม่เป็นข้อเท็จจริง ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป อาจพิจารณาได้จากพยานหลักฐานหรือคำรับของลูกหนี้ หรือพฤติการณ์

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>58</sup>ทวี กสิยพงศ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พร้อมด้วยประมวลระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับคดีล้มละลาย, (กรุงเทพฯ:กรุงสยามการพิมพ์, 2533), หน้า 12.

<sup>59</sup>สุธีร์ ศุภนิตย์, คู่มือกฎหมายลักษณะล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 3.

แวดล้อมต่าง ๆ ประกอบกัน<sup>60</sup> เนื่องจากการนำสืบข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปได้อย่าง พระราชบัญญัติล้มละลายจึงมีบทสันนิษฐานไว้ตามมาตรา 8 แต่เป็นบทสันนิษฐานใหม่เด็ดขาดสามารถนำสืบหักล้างได้ เช่น ลูกหนี้เอนทรีพรีสให้แก่บุคคลอื่นเพื่อประโยชน์แห่งเจ้าหนี้ของตนเป็นต้น

1.2 ลูกหนี้เป็นหนี้เจ้าหนี้ผู้เป็นเจตกรายเดียวหรือหลายรายเป็นจำนวนตั้งแต่ 50,000 บาท (กรณีลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา) หรือเป็นจำนวนตั้งแต่ 500,000 บาท (กรณีลูกหนี้เป็นนิติบุคคล)

1.3 เมื่อหนี้ของเจ้าหนี้ดังกล่าวสามารถกำหนดจำนวนได้แน่นอนไม่ว่าหนี้นั้นถึงกำหนดชำระหรือไม่ เจ้าหนี้ผู้เป็นเจตกรสามารถฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย

1.4 กรณีที่เป็นเจ้าหนี้มีประกัน\* เป็นเจตกรที่ฟ้องขอให้ล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันจะต้องมิได้เป็นผู้ต้องห้ามมิให้บังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และต้องกล่าวในฟ้องว่าถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้วจะยอมสละหลักประกันเพื่อประกันแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือตีราคาหลักประกันมาในฟ้อง ซึ่งเมื่อหักกับจำนวนหนี้ของตนแล้วเงินยังขาดอยู่ไม่น้อยกว่า 50,000 บาท (กรณีลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา) หรือไม่น้อยกว่า 500,000 บาท (กรณีลูกหนี้เป็นนิติบุคคล)

<sup>60</sup> รชค จารุจินดา. การสอนชั้นปริญญาตรี ปีที่ 4 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กฎหมายลักษณะล้มละลาย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2501)

\* เจ้าหนี้มีประกัน หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนวน จำนวนหรือสิทธิคั่นหวง หรือเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิที่บังคับได้ตนเองเดียวกับผู้รับจำนำ ดังนั้นตามพระราชบัญญัติล้มละลายจึงไม่รวมเจ้าหนี้ที่บุคคลจำประกัน

ประการที่ 2 การล้มละลายโดยสมัครใจ โดยการร้องขอของผู้ชำระบัญชี ซึ่งเป็นกรณีที่ถูกนี้เป็นนิติบุคคล ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด เมื่อมีการเลิกกิจการ จะต้องมีการชำระบัญชีตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 351/2507 (ประชุมใหญ่) ซึ่งวินิจฉัยว่าการเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องมีการชำระบัญชีเสมอไป เพื่อให้สภาพนิติบุคคลนั้นสิ้นสุดลงด้วยการจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1254 และมาตรา 1270 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่จะนำมาตรา 1061 ที่ว่าด้วยการเลิกห้างหุ้นส่วนที่ไม่ได้จดทะเบียน โดยการตกลงกันไม่ต้องมีการชำระบัญชีมาใช้บังคับหาได้ไม่ เพราะการเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัดได้มีบัญญัติเป็นพิเศษไว้ต่างหากแล้วในหมวดที่ 5 แห่งลักษณะ 22

ดังนั้น การเลิกห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัดและบริษัทต้องมีการชำระบัญชีเสมอเพื่อให้ผู้ชำระบัญชีสะสางการทำงานของห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทนั้นให้เสร็จไป เช่นการปฏิบัติตามสัญญาที่ผูกพันกันมาแต่เดิม และเข้าจัดการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ หากมีเงินเหลือก็คืนทุนและแบ่งเงินปันผลให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น

เมื่อมีการชำระบัญชีแล้วผู้ชำระบัญชีเห็นว่าทรัพย์สินของกิจการมีไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนทุกคน ผู้ชำระบัญชีจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้กิจการดังกล่าวล้มละลายทันทีตามมาตรา 1266 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากผู้ชำระบัญชีจะดำเนินการชำระบัญชีจะดำเนินการชำระบัญชีต่อไปทั้ง ๆ ที่รู้อยู่แล้วว่า ไม่มีทางชำระหนี้ให้ครบไม่ได้จะมีความผิดทางอาญา<sup>61</sup> และการร้องขอให้กิจการดังกล่าวล้มละลายเป็นไปตามมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 โดยผู้ชำระบัญชีของนิติบุคคลนั้นยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้สั่งให้นิติบุคคลนั้นล้มละลายได้ ถ้าปรากฏว่าเงินทุนหรือเงินค่าหุ้นได้ใช้เสร็จหมดแล้วทรัพย์สินยังไม่พอกับหนี้สิน ทั้งนี้ การร้องขอตามมาตรา 88 นี้ ไม่จำกัดว่านิติบุคคลล้มละลายมีหนี้สินเกินกว่าทรัพย์สินเป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด แม้มีหนี้สินขาดอีกเป็นจำนวนน้อยกว่า 500,000 บาท ก็ถือว่ามีหนี้สินสิ้นพันตัวแล้ว ไม่จำเป็นต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 และมาตรา 10 (ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1172/2521)

<sup>61</sup>ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, (กรุงเทพฯ: กรุงสยามพาณิชย์, 2530), หน้า 432.



มาตรา 1247 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การชำระบัญชี ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ซึ่งล้มละลายนั้นให้จัดทำไปตามบทกฎหมายลักษณะล้มละลายที่คงใช้อยู่ตามแต่จะทำได้" ดังนั้น เมื่อมีการล้มละลายการชำระบัญชี ให้จัดทำตามบทกฎหมายลักษณะล้มละลายซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เข้าดำเนินการ ชำระสะสางทรัพย์สินและหนี้สินแทนผู้ชำระบัญชี

การเริ่มคดีล้มละลายไม่ว่าโดยสมัครใจหรือไม่ เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลายและศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวจะมีอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ (ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย) และลูกหนี้ไม่สามารถกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตน เว้นแต่จะได้กระทำตามคำสั่งหรือความเห็นชอบของศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ผู้จัดการทรัพย์สินหรือที่ประชุมเจ้าหนี้ (ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย) สำหรับการใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนนั้น จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย กล่าวคือ เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้โดยปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย แม้เป็นเจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ โดยปฏิบัติตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย แม้เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือเป็นเจ้าหนี้ที่ได้ฟ้องคดีแพ่งแต่คดีอยู่ในระหว่างการศึกษา (ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย) ดังนั้น เจ้าหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามหมวด 4 วิธีการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ส่วนที่ 1 การขอรับชำระหนี้ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายและการแบ่งทรัพย์สินเมื่อลูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายเป็นไปตามหมวด 4 ส่วนที่ 5 การแบ่งทรัพย์สิน เป็นต้น บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับหนี้โดยสิทธิกับกฎหมายล้มละลายมีดังนี้คือ

### 5.3.1 ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิขัดต่อมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายหรือไม่

ในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย ผลของข้อตกลงประเภท Contractual Subordination แบบ Complete Subordination ซึ่งตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้เงินกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้เงินครบถ้วน จะมีผลเมื่อลูกหนี้ล้มละลายหรือไม่ และแบบ Inchoate Subordination ที่ว่า "เมื่อมีการเลิกกิจการหรือล้มละลายเจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้เงินกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้เงินครบถ้วน" ซึ่งผลของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิทั้งสองแบบจะมีผลเป็นอย่างเดียวกันคือ จะต้องให้เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้เงินครบถ้วนแล้วจึงจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง และข้อตกลงประเภท Turnover Subordination ซึ่งเจ้าหนี้อันดับรองยอมถือหนี้ด้วยสิทธิแทนเจ้าหนี้อันดับแรกและส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้รวมถึงทรัพย์สินที่ได้รับจากการบังคับคดีจากลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกนั้น เป็นข้อตกลงที่ขัดต่อพระราชบัญญัติล้มละลายหรือไม่ และมีผลบังคับได้เพียงใด

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้แก่ มาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย บัญญัติว่า "ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สินตามลำดับดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดมรดกของลูกหนี้ที่ตาย
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าทาสฟลูกหนี้ที่ตายตามสมควรแก่ฐานะานุรูป
- (4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179(3)
- (5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด
- (6) ค่าภาษีอากรและจังกอบที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์

- (7) ค่าจ้างเสมียน คนใช้หรือคนงานของลูกหนี้ สำหรับจำนวนสองเดือน  
แต่ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ไม่เกินกว่าคนละสามร้อยบาท
- (8) หนี้อื่น ๆ

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้นได้รับ  
เฉลี่ยตามส่วน"

### ข้อพิจารณา

ตามปกติลูกหนี้ย่อมมีหน้าที่ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ถ้าไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธิ  
ที่จะบังคับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
มาตรา 214) โดยอาศัยกระบวนการพิจารณาชั้นศาลอันเป็นวิธีบังคับชำระหนี้เป็นไปตามประมวล  
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น เจ้าหนี้อาจขอให้ศาลยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายทอดตลาด  
เอาเงินชำระหนี้ เป็นต้น ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินพอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ย่อมไม่เป็นการ  
ยุ่งยากอย่างใดในการที่เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ของ  
ตนทั้งหมดได้ ไม่ว่าจะเจ้าหนี้รายเดียวหรือหลายรายก็ตาม หรือที่เรียกว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้น  
ตัวย่อมเกิดข้อยุ่งยากขึ้นได้ เช่น ถ้ามีเจ้าหนี้หลายรายลูกหนี้อาจเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนใด  
คนหนึ่ง ท้าให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลงเป็นเหตุให้เจ้าหนี้รายอื่นเสียเปรียบ กฎหมายจึงให้  
โอกาสเจ้าหนี้เลือกฟ้องลูกหนี้ให้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย แล้วนำทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดมาแบ่ง  
เฉลี่ยให้แก่ เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเท่าเทียมกัน เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่  
ต้องการให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้เสมอภาคตามส่วน โดยรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย<sup>62</sup>

<sup>62</sup>หลวงสารนิยประสาสิน, "หลักปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายที่เกี่ยวกับศาล,"

เมื่อมีการเริ่มคดีล้มละลาย เจ้าหนี้ทั้งหลายจะต้องยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้  
ในคดีล้มละลายต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายในกำหนดเวลาสองเดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่ง  
พิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด แต่ถ้าเป็นเจ้าหนี้อยู่นอกราชอาณาจักร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขยาย  
ระยะเวลาได้อีกไม่เกินสองเดือน (มาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย)

ฉะนั้น เจ้าหนี้ทั้งหลายรวมทั้งเจ้าหนี้อันดับแรก และเจ้าหนี้อันดับรองจะต้อง  
ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายทั้งสิ้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นในเรื่องความ  
สมบูรณ์ของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิว่าไม่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือ  
ศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อหนี้ด้วยสิทธิมีมูลแห่งหนี้เกิดก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์  
จึงเป็นหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ไม่ขัดต่อมาตรา 94(1) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย หากเจ้าหนี้  
อันดับรองไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ หนี้ด้วยสิทธิจะไม่ได้รับการชำระจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์  
เป็นเหตุให้ไม่ต้องนำมาคิดคำนวณบัญชีส่วนแบ่ง จำนวนเจ้าหนี้ทั้งหลายจึงลดลง ดังนั้นสัดส่วนที่จะได้  
รับชำระหนี้ของ เจ้าหนี้ทั้งหลายจะเพิ่มขึ้น เจ้าหนี้อันดับแรกก็จะได้ไม่ได้รับประโยชน์จากข้อตกลงหนี้  
ด้วยสิทธิ

#### ข้อสังเกต

การกระทำของเจ้าหนี้อันดับรองที่ไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ อาจเป็นผลเสีย  
ต่อเจ้าหนี้อันดับรองเอง เพราะหากภายหลังที่เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับการชำระหนี้เต็มจำนวนหนี้  
อาจมีส่วนเหลือซึ่งจะต้องคืนให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองจึงเป็นผลดีกว่าการที่เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่  
ขอรับชำระหนี้เลย

เมื่อศาลพิพากษาให้ถูกหนี้ล้มละลายการจ่ายส่วนแบ่งให้เจ้าหนี้ในคดี  
ล้มละลายตามสัดส่วนที่ได้ขอรับชำระหนี้ จะต้องดำเนินการตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ  
ล้มละลายฯ มาตรา 124-132 คือ

1. ต้องจัดการแบ่งในระหว่างเจ้าหนี้โดยเร็ว โดยจะต้องแบ่งทุกระยะ เวลาไม่เกิน 6 เดือน นับแต่วันที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย ถ้ามีเหตุขัดข้องอันไม่อาจแบ่ง หรือไม่สมควรแบ่งในรอบ 6 เดือนนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ต้องขอขยายเวลาแบ่งต่อศาล ทุก 6 เดือนตามมาตรา 124
  2. ก่อนจะแบ่งครั้งแรกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องกันเงินไว้สำหรับ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อันจะพึงมีไว้จนพอก่อน ส่วนที่เหลือจึงจะเอามาแบ่งระหว่าง เจ้าหนี้ (มาตรา 124 วรรคแรก)
  3. หนี้ของเจ้าหนี้รายใดมีเงื่อนไขหรือมีข้อโต้แย้งอย่างใด อันไม่อาจ แบ่งส่วนเฉลี่ยให้ไปได้ในขณะนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องกันส่วนแบ่งสำหรับหนี้รายนั้น ไว้ก่อนรวมทั้งค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายอันอาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับหนี้รายนั้นไว้ตามสมควร แล้ว จึงนำเงินที่เหลือมาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ นอกนั้นไป (มาตรา 125)
  4. เมื่อได้จัดการตามข้อ 1 ถึงข้อ 3 แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้อง ทาบัญชีส่วนแบ่งขึ้นตามมาตรา 126 บัญชีนี้จะมีรายการแสดงยอดเงินที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ รวบรวมได้กับค่าใช้จ่ายและหนี้สินที่จะต้องชำระตามลำดับก่อนหลังดังบัญญัติไว้ในมาตรา 130 และมีบัญชีแสดงจำนวนเงินส่วนแบ่งที่เจ้าหนี้แต่ละรายพึงได้รับในครั้งนั้นตามส่วนมากและน้อยแห่ง จำนวนหนี้ของตนโดยคิดจำนวนเงินส่วนแบ่งเป็นร้อยละของจำนวนเงินที่ยอมมาให้ได้รับชำระหนี้
  5. เมื่อทาบัญชีส่วนแบ่งตามข้อ 4 เรียบร้อยแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ต้องโฆษณาหนังสือพิมพ์รายวันอย่างน้อย 1 ฉบับ และส่งแจ้งความไปยังเจ้าหนี้และผู้ล้มละลาย ส่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วัน เพื่อกำหนดวัน เวลาให้มาตรวจบัญชีส่วนแบ่ง
- ถ้าไม่มีผู้ใดคัดค้านบัญชีส่วนแบ่งนั้นให้ถือว่าบัญชีนั้นถูกต้องและ เป็นที่สุดแล้วให้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โฆษณาการแบ่งไว้ ณ สำนักงานและแจ้งจำนวนส่วนแบ่งที่จะจ่ายไปยัง เจ้าหนี้ (มาตรา 126)

6. เมื่อมีผู้มีส่วนได้เสียคนใดคัดค้านบัญชีส่วนแบ่ง ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาาคัดค้านและคำสั่งของเจ้าหนี้และบุคคลล้มละลายแล้วสั่งตามที่เห็นสมควร กล่าวคือ จะสั่งยกคัดค้านหรือจะแก้บัญชีเสียใหม่ให้ถูกต้องตามคำคัดค้านก็ได้

คำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นี้ ถ้าผู้มีส่วนได้เสียไม่พอใจอาจคัดค้านโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลได้ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้ฟังคำสั่ง

ในกรณีที่ผู้คัดค้านต่อศาล ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เลื่อนการจ่ายเงินไปจนกว่าศาลได้มีคำสั่งแล้ว แต่ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เห็นว่า การเลื่อนนั้นจะทำให้ผู้มีส่วนได้เสียหาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะกันเงินค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายอันอาจเกิดขึ้นได้ตามสมควรแล้วแบ่งเงินที่เหลือให้แก่เจ้าหนี้รายที่ไม่มีข้อโต้แย้งไปก่อนได้ (มาตรา 127)

คำสั่งของศาลในเรื่องนี้ย่อมอุทธรณ์ฎีกาได้ตามกฎหมายว่าด้วยอุทธรณ์ฎีกา

7. ในกรณีที่เป็นการแบ่งครั้งที่สุดท้ายก็ดำเนินการเช่นเดียวกับ การแบ่งครั้งก่อน ๆ ดังกล่าวและมีข้อเพิ่มเติมคือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องจัดการเรื่องหนี้สินที่เกี่ยวข้องค้างให้เสร็จสิ้นไปด้วย อันได้แก่ ค่าจ้างแรงงานที่ได้กระทำโดยคำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือเงินที่ได้ออกไปโดยคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เนื่องจากจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (มาตรา 131)

8. ห้ามมิให้จ่ายส่วนแบ่งแก่เจ้าหนี้คนใด เมื่อรวมส่วนแบ่งทุกครั้งแล้วเป็นเงินไม่ถึงหนึ่งบาท (มาตรา 128)

9. สามหรือกรियाของบุคคลล้มละลายจะได้รับส่วนแบ่งในฐานะเจ้าหนี้ต่อเมื่อเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้เป็นที่พอใจแล้ว (มาตรา 129)

10. เมื่อได้ชำระหนี้ทั้งหมดโดยเต็มตามจำนวนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้กับค่าธรรมเนียม และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในคดีล้มละลายหมดแล้ว ถ้ายังมีทรัพย์สินเหลืออยู่ให้คืนแก่บุคคลล้มละลายไป

เมื่อทราบถึงขั้นตอนและกระบวนการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายแล้ว จะเห็นได้ว่าในมาตรา 130 เป็นมาตราที่สำคัญที่สุดที่ได้บัญญัติถึงลำดับของเจ้าหนี้ที่จะได้รับส่วนแบ่งแห่งการชำระหนี้ซึ่งได้เรียงลำดับก่อนหลังดังนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้ที่ตาย
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าทศพลูกหนี้ที่ตายตามสมควรแก่ฐานะานุรูป
- (4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179(3)
- (5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นเจ้าหนี้และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด
- (6) ค่าภาษีอากรและจังกอบที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์
- (7) ค่าจ้างเสมียน คนใช้หรือคนงานของลูกหนี้ สำหรับจำนวนสองเดือนแต่ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ไม่เกินกว่าคนคนละสามร้อยบาท
- (8) หนี้อื่น ๆ

ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องกันเงินค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดก (ในกรณีลูกหนี้ตาย) ตามมาตรา 130(1) ก่อน ถ้ายังมีเหลือจึงจะชำระค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130(2) และหากมีเงินเหลืออยู่ก็ต้องชำระค่าทศพ (กรณีลูกหนี้ตาย) ตามมาตรา 130(3) หากยังมีเงินเหลืออยู่ก็จะชำระหนี้ตามลำดับต่อ ๆ ไป จนถึงหนี้ตามมาตรา 130(8) นั่นคือหนี้สามัญของเจ้าหนี้ทั้งหลาย

สำหรับลำดับการชำระหนี้ในแต่ละลำดับหากมีเจ้าหนี้หลายรายตามมาตรา 130 วรรคท้าย บัญญัติว่า ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใด ให้เจ้าหนี้อันดับได้รับการเฉลี่ยตามส่วน ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรา 130 เป็นการจัดบุริมสิทธิขึ้นมาใหม่เฉพาะเจ้าหนี้คดีล้มละลาย จึงไม่สามารถนำลำดับบุริมสิทธิตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในคดีล้มละลาย (ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 881/2517)

ลักษณะของการได้รับการเฉลี่ยตามส่วนในลำดับที่มีเงินไม่พอชำระหนี้ผู้เขียนเห็นว่าเข้าตามหลัก Pari Passu ของกฎหมาย Common Law ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ว่าเป็นหลักของการเฉลี่ยหนี้ในสัดส่วนที่เสมอภาคกันหรือเท่าเทียมกันกล่าวคือ หากหนี้ใดกฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีลำดับการชำระหนี้ได้ก่อน จะเป็นหนี้อื่นในลำดับที่ 8 ตามมาตรา 130(8) หากยังเหลือเงินที่ชำระหนี้มาถึงลำดับนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลายจะต้องเฉลี่ยหนี้กันตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ของตน ดังนั้นหากมีการกำหนดลำดับชำระหนี้ที่ต่างจากนี้ไปจะขัดต่อบทกฎหมายมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ อย่างไร หากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความตกลงใดที่ขัดต่อกฎหมายนี้จะเป็นโมฆะ

ข้อสำคัญที่ต้องตราพระราชบัญญัติล้มละลายคือต้องการให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้โดยเสมอภาคกันตามส่วน ไม่ให้เจ้าหนี้ได้เปรียบเสียเปรียบและคุ้มครองลูกหนี้ผู้ยากไร้อยู่แล้วมิให้ลูกหนี้อี้อีกโอกาสบีบคั้นให้ได้รับความเดือดร้อน หากลูกหนี้สุจริตก็ควรมีการช่วยเหลือชำระสะสางหนี้สิน เพื่อให้ลูกหนี้สุจริตนั้นได้มีโอกาสตั้งตัวใหม่ และเพื่อคุ้มครองประชาชนเพราะหากปล่อยให้ผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวมีสิทธิกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนต่อไปตามปกติย่อมเป็นภัยต่อประชาชนจึงสมควรจะตัดสิทธิบุคคลเช่นนี้ลง และสมควรลงโทษลูกหนี้ในทางอาญาในเมื่อกระทำการทุจริตดังนั้นเมื่อกฎหมายล้มละลายเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาไว้เป็นพิเศษมุ่งหมายคุ้มครองเจ้าหนี้ ลูกหนี้และประชาชน พระราชบัญญัติล้มละลายฯ





จึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>63</sup>

นอกจากนี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางหลักว่ากฎหมายล้มละลาย เป็นกฎหมาย  
ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2498 ศาลฎีกาวินิจฉัย ดังนี้

ปัญหาข้อกฎหมายที่โจทก์ยกขึ้นได้เถียงมาในชั้นนี้ว่า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์  
จะมีสิทธิขอแก้ไขค่าให้การ เดิมและยกข้อต่อสู้ขึ้นมาใหม่ได้หรือไม่โดยที่ประชุมใหญ่แล้ว เห็นว่า การ  
แก้ไขค่าให้การหรือยกข้อต่อสู้ขึ้นมาใหม่จะกระทำได้หรือไม่ มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 179, 180 แห่ง  
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติล้มละลายเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบ  
เรียบร้อยของประชาชน กฎหมายล้มละลายจึงจัดให้มีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีอำนาจจัดการ  
เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินของผู้ล้มละลายเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของ  
ผู้ล้มละลาย เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ามาเป็นเจ้าเลยแทนผู้ล้มละลายและได้ร้องขอแก้ไขค่า  
ให้การตามมาตรา 180 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วย่อมมีสิทธิที่จะแก้ไขได้  
เพราะเป็นคดีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศาลย่อมยกเหตุนี้ขึ้นอ้างได้เมื่อ  
เห็นสมควรแม้ไม่มีมาตราได้เถียงดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142(5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา  
ความแพ่งฎีกาในข้อกฎหมายขอโจทก์เป็นอันตกไป

ข้อสังเกต

ศาลวินิจฉัยในเรื่องวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา  
ความแพ่ง มาตรา 180 การแก้ไขค่าให้การนั้น จะต้องยื่นคำร้องก่อนวันขึ้นสองสัปดาห์หรือวันสืบพยาน  
แต่มาตรา 180 วรรคท้าย บัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า คดีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

<sup>63</sup> รัชช จารุจินดา, การสอนชั้นปริญญาตรีปีที่ 4 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กฎหมายล้มละลาย, หน้า 1-2.

แม้ยื่นภายหลังวันขึ้นสองสถานหรือวันสืบพยานศาลาให้แก่ได้ และมาตรา 142(5) ศาลอาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับประชาชนขึ้นอ้างได้เอง ไม่ถือว่าเกินไปกว่าคำฟ้องคดีนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยื่นคำร้องขอแก้ไขคำให้การภายหลังวันขึ้นสองสถานศาลเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยื่นคำร้องแทนจำเลยผู้ล้มละลายเป็นไปตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นคดีเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลจึงยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับประชาชนขึ้นเองวินิจฉัยและพิพากษาคดีได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 341/2531 วินิจฉัยว่า การพิจารณาคดีล้มละลายผิดกับการพิจารณาคดีแพ่งสามัญเพราะพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีผลในการตัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลายศาลจึงต้องพิจารณาเอาความจริงตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ว่ามีเหตุการณ์ล้มละลายหรือไม่ ฉะนั้นแม้ในชั้นศาลอุทธรณ์ฎีกาคดีจะไม่มีประเด็นโต้แย้งกันโดยตรงว่าจำเลยเป็นหนี้เจตก์ 90,000 บาท จริงหรือไม่ ศาลก็มีอำนาจพิจารณาไปถึงประเด็นดังกล่าวได้เมื่อการพิจารณาได้ความว่าจำเลยทั้งสองเป็นหนี้เงินกู้เจตก์เพียง 8,000 บาท จึงไม่เข้าองค์ประกอบที่เจตก์จะฟ้องให้จำเลยล้มละลายได้ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 9(2) ที่แก้ไขแล้ว

#### ข้อสังเกต

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ ได้วินิจฉัยโดยยกประเด็นที่ไม่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ซึ่งต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 แต่มาตรา 142(5) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ให้ศาลยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้ ศาลฎีกาเห็นว่ากฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลได้ความจากพยานและเชื่อว่าจำเลยไม่ได้เป็นหนี้เจตก์ 90,000 บาท แต่เป็นหนี้กันจริงเพียง 8,000 บาท ศาลจึงยกประเด็นว่า จำเลยมิได้เป็นหนี้เกินกว่า 50,000 บาท เจตก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องตามมาตรา 9(2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3702/2534 วินิจฉัยว่า กฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายพิเศษมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองบรรดาเจ้าหนี้ให้ได้รับชำระหนี้หรือได้รับส่วนแบ่งอย่างเป็นธรรมที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เกินกว่าที่จำเลยทั้งสองจะต้องรับผิดชอบ เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีได้รั้ดแต่แย้งมาก่อน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมยกขึ้นฎีกาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 249 วรรคสองประกอบด้วยพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 153



### ข้อสังเกต

คดีนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สอบสวนได้ความว่า ลูกหนี้เป็นหนี้้น้อยกว่าที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาได้ จึงฎีกาขอให้ลดจำนวนหนี้ลง แม้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีได้รั้ดแต่แย้งสิทธิในศาลชั้นต้น หรือศาลอุทธรณ์ แต่มาตรา 249(2) แห่งวิธีพิจารณาความแพ่ง มีบทบัญญัติยกเว้นว่า หากเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คู่สามารถยกขึ้นอ้างได้ และมาตรา 153 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับได้ ศาลฎีกาเห็นว่ากฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมยกขึ้นฎีกาได้

ดังจะ เห็นได้ว่า แนวโน้มของคำพิพากษาศาลฎีกาได้รับรองหลักของกฎหมายล้มละลายว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การวินิจฉัยคดีจึงต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2498, คำพิพากษาศาลฎีกา 341/2531) และความเป็นธรรมแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย (คำพิพากษาศาลฎีกา 3702/2534) นอกจากนี้ การผิดที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติล้มละลายฯ การนั้นเป็นโรมะดังแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3274/2528 ลูกหนี้เป็นหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้ตามสัญญาขายลดเช็คซึ่งเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 94 แม้ต่อมาจะมีการทำสัญญาขายลดเช็คฉบับใหม่ เพื่อเปลี่ยนกับสัญญาเดิมอันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หลังจากศาล

มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว ซึ่งลูกหนี้ต้องห้ามมิให้กระทำตามมาตรา 24 การแปลงหนี้ใหม่ไม่สมบูรณ์ หนี้เดิมจึงไม่ระงับสิ้นไป ตามบทบัญญัติมาตรา 351 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้ขอรับชำระหนี้จึงมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามคำขอรับชำระหนี้

#### ข้อสังเกต

เนื่องจาก ตามมาตรา 22 และมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจแต่ผู้เดียวในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ และห้ามมิให้ลูกหนี้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่เป็นนิติกรรม ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ฝ่าฝืนกฎหมายล้มละลายจึงเป็นโมฆะ ไม่ทำให้นั้นเดิมระงับสิ้นไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1897/2530 การที่ลูกหนี้ (จำเลย) ในฐานะผู้จัดการมรดกของพ. ซึ่งเป็นสามีมิได้จดทะเบียนสมรสกัน มอบอำนาจให้ ส. ชายที่ดินและบ้านพิพาททั้งส่วนที่เป็นมรดกของ พ. แล้วส่วนที่เป็นของตนให้แก่ผู้คัดค้านขณะที่ศาลสั่งพิทักษ์ของลูกหนี้ (จำเลย) แล้วสัญญาซื้อขายระหว่างลูกหนี้ (จำเลย) กับผู้คัดค้านเฉพาะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินพิพาทอันเป็นส่วนของลูกหนี้ (จำเลย) ย่อมเป็นนิติกรรมอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 22, 24 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ตกเป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3169/2531 หากมีการชำระหนี้ภายหลังศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ การชำระหนี้นั้นก็ เป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับ แม้เจ้าหนี้จะรับชำระหนี้ไว้ก็ไม่ทำให้นั้นระงับไป แม้ต่อมาศาลมีคำสั่งเพิกถอนการชำระหนี้รายนี้ เมื่อการเพิกถอนไม่เกี่ยวกับปัญหาตามมาตรา 115 เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 92 ได้

### ข้อสังเกต

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3169/2531 จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย หากไม่มีการยื่นคำขอรับชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้โดยพลการหลังจากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 22 และมาตรา 24 จึงเป็นโรมณะและเจ้าหนี้ไม่อาจนำหนี้ดังกล่าวมาขอรับชำระหนี้ เมื่อพ้นกำหนดตามมาตรา 91 และกรณีนี้ไม่เข้ามาตรา 92 เพราะเหตุที่จะยื่นขอชำระหนี้ภายหลังจะต้องเป็นการเพิกถอนการรอนตามมาตรา 115 เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า นิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายล้มละลายเป็นโรมณะนั้น จะหมายถึงนิติกรรมที่ได้กระทำภายหลังที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เพราะลูกหนี้ไม่อาจทำนิติกรรมใด ๆ ได้อำนาจการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ฉะนั้นข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่กระทำก่อนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้จึงไม่ตกเป็นโรมณะ

สำหรับผลของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธินั้น จะเป็นการฝ่าฝืนการจัดลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ตามมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายหรือไม่ ยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้แต่ประการใด การพิจารณาปัญหาดังกล่าวผู้เขียนใคร่ขอแยกการพิจารณาจากลักษณะรูปแบบของข้อตกลงเป็นดังนี้

#### 5.3.1.1 กรณีของ Contractual Subordination ทั้งในรูปแบบ

Complete Subordination และ Inchoate Subordination มีข้อตกลงที่ว่า เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้ในส่วนของตนจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะรับชำระหนี้จนครบถ้วน ต่างกันแต่เพียง Complete subordination เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่รับชำระหนี้ตั้งแต่เริ่มทำสัญญา แต่คู่สัญญาอาจตกลงให้มีการชำระดอกเบี้ยได้ ส่วน Inchoate Subordination คู่สัญญาจะชำระหนี้กันตามปกติ เว้นแต่เมื่อมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น เช่น ลูกหนี้เลิกบริษัท หรือลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการตกลงในการจัดลำดับชำระหนี้ใหม่ โดยเจ้าหนี้อันดับแรกมีสิทธิในลำดับก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นๆซึ่งจะทำให้ลำดับการชำระหนี้แตกต่างจากมาตรา 130

แต่ผู้เขียนเห็นว่าอันที่จริงแล้ว ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่ได้มีผลต่อลำดับการชำระหนี้แต่ประการใด เพราะหากลูกหนี้มีหนี้ตามมาตรา 130(1)-(7) ก็จะต้องแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ตามลำดับ และหนี้โดยสิทธิเป็นหนี้สามัญจึงอยู่ในลำดับที่ 8 หรือมาตรา 130(8) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ดังนั้น หากมีทรัพย์สินเหลือจากการชำระหนี้ในลำดับที่ 1-7 จะนำทรัพย์สินดังกล่าวมาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้สามัญทั้งหลายในลำดับที่ 8 นั้นเองแต่เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ เป็นบุคคลสิทธิผูกพันเฉพาะคู่สัญญา เกิดจากการสละสิทธิเข้ารับการเฉลี่ยหนี้โดยมีเงื่อนไขของเจ้าหนี้อันดับรองจึงเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับประชาชนทั่วไปและไม่กระทบกระเทือนสิทธิการรับการเฉลี่ยหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่น เจ้าหนี้ทุกรายยังคงได้รับการเฉลี่ยหนี้ตามสัดส่วนถ้วนหน้ากัน

ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย มีแนวทางรองรับข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิประเภทนี้คือ ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิประเภท Contract Subordination ซึ่งเจ้าหนี้อันดับรองจะได้รับชำระหนี้ก็ต่อเมื่อหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงเป็นเงื่อนไขการชำระหนี้ที่มีขึ้นในอนาคตจึงเป็นความรับผิดที่มีเงื่อนไข(contingent liability)<sup>64</sup> เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกยังไม่ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เงื่อนไขของความรับผิดของลูกหนี้ยังไม่สำเร็จ จะถือว่าคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองเป็นศูนย์ ซึ่งจะถือว่ามีค่าเป็นศูนย์เฉพาะเมื่อตอนคำนวณส่วนแบ่งเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงมีหนี้เป็นศูนย์หรือไม่มีหนี้ที่จะขอรับชำระ<sup>65</sup> ฉะนั้นทรัพย์สินของลูกหนี้ในส่วนที่จะชำระให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองจึงตกกลับไปสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย (ข้อสังเกต ข้อตกลงประเภทนี้จะทำให้เจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาได้ประโยชน์ด้วย) จากนั้นการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ก็เป็นไปตามหลักความเสมอภาคตามสัดส่วนของหนี้และเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนตามสัญญา

<sup>64</sup>Wood, The Law of Subordinated Debt, p.26. และ R.M.Goode, The Principle of corporate Insolvency Law (London:Sweet & Maxwell, 1990),p.43.

<sup>65</sup>Goode,The Principle of corporate Insolvency Law ,p.74.

ก่อนนี้ด้วยสิทธิแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองสามารถชำระหนี้ในส่วนของตนได้และชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เหลือจากการแบ่งครั้งต่อมาจากการล้มละลาย<sup>66</sup>

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีปัญหาในการบังคับใช้สิทธิในคดีล้มละลาย เพราะมาตรา 510(a) ของพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ให้บังคับตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ได้ตามสัญญาโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายล้มละลาย

#### สำหรับกฎหมายไทยมีข้อพิจารณาคือ

ข้อตกลงประเภท Contractual Subordination นั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่เจ้าหนี้อันดับรอง ยอมลดฐานะไม่ชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ผู้เขียนเห็นว่าเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไขเวลา เพราะเป็นกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นมิให้ทวงถามให้ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นก่อนถึงเวลาที่กำหนดตามมาตรา 192 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะตราบทที่หนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกยังไม่ได้รับชำระหนี้ ห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ และตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ให้เจ้าหนี้ซึ่งหนี้ไม่ถึงกำหนดชำระหรือหนี้มีเงื่อนไขขอชำระหนี้ได้ ประกอบกับมาตรา 193(1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย ลูกหนี้จะถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นหรือเงื่อนไขเวลาสิ้นสุดมิได้ ฉะนั้น เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้วก็ชอบที่จะให้เจ้าหนี้อันดับรองยื่นคำขอชำระหนี้ได้ แม้หนี้จะยังไม่ถึงกำหนดชำระ เพราะถ้าไม่ยอมมาให้คำยื่นขอชำระหนี้เสียภายในกำหนด ก็อาจไม่มีโอกาสขอชำระหนี้ได้ ในเมื่อลูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 747/2504) ส่วนหนี้ที่มีเงื่อนไขเช่นนี้ กฎหมายก็ยอมให้เจ้าหนี้ได้เช่นกัน เพราะหากรอให้เงื่อนไขสำเร็จ ก็อาจพ้นกำหนดระยะเวลายื่นคำขอชำระหนี้ส่วนจะมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ประการใดนั้น ก็เป็นไปตามความสำเร็จของเงื่อนไข

<sup>66</sup>Johnston, "Debt Subordination: Australian Perspective":117.

ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิฯ ให้หนี้ระหว่างเจ้าหนี้  
 อันดับรองกับลูกหนี้หรือหนี้ด้วยสิทธินั้น เป็นหนี้มีเงื่อนไข กล่าวคือยังไม่สามารถชำระหนี้จนกว่า  
 เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน ซึ่งหนี้มีเงื่อนไขสามารถยื่นคำขอชำระหนี้ได้  
 ตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย เมื่อมูลหนี้ระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้  
 ภายได้ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ดังนั้น ตราใบเดเจ้าหนี้  
 อันดับแรกยังไม่ได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนเงื่อนไขดังกล่าวจึงยังไม่สำเร็จ อย่างไรก็ตาม  
 ข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้น และมีผลบังคับระหว่างคู่สัญญาตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 5.1  
 ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของข้อตกลง เจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้อย่อมมีความผูกพันตามข้อตกลง  
 ก่อนนี้ด้วยสิทธิ นั่นคือเจ้าหนี้อันดับรองย่อมมีความผูกพันต่อการแสดงเจตนาเลื่อนการชำระหนี้  
 ไปจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน ส่วนลูกหนี้อย่อมมีความผูกพันต่อการ  
 แสดงเจตนาของตนที่จะไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง จนกว่าเงื่อนไขที่เจ้าหนี้อันดับแรกจะ  
 ได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนจะเกิดขึ้น ฉะนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์น่าจะต้องผูกพันตามข้อตกลง  
 ที่ลูกหนี้ได้แสดงเจตนาไว้แล้ว

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องผูกพัน  
 ตามการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่นำมาเทียบเคียงคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4135/2532 ผู้ร้องสลับหลังจำนำตัวสัญญา  
 ชำระเงินของบริษัท ก. ไว้แก่จำเลยที่ 1 เพื่อประกันหนี้ของผู้ร้องและตัวสัญญาชำระเงินไม่ได้ห้าม  
 เปลี่ยนมือการสลับหลังดังกล่าวยอมทำห้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ทรงตัวสัญญาชำระเงินเรียกเก็บเงิน  
 ตามตัวได้ในวันถึงกำหนด โดยไม่ต้องบอกกล่าวการจำนำแก่บริษัท ก. และบังคับเอากับบริษัท  
 ก. ผู้ออกตัวได้และการที่จำเลยที่ 1 ทำหนังสือตกลงสละสิทธิที่จะไม่เรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้  
 อีก และตกลงว่าหากมีการบังคับจำนำตัวสัญญาชำระเงินแล้วได้ไม่พอชำระหนี้ตามตัวสัญญาชำระเงิน  
 จำเลยที่ 1 มุ่งประสงค์จะบังคับชำระหนี้โดยการบังคับจำนำตามตัวสัญญาชำระเงินที่บริษัท ก. ออก  
 ให้แก่ผู้ร้องเท่านั้น ซึ่งจำเลยที่ 1 ต้องถูกผูกพัน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงเรียกให้ผู้ร้อง  
 ชำระหนี้รายนี้อีกไม่ได้



### ข้อเท็จจริง

1. คดีนี้บริษัท ภ. ต้องการกู้ยืมเงินจากจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบริษัทเงินทุนแต่ไม่สามารถกู้ยืมโดยตรงได้ จำเลยที่ 1 จึงให้ผู้ร้องกู้ยืมเงินไปให้บริษัท ภ. กู้ยืมต่ออีกทอดหนึ่ง ผู้ร้องจึงสลักหลังนำตัวสัญญาชำระเงินของบริษัท ภ. (เอกสารหมายเลข ค. 4) เพื่อประกันหนี้ของผู้ร้องที่ออกตัวสัญญาชำระเงินให้แก่จำเลยที่ 1 (เอกสารหมายเลข ค. 2) ผลการสลักหลังตัวสัญญาชำระเงินซึ่งไม่ได้ห้ามเปลี่ยนมือตามเอกสารหมายเลข ค. 4 ย่อมทำให้จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นผู้ทรงตัวสัญญาชำระเงินนับดังกล่าวเรียกเก็บเงินตามตัวนั้นได้ในวันถึงกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวการจำนำแก่บริษัท ภ. ผู้ออกตัวและไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อนเมื่อจะบังคับจำนำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 926 ประกอบด้วยมาตรา 985 และมาตรา 752, 766 การจำนำตัวสัญญาชำระเงินจึงมีผลสมบูรณ์บังคับกับบริษัท ภ. ได้
2. จำเลยที่ 1 มีหนังสือตกลงสละสิทธิที่จะไม่เรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้และตกลงว่า หากมีการบังคับจำนำตัวสัญญาชำระเงิน (เอกสารหมายเลข ค.) แล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ตามตัวสัญญาชำระเงินเอกสารหมายเลข ค. 2 จำเลยที่ 1 จะไม่เรียกร้องเอาจากผู้ร้องอีกแต่อย่างใดทั้งสิ้น
3. ศาลฎีกาเห็นว่า ข้อเท็จจริงจำเลยที่ 1 มุ่งประสงค์จะบังคับชำระหนี้เอาแก่ตัวสัญญาชำระเงินเอกสารหมายเลข ค. 4 ที่บริษัท ภ. ออกให้แก่ผู้ร้องเท่านั้น ฉะนั้น ข้อตกลงของจำเลยที่ 1 ที่ว่าจำเลยที่ 1 ตกลงสละสิทธิที่จะไม่เรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้อีกหมายความว่าจำเลยที่ 1 ตกลงไม่เรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้รายนี้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ซึ่งจำเลยที่ 1 จะต้องผูกพันตามข้อตกลงนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมาเรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้อีกไม่ได้ ศาลให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จำหน่ายชื่อผู้ร้องจากบัญชีลูกหนี้

ข้อสังเกต

คดีนี้จำเลยที่ 1 (ผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์) ทำหนังสือตกลงสละสิทธิที่จะไม่เรียกร้องให้ผู้ร้องชำระหนี้อีก เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงเรียกให้ผู้ร้องชำระหนี้รายนี้ไม่ได้ข้อตกลงดังกล่าวจึงผูกพันจำเลยที่ 1 และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4135/2532 เป็นเรื่องของข้อตกลงสละสิทธิของลูกหนี้คดีล้มละลายในฐานะเจ้าหนี้ของผู้ร้อง และในทางตรงกันข้าม ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่ลูกหนี้คดีล้มละลายเป็นผู้สัญญาซึ่งมีข้อกำหนดของเจ้าหนี้อันดับรอง สละสิทธิการชำระหนี้ของตนโดยมีเงื่อนไข และลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะไม่ชำระหนี้ให้จนกว่าหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงน่าจะผูกพันถึงเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ด้วย เพราะเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และการปฏิบัติตามสัญญาของลูกหนี้ หากมีเงื่อนไขขอยอมผูกพันเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ด้วยเช่นกัน

ฉะนั้นเมื่อข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่มีผลต่อลำดับการชำระหนี้ และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องดำเนินการแบ่งทรัพย์สินตามหลักความเสมอภาคตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกันตามมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย และเมื่อข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิทำให้นี้โดยสิทธิเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไข การแบ่งทรัพย์สินจึงเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 125 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ดังนี้ "เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องกันส่วนแบ่งรายที่มีเงื่อนไขหรือมีข้อโต้แย้งและค่าธรรมเนียมกับค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นไว้ตามสมควรแล้วแบ่งเงินที่เหลือให้แก่เจ้าหนี้นอกนั้นไป"

ดังนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องแบ่งทรัพย์สินตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกันก่อน เพียงแต่ยังไม่จ่ายส่วนแบ่งของเจ้าหนี้อันดับรอง จนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขข้อกล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน เจ้าหนี้อันดับรองจึงสามารถรับส่วนแบ่งที่กันไว้ได้ แต่ถ้ามีการแบ่งครั้งที่สุดแล้วเจ้าหนี้อันดับแรกยังไม่ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนส่วนที่กันไว้สำหรับเจ้าหนี้อันดับรองจะต้องนำมาแบ่งเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทุกราย ยกเว้นเจ้าหนี้อันดับรอง

แนวทางปฏิบัติตามมาตรา 125 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายนี้ มีความแตกต่างจากหลักการของ Contingent liability ของกฎหมายล้มละลายประเทศ อังกฤษ ตรงที่ในการแบ่งทรัพย์สินกฎหมายล้มละลายของไทยจะนำหนี้โดยสิทธิเข้าร่วมคำนวณ ส่วนแบ่งในการเฉลี่ยทรัพย์สินด้วย แต่ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย จะไม่นำมา รวมในการคำนวณส่วนแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้จนกว่าเงื่อนไขความรับผิดชอบของหนี้นี้จะสำเร็จ

5.3.1.2 ข้อตกลงประเภท Turnover Subordination เป็นข้อตกลง ที่เจ้าหนี้อันดับรองสัญญาว่าจะถือหนี้โดยสิทธิไว้แทนเจ้าหนี้อันดับแรก หรือเจ้าหนี้อันดับรองตกลง ที่จะส่งมอบทรัพย์สินที่ตนได้มาจากการเฉลี่ยหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรก จะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน

ในประเทศไทย กฎหมายล้มละลายได้มีบทบัญญัติเอาไว้ว่า  
ต่อข้อตกลงประเภทนี้ใน The Insolvency Rule 1986

Rule 11.11(1) บัญญัติว่า ถ้าบุคคลที่มีสิทธิได้รับการเฉลี่ย หนี้ ยื่นหนังสือบอกกล่าวแก่ผู้รับผิดชอบในคดีล้มละลาย (responsible insolvency practitioner) ว่าเขาประสงค์ที่จะชำระส่วนแบ่งดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่น หรือเขาได้โอน สิทธิดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นแล้ว ผู้รับผิดชอบดังกล่าวจะต้องชำระส่วนแบ่งให้แก่บุคคลดังกล่าว ดังนั้น เจ้าหนี้อันดับรองสามารถแจ้งให้เจ้าหนี้ที่ชำระ ส่วนแบ่งของตนให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกได้

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถบังคับตามสิทธิตาม ข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิได้ตามมาตรา 510(a) ของ Bankruptcy Code 1987 ดังนั้นจึงไม่มี ข้อคัดค้านในการก่อตั้งหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (trustee)<sup>67</sup>ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สิน

<sup>67</sup>Wood, The Law of Subordinated Debt, p.28.

สำหรับกฎหมายล้มละลายของไทย ข้อตกลงประเภท Turnover Subordination ไม่กระทบกระเทือนต่อการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายตามมาตรา 130 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย เพียงแต่ส่วนที่เจ้าหนี้อันดับรองได้รับนั้นจะต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกตามข้อสัญญาของเจ้าหนี้อันดับรองในข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิซึ่งเป็นเรื่องการปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองที่มีต่อเจ้าหนี้อันดับแรก อย่างไรก็ตามหากภายหลังที่เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับส่วนเฉลี่ยจากเจ้าหนี้อันดับรองแล้วไม่ครบตามจำนวนหนี้ เจ้าหนี้อันดับแรกไม่สามารถนำมูลหนี้เดิมที่ได้ขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายแล้วมาฟ้องเรียกจากลูกหนี้ได้อีก

ถึงแม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่มีการนำหนี้โดยสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายก็ตามแต่ได้มีข้อหาหรือปัญหาเกี่ยวกับหุ้นกู้โดยสิทธิ\* ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มายังกรมบังคับคดี เพื่อหาหรือแนวทางความเห็นในผลบังคับของตกลงประเภทนี้

---

\*หุ้นกู้โดยสิทธิเป็นตราสารหนี้รูปแบบหนึ่งซึ่งมีข้อตกลงกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้ดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้สามัญทั่วไปเฉพาะในเรื่องสิทธิในการได้รับชำระหนี้ตามหุ้นกู้เมื่อเกิดกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (ก) ผู้ถือหุ้นกู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย (ข) การชำระบัญชีเพื่อเลิกบริษัทผู้ออกหุ้นกู้ (ค) กรณีอื่นใดที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (ตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการอนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นกู้โดยสิทธิที่ออกใหม่แก่ผู้ลงทุนโดยเฉพาะเจาะจงหรือผู้ลงทุนประเภทสถาบัน พ.ศ. 2536 ลงวันที่ 29 ตุลาคม 2536)

ซึ่งปรากฏในข้อตกลงระหว่างบริษัทผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ และผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ เกี่ยวกับการด้วยสิทธิ เรียกร้องของผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย โดยมีข้อกำหนดว่า ในกรณีที่บริษัทผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์หรือถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย บรรดา ผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ ซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของบริษัทจะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ผู้ล้มละลายต่อเมื่อเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้เป็นที่พอใจ ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิจะได้รับดอกเบี้ย ในอัตราสูงกว่าผู้ถือหุ้นกู้ประเภทอื่นเป็นการตอบแทน

กรมบังคับคดีได้มีหนังสือกรมบังคับคดีที่ชธ 0401/23057

ลงวันที่ 10 กันยายน 2538 เรื่อง ตอบข้อหารือ โดยมีรายละเอียดดังนี้

"กรมบังคับคดีได้พิจารณาข้อหาดังกล่าวแล้วเห็นว่า ข้อตกลงระหว่างบริษัทผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิและผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ และผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิดังกล่าวนั้นผู้ถือหุ้นด้วยสิทธิน่าจะมีความเห็นดังกล่าวไปยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ หากบริษัทผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด โดยผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิที่ยื่นคำขอรับชำระหนี้วันน่าจะได้รับส่วนแบ่งจากกองทรัพย์สินของบริษัทผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิภายหลังจากที่เจ้าหนี้สามัญได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจแล้ว แต่อย่างไรก็ดีข้อคิดเห็นดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นของกรมบังคับคดี เนื่องจากกรณีตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิไว้และศาลฎีกายังมิได้มีคำพิพากษาว่าเป็นบรรทัดฐานไว้แต่อย่างใด"

#### ข้อสังเกต

นิติสัมพันธ์หุ้นกู้มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญากู้ยืมเงินแต่มีลักษณะเฉพาะกว่าการกู้ยืมเงิน เพราะจะมีการแบ่งจำนวนเงินที่จะให้กู้ออกเป็นหน่วยย่อยมูลค่าเท่ากัน หุ้นกู้เป็นเอกสารซึ่งบริษัทได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นหลักฐานว่าบริษัทได้กู้ยืมเงินจากประชาชน หุ้นกู้จึงเป็นหลักฐานของความเป็นหนี้ที่บริษัทมีต่อผู้ถือหุ้น สถานภาพโดยทั่วไปของหุ้นกู้จึงเป็นหนี้สามัญ

เช่นเดียวกับการยืมเงินโดยทั่วไป<sup>68</sup> แม้มีกฎหมายพิเศษควบคุมการเสนอขายหุ้นกู้แก่ประชาชนคือ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งถือว่าหุ้นกู้เป็นหลักทรัพย์และมีบทบัญญัติควบคุมการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน ให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการอนุญาตในการเสนอขายหุ้นกู้ แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ออกหุ้นกู้และผู้ถือหุ้นกู้ หากไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นพิเศษก็จะต้องใช้หลักนิติกรรมสัญญา และเมื่อมีการบังคับคดีก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉะนั้นเมื่อมีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในหุ้นกู้เกี่ยวกับสิทธิของผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิจึงสามารถเทียบเคียงได้กับข้อกำหนดในสัญญากู้ยืม ซึ่งมีข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิ คือ เจ้าหนี้อันดับรอง (ผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ) จะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ข้อหาหรือของปัญหาการบังคับตามหุ้นกู้ด้วยสิทธิในคดีล้มละลายจึงอาจถือเป็นแนวทางการบังคับข้อตกลงก่อนหน้าด้วยสิทธิในสัญญากู้ยืมเงินได้

เมื่อกรมบังคับคดีมีความเห็นว่า ผู้ถือหุ้นกู้ด้วยสิทธิน่าจะได้รับการแบ่งจากกองทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ภายหลังจากเจ้าหนี้สามัญได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจ จึงถือเป็นข้อสนับสนุนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่วางแนวทางเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>68</sup>ธีระเดช ตันสุวรรณรัตน์, การคุ้มครองทางกฎหมายแก่ผู้ถือหุ้นกู้, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 20.

### 5.3.2 ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเป็นข้อตกลงที่ทำให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบหรือไม่

ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิมีสาระสำคัญ คือ ลูกหนี้ยอมมาให้เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน แล้วจึงชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง ข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นการกระทำที่ทำให้เจ้าหนี้ได้เปรียบเสียเปรียบกันหรือไม่ เพราะกฎหมายล้มละลายประสงค์ที่จะให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้โดยเสมอภาคกัน หากลูกหนี้กระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้บางคน หรือการกระทำโดยไม่สุจริต เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจร้องขอเพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นผลของการล้มละลายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือการกระทำที่ลูกหนี้ได้กระทำไปแล้วก่อนล้มละลาย ในเรื่องนี้กฎหมายล้มละลายได้บัญญัติไว้ 3 ประการคือ

1. การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 ดั้งบัญญัติไว้ใน มาตรา 113
2. การเพิกถอนการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งกระทำภายในระยะเวลา 3 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลัง ดั้งบัญญัติไว้ใน มาตรา 114
3. การเพิกถอนการทำให้เปรียบเจ้าหนี้อันดั่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 115

#### ประเด็นข้อกฎหมาย

มาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย บัญญัติว่า การขอให้ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอได้โดยทำเป็นคำร้อง

มาตรา 237 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ ซึ่งนิติกรรมใด ๆ อันลูกหนี้ได้กระทำการลงทั้งที่รู้ว่าจะเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่นิติกรรมนั้นบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลากออกแต่การนั้นไม่รู้เท่าถึงข้อความจริง อันเป็นทางให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบนั้นด้วย แต่หากกรณีเป็นการทำให้โดยเสนาหา ท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้รู้ฝ่ายเดียวเท่านั้นก็พอแล้วที่จะขอเพิกถอนได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมใด อันมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นสิทธิในทรัพย์สิน

มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายบัญญัติว่า การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามปีก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้ เว้นแต่ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จะแสดงให้เห็นพอใจแก่ศาลว่าการโอนหรือการกระทำนั้นได้กระทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน

มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายบัญญัติว่า การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามเดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้นโดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้

### ข้อพิจารณา

การเพิกถอนตาม มาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะร้องขอเพิกถอนการฉ้อฉลของลูกหนี้ได้โดยวิธียื่นคำร้องต่อศาลในคดีล้มละลาย โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งต่างหาก เพื่อเป็นการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237

#### หลักเกณฑ์การเพิกถอนการฉ้อฉล

1. เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ หมายความว่า ขณะที่เจ้าหนี้ขอให้เพิกถอนการฉ้อฉลนั้น ปรากฏว่าทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้มีอยู่ไม่พอที่จะชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ได้สิ้นเชิง เพราะเหตุว่าลูกหนี้ได้ย้ายสมบัติของตนไปอันเรียกว่าฉ้อฉล<sup>69</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 1111/2479 อธิบายคำว่าเสียเปรียบว่าได้แก่การที่ทาให้ทรัพย์สินสมบัติซึ่งเจ้าหนี้อาจยึดเพื่อการชำระหนี้ตาม มาตรา 214 (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) นั้นลดลง คำพิพากษาฎีกาที่ 291/2513 ลูกหนี้ต้องมีทรัพย์สินไม่พอใช้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และคำพิพากษาฎีกาที่ 1868-1869/2516 วางหลักว่า นิติกรรมที่ทาให้เจ้าหนี้เสียเปรียบได้แก่นิติกรรมที่ลูกหนี้ได้กระทำให้กองทรัพย์สินของตนลดน้อยลง ไม่พอที่

<sup>69</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (นครหลวง; โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515) หน้า 209-210.



จะเข้าให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นเมื่อนิติกรรมที่ลูกหนี้กระทำไม่กระทบกระเทือนถึงฐานะหรือความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ก็ถือว่าไม่ได้ว่าเจ้าหนี้เสียเปรียบ

2. นิติกรรมนั้นลูกหนี้ได้ตกลงไปทั้งรู้ว่าจะเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ อันเป็นเจตนาไม่สุจริตต่อเจ้าหนี้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 656,657/2474 แปลความว่า การที่จะวินิจฉัยว่าลูกหนี้รู้หรือไม่ว่าการโอนจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ ต้องพิจารณาเหตุการณแวดล้อม ฐานะของลูกหนี้รู้ในขณะทำการโอนว่าทรัพย์สินของตนเองไม่มีพอชำระหนี้เจ้าหนี้ หรือลูกหนี้รู้ในขณะโอนว่าฐานะของตนไม่ดี การโอนจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ รูปคดีก็จะต้องตาม มาตรา 237

3. ผู้รับโอนต้องรู้ว่าเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เว้นแต่กรณีการให้โดยเสนหา ผู้รับประโยชน์ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ

4. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องร้องขอให้เพิกถอน ภายในอายุความ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 240 โดยนับแต่วันที่เจ้าหนี้ผู้เกี่ยวข้องรู้เหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 209/2521)

การเพิกถอนการฉ้อฉลดังกล่าวเป็นเรื่องที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือล้มละลายแล้ว มาตรา 113 เป็นการให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทนเจ้าหนี้ โดยทำเป็นคำร้อง ไม่ต้องทำเป็นคำฟ้อง เพื่อที่จะไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมมากไป

อย่างไรก็ดี การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นยังไม่ใช่เป็นการเพียงพอสำหรับในคดีล้มละลาย เพราะตามธรรมดาผู้ล้มละลายมักจะรู้ว่าตนมีหนี้สินล้นพ้นตัว และเตรียมยกย้ายทรัพย์สินของตนเสียก่อน ฉะนั้นกฎหมายล้มละลายจึงได้บัญญัติวิธีการเรื่องลูกหนี้โอนทรัพย์สินขึ้นไว้เป็นพิเศษอีกต่างหากตาม มาตรา 114<sup>70</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

---

<sup>70</sup>หลวงสารกิจปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์นาเชือกการพิมพ์), 2513, หน้า 187.

หลักเกณฑ์การเพิกถอนการร่อน หรือการกระทำใด ๆ ในระยะระหว่าง 3 ปี ก่อนมี การขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และภายหลังตามมาตรา 114

1. ลูกหนี้ได้ร่อนทรัพย์สิน หรือกระทำการใด ๆ\* ซึ่งหมายถึงการกระทำที่แม้ไม่มี ผลถึงกับร่อนแต่เป็นการก่อให้เกิดบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินขึ้นเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การ เช่าเป็นระยะเวลาอนาน การจ้างงาน การจำหน่าย ภาระจำยอม สิทธิอาศัย หรือสิทธิเก็บกิน เป็นต้น ในระหว่างระยะเวลา 3 ปีก่อนมีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และภายหลัง ไม่ว่าลูกหนี้ กระทำการหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำ

2. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง และไม่ต้องนำเสนอหลักเกณฑ์ เรื่องการเพิกถอนการร่อน ตามมาตรา 113 ประกอบกับ มาตรา 237 ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้เพิกถอนที่จะต้องนำเสนอว่าการร่อนไม่สุจริต และเจ้าหนี้เสียเปรียบ เพราะตามมาตรา 114กฎหมายได้วางข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการร่อนไม่สุจริต

3. ผู้รับร่อนหรือผู้รับประโยชน์จะต้องนำเสนอหักล้างข้อสันนิษฐานให้ได้ว่าการร่อนได้ กระทำโดยสุจริต หมายถึง ผู้รับร่อนมิได้รู้ถึงภาระหนี้สินส่วนตัวของบุคคลล้มละลาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87-89/2509 และ 390/2523) และการร่อนมีค่าตอบแทน มีอนาสืบได้ ทั้งสองประการแล้ว ไม่อาจเพิกถอนได้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่ที่ผู้รับร่อนหรือผู้รับประโยชน์

4. การเพิกถอนตามมาตรา 114 เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะจึงมี อายุความ 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 (คำพิพากษาศาลฎีกา 1703/2522)

\*แก้ไขเพิ่มเติมคำว่า "กระทำการใด ๆ"โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 2)

พ.ศ. 2511 มาตรา 10 เพื่อคุ้มครองการกระทำที่อยู่นอกข่ายของมาตรา 113 และมาตรา 115 เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ มิให้ลูกหนี้ทำทรัพย์สินเสื่อมค่าหรือเสื่อมราคา (ปรีชา พานิชวงศ์, "วิจารณ์กฎหมายพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2511", ตุลพาห 15 (พ.ค.-มิ.ย. 2521); 84-85.

นอกจากนี้ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้เปรียบซึ่งกันและกันอันเป็นความประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่จะให้เจ้าหนี้ได้รับความเสมอภาคและความยุติธรรมเสมอหน้ากันหมด กฎหมายล้มละลายจึงได้บัญญัติวิธีการป้องกันการที่ลูกหนี้จะให้เปรียบแก่เจ้าหนี้บางคน<sup>71</sup> ตามมาตรา 115 ทั้งนี้ หลังจากที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว จะจัดการแบ่งให้เจ้าหนี้ตามหลักเกณฑ์ของ มาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย เจ้าหนี้ทั้งหลายจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้เพียงส่วนเฉลี่ยในทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น เมื่อลูกหนี้นำทรัพย์สินของตนไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะ จึงเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนนั้น และทำให้เจ้าหนี้คนอื่นเสียเปรียบเพราะได้รับความเสียหายเพิ่มขึ้นเนื่องจากไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้โดยเฉลี่ยจากทรัพย์สินที่โอนไป

หลักเกณฑ์การเพิกถอนการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้บางรายตาม มาตรา 115 มีดังนี้

1. ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สิน หรือกระทำการใด ๆ ซึ่งไม่ว่าจะกระทำเอง หรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำ
2. ลูกหนี้มุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนอื่น ดังนี้ ผู้โอนกับผู้รับโอนจะต้องเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กัน แม้เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ก็อาจถูกเพิกถอนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 890/2509) และความเป็นเจ้าหนี้จะต้องมีอยู่ก่อนการกระทำดังกล่าว ฉะนั้นกรณีโอนตามสัญญาต่างตอบแทน คู่สัญญามิได้เป็นเจ้าหนี้กันมาก่อน จึงไม่อาจเพิกถอนได้ เช่น เจ้าหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 853/2534, 854/2534 ประชุมใหญ่) หรือเจ้าหนี้ตามสัญญาโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์ และพันธบัตรโทรศัพท์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1608/2536)

การเพิกถอนการโอนตามมาตรานี้มุ่งคำนึงถึงความมุ่งหมายหรือเจตนาของลูกหนี้เท่านั้นโดยลูกหนี้มีความมุ่งหมายให้เจ้าหนี้ที่รับโอนทรัพย์สินไปได้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนอื่น แม้เจ้าหนี้จะมีเจตนาสุจริตก็ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ดังนั้นจึงไม่ต้องพิจารณาว่าเจ้าหนี้ได้รับโอนโดยสุจริตหรือมีค่าตอบแทนหรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1167/2506, 589/2523, 2651/2525 398/2530, 2651/2535, 2333/2537)

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 192.

3. ได้กระทำภายใน 3 เดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายหรือภายหลังนั้น ทั้งนี้จะต้องเป็นการกระทำก่อนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น เพราะการชำระหนี้ภายหลังศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ การชำระหนี้เป็นโง่ตาม มาตรา 22 และมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ผูกพันเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จึงไม่เกี่ยวกับปัญหาตามมาตรา 115 (คำพิพากษาฎีกาที่ 3169/2531)

4. การเพิกถอนตาม มาตรา 115 มีอายุความ 10 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1703/2522, 3227/2532)

ประเด็นปัญหา การทำข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญากู้ยืม ซึ่งได้กระทำขึ้นในขณะที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ เป็นการก่อนนี้ขึ้นใหม่แก่ลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอเพิกถอนได้หรือไม่

ประเด็นพิจารณา กรณีนี้เป็นกรก่อนนี้ขึ้นใหม่ ในขณะที่ลูกหนี้รู้ว่าทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ จะเป็นการกระทำที่เข้าข่ายจะต้องถูกเพิกถอนการฉ้อฉลหรือไม่ ได้มีนัยกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า<sup>72</sup> แม้การกระทำนี้ย่อมเป็นผลให้เจ้าหนี้อื่น ๆ เสียเปรียบเหมือนกัน เพราะส่วนแบ่งของตนในทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมน้อยลง (เพราะมีเจ้าหนี้เพิ่มขึ้น) แต่หลักในเรื่องนี้เป็นที่รับกันว่าถ้าลูกหนี้ก่อนนี้ใหม่ เจ้าหนี้จะขอให้เพิกถอนไม่ได้ เพราะความมุ่งหมายของการเพิกถอนการฉ้อฉลคือการทำให้ลูกหนี้จนลง ถ้าห้ามเสียทุกทางไม่ให้ลูกหนี้ทำการกู้เงินหรือซื้อของอะไร จะเป็นการเคร่งครัดจนเกินไปจนลูกหนี้ทำอะไรไม่ได้เลย เช่นลูกหนี้จะไปกู้เงินเขามาทำการค้าขายต่อไป หรือว่าซื้อของเชื่อใครไว้ก็ไม่ได้ เพราะฉะนั้นจึงมีข้อจำกัดว่าถ้าการที่ลูกหนี้ได้ทำหนี้ขึ้นใหม่ เจ้าหนี้จะขอเพิกถอนได้ต่อเมื่อเป็นการฉ้อฉล เช่น ลูกหนี้สมยอมกันกับบุคคลที่สามารถยืมชื่อของราคาถูกแต่กลับซื้อไว้แพง เป็นต้น

<sup>72</sup> เสริม วิจิฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 214-215.

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ไม่อยู่ในบังคับแห่ง มาตรา 237 เพราะเจ้าหนี้ทั้งหลายต่างต้องเสี่ยงภัยในการที่ลูกหนี้อาจกลายเป็นคนหนี้สินส่วนตัว หลักการในมาตรา 237 ต้องเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ทำตนให้จนลงโดยเจตนาจากนายทรัพย์สินไป หรือสละประโยชน์ที่ได้ไว้แล้ว การกระทำที่ลูกหนี้กู้เงินมาเป็นแต่การเพิ่มภาระผูกพันตนขึ้นมาหาใช่เป็นการทำตนให้จนลงด้วยการรอนทรัพย์สินหรือสละประโยชน์อย่างใดไม่ และถ้าจะขอเพิกถอนต่อเจ้าหนี้คนหลัง จะว่าเจ้าหนี้้นเป็นผู้ได้ลาภออกตาม มาตรา 237 ไม่ได้ เว้นแต่การเป็นหนี้โดยเจตนาหลงซึ่งโรมจะตาม มาตรา 155<sup>73</sup>

สำหรับประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การก่อกำหนดโดยสิทธิขึ้น ในขณะที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย และมีทรัพย์สินน้อยอาจไม่พอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกรายนั้น เมื่อมองในแง่ของสัญญากู้ยืมระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ เจ้าหนี้ผู้ให้กู้ยืม (เจ้าหนี้อันดับรอง) นั้นไม่ได้ลาภออกจากสัญญากู้ยืม เพราะจะต้องเฉลี่ยหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เช่นกัน และการกู้ยืมเงินก็เป็นการทำทรัพย์สินที่ได้จากการกู้ยืมมารวมกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่เดิม เพียงแต่ลูกหนี้มีภาระที่จะต้องชำระหนี้ดังกล่าว จึงไม่เป็นการทำห้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลงไปจากเดิม ฉะนั้นไม่ว่าจะอยู่ในความหมายของการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ

เมื่อมองในข้อกำหนดของสัญญาก่อนด้วยสิทธิ จะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้อันดับรองไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน หนี้ด้วยสิทธิจึงมีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ที่ยาวนาน ดังจะเห็นได้จากคุณลักษณะของหนี้ด้วยสิทธิที่กล่าวไว้ในบทที่ 1 ว่ามีลักษณะเป็นหนี้สินกึ่งทุน เมื่อหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกยังไม่ได้ชำระจนเป็นที่พอใจ หนี้ด้วยสิทธิจึงยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้ หนี้ด้วยสิทธิจึงเสมือนกับทุนของลูกหนี้ จึงไม่ทำห้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลง และเป็นประโยชน์ต่อลูกหนี้ในแง่ภาพพจน์ของกิจการเมื่อหนี้ด้วยสิทธิเป็นประกันงานการชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรก ลูกหนี้จึงไม่ต้องเสี่ยงกับการถูกเจ้าหนี้อันดับแรก หรือเจ้าหนี้อื่นฟ้องล้มละลาย

<sup>73</sup> เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 729-730.

ดังนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงไม่อาจอ้างมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายร้องขอเพิกถอนข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิดังกล่าว

ประเด็นปัญหา กรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย แต่ทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ได้ครบถ้วนทุกราย หากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อื่นผู้ไม่ได้รับชำระหนี้จะอ้างว่าตนเสียเปรียบ และขอเพิกถอนการชำระหนี้ได้หรือไม่

ประเด็นพิจารณา ในการเลือกชำระหนี้เฉพาะเจ้าหนี้บางรายมีนัยกฎหมายได้ทำให้ความเห็นไว้ 2 แนวทางคือ

แนวทางแรก เห็นว่า เป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เพราะการที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ จะต้องเฉลี่ยใช้ให้ตามส่วนโดยทั่วกัน การเลือกที่รักมักที่ชังโดยที่เจ้าหนี้รายนั้นรู้ถึงการได้เปรียบเสียเปรียบจึงน่าจะเพิกถอนได้<sup>74</sup>

แนวทางที่สอง เห็นว่า การที่เจ้าหนี้รับชำระหนี้นั้นเป็นเพียงแต่เขาได้รับสิ่งอันเป็นสิทธิของเขาที่จะได้รับเท่านั้น แม้จะทำให้เจ้าหนี้อื่น ๆ จะเสียเปรียบก็ร้องขอให้เพิกถอนไม่ได้<sup>75</sup> และหลักตามกฎหมายโรมันและกฎหมายฝรั่งเศสนั้นถือว่า เรื่องเช่นนี้จะขอเพิกถอนไม่ได้เพราะถือว่าเป็นหน้าที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ใช่เป็นการที่ทราบดีรู้ว่าเจ้าหนี้จะเสียเปรียบ<sup>76</sup>

สำหรับประเทศไทยได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1130-1131/2505 วินิจฉัยว่ากรณีที่จำเลยมีเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสองราย แต่ทรัพย์ของจำเลยมีเพียงอย่างเดียวมีราคาม่าพอชำระหนี้ทั้งสองราย การที่จำเลยเลือกชำระหนี้เพียงรายใดรายหนึ่ง อันเป็นผลทำให้เจ้าหนี้อีกคนหนึ่ง

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 731 และ เสริม วินิจฉัยกุล, นิติกรรมและหนี้, หน้า 215 และ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 252.

<sup>75</sup> พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 874.

<sup>76</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 730.

เสียเปรียบ และเจ้าหนี้ผู้รับชำระหนี้ก็ทราบที่อยู่แล้ว เช่นนี้ย่อมเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ผู้เสียเปรียบ ขอให้เพิกถอนการชำระหนี้ได้ ดังนั้นการเลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด จึงอาจถูกเพิกถอนการฉ้อฉลเจ้าหนี้ได้

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการเพิกถอนการฉ้อฉลตาม มาตรา 237 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการคุ้มครองกองทรัพย์สินของลูกหนี้ หากลูกหนี้ทำนิติกรรมเพื่อให้กองทรัพย์สินลดลง เจ้าหนี้ร้องขอเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวได้ แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องชำระตามกำหนดเวลา เพราะมีหนี้อยู่แล้ว มิฉะนั้นลูกหนี้อาจต้องชำระค่าเสียหายหรือดอกเบี้ยเพิ่มขึ้น เนื่องจากการไม่ชำระหนี้จึงไม่น่าที่จะต้องเพิกถอนการฉ้อฉลโดยมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายประกอบกับมาตรา 237 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น เมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ และเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดน่าจะต้องพิจารณาว่าเป็นการทำให้เปรียบเจ้าหนี้อื่นตาม มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายหรือไม่ ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 870/2509 ประชุมใหญ่ วางแนวทางไว้ว่าการที่ลูกหนี้เลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่ง แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งมีค้ำบังค้ำบงชำระหนี้แล้วก็ตาม โดยที่ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอที่จะชำระหนี้รายอื่นได้ อันจะทำให้เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้นั้นได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นแล้ว ก็อยู่ในบังคับพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 115 ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอเพิกถอนได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหากการรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ถูกเพิกถอนตามมาตรา 113 แล้ว เจ้าหนี้ไม่อาจยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ จึงควรพิจารณาการเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งว่าเป็นการทำให้เปรียบเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดตามมาตรา 115 หรือไม่เท่านั้น

ในกรณีของ Contractual Subordination เจ้าหนี้อันดับรองตกลงกับลูกหนี้ว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรก หรือเจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิประเภทนี้ไม่เข้าลักษณะเป็นการที่ลูกหนี้กระทำให้เจ้าหนี้คนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น เพราะการตกลงลักษณะนี้เจ้าหนี้อันดับรองยอมไม่ขอรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกหรือเจ้าหนี้รายอื่นรับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงไม่เป็นการก่อบุริมสิทธิบนกองทรัพย์สิน

ของลูกหนี้ขึ้นแต่อย่างใดและ ข้อตกลงนี้ไม่ทำให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบ เพราะเมื่อหนี้ของเจ้าหนี้ อันดับแรกยังไม่ได้ชำระหนี้จนครบ เจ้าหนี้อันดับรองจึงไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของตนได้ ดังนั้นจำนวนหนี้โดยสิทธิที่ยังไม่ได้ชำระ จึงยังคงอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และยังเป็นผลดีแก่เจ้าหนี้รายอื่น ๆ ด้วย แม้ไม่ใช่เจ้าหนี้อันดับแรก

ประเด็นปัญหา ปัญหากฎหมายที่จะเกิดขึ้นตาม มาตรา 115 เมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกตามสัญญาระหว่าง เจ้าหนี้อันดับแรกกับลูกหนี้ จึงควรพิจารณาว่าเข้าลักษณะเป็นการทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้อันดับแรก และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเพิกถอนการชำระหนี้ของลูกหนี้ได้หรือไม่

#### ประเด็นพิจารณา

แนวคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการ เพิกถอนการกระทำของลูกหนี้ที่เลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอให้มีการเพิกถอนการชำระหนี้ได้ ดังนี้

คำพิพากษาฎีกา 870/2509 วินิจฉัยว่า ในกรณีที่ลูกหนี้มิได้ถูกฟ้องคดีล้มละลาย หากลูกหนี้เลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเจ้าหนี้รู้แล้วว่าเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เจ้าหนี้อื่นอาจขอให้ศาลเพิกถอนได้

ในกรณีที่ลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด การที่ลูกหนี้เลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใด แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและมีค้ำบังค้ำบ้ำให้ชำระหนี้แล้วก็ตาม โดยลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอจะชำระหนี้รายอื่นได้ อันจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่นแล้ว ก็อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 115

ข้อสังเกต 1. การที่ลูกหนี้เลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใด แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา และมีค้ำบังค้ำบ้ำให้ชำระหนี้แล้วโดยลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอชำระหนี้รายอื่นได้ ก็ถือว่าเป็นการทำให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

2. แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีการบังคับคดีทางแพ่งสำเร็จบริบูรณ์แล้วก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว สามารถอ้างการบังคับคดีนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ตามมาตรา 110 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่อาจเรียกเอาทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดชั่วคราว หรือยึดตามหมายบังคับคดีมารวบรวมในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายได้ ที่ว่าการ



บังคับคดีสำเร็จบริบูรณ์ กฎหมายให้ถือว่า เมื่อพ้นกำหนดเวลาที่อนุญาตให้เจ้าหนี้ยื่นขอเฉลี่ยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตาม มาตรา 290 นั้นเอง

3. การเลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด จึงอยู่ในบังคับของมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักว่าเป็นการกระทำที่มุ่งหมายให้เจ้าหนี้เสียเปรียบมีดังนี้  
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2722/2528 จำเลยมีหนี้สินมากเฉพาะที่มายื่นคำร้องขอรับชำระหนี้มี 119 ราย เป็นจำนวนหนี้ถึง 262 ล้านบาท ดังนั้น การที่จำเลยรู้อยู่แล้วว่าตนเองมีหนี้สินเป็นจำนวนมากจนไม่สามารถชำระหนี้ได้ แต่กลับโอนรถยนต์พิพาทให้แก่ภรรยาซึ่งเจ้าหนี้รายหนึ่งเพื่อเป็นการชำระหนี้ภายในเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้โอนทรัพย์สินโดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ตามนัยของมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 106/2536 จำเลยชำระหนี้ให้แก่ผู้คัดค้านหลังจากถูกฟ้องคดีล้มละลายแล้ว โดยจำเลยทราบดีว่าตนยังเป็นหนี้เจ้าหนี้รายอื่นและมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ได้ การชำระหนี้ให้แก่ผู้คัดค้าน แม้จะเป็นไปตามสัญญา ก็เป็นเหตุให้ผู้คัดค้านได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่น แม้จำเลยจะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้รายอื่นด้วย แต่จำนวนที่ชำระหนี้ไม่เสมอภาคกัน ถือว่าการชำระหนี้แต่ละราย เป็นเหตุให้เจ้าหนี้แต่ละคนได้เปรียบเสียเปรียบกัน

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักว่าไม่เป็นการกระทำที่มุ่งหมายให้เจ้าหนี้เสียเปรียบมีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3179-3180/2524 จำเลยโอนขายที่ดินพิพาทให้ผู้คัดค้านที่ 1 เอาเงินมาชำระหนี้ตามเช็คให้แก่ผู้คัดค้านที่ 2 เพื่อให้ผู้คัดค้านที่ 2 ถอนคำร้องทุกข์ไม่ดำเนินคดีกับจำเลยในข้อหาออกเช็คโดยเจตนาไม่มีการใช้เงินตามเช็ค กรณีเช่นนี้ ผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งเป็นผู้รับโอนมิได้เป็นเจ้าหนี้ของจำเลยอยู่ก่อนการโอน การที่จำเลยชำระหนี้ให้แก่ผู้คัดค้านที่ 2 มิใช่เป็นการกระทำที่จำเลยมุ่งหมายให้ผู้คัดค้านที่ 2 ได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ผู้ร้องไม่มีอำนาจมาขอให้ศาลสั่งเพิกถอนตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 115

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2531 จำเลยชำระหนี้ตามเช็คให้แก่โจทก์เพื่อให้โจทก์ถอนฟ้องคดีอาญาในความผิดต่อ พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค ซึ่งศาลได้ประทับฟ้อง และออกหมายจับจำเลยไว้แล้ว ดังนี้เป็นความจำเป็น มิใช่เป็นการกระทำที่มุ่งหมายให้โจทก์ได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5916/2530 จำเลยยอมชำระหนี้ตามเช็คจำนวน 70.000 บาทให้แก่ผู้คัดค้านนั้น เป็นเพราะถูกผู้คัดค้านในฐานะเจ้าหนี้อื่นฟ้องต่อศาลอันเป็นผลบังคับว่าจำเลยต้องยอมทำสัญญาประนีประนอมยอมชำระหนี้ดังกล่าว เพราะมิฉะนั้นจำเลยก็ไม่ว่าจะทางนิติกรรมขายบ้านของตนให้แก่บุคคลภายนอกได้ เนื่องจากผู้คัดค้านใช้มาตรการทางกฎหมายขอให้ศาลได้สวนฉุกเฉินและยึดบ้านหลังนี้ไว้ก่อน อันเป็นวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ดังนั้นการที่จำเลยชำระหนี้ให้แก่ผู้คัดค้านไปเช่นนี้ จึงมิใช่เป็นกรณีที่มุ่งหมายให้ผู้คัดค้านได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น อันเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อ้างมาเป็นเหตุให้ขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการชำระหนี้ได้

ข้อสังเกต จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการที่ลูกหนี้โดยอยู่ในภาวะจ่ายอ้อมบางประการ เช่น เกรงว่าจะถูกฟ้องคดีอาญา หรือเพื่อรักษาทรัพย์สินของตน ถือว่าลูกหนี้ไม่มีความมุ่งหมายให้เจ้าหนี้อื่นรายหนึ่งรายใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2527 (ประชุมใหญ่) การที่ธนาคารผู้คัดค้านโอนเงินฝากประจำของลูกหนี้ที่ 2 ซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างลูกหนี้ที่ 1 ไปเข้าบัญชีกระแสรายวันของลูกหนี้ที่ 1 เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2522 เป็นการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ที่ 1 เป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีธนาคารผู้คัดค้านเพื่อหักหนี้นั้น เกิดจากหนังสือค้ำประกันยินยอมการหักบัญชีเงินฝากประจำระหว่างลูกหนี้ที่ 1 กับธนาคารผู้คัดค้าน เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2521 ก่อนมีการขอให้ลูกหนี้ทั้งสองล้มละลายเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2522 จึงถือไม่ได้ว่าลูกหนี้ที่ 2 ได้กระทำหรือยินยอมให้ธนาคารผู้คัดค้านกระทำการถอนบัญชีและหักหนี้ เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2522 ในระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย โดยมุ่งหมายให้ธนาคารผู้คัดค้านได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ตามมาตรา 115 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอให้เพิกถอนการถอนหักหนี้ดังกล่าวหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2529 จำเลยมีบัญชีเงินสะพัดกับธนาคารผู้คัดค้าน และอยู่ในระหว่างบัญชีเงินสะพัด การที่จำเลยนำเช็คของธนาคารอื่นมาเข้าบัญชีของจำเลยเพื่อให้ผู้คัดค้านเรียกเก็บเงินในภายในระยะเวลา 3 เดือนก่อนจำเลยถูกโจทก์ฟ้องขอให้ล้มละลาย ถือได้ว่าเป็นการนำเงินตามเช็คเข้าบัญชีเงินสะพัด หากผู้มีเจตนาชำระหนี้ให้แก่ผู้คัดค้านไม่ผู้คัดค้านเรียกเก็บเงินตามเช็คได้แล้วนำมาหักกับยอดหนี้ที่จำเลยเบิกเกินบัญชีอยู่ในขณะนั้น เป็นเพียงวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการบัญชีตามปกติธรรมดาของธนาคาร มิใช่จำเลยได้กระทำ หรือยินยอมให้กระทำโดยมุ่งหมายให้ผู้คัดค้านได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย มาตรา 115 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงขอให้ศาลเพิกถอนการฝากเงินตามเช็คดังกล่าวไม่ได้

ธนาคารผู้คัดค้านนำเงินฝากประจำของจำเลยไปเข้าบัญชีกระแสรายวันของจำเลยภายในกำหนด 3 เดือน ก่อนจำเลยถูกโจทก์ฟ้องขอให้ล้มละลายเพื่อเป็นการชำระหนี้ที่จำเลยเป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีธนาคารผู้คัดค้าน การกระทำของผู้คัดค้านเกิดจากข้อตกลงตามหนังสือยินยอมให้หักบัญชีเงินฝากประจำชำระหนี้ระหว่างจำเลยกับผู้คัดค้าน โดยทำขึ้นก่อนมีการขอให้จำเลยล้มละลายเกือบ 9 เดือน ซึ่งตามข้อตกลงลูกหนี้ยินยอมให้ผู้คัดค้านนำเงินในบัญชีเงินฝากประจำมาหักหนี้เบิกเงินเกินบัญชีในบัญชีเงินสะพัดเมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องมีการตัดทอนบัญชีก่อน และโดยมิต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือขอความยินยอมของลูกหนี้ก่อน การหักหนี้ดังกล่าวจึงถือได้ว่าจำเลยได้กระทำหรือยินยอมให้ผู้คัดค้านกระทำการถอนบัญชี และหักหนี้ในระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย โดยมุ่งหมายให้ผู้คัดค้านได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นตาม พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 115 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอให้เพิกถอนการถอนไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3919/2535 ลูกหนี้เปิดบัญชีกระแสรายวัน โดยทำสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีกับผู้คัดค้านในวงเงิน 1,000 บาท ในระหว่างสามเดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น ลูกหนี้นำเงินเข้าบัญชีให้แก่ผู้คัดค้านเป็นเงิน 791,197 บาท และเบิกเงินออกจากบัญชีไป 390,760 บาท การนำเงินเข้าบัญชีของลูกหนี้ มีลักษณะเป็นการลดยอดหนี้ชั่วคราวแล้วเบิกเงินใหม่ ซึ่งได้กระทำตลอดเวลาของอายุสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีและไม่เป็นการชำระหนี้ที่เสียให้เสร็จสิ้นกันไปเลย จึงเป็นการชำระหนี้เพื่อถ่วงหนี้ยาวเพิ่มขั้นอันเป็นวิธีการเพื่อจะเบิกเงินจากผู้คัดค้านได้มากยิ่งขึ้น อันเป็นวิธีการเพื่อจะเบิกเงินจากผู้คัดค้านได้มากยิ่งขึ้นตามประเพณีธนาคารในเรื่องบัญชีเงินสะพัดเท่านั้น การกระทำของลูกหนี้จึงมิได้มุ่งหมายให้ผู้คัดค้าน

ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นตาม พ.ร.บ. สัมละลายฯ มาตรา 115 แต่อย่างใด (ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1608/2528)

ข้อสังเกต คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2527 (ประชุมใหญ่) การโอนเงินฝากประจำ เข้าบัญชีกระแสรายวันของลูกหนี้ เพื่อชำระหนี้ในหนี้เบิกเงินเกินบัญชี ตามหนังสือสัญญาค้ำประกัน นั้นก่อน 3 เดือน ก่อนมีการขอให้สัมละลาย ไม่เป็นการกระทำหรือยินยอมให้กระทำตามมาตรา 115

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3919/2535 นั้น เป็นการชำระเงินโดยลูกหนี้นำเงินเข้าบัญชีกระแสรายวัน เป็นการกระทำเพื่อลดยอดหนี้ชั่วคราวเพื่อเบิกเงินใหม่ได้เพิ่มขึ้นตามประเพณีบัญชีเดินสะพัด เป็นวิธีการเพื่อเบิกเงินจากธนาคารได้มากยิ่งขึ้น มิได้มุ่งหมายให้ธนาคารได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น จึงขอเพิกถอนตามมาตรา 115 ไม่ได้ อย่างไรก็ดี หากลูกหนี้นำเงินเข้าบัญชีโดยรู้ว่าธนาคารต้องหักยอดเงินและลูกหนี้ไม่อาจถอนเงินได้อีกถือว่า ลูกหนี้มุ่งหมายในธนาคารเจ้าหนี้ได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น

จากการทำสัญญาก่อนนี้โดยสิทธิ โดยเจ้าหนี้อันดับรองมีข้อตกลงว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่น หรือเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนนั้น การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก จึงเป็นไปตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ ข้อเท็จจริงมีความแตกต่างจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ถือว่า เป็นการกระทำที่ให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดดังนี้

1. ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเกิดจากความสมัครใจและยินยอมของเจ้าหนี้ (เจ้าหนี้ อันดับรอง) ที่ยอมให้สิทธิรับชำระหนี้ของตนเป็นรองแก่เจ้าหนี้รายอื่น การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดจึงเกิดจากความยินยอมของเจ้าหนี้รายนั้นด้วย ส่วนการชำระหนี้ที่ถือเป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดที่ต้องถูกเพิกถอนตามมาตรา 115 เจ้าหนี้รายอื่นนั้นมิได้มีความประสงค์หรือยินยอมให้เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้ก่อนได้รับชำระหนี้ก่อนตน

2. การที่เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้ก่อนนั้น เกิดจากหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรอง ยังไม่ถึงกำหนดชำระ เพราะเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไข จะได้รับชำระหนี้เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้วเท่านั้น และต้องห้ามมิให้รับชำระหนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ จึงไม่น่าจะเป็นการกระทำของลูกหนี้โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้อันดับแรกได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น เนื่องจาก

เจ้าหน้อันดับรองไม่สามารถเรียกร้องให้ลูกหน้อชำระหนี้ได้

3. ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิมีความผูกพันระหว่างคู่สัญญา คือเจ้าหน้อันดับรองกับลูกหน้อเป็นการที่ตนยอมสละสิทธิในการชำระหนี้ เว้นแต่เจ้าหน้อันดับแรก หรือเจ้าหน้อรายอื่นได้ชำระหนี้โดยครบถ้วน เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนาเมื่อไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีสามารถบังคับได้

4. ประเด็นที่ควรจะนำมาพิจารณาเกี่ยวกับปัญหานี้ คือ เจตนาของลูกหน้อมุ่งหมายให้เจ้าหน้อรายหนึ่งรายใดได้เปรียบเจ้าหน้ออื่นหรือไม่ ดังนั้นจึงควรพิจารณาว่า การชำระหนี้ดังกล่าว ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไรในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์หลวงจักรปราณี ศรีศิริวิสุทธิ อธิบายว่า หลักการค้นหาเจตนาให้เปรียบของลูกหน้อมีอยู่ 2 ประการคือ 1. ขณะที่ลูกหน้อกระทำกรณัน ลูกหน้อมีเจตนาที่จะให้เปรียบบ้างหรือไม่ 2. การกระทำนั้นสำเร็จเพราะเจตนาอันเป็นส่วนใหญ่อหรือไม่ ผู้เขียนวิเคราะห์แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี

4.1 กรณีที่ลูกหน้อมีเจ้าหน้อเพียง 2 ประเภทคือ เจ้าหน้ออันดับแรก กับเจ้าหน้ออันดับรอง

การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้ออันดับแรก ในระหว่าง 3 เดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายหรือภายหลังนั้น ไม่น่าจะถือว่าเป็นการกระทำของลูกหน้อโดยมุ่งหมายให้เปรียบแก่เจ้าหน้อรายหนึ่งรายใด เพราะ การชำระหนี้มิได้ขึ้นกับเจตนาของลูกหน้อฝ่ายเดียว และเจ้าหน้ออันดับรองได้สมัครใจและยินยอมให้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้ออันดับแรกก่อนตนเท่ากับเป็นการสละสิทธิการชำระหนี้โดยเสมอภาคแล้ว จึงไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ว่าตนเสียเปรียบ ฉะนั้นการกระทำเป็นผลสำเร็จมิได้มาจากเจตนาของลูกหน้อเป็นส่วนใหญ่

4.2 กรณีที่ลูกหน้อมีเจ้าหน้อหลายประเภทกล่าวคือ นอกจากจะเป็นเจ้าหน้ออันดับแรก กับเจ้าหน้ออันดับรอง แต่ยังมีเจ้าหน้อรายอื่นที่ไม่ได้ตกลงสละสิทธิในการชำระหนี้

การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้ออันดับแรก ในระหว่าง 3 เดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายหรือภายหลังนั้น ถือว่าเป็นการกระทำของลูกหน้อโดยมุ่งหมายให้เปรียบแก่เจ้าหน้อรายหนึ่งรายใด เพราะเจ้าหน้อรายอื่นมิได้ผูกพันตามข้อสัญญาก่อนนี้โดยสิทธิ การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้ออันดับแรกจึงเกิดจากเจตนาของลูกหน้อเป็นส่วนใหญ่

หมายเหตุ การชำระหนี้ที่เป็นการทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดนั้น ทำให้เจ้าหนี้รายอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเสียเปรียบ มีความแตกต่างและเป็นคนละขั้นตอนกับการแบ่งทรัพย์สิน ตามมาตรา 130 แห่ง พ.ร.บ.ล้มละลายฯ ซึ่งการตกลงแบบ Contractual Subordination นั้น เจ้าหนี้อื่นได้ประโยชน์ด้วย

อย่างไรก็ดีเนื่องจากยังไม่มีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน จึงยังไม่อาจสรุปได้แน่นอน แต่ผู้เขียนใคร่ขอเสนอแนวทางการพิจารณาความมุ่งหมายการกระทำที่เป็นการทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด โดยพิจารณาความได้เปรียบเสียเปรียบของเจ้าหนี้และเจตนาของลูกหนี้

สำหรับผลของการเพิกถอนการทำให้เปรียบเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดนั้น เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพิกถอนแล้ว ตามมาตรา 115 เจ้าหนี้ดังกล่าวสามารถขอรับชำระหนี้ได้ภายในกำหนดระยะเวลา ตามมาตรา 92 ได้ เพราะเป็นหนี้ที่มีอยู่จริง เมื่อการชำระหนี้ถูกเพิกถอน หนี้จึงไม่ระงับ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้

ส่วนข้อตกลงแบบ Turnover Subordination เจ้าหนี้อันดับรองยอมถือทรัพย์สินที่ตนได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ไว้ในนามของเจ้าหนี้อันดับแรก และจะโอนทรัพย์สินดังกล่าวให้เจ้าหนี้อันดับแรก จนกว่าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับเจ้าหนี้อันดับแรกเท่านั้น เจ้าหนี้รายอื่น ๆ จึงไม่มีความผูกพันตามสัญญาดังกล่าว เมื่อลูกหนี้เลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกหรือเจ้าหนี้อันดับรอง (เพื่อยึดถือไว้แทนเจ้าหนี้อันดับแรก) จึงเป็นการชำระหนี้โดยลูกหนี้มุ่งหมายให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงร้องขอเพิกถอนได้ ตามมาตรา 115

นอกจากนี้เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองมีหนี้สินส่วนตัว และหากถือทรัพย์สินที่ได้รับชำระหนี้ไว้แทนเจ้าหนี้อันดับแรก และเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกในขณะที่เป็นหนี้เจ้าหนี้รายอื่น จึงเป็นการชำระหนี้ที่ทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดเมื่อได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกภายในกำหนดเวลา ตามมาตรา 115 ได้

เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนตาม มาตรา 115 เจ้าหนี้ที่ถูกศาลสั่งเพิกถอนการชำระหนี้ดังกล่าวสามารถที่จะขอรับชำระหนี้ได้ตาม มาตรา 92 ภายในระยะเวลา 2 เดือนนับแต่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว

นอกจากนี้ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า การเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดน่าที่จะต้องขอเพิกถอนตามมาตรา 115 เท่านั้น เนื่องจากตามมาตรา 114 มีความแตกต่างคือ ตามมาตรา 114 ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าการโอนหรือการกระทำนั้นได้กระทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน แต่การชำระหนี้ตามสัญญาгүйืมแม้มีการกระทำโดยสุจริต คือ เจ้าหนี้ไม่รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ไม่อาจอ้างว่ามีค่าตอบแทนเพราะสัญญาгүйืมเจ้าหนี้ไม่ต้องให้ค่าตอบแทนแก่ลูกหนี้ เจ้าหนี้จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงการถูกเพิกถอนตามมาตรา 114 ได้ ข้อแตกต่างประการสำคัญคือเมื่อศาลสั่งเพิกถอนตามมาตรา 115 เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 92 แต่หากศาลเพิกถอนตามมาตรา 114 เจ้าหนี้กลับไม่อาจขอรับการชำระหนี้ได้ จึงอาจเกิดความไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ช่วงระยะเวลาของการกระทำที่อยู่ในหลักเกณฑ์การเพิกถอนตามมาตรา 114 มีระยะเวลายาวนานกว่ามาตรา 115 ผู้เขียนเห็นว่าเจ้าหนี้ที่รับชำระหนี้เมื่อ 3 ปีก่อนล้มละลาย เจ้าหนี้นี้ย่อมไม่อาจคาดได้ว่าลูกหนี้จะล้มละลายหรือไม่ เมื่อรับชำระหนี้แล้วถ้าถูกเพิกถอนได้ในภายหลังตามมาตรา 114 โดยตนไม่อาจขอรับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 92 จึงอาจไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้รายนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีการเลือกชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดจึงไม่น่าที่จะอยู่ในบังคับของมาตรา 114

### 5.3.3 ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกให้ลูกหนี้гүйืมเงินโดยรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

เนื่องจากมีข้อตกลงก่อนที่ด้วยสิทธิ กล่าวคือ ข้อตกลงที่เจ้าหนี้อันดับรองยอมลดตัวไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจนครบถ้วน เจ้าหนี้อันดับแรกจึงยอมมาгүйืมหรือขยายสินเชื่อเพื่อให้ลูกหนี้ได้ดำเนินกิจการต่อไป โดยไม่ต้องถูกฟ้องล้มละลาย ดังนี้ เจ้าหนี้อันดับแรกจะยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้หรือไม่

#### ประเด็นข้อกฎหมาย

มาตรา 94 บัญญัติว่า เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่...

(2) หนี้ซึ่งเจ้าหนี้นยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

### ข้อพิจารณา

การที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว แม้ว่ากฎหมายจะมีได้บัญญัติความหมายไว้ แต่ก็มี ความหมายว่า มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน และมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ มาตรา 94(2) ห้ามมิให้ เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้ เมื่อหนี้นั้นได้ก่อตั้งโดยเจ้าหนี้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว ทั้งนี้ เพื่อ ป้องกันมิให้ลูกหนี้เพิ่มพูนหนี้สินมากขึ้น ในเมื่อตนเป็นผู้มีหนี้สินส่วนตัวอยู่แล้ว<sup>77</sup> และจะเป็นการ เสียหายแก่เจ้าหนี้คนอื่นยิ่งขึ้น<sup>78</sup> การก่อหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องสมยอมกัน ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ในการกระทำหนี้ขึ้น เพียงแต่ว่าในเวลาเจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำหนี้ เจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว ก็ขอรับชำระหนี้ไม่ได้ (ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1282-1288/2502) แม้เจ้าหนี้กระทำโดยสุจริตและตั้งใจจะพุงฐานะของลูกหนี้ ก็ต้องห้าม มิให้รับชำระหนี้ตาม มาตรา 94(2) เช่นกัน ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2007/2528 แม้ เจ้าหนี้และจำเลยเป็นคนชอบพอกันมานาน และเจ้าหนี้อาจจะตั้งใจช่วยเหลือเอื้อเพื่อแก่จำเลย เป็นพิเศษด้วยความเมตตากรุณาอย่างสูงเพียงใดก็ตาม แต่หนี้ตามเช็ค 910,000 บาท เป็นหนี้ ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำหนี้ขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้อยู่แล้วว่าลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว จึงเป็นหนี้ที่ขอรับ ชำระหนี้ในคดีล้มละลายไม่ได้ แม้ว่าหนี้ที่เจ้าหนี้เข้ามาขอชำระหนี้จะเป็นหนี้รายเดียวกับที่ศาลสั่ง พิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดในคดีล้มละลายเรื่องนี้ก็ตาม หากมีผลผูกพันให้ศาลเจ้าต้องถือตามไม่

ข้อสังเกต แม้เป็นหนี้ที่นำมาฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ เพราะเป็นหนี้ที่กำหนด จำนวนได้แน่นอน แต่การฟ้องคดีเป็นคนละขั้นตอนกับการขอรับชำระหนี้ เมื่อหนี้นั้นเจ้าหนี้ยอมให้ ลูกหนี้ก่อหนี้โดยเจ้าหนี้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว จึงไม่สามารถนำมาขอรับชำระหนี้ได้

<sup>77</sup>เชค จารุจินดา, การสอนชั้นปริญญาตรี ปีที่ 4 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กฎหมายลักษณะล้มละลาย, หน้า 269.

<sup>78</sup>ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พ.ศ. 2483, หน้า 268.



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1418/2531 เจ้าหนี้รู้อยู่แล้วว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวยังยอมมาให้ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้น โดยเจ้าหนี้จ้างองที่คืนค้ำประกันหนี้ของลูกหนี้ แม้เจ้าหนี้กระทำไปโดยตั้งใจ พยายามของลูกหนี้และกระทำโดยสุจริต ก็ถือได้ว่าเป็นการยอมมาให้ลูกหนี้ก่อหนี้เพิ่มขึ้น ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ไม่ได้ตาม มาตรา 94(2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อห้ามตาม มาตรา 94(2) นั้น เป็นปัญหาต่อลูกหนี้ที่ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงิน และเจ้าหนี้ที่ประสงค์ช่วยเหลือฐานะการเงินของลูกหนี้เป็นอย่างยิ่งและในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว การที่เจ้าหนี้อันดับรองยอมมาให้หนี้ของตนด้วยสิทธิเพื่อเป็นการจูงใจให้เจ้าหนี้อันดับแรกทำгүйיםแก่ลูกหนี้ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการก่อหนี้ด้วยสิทธิ เพราะหากเจ้าหนี้อันดับแรกทำгүйים ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไป โดยไม่ต้องประสบภาวะล้มละลาย แต่ถ้ากฎหมายไม่ยอมให้รับชำระหนี้แล้วยอมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ทำгүйיםโดยสุจริต และทำให้การก่อหนี้ด้วยสิทธิไม่บรรลุวัตถุประสงค์ กล่าวคือไม่อาจจูงใจเจ้าหนี้อันดับแรกในการให้สินเชื่อได้ต่อไป ลูกหนี้จึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการล้มละลายได้

ปัญหาประการหนึ่งที่จะมีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 94 (2) นอกจากการที่กฎหมายไม่ประสงค์ที่จะให้ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอยู่แล้วสร้างภาระหนี้สินเพิ่มขึ้น จนทำให้เจ้าหนี้รายก่อนๆ ที่ลูกหนี้ได้ก่อหนี้ขึ้นเดือดร้อนเพราะกองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลง และทำให้ส่วนเฉลี่ยในการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายลดลง กฎหมายยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ก่อหนี้เพิ่มเติมเพื่อให้เจ้าหนี้รายหลังเข้ามาใช้สิทธิลงคะแนนเสียง หรือลงมติประนามหนี้ในคดีล้มละลายเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง หรือลงมติเสียงข้างมากให้ลูกหนี้ได้หลุดพ้นจากหนี้สินโดยขัดต่อความประสงค์ของเจ้าหนี้รายก่อนๆ ดังนั้นหากให้เจ้าหนี้อันดับแรกหรือเจ้าหนี้อันดับรองซึ่งยอมมาให้ลูกหนี้ก่อหนี้โดยรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวสามารถขอรับชำระหนี้ได้และมีสิทธิลงคะแนนเสียง อาจเกิดการเอาสิทธิออกเสียงโดยไม่ชอบได้ สำหรับปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าการกรณีที่มิชอบนั้นก็จริง เจ้าหนี้แต่ละรายย่อมมีสิทธิในการลงมติประการใดก็ได้ หรือจะลงมติเพื่อเป็นประโยชน์แก่ใครก็ได้ เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่บังคับ เพียงแต่มีข้อจำกัดตามมาตรา 34 วรรคท้ายว่า "ข้อปรึกษาใดที่กระทำเจ้าหนี้หรือผู้แทน หรือผู้มีหุ้นส่วนกับเจ้าหนี้ หรือผู้แทนได้รับ

ประโยชน์จากทรัพย์สินของลูกหนี้โดยตรงหรือโดยอ้อม นอกจากที่ควรได้รับตามส่วนในฐานะ เป็นเจ้าหนี้เช่นเดียวกับเจ้าหนี้อื่นนั้น เจ้าหนี้หรือผู้แทนจะออกเสียงลงคะแนนไม่ได้" ดังนั้นหาก ลงมติเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับแรกให้ได้รับประโยชน์มากกว่าส่วนที่เจ้าหนี้อื่นควรได้รับ เจ้าหนี้อันดับแรกจึงไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนได้ แต่ไม่ห้ามในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองลง คะแนนเสียงเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก อย่างไรก็ตามหากเจ้าหนี้อันดับรองยอมให้ลูก หนี้ก่อนหน้าในขณะที่ยังรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว โดยไม่มีหนี้ที่แท้จริงซึ่งเป็นหนี้ที่สมยอมกันเพื่อให้เจ้า หนี้อันดับรองลงคะแนนเสียงเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับแรก ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ถือ ว่าหนี้ที่สมยอมกันเป็นหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายเพราะเป็นหนี้ที่เกิดจากการแสดงเจตนาหลง เป็นระมัดระวัง จึงไม่อาจยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 94(1) อยู่แล้ว ดังนั้นการก่อนนี้ด้วย สิทธิที่มีมูลหนี้อยู่จริงเป็นหนี้โดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าว

#### 5.3.4 ปัญหาการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย

การที่เจ้าหนี้อันดับรองขอใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายอันเป็นการ ทาลายข้อตกลงหนี้ด้วยสิทธิ เพราะจะเป็นการรับชำระหนี้จากลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองเท่า กับที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นหนี้ของลูกหนี้ได้ เมื่อมีการล้มละลายกฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้ในการหัก กลบลบหนี้ได้ หากมีข้อตกลงไม่ให้เจ้าหนี้อันดับรองขอใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายจะบังคับ ได้หรือไม่เพียงใด

##### ประเด็นข้อกฎหมาย

มาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายบัญญัติว่า ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอ รับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่วิบัติดู เป็นอย่างเดียวกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี ก็อาจหักกลบลบกันได้ เว้นแต่ เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว

มาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดชำระชำระ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วย หักกลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันตามมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบกันได้...

### ข้อพิจารณา

หลักเกณฑ์การหักกลบหนี้ในคดีล้มละลาย

1. หนี้ของเจ้าหนี้เป็นหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้
2. เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มิใช่สิ่งพิทักษ์ทรัพย์
3. แม้ว่ามูลหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา
4. ในกรณีที่ไม่มีเงื่อนไข มาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ให้เจ้าหนี้ที่ขอหักกลบหนี้ให้ประกันด้วย เพราะถ้าเงื่อนไขไม่สำเร็จ หนี้นั้นอาจจะไม่มีขึ้นจึงต้องให้เจ้าหนี้ให้ประกันไว้เพื่อป้องกันมิให้กองทรัพย์สินของผู้ล้มละลายอาจต้องเสียหายในการที่ยอมให้ผู้ลั่นหักหนี้ไปก่อนเงื่อนไขสำเร็จ
5. ในกรณีที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกร้องก่อนลูกหนี้ภายหลังที่มิใช่สิ่งพิทักษ์ทรัพย์นั้น เจ้าหนี้จะนำสิทธิเรียกร้องมาหักกลบหนี้กันไม่ได้ตาม มาตรา 102 ตอนท้าย เพราะมูลหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังพิทักษ์ทรัพย์เป็นหนี้ที่ไม้อาจขอรับชำระได้นั่นเอง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การหักกลบหนี้ในคดีแพ่ง และคดีล้มละลาย ต่างกัน คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 หนี้ที่จะหักกลบหนี้กันได้จะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และต้องถึงกำหนดชำระแล้วด้วยกัน แต่ตาม พ.ร.บ. ล้มละลายได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ แม้มูลหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ก็อาจหักกลบกันได้ การที่กฎหมายล้มละลายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเช่นนี้ ก็โดยประสงค์จะชำระสะสางหนี้สินให้เสร็จไวโดยเร็ว และไม่ให้ยุ่งยากในการทำบัญชีแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกจากนี้เพื่อความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ เพราะถ้าไม่หักกลบกันได้ เจ้าหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เต็มจำนวน ส่วนตนจะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของผู้ล้มละลายโดยส่วน

เฉลี่ย สำหรับคดีแพ่งสามัญนั้นการหักกลบลบหนี้ประสงค้ำให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้ที่จะได้ไม่ต้องฟ้อง  
แย้งโดยไม่ว่าเป็นจึงได้จำกัดที่หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ไว้<sup>79</sup> อนึ่ง นอกจากหลักเกณฑ์ที่ยก  
เว้นตามกฎหมายล้มละลายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หลักเกณฑ์ทั่วไปในการหักกลบลบหนี้ก็ต้องเป็นไป  
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>80</sup> เช่น การหักกลบลบหนี้ ย่อมกระทำได้โดยการแสดง  
เจตนาหักกลบลบหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 342 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรืออาจ  
แสดงเจตนาต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ได้ เพราะเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวเป็นผู้มี  
อำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เมื่อถูกพิทักษ์ทรัพย์ (ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติ  
ล้มละลาย) และคำพิพากษาฎีกาที่ 2372/2528 วางแนวว่า มาตรา 102 แห่ง พ.ร.บ.  
ล้มละลายฯ บัญญัติยกเว้นเฉพาะมาตรา 341, 342 เท่านั้น ว่าหนี้ซึ่งหักกลบลบกันไม่ได้ตาม  
มาตรา 341, 342 นั้น ย่อมหักกลบลบกันได้ในกรณีที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์ ไม่รวมถึงประมวล  
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1119 ซึ่งบัญญัติห้ามเด็ดขาด มิให้ผู้ถือหุ้นหักหนี้กับบริษัท ดังนั้น  
ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกหนี้จึงจะขอหักหนี้ค่าพิมพ์หนังสือที่บริษัทลูกหนี้ (จำเลย) เป็นหนี้  
อยู่กับหนี้ค่าหุ้นที่ผู้ร้องต้องชำระบริษัทลูกหนี้ (จำเลย) ตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย มาตรา 102  
หาได้ไม่ (ตามนัยคำพิพากษาที่ 701/2513 ประชุมใหญ่)

การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้น ผู้เขียนเห็นว่า มิได้เป็นบทบังคับเด็ดขาดให้  
เจ้าหนี้ทุกรายจะต้องแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ เพียงแต่ มาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติ  
ล้มละลาย ได้บัญญัติไว้เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ มิให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เพราะจะต้อง  
ใช้หนี้คืนแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้เต็มจำนวน แต่ตนกลับได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เพียงส่วนเฉลี่ย  
เท่านั้น ประกอบกับการหักกลบลบหนี้เป็นนิติกรรมชนิดหนึ่ง เพราะเป็นการกระทำโดยชอบด้วย  
กฎหมาย เพื่อระงับสิทธิระหว่างคู่สัญญาการหักกลบลบหนี้จึงเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนา มิได้  
เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายจึงไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงอาจมี

<sup>79</sup>หลวงสารกิจปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, หน้า 233-234.

<sup>80</sup>เรื่องเดียวกัน และ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย,  
หน้า 311. และ โชค จารุจินดา, คำสอนชั้นปริญญาตรี ปีที่ 4 คณะพาณิชย์ศาสตร์และการ  
บัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กฎหมายลักษณะล้มละลาย, หน้า 308-309.

ข้อตกลงห้ามมิให้หักกลบบทนี้ได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา แม้ว่าจะทำให้ตนเสียเปรียบก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของความสมบูรณ์ของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถึงแม้ว่า มีคำพิพากษาฎีกาที่วางแนววินิจฉัยว่ากฎหมายล้มละลาย เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน\* แต่การพิจารณาว่าบทกฎหมายใดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ จะต้องพิจารณาที่ดูตามตัวบทแต่ละมาตรา มิใช่ว่าถ้ามีบทมาตราใดในกฎหมายหรือพระราชบัญญัติใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมเพียงบทเดียว มาตราเดียว จะทำให้กฎหมายนั้นพระราชบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไปเสียทั้งหมด<sup>81</sup> หรืออีกนัยหนึ่ง แม้ว่ากฎหมายล้มละลายส่วนใหญ่จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการหักกลบบทนั้น มิได้เป็นผลเสียแก่ประชาชนคนอื่น แต่เกี่ยวข้องกับเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ เมื่อมีข้อตกลงห้ามมิให้หักกลบบทนี้ เจ้าหนี้อันดับรองจะต้องชำระหนี้ในส่วนที่เป็นหนี้คืนแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ กลับมีผลทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้อื่น ๆ เพิ่มขึ้น เพียงแต่เจ้าหนี้อันดับรองสมควรจะได้รับการเฉลี่ยส่วนที่ตนเป็นเจ้าหนี้ซึ่งอาจไม่เต็มจำนวนหนี้เท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ได้เป็นบทบังคับและไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เจ้าหนี้อันดับรองผู้เป็นลูกหนี้ของลูกหนี้จึงไม่ใช้สิทธิของตนหักกลบบทนี้ได้ โดยการไม่แสดงเจตนาขอหักกลบบทนี้ไปยังลูกหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ข้อตกลงห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองหักกลบบทนี้เมื่อมีการล้มละลายจึงสามารถบังคับได้ โดยไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้น เจ้าหนี้อันดับรองที่มีข้อตกลงห้ามมิให้สิทธิหักกลบบทนี้ เจ้าหนี้อันดับรอง ไม่อาจใช้สิทธิหักกลบบทนี้ได้ แต่จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้เมื่อได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลา ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายเท่านั้น

\*คำพิพากษาฎีกาที่ 324/2498, 341/2531, 3702/2534

<sup>81</sup>ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 111-112.

อย่างไรก็ดี มาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย บัญญัติว่า

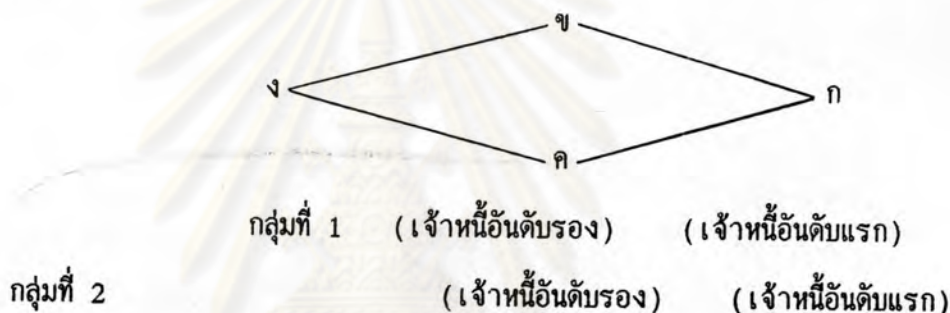
"เมื่อบุคคลซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับก่อนขอหักกลบลบหนี้ บุคคลนั้นต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้" เนื่องจากนิติกรรมใดมีเงื่อนไขเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน นิติกรรมนั้นย่อมเป็นผลต่อเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จ ถ้าเงื่อนไขไม่สำเร็จหนี้ของฝ่ายที่ขอหักกลบลบหนี้ไม่มีผลบังคับ ทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งย่อมเสียหายได้ ดังนั้นกฎหมายล้มละลายจึงบัญญัติให้บุคคลนั้นต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องเสียหายหากเงื่อนไขไม่สำเร็จขึ้นภายหลัง ให้นำหลักประกันที่วางไว้เฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ในกรณีของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ หนี้ระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้เกิดขึ้นแล้ว แต่การชำระหนี้ยังไม่อาจชำระได้ตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ จะเห็นได้ว่าการชำระหนี้เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งเพราะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อระงับซึ่งสิทธิได้ถูกเหนี่ยวรั้งมิให้การชำระหนี้เกิดขึ้นและมีผลบังคับ โดยกำหนดเงื่อนไขว่าหนี้ด้วยสิทธิจะยังไม่อาจได้รับชำระจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ซึ่งเป็นเหตุการณ์ในอนาคตและไม่แน่นอนว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้หรือไม่ การชำระหนี้ในหนี้ด้วยสิทธิจึงเป็นหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับก่อน ดังนั้นหากเจ้าหนี้อันดับรองประสงค์ที่จะหักกลบลบหนี้กับลูกหนี้จึงต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายได้มีบทบัญญัติสำหรับการขอหักกลบลบหนี้ในกรณีนี้มีเงื่อนไขไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงยกเว้นการขอหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 5.4 ปัญหาอื่น ๆ ปัญหาอื่น ๆ อันเกิดจากข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิมีดังนี้

5.4.1 ปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีมีเจ้าหนี้หลายกลุ่มที่ทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ (Stacked Subordinations) ในกรณีที่มีเจ้าหนี้อันดับรองมากกว่า 2 กลุ่ม ทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ โดยเจ้าหนี้อันดับรองกลุ่มแรก ก่อนนี้โดยสิทธิ เพื่อเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้อันดับรองอีกกลุ่มหนึ่ง

ตัวอย่างเช่น มีเจ้าหนี้ 4 คน คือ ก, ข, ค, ง ต่างทำสัญญาก่อนนี้โดยสิทธิ ดังนี้ ง. ก่อนนี้โดยสิทธิโดยยอมรับชำระหนี้ภายหลังจากที่ ข และ ค ได้รับความระหนี้จนครบถ้วนแล้วในขณะที่ ข. และ ค. ก่อนนี้โดยสิทธิโดยยอมรับชำระหนี้ภายหลังจากที่ ก. ได้รับความระหนี้จนครบถ้วนแล้ว



ปัญหาที่เกิดขึ้นคือเมื่อ การชำระหนี้ของ ง. จะต้องให้ ข. และ ค. ได้รับความระหนี้ก่อนที่จะบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ ข, ค มีต่อ ก. ผลจะแตกต่างจากเมื่อ ก. ได้บังคับตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิก่อน ซึ่ง ข และ ค จะไม่ได้รับความระหนี้จนกว่า ก. จะได้รับความระหนี้จนครบถ้วน

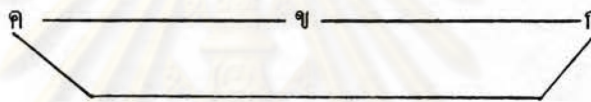
ในกรณีนี้วิธีที่เหมาะสม คือในการบังคับตามข้อตกลงของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิใด ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิอื่น ๆ กล่าวคือ เมื่อ ข และ ค บังคับตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิจะต้องได้รับความระหนี้ก่อน ง. โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ ข, ค. มีต่อ ก. ในทางกลับกัน เมื่อบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิระหว่าง ก, ข และ ค. ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ ข. และ ค. มีต่อ ง. วิธีการนี้เหมาะสม เพราะ ก. และ ง. ต่างก็ไม่ควรได้รับผลประโยชน์หรือถูกลดโทษเนื่องจากคู่สัญญาของตน

(ข และ ค) ทาข้อตกลงอื่นไว้<sup>82</sup>

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางแก้ไขดังกล่าว เพราะเป็นไปตามหลักความผูกพันเฉพาะคู่สัญญา

5.4.2. ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกในข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิข้อตกลงหนึ่งกลับมาเป็นเจ้าหนี้อันดับรอง ของเจ้าหนี้อันดับรองอีกข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิอีกข้อตกลงหนึ่ง (Circular Priorities)

ตัวอย่างเช่น ค. เป็นเจ้าหนี้อันดับรองต่อ ข. โดย ข. เป็นเจ้าหนี้อันดับรองต่อ ก. ส่วน ก. กลับมาเป็นเจ้าหนี้อันดับรองต่อ ค.



ทางแก้ไขที่เป็นที่ยอมรับคือการให้ในสิ่งที่เจ้าหนี้แต่ละคนตกลงกันโดยมี

ขั้นตอน ดังนี้<sup>83</sup>

1. พิจารณาส่วนที่ ก. จะได้รับชำระหนี้
2. ชำระหนี้ในจำนวนที่ ก. ได้รับให้แก่ ค. เท่ากับจำนวนที่ ก. ตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ ส่วนที่เหลือให้คืน ก.
3. ชำระหนี้ให้แก่ ข. ในจำนวนที่เหลือจากจำนวนที่ ก. จะได้รับชำระหนี้
4. หากมีเหลือจากการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งสามตามลำดับ ส่วนที่เหลือให้ชำระให้แก่ ค. ต่อมาจึงชำระให้แก่ ก.

<sup>82</sup>Lopes, Contractual Subordinations and Bankruptcy : 220.

<sup>83</sup>Ibid, p. 221



เหตุผลของวิธีการดังกล่าวมีดังนี้<sup>84</sup>

1. เนื่องจากข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ ค. ควรได้รับการชำระหนี้เป็นรายแรก เท่ากับจำนวนที่ ก. เป็นเจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่ง ข. เป็นเจ้าหนี้อันดับรองของ ก. ด้วยตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ค. (เจ้าหนี้อันดับแรก) กับ ก. และข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ก. (เจ้าหนี้อันดับแรก) กับ ข.
2. ข. รับชำระหนี้เท่ากับจำนวนที่คาดว่าจะได้รับหลังจากที่ได้ชำระหนี้ให้แก่ ก. แล้วตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ข. กับ ก. (เจ้าหนี้อันดับแรก)
3. ในกรณีที่ ก. มีสิทธิเรียกร้องน้อยกว่า ค. ค. สามารถเรียกให้ชำระหนี้ได้จากส่วนที่เป็นสิทธิเรียกร้องของ ค. เอง แต่ภายหลังจากที่ ข. ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ข. (เจ้าหนี้อันดับแรก) กับ ค.
4. จากนั้น ก. ไม่สามารถรับชำระหนี้ใด ๆ จนกว่า ข. และ ค. จะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ค. (เจ้าหนี้อันดับแรก) และ ก. และข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ข. (เจ้าหนี้อันดับแรก) กับ ค. เว้นแต่ส่วนที่เหลือจากการชำระหนี้ให้แก่ ค. ก. จึงจะได้รับชำระหนี้ ตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ค. (เจ้าหนี้อันดับแรก) กับ ก.

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่หนี้แต่ละรายถึงกำหนดชำระไม่พร้อมกันจะยังคงมีความซับซ้อน และยากต่อการบังคับตามสัญญาของหนี้แต่ละรายจึงควรหาทางร่างสัญญาเพื่อมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขโดยการร่างสัญญามิให้เจ้าหนี้อันดับรองทำข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิกับเจ้าหนี้รายอื่น

#### 5.4.3 ปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีที่เข้ามาเป็นเจ้าหนี้อันดับแรกไม่พร้อมกัน (Timing)

ตัวอย่างเช่น ค. เป็นเจ้าหนี้อันดับรอง ตามข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิระหว่าง ค. กับ ก. ในเวลาต่อมา ค. ตกกลางที่จะเป็นเจ้าหนี้อันดับรองในสิทธิเรียกร้องของ ข. ดังนั้น ก. จะได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่ ค. ตกกลางก่อนหน้าโดยสิทธิ หรือ ก. และ ข. จะต้องรับชำระหนี้ตามลำดับที่ได้ตกลงไว้

<sup>84</sup>Gilmore, Security Interests in Personal Property, 1965:1021.

วิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ได้มีนักกฎหมาย เสนอแนวทางแก้ไข 2 แนวทางซึ่งขัดแย้งกันดังนี้ แนวทางแรกเห็นว่าข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ทำขึ้นก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่าข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ได้เกิดขึ้นในภายหลัง ซึ่งเป็นไปตามหลักการของการโอนและหลักความยุติธรรม (Law of assignment and the equitable maxim) ที่ว่าระหว่างสองสิ่งที่เท่าเทียมกัน สิ่งกระทำขึ้นก่อนมียอมเหนือกว่า (between equal equities the first in order of time prevails)<sup>85</sup> ดังนั้น บุคคลซึ่งได้เป็นเจ้าของอันดับแรกก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่า กล่าวคือลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้อันดับแรกที่เข้ามาทำสัญญาก่อนจนครบถ้วน แล้วจึงจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกที่เข้ามาทำสัญญาในภายหลังจนครบถ้วน จากนั้นจึงจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง

แนวทางที่สอง เห็นว่า การทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิถึงแม้ว่าจะให้ประโยชน์สำหรับเจ้าหนี้รายใดโดยเฉพาะเจาะจง ไม่เป็นการห้ามที่จะทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิกับเจ้าหนี้อื่น ๆ อีก เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธินั้นเป็นการตกลงให้มีฐานะในการรับชำระหนี้ที่ต่ำกว่า ไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้อง จึงไม่อาจนำหลักของการโอนมาใช้บังคับได้<sup>86</sup> ดังนั้น เจ้าหนี้อันดับแรกแม้จะเข้าทำสัญญาในระยะเวลาต่างกัน ก็มีสิทธิเท่าเทียมกัน ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกทั้งหลายเท่าเทียมกันตามสัดส่วนแห่งหนี้ จนกระทั่งเต็มจำนวนหนี้ทุกราย จากนั้นจึงจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง

<sup>85</sup>Dee Martin Calligar, "Subordination Agreements," Yale Law Journal 70 (1961): 400-401.

<sup>86</sup>Reuben Golin, "Debt Subordination as a Working Tool," New York Law Forum, 7 (1961): 371 และ James L. Lopes, "Contractual Subordinations and Bankruptcy," Banking Law Journal 97 (1980):221.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับ แนวทางที่ 2 เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเป็นข้อตกลงที่เจ้าหนี้รายหนึ่ง ยอมลดตัวไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนไม่เป็นการรอนสิทธิเรียกร้อง ำให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก และตามกฎหมายไทยการจดทะเบียนก่อนมีสิทธิดีกว่านั้น มักใช้กับหลักฐานในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องของสังหาริมทรัพย์ เช่น ในเรื่องการจำนอง เท่านั้น เมื่อไม่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นระหว่างเจ้าหนี้อันดับรอง กับลูกหนี้ จึงไม่ต้องห้ามเจ้าหนี้อันดับรองก่อนนี้โดยสิทธิกับเจ้าหนี้รายอื่น ตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา และเจ้าหนี้อันดับแรกแต่ละรายย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน

#### 5.4.4 ปัญหาที่เกิดขึ้นกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้มีหลักประกัน

ประเด็นปัญหา โดยทั่วไปข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธินั้น มักเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันด้วยกัน แต่ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้อันดับแรกจะต้องให้หลักประกันของหนี้โดยสิทธิ เป็นอันดับรองจากสิทธิของเจ้าหนี้อันดับแรก โดยให้เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จากหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อันดับรอง ข้อตกลงนี้สามารถบังคับได้เพียงใด

#### ประเด็นข้อกฎหมาย

มาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "การที่จะตกลงไว้เสียก่อนเวลาหนึ่งถึงกำหนดชำระ เป็นข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนอง เข้า เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนองไซ้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์"

มาตรา 730 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "เมื่อทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวได้จำนองแก่ผู้รับจำนองหลายคนด้วยกัน ท่านให้ถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและ เวลาจดทะเบียน และผู้รับจำนองคนก่อนจักได้รับใช้หนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง"

มาตรา 731 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "อันผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิของตนให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจทำไม่ได้"

ประเด็นพิจารณา เนื่องจากการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกัน เช่น จานอง เจ้าหนี้จานองสามารถบังคับจากทรัพย์สินที่จานองได้ โดยการขายทอดตลาด หรือเรียกเอาทรัพย์สินจานองหลุด ทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับจานองจึงเป็นประกันการชำระหนี้เฉพาะเจ้าหนี้จานองเท่านั้น อันเป็นข้อยกเว้นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 214 ดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ดังนั้นหากเจ้าหนี้อันดับแรกประสงค์ที่จะบังคับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเจ้าหนี้จานอง จึงต้องเรียกให้ลูกหนี้นำทรัพย์สินดังกล่าวมาจานองให้เท่านั้น ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อลูกหนี้นำทรัพย์สินมาจานองให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองก่อนแล้ว ภายใต้บังคับของข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ จะต้องนำมาจานองให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก โดยให้เจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งรับจานองในภายหลังมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จานองก่อนเจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่งเป็นการจัดลำดับการบังคับจานองใหม่ ข้อตกลงนี้จะใช้บังคับตามกฎหมายไทยได้หรือไม่

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ การจัดลำดับการบังคับจานองเช่นว่านี้ ไม่มีหลักกฎหมายใดรองรับข้อตกลงดังกล่าว<sup>87</sup> และในความเห็นของ R.M. Goode นักกฎหมายชาวอังกฤษเห็นว่า ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นการจัดลำดับของสิทธิประโยชน์ของหนี้โดยสิทธิที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก จึงมีความแตกต่างจากข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิซึ่งเป็นการสละสิทธิในการชำระหนี้ ซึ่งเป็นเรื่องของบุคคลสิทธิ เว้นเสียแต่ว่า เจ้าหนี้อันดับรองจะยอมถือทรัพย์สินที่ได้รับจากหลักประกัน (การบังคับจานอง) ไว้เป็นทรัสต์สำหรับเจ้าหนี้อันดับแรก จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน<sup>88</sup>

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีมาตรา 9-316 แห่ง Uniform Commercial Code ยอมรับให้เจ้าหนี้มีประกันเข้าเป็นผู้สัญญาในข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิได้ และสามารถสละสิทธิในหลักประกัน หรือจำกัดสิทธิในหลักประกัน ตลอดจนจัดลำดับการบังคับตามหลัก

<sup>87</sup>R.M. Goode, Legal Problems of Credit and Security, 2ed, (London: Sweet & Maxwell, 1988), p.23.

<sup>88</sup>Ibid, p. 23-24.

ประกันได้<sup>89</sup> ดังตัวอย่างในภาคผนวก ง.

สำหรับกฎหมายไทย ถึงแม้ว่ากฎหมายจะยอมรับบังคับให้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาก็ตาม แต่กฎหมายใดที่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะตายตัวเคร่งครัด (Jus Cogens) คู่สัญญาไม่อาจตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้

เมื่อพิจารณาถึงในเรื่องการบังคับจำนอง ในกรณีที่ผู้จำนองนำทรัพย์สินสิ่งเดียวจำนองให้แก่ผู้รับจำนองหลายคน กฎหมายให้ถือลำดับจำนองตามวันและเวลาจดทะเบียน ดังนั้นหากเจ้าหนี้อันดับแรกแต่รับจำนองภายหลังจากเจ้าหนี้อันดับรองได้รับจำนองทรัพย์สินตามมาตรา 730 ดังกล่าวแล้วประกอบกับมาตรา 731 ผู้รับจำนองคนหลังจะบังคับตามสิทธิให้เสียหายแก่ผู้รับจำนองคนก่อนไม่ได้ เมื่อมีการบังคับจำนองจะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองอันดับแรกคือเจ้าหนี้อันดับรองก่อน

ในกรณีมีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ โดยเจ้าหนี้อันดับรองยอมที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในลำดับหลังของเจ้าหนี้อันดับแรก นั้น จึงเป็นข้อตกลงที่ให้การทรัพย์สินเป็นประการอื่นใดนอกจากบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนอง ก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระ ข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 711 กล่าวคือใช้บังคับไม่ได้ตามที่ตกลงนั้น แต่ไม่ทำให้สัญญาจำนองนั้นเสียไปทั้งฉบับ ตามมาตรา 135 (ปัจจุบันตรงกับมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) เพราะกฎหมายบัญญัติว่าไม่สมบูรณ์เฉพาะที่ฝ่าฝืนเท่านั้น ถือเสมือนว่าไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น<sup>90</sup>

มาตรา 711 นี้เป็นบทบัญญัติเป็นกฎหมายที่มีลักษณะตายตัวเคร่งครัด (jus Cogens) ดังที่ได้พิจารณาแล้วใน 5.1.1 ในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนคู่สัญญาจะตกลงแก้ไขเป็น

<sup>89</sup>American Jurisprudence Legal Form (2nd Edition): Sections 253: 4231 (New York: The Lawyer Co-operative Publishing Co., 1993), p. 768-769.

<sup>90</sup>พจน์ ปุษปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คำประกัน จำนอง จำนอ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2533), หน้า 232.

อย่างอื่นไม่ได้<sup>91</sup> ดังนั้น ข้อตกลงที่จัดลำดับการบังคับงานองใหม่เมื่อหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ  
ข้อตกลงนั้นจึงเป็นโรมะ ตามมาตรา 711 ประกอบด้วย มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ ส่วนข้อตกลงอื่น ๆ ในสัญญาเดียวกันเป็นไปตามมาตรา 173 คือสันนิษฐานโดย  
พฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่สัญญาประสงค์จะให้ส่วนสมบูรณ์แยกออกต่างหากจากส่วนไม่สมบูรณ์

ข้อสังเกต มาตรา 711 ห้ามมิให้ตกลงให้จัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนอง  
แตกต่างจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจำนอง เฉพาะข้อตกลงก่อนหนึ่งถึงกำหนดชำระเท่านั้น ทั้งนี้  
เพราะในกรณีที่หนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้จึงอาจอาศัยความเดือดร้อนที่ต้องการเงินจึง  
ต้องยอมตามสัญญา แต่ถ้าหนึ่งถึงกำหนดแล้ว ไม่มีข้อตกลงผูกมัดมาก่อนแต่อย่างใด ลูกหนี้ยินยอม  
ตกลงชำระหนึ่งด้วยวิธีอื่นก็อาจทำได้<sup>92</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ หากหนึ่งของเจ้าหนี้อันดับรอง และหนึ่งของเจ้าหนี้อัน  
ดับแรกครบกำหนดชำระแล้วจึงอาจตกลงให้ เจ้าหนี้อันดับรองบังคับชำระหนึ่งจากทรัพย์สินของลูก  
หนี้ก่อนเจ้าหนี้อันดับรองได้ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกและเจ้าหนี้อันดับรองประสงค์ที่  
จะจัดลำดับการชำระหนึ่งในการบังคับจำนองก่อนหนึ่งทั้งสองถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้อันดับรอง  
จะต้องปลดจำนองให้แก่ลูกหนี้ก่อน แล้วจดทะเบียนจำนองใหม่ให้เจ้าหนี้อันดับแรกจดทะเบียน  
เป็นลำดับแรก

<sup>91</sup> ภิชญู รื่นิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำประกัน จำนอง  
จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ; บริษัทประยูรวงศ์จำกัด, 2530), หน้า 93.

<sup>92</sup> พจน์ มุขบาทคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำประกัน จำนอง จำนำ,  
หน้า 235-236.