



กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับหนี้โดยสิทธิ

แม้ว่าหลักการเบื้องต้นของหนี้โดยสิทธิ จะมาจากข้อตกลงที่เจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน ยอมลดตัวไม่รับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันรายอื่นได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวมีปัญหาในข้อกฎหมายเกิดขึ้นอย่างมากมาย จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อตกลงดังกล่าว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายอังกฤษซึ่งได้มีวิวัฒนาการของการบังคับใช้กฎหมายกับข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิมาก่อน และได้มีการใช้อย่างแพร่หลายในปีค.ศ. 1965¹ จนถึงปัจจุบัน ถึงแม้ว่าอังกฤษจะใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ส่วนประเทศไทยจะใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ก็ตาม แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าได้รับอิทธิพลด้านแนวความคิดมาจากประเทศอังกฤษเช่นกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะศึกษาถึงทฤษฎีกฎหมายของประเทศอังกฤษเพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย และนอกจากนี้ได้ศึกษาถึงกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีวิวัฒนาการของกฎหมายในการยอมรับที่จะบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวอย่างน่าสนใจ ทั้งนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาแต่ละประเทศนั้นได้พยายามแก้ไขปรับปรุงข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิให้บังคับได้ตามกฎหมายภายในของตน ตลอดจนการตีความกฎหมายภายในเพื่อให้อำนาจตามข้อตกลงดังกล่าว และศาลของแต่ละประเทศได้ให้ความสนใจในการบังคับตามข้อตกลงดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าวิธีการและประสิทธิผลของข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธินั้น ขึ้นอยู่กับเขตอำนาจศาลและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

¹Micheal Fitzgerald, "The Pitfalls and Alternatives to Subordinated Loan," International Financial Law Review (November 1983): 17.

4.1 กฎหมายของประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบของกฎหมายระบบ Common Law มีหลักการที่จะนำมาพิจารณาในข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิดังนี้

4.1.1 หลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract)

หลักการนี้เป็นหลักพื้นฐานของ Common Law วางหลักว่า สัญญามีผลผูกพันเฉพาะตัวคู่สัญญา บุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญาไม่อาจมีสิทธิหรือหน้าที่ในสัญญานั้นได้ แม้คู่สัญญาจะทำสัญญาตกลงกันให้บุคคลธรรมดาภายนอกได้รับผลประโยชน์จากสัญญา บุคคลภายนอกจะเข้ามารับเอาผลประโยชน์ในสัญญาไม่ได้ เพราะตนไม่ใช่คู่สัญญา หลักในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากแนวความคิดที่ว่าสัญญาเป็นเรื่องของคู่กรณีที่มีเจตนาตรงกัน บุคคลภายนอกหาได้ร่วมตกลงหรือมีเจตนาร่วมด้วยไม่²

คดี Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. V. Setfridge & Co., Ltd. (1915)³ คดีนี้ได้ตัดสินโดยสภาขุนนาง (House of Lord)*

² รัชกาล รัชดากร, การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน (60 ปี ศาสตราจารย์ รัชกาล รัชดากร), (กรุงเทพ : เพอร์เฟกต์ กราฟิค กรุ๊ป , 2534), หน้า 44.

³ W.T. Major, Casebook on Contract Law (London: Pitman, 1990), p.128.

*อำนาจของศาลสภาขุนนาง (House of Lord) ส่วนใหญ่เป็นอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จากศาลอุทธรณ์ แต่จะทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความคิดทางการเมืองหรือสิทธิการเป็นขุนนาง สำหรับคดีเกี่ยวกับการละเมิดเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภาหรือละเมิดอำนาจรัฐสภาคดีจะถึงที่สุดที่ศาลชั้นต้น

ข้อเท็จจริง

บริษัท Dew & Co. ทำสัญญาซื้อสินค้ายางและสินค้าอื่น ๆ จากบริษัท Dunlop ในวันที่ 12 ตุลาคม 1911 โดยบริษัท Dew สัญญาที่จะไม่ขายสินค้าในราคาต่ำกว่าบัญชีราคาในปัจจุบันเว้นแต่ลูกค้าที่ทำการค้าอย่างแท้จริงบริษัท Dew จึงขายราคาที่มีส่วนลดได้ในสัญญาระบุว่าส่วนลดดังกล่าวจะต้องน้อยกว่าส่วนลดที่บริษัท Dew ได้รับจาก Dunlop เมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น บริษัท Dew จึงมีฐานะคล้ายกับตัวแทนของบริษัท Dunlop บริษัท Dew ได้ดำเนินการให้ลูกค้าทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นข้อตกลงอย่างเดียวกันกับที่บริษัท Dew จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้กับบริษัท Dunlop กล่าวคือลูกค้าจะต้องไม่ขายสินค้าต่อในราคาต่ำกว่าบัญชีราคาในปัจจุบันเว้นแต่เป็นลูกค้าที่ทำการค้าอย่างแท้จริงจึงจะมีส่วนลดได้ แต่ส่วนลดจะต้องน้อยกว่าที่ได้รับจากบริษัท Dunlop

เมื่อวันที่ 2 มกราคม 1912 บริษัท Selfridge ตกลงที่จะซื้อสินค้าของบริษัท Dunlop จากบริษัท Dew และจะขายต่อ (Resale) ในราคาตามบัญชีราคาปัจจุบัน ต่อมาบริษัท Selfridge ผิดสัญญาไม่ขายตามที่ตกลงกันไว้ และบริษัท Dunlop ได้ฟ้องบริษัท Selfridge ฐานผิดสัญญา

คำวินิจฉัย

ศาลสภาขุนนาง (House of Lord) ตัดสินว่าบริษัท Dunlop ไม่ได้เป็นคู่สัญญาของสัญญาระหว่าง Selfridge และ Dew ที่ได้ทำขึ้นในวันที่ 2 มกราคม 1912 เพราะไม่มี consideration* ไปยัง Selfridge บริษัท Dunlop จึงไม่อาจเรียกร้องให้ปฏิบัติ

* ตามหลักกฎหมายอังกฤษสัญญาจะเกิดขึ้นได้และมีผลผูกพันได้เมื่อมีคำเสนอ คำสนอง และเจตนาให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย หากมิใช่สัญญาที่ต้องทำตามแบบพิธี (under seal) แล้วจะต้องมี consideration ด้วย consideration อาจเป็นสิทธิ ส่วนได้เสีย ภาวะ ผลประโยชน์ซึ่งให้ไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการละเว้น ความเสียหาย การสูญเสีย หรือความรับผิดชอบซึ่งเกิดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ consideration จะต้องเกิดจากผู้รับสัญญา และบุคคลผู้จะใช้สิทธิฟ้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้จะต้องเป็นฝ่ายก่อ consideration ขึ้น

ตามสัญญาได้และสัญญาระหว่างบริษัท Dunlop กับ Dew เป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายระหว่างกันเท่านั้น จึงไม่อาจอ้างเพื่อใช้สิทธิบังคับตามสัญญาซื้อขายระหว่างบริษัท Dew กับบริษัท Selfridge นอกจากนี้บริษัท Dew ขายอย่างที่เป็นการกระทำการในฐานะตัวแทนของบริษัท Dunlop

ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) นั้น ปรากฏในเหตุผลของการตัดสินคดีนี้ โดย VINCOUNT HALDANE, L.C. ดังนี้

"ในกฎหมายอังกฤษมีหลักพื้นฐานหนึ่ง คือ บุคคลซึ่งเป็นผู้สัญญาเท่านั้นที่สามารถจะเรียกร้องตามสัญญา อย่างไรก็ตามก็ตีกฎหมายยังยอมรับว่ามีสิทธิเรียกร้องที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยผลของสัญญา (jus quaesitum tertio) เช่น สิทธิในทางทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์สามารถบังคับได้เช่นเดียวกับสิทธิที่หาขึ้นโดยสัญญาตามหลักบุคคลสิทธิ (in personam)"⁴

นอกจากนี้ VINCOUNT HALDANE, L.C. วางหลักว่า "บุคคลใดซึ่งไม่ได้ผูกพันตามสัญญาสามารถบังคับตามสัญญาได้โดยอาศัย Consideration ที่ได้ให้ไว้กับผู้สัญญาหรือบุคคลอื่นที่ผู้สัญญาระบุไว้"

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า⁵ แม้ว่าข้อตกลงขายต่อในปัจจุบันเป็นเพราะเราได้มี Resale Prices Act 1976 ก็ตาม แต่ไม่ได้ลดความสำคัญของคดีนี้ ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) และหลักการในเรื่อง Consideration โดยหลักการ Consideration ได้ขยายหลักการของความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) กล่าวคือ บุคคลที่ไม่ได้เป็นผู้สัญญาจะไม่สามารถบังคับตามสัญญาได้ เว้นแต่จะมีการให้ consideration นอกจากนี้คดี Scruttons V. Midland

⁴Major, Casebook on Contract Law, p.128.

⁵Ibid, p.129.

Silicones (1962) ได้สรุปว่า โดยคำตัดสินในคดี Dunlop ได้เกิดหลักทั่วไปที่ว่า "บุคคลภายนอกไม่สามารถเรียกร้องผลประโยชน์จากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในข้อตกลงของคู่สัญญา แม้ว่าในสัญญาได้ระบุไว้ชัดเจนว่าคู่สัญญาได้ให้ประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าว"⁶

ต่อมาหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) ได้นำมาพิจารณาในคดี Woodar Investment Developments V. Wimpey Construction (1980) ซึ่งวินิจฉัยว่า คู่สัญญาที่ผิดสัญญาในการที่จะต้องชำระเงินให้แก่บุคคลที่สาม จะมีความรับผิดชอบเฉพาะค่าเสียหายเพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁷

ฉะนั้นหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) จึงไม่ยอมรับให้บุคคลภายนอกสัญญาเรียกร้องให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะมีข้อตกลงให้ชำระเงินให้แก่บุคคลที่สามก็ตาม คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญา แต่อาจมีความรับผิดชอบในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลที่สามเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

หลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) จึงทำให้เกิดอุปสรรคต่อการบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญาของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ ฉะนั้นเจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งไม่เข้าคู่สัญญาจึงไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหนี้อันดับรองปฏิบัติตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิได้

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อยกเว้น เช่น กรณีของผู้รับผลประโยชน์ในสัญญาประกันภัย ทรัสต์ และข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้ที่ดินที่เรียกว่า Covenant เป็นต้น⁸ ฉะนั้น

⁶Ibid, p.130.

⁷Ibid

⁸โรสภณ รัตนากร, "การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างตอบแทน" ใน 60 ปี ศาสตราจารย์โรสภณ รัตนากร), หน้า 44.

ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิที่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้ เป็นคู่สัญญาจึงต้องตกลงกันในเรื่องของทรัพย์สิน นั่นคือ Subordination Trust จึงสามารถหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวได้⁹ uly ให้เจ้าหนี้อันดับรอง เป็นทรัพย์สินที่ได้รับความเสียหายจากลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก และหากบุคคล ทั้งสามฝ่ายคือ เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรองและลูกหนี้ ทำสัญญาร่วมกันก็จะไม่เกิดปัญหา ในการบังคับตามสัญญาดังกล่าว และไม่ทำให้เกิดการแก้ไขสิทธิและหน้าที่ในสัญญา โดยบุคคลใด บุคคลหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ สำหรับผลของข้อตกลงดังกล่าวจะบังคับได้เพียงใดจะขึ้นกับหลักกฎหมาย ที่จะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

4.1.2 หลัก Pari Passu

หลักการของ Pari Passu เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดในกฎหมายล้มละลาย (The Insolvency Law)¹⁰ ซึ่งกำหนดว่าเจ้าหนี้ทุกคนจะต้องมีส่วนร่วมกันในการชำระหนี้ของ ลูกหนี้ตามสัดส่วนที่ตนมีสิทธิ เรียกร้อง¹¹ หลักการดังกล่าวจึงหมายความว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ทั้งหลายจะต้องร่วมกันรับส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่จริง ข้อสัญญาและการโอนสิทธิใดๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดเป็นพิเศษ ที่จะทำให้ไม่ต้องร่วมเฉลี่ยทรัพย์สินในกรณี ที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น ถือว่าเป็นวิงวะ ฉะนั้นการโอนหรือการดำเนินการใดที่กระทำโดย กิจการที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีหรือล้มละลาย อันเป็นการให้ผล ประโยชน์แก่เจ้าหนี้รายหนึ่ง โดยไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้รายอื่น ถือว่าเป็นการขัดต่อหลัก Pari Passu ด้วย¹²

⁹Bruce Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective, Australian Business Review 15(August 1987),p.109.

¹⁰R.M.Goode, The Principles of Corporate Insolvency, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell,1990),P.59.

¹¹John R. Powell , "Rethinking Subordinated Debt," Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly 3(August 1993),p. 64.

¹²R.M. Goode,The Principles of Corporate Insolvency,p. 64.

หลักการนี้ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ.1948 (The Companies Act 1948) มาตรา 302 บัญญัติว่า"ในกรณีเลิกบริษัท ภายหลังจากการชำระหนี้บริสุทธิ ทรัพย์สินของบริษัทจะถูกเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน (Pari Passu) ตามความผูกพันของหนี้แต่ละราย" ปัจจุบันหลักการนี้ตรงกับมาตรา 597 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ.1985 (The Companies Act 1985) และมาตรา 317 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ.1948 (The Companies Act 1948)บัญญัติว่า"ในกรณีบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้หากฎหมายที่เกี่ยวกับล้มละลายมาใช้บังคับ" ปัจจุบันหลักการนี้ตรงกับมาตรา 612 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท (The Companies Act 1985)

เมื่อเกิดปัญหาทรัพย์สินของบริษัทไม่พอชำระหนี้สินของเจ้าหนี้ทั้งหลาย กฎหมายจึงรักษาความเสมอภาคระหว่างเจ้าหนี้ โดยทรัพย์สินทั้งหมดจะถูกเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน (Pari Passu) ซึ่งขึ้นอยู่กับจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละราย¹³ ทั้งนี้ เมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลายการเฉลี่ยทรัพย์สินก็เป็นไปตามกฎหมายล้มละลายและเป็นไปตามหลักPari Passuเช่นกัน

หลักการ Pari Passu นี้ปรากฏในพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1986 (The Insolvency Act 1986)ของประเทศอังกฤษ ซึ่งได้รวมเอาหลักการชำระบัญชีและการล้มละลายของบริษัทของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ.1985(The Companies Act 1985)และพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1985(The Insolvency Act 1985)เกี่ยวกับการชำระบัญชีและล้มละลายของบริษัทที่แก้ไขแล้ว¹⁴และมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน

¹³J.H. Farrar,N.E. Furey and B.M. Hannigan,Farrar's Company Law, 3rd ed. (London:Butterworths,1991),681.

¹⁴Geofferey Morse, Charlesworth & Morse Company Law, 14th ed. (London:Sweet & Maxwell,1991),p.12

มาตรา 107 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1986(The Insolvency Act 1986) บัญญัติว่า "ในการล้มละลายโดยสมัครใจ การชำระบัญชีทรัพย์สินของบริษัทเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทโดยเท่าเทียมกัน (pari passu).. " และในหลักเกณฑ์ที่อธิบายรายละเอียดของพระราชบัญญัติล้มละลาย (The Insolvency Rule 1986) ข้อที่ (Rule) 4.181(1) บัญญัติเกี่ยวกับกรณีการล้มละลายโดยผลของกฎหมายไว้ดังนี้ "หนี้อื่น ๆ นอกเหนือจากหนี้ที่มีสิทธิจะอยู่ในลำดับการชำระหนี้ที่เท่าเทียมกันในการชำระบัญชี"

ดังนั้นการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หลายรายในกรณีล้มละลายจะต้องเป็นไปตามหลัก Pari Passu กล่าวคือหนี้สามัญที่นอกเหนือจากหนี้ที่มีบุริมสิทธิตามกฎหมายจะต้องได้รับส่วนแบ่งจากการเฉลี่ยหนี้โดยเสมอภาคกัน

หลักการ Pari Passu นี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวาง(all-pervasive) โดยมีผลกระทบถึงขนาดทำลายสัญญาทุกประเภทหรือทำให้ใช้บังคับไม่ได้ หากสัญญาหรือข้อตกลงนั้นมีวัตถุประสงค์หรือเป็นผลให้เจ้าหนี้รายหนึ่งมีบุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษ โดยเป็นการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้เมื่อลูกหนี้เลิกกิจการ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวควรที่จะนำมาเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้สามัญทั้งหลาย¹⁵

สำหรับปัญหาของข้อตกลงหรือสัญญาที่ขัดต่อหลัก Pari Passu นั้น จึงเกิดขึ้นเนื่องจากหลักการดังกล่าวมีการบัญญัติไว้ในเชิงบังคับและศาลมักตีความตามตัวอักษร¹⁶ ฉะนั้นข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ(Subordination Agreement) จึงอาจขัดต่อหลัก Pari Passu ซึ่งจะต้องให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันทุกคนได้รับการชำระหนี้ในลำดับเดียวกันตามอัตราส่วนโดยถ้วนหน้า

¹⁵Goode, The Principles of Corporate Insolvency, p. 60.

¹⁶Philip R. Wood, The Law of Subordinated Debt (London: Sweet & Maxwell, 1991), p. 23.

แต่ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น อาจมีเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด ไม่ได้รับการชำระหนี้ เนื่องจากเจ้าหนี้อันดับรองยินยอมที่จะได้รับการชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบเต็มจำนวนเท่านั้น หากลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่มีสิทธิรับชำระหนี้เลย

อย่างไรก็ดี จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักการของ Pari Passu และวิธีการตีความจากแนวคำพิพากษาที่เกิดขึ้น เพื่อที่จะได้ทราบถึงแนวโน้มของความเป็นไปได้ที่จะบังคับใช้สัญญาดังกล่าวโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

ในคดี Smith, Knight & Co., Ex parte Ashbury:(1868) Lord Romilly M.R. ได้อธิบายไว้ว่า Act of Parliament บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ทุกคนควรที่จะได้รับชำระหนี้เท่าเทียมกัน หมายถึง วนกรณีที่เกิดขึ้นหลังจากการเลิกบริษัท (winding up) แล้ว แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปของกิจการในอดีต และทำให้เจ้าหนี้ทั้งหมดมีความเท่าเทียมกัน โดยให้ทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ที่ยังไม่ได้รับการชำระหนี้เพื่อให้ความเท่าเทียมกับเจ้าหนี้ซึ่งได้รับการชำระหนี้แล้ว ความเท่าเทียมกันจึงหมายถึง เท่าที่สามารถได้รับการชำระหนี้ และแบ่งทรัพย์สินระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายในหนี้ที่ยังคงค้างชำระอยู่¹⁷

นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังได้รับการยืนยันในคดี Ex parte Mackay (1873) ซึ่ง Sir W. M. James เห็นว่า จะไม่อนุญาตให้บุคคลกำหนดเงื่อนไขกับเจ้าหนี้ในอันที่จะตกลงจัดสรรทรัพย์สินในกรณีล้มละลายให้มีผลแตกต่างไปจากหลักกฎหมายวางไว้¹⁸

¹⁷Powell , "Rethinking Subordinated Debt":364.

¹⁸Ibid.

จากหลักของคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองจะเห็นได้ว่า ศาลอังกฤษตีความหลัก Pari Passu อย่างเคร่งครัด และถือว่าเป็นบทบังคับเจ้าหนี้ใหม่สามารถสร้างข้อตกลงที่ขัดกับหลักดังกล่าวได้ เพราะศาลจะไม่ยอมบังคับตามข้อตกลงที่ขัดกับหลัก Pari Passu

สำหรับแนวโน้มในการตีความหลัก Pari Passu นั้นยังมีการพิจารณาหลัก Pari Passu ร่วมกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) โดยมีคำพิพากษาที่วางหลักว่า ข้อตกลงที่ผิดแผกแตกต่างกับหลัก Pari Passu ถือว่าขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาดังกล่าวยังมีความเห็นที่แย้งกัน และแม้ในความเห็นของผู้พิพากษาคนเดียวของในแต่ละคดียังมีความขัดแย้งกัน จึงสมควรที่จะยกเป็นกรณีศึกษาเพื่อพิจารณาโดยละเอียด ซึ่งเมื่อกล่าวถึงหลักการนี้ คดีต้นแบบที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเสมอ คือ คดี National Westminster Bank Ltd. v Halesowen Presswork and Assemblies Ltd. (1972) และคดี British Eagle International Airlines Ltd v. Air France (1975)

คดี National Westminster Bank Ltd. v Halesowen Presswork and Assemblies (1972)

ข้อเท็จจริง

บริษัท Halesowen Presswork ได้เปิดบัญชีเบิกเงินเกินบัญชีกับธนาคาร National Westminster ต่อมาบริษัทฐานะการเงินไม่ดี เพื่อที่จะให้บริษัทดำเนินกิจการต่อไปได้ จึงได้มีการตกลงระงับบัญชีเดิม และเปิดบัญชีใหม่เพื่อที่จะได้ดำเนินธุรกิจใหม่ โดยมีเงื่อนไขในสัญญาว่าจะใช้สินเชื่อบัญชีใหม่ ต่อมาบริษัทได้รับเช็คจากลูกหนี้และนำเข้ามาบัญชีใหม่ ซึ่งในวันเดียวกันนั้นเองที่ประชุมเจ้าหนี้ได้มีมติให้เลิกกิจการและชำระบัญชีด้วยความสมัครใจ ในการชำระบัญชี ธนาคาร National Westminster ได้เรียกร้องให้ทักท้วงหนี้เช็คฉบับใหม่กับหนี้บัญชีเดิมที่ได้ตกลงให้ระงับไป ผู้ชำระบัญชีปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าว และพิจารณาเฉพาะ

หน้าในบัญชีใหม่เท่านั้น ธนาคารจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลและคดีนี้ตัดสินโดย ศาลสภาขุนนาง (House of Lord) และผู้พิพากษาท่านหนึ่งคือ Lord Cross แสดงความเห็นแย้งไว้

คำวินิจฉัย

Lord Simon และเสียงส่วนใหญ่ เห็นว่าการหักกลบลบหนี้เป็นไปโดยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1914 (The Bankruptcy Act 1914)* มาตรา 31** การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายเป็นบทบังคับซึ่งไม่สามารถดกกลงยกเว้นได้ ฉะนั้น ธนาคารจึงมีสิทธิหักกลบลบหนี้ทั้งสองบัญชีของบริษัทได้ และ Lord Simon กล่าวในคดีนี้ว่า "การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงคนเดียว ฉะนั้น ภาษิตกฎหมายที่ว่า *quilibet potest renunciare juri pro se introducto* (บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจยกเลิกหรือสละสิทธิประโยชน์ของตนได้) ใช้งานได้เฉพาะในเรื่องที่มิเกี่ยวข้องกับ

* เมื่อพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (The Insolvency Act 1986) ใช้นับกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1914 (The Bankruptcy Act 1914) จะใช้กับคำร้องที่ยื่นต่อศาลถึงวันที่ 29 ธันวาคม 1986 เท่านั้น

**Section 31 "On winding up: Where there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings, between a debtor against whom a receiving order shall be made under this Act and any other person proving or claiming to prove a debt under the receiving order, an account shall be taken of what is due from the one party to the other in respect of such mutual dealings, and the sum due from the one party shall be set off against any sum due from the other party, and the balance of the account, and no more, shall be claimed or paid on either side respectively;..."

ประโยชน์ต่อสาธารณชนเท่านั้น จึงใช้กับคดีนี้ไม่ได้ บทบัญญัติล้มละลายนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสาธารณชน โดยกฎหมายล้มละลายนี้จะวางหลักพิจารณาคดีเพื่อที่จะให้ทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายถูกบริหารในวิธีการที่เหมาะสมและตามลำดับ" ผลสรุปของ Lord Simond ก็คือ¹⁹ กลุ่มพาณิชย์ (commercial community) มีผลประโยชน์ร่วมกันในคดีล้มละลาย ผลประโยชน์ดังกล่าวจึงกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) มากกว่าเอกชน

อย่างไรก็ดีในคำวินิจฉัยคดีนี้ Lord Cross ได้ให้ความเห็นแย้งไว้ดังนี้ "ข้าพเจ้าไม่สามารถเห็นว่าจะมีเหตุผลที่ห้ามมิให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่จะไม่ขอหักกลบลบหนี้ล่วงหน้า ในกรณีที่มีการล้มละลาย โดยอาศัยหลัก *quilibet potest renunciare juri pro se introducto* (บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจยกเลิกหรือสละสิทธิประโยชน์ของตนได้) และในบางส่วนของอำนาจศาลแม้จะต้องคิดว่าเป็นบทบังคับแต่สามารถที่จะอ่านบทบัญญัติดังกล่าวให้สามารถทำสัญญายกเลิกได้ และในคดี *Deering V. Hyndman* (1886) ศาลอุทธรณ์ใน *ไอร์แลนด์* วินิจฉัยว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามารถตกลงยกเว้นได้ เมื่ออำนาจในการชั่งน้ำหนักความเท่าเทียมกันสามารถก่อตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนข้อเสนอหรือหักล้างความสามารถที่จะทำสัญญายกเว้นบทบัญญัติหักกลบลบหนี้" ดังนั้น Lord Cross เห็นแย้งว่า การทำสัญญายกเว้นการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายล้มละลายสามารถที่จะอนุญาตได้

ผลของคดีนี้จึงทำให้ธนาคารสามารถใช้หักกลบลบหนี้ระหว่างหนี้ในบัญชีเก่ากับทรัพย์สินในบัญชีใหม่ได้ โดยข้อสัญญาห้ามหักกลบลบหนี้ในหนี้บัญชีเดิมนั้นไม่สามารถบังคับได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective", p. 94.

คดีต่อมาซึ่งมีความสำคัญในการพิจารณาว่าจะทำสัญญายกเว้นหลักกฎหมาย
ล้มละลายได้หรือไม่ ได้แก่คดี British Eagle International Air Lines Ltd. V.
Compagnie Nationale Air France

ข้อเท็จจริง

สายการบินระหว่างประเทศ British Eagle และ Air France
ต่างก็เป็นสมาชิกของ The International Air Transport Association (IATA)
ซึ่งก่อตั้งระบบสำนักหักบัญชี (Clearing House System) ตามข้อกำหนดการบริการขนส่งทาง
อากาศร่วมกันกำหนดกลไกสำหรับหักบัญชีเจ้าหน้าที่ลูกหนี้รายเดือน เมื่อสมาชิกใช้บริการของ
สมาชิกอีกคนหนึ่งในการขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้า เช่นผู้โดยสารซื้อตั๋วเครื่องบินจากสายการบินหนึ่ง
แต่ใช้บริการของอีกสายการบินหนึ่ง สายการบินแรกจะต้องชำระหนี้ให้แก่สายการบินหลัง โดย
ผ่านสำนักหักบัญชี ภายหลังจากที่ได้คำนวณหนี้ที่ถึงกำหนดชำระจากสายการบินในแต่ละเดือน
ดังนั้นสมาชิกของ IATA ไม่อาจเรียกร้องกันได้โดยตรง แต่ต้องเรียกร้องจาก IATA เท่านั้น

ต่อมาสายการบิน British Eagle อยู่ในสถานะชำระหนี้ไม่ได้ จึงต้อง
ชำระบัญชี สายการบิน British Eagle เป็นหนี้จำนวนมากต่อสายการบินที่เป็นสมาชิกของ
IATA และมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ของสายการบิน Air France ผู้ชำระบัญชีจึงเรียก Air
France ชำระหนี้ แต่ Air France ตอสู่ว่าผู้ชำระบัญชีจะต้องผูกพันตามระบบของ IATA
ในการเรียกเก็บเงิน และผู้ชำระบัญชีสามารถเรียกชำระหนี้จาก IATA เฉพาะจำนวนหนี้ที่ถึง
กำหนดชำระหนี้ซึ่งได้หักกลบลบหนี้กับสายการบินอื่นที่เป็นสมาชิก IATA แล้ว ผู้ชำระบัญชีฟ้อง
ร้องต่อศาลให้ Air France ชำระหนี้ และอ้างว่าข้อตกลงของ IATA เป็นการขัดต่อหลัก
Pari Passu เพราะเป็นการนำทรัพย์สินของ British Eagle ที่จะต้องเฉลี่ยให้กับเจ้าหนี้
ทั้งหลาย แต่กลับนำไปเป็นประโยชน์เฉพาะเจ้าหนี้อื่นที่เป็นสมาชิกของ IATA

คำวินิจฉัย

ในความเห็นของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ได้วินิจฉัยว่าการจัดการดังกล่าวของ IATA ไม่เหมาะสม แต่เห็นว่าผลกระทบของการจัดการดังกล่าวทำให้สมาชิกอื่นของ IATA ซึ่งเป็นเจ้าของ British Eagle ได้รับสิทธิประโยชน์เหนือกว่าเจ้าหนี้รายอื่น ข้อตกลงดังกล่าวจึงขัดต่อหลัก Pari Passu

เสียงส่วนใหญ่ของศาลฎีกา (House of Lord) คือ Lord Diplock, Lord Cross และ Lord Edmund-Davies วินิจฉัยว่าคู่สัญญาไม่อาจที่จะตกลงทำสัญญาใด ผิดแผกจากหลักการเฉลี่ยทรัพย์สินที่เท่าเทียมกันในคดีล้มละลาย (Pari Passu) ฉะนั้น หลัก Pari Passu จะต้องอยู่เหนือการจัดการของสำนักหักบัญชีของ IATA ดังนี้ หมายความว่า ผู้ชำระบัญชีสามารถที่เรียกให้สายการบินที่เป็นหนี้ British Eagle ชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องหัก จากหนี้ที่ British Eagle เป็นหนี้สายการบินอื่น คำพิพากษาคดีนี้ Lord Cross และเสียง ส่วนใหญ่ได้วินิจฉัยคดีตามแนวของ Mackey Case ซึ่งห้ามมิให้บุคคลใดทำข้อตกลงขัดกับกฎหมาย ล้มละลาย และให้ความเห็นว่าข้อตกลงการจัดการดังกล่าวของสำนักหักบัญชี ขัดต่อมาตรา 302 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1948 (The Companies Act 1948) บัญญัติให้การชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไม่มีบุริมสิทธิทุกรายเป็นไปโดยเท่าเทียมกัน (Pari Passu) ดังนั้น ข้อตกลงดังกล่าวจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy)

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา 2 ท่านคือ Lord Morris of Borth-Y-Gest และ Lord Simon of Glaisdale ได้แสดงความเห็นแย้งไว้ในคดีนี้ว่า ข้อตกลงดังกล่าว สมบูรณ์และไม่ได้หลีกเลี่ยงหลักกฎหมายล้มละลาย เพราะข้อตกลงดังกล่าวไม่ทำให้มีผลแตกต่าง ระหว่างก่อนการล้มละลายกับภายหลังการล้มละลาย และมีผลผูกพันผู้ชำระบัญชี เช่นเดียวกับ ที่ผูกพัน British Eagle เอง ²⁰

²⁰Goode, The Principles of Corporate Insolvency, p. 62.

Lord Morris เห็นว่า²¹ ในเรื่องนี้มิได้เป็นการทำสัญญาที่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) แต่เห็นว่า ทรัพย์สินของ British Eagle คือสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จาก IATA ตามข้อตกลงจัดการของสำนักหักบัญชีเท่านั้น และไม่มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จาก Air France หรือ สายการบินอื่นโดยตรง ทั้งนี้เขาได้อ้างถึงคำพิพากษาศาลอุทธรณ์คดีนี้ซึ่งวินิจฉัยโดย Russell L.J.²² ว่าคดีนี้มีปัญหาคือ เมื่อใดสิทธิเรียกร้องของ British Eagle ต่อ Air France จะเป็นทรัพย์สินของ British Eagle ซึ่งตนเห็นว่าสิทธิเรียกร้องดังกล่าวยังไม่เป็นทรัพย์สินของ British Eagle จนกว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะได้ออกมาจากระบบสำนักหักบัญชี โดยสัญญาของระบบสำนักหักบัญชี นั้นหมายถึงว่าหนี้ดังกล่าวจะไม่สามารถเป็นทรัพย์สินของกิจการและไม่อาจอยู่ในบังคับของหลักเฉลี่ยทรัพย์สิน Pari Passu ได้

อย่างไรก็ดี Lord Simon เห็นด้วยกับความเห็นของ Lord Morris และเห็นด้วยกับผลการตัดสินที่ไม่ให้ทำสัญญาเวียนหลักกฎหมายล้มละลาย รวมทั้งเห็นด้วยกับผลการตัดสินของ Halesowen Case แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่เข้าลักษณะดังกล่าว

ผลของคำพิพากษานี้เห็นว่าข้อตกลงจัดการทรัพย์สินโดยสำนักหักบัญชีของ IATA ขัดต่อหลัก Pari Passu จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy)

ข้อสังเกต

จากการวินิจฉัยของคดี Halesowen กับคดี British Eagle จะเห็นได้ว่า Lord Cross วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการทำสัญญาเวียนหลักกฎหมายล้มละลายต่างกัน

²¹Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective", p.96.

²²Aitken Leigh, "Liquidator and the "Subordinated Loan," Company and Securities Law Journal, 5(February 1987):8.

ในคดี Halesowen นั้น Lord Cross ให้ความเห็นแย้งว่าทำสัญญายกเว้นได้ แต่ในคดี British Eagle นั้น ไม่อนุญาตให้ทำสัญญายกเว้นหลักกฎหมายล้มละลาย เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) อย่างไรก็ตาม Lord Cross ได้แสดงความเห็นไว้ว่า ทั้งสองคดีมีวัตถุประสงค์ที่ต่างกัน ในคดี Halesowen เป็นเรื่องของการหักกลบหนี้ ไม่ใช่หลัก pari passu แต่อย่างไรก็ดี Lord Simon ยืนยันว่าคดีทั้งสองเป็นเรื่องการทำสัญญายกเว้นหลักกฎหมายล้มละลายเหมือนกัน²³

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการบังคับใช้ของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิในประเทศอังกฤษในขณะที่มีความไม่แน่นอน นักกฎหมายจะพิจารณาว่าอาจเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อหลัก Pari Passu ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของหลักกฎหมายล้มละลาย ซึ่งจากคดีที่ได้ยกมาข้างต้นจะเห็นว่าข้อตกลงที่ขัดต่อหลักกฎหมายล้มละลายจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย จึงเป็นระงะ หลักการ Pari Passu จึงเป็นอุปสรรคต่อการทำข้อตกลงลักษณะนี้นักกฎหมายจึงได้คิดค้นหาวิธีการหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว โดยการนำหลักการของทรัสต์มาใช้ดังจะได้อธิบายรายละเอียดในหัวข้อต่อมา

4.1.3 หลักเรื่องทรัสต์ (TRUST)

Harold Greville Hanbury กล่าวไว้ในหนังสือ Modern Equity ว่าความสัมพันธ์ทางทรัสต์นั้น คือ ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง และตนมีหน้าที่จะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นโดยจะต้องกระทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดจนสำเร็จ หรือโดยจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้รับประโยชน์นั้น ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิทางเอ็กคิวตี้ซึ่งคล้ายกรรมสิทธิ์ทางคอมมอนลอว์ อันอาจยื่นได้ทั้งตัวทรัสต์เอง และบุคคลอื่นซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไป เว้นแต่ผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นโดยชอบและสุจริต²⁴

²³Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective":97.

²⁴บัญญัติ สุชีวะ, "ทรัสต์," อุลพาห, 9 (มกราคม 2505):20.

Spence ได้ให้ความหมายของคำว่าทรัสต์ว่า ผลประโยชน์ หรือประโยชน์ทางกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ไม่มีการครอบครอง หรือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในตัวทรัพย์สิน

สำหรับความหมายของคำว่าทรัสต์(Trust) ไม่มีบทนิยามตามกฎหมาย ส่วนใหญ่จะมาจากการวิวัฒนาการของคำพิพากษาศาลฎีกา และแนวกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทรัสต์ อย่างไรก็ตาม The Hague Trust Convention (ซึ่งอังกฤษรับเป็นภาคีโดยออกเป็นพระราชบัญญัติ The Recognition of Trusts Act 1987) ได้กล่าวในมาตรา 2 ว่า 25

เพื่อวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญานี้ คำว่าทรัสต์หมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ก่อตั้งขึ้น ในระหว่างมีชีวิต หรือเมื่อตายแล้วโดยบุคคลหรือผู้ก่อตั้งให้ทรัพย์สินนั้นได้อยู่ในความควบคุมของทรัสต์ (trustee) เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใดโดยเฉพาะ

ทรัสต์จะมีลักษณะ เฉพาะดังนี้

1. ทรัสต์สินที่ก่อตั้งทรัสต์จะเป็นกองทุนแยกต่างหากและไม่ถือว่าเป็นทรัสต์สินส่วนใดส่วนหนึ่งของทรัสต์
2. กรรมสิทธิ์(title)ในทรัสต์สินของทรัสต์นั้นอยู่ในนามของทรัสต์ หรือบุคคลอื่นในนามของทรัสต์
3. ทรัสต์มีอำนาจและหน้าที่ตามที่เขาได้รับความเชื่อถือที่จะจัดการ ใช้จ่าย หรือดำเนินการแก่ทรัสต์สิน ให้สอดคล้องกับข้อ กำหนดของทรัสต์ และหน้าที่พิเศษตามที่กฎหมายระบุให้ทรัสต์ทำได้

²⁵D. J. Hayton, The Law of Trust, (London: Sweet & Maxwell, 1989),

และมาตรา 11 ของอนุสัญญาดังกล่าวให้ประเทศภาคียอมรับการคุ้มครอง
ทรัสต์ ดังนี้

1. เจ้าหนี้ส่วนตัวของทรัสต์จะไม่สามารถฟ้องร้องสิทธิในทรัพย์สินที่ทรัสต์
เป็นผู้ดูแล
2. ทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของทรัสต์ไม่เป็นทรัพย์สินของทรัสต์ เมื่อทรัสต์
มีหนี้สินส่วนตัวหรือล้มละลาย
3. ทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของทรัสต์ไม่ถือเป็นทรัพย์สินส่วนตัวที่จะตก
เป็นของกลุ่มสมรสหรือเป็นทรัพย์สินมรดกของทรัสต์เมื่อทรัสต์ตาย
4. ทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของทรัสต์สามารถถูกเรียกคืนได้ ในกรณีที่
ทรัสต์ละเมิดข้อตกลงก่อตั้งทรัสต์ นําทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของทรัสต์ไปรวม เป็นทรัพย์สินส่วนตัว
ของทรัสต์ หรือโอนกรรมสิทธิ

กล่าวโดยสรุปทรัสต์จะประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่ายคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ผู้ดูแล
ทรัพย์สิน (trustee) และผู้รับผลประโยชน์ โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์จะโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ดูแลและ
จัดการทรัพย์สินเพื่อผู้รับผลประโยชน์ แม้ผู้รับผลประโยชน์จะไม่เข้าสู่สัญญาในการก่อตั้งทรัสต์ ก็มี
สิทธิบังคับทรัสต์ให้ปฏิบัติตามสัญญา หรือคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้

ข้อตกลงก่อตั้งโดยสิทธิ สามารถทำให้อยู่ในรูปของทรัสต์ได้ โดยลูกหนี้เป็นผู้
ผู้ก่อตั้งทรัสต์และให้เจ้าหนี้อันดับรอง (Junior Creditor) เป็นทรัสต์ดูแลทรัพย์สินอันได้แก่
หนี้ที่ลูกหนี้ชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองหรือหนี้โดยสิทธิ (Junior Debt หรือ Subordinated
Debt) ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนครบ เพื่อโอนให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ โดยเจ้าหนี้อันดับแรกไม่จำเป็นต้องเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย ซึ่ง
ไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract)

นอกจากนี้ ผลของการก่อตั้งทรัสต์ เจ้าหนี้อันดับรองไม่สามารถหักกลบลบ
หนี้จากหนี้โดยสิทธิที่ลูกหนี้ได้ชำระและอยู่ในความดูแลของเจ้าหนี้อันดับรองในฐานะทรัสต์ให้แก่

เจ้าหนี้อันดับแรก และในกรณีเจ้าหนี้อันดับรองล้มละลาย ทรัพย์สินในทรัสต์ไม่อยู่ภายใต้บังคับคดี

หลักการนี้ได้มีการยืนยันโดย Chancery Division ของอังกฤษในคดี Re Kayford (in Liq.) (1975)

ข้อเท็จจริง

บริษัททราจิกซึ่งซื้อทางไปรษณีย์ ที่มีทั้งลูกค้าที่จ่ายเงินล่วงหน้าและฝากเงินไว้ได้ประสบปัญหาทางการเงิน บริษัทได้เปิดบัญชีธนาคาร และจ่ายเงินที่ได้จากลูกค้าไปสู่อุชิตอนเงินเมื่อได้ส่งสินค้าไปให้ลูกค้าแล้ว คดีนี้วินิจฉัยว่าเงินซึ่งเก็บไว้เป็นทรัสต์สำหรับลูกค้าที่จ่ายเงินค่าสินค้าแต่ยังไม่ได้รับสินค้า ดังนั้น เงินดังกล่าวจึงไม่เป็นส่วนหนึ่งของบริษัทสำหรับการเฉลี่ยหนี้

คำวินิจฉัย

ผู้พิพากษา Megarry กล่าวว่า ไม่ต้องสงสัยเลยว่าตามหลักทั่วไป หากท่านส่งเงินให้กับบริษัทสำหรับสินค้าที่ยังไม่ได้ส่งมอบ ท่านจะเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทดังกล่าว เว้นแต่ว่าได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น ผู้ส่งสินค้าอาจจะตั้งทรัสต์ขึ้นโดยใช้อ้อยคำที่เหมาะสม เมื่อเขาได้ส่งเงินหรือบริษัทได้จัดทำขึ้นโดยขั้นตอนที่เหมาะสม หรือก่อนที่จะได้รับเงิน เมื่อการใดการหนึ่งได้กระทำขึ้น ความผูกพันโดยค่านึงถึงเงินดังกล่าว จะถูกเปลี่ยนแปลงจากสัญญาเป็นทรัพย์สินและหนี้เปลี่ยนเป็นทรัสต์

คำพิพากษาคดีนี้จึงวินิจฉัยว่าเงินดังกล่าวได้ถูกก่อตั้งเป็นทรัสต์สำหรับลูกค้าแล้วจึงไม่เข้าทรัพย์สินของบริษัท ฉะนั้นจึงไม่ต้องถูกนำไปเฉลี่ยในคดีล้มละลาย ผลคดีดังกล่าวทำให้เห็นว่า การก่อตั้งทรัสต์สามารถยกเว้นหลัก pari passu ได้ นอกจากนี้ยังมีคดีที่ตามมาในภายหลังนั่นคือ คดี Carreras Rothmans V. Freeman Mathews Treasure Ltd. (1984)

ข้อเท็จจริง

ในคดีนี้บริษัทยาสูบ Carreras Rothmans ได้จ้างตัวแทนโฆษณา คือ Freeman Mathews Treasure Ltd. โดยบริษัท Carreras ได้จ่ายค่าธรรมเนียมรายเดือนให้กับบริษัท Freeman ในจำนวนที่เท่ากับใบแจ้งหนี้ที่บริษัท Freeman ได้รับจากสำนักพิมพ์ที่ทำโฆษณาให้กับบริษัท Carreras และได้จ่ายเงินในเวลาดังกำหนดชำระหนี้ที่บริษัท Freeman เป็นหนี้ตามใบแจ้งหนี้

เมื่อกรกฎาคม 1983 บริษัท Freeman ได้ประสบปัญหาทางการเงิน และบริษัท Carreras ได้จ่ายเงินให้กับบริษัท Freeman เช่นเดิม แต่จ่ายไว้ในบัญชีพิเศษของธนาคารที่บริษัท Freeman ได้เปิดบัญชีสำหรับการโฆษณาที่บริษัท Freeman ได้ทำขึ้นเพื่อบริษัท Carreras หลังจากนั้นบริษัท Freeman ได้ชำระบัญชีโดยความสมัครใจของเจ้าหนี้ บริษัท Carreras จึงได้ชำระหนี้ให้แก่บริษัท Freeman ในหนี้ที่เกิดจากการทำโฆษณาให้ตน และได้จ้างบริษัทโฆษณาอื่น จึงคล้ายกับเป็นการร่อนหนีของบุคคลที่สามที่ Freeman เป็นหนี้อยู่มาเป็นหนี้ของ Carreras ดังนั้น Carreras จึงแจ้งว่าเงินดังกล่าวที่อยู่ในบัญชีพิเศษของธนาคารนั้นเป็นทรัพย์สินสำหรับการชำระหนี้ให้กับบุคคลที่สาม และขอให้ศาลมีคำสั่งให้ชำระหนี้ดังกล่าวคืนให้แก่บริษัท Carreras

คำวินิจฉัย

ผู้พิพากษา Peter Gibson วินิจฉัยว่าเงินที่จ่ายโดยโจทก์ (บริษัท Carreras) ไม่ได้จ่ายให้เป็นประโยชน์แก่จำเลย (บริษัท Freeman) แต่ได้จ่ายโดยตรงแก่บัญชีเพื่อที่จะได้จำเลยไม่ต้องผูกพันตามหนี้ จึงเป็นการเห็นเจตนาได้ชัดเจนว่าเงินดังกล่าวที่ได้ชำระหนี้เป็นทรัพย์สินของโจทก์จึงไม่เคยตกเป็นทรัพย์สินของจำเลย ดังนั้นจึงเป็นการยอมรับโดยที่ปรึกษาของผู้ชำระบัญชี (Counsel for the liquidator) ว่าสัญญาที่จะชำระหนี้ให้แก่โจทก์นั้นสามารถยกเว้นหลัก pari passu ได้

นอกจากนี้ผู้พิพากษา Peter Gibson ได้แสดงความคิดเห็นว่าหลัก Pari Passu มีความจำเป็นเฉพาะใช้บังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในเวลาที่เกิดการเลิกบริษัทหรือชำระบัญชี หรือล้มละลายเท่านั้น เมื่อไม่ชำระทรัพย์สินของลูกหนี้จึงไม่สามารถใช้หลักการ Pari Passu ได้

จากหลักในเรื่องการก่อตั้งทรัสต์นี้เองทำให้เกิด Subordination Trust มีวัตถุประสงค์พิเศษเพื่อหลีกเลี่ยงหลัก Pari Passu²⁶ เนื่องจาก คำพิพากษานคดีครั้งก่อนที่จะวินิจฉัยคดีนี้ เกี่ยวกับการทำข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิจัดต่อหลัก Pari Passu หรือไม่ ยังไม่มีแนวบรรทัดฐานที่แน่นอน แต่จากคำพิพากษานคดี Re Kayford และคดี Carreras Rothmans V. Freeman Mathews Treasure วางหลักว่า Pari Passu ไม่ใช้บังคับกับทรัพย์สินที่ก่อตั้งเป็นทรัสต์

4.1.4 หลักการตามแนวคำพิพากษานปัจจุบัน

หลักการของการเฉลี่ยหนี้ของเจ้าหนี้ในทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเท่าเทียมกัน (Pari Passu) ได้เป็นอุปสรรคในทางธุรกิจ เนื่องจากบ่อยครั้งที่ธุรกิจประสงค์ที่จะดำเนินกิจการต่อไปในขณะที่ประสบปัญหาทางการเงิน และมีเจ้าหนี้หลายรายเต็มใจที่จะให้สินเชื่อ ถ้าหากสามารถมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆ และมีหนี้ด้วยสิทธิเป็นประกันในการชำระหนี้ เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิเป็นการทำให้สถานะของเจ้าหนี้มีความมั่นคงขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ อย่างไรก็ตามก็ดีข้อตกลงดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะใช้บังคับไม่ได้ เพราะอาจเป็นการขัดต่อหลักการเฉลี่ยหนี้ของเจ้าหนี้ในทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเสมอภาคกัน

²⁶Aitken "Liquidator and the "Subordinated Loan": p.8-9.

(Pari Passu) อย่างไรก็ตามก็ดี หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในการหักลบกลบหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งเป็นบทบังคับต้องให้เจ้าหนี้ที่เป็นหนี้ลูกหนี้หักลบกลบหนี้²⁷ หลักการของทรัสต์และการจดทะเบียนในหลักประกัน ดังนั้นจึงได้มีการพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวในการทบทวนโดยคณะกรรมการพิจารณากฎหมายล้มละลายและวิธีปฏิบัติ(The United Kingdom Review Committee on Insolvency Law and Practice) รายงานการประชุม (The Cork Report) ได้กล่าวในปี 1982 สรุปได้ว่า²⁸

"หนี้ไม่มีประกันทั้งหลายจะต้องได้รับการเฉลี่ยหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ อย่างเท่าเทียมกัน (Pari Passu) ดังนั้นจึงไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ให้สินเชื่อล่วงหน้าโดย เจ้าหนี้รายหนึ่งยอมลดตัว (Subordinate) รับชำระหนี้ภายหลังจากเจ้าหนี้รายอื่นได้ใช้สิทธิ เรียกร้องแล้วในกรณีลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว คณะกรรมการเห็นว่า ไม่มีเหตุผลที่จะไม่อนุญาต ให้เจ้าหนี้รายนั้นยอมให้สิทธิเรียกร้องของตนเป็นรองต่อเจ้าหนี้รายอื่น ในกรณีดังกล่าวไม่จำเป็นต้องนำทฤษฎีเกี่ยวกับการรอนทรัพย์สินมาบังคับใช้ข้อตกลง ดังนั้นคณะกรรมการเห็นว่า การรวบรวมหลักการ Pari Passu ควรให้มีความเหมาะสมเพื่อที่จะบังคับตามผลของข้อตกลงก่อน หนี้ด้วยสิทธิได้"

อย่างไรก็ตามก็ดี แม้ว่าจะมีข้อเสนอแนะจากคณะกรรมการดังกล่าว แต่ภายหลัง การแก้ไขกฎหมายล้มละลายในปี 1986 ไม่ปรากฏคำแนะนำดังกล่าวในหลักการ Pari Passu

²⁷Christopher Berry, Bankruptcy: Law and Practice (London: Butterworth, 1987), p. 227.

²⁸Bruce Johnston, "Contractual Debt Subordination and Legislative Reform , The Journal of Business Law (1991):234.

สำหรับข้อเสนอแนะจากรายงานการประชุม (The Cork Report) เกี่ยวกับบทบัญญัติหักลบกลบหนี้ในคดีล้มละลาย คณะกรรมการดังกล่าวยังเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่อาจทำข้อตกลงยกเว้นการหักลบกลบหนี้ในคดีล้มละลายได้ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับคำพิพากษาในคดี British Eagle²⁹

ดังนั้น บทบัญญัติหักลบกลบหนี้ตามมาตรา 323 แห่งกฎหมายล้มละลาย (The Insolvency Act 1986) และกฎข้อที่ 4.90 ของหลักเกณฑ์การล้มละลาย (The Insolvency Rule 1986) ในปัจจุบันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฉะนั้นการห้ามมิให้ตกลงยกเว้นบทบัญญัติการหักลบกลบหนี้ในคดีล้มละลายจึงยังคงเป็นอุปสรรคต่อข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิอยู่ในปัจจุบัน³⁰

แต่ในที่สุดแนวคำพิพากษาของอังกฤษได้วางหลักว่าข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่เป็นการขัดต่อหลัก Pari Passu นั่นคือคดี Re Maxwell Communication Corp. Plc. (No 3) (1993)³¹ ซึ่งได้เป็นการเอื้ออำนวยต่อข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิกล่าวคือ

ข้อเท็จจริง

บริษัท Maxwell Finance Jersey Ltd (MFJ) ออกหุ้นกู้แปลงสภาพ โดยมีบริษัท Maxwell ค้ำประกันโดยไม่มีเงื่อนไขและเพิกถอนไม่ได้ตามหลักการของการก่อนนี้โดยสิทธิ (Subordinated Basis) กล่าวคือ Maxwell จะถือหุ้นของบริษัท MFJ ได้โดย

²⁹Ibid

³⁰Michael Fealy, "Debt Subordination : Has the eagle landed?," The Cambridge Law Journal ,52(November 1993):398.

³¹Philip R. Wood, Project Finance, Subordinated Debt and State Loans, (London: Sweet & Maxwell, 1995), p.58.

Maxwell จะเป็นเจ้าหนี้อันดับรองต่อผู้ถือหุ้นกู้ของ MFJ ในการชำระหนี้ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ย
 ในหุ้นกู้แปลงสภาพดังกล่าว เจ้าพนักงานในคดีล้มละลายเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นการยกเว้น
 แผนการจัดการเกี่ยวกับโครงสร้างของบริษัท (Arrangements and Reconstructions)
 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ.1985(The Companies Act 1985) มาตรา 425³²
 ซึ่งให้การจัดการต่างๆที่เกี่ยวกับโครงสร้างของบริษัทที่จะเลิกบริษัท หรือกาลังชำระบัญชีที่เสนอ
 โดยบริษัทกับเจ้าหนี้หรือเจ้าหนี้ลำดับเดียวกันลำดับใดลำดับหนึ่ง หรือระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น
 หรือผู้ถือหุ้นในลำดับเดียวกันลำดับใดลำดับหนึ่ง (เช่นการให้รวมหุ้นที่อยู่คนละลำดับให้เป็นลำดับ
 เดียวกันหรือการแบ่งหุ้นลำดับเดียวกันให้แยกเป็นต่างลำดับ) จะต้องเสนอต่อศาลเพื่อให้ความ
 เห็นชอบก่อน

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ ข้อตกลงดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย
 ของประชาชน (public policy) ดังเช่นคำตัดสินของสภาขุนนาง (House of Lord) ในคดี
 Halesowen และคดี British Eagle ซึ่งห้ามมิให้ยกเว้นหลักกฎหมายล้มละลายหรือไม่

คำวินิจฉัย

ผู้พิพากษา Vinelott เห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย
 ร้อยของประชาชน(Public Policy) แต่ประการใด เพราะข้อตกลงดังกล่าวเป็นการที่เจ้าหนี้
 แต่ละคนตกลงที่จะเลื่อนการชำระหนี้เรียกของของตนผลของการกระทำจึงไม่ต่างจากการที่เจ้าหนี้
 สละหนี้หรือปลดหนี้ โดยการเลื่อนการชำระหนี้ของตนออกไป โดยการไม่พิสูจน์สิทธิของตนใน
 การชำระบัญชี³³

³²Powell , "Rethinking Subordinated Debt":367.

³³Ibid.

ผู้พิพากษา Vinelott สรุปว่าเป็นความจริงที่หลักการจากผู้มีอำนาจตัดสินวางหลักไว้ว่า เจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะทำสัญญากับลูกหนี้ให้ตนได้ประโยชน์ในกรณีล้มละลาย หรือเลิกบริษัทโดยการให้ลูกหนี้ปฏิเสธเจ้าหนี้อื่นทั้งปวง แต่เป็นไปได้สำหรับเจ้าหนี้ที่มีความอิสระที่จะเลื่อนหรือยกเลิกสิทธิของเขาในสิทธิส่วนตัว โดยสัญญาดังกล่าวจะต้องไม่เป็นผลในทางร้ายกับสิทธิของบุคคลอื่น โดยคำนึงถึงทรัพย์สินของลูกหนี้³⁴

คำตัดสินในคดีนี้เป็นคำตัดสินที่กว้างและ เป็นประโยชน์ต่อสถานะทางธุรกิจซึ่งต้องคำนึงถึงความสมบูรณ์ของสัญญา หากข้อตกลงนั้นไม่มีความแน่นอนทางกฎหมายแล้วจะทำให้เกิดความสับสน และไม่คล่องตัวในทางธุรกิจได้

4.2 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ถึงแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้ระบบ Common Law เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษแต่การบังคับตามข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายล้มละลายให้เอื้ออำนวยต่อข้อตกลงดังกล่าว กับทั้งในด้านการบังคับตามนิติกรรมนั้น กฎหมายสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อจำกัดมากดังเช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษ หลักการที่นำมาในการพิจารณาข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิ มีดังนี้

4.2.1 หลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract)

แม้ว่าหลักการของ Common Law ที่ว่าบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาไม่อาจเรียกร้องตามสัญญาจากผู้ให้สัญญาได้ จะมีอิทธิพลในประเทศอังกฤษและรัฐ Massachusetts

³⁴Ian F. Fletcher, "Insolvency," The Journal of Business Law (May 1994):285.

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 แต่ต่อมาภายหลังอีกประมาณครึ่งศตวรรษ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธหลักการดังกล่าว โดยคดีแรกที่ศาลยอมรับว่าบุคคลภายนอกเรียกเอาประโยชน์จากสัญญาที่ตนมิได้เป็นคู่สัญญาได้คือ คดี Lawrence V Fox (1859)³⁵ ซึ่งได้สร้างทฤษฎีใหม่ขึ้นคือทฤษฎีสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (Third Party Beneficiaries)

ข้อเท็จจริง

Holly (ผู้ให้สัญญา) เป็นหนี้ Lawrence 300 เหรียญสหรัฐ ต่อมา Holly ได้ให้ Fox ยืมเงิน 300 เหรียญสหรัฐ โดยให้ Fox สัญญาว่าจะจ่ายเงินคืนให้แก่ Lawrence เนื่องจาก Lawrence ไม่ได้เป็นคู่สัญญาของสัญญาระหว่าง Holly และ Fox ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ Lawrence ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาจะสามารถเรียกให้ Fox ชำระหนี้ให้แก่ตนได้หรือไม่

คำวินิจฉัย

คดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า Lawrence สามารถเรียกให้ชำระหนี้ได้ในฐานะเป็นบุคคลที่สามผู้รับผลประโยชน์ เพราะสัญญาดังกล่าวได้กระทำขึ้นเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลที่สามที่อยู่ภายนอกสัญญาและเป็นการยุติธรรมที่จะให้ Lawrence สามารถระงับการดังกล่าวได้

หลักการดังกล่าวปรากฏใน First Restatement of Contracts (1932) มาตรา 133 (1)³⁶ อนุญาตให้บุคคลภายนอกผู้รับผลประโยชน์ (Third Party Beneficiary) สามารถฟ้องคดีได้แม้ว่าจะเป็น Creditor Beneficiary* หรือ

³⁵John D. Calamari, Handbook of the Law of Contracts (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1978), p.606.

³⁶Emanuel Steven and Knowles Steven, Contracts, 5ed., (New York: Emanuel Law Outline, 1993), P.324-325.

*Creditor Beneficiary เกิดจากผู้ให้สัญญาให้สัญญาที่จะให้ผู้รับสัญญาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับประโยชน์ (Creditor Beneficiary) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการมีหนี้และชำระหนี้

Donee Beneficiary* ต่อมา Second Restatement of Contracts (1981)**

มาตรา 302 ได้ยกเลิกการแบ่งผู้รับผลประโยชน์เป็น 2 ประเภทแต่่าให้มีเฉพาะ

Intended Beneficiaries เท่านั้น ซึ่งผู้รับประโยชน์จะเป็น Intended Beneficiaryได้ จะต้องอยู่ในสถานะการณดังกล่าว

1. การชำระหนี้ตามสัญญาจะระงับเมื่อผู้รับสัญญาได้ชำระเงินให้แก่ผู้รับประโยชน์
2. สถานะการณที่ผู้รับสัญญาเจตนาที่จะให้ประโยชน์ตามสัญญาแก่ผู้รับประโยชน์

ดังนั้นผู้รับประโยชน์ในลักษณะซึ่งได้รับประโยชน์จากสัญญาโดยที่คู่สัญญาไม่มีเจตนาที่จะให้สัญญาเป็นประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าวที่เรียกว่า Incidental Beneficiaries ไม่สามารถที่จะเรียกร้องตามสัญญาที่ตนไม่ได้เป็นคู่สัญญา เช่น ในกรณีที่ ก. ซื้อดีกราคาแพงที่อยู่บนที่ดินของ ข. จาก ข. ทาให้ที่ดินของ ค. ซึ่งอยู่ข้างเคียงมีราคาสูงขึ้น ค. จึงเป็น Incidental Beneficiaries เพราะก.และข.ไม่ได้มีเจตนาที่จะให้ที่ดินของค.ราคาสูงหรือ ก.สัญญากับ ข. ว่าจะซื้อรถที่ผลิตโดยบริษัท ค. ในกรณีนี้ ค. เป็น Incidental

*Donee Beneficiary เกิดจากผู้ให้สัญญา สัญญาที่จะให้ประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์ (Donee Beneficiary) โดยผู้รับประโยชน์จะมีสิทธิเรียกร้องประโยชน์ดังกล่าวจากผู้รับสัญญา

**The Restatement, Second, Section 302

- a) the performance of the promise will satisfy and obligation of the promises to pay money to the beneficiary; or
- b) the circumstances indicate that the promise intends to give the beneficiary the benefit of the promised performance.

Beneficiaries เพราะ ก.และข.ไม่มีเจตนาที่จะให้ ค.รับประโยชน์จากสัญญาโดยตรง³⁷

จากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไว้ในรัฐธรรมนูญสเต ยอมรับในหลักของ สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนั้น จะมีผลทำให้ศาลนำหลักการดังกล่าวไปใช้บังคับกับ Subordination Agreement ได้ ดังที่จะอธิบายในหัวข้อต่อไป

4.2.2 หลักทฤษฎีตามกฎหมายล้มละลายและทฤษฎีอื่นที่เกี่ยวข้อง

4.2.2.1 ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายล้มละลายในปีค.ศ. 1978

หลักความเท่าเทียมกันในการเฉลี่ยทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญของพระราชบัญญัติล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา³⁸ ซึ่งเป็นหลักการที่ตรงกับหลัก Pari Passu ของ Common Law หลักการนี้ปรากฏใน Section 65a ของพระราชบัญญัติล้มละลายค.ศ.1898 (Bankruptcy Act of 1898) ซึ่งบัญญัติว่า"ส่วนเฉลี่ยของแต่ละสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน จะต้องแจ้งและชำระให้แก่สิทธิเรียกร้องทุกสิทธิ เว้นแต่จะมีบุริมสิทธิ หรือ มีประกัน"

(Dividends of an equal per centum shall be declared and paid on all claims except such as has priority or are secured) และบุริมสิทธิ (priority) จะมีเฉพาะที่บัญญัติไว้ใน Section 64a แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายค.ศ.1898 ซึ่งมาตราดังกล่าวได้จัดลำดับชั้นของหนี้ที่จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จาก ส่วนแบ่งของทรัพย์สินลูกหนี้

³⁷Ibid,p.325.

³⁸Asa S. Herzog and Joel B. Zwiebel, "The Equitable Subordination of Claim in Bankruptcy, "Vanderbilt Law Review, 15(1961):83.

ดังนั้นหากมิได้เป็นหนี้บุริมสิทธิ หรือหนี้มีประกันแล้ว เจ้าหนี้ทั่วไปจะได้รับการเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ในการล้มละลายในลำดับชั้นเดียวกันตามสัดส่วน หลังจากที่ได้เฉลี่ยทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้บุริมสิทธิและเจ้าหนี้มีประกันแล้ว

เมื่อเจ้าหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่เป็นเจ้าหนี้มีประกัน ตกลงไม่ยอมรับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) จึงอาจขัดต่อหลัก pari passu ตามมาตรา 65 a ประกอบกับ Section 64 a ได้ เพราะในขณะที่นั้นยังไม่มียกเว้นในพระราชบัญญัติล้มละลาย ระบุเรื่องการที่จะให้สิทธิเรียกร้องของตนเป็นรอง (Subordinate) ต่อเจ้าหนี้อื่น³⁹

อย่างไรก็ดีศาลสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการนำเอาทฤษฎีกฎหมายหลายทฤษฎี มาพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ดังนี้

1. ทฤษฎีสิทธิที่จะยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามหลัก เอ็คควิตี้หรือสิทธิยึดหน่วงตามหลักเอ็คควิตี้ (Equitable Lien)

Black's law dictionary ได้ให้ความหมายของ Equitable Lien⁴⁰ หมายถึง สิทธิที่ไม่ได้ปรากฏในกฎหมาย ซึ่งเป็นสิทธิที่มีเงินเฉพาะเจาะจงต่อทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนของทรัพย์สินใดโดยเฉพาะ หรือหนี้ในลำดับใดโดยเฉพาะ (a right, not exist at law, to have specific property applied in whole or in part to payment of a particular debt or class of debt)

³⁹Harry S. Gleick, "subordination of Claims in Bankruptcy under the Equitable Power of the Bankruptcy Court," The Business Lawyer 16(April 1961): 611.

⁴⁰Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, (1990):539.

Marvin D. Heilesen และ Morris W. Hirsch⁴¹ ได้ให้ความหมายว่า Equitable Lien หมายถึง ผลประโยชน์ในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ศาล Equity ยอมรับ ว่าเป็นหลักประกันในหนี้ดังกล่าวที่เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้ (an interest in property of a debt or recognized by a court of equity jurisdiction as securing an obligation owed the creditor)

Bruce Johnston อธิบายความหมายของ Equitable Lien⁴² และความเกี่ยวข้องกับ Subordination Agreement ว่าเป็นทฤษฎีที่ทำให้เจ้าหนี้อันดับแรกมีสิทธิที่จะได้ยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของผู้เป็นลูกหนี้ ซึ่งเป็นประกันสิทธิประโยชน์ของตน ในฐานะเจ้าหนี้ที่มีสิทธิพิเศษเหนือสิทธิประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับรอง (the senior creditor has an equitable lien in the property of the borrower which secures its interest as a creditor in priority to the interest of subordinated creditors.)

กล่าวโดยสรุป ตามปกติ เจ้าหนี้ทุกคนมีสิทธิในกองทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเท่าเทียมกัน ในกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ เจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับการเฉลี่ยหนี้ตามสัดส่วน เจ้าหนี้แต่ละรายจึงได้รับการชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่เต็มจำนวนหนี้แต่ข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น เจ้าหนี้อันดับรองยอมให้เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้เงินเต็มจำนวน และตนจะรับชำระหนี้ในภายหลัง ฉะนั้นการทำข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) จะทำให้

⁴¹Marvin D. Heilesen and Morris W. Hirsch, "Private Subordination Agreement and the U.C.C. ; Is section 1-209 an Un-Wyse Solution?" "Business Lawyer 38 (February 1983): 561.

⁴²Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective" :561.

เจ้าหนี้อันดับแรกเท่านั้นที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ทฤษฎี Equitable Lien จะอธิบายถึงข้อตกลงดังกล่าวได้ว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ ในส่วนที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองนั้น ได้เป็นประกันสำหรับการชำระหนี้ของลูกหนี้ ฉะนั้น เจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีสิทธิที่จะได้ยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของผู้เป็นลูกหนี้ในส่วนที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง ทั้งที่ตามปกติเจ้าหนี้อันดับแรกไม่มีสิทธิยึดหวงดังกล่าวได้ตามกฎหมาย แต่เนื่องจากศาลได้ใช้อำนาจ equity เพื่อความยุติธรรมในการบังคับตามสิทธิหรือข้อผูกพันดังกล่าว ซึ่งหลักการของ Equity มาจากหลักที่อาศัยความเป็นธรรมเป็นสำคัญ โดยมาจากคำพิพากษาของศาลซานเซอริระหว่างปีค.ศ. 1529-1827 โดยเฉพาะหลักการนี้แก้ไขเพิ่มเติมหลัก Common Law ให้สมบูรณ์ขึ้น ตามสุภาษิตกฎหมายอังกฤษที่ว่า "เอ็คควิตี้จะไม่ยอมให้มีการละเมิดโดยปราศจากการปลดเปลื้องทุกข์อันเกิดจากการละเมิดนั้น ("Equity does not suffer a wrong to be without a remedy")และเอ็คควิตี้มองในแง่ที่ว่า การกระทำใด ๆ ก็ตามควรจะเป็นไปโดยชอบธรรม ("Equity looks on that as which ought to done") เป็นสำคัญ⁴³

หลักการดังกล่าวเคยปรากฏในคดี Searle V. Mechanics' Loan & Trust Co. (1918)⁴⁴

ข้อเท็จจริง

เจ้าหนี้ส่วนหนึ่ง (10% ของเจ้าหนี้ทั้งหมด) ได้ทำสัญญาก่อนนี้ด้วยสิทธิ Subordination Agreement) โดยให้บริษัท Mechanics' Loan & Trust Co. เป็นเจ้าหนี้อันดับแรกเพื่อที่จะได้ออกเงินกู้ล่วงหน้าเกินกว่า 5 เดือนสำหรับการดำเนินงานของลูกหนี้ซึ่งยังไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยมีข้อตกลงให้บริษัทดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนบรรดาเจ้าหนี้อื่น

⁴³ธานีนทร์ กรัยวิเชียร, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2529), หน้า 152-153.

⁴⁴Calligar, "Subordination Agreements":385.

คำวินิจฉัย

ศาลวินิจฉัยว่า แม้ว่าเจ้าหนี้ของกิจการบางส่วนจะลงลายมือชื่อในสัญญาแต่เจ้าหนี้ดังกล่าวได้ก่อตั้งสิทธิที่จะยึดหรือครอบครองในทรัพย์สินของกิจการตามหลัก equitable lien บนสิทธิประโยชน์ของตนในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งต่อมาภายหลังอยู่ภายใต้การบริหารของศาลคดีล้มละลาย ศาลจึงมีอำนาจที่จะคุ้มครองสิทธิเรียกร้องตามสิทธิยึดหน่วง (lien) ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในการเฉลี่ยทรัพย์สินในคดีล้มละลายได้

ต่อมาหลักการดังกล่าวปรากฏในคดี George P. Schinyel & Son (1926)

ข้อเท็จจริง

ในการประชุมบริษัทกับเจ้าหนี้ต่าง ๆ ของบริษัท ก่อนที่บริษัทจะล้มละลาย เจ้าหนี้บางส่วนได้ลงชื่อในสัญญาให้บุคคลที่จัดหาสินค้าให้แก่บริษัท มีสิทธิชำระหนี้ก่อนหนี้อื่นที่มีอยู่ ณ ขณะที่ทำสัญญา ต่อมา สัญญาดังกล่าวได้ถูกปฏิเสธโดยเจ้าหนี้ที่ของศาลคดีล้มละลาย (referee) ซึ่งเป็นข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) โดยบุคคลผู้จัดหาสินค้าเป็นเจ้าหนี้อันดับแรก ส่วนเจ้าหนี้รายอื่นเป็นเจ้าหนี้อันดับรอง

คำวินิจฉัย

ผู้พิพากษา Hand กล่าวในคดีนี้ว่า เมื่อเจ้าหนี้ (บุคคลซึ่งจัดหาสินค้าให้แก่บริษัท) ตกลงที่จะขายสินค้าให้แก่บริษัทที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยเจ้าหนี้ดังกล่าวไม่มีหลักประกันเช่นจำนองหรือจำนำ แต่เจ้าหนี้ดังกล่าวมีสิทธิเช่นเดียวกัน โดยมีสิทธิที่จะยึดหน่วงหรือครอบครองในทรัพย์สินของลูกหนี้ตามหลัก equitable lien และผูกพันเจ้าหนี้ทั้งหลายที่ลงชื่อในสัญญา เพราะมีเจตนาที่จะให้เจ้าหนี้ที่จัดหาสินค้ามีสิทธิชำระหนี้ก่อนและก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่เป็นธรรม (equitable claim) แก่เจ้าหนี้ซึ่งจัดหาสินค้า

จากคดีทั้งสองจะเห็นได้ว่าศาลจะใช้หลักการ Equitable Lien เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้มีการลงลายมือชื่อในสัญญา โดยศาลเห็นว่าการลงลายมือชื่อในสัญญา เท่ากับมีเจตนาที่จะให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ในส่วนที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่ตนเป็นประกันแก่สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีสิทธิยึดหน่วงหรือครอบครองในส่วนที่ เจ้าหนี้อันดับรองจะได้รับในการเฉลี่ยทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

2. ทฤษฎีการโอนตามหลักเอ็คควิตี้ (Equitable Assignment)

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของ Equitable Assignment ว่า หมายถึง การโอนซึ่งไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายแต่ได้รับรู้และบังคับได้ตามหลัก เอ็คควิตี้ เช่น การโอนบุคคลสิทธิหรือสิทธิที่จะได้รับในอนาคตของผู้โอน⁴⁵ (An assignment which, though invalid at Law, will be recognized and enforced in equity, e.g. an assignment of a chose in action, or of future acquisitions of the assignor)

สำหรับความเกี่ยวพันระหว่างทฤษฎี Equitable Assignment กับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น Philip R. Wood⁴⁶ อธิบายว่าภายใต้ทฤษฎีนี้ผลของ Subordination ทำให้เจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะโอนสิทธิเรียกร้องตามหลัก Equity ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย

⁴⁵Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, (1990), 538.

⁴⁶Philip R. Wood, Law and Practice of International Finance (New York:Clark Boardman, 1990), P. 17-27

และ Marvin D. Heilesen และ Morris W. Hirsch⁴⁷

ได้สรุปว่าข้อตกลงหนี้ด้อยสิทธิ (Subordination Agreement) เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันดับรองที่มีต่อลูกหนี้โดยมีเงื่อนไขให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก หรืออีกนัยหนึ่งเจ้าหนี้อันดับรองได้โอนสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกภายใต้เงื่อนไขที่เกิดขึ้นในภายหลัง ถ้าในกรณีที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกแล้ว สิทธิเรียกร้องดังกล่าวสามารถที่จะโอนกลับมาเป็นของเจ้าของหนี้อันดับรองได้

กล่าวโดยสรุปทฤษฎี Equitable Assignment นี้ เป็นการใช้หลักของเอ็คควิตี้เพื่อความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา เช่นเดียวกันทฤษฎี Equitable Lien แต่ทฤษฎีนี้อาศัยเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง แม้การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมิได้เป็นไปตามกฎหมาย แต่ศาลอาจวินิจฉัยตามหลักเอ็คควิตี้ ถือว่าได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องได้เกิดขึ้น

ทฤษฎีนี้ปรากฏในคดี Handy - Andy Community Stores, Inc. (1932)

ข้อเท็จจริง

เจ้าหนี้ส่วนตัว (individual creditor) ของบริษัท Handy - Andy Community Stores 2 กลุ่ม คือพนักงานบริษัท และผู้ถือหุ้นทุนของบริษัท ประสงค์ที่จะเชิญชวนให้ธนาคารซื้อตราสารหนี้ของตนจำนวน 15,000 เหรียญสหรัฐ จึงทำข้อตกลงหนี้ด้อยสิทธิ (Subordination Agreement) กับธนาคารว่า เมื่อบริษัทมีหนี้สินล้มพันตัว (Insolvency) หรือเลิกบริษัท (liquidation) เจ้าหนี้ทั้งสองกลุ่มตกลงที่จะให้หนี้ของตนจำนวน 20,000 เหรียญสหรัฐ เป็นหนี้ด้อยสิทธิ ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากหนี้ตามตราสาร 15,000 เหรียญสหรัฐ

⁴⁷Marvin D. Heilesen and Morris W. Hirsch, "Private Subordination Agreement and the U.C.C. ; Is section 1-209 an Un-Wyse Solution?": 562.

และในกรณีล้มละลาย เจ้าหนี้ส่วนตัวของบริษัทจะขอรับชำระหนี้และจะส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว ให้แก่ธนาคารตามความเหมาะสม ต่อมาเมื่อบริษัทล้มละลายธนาคารจึงเรียกร้องทรัพย์สินในส่วนที่เจ้าหนี้อันดับรองมีสิทธิ โดยอาศัยข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ดังกล่าว แต่เจ้าหนี้ส่วนตัวของบริษัทคัดค้านโดยอ้างว่าสัญญาดังกล่าวไม่ได้ รวมถึงการโอนทรัพย์สิน และไม่มีข้อสนับสนุนในการรับช่วงสิทธิ

คำวินิจฉัย

ศาลตัดสินว่าในข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) มิได้โอนสิทธิเรียกร้องในปัจจุบัน แต่ในสัญญาตกลงที่จะมีการโอนสิทธิเรียกร้องได้ด้วยสถานะการล้มละลายอันจำเป็นเพื่อที่จะบรรเทาความไม่เป็นธรรมศาลเอ็คควิตี้ จะเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยจะบังคับตามสัญญา ธนาคารสามารถที่จะพิสูจน์สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันดับรองที่มีต่อลูกหนี้ได้ในนามของเจ้าหนี้อันดับรองต่อเจ้าหน้าที่ของศาล (referee) ในคดีล้มละลายได้

3. ทฤษฎีทรัสต์โดยการสมมติ (Constructive Trust)

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของ Constructive Trust⁴⁸ ดังนี้ Constructive Trust เป็นทรัสต์ที่แตกต่างจากการตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้ง เกิดขึ้นโดยกฎหมายหรือการชักกฎหมาย เมื่อสถานะการล้มละลายที่บุคคลผู้ซึ่งได้รับทรัพย์สินตามกฎหมาย ไม่สามารถได้รับผลประโยชน์โดยปราศจากความเป็นธรรมหรือขัดต่อหลักเอ็คควิตี้ ศาลจะตั้ง Constructive Trust ให้ทันทีโดยไม่มีคำวินิจฉัยถึงเหตุผลของเจ้าของกรรมสิทธิตามกฎหมาย ศาลจะ เปลี่ยนเจ้าของกรรมสิทธิให้เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (trustee) สำหรับคู่สัญญาผู้สมควร จะได้รับประโยชน์ เช่นว่านั้น

⁴⁸Henry Cambell Black, "Black's Law Dictionary", (1990):1510.

Philip H. Pettit⁴⁹ ได้อธิบายว่า Constructive Trust เป็นทรัสต์ที่สมมติขึ้นโดยศาลEquity โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สิน

ศาสตราจารย์บัญญัติสุชีวะ ได้ใช้คำว่า ทรัสต์โดยการสมมติแทนคำว่าConstructive Trust และท่านได้อธิบายทรัสต์โดยการสมมติ⁵⁰ ว่าเป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการสมมติของเฮ็คควิตี โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากทางเฮ็คควิตีถือว่าถ้าปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองแล้วก็จะเป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจที่เจ้าของทรัพย์สินมีต่อตน และเป็นการขัดต่อความเป็นธรรมด้วย เฮ็คควิตีจึงสมมติว่าผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะ เป็นทรัสต์

จะเห็นได้ว่าทฤษฎีทรัสต์โดยการสมมติ (Constructive Trust) เป็นหลักหนึ่งของ Equityเช่นกัน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น โดยบุคคลใดที่ได้รับประโยชน์มากกว่าที่ตนควรได้รับและเป็นประโยชน์อันควรเป็นของบุคคลอื่นแล้ว ศาลจะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (trustee) เพื่อบุคคลที่ควรจะได้รับประโยชน์ เช่นว่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่อันดับรองได้ผลประโยชน์อันควรเป็นของเจ้าหน้าที่อันดับแรก ศาลจะถือว่าเจ้าหน้าที่อันดับรองได้ถือเอาผลประโยชน์ดังกล่าวไว้เพื่อเจ้าหน้าที่อันดับแรกเท่ากับเจ้าหน้าที่อันดับรองเป็นทรัสต์ (Trustee) ของทรัสต์โดยการสมมติ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่อันดับแรกนั่นเอง

ทฤษฎีนี้ปรากฏในคดี Dodge-Freedman Poultry Company Co., (1956) และ (aff'd sub nom) Dodge-Freedman Poultry Co. V. Delaware Mills Inc. (1957)

⁴⁹Philip H. Pettit, Equity and the Law of Trust (London: Butterworth, 1984), p. 55.

⁵⁰บัญญัติ สุชีวะ, "ทรัสต์", อุลพาท 1 (มกราคม, 2505): 32.

ข้อเท็จจริง

Freedman เป็นประธานและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท Dodge-Freedman Poultry Company มีความประสงค์ทำให้ Delaware Mills Inc. (Delaware) ขยายสินเชื่อให้แก่บริษัท จึงยอมที่จะให้สิทธิเรียกร้องในหนี้ของตนที่มีต่อบริษัทเป็นรอง (Subordinate) ต่อหนี้จำนวน 50,000 เหรียญ ซึ่ง Delaware ได้ขยายสินเชื่อให้แก่บริษัท โดยมีข้อตกลงว่า Freedman จะไม่รับชำระหนี้ของตนจนกว่า Delaware ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนเป็นที่พอใจ (Satisfied)

ในปี ค.ศ. 1955 บริษัทได้ยื่นคำร้องเพื่อฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11 ของ Bankruptcy Act และได้ยื่นแผนการจัดการบริษัทโดยให้เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันได้รับการชำระหนี้ 15% ของจำนวนหนี้ทั้งหมด

ดังนั้น Delaware จึงได้รับชำระหนี้เพียง 7,500 เหรียญ Delaware จึงยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่ศาล (referee) ขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ขาดตามข้อตกลงนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ซึ่งก่อนหน้านั้น Freedman ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสละสิทธิในการเฉลี่ยทรัพย์สินเพื่อจะให้ Delaware เข้ามารับเฉลี่ยหนี้ แต่เจ้าหน้าที่ศาลไม่อนุญาต เจ้าหน้าที่ศาลปฏิเสธการสละสิทธิของ Freedman และไม่อนุญาตให้ Delaware ขอเฉลี่ยหนี้ในส่วนของ Freedman โดยอ้างว่าไม่มีเจตนาโดยชัดแจ้งไม่ว่าโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร หรือโดยพฤติการณ์ว่า Freedman ได้สละสิทธิการควบคุมบริษัทหรือโอนสิทธิความเป็นเจ้าของให้แก่ Delaware จึงไม่สามารถอ้างหลักการของทฤษฎี Equity Lien และ Equity Assignment

คำวินิจฉัย

ศาลเห็นด้วยกับคำสั่งของเจ้าหน้าที่ศาล (referee) แต่ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของคำสั่งดังกล่าว ศาลเห็นว่ากรณีที่ Freedman สละสิทธิในการเฉลี่ยหนี้เป็นการละเมิดข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) เพราะเป็นการทำให้

สิทธิเรียกร้องของ Freedman ตกกลับไปสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ และจะเฉลี่ยไปสู่เจ้าหนี้รายอื่น ๆ

อย่างไรก็ดี ศาลได้สร้างทฤษฎีขึ้นมาใหม่ว่า Freedman (เจ้าหนี้อันดับรอง) มีสิทธิที่จะได้รับส่วนเฉลี่ยทรัพย์สินไว้ในนามของกลุ่มสัญญา (Delaware) หรือกล่าวโดยสรุปว่า Freedman เป็นทรัสต์ของ Constructive Trust

การพิสูจน์สิทธิเรียกร้องในหนี้ด้วยสิทธิของเจ้าหนี้อันดับแรก จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการโอนสิทธิเรียกร้อง ข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) จึงมีผลให้การชำระหนี้ด้วยสิทธิของลูกหนี้เท่ากับเป็นการชำระโดยตรงให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก

4. ทฤษฎีสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (Third Party Beneficiary)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.2.1 หลัก Privity of Contract ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีข้อยกเว้นโดยสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาสามารถเข้ารับเอาผลประโยชน์จากสัญญาได้

ภายใต้ทฤษฎีนี้สามารถอธิบายข้อตกลงก่อนหนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ได้ว่า เจ้าหนี้อันดับรองจะถือหนี้ด้วยสิทธิไว้ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญา เช่นเดียวกับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

ทฤษฎีนี้มาจากการตัดสินคดีของศาลสหรัฐอเมริกาในคดี National Discount Corp. (1963)

ข้อเท็จจริง

ในการออกหุ้นกู้ด้อยสิทธิของบริษัท National Discount (Discount) ได้มีข้อกำหนด ดังนี้ "หนี้" ซึ่งมีหลักฐานโดยหุ้นกู้ ซึ่งออกมานี้ ทุกครั้งและทุกลำดับ จะมีสถานะเป็นรอง (subordinate) และมีสิทธิด้อยกว่าต่อสิทธิของ (a) หนี้ของธนาคาร ทั้งหมด ตัวเงินและตราสารพาณิชย์อื่น ๆ ที่ถึงกำหนดชำระหนี้แล้วไม่เกิน 12 เดือนนับแต่วันที่ ออกตราสารดังกล่าว (The indebtedness evidenced by the debentures issued hereunder will at all times and in all respects be wholly subordinate and junior in right to (a) all bank debts, notes and other commercial paper having a stated maturity of note more than twelve (12) months from date of origin)

ในขณะที่มีการล้มละลาย บริษัท 4 บริษัทที่ร่วมกันเป็นเจ้าของ Discount และเป็นผู้จัดการ ถือหุ้นกู้ด้อยสิทธิ (Subordinated debentures) จำนวน 463,700 เหรียญ และ Discount มีหนี้ของธนาคารที่มีฐานะตามข้อ (a) ของสัญญาหุ้นกู้ ด้อยสิทธิอีกจำนวน 2,312,695 เหรียญ

บริษัททั้งสี่ได้ดำเนินการระบรวนการล้มละลายว่าหนี้ตามหุ้นกู้ด้อยสิทธิ ของตนควรได้รับการเฉลี่ยที่เท่าเทียมกันกับหนี้ของธนาคาร

คำวินิจฉัย

ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างบริษัทที่ออกหุ้นกู้ด้อยสิทธิและผู้ถือหุ้นกู้ด้อยสิทธิ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์แก่ธนาคารหรือเจ้าหนี้อื่นซึ่งให้สินเชื่อล่วงหน้าตามที่ระบุในสัญญา หุ้นกู้ด้อยสิทธิ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ซึ่งสมบูรณ์และ บุคคลภายนอกสามารถบังคับได้ ทั้งนี้ไม่มีเหตุผลตามกฎหมายหรือเหตุผลที่ดี ที่จะไม่ยอมรับสิทธิ

ตามสัญญาของเจ้าหนี้และบังคับตามกฎหมายล้มละลาย⁵¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ธนาคารจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาในการออกหุ้นกู้ระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้นกู้ ซึ่งมีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อธนาคาร ธนาคารจึงสามารถเข้ารับเอาประโยชน์ตามสัญญาได้ ตามหลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก

5. ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก (Estoppel)

Estoppel หมายถึง การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องต่อคู่สัญญาซึ่งตนได้มีพฤติการณ์ทำให้เขาเชื่อถือ และได้มีการกระทำอื่น ๆ ตามมา⁵² (Estoppel means that party is prevented by his own acts from claiming a right to detriment of other party who was entitled to rely on such conduct and has acted accordingly.)

ภายใต้ทฤษฎีนี้แสดงให้เห็นว่า สิทธิในหนี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกขึ้นอยู่กับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ของเจ้าหนี้อันดับรอง ดังนั้นเจ้าหนี้อันดับรองจึงถูกกฎหมายปิดปากตามหลักเอ็คควิตี ห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองใช้สิทธิเรียกร้องทรัพย์สินของลูกหนี้เท่าเทียมกับเจ้าหนี้อันดับแรก⁵³

⁵¹Edward Everett, "Subordination Debt-Nature and Enforcement" :969.

⁵²Henry Cambell Black, Black's Law Dictionary, (1990):551.

⁵³Wood, Law and Practice of International Finance p.17-28.

กล่าวโดยสรุปการที่เจ้าหนี้อันดับรองตกลงว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน แม้เจ้าหนี้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ แต่เจ้าหนี้อันดับแรกยอมให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้เพราะเชื่อถือตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ เจ้าหนี้อันดับรองจึงถูกกฎหมายปิดปากมิให้ยกข้อต่อสู้ใดๆ เพื่อที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหน้าด้วยสิทธิที่ตนได้ให้ไว้

ทฤษฎีนี้ปรากฏในคดี *Londner V Perlman* (1908) ศาล

วินิจฉัยว่าแม้ธนาคารไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงในสัญญาก่อนนี้ด้วยสิทธิ โดยหลักการของเฮ็คควิตี เจ้าหนี้อันดับรองหรือเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขตามสัญญาก่อนนี้ด้วยสิทธิ จะถูกปิดปากจากการปฏิเสธสิทธิตามสัญญา ไม่มีความจำเป็นใดๆที่จะต้องให้ธนาคารเป็นคู่สัญญาโดยตรง

6. ทฤษฎีสัญญา (The Contract Theory)

ทฤษฎีนี้มีหลักการว่า ศาลคดีล้มละลาย (Bankruptcy Court)

มีอำนาจที่จะจัดการเฉลี่ยทรัพย์สินของกิจการที่ล้มละลายให้เป็นไปตามสิทธิของคู่สัญญาที่ได้รับชำระเงินในสัญญา⁵⁴ ทฤษฎีดังกล่าวศาลสหรัฐอเมริกาได้ใช้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยศาลสหรัฐอเมริกาได้เพิกเฉยต่อทฤษฎีต่างๆที่จะบังคับกับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ แต่กลับใช้ตามหลักสัญญาทั่วไป⁵⁵

หลักการดังกล่าวเกิดขึ้นจากคดี *Bank of America National Trust & Saving Association V. Erickson* (1941) ศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลคดีล้มละลายมีอำนาจที่จะให้สิทธิเรียกร้องทั่วไปมีสิทธิเป็นรองต่อเจ้าหนี้รายอื่นที่อยู่ในลำดับการชำระหนี้เดียวกันเพราะเหตุผลใด ๆ หรือเป็นไปตามกฎหมายหรือความยุติธรรม (equitable) ศาลสามารถใช้อำนาจบริหารทรัพย์สินหรือแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินไปตามสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลายตาม

⁵⁴Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective"
:111.

⁵⁵Wood, The Law of Subordinated Debt, p.28.

สัญญาของเขา ถ้าสัญญาดังกล่าวไม่ผิดกฎหมาย ทฤษฎีนี้ได้สืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัยในคดี
Delpark, Inc.(1937) ซึ่งผู้พิพากษา Caffey ได้อธิบายถึงเขตอำนาจศาล ดังนี้⁵⁶

เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ของศาลมีเพียงพอในการ
พิจารณาเหตุการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ของการเจียทรัพย์สินและการวินิจฉัยข้อพิพาทที่
เกี่ยวข้องกับการเจียทรัพย์สินตาม Section 2a(7)* ของพระราชบัญญัติล้มละลายค.ศ.1898
(The Bankruptcy Act 1898) ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีคำร้องขอ (plenary suit) เพราะ
เจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสียย่อมมีความเหมาะสมแล้วก่อนที่ศาลจะได้ใช้อำนาจในการเจียทรัพย์สิน

คำพิพากษานี้ ศาลไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจเจียทรัพย์สินในคดี
ล้มละลายตั้งแต่ต้นหากแต่เป็นผลสืบเนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลง เช่นว่านั้นก่อนที่จะมีการล้มละลาย

ศาลคดีล้มละลายได้อาศัยอำนาจตาม Section 2a ของพระราช-
บัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1898 Section 2(7)ซึ่งศาลได้ใช้เขตอำนาจศาลทั้งศาลกฎหมาย และ

⁵⁶Calligar, "Subordination Agreements":388-389.

*Section 2a"...such jurisdiction at law and in equity as
will enable them to exercise original jurisdiction and in proceeding
under this title...

...(7) cause the estates of bankrupts to be collected ,
reduced to money, and distributed and determine controversies in
relation thereto..."

ศาลเอ็คควิตี้ ในการพิจารณาเขตอำนาจศาลในการดำเนินกระบวนการภายใต้พระราชบัญญัตินี้ อนุญาตให้ศาลคดีล้มละลายมีอำนาจในการควบคุมหรือลดจำนวนเงินและ เจลีย์ทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายและการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

อย่างไรก็ดีเกี่ยวกับข้อโต้เถียงในประเด็นของการ เจลีย์ทรัพย์สินตามหลักเสมอภาค (pari passu) ในกฎหมายล้มละลาย ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่าข้อตกลงหนี้ด้อยสิทธิ (Subordination Agreement) สามารถบังคับได้ โดยไม่เกี่ยวข้องกับบุริมสิทธิ (priority) ในกฎหมายล้มละลาย และไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) และมีผลให้ศาลอำนาจเอ็คควิตี้ ตัดสินคดีบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวได้⁵⁷

ในคดี Re Aktiebolaget Kruger & Toll (1938)

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาอ้างหลักว่า Section 64a ของพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1898 มาจากเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) ก่อให้เกิดบุริมสิทธิ (priority) โดยไม่ต้องคำนึงถึงความตกลงของคู่สัญญา และอยู่เหนือความผูกพันทั้งปวง แต่ไม่ได้หมายความว่า จะห้ามมิให้คู่สัญญาตกลงกันก่อนสิทธิพิเศษหรือข้อด้อยสิทธิ (Subordination) ตราที่ไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย และมาตรา 65a* หมายความว่า ส่วนเจลีย์ที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จะไม่เกินกว่าผลเจลีย์ตามสัดส่วนเท่าเทียมกัน (pro rata) เว้นแต่จะมีสิทธิพิเศษ (priority) ที่ก่อตั้งโดยกฎหมายหรือโดยสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸

⁵⁷Calligar, "Subordination Agreements":389.

*Section 65a "Dividend of an equal per centum shall be declared and paid on all claims except such as have priority or are secure"

⁵⁸Johnston, "Debt Subordination: The Australian Perspective":114.

ดังนั้นตามทฤษฎีสัญญา ศาลสหรัฐอเมริกาจะบังคับให้ข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ (Subordination Agreement) ตามความประสงค์ของคู่สัญญาโดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายล้มละลายโดยศาลตีความมาตรา 65 อย่างกว้างว่าคำว่า "priority" รวมถึงที่เกิดโดยสัญญาด้วย

เมื่อได้พิจารณาทุกทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นซึ่งศาลสหรัฐอเมริกาได้นำมาบังคับใช้กับข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ (Subordination Agreement) ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลที่จะบังคับตามข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งทฤษฎีต่าง ๆ จะแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของข้อตกลงในสัญญา หากมีเจตนาชัดแจ้งที่จะก่อสิทธิเจ้าหนี้อันดับแรกในการยึดหรือบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ในส่วนที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองศาลจะใช้ทฤษฎี Equitable Lien หรือเจตนาชัดแจ้งที่จะให้มีการโอนทรัพย์สินจากเจ้าหนี้อันดับรองไปยังเจ้าหนี้อันดับแรก ศาลจะบังคับตามทฤษฎี Equitable Assignment หากศาลไม่สามารถเห็นเจตนาของเจ้าหนี้อันดับรองจากสัญญาได้ เพื่อความยุติธรรมศาลจึงบังคับให้โดยเห็นว่าเจ้าหนี้อันดับรองไม่ควรที่จะได้รับในส่วนที่เป็นของเจ้าหนี้อันดับแรก จึงใช้ทฤษฎี Constructive Trust สมมุติให้เจ้าหนี้อันดับรองยึดถือหนี้โดยสิทธิไว้เพื่อเป็นประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญา ศาลยังใช้ทฤษฎี Third Party Beneficiary มาพิจารณาข้อตกลงดังกล่าว และส่วนของทฤษฎี Estoppel นั้น ศาลนำมาพิจารณาเพราะการที่เจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน จึงถูกปิดปากมิให้ได้รับชำระหนี้เท่าเทียมกับเจ้าหนี้อันดับแรก อย่างไรก็ตาม ทฤษฎี contract นั้นจะเป็นที่แพร่หลายมากกว่า เพราะศาลมีอำนาจที่จะบังคับตามสัญญาหากสัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายล้มละลาย อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวในการพิจารณาคดีล้มละลายในการบังคับตามสัญญาระหว่างเอกชน อาจเกิดอุปสรรคในการตีความข้อกฎหมายของ Section 65 a ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพราะหากภายหลังศาลตีความว่าข้อตกลงก่อนหน้าโดยสิทธิ (Subordination Agreement) ขัดต่อหลักการเฉลี่ยทรัพย์สินโดยความเท่าเทียมกันแล้วข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่อาจบังคับได้

อย่างไรก็ดี บัญญัติดังกล่าวได้ยุติลง โดยการแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย
ในปี ค.ศ. 1978

4.2.2.2 ภายหลังการแก้ไขกฎหมายล้มละลายในปี 1978

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผ่านความเห็นชอบต่อ Uniform Commercial Code (U.C.C.) ประมาณปี ค.ศ. 1960 ทำให้การแสวงหาสินเชื่อของกิจการเป็นไปโดยสะดวกและมีความคล่องตัวยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้มีความสลับซับซ้อนยิ่งขึ้น กฎหมายเดิมจึงไม่เหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว จึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลายในปี 1978 (Bankruptcy Reform Act of 1978) ซึ่งได้รวบรวมไว้ใน Title 11 Bankruptcy ของ United States Code (USC.)

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านความเห็นชอบต่อ Section 510(a) ของพระราชบัญญัติล้มละลายซึ่งเอื้ออำนวยต่อการบังคับใช้ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement)

David Gray Carlson นักวิจารณ์กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Commentator) ได้กล่าวไว้ว่า⁵⁹ ความสงสัยเกี่ยวกับความเหมาะสมแต่ละทฤษฎีในการบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ทำให้รัฐสภาได้ผ่านกฎหมายมาตรานี้เพื่อขจัดความสงสัยดังกล่าว

⁵⁹Bruce Johnston, "Contractual Debt Subordination and Legislative Reform, The Journal of Business Law (1991):234.

บทบัญญัติ Section 510(a) ซึ่งบัญญัติว่า

"ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิสามารถบังคับได้ภายใต้ภาคล้มละลาย (title) นี้
ในขอบเขตเดียวกันกับข้อตกลงดังกล่าวซึ่งสามารถบังคับได้โดยไม่อยู่ภายใต้กฎหมายล้มละลาย"
("A subordination agreement is enforceable in a case under this title
to the same extent that such agreement is enforceable under applicable
nonbankruptcy law")

ดังนั้นหากเจ้าหนี้ต่างๆในข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) สามารถจัดการชำระหนี้ได้เป็นอย่างไรในขณะที่ลูกหนี้อยู่ในสถานะการล้มละลาย
ล้มละลาย ภายใต้ Section 510(a) เมื่อมีการล้มละลายลูกหนี้เจ้าหนี้สามารถจัดการชำระหนี้ได้
เป็นอย่างไรกัน ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลัก pari passu ในกฎหมายล้มละลาย

อย่างไรก็ดี หลักการของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาที่จัดการชำระหนี้ระหว่างกัน แตกต่างจาก
หลักการของ Equitable Subordination ซึ่งเป็นกรำชื้ออำนาจเอ็คควิตี้ ของศาลในกรณีที่
สิทธิเรียกร้องงานการขอเฉลี่ยหนี้เกิดจากการกระทำที่ไม่สุจริตและไม่เป็นธรรม ศาลจึงใช้อำนาจ
เอ็คควิตี้ให้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นรองต่อสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งหลักการของ
Equitable Subordination ปรากฏอยู่ใน Section 510c*

*510(c) ของ Bankruptcy Code "Notwithstanding subsection (a)
and (b) of this section, after notice and hearing, the court may -

- (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of allowed interest to all or part of another allowed interest; or
- (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.

4.2.3 The Uniform Commercial Code

4.2.3.1 มาตรา 9-316

การบังคับสิทธิตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นที่ยอมรับสิทธิที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวในรูปแบบต่าง ๆ ตามทฤษฎีต่างๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สำหรับกรณีเจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้มีหลักประกัน มาตรา 9-316 ของ the Uniform Commercial Code บัญญัติว่า

"ไม่มีบทบัญญัติใดในหมวดนี้ ห้ามมิให้เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้รายอื่น (priority) ทำข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination)" ("Nothing in this Article prevents subordination by agreement by any person entitled to priority.")

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิในการก่อนนี้ด้วยสิทธิได้รวมถึงเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือเจ้าหนี้อื่นเช่นเจ้าหนี้มีหลักประกันสามารถสละสิทธิดังกล่าว (priority) ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันรายอื่น ๆ ได้ (Junior claimant of collateral)⁶⁰ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวสนับสนุนสิทธิของเจ้าหนี้ในการสละสิทธิของตนให้เจ้าหนี้รายอื่นมีสิทธิดีกว่า แม้ว่าเจ้าหนี้ดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้มีประกันก็ตาม เมื่อพิจารณาประกอบกับ Bankruptcy Code 1978 Section 510(a) จะเห็นได้ว่านอกจากบทบัญญัติดังกล่าวจะใช้กับเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไปแล้ว ยังสามารถใช้กับเจ้าหนี้มีประกันได้เช่นกัน⁶¹

⁶⁰Julian B. McDonall, Robert A. Hillman and Steve H. Nickle, Common Law and Equity under the Uniform Commercial Code (Boston: Warren Gorham & Lermont, 1985), p.24-35.

⁶¹Wood, The law of Subordinated Debt, p.73.

สำหรับกรณีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ที่เกิดจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไบนั้น ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของ Article 9 ของ U.C.C. แต่อยู่ในเรื่องสัญญาทั่วไป⁶²

4.2.3.2 มาตรา 1-209

นอกจากนี้เพื่อแสดงว่าข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) ที่เกิดจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไบน้อยอยู่ภายใต้บังคับของ Article 9 และเพื่อแก้ปัญหากว่าข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ (Subordination Agreement) เป็นการสร้างหลักประกัน (Security Interest) หรือไม่ เพราะการที่เจ้าหนี้อันดับรองตกลงว่าจะไม่ยอมรับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนเท่ากับว่า เจ้าหนี้อันดับรองยอมให้ตนเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ จึงอาจเข้าข่ายเป็นการสร้างหลักประกัน (Security Interest) และข้อตกลงในลักษณะ Turnover Subordination เจ้าหนี้อันดับรองตกลงส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับจากลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก จึงเสมือนกับการสร้างหลักประกันเหนือทรัพย์สินของเจ้าหนี้อันดับรอง ทั้งนี้การสร้างหลักประกันจะอยู่ภายใต้บังคับของ Article 9 ซึ่งจะต้องมีการจดทะเบียน (filing system) มิฉะนั้นข้อตกลงดังกล่าวจะใช้บังคับไม่ได้หากไม่มีการจดทะเบียน

เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิไม่ได้เป็นการสร้างหลักประกันเหนือทรัพย์สินที่แท้จริงของเจ้าหนี้อันดับรองจึงไม่อยู่ภายใต้ Article 9 ของ U.C.C. ฉะนั้นจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม U.C.C. ในปี 1966 ดังนี้

⁶²McDonall, supra, p. 37.

มาตรา 1-209 บัญญัติว่า

"หนี้ซึ่งมีขึ้นโดย การยอมเป็นรองในการชำระหนี้ (Subordinated) ของหนี้อื่นของคู่สัญญาระหว่างตนกับคู่สัญญา หรือตนกับเจ้าหนี้อื่นของคู่สัญญา การตกลงเป็นรองในการชำระหนี้ดังกล่าว (Subordination) ไม่เป็นการสร้างหลักประกัน (Security Interest) ไม่ว่ากับทั้งทรัพย์สินของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้อันดับรอง (Subordinated Creditor)

บทบัญญัตินี้เป็นการแปลความข้อความที่มืออยู่ก่อนการแก้ไขมาตรานี้ และไม่ได้เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความดังกล่าว"

("An obligation may be issued as subordinated to payment of another obligation of the person obligated, or a creditor may subordinate his right to payment of an obligation by agreement with either the person obligated or another creditor of the person obligated. Such subordination does not create a security interest as against either of the common debtor or a subordinated Creditor.

This section shall be construed as declaring the law as it existed prior to the enactment of this section and not as modifying it.)

ดังนั้นข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ (Subordination Agreement) จึงเป็นที่ ยอมรับในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับการบังคับใช้สิทธิ ตามข้อตกลงดังกล่าว ไม่ว่าจะ เป็นสัญญาระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้อันดับแรกหรือเจ้าหนี้อันดับรอง กับลูกหนี้หรือเจ้าหนี้อันดับรองกับเจ้าหนี้อันดับแรก และไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบหรือจดทะเบียนก็สมบูรณ์ สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย และสามารถบังคับได้ตามกฎหมายล้มละลาย