

ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบหนี้
ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ

กิตติวัฒน์ จิตวิริยาวัฒน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

**Problems on Right of Creditor Holding Right to Set-Off in Bankruptcy
and Reorganization Case**



KITTIWAT JITVIRIYAWAT

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โสภะเหมาะ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้คำปรึกษา คำแนะนำต่างๆ และชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่าน ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้คำแนะนำต่างๆ อันเป็น ประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ชีพ จุลมนต์ และอาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย ที่กรุณา สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงและ ชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มาก ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณอดีตผู้บังคับบัญชา และอดีตเพื่อนร่วมงาน ณ กองฝึกอบรม เชียงปฏิบัติกร และกองบังคับคดีล้มละลาย 1 กรมบังคับคดี ที่ได้ช่วยให้ความรู้วิชากฎหมาย ล้มละลายในภาคปฏิบัติต่อผู้เขียน ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างมาก

ขอขอบคุณ คุณนพรัตน์ เนียมคล้าย ที่ให้ความช่วยเหลือและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับ กฎหมายล้มละลายของต่างประเทศ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี

ขอขอบคุณ คุณวชิราพร จารุวัฒนกุล ที่ให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือทุกๆ ด้าน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ญาติพี่น้องและเพื่อนๆ ทุกคน ที่ได้ให้กำลังใจและ ให้ความช่วยเหลือด้านต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

ขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่สละเวลาศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนมุ่งหวังให้ผู้อ่าน ได้รับประโยชน์สูงสุดจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดๆ ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตา แต่ บิดา มารดา ญาติพี่น้อง คณาจารย์ของผู้เขียน ด้วยความเคารพยิ่ง

กิตติวัฒน์ จิตวิริยาวัฒน์

สารบัญ

| | หน้า |
|---|----------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | ฅ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ซ |
| บทที่ | |
| 1. บทนำ | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... | 6 |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... | 6 |
| 1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... | 7 |
| 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา | 7 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ | 8 |
| 2. แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ ในคดีล้มละลายและ ฟื้นฟูกิจการ..... | 9 |
| 2.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมาย ต่างประเทศในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ..... | 9 |
| 2.1.1 แนวคิด ประวัติ และหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ในกลุ่ม ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) | 11 |
| 2.1.1.1 ประเทศอังกฤษ | 12 |
| 2.1.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 15 |
| 2.1.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ในกลุ่มประเทศ ที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) | 17 |
| 2.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น | 18 |
| 2.1.3 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ตามแนวทางการร่าง กฎหมายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) | 19 |
| 2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย..... | 20 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|-----------|
| 2.2.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ | 20 |
| 2.2.1.1 ที่มาของการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ | 21 |
| 2.2.1.2 แนวคิดของการหักกลบลบหนี้ | 22 |
| 2.2.1.3 ลักษณะของการหักกลบลบหนี้ | 23 |
| 2.2.1.4 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ | 26 |
| 2.2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามพระราชบัญญัติ ล้มละลาย พุทธศักราช 2483 | 47 |
| 2.2.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดในการร่างกฎหมายล้มละลาย | 47 |
| 2.2.2.2 หลักการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายตาม หลักสัดส่วน (Pari Passu Principle) | 55 |
| 2.2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102 | 62 |
| 2.2.2.4 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดในการร่างกฎหมายฟื้นฟู กิจการ | 63 |
| 2.2.2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ ตามมาตรา 90/33 | 65 |
| 3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดี ล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ | 66 |
| 3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ใน คดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายต่างประเทศ | 66 |
| 3.1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมาย จารีตประเพณี (Common Law) | 67 |
| 3.1.1.1 ประเทศอังกฤษ | 67 |
| 3.1.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา | 79 |

สารบัญญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| 3.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลาย ลักษณ์อักษร (Civil Law)..... | 90 |
| 3.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น | 90 |
| 3.1.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการตามแนวทางการร่างกฎหมายของ คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติ (UNCITRAL) | 100 |
| 3.1.3.1 แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายในส่วนของการ หักกลบลบหนี้..... | 101 |
| 3.1.3.2 การคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันตามแนวทางการร่างกฎหมาย ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ แห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) | 101 |
| 3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 | 104 |
| 3.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในส่วนของ เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483..... | 105 |
| 3.2.1.1 การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 102..... | 105 |
| 3.2.1.2 วัตถุประสงค์ของการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย | 106 |
| 3.2.1.3 หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102 | 108 |
| 3.2.1.4 การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 90/33..... | 109 |
| 3.2.1.5 หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 90/33 | 110 |
| 3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะเจ้าหนี้มีประกันตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 | 114 |
| 3.2.2.1 ประเภทของเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย | 114 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|---|------------|
| 3.2.2.2 เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายพิเศษซึ่งถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ในกฎหมายล้มละลาย | 119 |
| 3.2.2.3 สิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกัน | 119 |
| 3.2.2.4 ความแตกต่างระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มี ประกันในคดีล้มละลาย | 121 |
| 4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ของ เจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย | 126 |
| 4.1 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาโดยเปรียบเทียบระหว่างการหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายสามัญและการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ | 126 |
| 4.2 ปัญหาและวิเคราะห์เจ้าหนี้มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญนั้น สมควรที่จะมีสิทธิเสมอกับเจ้าหนี้มีประกันหรือไม่ | 131 |
| 4.3 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากรณีลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้สามารถใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้อีก หรือไม่ | 143 |
| 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 149 |
| 5.1 บทสรุป | 149 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ | 150 |
| บรรณานุกรม | 152 |
| ประวัติผู้เขียน | 159 |

| | |
|-------------------|---|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ |
| ชื่อผู้เขียน | กิตติวัฒน์ จิตวิริยาวัฒน์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษา | รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| ปีการศึกษา | 2554 |

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ (Right to Set-Off) ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการนั้น กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่การดำเนินคดีล้มละลายกับการดำเนินคดีฟื้นฟูกิจการนั้น เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เช่นเดียวกัน และเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการนั้นมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เพราะเจ้าหนี้มีประกันนั้นมีเพียงเท่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นมีความคล้ายคลึงกับเจ้าหนี้มีประกันเป็นอย่างมาก แต่ด้วยเหตุที่เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นมิใช่เจ้าหนี้มีประกัน จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองในฐานะเจ้าหนี้มีประกันได้ แม้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ จะมีความสำคัญต่อความเชื่อมั่นทางเศรษฐกิจ หรือในการประกอบการค้าเพียงใดก็ตาม

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ พบว่ากฎหมายล้มละลายส่วนใหญ่จะกำหนดให้หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญกับการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการมีความคล้ายคลึงกัน โดยแม้ว่าจะมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายให้มีการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการได้ แต่หลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นมีความคล้ายคลึงหรือในบางประเทศบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เหมือนกับการหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งทั่วไป หรือบางประเทศอาจจะมีได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ครบถ้วนสมบูรณ์ ดังนั้นในส่วนที่มิได้มีการบัญญัติลงไปนั้นในนำหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งมาใช้โดยอนุโลมทั้งในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ ทำให้หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายกับคดีฟื้นฟูกิจการมีความสอดคล้องและมีแนวทางเป็นไปในทำนองเดียวกัน และให้ความคุ้มครองกับสิทธิหักกลบลบหนี้ เป็นสิทธิที่มีประกัน

ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหักกลบหนี้ในคดีล้มละลายกับคดีฟื้นฟู
กิจการให้มีหลักเกณฑ์เป็นไปในทำนองเดียวกันหรือเหมือนกันในสาระสำคัญ และเสนอให้แก้ไข
เพิ่มเติมบทบัญญัติให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบหนี้หนี้ที่มีสถานะใกล้เคียงกับเจ้าหนี้มีประกัน
มากขึ้น หรืออีกทั้งเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ชัดเจนว่าภายหลังจากที่ลูกหนี้ได้รับการปลดจากการ
ล้มละลายแล้วสิทธิหักกลบหนี้ยังมีอยู่หรือไม่ เพื่อจะได้เกิดกรณีที่ตีความขัดแย้งกันระหว่าง
คู่กรณีน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

| | |
|----------------|---|
| Thesis Title | Problems on Right of Creditor which Holding Right to Set-Off in Bankruptcy and Reorganization Case |
| Author | Kittiwat Jitviriyawat |
| Thesis Advisor | Associate Professor Dr. Poom Chokmoh |
| Department | Law |
| Academic Year | 2011 |

ABSTRACT

This thesis aims to study right of creditor holding right to set-off in bankruptcy and reorganization case. Legal provisions concerning set-off in a bankruptcy case are different from those in a reorganization case; even though, all are mentioned in the Bankruptcy Act B.E. 2483 (1940). Also, a creditor who is entitled to set off in both bankruptcy case and reorganization case is an unsecured creditor because a secured creditor is defined in Section 6 of the Bankruptcy Act B.E. 2483 (1940) only. Nevertheless, rights of a creditor holding right to set-off are closely similar to a secured creditor's rights. Unfortunately, a creditor holding right to set-off is not a secured creditor so he / she cannot be protected as a secured creditor regardless of his / her importance in economic and trade.

After comparatively studying foreign laws, this author found that most bankruptcy laws provide similar criteria concerning set-off in both bankruptcy case and in reorganization case. Although the bankruptcy laws allow setting off in bankruptcy case and in reorganization case, there are issues about the criteria. Namely, in some countries, those criteria concerning set-off are similar or as same as criteria in civil case. Some countries do not fully provide criteria. Hence, in case of lacking of applicable provision in either bankruptcy case or in reorganization case, the set-off criteria in civil case can apply *mutatis mutandis*. Consequently, set-off criteria in bankruptcy case and in reorganization case are in the same approach and protect the right to set-off as a secured right.

This author recommends amending set-off criteria in bankruptcy case and in reorganization case to be in the same manner or at least similar in its material. Moreover, legal provisions providing more protection to a creditor holding right to set-off should be added.

Another issue is whether or not a right to set-off is existed after a debtor who is discharged from bankruptcy. Therefore, a clarification in a legal provision should be added in order to have as minimum conflict between parties as possible.



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากในปัจจุบันเกิดปัญหาภาวะทางเศรษฐกิจเป็นสิ่งที่มีความผันผวนอยู่ตลอดเวลา ทุกครั้งที่มีวิกฤตทางเศรษฐกิจก็ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างใหญ่หลวงต่อชีวิต ความเป็นอยู่ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและธุรกิจสังคมได้พัฒนาวิธีการแก้ไข ผลกระทบที่เกิดขึ้นทางวิกฤตทางเศรษฐกิจ ซึ่งรู้จักกันในนามของ “ระบบล้มละลาย” (Bankruptcy system) และประเทศไทยได้นำกฎหมายล้มละลายเข้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดการกับปัญหาเช่นนี้ด้วย โดยกฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์และวิธีการที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ของตนให้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย รวมทั้งบัญญัติถึงวิธีการต่างในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าวภายหลังที่ศาลได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายแล้วด้วย ตามปกติแล้วเมื่อลูกหนี้ผิดนัด เจ้าหนี้อ่อมมีอำนาจฟ้องร้องให้ศาลบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนสิ้นเชิงซึ่งเรียกกันว่าฟ้องร้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งสามัญ แต่ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินส่วนตัวนั้น การจะปล่อยให้เจ้าหนี้ต่างคนต่างฟ้องร้องคดีแพ่งสามัญบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นทำนองมือใครยาวสาวได้สาวเอาก็ดี หรือจะปล่อยให้ลูกหนี้เลือกชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้แต่เพียงคนหนึ่งหรือหลายคนเท่าที่ลูกหนี้พอใจก็ดี ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยของเราด้วยจึงตรากฎหมายล้มละลายขึ้นเพื่อเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลือกฟ้องลูกหนี้ที่มีหนี้สินส่วนตัวได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือกรณีในต่างประเทศเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ร้องขอให้ศาลสั่งให้ตนเป็นบุคคลล้มละลายได้ เพื่อให้ศาลเข้ามาพิจารณาออกคำสั่งให้มีการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรม โดยเจ้าหนี้รายใดมีจำนวนหนี้มากก็จะได้รับการเฉลี่ยชำระหนี้มากตามส่วนเมื่อจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว แม้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนจำนวนหนี้ที่มีอยู่ กฎหมายล้มละลายก็ถือว่าหนี้นั้นเป็นอันจบสิ้นกันไป เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้ก่อร่างสร้างตัวใหม่ ไม่ต้องผูกติดอยู่กับหนี้ที่ก่อขึ้นไปจนตลอดชีวิต

จากทั้งหมดที่ได้กล่าวมาในข้างต้น คำว่า “หนี้” จึงมีความสำคัญมาก “หนี้” นั้นเป็นความผูกพันทางกฎหมายระหว่างบุคคล ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติก่อให้เกิดสถานะ

ความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งโดยหลักหากลูกหนี้ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้แล้ว หนี้้นั้นจะระงับไป เพียงแต่วิธีการที่จะทำให้หนี้้นั้นระงับนอกจากจะใช้วิธีการชำระหนี้โดยตรงตามประสงค์มูลหนี้แล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะหนี้ยังบัญญัติให้หนี้้นั้นระงับด้วยวิธีการอย่างอื่นอีก ยกตัวอย่างเช่น การปลดหนี้ การแปลงหนี้ใหม่ หนี้เคลื่อนกลิ้งกัน และการหักกลบลบหนี้

การหักกลบลบหนี้ (Set-Off) กฎหมายได้ให้คำนิยามไว้ในมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้หนี้ระงับโดยหลักแล้วเพียงแต่แสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวก็มีผลเป็นการหักกลบลบหนี้ การหักกลบลบหนี้มีประโยชน์หลายประการ โดยเฉพาะในหนี้ที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว มีแนวโน้มที่จะถูกฟ้องล้มละลาย ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีล้มละลาย เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ผู้มีสิทธิหักกลบลบหนี้อาจใช้สิทธินี้เพื่อทำให้หนี้ระงับได้ แต่การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจหลายประการ ตัวอย่างหนึ่งที่น่าสนใจคือ ปัญหาความชัดเจนของสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย

จากการศึกษามาตรา 102 และมาตรา 90/33³ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น ได้วางหลักไว้ให้เจ้าหนี้ที่มีความผูกพันต้องชำระหนี้ให้กับลูกหนี้นั้นสามารถใช้อำนาจหักกลบลบหนี้ได้ โดยการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้นหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งทั่วไป แตกต่างกันเพียงบางประการ ยกตัวอย่างเช่น การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นประเภทเดียวกัน และแม้สิทธิเรียกร้องที่จะนำมาหักกลบลบหนี้นั้นตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือเงื่อนไขก็สามารถหักกลบลบหนี้ได้

¹ มาตรา 341 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน โดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เหมือนกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไว้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ทำมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้แต่เจตนาเช่นนี้ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”.

² มานิตย์ จุมปา. (ม.ป.ป.). หักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย. สืบค้นเมื่อ 21 ตุลาคม 2553, จาก www.elib.coj.go.th/Article/data/bank2.pdf

³ มาตรา 102 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์เหมือนกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขก็ดี ก็อาจหักกลบลบกันได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว”

มาตรา 103 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับก่อนขอหักกลบลบหนี้ บุคคลนั้นจะต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้”

ซึ่งการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ ตามมาตรา 90/33 มิได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนั้น การหักกลบลบหนี้ในฟื้นฟูกิจการจึงมีแนวโน้มเป็นไปในแนวทางเดียวกับการหักกลบลบหนี้ใน มาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งๆที่บัญญัติทั้งสองบัญญัติอยู่ในกฎหมาย ฉบับเดียวกัน

อีกเรื่องหนึ่งคือ กฎหมายล้มละลายนั้นมีลักษณะการดำเนินคดีที่แตกต่างจากคดีแพ่ง คือคดีล้มละลายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ดำเนินคดีไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม เพื่อให้ ลูกหนี้ปลดจากการล้มละลายและเริ่มต้นชีวิตใหม่ (Fresh Start) โดยเร็วที่สุด โดยเจ้าหนี้ทุกราย ได้รับชำระหนี้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายนั้นแบ่งได้ เป็น 2 ประเภท คือ เจ้าหนี้ที่มีประกันตามมาตรา 95 และมาตรา 96⁴ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน โดยสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ทั้งสองประเภท นั้นมีความแตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันของลูกหนี้จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ได้ จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายเท่านั้น และตามคำสั่งกรมบังคับคดีได้กำหนดให้ งดดำเนินการคำนวณคำขอรับชำระหนี้สำหรับเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน และไม่ปรากฏทรัพย์สินอื่นใด

⁴ มาตรา 95 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ที่มีประกันย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์ โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น”

มาตรา 96 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ที่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

(2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ในกรณี เช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคาดังกล่าวได้ถ้าเห็นว่าราคาดังกล่าวไม่สมควร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกัน จะขายทอดตลาดก็ได้แต่ต้องไม่ให้เสียหายแก่เจ้าหนี้และเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใด ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ

ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่แจ้งโดยหนังสือให้เจ้าหนี้ทราบว่าจะใช้สิทธิไถ่ถอนหรือตกลงให้ขายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลาที่เดือนนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ให้ถือว่ายินยอมให้ทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ตามราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมา และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หมดสิทธิไถ่ถอนหรือขายทรัพย์สินนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ให้ใช้บังคับในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”

ของลูกหนี้ แต่สำหรับเจ้าหนี้นี้มีประกันนั้น ตามมาตรา 95 ไม่จำเป็นต้องยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย สามารถบังคับเอาทรัพย์หลักประกันได้เอง เนื่องจากการที่ลูกหนี้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดนั้น ไม่กระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันในการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินตามความในวรรคสาม แห่งมาตรา 110⁵ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้นี้มีประกันมีสิทธิคิดว่าเจ้าหนี้นี้ไม่มีประกันในหลายๆ ด้าน ซึ่งในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นได้บัญญัติหลักเกณฑ์การเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันไว้ว่า “เจ้าหนี้นี้มีประกัน” หมายความว่า เจ้าหนี้นี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้นี้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ” และจะต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 10 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483⁶ ด้วย แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าในมาตรา 6 ไม่ได้บัญญัติสิทธิในการหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102 และมาตรา 103⁷ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ฉบับปัจจุบันไว้ในนิยามของเจ้าหนี้นี้มีประกัน ตามมาตรา 102 และมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แต่บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นนี้ เป็นวิธีการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายอันจะช่วยบรรเทาความเสียหายของเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นแนวทางของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับกรณีเจ้าหนี้นี้มีประกัน ตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันโดยมีต้อง

⁵ มาตรา 110 บัญญัติว่า “คำสั่งของศาลที่ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ชั่วคราว หรือหมายบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น จะใช้ยื่นแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ไม่ได้ เว้นแต่การบังคับคดีนั้นได้สำเร็จบริบูรณ์แล้วก่อนวันมีศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์

การบังคับคดีนั้น ให้ถือว่าได้สำเร็จบริบูรณ์เมื่อพ้นกำหนดเวลาที่อนุญาตให้เจ้าหนี้อื่นยื่นคำขอเฉลี่ยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

บทบัญญัติในมาตรานี้ไม่กระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกันในการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือถึงการที่ผู้ใดได้ชำระเงิน โดยสุจริตแก่ศาล หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีตามคำสั่งศาล หรือถึงความสมบูรณ์แห่งการซื้อ โดยสุจริตในการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามคำสั่งศาล”

⁶ มาตรา 10 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 เจ้าหนี้นี้มีประกันจะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ก็ต่อเมื่อ

(1) มิได้เป็นผู้ต้องห้ามมิให้บังคับการชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และ (2) กล่าวในฟ้องว่า ถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้ว จะยอมสละหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือตราค่าหลักประกันมาในฟ้องซึ่งเมื่อหักกับจำนวนหนี้ของตนแล้ว เงินยังขาดอยู่สำหรับลูกหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านบาท หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท”

⁷ มาตรา 103 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับก่อนขอหักกลบลบหนี้ บุคคลนั้นจะต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้”

ขอรับชำระหนี้ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าเจ้าหนี้ทั้งสองประเภทควรจะได้รับเยียวยาหรือบรรเทาความเสียหายในกรณีลูกหนี้ล้มละลายก่อนเจ้าหนี้อื่น เพราะในคดีล้มละลายนั้นเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เพียงส่วนเฉลี่ย ส่วนหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นลูกหนี้อยู่กลับต้องใช้เต็มจำนวน กฎหมายล้มละลายจึงเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้หักกลบลบหนี้ได้โดยมีเงื่อนไขว่าเจ้าหนี้จะต้องมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 94⁸ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้จึงเป็นกระบวนการที่ข้อยกเว้นของหลักในเรื่องของความเสมอภาคของการที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้อย่างเสมอภาคกัน (Pari Passu) อย่างแท้จริง ดังนั้นกรณีจึงมีข้อที่ควรนำมาพิจารณาและศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง คือ กรณีการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้น มาตรา 102 และการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ ตามมาตรา 90/33 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แม้จะเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันก็ตาม แต่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน โดยตามมาตรา 102 นั้นระบุไว้โดยชัดเจนว่าหนี้ทั้งสองนั้นไม่จำเป็น ต้องมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันและแม้สิทธิเรียกร้องนั้นจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาก็ตาม ซึ่งมาตรา 90/33 นั้นมิได้บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

ประการที่สอง คือ พิจารณาและศึกษาว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญ ตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นสมควรที่จะมีสิทธิเสมอภาคกับเจ้าหนี้มีประกัน เช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือไม่ เช่นใน Section 506 แห่ง Bankruptcy Law ในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากทุกวันนี้กฎหมายล้มละลายยังไม่มีข้อความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว

และประเด็นที่สาม ที่น่าสนใจ คือ หากถือตามแนวคำพิพากษาฎีกา เจ้าหนี้ที่มีสิทธิในการหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย เมื่อครบกำหนดเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้แล้วปรากฏว่าเจ้าหนี้อ้างได้ว่ามิได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีโดยมิได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ได้ทวงหนี้แต่ประการใด กระทั่งเวลาล่วงพ้นลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย เช่นนี้มีประเด็นต้องพิจารณาและศึกษาว่าเจ้าหนี้

⁸ มาตรา 94 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่

(1) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีหรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้

(2) หนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำให้ขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัวแต่ไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้กระทำให้ขึ้นเพื่อให้อำนาจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้”

ดังกล่าวสามารถแสดงเจตนาขอใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้หรือไม่ เนื่องจากตามปกติแล้วเมื่อลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย มูลหนี้ที่มีได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ที่เป็นบุคคลสิทธิเป็นอันระงับ เว้นแต่เป็นเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินในทรัพย์สิน เช่น ในทางจำนอง จำนำ สามารถใช้สิทธิบังคับเอากับทรัพย์สินประกัน ได้โดยอาศัยมาตรา 95 ประกอบกับ มาตรา 110 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แต่สิทธิหักกลบลบหนี้มีสถานะเป็นเพียงหนี้เหนือบุคคล เป็นบุคคลสิทธิ มิใช่ทรัพย์สินอันจะใช้สิทธิโดยอาศัยมาตราดังกล่าวได้

ดังประเด็นที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนั้น ผู้ศึกษาจะได้ทำการพิจารณาศึกษาถึงข้อมูล แนวคิด เบื้องหลังและกฎหมายต่างประเทศเพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีความชัดเจนและไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความและบังคับใช้ในทางปฏิบัติต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะและสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการโดยเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยและในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการหักกลบลบหนี้ (Set-Off) และสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายสามัญ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะมาตรการที่เหมาะสมมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับเป็นแนวทางในการยกร่าง แก้ไข ปรับปรุง พัฒนากฎหมายล้มละลายของไทยให้มีความเป็นมาตรฐานตามระบบล้มละลาย (Bankruptcy System)

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการไว้แตกต่างกัน ทั้งมิได้บัญญัติรองรับสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไว้อย่างไร จึงจำเป็นต้องปรับปรุงให้มีหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้และให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ เช่น สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิ

หักกลบลบหนี้ไม่ถูกกระทบ กระเทือน เมื่อลูกหนี้ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือสามารถมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้เช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาถึงประวัติและแนวคิดกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทย และแนวคิดในการนำหลักในเรื่องของการหักกลบลบหนี้มาใช้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ หลักเกณฑ์วิธีการ และผลภายหลังจากมีการขอใช้สิทธิดังกล่าว ว่าหลักกฎหมายในส่วนของสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายล้มละลายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน มีความชัดเจนหรือเป็นไปตามหลักสากลที่ควรจะเป็นหรือไม่ การใช้สิทธิดังกล่าวทำให้เกิดการขัดต่อสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นหรือไม่ เพียงใด และหากไม่เป็นไปตามหลักสากลหรือไม่ชัดเจนจนอาจทำให้เกิดการตีความไปในทางที่เสื่อมเสียแก่บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง สาเหตุมาจากเหตุผลใด ขั้นตอนใด ใครผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีบ้าง และประเทศไทยควรจะแก้ไขในเรื่องนี้อย่างไร ส่วนใดที่ควรยกเลิก ส่วนใดที่ควรแก้ไข เพื่อสร้างชัดเจน แน่นอน และมีความเป็นธรรม โดยไม่ขัดต่อหลักและทฤษฎีของกฎหมายล้มละลายคือ หลักที่ประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เสมอภาคทั่วหน้ากัน (Pari passu) ซึ่งหมายถึง หลักความเท่าเทียมกัน และได้ส่วนแบ่งในอัตราที่เสมอหน้ากันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (The assets of insolvents) ระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน โดยวิเคราะห์ตามเหตุและผลเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศึกษาถึงข้อดี ข้อเสีย และข้อสังเกตของกฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าว

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ทำการศึกษาและวิจัยโดยศึกษาและวิเคราะห์จากเอกสาร (Documentary Reserch) รวบรวมเอกสารกฎหมายต่างๆ ที่เป็นหลักสำคัญและที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย ทั้งในส่วนของกฎหมายไทยที่เคยได้มีการศึกษามาก่อนแล้ว และกฎหมายต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) มีหลักกฎหมายไปในทิศทางใด และสามารถนำข้อดี ข้อเสีย มาวิเคราะห์เพื่อปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างไร เพื่อใช้เป็นแนวทางในการศึกษาวิจัย มาคิดวิเคราะห์หาเหตุผลของแนวความคิด เพื่อนำมาสนับสนุนข้อมูลในส่วนที่ 1 เพื่อให้งานวิจัยมีความถูกต้อง และสมเหตุสมผลที่สุด

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยและต่างประเทศ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะและสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย โดยเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบปัญหาและผลของการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกฎหมายล้มละลายของไทยและในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของสิทธิหักกลบลบหนี้ (Set-Off) และสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายสามัญ

1.6.4 ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ปัจจุบันและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักที่เป็นเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายล้มละลาย ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

บทที่ 2

แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ

หลักการหักกลบลบหนี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน จากนั้นได้มีการพัฒนาหลักการเรื่อยมาจนเป็นหลักในระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรป และได้พัฒนาต่อมาเป็นหลักหักกลบลบหนี้ที่ชัดเจนขึ้น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้มาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมันมาเป็นแบบในการร่างบทบัญญัติดังกล่าว และได้นำมาบัญญัติรับรองหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องหนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 5 ความระงับแห่งหนี้ ส่วนที่ 3 หักกลบลบหนี้ ตั้งแต่มาตรา 341-348 และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้บัญญัติรับรองหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ไว้ในมาตรา 102 ในล้มละลายสามัญ และมาตรา 90/33 ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการแต่ก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางประการซึ่งจะกล่าวในบทต่อไป

2.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้เป็นวิธีการชำระหนี้วิธีการหนึ่งคดีล้มละลายสามัญและฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งต่างก็มีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย และต่างมีความผูกพันเป็นหนี้ซึ่งกันและกันในมูลหนี้สองราย และเมื่อมีการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ระหว่างกันแล้วจะมีผลทำให้หนี้ทั้งสองรายระงับสิ้นไปได้เท่าจำนวนที่ตรงกัน ซึ่งเป็นการหักล้างหนี้สินกันในทางบัญชีเท่านั้น โดยแต่ละฝ่ายไม่จำเป็นต้องนำเงินหรือทรัพย์สินมาชำระหนี้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุที่กฎหมายล้มละลายบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดถึงการชำระสะสางหนี้สินของบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว เพื่อประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งต่างกับการฟ้องร้องบังคับคดีชำระหนี้ในคดีแพ่งสามัญอันมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ลูกหนี้

⁹ สุธีร์ สุกนิตย์. (2552). หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ. หน้า 17.

ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์แต่ผู้เดียว โดยกฎหมายล้มละลายมีแนวคิดที่ในการที่จะคุ้มครองและช่วยเหลือเจ้าหนี้ที่สำคัญ¹⁰ คือ

- 1) ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการชำระหนี้โดยเสมอภาคกัน
- 2) ให้เจ้าหนี้ได้รับความสะดวกรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย เช่น ให้ขอรับชำระหนี้โดยง่าย
- 3) ให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้มากที่สุด คือให้มีการติดตามทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ได้ดีกว่าการฟ้องร้องคดีแพ่งสามัญ
- 4) ป้องกันมิให้ลูกหนี้ถูกเร่งรัดหนี้โดยไม่เป็นธรรม และช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากการล้มละลาย มีโอกาสตั้งตัวใหม่โดยรวดเร็ว

บางประเทศได้นำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลายด้วย แต่ก็มีกลุ่มประเทศบางกลุ่มไม่รับหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลาย ได้แก่ กลุ่มประเทศ Franco-Latin เช่น ประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม สเปน ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ยึดแนวคิดเดิมแต่กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดใหม่ เช่น ประเทศอังกฤษ เยอรมัน ญี่ปุ่น ได้นำหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้มาบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลาย ซึ่งในกฎหมายล้มละลายของไทย ได้นำหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้มาบัญญัติในกฎหมายล้มละลายเช่นกัน จึงถือได้ว่าไทยจัดอยู่ในกลุ่มที่มีแนวคิดเห็นด้วยกับการนำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดใหม่ ซึ่งนำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลายโดยจะศึกษาจากประเทศอังกฤษ และจะมาศึกษาในกฎหมายล้มละลายของไทย ทั้งพิจารณาและวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ

1) กลุ่มประเทศที่ไม่นำหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย

ในกลุ่มประเทศ Franco-Latin ยังคงแนวคิดแบบดั้งเดิม โดยมีแนวคิดว่าการนำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลาย เป็นการฝ่าฝืนหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลายคือหลักสัดส่วน (Pari Passu)¹¹ เพราะเจ้าหนี้ผู้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนจึงเปรียบเสมือนเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งเป็นเจ้าหนี้มีประกันอย่างไม่เป็นทางการ เจ้าหนี้รายอื่นไม่สามารถทราบถึงความสัมพันธ์ที่จะหักกลบลบหนี้ในชั้นล้มละลายได้ การยอมรับให้หักกลบลบหนี้ในชั้นล้มละลายได้ จะทำให้องค์ทรัพย์สินที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งปวงลดน้อยลง

¹⁰ วิชา มหาคุณ. (2553). คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้. หน้า 11-12.

¹¹ หลักสัดส่วน (Pari passu) คือ เจ้าหนี้มีสัดส่วนจำนวนหนี้ในหนี้ทั้งหมดเท่าใด ก็จะได้รับชำระหนี้ในสัดส่วนของทรัพย์สินส่วนทั้งหมดเท่านั้น ซึ่งจากความหมายใน Black Law: pari passu หมายถึงเจ้าหนี้ในทางล้มละลายจะได้รับทรัพย์สินโดยการเฉลี่ย ซึ่งในการบรรยายวิชากฎหมายล้มละลาย รองศาสตราจารย์ สหชน รัตนไพจิตร เรียกหลัก pari passu ว่าเป็น “หลักสัดส่วน”

อันเป็นเหตุให้การจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้อื่นๆ ก็ลดน้อยลงด้วย จึงมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ¹² จะเห็นได้ว่าตามแนวความคิดเดิมไม่มีการนำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากจะเป็นการฝ่าฝืนหลัก Pari passu อันกระทบต่อผลประโยชน์แก่เจ้าหนี้รายอื่น โดยที่เจ้าหนี้รายอื่นก็จะไม่ทราบถึงสิทธิพิเศษในการหักกลบลบหนี้ที่เสมอเหมือนเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งไม่ได้มีการจดทะเบียนหรือมีวิธีการใดประกาศให้เป็นที่ได้ทราบของสาธารณะ ปัจจุบันประเทศที่ไม่นำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลายมีหลายประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส เบลเยียมและสเปน¹³ ดังนั้น ในกลุ่มประเทศนี้ หนี้ของเจ้าหนี้ที่มีต่อองค์กรปกครองรับตามหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้จะหักกลบลบหนี้กันได้ก่อนล้มละลายเท่านั้น หากถึงกระบวนการล้มละลายแล้วเจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้ก็ต้องชำระหนี้ที่ตนมีต่อผู้ล้มละลาย และต้องพิสูจน์ความเป็นเจ้าหนี้ของตนต่อผู้ล้มละลายด้วย¹⁴

2) กลุ่มประเทศที่นำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะประเทศอังกฤษ

กฎหมายล้มละลายในอีกกลุ่มประเทศหนึ่งได้ยอมรับนำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ด้วย เช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย เยอรมัน ญี่ปุ่น รวมถึงประเทศไทยด้วย¹⁵

2.1.1 แนวคิด ประวัติ และหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

หลักการหักกลบลบหนี้้นั้นได้มีหลายประเทศที่ยอมรับและนำมาใช้เป็นหลักกฎหมาย เนื่องจากเห็นถึงความจำเป็น และความสำคัญที่จะให้มีการหักกลบลบหนี้ระหว่างกันและกันได้ ระบบกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษ และกฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีประกัน ในอังกฤษก็พัฒนามาจากคดีต่างๆที่เกิดขึ้นเช่นกัน และเนื่องจากประเทศก็อยู่ในกลุ่มประเทศได้ยอมรับโดยการนำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้บังคับในกฎหมายด้วย ในหัวข้อนี้จึงจะศึกษาถึงแนวคิด ประวัติ และหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ของประเทศไทย และสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

¹² Philip R. Wood a. (2007). **Law and Practice of International Finance: Set-off and Netting, Derivative Clear System.** pp. 75-76.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

2.1.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนั้นเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายล้มละลายของไทยเมื่อครั้งก่อน ทั้งๆ ที่ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นเป็นระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) แตกต่างจากของประเทศไทยที่เป็นระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งในงานเขียนฉบับนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงแนวคิด และประวัติ

ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายในประเทศอังกฤษ

ในอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ (Secretary of State for Trade) ได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้น เพื่อทำการศึกษาและทบทวนกฎหมายว่าด้วยล้มละลายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศอังกฤษและเวลส์ โดยมีประธานคณะกรรมการ คือ เซอร์ เคนเนธ คอร์ค (Sir Kenneth Cork) คณะกรรมการชุดนี้ได้จัดทำผลการศึกษาวิจัยและทำข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลายทั้งระบบ รายงานดังกล่าวรู้จักกันในชื่อ The Cork Report ซึ่งต่อมารัฐสภาได้พิจารณาผลการศึกษารายงานฉบับนี้ และได้มีการพิจารณาข่างกฎหมายโดยยึดตามหลักการที่ได้รับการเสนอแนะจากคณะกรรมการดังกล่าว ร่างกฎหมายได้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาของอังกฤษเป็นครั้งแรกในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1984 และได้รับพระบรมราชานุญาต (Royal Assent) เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1985 แต่ก่อนที่บทบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ ได้มีการตราพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 ขึ้น การดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ฉบับก่อนโดยปริยาย ทำให้เพียงส่วนน้อยของบทบัญญัติ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1985 ซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติใหม่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย กฎหมายที่เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1985 และฉบับ ค.ศ. 1986 ที่สำคัญได้แก่คำสั่งฟื้นฟูกิจการ (Administration Order) ผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Administrative receiver) และการชำระบัญชี (Liquidation) เป็นต้น ในที่สุด พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) รวมถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1985 ที่มีได้ถูกยกเลิกไปก็มีผลบังคับใช้ในวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1986

สำหรับเหตุผลที่ก่อให้เกิดแนวความคิดการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ในประเทศอังกฤษ เนื่องมาจากระยะเวลาเกือบทศวรรษแห่งการทบทวนและแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ประเทศอังกฤษต้องประสบกับภาวะเศรษฐกิจถดถอย ทำให้ร่างพระราชบัญญัติซึ่งได้จัดทำขึ้นในสภาวะเศรษฐกิจปกติ ไม่เหมาะสมแก่สภาพเศรษฐกิจและสังคมของอังกฤษในขณะนั้น คณะผู้ร่างจึงมีแนวคิดว่าหากบริษัทของลูกหนี้ไม่ต้องตกอยู่ในฐานะล้มละลายแล้ว น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบริษัทของลูกหนี้จนถึงพนักงาน ลูกจ้างในบริษัท และยังส่งผลดีถึงสังคม และเศรษฐกิจโดยรวมอีกด้วย ดังนั้นคณะผู้ร่างจึงสมควรให้มีมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทลูกหนี้ และ

เจ้าหนี้ทั้งปวงได้เจรจาเพื่อให้เจ้าหนี้ได้เข้าจัดการทรัพย์สินของบริษัท ลูกหนี้ โดยมีให้เจ้าหนี้รายใด ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้จากบริษัท ลูกหนี้ ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้โอกาสแก่กิจการของ ลูกหนี้ในการฟื้นตัวและสามารถกลับมาดำเนินงานได้ตามปกติ แนวคิดนี้ถือได้ว่าเป็นจุดกำเนิดการ ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ในประเทศอังกฤษ ซึ่งต่อมามาตรานี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติ ล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) เรียกว่า Administration Order

ในพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) เป็นกฎหมายที่มี ลักษณะเป็นการรวบรวมบทบัญญัติ (Consolidation) ว่าด้วยล้มละลายทั้งในส่วนที่เป็นกระบวนการ พิจารณาล้มละลายโดยแท้ และกฎหมายบริษัทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีของบริษัทตกอยู่ในภาวะ หนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvent) และล้มละลาย (Bankrupt) รวมถึงบทบัญญัติตัดสิทธิกรรมการบริษัทที่ ดำเนินธุรกิจเป็นเหตุให้บริษัทต้องตกอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวหรือล้มละลายด้วยจริงๆ แล้วยก เป็นอีกพระราชบัญญัติหนึ่งต่างหาก

ส่วนที่ 1 ได้แก่ พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) วางบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกกิจการ การพิทักษ์ทรัพย์ และกระบวนการพิจารณาว่าด้วยล้มละลายที่ กระทบกระเทือนต่อสถานะของนิติบุคคล และการล้มละลายของบุคคลธรรมดา

ส่วนที่ 2 ได้แก่ พระราชบัญญัติตัดสิทธิกรรมการบริษัท ค.ศ. 1986 และ กฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Rules 1986) ซึ่งออกตามความแห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ฉบับที่เกี่ยวข้อง

หลังจากพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) มีผลบังคับ ใช้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลายอีกครั้ง และได้มีการตราพระราชบัญญัติ ล้มละลาย ค.ศ. 1994 และพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1994 (ฉบับที่ 2) ขึ้นแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ฉบับดั้งเดิมด้วย

แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ประเทศอังกฤษนั้นเดิม เคยมีแนวความคิดที่เห็นว่าการนำหลักการหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลาย เป็นการฝ่าฝืน หลักสัดส่วน Pari passu และทรัพย์สินในกองทรัพย์สินได้ลดน้อยลง ทำให้กระทบต่อประโยชน์ สาธารณะอันได้แก่เจ้าหนี้รายอื่น เป็นผลให้ต้องชำระหนี้ที่ตนมีแก่ผู้ล้มละลายเต็มจำนวน และมีภาระที่ต้องพิสูจน์ที่ตนเป็นเจ้าหนี้กับกองทรัพย์สินอีก จึงเกิดแนวคิดในอีกด้านหนึ่งขึ้น กล่าวคือ ในภาวะปกติคู่กรณีเป็นคู่ค้ำกันก็จะเชื่อมั่นในศักยภาพทางการเงินของอีกฝ่าย ต่างฝ่ายต่างคาดหวังว่าจะได้รับชำระหนี้จากอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคาดหวังเช่นนั้น จึงเป็นธรรมชาติที่คู่กรณีที่ทำการค้ำกันมา จะได้สิทธิหักกลบลบหนี้ แม้จะมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มละลาย สิทธิในการหักกลบลบหนี้ของ

คู่กรณีก็ยังคงอยู่ โดยแนวคิดนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ในชั้นล้มละลาย จึงต้องเป็นหนี้ที่มีมูลจากคู่กรณีที่สองฝ่ายที่เป็นคู่ค้ำกันแต่เดิม มิใช่บุคคลผู้รับโอนหนี้มาแต่อย่างใด หลักหักกลบลบหนี้ในกรณีทั่วไป ถือได้ว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายที่จะได้รับชำระหนี้ เปรียบเสมือนเจ้าหนี้มีประกันละเอียดของการชำระหนี้ที่ซ้ำซ้อนกัน การไม่นำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย จะทำลายความเชื่อถือของคู่กรณี ที่เชื่อถือยินยอมก่อนหนี้หรือทำการค้าซึ่งกันและกัน โดยคิดว่าจะได้รับชำระหนี้โดยปลอดภัย จึงไม่ยุติธรรมที่จะให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลายต้องชำระหนี้เต็มจำนวนและต้องมาพิสูจน์หนี้ของตนต่อเจ้าหนี้อีกฝ่ายที่ล้มละลายอีก¹⁶ นอกจากนี้การหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลาย ยังช่วยให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลาย ไม่ต้องมารับผลกระทบจากการล้มละลายของเจ้าหนี้อีกฝ่ายหนึ่ง ช่วยให้เกิดกระบวนการในการจัดการทรัพย์สินในชั้นล้มละลาย ยังทำให้จำนวนหนี้ลดลงและลูกหนี้พื้นฐานล้มละลาย¹⁷

จากแนวความคิดเดิมที่เห็นว่าการนำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลายเป็นการฝ่าฝืนหลักสัดส่วน *Pari passu* และทรัพย์สินในกองทรัพย์สินได้ลดน้อยลง เป็นการกระทบประโยชน์สาธารณะอันได้แก่เจ้าหนี้อื่น เป็นผลให้เจ้าหนี้ต้องชำระหนี้ที่ตนมีแก่ผู้ล้มละลายเต็มจำนวน และมีภาระที่ต้องพิสูจน์หนี้ที่ตนเป็นเจ้าหนี้กับกองทรัพย์สินอีก จึงเกิดแนวคิดอีกด้านหนึ่งขึ้น กล่าวคือ ในภาวะปกติคู่กรณีเป็นคู่ค้ำกันก็จะเชื่อมั่นในศักยภาพทางการเงินของอีกฝ่าย ต่างฝ่ายต่างคาดหวังจะได้รับชำระหนี้จากอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคาดหวังเช่นนั้น จึงเป็นธรรมชาติที่คู่กรณีที่ทำการค้ากันมาจะได้สิทธิหักกลบลบหนี้ แม้จะมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มละลาย สิทธิในการหักกลบลบหนี้ของคู่กรณีก็ยังคงอยู่ โดยแนวคิดนี้จะนำมาหักกลบลบหนี้ในชั้นล้มละลายจึงต้องเป็นหนี้ที่มีมูลจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นคู่กันแต่เดิม มิใช่บุคคลผู้รับโอนหนี้มาแต่อย่างใด หลักหักกลบลบหนี้ในกรณีทั่วไปถือว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายที่จะได้รับชำระหนี้ เปรียบเสมือนเจ้าหนี้มีประกันและละเอียดของการชำระหนี้ที่ซ้ำซ้อนกัน การไม่นำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย จะทำลายความเชื่อถือของคู่กรณี ที่เชื่อถือยินยอมก่อนหนี้หรือทำการค้าซึ่งกันและกัน โดยคิดว่าจะได้รับชำระหนี้โดยปลอดภัย จึงไม่ยุติธรรมที่จะให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลายต้องชำระหนี้เต็มจำนวนและต้องมาพิสูจน์หนี้ของตนต่อเจ้าหนี้ของตนต่อเจ้าหนี้อีกฝ่ายที่ล้มละลายอีก¹⁸ นอกจากนี้การหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลาย ยังช่วยให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลายไม่ต้องมารับผลกระทบจากการล้มละลายของเจ้าหนี้อีกฝ่ายหนึ่ง ช่วยให้เกิด

¹⁶ Roy Goode a (1997). **Principle of Corporate Insolvency law.** pp. 173-174.

¹⁷ Philip R. Wood a. Op.cit. p. 75.

¹⁸ Roy Goode a. Loc.cit.

กระบวนการในการจัดการทรัพย์สินในชั้นล้มละลาย ยังทำให้จำนวนหนี้ลดลงและลูกหนี้พ้นจากฐานะล้มละลาย ยังทำให้จำนวนหนี้ลดลงและลูกหนี้พ้นจากฐานะล้มละลาย¹⁹

แอนดรู คีย์ (Andrew Keay) และ ปีเตอร์ วอลตัน (Peter Walton) ได้กล่าวไว้ว่า “สิทธิหักกลบลบหนี้ถูกอธิบายไว้ในบทที่ 33 และได้ถูกรับรองสิทธิไว้ในกฎข้อที่ 4.90 ในเรื่องการชำระบัญชี และในมาตรา 323 ในเรื่องการล้มละลาย การหักกลบลบหนี้ได้รับการรับรองให้เป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของ “หลักสัดส่วน” (Pari Passu) ด้วยเหตุผลการเมืองและความยุติธรรม Parke B ได้กล่าวไว้ในคดี Forster v Wilson ((1843) 12 M & W 191; 152 ER 1165) โดยกล่าวไว้ว่า จุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ของการหักกลบลบหนี้ในการชำระบัญชีและในกระบวนการล้มละลาย คือ ต้องการที่จะทำให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณี ในกรณีที่ หนี้เกิดขึ้นจากลูกหนี้ในคดีล้มละลายและเกี่ยวข้องกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (ที่ 204, 1171) ความยุติธรรมอาจจะถูกทำให้เกิดขึ้นโดยถ้าคู่กรณีซึ่งทำข้อตกลงกับบริษัทฯ ต้องการที่จะปลดหนี้ของตนที่มีอยู่กับบริษัทฯ ซึ่งมีหนี้สินส่วนตัวและได้รับเพียงสิทธิเรียกร้องที่จะขอส่วนแบ่งในทรัพย์สินในกระบวนการชำระบัญชีบริษัท (คดี Morris v Agrichemi-cals Ltd (1996) BCC 204 at 209 (CA))”²⁰

2.1.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกหนึ่งประเทศที่นำเรื่องของสิทธิหักกลบลบหนี้มาบัญญัติรับรองสิทธิไว้ในกฎหมายล้มละลาย ซึ่งประเทศไทยได้นำกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาในหมวดของการฟื้นฟูกิจการมาเป็นต้นร่างต้นแบบในการร่างกฎหมายฟื้นฟูกิจการที่ปรากฏในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 จึงมีความจำเป็นในการที่จะต้องศึกษาประวัติศาสตร์และแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา

ประวัติความเป็นมาและแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สิทธิของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้ (Set-Off) เราแทบจะเรียกได้ว่าอาจจะไม่มีสิทธิของเจ้าหนี้แบบใดที่มีความชัดเจน และมีความเก่าแก่ไปกว่าสิทธิหักกลบลบหนี้ โดยที่มาของสิทธิหักกลบลบหนี้นี้มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน โดยรากฐานของแนวความคิดนี้มีความชัดเจนมากกว่า ในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินซึ่งกันและกันกับบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ถ้า Max เป็นหนี้ Roberta จำนวน 25 dollar* และ Roberta เป็นหนี้ Max จำนวน 10 dollar สิทธิหักกลบลบหนี้ก็นำให้สิทธิแก่ Max ในการหักกลบลบหนี้

¹⁹ Philip R. Wood a. Loc.cit.

²⁰ Andrew Keay and Peter Walton. (2003). **Insolvency law: Corporate and Personal.** p. 397.

*ซึ่งในขณะทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อัตราแลกเปลี่ยน เป็นดังนี้ 1 U.S. dollar = 32.2997416 บาท

จำนวน 10 dollar ต่อ Roberta ได้ ซึ่งเงินจำนวน 10 dollar นั้น Roberta เป็นหนี้ต้นอยู่ ส่งผลให้ Max มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้ Roberta เพียงจำนวน 15 dollar

สำหรับในบริบทในทางการพาณิชย์นั้น การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้มีผลกระทบชัดเจนต่อธุรกิจของลูกค้า มันมีผลกระทบเช่นเดียวกับในกรณีการใช้สิทธิในหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินของลูกค้า และเป็นที่น่าพอใจว่า การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้เป็นรูปแบบของการใช้สิทธิด้วยตนเองที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น ถ้าบริษัท F เป็นหนี้ ธนาคาร P จำนวน 60,000 dollar และในขณะเดียวกัน บริษัท F ก็มีบัญชีเงินฝากอยู่ในธนาคาร P จำนวน 10,000 dollar ประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้นหากธนาคาร P ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ คือจะทำให้เป็นดังเช่นเจ้าหนี้มีประกัน จำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชี เปรียบเสมือนหลักทรัพย์ที่ใช้ค้ำประกัน ธนาคาร P สามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในเงินในบัญชีเงินฝากของบริษัท F ที่ยังคงมีอยู่ในบัญชี จำนวน 60,000 dollar ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องของธนาคาร P ส่งผลให้เหลือจำนวนหนี้ที่เป็นที่พอใจของบริษัท F และทำให้เงินในบัญชีธนาคารของบริษัท F ที่อยู่ในธนาคาร P คงเหลือเพียง 40,000 บาท ถ้าบริษัท F วางแผนที่จะใช้เงินจำนวน 100,000 dollar ในบัญชีจ่ายให้ลูกจ้างของตน มันจะส่งผลให้เกิดผลกระทบอย่างชัดเจน และเกิดผลเสียหายอย่างมากต่อความสามารถของบริษัท F ในการดำเนินธุรกิจของตนต่อไป

สิทธิในการหักกลบลบหนี้ที่อนุญาตให้ใช้ได้สำหรับคู่ความผู้ซึ่งมีหนี้สินซึ่งกันและกันนั้น การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้เป็นสิ่งที่จักรวาลในการดำเนินกิจการทางการค้าระหว่างพ่อค้าด้วยกันผู้ซึ่งมีการซื้อและขายสินค้าเป็นปกติ แต่มันจะเป็นวิธีการที่มีความสำคัญที่สุดเมื่อมีการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้โดยธนาคาร ต่อเงินฝากที่ธนาคารเป็นผู้ถืออยู่ซึ่งเงินฝากดังกล่าวฝากไว้โดยลูกค้าที่กู้ยืมเงินจากธนาคาร

จำนวนเงินที่ฝากอยู่ในธนาคารนั้น เป็นตัวแทนที่แสดงถึงหนี้ที่ธนาคารมีต่อลูกค้าของธนาคาร ในกรณีที่ลูกค้าของธนาคารได้กู้ยืมเงินจากธนาคารและต่อมาหลังจากนั้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ ธนาคารมักจะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ต่อเงินในบัญชีของลูกค้าที่ธนาคารยึดถืออยู่ สิทธิชนิดนี้มาจากสัญญาระหว่างลูกค้าผู้ฝากเงินและธนาคาร สิทธิหักกลบลบหนี้เป็นสิทธิที่มีประโยชน์ซึ่งธนาคารมักจะเรียกร้องให้ผู้กู้ยืมเงินมีเงินเก็บรักษาไว้ในบัญชีเป็นจำนวนขั้นต่ำไว้ มีลักษณะเป็นรูปแบบของหลักประกันอีกแบบหนึ่ง²¹

สำหรับกฎหมายฟื้นฟูกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมาจากกฎหมายล้มละลาย โดยที่รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายล้มละลาย อย่างเดียวไม่สามารถแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นภายในประเทศได้ ดังนั้นจึงต้องมีการวางหลักการต่างๆ เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ประสบปัญหาทางการเงินอันเป็นการเสริมสร้างศักยภาพให้แก่กฎหมายล้มละลาย

²¹ Jeff Ferriell and Edward J. Jangen. (2007). *Understanding Bankruptcy*. pp. 70-71.

และส่งเสริมให้บรรดาธุรกิจน้อยใหญ่สามารถฟื้นตัวและสร้างเศรษฐกิจให้มีความเจริญก้าวหน้าต่อไปได้ ซึ่ง ปัจจุบันกฎหมายฟื้นฟูกิจการนี้ปรากฏอยู่ใน Chapter 11 ใน Bankruptcy Code

กฎหมายฟื้นฟูกิจการในหมวดที่ 11 Chapter 11 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนี้ไม่ได้เกิดจากการร่างเพียงครั้งเดียว และบัญญัติออกมาใช้แต่ต้องอาศัยระยะเวลาอันยาวนาน และมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายอีกหลายฉบับ โดยในภาวะที่เศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก สหรัฐอเมริกาก็ประสบกับปัญหานี้และได้รับผลกระทบเป็นอย่างมาก ในช่วงเวลานั้นรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการไว้ใน The Chandler Act 1938 โดยอยู่ใน Chapter 10-12 โดยใน Chapter 10 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของบริษัทมหาชนขนาดใหญ่ ใน Chapter 11 เป็นการให้ความคุ้มครองในส่วนที่ไม่ปรากฏในหมวดที่ 10 (Chapter 10) และในหมวดที่ 12 (Chapter 12) บัญญัติเกี่ยวกับการจัดการในอสังหาริมทรัพย์ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1978 สภาองเกรสแห่งสหรัฐอเมริกา ได้รวบรวมหมวดที่ 10-12 (Chapter 10-12) ใน The Chandler Act 1938 มาเป็นหมวดที่ 11 (Chapter 11) ในประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ดังที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนี้

การฟื้นฟูกิจการตามหมวดที่ 11 (Chapter 11) ของสหรัฐอเมริกานั้น เป็นกระบวนการที่ง่ายและยุ่งยากน้อยกว่าของไทย เพราะแต่ละขั้นตอนกฎหมายจะพยายามช่วยให้ลูกหนี้ประสบความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ เพื่อกลับมาชำระหนี้ได้อีกครั้งหนึ่ง (Repay debt) เพื่อให้ยังคงสินทรัพย์ของตนเองเอาไว้ให้ได้ (Retain assets) และยังคงธุรกิจของตนไว้เช่นเดิม (Remain in businesses) ซึ่งทำให้ Chief Justice William H. Rehnquist ถึงกับกล่าวไว้ว่า “หมวดที่ 11 (Chapter 11) กลายเป็นเครื่องมืออันสำคัญยิ่งในอันที่จะวางโครงสร้างใหม่ให้แก่บริษัทของสหรัฐอเมริกา โดยนายอันกว้างขวางเพื่อนายจ้าง เพื่อผู้ที่ถูกพักงาน เพื่อคู่แข่งทางธุรกิจและเพื่อเศรษฐกิจทั้งมวล” แต่กระนั้นก็ตาม Chapter 11 ก็ยังได้ชื่อว่าเป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อนที่สุด (Most complex) สิ้นเปลืองเวลามากที่สุด (Time – Consuming) และเสียค่าใช้จ่ายมากที่สุด (Expensive) ในบรรดากระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายทั้งหมด ถึงกับมีคำฉาวไว้ว่าหมวดที่ 11 (Chapter 11) มีการร้องขอให้ดำเนินคดีในศาลเพียงร้อยละ 5 ของคดีล้มละลายทุกประเภท แต่ใช้เวลาในศาลถึงร้อยละ 90 ของคดีล้มละลายทั้งหมด

2.1.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

สำหรับในส่วนของระบบกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) นับว่ามีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการศึกษานโยบายและหลักการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย เนื่องจากว่าประเทศไทยก็เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายประเภท

ประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายว่าด้วยการหักกลบลบหนี้ของไทยส่วนใหญ่ได้บัญญัติรับรองหลักการเรื่องการหักกลบลบหนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในหัวข้อนี้จะศึกษาแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ยอมรับการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายแพ่ง มาใช้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการเช่นเดียวกัน มีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

2.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

การหักกลบลบหนี้ (相殺, そ う さ つ, sousatsu) ในกฎหมายประเทศญี่ปุ่นปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นโดยหลักทั่วไปมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นตั้งแต่มาตรา 505 ถึงมาตรา 512 ซึ่งมีรากฐานมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งการหักกลบลบหนี้ หรือการหักชดเชยค่าเสียหายในอัตราที่เท่ากัน ซึ่งถูกชาวญี่ปุ่นเรียกในภาษาพูดโดยทั่วไปว่า “Sashi-hiki kanjō” โดยเมื่อบุคคลสองคน มีหนี้สินซึ่งกันและกัน ซึ่งมันเกิดขึ้นอยู่ในความต้องการที่จะชดเชยหนี้ที่มีต่อกันทั้งคู่ ตามวิธีการและการวินิจฉัยคดีตามกฎหมาย การหักกลบลบหนี้ได้รับการยอมรับเพราะมันมีประโยชน์หลายประการ เช่น

- 1) การหักกลบลบหนี้ช่วยลดความยากลำบากในการชำระหนี้และการรับชำระหนี้ของทั้งสองฝ่าย
- 2) เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกลายเป็นบุคคลมีหนี้สินส่วนตัว การหักกลบลบหนี้ช่วยป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีฝ่ายอื่น และ
- 3) การหักกลบลบหนี้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องปฏิเสธไม่ชำระหนี้ การหักกลบลบหนี้ทำให้คู่ความไม่จำเป็นต้องมีการกระทำการใดที่เป็นการชำระหนี้โดยตรง

โดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข กระบวนการ เวลาใช้สิทธิ และข้อห้ามที่ไม่สามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ บทบัญญัติในเรื่องนี้จึงมีความน่าสนใจในการนำมาศึกษาเป็นอย่างยิ่ง²²

ประเทศญี่ปุ่นเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศที่ยอมรับการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายแพ่งมาใช้ในคดีล้มละลายโดยมีความคิดว่า ในภาวะปกติคู่กรณีเป็นคู่ค้ากันก็จะเชื่อมั่นในศักยภาพทางการเงินของอีกฝ่าย ต่างฝ่ายต่างคาดหวังจะได้รับชำระหนี้จากอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคาดหวังเช่นนั้น จึงเป็นธรรมชาติที่คู่กรณีที่ทำการค้ากันมาจะได้สิทธิหักกลบลบหนี้ แม้จะมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งล้มละลายสิทธิในการหักกลบลบหนี้ของคู่กรณีก็ยังคงอยู่ โดยแนวคิดนี้จะนำมาหักกลบลบหนี้ในชั้นล้มละลายจึงต้องเป็นหนี้ที่มีมูลจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่เป็นคู่กันแต่เดิม มิใช่บุคคลผู้รับโอนหนี้แต่อย่างใด หลักหักกลบลบหนี้ในกรณีทั่วไปถือว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายที่จะได้รับชำระหนี้ เปรียบเสมือนเจ้าหนี้มีประกันและเลี่ยงการชำระหนี้ที่ซ้ำซ้อนกัน การไม่นำ

²² J.E. de Becker. (1979). *Annotated Civil Code of Japan*. p. 108.

หลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย จะทำลายความเชื่อถือนี้ของคู่กรณี ที่เชื่อถือยินยอมก่อนนี้หรือทำการค้าซึ่งกันและกัน โดยคิดว่าจะได้รับชำระหนี้โดยปลอดภัย จึงไม่ยุติธรรมที่จะให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลายต้องชำระหนี้เต็มจำนวนและต้องมาพิสูจน์หนี้ของตนต่อเจ้าหนี้ของตนต่อเจ้าหนี้อีกฝ่ายที่ล้มละลายอีก²³ นอกจากนี้การหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายยังช่วยให้เจ้าหนี้ฝ่ายที่ไม่ล้มละลายไม่ต้องมารับผลกระทบจากการล้มละลายของเจ้าหนี้อีกฝ่ายหนึ่ง ช่วยให้ลดกระบวนการในการจัดการทรัพย์สินในชั้นล้มละลาย ยังทำให้จำนวนหนี้ลดลงและลูกหนี้พ้นจากฐานะล้มละลาย ยังทำให้จำนวนหนี้ลดลงและลูกหนี้พ้นจากฐานะล้มละลาย²⁴

2.1.3 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ตามแนวทางการร่างกฎหมายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)

คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UN Commission on International Trade Law ย่อว่า UNCITRAL) เป็นองค์กรภายใต้การสนับสนุนของสหประชาชาติ องค์กร นี้ได้ร่าง UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in 1985 ซึ่งเป็นข้อตกลงอันเกี่ยวข้องกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ซึ่งใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ จัดตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี 1966 ด้วยแนวคิดที่ว่า กฎหมายที่ว่าด้วยการค้าของแต่ละประเทศนั้น สร้างอุปสรรคในขับเคลื่อนทางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น คณะกรรมการนี้จะเป็นกลไกสำคัญของสหประชาชาติเพื่อเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการลดและขจัดอุปสรรคเหล่านั้น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้คณะกรรมการนี้มีภาระหน้าที่ในการยกระดับความกลมกลืนและเป็นเอกภาพของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติประกอบด้วย ประเทศสมาชิก 60 ประเทศ ซึ่งเลือกตั้งโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติโดยพิจารณาถึงความหลากหลายของภูมิภาค ตลอดจนระบบเศรษฐกิจและระบบกฎหมาย ซึ่งประเทศสมาชิกของคณะกรรมการนี้มีวาระ 6 ปี

การบังคับใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ระหว่างกัน (Mutual Obligations) ตามกฎหมายล้มละลายที่มีเกิดขึ้นจากธุรกรรมหรือการกระทำของลูกหนี้ก่อนการเริ่มดำเนินกระบวนการนั้น มีความสำคัญไม่เพียงต่อความแน่นอนทางการค้าและการขอสินเชื่อ แต่ยังรวมถึงเป็นการป้องกันการใช้กระบวนการล้มละลายโดยผิดจุดประสงค์ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายล้มละลายจึงควรให้มีการคุ้มครองสิทธิในการหักกลบลบหนี้ดังกล่าว

²³ Roy Goode a. Loc.cit.

²⁴ Philip R. Wood a. Loc.cit.

ในเขตอำนาจศาลส่วนใหญ่ สิทธิในการหักกลบลบหนี้จะไม่ได้รับผลกระทบจากการพักการชำระหนี้ในคดีล้มละลาย และอาจใช้สิทธินี้ได้หลังจากเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลายไม่ว่าหนี้ระหว่างกันนั้น จะเกิดขึ้นจากสัญญาเดียวกันหรือหลายสัญญา หรือไม่ว่าหนี้ระหว่างกันนั้น จะถึงกำหนดชำระก่อนหรือ หลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลายก็ตาม ในเขตอำนาจศาลบางแห่งมีการกำหนดความแตกต่าง กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้หลังการดำเนินกระบวนการสำหรับหนี้ที่ถึงกำหนดชำระก่อนการเริ่มดำเนิน กระบวนการล้มละลาย สามารถกระทำได้ แต่การหักกลบลบหนี้หลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย สำหรับหนี้ที่ถึงกำหนดชำระหลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย จะกระทำได้โดยมีข้อจำกัด หรือไม่ ได้รับอนุญาตให้ทำได้

วิธีการซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งคือยอมให้ใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ไม่ว่าหนี้ระหว่างกันจะถึงกำหนดก่อนหรือหลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย แต่การพักการใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะ เช่นเดียวกับกับการพักการใช้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน ในระบบที่นำวิธีการทางเลือกนี้มาใช้ เจ้าหนี้จะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันต่อเมื่อมีสิทธิในการหักกลบลบหนี้แต่ไม่ได้ใช้สิทธินั้น และสิทธิเหล่านี้จะได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในหลักประกัน²⁵

2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย

ในสภาพความเป็นจริงทุกคนย่อมต้องมีทรัพย์สินเป็นของตนเองและย่อมต้องก่อหนี้สินขึ้นเช่นเดียวกัน อันอาจทำให้ต้องตกอยู่ในฐานะความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน และต้องมีการชำระหนี้ให้แก่ผู้เป็นเจ้าหนี้ในมูลหนี้ต่างๆ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ วิธีการชำระหนี้ ซึ่งมีการบังคับชำระหนี้โดยใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล โดยอาศัยอำนาจแห่งมูลหนี้ที่เจ้าหนี้สามารถจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

2.2.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้เป็นวิธีการชำระหนี้อย่างหนึ่งที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ทั้งสองฝ่ายต่างนำสิทธิเรียกร้องในหนี้ของตนไปฟ้องแยกกันเป็นคนละคดี อันจะทำให้เป็นวิธีการที่ช้าช้อนและเกิดความสิ้นเปลืองไปโดยเปล่าประโยชน์ จึงมีการยินยอมให้มีการระงับของหนี้ทั้งสองฝ่ายในส่วนที่เท่ากันหรือในจำนวนที่ตรงกัน กล่าวคือทำให้หนี้ของฝ่ายที่น้อยกว่าระงับ

²⁵ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. (2551). แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL). หน้า 214-215.

ไปในส่วนที่ตรงกัน ส่วนหนึ่งของฝ่ายที่มีจำนวนมากกว่าก็ยังคงเป็นหนี้ที่ค้างอยู่แก่อีกฝ่ายหนึ่ง²⁶ กล่าวคือ เป็นการทำให้หนี้ที่ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กันระงับไปในส่วนที่ตรงกันหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าทำให้แต่ละฝ่ายได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นและได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนในส่วนที่ทั้งสองฝ่ายมีจำนวนหนี้สินที่ตรงกัน การชำระหนี้โดยวิธีการหักกลบลบหนี้จึงทำให้เกิดความสะดวกแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ ทั้งยังประหยัดเวลาและลดค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้อีกด้วย ดังนั้นจึงควรศึกษาถึงหลักการหักกลบลบหนี้ ซึ่งมีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไป

2.2.1.1 ที่มาของการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เดิมกฎหมายไทยมีบทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พุทธศักราช 2466 อยู่ในภาค 6 ความระงับหนี้ ลักษณะ 3 ตั้งแต่มาตรา 417-423 ต่อมาในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 กรรมการร่างกฎหมายเห็นควรบัญญัติขึ้นใหม่ให้ชัดเจน ดังนั้นจึงได้มีการบัญญัติหลักทั่วไปเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องหนี้ ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป หมวด 5 ความระงับหนี้ ตั้งแต่มาตรา 338 ถึงมาตรา 345 (ภายหลังได้มีการลำดับเลขมาตราใหม่เป็นมาตรา 341 ถึงมาตรา 348 จนถึงปัจจุบัน) โดยในการร่างบทบัญญัติดังกล่าว ได้มีการนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาเป็นแบบในการร่างเป็นส่วนใหญ่ นอกจากนี้ก็ได้นำหลักกฎหมายบางส่วนมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ มาตรา 338, 339 และมาตรา 340 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 505, 506 และมาตรา 507 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 341 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 390 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 342 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 509 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 343 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 394 ตอน 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 344 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 511 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 345 บัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 396 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

จากที่มาของบทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ของไทยจะเห็นได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายญี่ปุ่นเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตามท่าน เจ.อี.เคอ เบเคอร์ (J.E. de Becker) ได้อธิบายว่าประมวลกฎหมายญี่ปุ่นก็มีที่มาจากประมวลกฎหมายเยอรมันเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 505 เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายเยอรมันมาตรา 387 และ 389 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 506 เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 388 และ 389 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 507 เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 391 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 509 เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมาย

²⁶ Reinhard Zimmermann. (1996). *The Law of Obligation: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. p.760.

แพ่งเยอรมันมาตรา 393 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 511 เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 392²⁷ อันแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติขึ้นโดยประมวลอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นหลักในการร่างอยู่ด้วย ในการพิจารณาหลักกฎหมายหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงควรต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศดังกล่าววินิจฉัยประกอบด้วย เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีอยู่

2.2.1.2 แนวคิดของการหักกลบลบหนี้

เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการหักกลบลบหนี้ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีส่วนหนึ่งส่วนใดให้คำนิยามความหมายของ “การหักกลบลบหนี้” ไว้ คงมีมาตรา 341 เท่านั้นที่บัญญัติหลักเกณฑ์และลักษณะของการหักกลบลบหนี้ไว้ว่า “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดชำระ ไซ้รู้ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบหนี้กันได้ เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้” ในที่นี้ผู้เขียนจึงขอยกคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ที่ได้ให้ความหมายของ “การหักกลบลบหนี้” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่า หักกลบลบหนี้ก็เป็นวิธีการระงับหนี้วิธีหนึ่ง โดยที่ลูกหนี้ของหนี้รายหนึ่งได้เป็นเจ้าหนี้ในหนี้อีกรายหนึ่ง และลูกหนี้ในหนี้รายที่สองเป็นเจ้าหนี้ในรายต้น ดังนี้หนี้ทั้งสองจึงหักกลบลบกันไป²⁸

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร อธิบายว่า หักกลบลบหนี้เป็นเรื่องที่บุคคล 2 คน ต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้สลับกันในหนี้ 2 ราย ซึ่งแทนที่ต่างคนต่างต้องชำระหนี้ให้แก่กัน กฎหมายยอมให้หนี้ของแต่ละฝ่ายระงับลงโดยการหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องของตน ตัวอย่างเช่น ก. เป็นหนี้เงินกู้ ข. อยู่ 10,000 บาทและ ข. เป็นหนี้ค่าซื้อสินค้าจาก ก. อยู่ 10,000 บาท ดังนี้เงินกู้ของ ก. อาจระงับลงด้วยการหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องให้ชำระค่าสินค้าของ ก. และหนี้ราคาสินค้าซึ่ง ข. จะต้องชำระให้ ก. นั้น อาจระงับลงด้วยการหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องในสัญญาของ ข.²⁹

อาจารย์ชล ชีรกุล อธิบาย การหักกลบลบหนี้เป็นวิธีระงับอย่างหนึ่งอันเป็นวิธีพิเศษสำหรับกรณีที่มีหนี้ต่างตอบแทนกัน กล่าวคือ เจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างก็เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน หนี้ระหว่างบุคคลทั้งฝ่ายจะหลุดพ้น ในเมื่อหนี้นั้นถึงกำหนดชำระเพียงเท่าจำนวนที่

²⁷ J.E. de Becker. Op.cit. pp. 107-113.

²⁸ จิต เศรษฐบุตร. (2540). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. หน้า 188.

²⁹ โสภณ รัตนกร ก (2553). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 526.

ตรงกัน ในมูลหนี้ทั้งสองฝ่าย เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้ หรือเป็นการขัดกับเจตนาคู่กรณีได้แสดงไว้³⁰

รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา อธิบายว่า การหักกลบลบหนี้ คือ กรณีซึ่งลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และมีการทำให้หนี้ของแต่ละฝ่ายระงับลง โดยการนำหนี้ขึ้นมาหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่ การหักกลบลบหนี้จึงเป็นวิธีการระงับหนี้โดยไม่ต้องชำระหนี้ให้แก่กัน³¹

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของการหักกลบลบหนี้ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวข้างต้นซึ่งอาจสรุปได้ว่าการหักกลบลบหนี้เป็นวิธีการระงับหนี้วิธีหนึ่ง โดยที่บุคคล 2 คนต่างเป็นเจ้าหนี้อีกหนี้สลับกันในหนี้ 2 ราย ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างก็เป็นเจ้าหนี้ซึ่งกันและกัน หนี้ทั้งสองจะหักกลบลบกันไปเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระเพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่าย เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้ หรือเป็นการขัดกับเจตนาคู่กรณีได้แสดงไว้ลูกหนี้ของหนี้รายหนึ่งได้เป็นเจ้าหนี้ในหนี้อีกรายหนึ่ง ส่วนหลักเกณฑ์และผลของการหักกลบลบหนี้จะมีเป็นประการใด เจ้าหนี้และลูกหนี้จะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้แก่ไหนเพียงใด ผู้เขียนจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

2.2.1.3 ลักษณะของการหักกลบลบหนี้

ในหัวข้อนี้จะศึกษาลักษณะของการหักกลบลบหนี้ โดยหลักทั่วไปการหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย แต่ยังมีกรณีที่มีการหักกลบลบหนี้เกิดขึ้นโดยผลของสัญญาที่เกิดจากการตกลงกันคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) การหักกลบลบหนี้ที่เกิดขึ้นโดยผลของสัญญา

การใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ อาจเกิดขึ้นได้โดยผลของการคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์กัน และยอมให้แต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะนำหนี้ที่แต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกันมาหักกลบลบกันได้ หรือให้สิทธิแก่คู่กรณีแต่เพียงฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเท่านั้นที่มีสิทธิที่จะนำหนี้ที่แต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกันมาหักกลบลบกันได้ อันเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นเอง

นอกจากนั้น ในสัญญาบัญชีเดินสะพัดที่คู่สัญญาตกลงตัดทอนบัญชีหนี้ อันเกิดจากการทำธุรกิจระหว่างกันทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และชำระหนี้ในส่วนที่ฝ่ายหนึ่งยังคงค้างชำระอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้เกิดความสะดวกในทางการค้าของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้น ก็มีลักษณะเป็นการหักกลบลบหนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีที่ลูกค้าทำกับธนาคารพาณิชย์ที่

³⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ และ ยล ชีรกุล. (2503). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452. หน้า 223.

³¹ อรพรรณ พันธ์พัฒนา. (2546). คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. หน้า 96.

ธนาคารพาณิชย์ยินยอมให้ลูกค้าเบิกถอนเงินกว่าจำนวนเงินในบัญชีเงินฝากกระแสรายวันของลูกค้าที่ฝากไว้กับธนาคารพาณิชย์ หากลูกค้ามิได้เบิกถอนเงินเกินกว่าจำนวนเงินฝากในบัญชีเงินกระแสรายวัน ลูกค้าก็จะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ธนาคารพาณิชย์ แต่หากลูกค้าเบิกถอนเงินเกินกว่าจำนวนเงินฝากในบัญชีเงินกระแสรายวันแล้ว ลูกค้าก็จะอยู่ในฐานะลูกหนี้ธนาคารพาณิชย์ อันจะทำให้ทั้งธนาคารพาณิชย์และลูกค้าอาจเป็นเจ้าหนี้สลับกันไปตลอดเวลา ก็มีลักษณะเป็นสัญญาบัญชีเดินสะพัดถือเป็นการหักกลบลบหนี้ที่เกิดขึ้นโดยผลของสัญญา

การหักกลบลบหนี้โดยผลของสัญญานี้ไม่จำเป็นที่จะต้องครบตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ คู่สัญญาอาจไม่ต้องแสดงเจตนาทุกครั้งในการหักกลบลบหนี้ แต่คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาลงกันให้มีการหักกลบลบหนี้ล่วงหน้าได้ ซึ่งในธุรกิจของธนาคารพาณิชย์นั้นส่วนใหญ่ธนาคารพาณิชย์มักจะให้ลูกค้าที่มาขอสินเชื่อต่อธนาคารพาณิชย์ทำข้อตกลงยินยอมให้มีการหักกลบลบหนี้ล่วงหน้าไว้ก่อนแล้ว ข้อตกลงเช่นนี้สามารถบังคับได้ตามหลักกฎหมายสัญญา

ซึ่งข้อตกลงให้หักกลบลบหนี้ อาจพบได้ในสัญญาการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์ประเภทต่างๆ เช่น การกำหนดไว้ในสัญญาบัญชีเดินสะพัดให้ธนาคารพาณิชย์มีสิทธินำเงินฝากจากบัญชีเงินฝากประจำหรือเงินฝากประจำหรือเงินฝากออมทรัพย์มาหักกลบลบยอดเงินที่ลูกค้าเบิกเงินเกินบัญชีเดินสะพัดไป หรือลูกค้ายอมให้ธนาคารพาณิชย์หักเงินจากบัญชีเงินฝากมาชำระหนี้บัตรเครดิตได้เมื่อถึงกำหนดชำระ นอกจากธนาคารพาณิชย์อาจกำหนดให้ลูกค้าทำข้อตกลงต่างหากจากสัญญาสินเชื่อเพื่อให้ธนาคารพาณิชย์มีสิทธิหักเงินจากบัญชีเงินฝากของลูกค้าเองมาชำระหนี้ได้ เช่น การทำข้อตกลงยินยอมให้เงินฝากมาชำระหนี้ หรือข้อตกลงมอบเงินฝากเป็นประกันหนี้ ซึ่งให้สิทธิธนาคารหักเงินฝากของลูกค้าหนี้มาชำระหนี้ได้เมื่อมีเหตุที่ระบุไว้ในสัญญาว่าเป็นการผิดนัด

ส่วนข้อตกลงที่มีผลเป็นการยกเว้นกฎหมาย ได้แก่ การที่ให้คู่สัญญาสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้แม้หนี้รายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้น ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร ได้อธิบายไว้ว่า การหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ การที่จะเรียกให้ชำระหนี้ได้นั้นนั้นจะต้องถึงกำหนดแล้ว เพราะฉะนั้นการขอหักกลบลบหนี้ก็ต้องเป็นกรณีที่หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระแล้วด้วยกัน ถ้าฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้เพราะหนี้ถึงกำหนดแล้ว แต่หนี้ของฝ่ายหลังยังไม่ถึงกำหนด ฝ่ายหลังย่อมขอหักกลบลบหนี้โดยฝ่ายแรกไม่ยินยอมหาได้ไม่ ยิ่งกรณีนี้ที่หนี้ของทั้งสองฝ่ายยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระด้วยกัน ก็ย่อมไม่อาจหักกลบลบหนี้กัน ได้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกัน³²

³² โสภณ รัตนากร ก เล่มเดิม. หน้า 532.

มีผู้เคยศึกษาไว้ว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341 นี้สามารถยกเว้น โดยความยินยอมของคู่สัญญาได้ และการทำสัญญาให้มีการหักกลบลบหนี้กันล่วงหน้าก็สามารถตกลงกันได้ ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้แม้หนี้รายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ตาม ยกตัวอย่าง เช่น การกำหนดให้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกบุคคลอื่นเรียกร้อง หรือถูกฟ้องหรือกำลังจะถูกฟ้องไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีล้มละลาย หรือเมื่อมีเหตุพฤติการณ์ใดๆ ที่เชื่อได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายนั้น ไม่อาจชำระหนี้ได้ครบถ้วนไม่ว่าหนี้นั้นจะถึงกำหนดแล้วไม่ก็ตาม ก็ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายดำเนินการหักกลบลบหนี้ไปได้โดยไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระหรือได้รับความยินยอมจากฝ่าย

2) การหักกลบลบหนี้ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน โดยมูลหนี้อันนี้วัตถุเป็นอย่างเดียวกันและหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบหนี้ได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกัน ในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบหนี้ได้”

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการจัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้ แต่เจตนาเช่นนี้ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต

ตามบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการให้สิทธิแก่บุคคล 2 คน ที่เป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่อกัน โดยมูลหนี้นี้มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน เช่น เป็นหนี้เงินเหมือนกันและหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม และหนี้ทั้งสองรายนั้นจะระงับไปเพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันเท่านั้น หากยังคงเหลือหนี้อยู่เท่าใด ลูกหนี้ที่ยังคงค้างชำระหนี้อยู่กับอีกฝ่าย ก็ยังมีหน้าที่ในการชำระหนี้ต่อฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้นั้น

การหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมายนั้น ฝ่ายที่ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมจากอีกฝ่าย หรือต้องแจ้งให้อีกฝ่ายทราบล่วงหน้าแต่อย่างใด เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายสัญญาคือ หากคู่กรณีทำสัญญาตกลงจะไม่หักกลบลบหนี้กัน คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะทำการหักกลบลบหนี้โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมไม่ได้

2.2.1.4 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยเรื่องนี้ ตั้งแต่มาตรา 341 ถึงมาตรา 348 โดยมีสาระสำคัญอันเป็นหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายเป็นข้อๆ ได้ดังต่อไปนี้

1) บุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน

หลักที่ว่าบุคคลทั้งสองต่างต้องมีความผูกพันซึ่งกันและกันนี้มีอยู่ในมาตรา 341 ลักษณะของความผูกพันดังกล่าวนี้คือ มูลหนี้หรือหนี้สองรายซึ่งบุคคลสองคนต่างฝ่ายก็เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน³³ และหนี้ดังกล่าวต้องเป็นหนี้ซึ่งฝ่ายเจ้าหนี้นี้มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 194 หากหนี้รายใดรายหนึ่งเป็นเพียงหนี้ธรรมดาซึ่งฟ้องร้องบังคับกันไม่ได้แล้วยอมหักกลบลบหนี้ก็กรายไม่ได้³⁴ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 99/2512 ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยเกินอัตราเป็นการชำระหนี้โดยใจสมัครเรียกคืนไม่ได้ตามมาตรา 407 จึงหักกลบลบหนี้กับต้นเงินไม่ได้

จากหลักเกณฑ์ข้อนี้ หากไม่มีหนี้ต่อกัน หรือฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้แต่ฝ่ายเดียวก็ไม่มีอะไรจะมาหักกลบลบกันได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3348-3349/2516 การเล่นแชร์ที่มีวิธีการเล่นด้วยการให้ลูกวงที่เปียแชร์ได้ออกตัวสัญญาขอยืมเงินให้แก่ลูกวงแชร์ที่ยังไม่ได้เปียแชร์ไว้เป็นหลักฐาน โดยลงชื่อนายวงแชร์เป็นผู้กำกับไว้ด้วย และตัวนี้จะคืนให้แก่ผู้ออกตัว เมื่อลูกวงที่ถือตัวเปียแชร์ได้และได้รับเงินค่าแชร์จากผู้ออกตัวนั้น แม้ตัวสัญญาขอยืมดังกล่าวจะใช้ข้อสัญญานี้เป็นหลักฐานการกู้ยืมเรียกร้องให้ผู้ทำตัวนั้นชำระเงินโดยตรงไม่ได้ และนายวงแชร์เป็นผู้ที่มีหน้าที่รวบรวมเงินค่าแชร์คืนลูกวงที่ยังไม่ได้เปียแชร์เมื่อถึงกำหนดตามงวด นายวงแชร์เป็นเพียงผู้มีอำนาจชำระหนี้แทนและเป็นผู้กำกับตามตัวสัญญาขอยืมเงินเท่านั้น โจทก์จำเลยต่างเป็นลูกวงด้วยกัน แต่โจทก์ยังไม่ได้เปียแชร์เมื่อกำหนดตามงวดโดยนายวงได้หลบหนีไป ดังนั้น การที่จำเลยซึ่งเปียแชร์ได้ไปแล้วแต่ได้รับเงินค่าแชร์ที่เปียได้จากนายวงแชร์ไม่ครบ จึงเป็นเรื่องที่จำเลยจะต้องว่ากล่าวกับนายวงแชร์โดยตรงไม่เกี่ยวข้องกับโจทก์ จำเลยไม่มีสิทธิที่จะหักกลบลบหนี้กับโจทก์ในกรณีนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1516/2530 โจทก์ฟ้องจำเลยให้ชำระหนี้ตามสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีโจทก์และจำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมรับความกัน ต่อมาจำเลยผิคนัดชำระหนี้โจทก์ยื่นคำร้องว่ามีเงินของจำเลยที่ขายตัวดำแขกค้าได้โดยจำเลยได้จำนำผู้ร้องไว้บางส่วน

³³ เสนีย์ ปราโมช. (2527). ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 ภาคจบบริบูรณ์. หน้า 1504.

³⁴ แหล่งเดิม.

ซึ่งผู้ร้องมีสิทธิได้รับชำระหนี้ได้ ส่วนที่เหลือผู้ร้องไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะยึดหน่วงได้ ผู้ร้องแถลงว่าเงินจำนวนดังกล่าวได้นำไปหักกลบลบหนี้ที่จำเลยเป็นหนี้ผู้ร้องแล้ว เงินที่ขายถั่วแขกค่าของจำเลยในส่วนที่เหลือจากที่จำเลยได้จำนำผู้ร้อง และศาลอนุญาตให้ผู้ร้องนำเงินจำนวนนี้ไปเก็บรักษาไว้ จำนวนนี้จึงยังเป็นเงินของจำเลยที่ผู้ร้องเก็บรักษาไว้แทนศาล การที่ผู้ร้องนำไปหักชำระหนี้ที่จำเลยเป็นหนี้ผู้ร้อง มิได้เป็นการหักกลบลบหนี้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 เพราะเงินจำนวนนี้มิใช่หนี้ที่ถือได้ว่าจำเลยเป็นลูกหนี้ผู้ร้อง และหนี้ที่ผู้ร้องอ้างว่าจำเลยเป็นหนี้ผู้ร้องนั้นก็ยังไม่ฟ้องร้องกันที่ศาลเป็นหนี้ที่มีข้อต่อสู้อยู่ จึงไม่เป็นกรณีที่จะหักกลบลบหนี้ได้ ผู้ร้องไม่มีสิทธินำไปหักชำระหนี้แก่ผู้ร้องได้เมื่อเงินจำนวนนี้ยังเป็นของจำเลย โจทย์ยอมมีสิทธิให้ศาลยึดมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาให้โจทก์ได้

จากหลักเดียวกันนี้มีผลตามมาว่า หนี้ที่ลูกหนี้จะนำไปหักกับเจ้าหนี้จะต้องเป็นหนี้ของลูกหนี้ผู้ขอหักกลบเอง และเจ้าหนี้ที่จะขอหักกลบจะต้องเป็นหนี้อยู่กับลูกหนี้ผู้ขอหักกลบ ด้วยเหตุนี้ผู้ที่ทำการแทนผู้อื่น เช่น ผู้อนุบาลหรือผู้แทนโดยชอบธรรม ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องของคนไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์ไปหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ตนเองต้องชำระเป็นส่วนตัวทำนองเดียวกัน ตัวแทนก็ไม่อาจเอาสิทธิเรียกร้องของตัวการไปหักกลบลบหนี้ได้ หุ้นส่วนก็ไม่อาจเอาหนี้ของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลไปหักกลบลบหนี้ได้เช่นกัน แต่หลักดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นในกรณีที่ผู้ค้าประกันขอหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ ผู้ค้าประกันอาจเอาหนี้ของตนหรือของลูกหนี้ไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ก็ได้ เหตุที่ยอมให้ผู้ค้าประกันเอาหนี้ของลูกหนี้ไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ก็เพราะผู้ค้าประกันไม่ต้องรับผิดชอบกว่าลูกหนี้ และอาจยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นใช้กับเจ้าหนี้ได้ ทำนองเดียวกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694, 695 แต่อย่างไรก็ดี ลูกหนี้หาอาจเอาหนี้ของผู้ค้าประกันไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ไม่ ทำนองเดียวกับลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งก็ไม่อาจเอาหนี้ของลูกหนี้ร่วมคนอื่นไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 292 วรรคสอง)³⁵ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2539 จำเลยที่ 1 กู้เงินจากบริษัท จ. ไป 2,000,000 บาท โจทย์ขอกู้จากจำเลยที่ 1 จำนวน 300,000 บาท เงินที่โจทย์กู้ไปเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างจำเลยที่ 1 กับ โจทย์ ไม่เกี่ยวกับจำเลยที่ 1 กู้เงินจากบริษัท จ. ซึ่งจำเลยที่ 3 ถึงที่ 6 จะต้องร่วมรับผิดชอบตามสัญญา ประนีประนอมยอมรับความ จำเลยที่ 3 ถึงที่ 6 จะขอให้นำเงินจำนวน 300,000 บาท ดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยไปหักออกจากเงินที่ศาลล่างทั้งสองให้จำเลยที่ 3 ถึงที่ 6 รับผิดชอบ โจทย์หาได้ไม่

³⁵ โสภณ รัตนกร ก เล่มเดิม. หน้า 528-529.

นอกจากนี้การโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 306 หากเจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องไปโดยลูกหนี้ไม่ยินยอมเพียงแต่บอกกล่าวการโอน ลูกหนี้ก็มีสิทธินำหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมมาหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ผู้โอนได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 308 วรรคสองบัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้เป็นได้แต่ได้รับคำบอกกล่าว การโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้รับคำบอกกล่าวนั้นฉันใด ก็จะยกขึ้นเป็น ข้อต่อสู้แก่ผู้รับโอนได้ฉันนั้น ถ้าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน แต่สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนดใน เวลาบอกกล่าวไซ้ ท่านว่าจะเอาสิทธิเรียกร้องนั้นมาหักกลบลบหนี้กันก็ได้ หากว่าสิทธินั้นจะได้ถึง กำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องอันได้โอนไปนั้น”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341 นั้นใช้คำว่า “หนี้ทั้งสอง ราย” มิได้เจาะจงว่าต้องเป็นสองมูลหนี้ ดังนั้นหนี้ที่จะหักกลบลบหนี้กันนั้นอาจเกิดจากมูลหนี้ต่างมูล กันหรือมูลหนี้เดียวกันแต่ต่อมาเกิดความรับผิดชอบกลายเป็นลูกหนี้เจ้าหนี้ซึ่งกันและกันได้ เช่น ผู้ขนส่งที่ทำให้สินค้าของผู้ตราส่งเสียหาย หากผู้ตราส่งยังไม่ได้ชำระค่าระวางสินค้า ผู้ตราส่งอาจนำ ค่าเสียหายมาหักกลบลบหนี้กับค่าระวางสินค้าได้

ในส่วนของความผูกพันซึ่งกันและกันในธุรกิจธนาคารพาณิชย์นั้น โดยส่วน ใหญ่แล้วธนาคารพาณิชย์จะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้จากการปล่อยสินเชื่อให้กู้ยืมเงินเป็นหลัก แต่ในอีก ด้านหนึ่งของธนาคารพาณิชย์ก็อยู่ในฐานะลูกหนี้ ได้แก่ การให้บริการทางการเงินประเภทต่างๆ เช่น การออกหนังสือค้ำประกันแล้วลูกหนี้ที่เข้าค้ำประกันผิดนัด การจ่ายเงินตามเลตเตอร์ออฟ เครดิต เป็นต้น และการระดมเงินทุนจากประชาชนมาเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งลักษณะ การระดมทุนที่จะทำให้ธนาคารพาณิชย์อยู่ในฐานะลูกหนี้เช่นนี้ เช่น การรับฝากเงินจากประชาชน การออกบัตรเงินฝาก การออกหุ้นกู้ การกู้ยืมเงิน เป็นต้น ซึ่งหากมีบุคคลใดที่มาผูกพันสัมพันธ์กับ ธนาคารพาณิชย์ในลักษณะทั้งเป็นลูกหนี้จากการปล่อยสินเชื่อ และเป็นเจ้าหนี้จากการมีเงินฝาก อยู่กับธนาคารพาณิชย์ หรือเป็นเจ้าหนี้ของธนาคารพาณิชย์โดยอาศัยมูลหนี้อื่น ก็อาจเข้าหลักเกณฑ์ ในการหักกลบลบหนี้ในข้อนี้ได้

2) หนี้ทั้งสองรายต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน

การหักกลบลบหนี้คือการที่นำเอาหนี้ของทั้งสองฝ่ายมาหักกลบลบหนี้กัน โดยหนี้ที่จะนำมาหักกันได้นั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันด้วย ทั้งนี้เพราะการหักกลบลบหนี้เป็นการทำให้หนี้ระงับอย่างหนึ่งที่มีผลเสมือนการชำระหนี้ให้ระงับไป ดังนั้นการที่จะนำเอา หนี้ที่มีวัตถุประสงค์ต่างกันมาหักกลบลบหนี้ ก็เท่ากับเป็นการบังคับฝืนใจเจ้าหนี้ให้รับชำระหนี้ ต่างไปจากที่ตกลงกันไว้ อันเป็นการต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 320

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น วัตถุแห่งหนี้ มีความหมายได้ 2 นัยด้วยกันความหมายแรกหมายถึงสิ่งที่ลูกหนี้ต้องชำระแก่เจ้าหนี้ ได้แก่ หนี้กระทำการ หนี้เว้นกระทำการและหนี้โอนทรัพย์สิน³⁶ แต่ในอีกความหมายหนึ่งหมายถึงตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ คำว่าวัตถุแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 ใช้ในความหมายประการหลังนี้ คือกรณีที่จะหักกลบลบหนี้กันได้นั้น ทั้งสองฝ่ายต้องมีหนี้ที่จะส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ อย่างเดียวกันให้ซึ่งกันและกัน นอกจากนั้นทรัพย์สินที่จะส่งมอบกันนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินชนิดประเภทเดียวกันและใช้แทนกันได้ด้วย กล่าวคือจะต้องเป็นสังกมะทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 102 (เดิม) นั่นเอง ซึ่งได้แก่ ทรัพย์สินประเภท เงินตรา ข้าวเปลือก ข้าวสาร น้ำตาล รวมถึงหุ้นหรือหุ้นกู้ชนิดประเภทเดียวกันของบริษัทเดียวกัน และพันธบัตรรัฐบาลซึ่งเป็นชนิดประเภทเดียวกัน เป็นต้น เช่น ก.จะต้องชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายให้ ข. 100,000 บาท ข. มีหนี้จะต้องชำระเงินกู้ให้ ก. 200,000 บาท ข.อาจขอหักกลบลบหนี้เสีย 100,000 บาท คงชำระหนี้เงินกู้ให้ ก.เพียง 100,000 บาท หรือ ก. เป็นหนี้ต้องส่งข้าวเปลือกให้ ข. 10 เกวียน แต่ ข. ยืมข้าวเปลือกชนิดเดียวกันของ ก. ไปก่อนแล้ว 5 เกวียนก. อาจขอหักกลบลบหนี้โดยส่งข้าวเปลือกไปให้ ข.เพียง 5 เกวียนก็ได้³⁷ แต่อย่างไรก็ดีหากมีการกำหนดทรัพย์สินนั้นไว้แน่นอนแล้ว ทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งอาจไม่ใช่สังกมะทรัพย์อีกต่อไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 194 เช่น ก. มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบม้า 1 ตัวให้แก่ ข. โดย ข. ยังไม่ได้เลือกว่าเป็นม้าตัวไหน และ ข. ก็มีหนี้ที่จะต้องส่งมอบม้าให้แก่ ก. 1 ตัว โดย ก. ได้กำหนดเลือกแล้วว่าเป็นม้าตัวไหน ดังนี้ม้าที่ ข. จะต้องส่งมอบให้แก่ ก. จะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่ง ข. จะเอาม้าตัวอื่นมาส่งมอบแทนหาได้ไม่ ฉะนั้น ข. จะขอหักกลบลบหนี้ม้าที่ ก. จะต้องส่งให้ ข. โดยถือว่าหนี้ที่ตนจะต้องส่งมอบม้าระงับไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีนี้ถ้า ก. เป็นฝ่ายขอหักกลบลบหนี้ก็ไม่มีอะไรห้าม เพราะเท่ากับ ก. ยอมเอาทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไปชำระหนี้เป็นทรัพย์สินทั่วไปได้ แต่ ข. จะเอาทรัพย์สินทั่วไปมาชำระหนี้แทนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไม่ได้

หากทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้ที่จะต้องโอนส่งมอบกันนั้นเป็นอสังกมะทรัพย์ หรือเป็นทรัพย์สินต่างชนิดกัน ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้มีการหักกลบลบหนี้กันได้ เช่น ก. มีหนี้ต้องส่งมอบม้าให้แก่ ข. และ ข. มีหนี้ต้องส่งมอบรถยนต์แก่ ก. ดังนี้ ก. กับ ข. ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะขอหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 545/2500 ผู้ให้กู้จะขอหักหนี้เงินกู้กับข้าวเปลือกที่ผู้กู้ฝากผู้ให้กู้ไว้ไม่ได้

³⁶ จิต เศรษฐบุตร. เล่มเดิม. หน้า 28.

³⁷ โสภณ รัตนากร ก เล่มเดิม. หน้า 530.

จะนั้นเมื่อลูกหนี้จะขอหักกลบลบหนี้แทนการชำระหนี้ ก็ต้องเสนอหนี้อย่างเดียวกัน หรือหนี้ที่มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน ถ้าหนี้ของฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจเลือกได้และยังไม่ได้เลือกวัตถุแห่งหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งจะขอหักกลบลบหนี้ยังไม่ได้ จนกว่าจะมีการเลือกวัตถุแห่งหนึ่งซึ่งตรงกันแล้ว จึงจะขอหักกลบลบหนี้ได้ เช่น ก. จะต้องชำระเงินให้ ข. 10,000 บาท หรือส่งข้าวโพคให้ ข. ในราคาเดียวกัน ส่วน ข. มีหนี้จะต้องชำระเงินให้ ก. 10,000 บาท เช่นนี้ ข. จะขอหักกลบลบหนี้ยังไม่ได้ จนกว่า ก. จะได้เลือกชำระหนี้ด้วยเงินแล้วเท่านั้น³⁸

หากทรัพย์ซึ่งมีวัตถุแห่งนี้เป็นอย่างเดียวกันและใช้แทนกันได้แล้ว แม้หนี้จะมีมูลค่าที่ต่างกันก็หักกลบลบหนี้กันได้³⁹ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 847/2505 โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้จากจำเลย จำเลยต่อสู้ว่าเป็นเรื่องจำเลยคิดค้ำค่าซื้อที่ดินจากโจทก์ โจทก์จึงให้จำเลยทำสัญญากู้ไว้ โดยมีข้อตกลงด้วยวาจาให้จำเลยทำถนนในดินที่ซื้อ และโจทก์จะช่วยในการทำถนนให้ครั้งหนึ่ง จำเลยทำถนนเสร็จแล้ว โจทก์จะต้องออกค่าใช้จ่ายให้จำเลยมีจำนวนมากกว่าหนี้เงินกู้ จำเลยจึงขอหักกลบลบหนี้ตั้งนี้เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ตั้งจำเลยต่อสู้ก็มีการหักกลบลบหนี้กันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 843/2516 ทนายความที่ถูกลูกความฟ้องเรียกหนี้เงินกู้ อาจขอหักกลบลบหนี้กับค่าจ้างว่าความที่ลูกความยังค้างชำระอยู่ได้

3) หนี้ทั้งสองรายจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว

หนี้ทั้งสองรายนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว หมายความว่าหนี้ทั้งสองรายจะต้องอยู่ในสภาพที่เรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ขณะนั้น มิได้หมายความว่าเพียงกำหนดเวลาในการชำระหนี้เท่านั้น เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์มาตรา 341 นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 505 โดยคำแปลตัวบทเป็นภาษาอังกฤษของญี่ปุ่นก็ใช้คำว่า “Due” เช่นเดียวกับตัวบทภาษาอังกฤษของไทย โดย J.E. de Becker ได้อธิบายคำว่า “Due” นี้ในคำหมายญี่ปุ่นไว้ว่า การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อลักษณะของหนี้นั้นอาจหักกลบลบหนี้กันได้ แต่ถ้าลักษณะของหนี้ยังไม่อาจหักกลบลบกันได้ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่การหักกลบลบหนี้ไม่อาจมีขึ้นได้⁴⁰

ปัญหาเรื่องนี้จะถึงกำหนดชำระเมื่อใดนั้น มีคำตอบอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินและลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนดไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัดโดยมีพักต้อง

³⁸ แหล่งเดิม.

³⁹ แหล่งเดิม.

⁴⁰ J.E. de Becker. Op.cit. pp. 108-109.

เดือนเลข วิธีเดียวกันนี้ท่านให้ใช้บังคับแก่กรณีที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการชำระหนี้ ซึ่งได้กำหนดเวลาลงไว้อาจคำนวณนับได้โดยปฏิทินนับแต่วันที่ได้ออกกล่าว”

(1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 วรรคสองนี้อาจแบ่งหนี้ซึ่งได้กำหนดเวลาให้ชำระโดยถือตามปฏิทินไว้เป็น 2 กรณี คือ

การกำหนดเวลาชำระหนี้โดยระบุตามวันเดือนปีของปฏิทิน เช่น สัญญากู้ระบุว่าผู้กู้จะต้องชำระเงินกู้คืนภายในวันที่ 31 มกราคม 2547 หากผู้กู้ไม่ชำระเงินกู้ภายในกำหนดก็ต้องตกเป็นผู้ผิดนัด

(2) การกำหนดเวลาชำระหนี้โดยเจ้าหนี้จะต้องบอกกล่าวเพื่อให้เวลาลูกหนี้เตรียมตัวชำระหนี้ก่อน ซึ่งอาจการกำหนดระยะเวลาที่จะต้องชำระหนี้ไว้ล่วงหน้า ลูกหนี้ยังไม่ยังไม่ทราบว่าจะต้องชำระหนี้เมื่อใด เมื่อมีการบอกกล่าวให้ชำระหนี้แล้วจึงจะคำนวณได้ว่าลูกหนี้จะต้องชำระหนี้เมื่อใด เช่น กู้ยืมเงินกัน โดยตกลงว่าจะต้องชำระคืนภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ให้กู้บอกกล่าวให้ชำระ

ส่วนกรณีหนี้อันเกิดแต่มูลละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206 บัญญัติว่า “ในกรณีหนี้อันเกิดแต่มูล ลูกหนี้ได้เชื่อว่าผิดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด”

การหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ การที่จะเรียกให้ชำระหนี้ได้นั้นจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว เพราะฉะนั้นการขอหักกลบลบหนี้ก็ต้องเป็นกรณีที่หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระแล้วด้วยกัน ถ้าฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้เพราะหนี้ถึงกำหนดแล้วแต่หนี้ของฝ่ายหลังยังไม่ถึงกำหนด ฝ่ายหลังย่อมขอหักกลบลบหนี้โดยฝ่ายแรกไม่ยินยอมหาได้ไม่ยิ่งกรณีที่หนี้ของทั้งสองฝ่ายยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระด้วยกัน ก็ย่อมไม่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกัน ทั้งนี้เพราะการหักกลบลบหนี้เปรียบเสมือนการชำระหนี้ให้ซึ่งกันและกัน เพราะฉะนั้นถ้าหนี้ของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ถึงกำหนดชำระ ฝ่ายหนึ่งต้องการจะให้มีการหักกลบลบหนี้ก่อนไม่ได้

ทั้งนี้ คำว่าหนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระไม่ได้หมายความว่าหนี้ที่จะหักกลบลบหนี้กันได้จะต้องเป็นหนี้ที่มีกำหนดชำระพร้อมกัน หนี้ทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดพร้อมกันหรือต่างกันได้ก็เพียงแต่ว่าตอนที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอหักกลบลบหนี้กันนั้น จะต้องเป็นเวลาที่หนี้ทั้งสองฝ่ายต่างก็ถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้ว

แต่ในคดีล้มละลายนั้น อาจมีการหักกลบลบหนี้กันได้แม้หนี้ยังไม่ถึงกำหนดหรือมีเงื่อนไขเงื่อนไขอยู่ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 102

นอกจากนั้น ในกรณีที่เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องโดยลูกหนี้ไม่ยินยอม และลูกหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ได้อยู่ด้วย แม้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ยังไม่ถึงกำหนดเวลา

ชำระ หากว่าสิทธิของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็อาจขอหักกลบลบหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 308 วรรคสอง

ในส่วนของธุรกิจธนาคารพาณิชย์เอง การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามกำหนดหมายนั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้ด้วย เช่น หากธนาคารพาณิชย์จะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้จากเงินฝากที่ลูกหนี้ผู้กู้เงินได้ฝากเงินไว้กับธนาคารพาณิชย์นั้น ก็ต้องให้ถึงกำหนดชำระเงินกู้ก่อน จะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ก่อนเงินกู้เงินถึงกำหนดชำระหาได้ไม่ แต่ทั้งนี้ในทางการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์เองก็อาจมีปัญหาเกิดขึ้น โดยเฉพาะกับกรณีที่ลูกหนี้ของธนาคารพาณิชย์เองตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาของเจ้าหนี้ภายนอก แต่ลูกหนี้ยังมีบัญชีเงินฝากอยู่กับธนาคารพาณิชย์ผู้เป็นเจ้าหนี้นั้น เมื่อเจ้าหนี้ภายนอกซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ขออายัดสิทธิในการรับเงินฝากคืนไปเพื่อชำระหนี้ของตน ธนาคารพาณิชย์เองจะขอหักกลบลบหนี้ในหนี้เงินฝากนี้ก่อนได้หรือไม่ หากหนี้ของธนาคารพาณิชย์เองยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้ เพราะการที่ธนาคารพาณิชย์ส่งเงินฝากตามหมายอายัดนั้นก็อาจกระทบต่อการได้ชำระหนี้ของธนาคารพาณิชย์

4) วิธีการในการหักกลบลบหนี้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 342 บัญญัติว่า “หักกลบลบหนี้ นั้น ทำได้ด้วยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การแสดงเจตนาเช่นนี้ท่านว่าจะมีเงื่อนไขหรือ เงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่

การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านว่ามีผลย้อนหลังขึ้นไปจนถึงเวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้นจะอาจหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก”

ตามบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าแม้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างมีภาระผูกพันเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดชำระแล้วด้วย แต่หนี้ทั้งสองรายนั้นก็มิอาจระงับไปเองได้จนกว่าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่งที่จะขอเอาหนี้ที่ต่างฝ่ายต่างมีต่อกันมาหักกลบลบหนี้กัน หนี้ทั้งสองรายนั้นจึงจะระงับไปตามจำนวนที่ต้องตรงกัน การแสดงเจตนาดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องทำเป็นหนังสือ และสามารถทำได้แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 843/2516 การหักกลบลบหนี้ นั้นแม้จำเลยจะแสดงเจตนาไปฝ่ายเดียวก็เป็นอันหักกลบลบหนี้กันได้

ทั้งนี้หักกลบลบหนี้ก็อาจกระทำโดยการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าก็ได้ เมื่อหนี้ทั้งสองรายถึงกำหนดชำระเมื่อใดก็ไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาต่อกันอีก

การหักกลบลบหนี้ อาจกระทำได้ขณะที่ฝ่ายหนึ่งตกเป็นจำเลยถูก โจทก์ฟ้อง บังคับให้ชำระหนี้แล้วก็ได้ โดยจำเลยสามารถแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้มาในคำให้การก็ได้

แต่หากหลังการหักกลบลบหนี้แล้ว โจทก์ยังคงเหลือหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่จำเลย จำเลยก็ต้องฟ้องแย้งเข้ามาด้วย มิฉะนั้นศาลจะพิพากษาบังคับให้โจทก์ชำระหนี้ส่วนที่เหลือให้แก่จำเลยไม่ได้ อันจะต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 142 ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 609/2521 ในคดีแพ่งนั้นเมื่อจำเลยยกฟ้องแล้วนอกจากจำเลยจะให้การปฏิเสธแล้ว จำเลยย่อมมีสิทธิหักกลบลบหนี้และฟ้องแย้งได้หากหนี้นั้นมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันและถึงกำหนดชำระแล้ว และเมื่อฟังว่าหนี้ที่ขอหักกลบลบหนี้มิใช่เป็นหนี้ที่มีข้อต่อสู้อยู่ จำเลยก็ย่อมได้ประโยชน์และศาลจะต้องพิพากษาให้ในจำนวนที่เหลือจากหักกลบลบหนี้แล้ว

นอกจากนั้น การหักกลบลบหนี้อาจทำได้โดยผลคำพิพากษาของศาลก็ได้ เมื่อต่างฝ่ายต่างมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นเงินที่จะต้องชำระซึ่งกันและกัน ศาลย่อมมีอำนาจพิพากษาให้หักกลบลบหนี้กันได้เพราะเป็นความสะดวกในการบังคับคดี ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 722/2540 จำเลยจะต้องชำระเงินให้โจทก์เป็นเงิน 900,000 บาท เพื่อความสะดวกแก่การบังคับคดี จึงให้นำหนี้ที่โจทก์ต้องชำระตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ จำนวน 163,200 บาท และจำเลยจะต้องชำระค่าแรงงานมาหักกลบลบหนี้กัน คงเหลือหนี้ที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่โจทก์เป็นเงิน 136,800 บาท

เนื่องจากการหักกลบลบหนี้อาจทำได้เป็นครั้งแรกตั้งแต่หนี้ทั้งสองรายถึงกำหนดชำระ ดังนั้นการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้จึงเป็นเพียงการทำให้เกิดผลที่ให้หนี้ระงับเท่านั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 342 วรรคสอง จึงให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงเวลาซึ่งหนี้ทั้งสองนั้นจะอาจหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก แม้ในขณะที่แสดงเจตานั้นหนี้รายใดรายหนึ่งอาจขาดอายุความไปแล้ว ก็สามารถที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ หากในขณะที่หนี้ทั้งสองรายอาจหักกลบลบหนี้กันได้นั้นยังไม่ขาดอายุความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 344

การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ จะต้องไม่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดเพราะจะทำให้การหักกลบลบหนี้มีความไม่แน่นอนเกิดขึ้น

สำหรับสถานที่ จะทำการชำระหนี้ แม้จะต่างกันก็อาจหักกลบลบหนี้กันได้ แต่ถ้าเป็นผลให้ฝ่ายใดต้องเสียหาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 343 จึงบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ว่า “การหักกลบลบหนี้ นั้น ถึงแม้ว่าสถานที่ซึ่งจะต้องชำระหนี้ทั้งสองจะต่างกันก็หักกันได้ แต่ฝ่ายผู้ขอหักหนี้จะต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด อันเกิดแต่การนั้น”

5) ข้อห้ามในการกลบหลบหนี้⁴¹ มีดังต่อไปนี้

(1) สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบหนี้กันได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 วรรคแรกนั้น แม้หนี้สองรายจะมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันก็หักกลบหนี้กันไม่ได้ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบหนี้

ในข้อห้ามข้อนี้คงมิได้หมายถึงหนี้ที่จะหนี้ที่จะหักกลบหนี้กันมีวัตถุประสงค์หนี้ต่างกัน เพราะหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ต่างกันย่อมจะหักกลบหนี้กันไม่ได้อยู่แล้ว แต่การที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบหนี้กันได้นั้น คงหมายถึงแม้วัตถุประสงค์จะเป็นอย่างเดียวกันแต่ไม่อาจใช้แทนกันได้ ซึ่งหนี้ที่จะหักกลบหนี้กันได้ จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการส่งมอบทรัพย์สินอย่างเดียวกันซึ่งอาจแทนกันได้ หนี้อื่นไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการย่อมไม่อยู่ในสภาพที่จะหักกลบหนี้กันได้ เช่นหนี้ที่ ก. จะต้องชำระด้วยการทำางานที่ ข. จำอย่างหนึ่ง จะหักกลบกับหนี้ที่ ข. จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ทำกับ ก. อีกอย่างหนึ่งหาได้ไม่ หรือหนี้ที่ ก. จะต้องไม่ตั้งร้านค้าแข่งกับร้านของ ข. ในถนนสายหนึ่งก็ไม่อาจหักกลบกับหนี้ที่ ข. จะต้องไม่ตั้งร้านค้าแข่งกับร้านของ ก. ในถนนอีกสายหนึ่ง หรือหนี้ที่ ก. จะต้องส่งมอบรถยนต์ให้ ข. ตามสัญญาซื้อขาย หากอาจหักกลบหนี้กับหนี้ที่ ข. จะต้องส่งคืนรถยนต์ที่ ข. ยืม ก. ไปไม่ หรือหนี้ที่จะต้องส่งมอบสังกะทรัพย์โดยสภาพแห่งหนี้ยอมหักกลบหนี้กันไม่ได้⁴¹

นอกจากนี้ในกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งหนี้มีหลายอย่าง แต่ลูกหนี้ต้องชำระอย่างใดอย่างหนึ่งตามลำดับ ไม่มีสิทธิชำระหนี้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นหนี้ตามคำพิพากษา เช่น ศาลพิพากษาให้จำเลยโอนทรัพย์สินให้โจทก์ก่อน ถ้าโอนไม่ได้ให้ชำระเงิน ดังนี้จำเลยจะไม่โอนทรัพย์สินให้โจทก์แต่ชำระเงินให้โจทก์ไม่ได้ เพราะไม่ใช่กรณีที่จำเลยมีสิทธิเลือกชำระหนี้ได้อย่างใดอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 198 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1015/2493, 387/2521, 484/2525, 752/2542) ในกรณีเช่นนี้ หากโจทก์เป็นลูกหนี้จำเลยในหนี้เงินอยู่ด้วย จำเลยจะขอหักกลบหนี้กับโจทก์ไม่ได้ด้วยเช่นกัน เพราะแม้หนี้ชำระจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้หนึ่ง แต่ตราบไคที่จำเลยยังสามารถโอนทรัพย์สินให้โจทก์ได้ สภาพแห่งหนี้ในหนี้ชำระเงินก็ไม่เปิดช่องให้หักกลบหนี้กันได้

ในส่วนของรัฐกิจธนาคารพาณิชย์นั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งหนี้ส่วนใหญ่จะเป็นหนี้เงินที่โดยสภาพสามารถใช้แทนกันได้อยู่แล้ว แม้จะเป็นเงินสกุลต่างกันก็อาจหักกลบหนี้กันได้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 บัญญัติว่า

⁴¹ โสภณ รัตนกร ก เล่มเดิม. หน้า 533.

“ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ ท่านว่าจะสงฆ์เป็นเงินไทยก็ได้ การเปลี่ยนเงินนี้ ให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่และในเวลาที่ใช้เงิน”

ดังนั้นในกรณีที่หนี้เงินตราต่างประเทศอาจหักกลบลบกันได้โดยคิดอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ณ สถานที่และเวลาที่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ครั้งแรกเพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 342 ให้การแสดงเจตนาการหักกลบลบหนี้มีผลไปถึงเวลาที่อาจกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้ง ซึ่งก็คือเวลาที่หนี้ทั้งสองรายต่างถึงกำหนดชำระด้วยกัน เช่น ก. จะต้องชำระหนี้เงินกู้ให้แก่ ข. ในวันที่ 1 มกราคม 2540 ข. มีหนี้ต้องชำระค่าซื้อสินค้าให้ ก. ในวันที่ 1 เมษายน 2540 ทั้งสองฝ่ายยังไม่ได้ชำระหนี้กัน ต่อมาในวันที่ 30 ธันวาคม 2540 ก. ขอหักกลบลบหนี้กับ ข. ดังนี้ การขอหักกลบลบหนี้ของ ก. จะมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 1 เมษายน 2540 ซึ่งเป็นวันที่หนี้ทั้งสองรายต่างก็ถึงกำหนดชำระและเป็นครั้งแรกที่อาจมีการกลบลบหนี้กันได้

การที่เจตนาขอหักกลบลบหนี้มีผลย้อนหลังนี้ จะทำให้เจ้าหนี้ผู้ขอหักกลบลบหนี้ผู้อยู่ในฐานะได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น เพราะถ้าหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกคน เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ไม่เพียงแต่จะสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน โดยการขอหักกลบลบหนี้เท่านั้น แต่ยังรับการชำระหนี้ย้อนหลังไปด้วย⁴²

(2) ขัดกับเจตนาของกลุ่มที่ได้ตกลงกันไว้

ข้อห้ามข้อนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ท่านมิให้บังคับ หากเป็นการขัดกับเจตนาอันกลุ่มได้แสดงไว้ แต่เจตนาเช่นนี้ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

การที่กลุ่มต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้อีกกันนั้น ถ้ากลุ่มฝ่ายใดแสดงเจตนาที่จะไม่ให้มีการหักกลบลบหนี้กันก็จะหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ แสดงว่ากลุ่มนี้ยังต้องการที่จะให้มีการชำระหนี้กันตามที่ผูกพันกันอยู่ ซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

แต่ข้อห้ามนี้มีให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต เช่นตามอุทาหรณ์กรมร่างกฎหมายได้ให้ตัวอย่างไว้ว่า ก. เป็นลูกหนี้ ข. 10,000 บาท ก. เป็นทายาท น. ซึ่ง ข. ยังเป็นหนี้อยู่ 10,000 บาท ฉะนั้น ก. จึงเป็นเจ้าหนี้ ข. 10,000 บาท เมื่อหนี้ทั้งสองรายกำหนดแล้วตามธรรมเนียมหักกลบลบกันได้ระหว่าง ก. กับ ข. แต่ ก. รู้แล้วยังใช้เงิน 10,000 บาท ให้ ข. (คือขัดกันเจตนาที่จะหักกลบลบหนี้) ที่กระทำเช่นนี้ ก. หาทำให้สิทธิของ ค. ผู้ค้าประกันซึ่งได้ประกันหนี้สินระหว่าง ข. กับ น. เสื่อมเสียไม่ เพราะ ค. เป็นผู้มิประ โยชนันได้เสียในการ

⁴² แหล่งเดิม.

หักกลบลบหนี้ นั้น จึงอาจเรียกร้องให้หลุดพ้นจากเป็นผู้ค้ำประกันได้⁴³ สาเหตุที่กฎหมายห้ามให้ ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการสุจริตนั้น เนื่องจากการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นเรื่อง ระหว่างคู่กรณี บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตจึงควรได้คุ้มครอง

ในส่วนของธุรกิจธนาคารพาณิชย์นั้น การแสดงเจตนาห้ามหักกลบลบหนี้ นั้นสามารถแสดงเจตนาได้ทั้งตัวธนาคารพาณิชย์และตัวลูกค้ำเอง โดยการแสดงเจตนาไว้ ในขณะที่ทำสัญญากู้ยืมเงินกัน หรือเปิดบัญชีฝากเงิน แต่ในทางปฏิบัติตัวธนาคารพาณิชย์เองจะไม่ยอมให้ลูกค้ำแสดงเจตนาเช่นนี้ในการผูกนิติสัมพันธ์กับธนาคารพาณิชย์ ดังนั้นในธุรกิจของธนาคารพาณิชย์จึงไม่ค่อยประสบกับปัญหาหนี้เท่าใดนัก

(3) สิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้

ข้อห้ามนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 344 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องใดยังมีข้อต่อสู้ สิทธิเรียกร้องนั้น ท่านว่าหาอาจจะเอามาหักกลบลบหนี้ ได้ไม่ หนึ่ง อายุความย่อมไม่ ตัดรอนการหักกลบลบหนี้ แม้สิทธิเรียกร้องขาดอายุความแล้ว แต่ว่า ในเวลาที่จะหักกลบลบกับสิทธิเรียกร้องฝ่ายอื่นได้นั้น สิทธิยังไม่ขาด”

ด้วยเหตุที่การหักกลบลบหนี้เป็นวิธีการที่ทำให้หนี้ระงับโดยไม่มี การบังคับชำระหนี้ ดังนั้นหนี้ที่ถูกหนี้จะเอามาหักกลบลบหนี้จึงต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์สามารถบังคับ ชำระหนี้ได้แน่นอนหากหนี้ไม่สมบูรณ์ หรือยังมีข้อต่อสู้ ก็จะทำให้ฝ่ายที่รับการแสดงเจตนา หักกลบลบหนี้เสียเปรียบเพราะตนเองไม่ต้องชำระหนี้ที่ถูกหักกลบลบหนี้แล้วก็ได้ หรือ หากยังไม่อาจกำหนดจำนวนได้โดยแน่นอน ก็จะทำให้ไม่สามารถทราบจำนวนหนี้ที่จะหักกลบลบ หนี้กันได้

สิทธิเรียกร้องที่มีข้อต่อสู้ หมายถึง สิทธิเรียกร้องที่ถูกหนี้อยู่ใน ฐานะเป็นเจ้าหนี้ มิใช่สิทธิเรียกร้องที่ถูกหนี้ในฐานะเป็นลูกหนี้ โดยข้อต่อสู้ที่มีอยู่ในรายที่เอามา หักกลบลบหนี้ไม่ได้ นั่น ต้องเป็นข้อต่อสู้ใดๆ ที่มีผลกระทบต่อความรับผิดชอบในหนี้ นั้นว่าจะต้องรับ ผิดหรือไม่ รวมทั้งเรื่องจำนวนหนี้ที่ต้องรับผิดชอบที่ได้เถียงกันอยู่ด้วย⁴⁴ ซึ่งอาจเป็นข้อต่อสู้ว่า หนี้ตาม สัญญาที่ถูกบอกเลิกแล้ว หนี้เป็นโมฆะ หนี้ที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้เพราะขาดหลักฐานเป็น หนังสือหรือเป็นหนี้ที่ไม่แน่นอน หรือจำนวนเงินน้อยกว่าที่ผู้ทรงสิทธิกล่าวอ้าง ยกตัวอย่างเช่น

⁴³ อุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ บรรพ 1-2 ฉบับกรมร่างกฎหมาย. (2533). ในโอกาส ครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี 18 กันยายน 2533. หน้า 122.

⁴⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 519.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1744/2494 ลูกความฟ้องเรียกเงินที่นายความรับไว้แทนลูกความนายความขอหักกลบลบหนี้กับค่าจ้างความที่ลูกความติดค้างอยู่ แต่ลูกความเถียงว่าได้ชำระค่าว่าความครบแล้ว นายความยอมหักกลบลบหนี้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 798/2508 ผู้ให้เช่าซื้อฟ้องเรียกเงินค่าเช่าซื้อ ผู้เช่าซื้ออ้างว่าได้ออกเงินซ่อมแซมทรัพย์เช่าซื้อไป จะขอหักกลบลบหนี้กับเงินค่าเช่าซื้อ แต่ผู้ให้เช่าซื้อปฏิเสธไม่ยอมรับรู้เรื่องการซ่อมแซมทรัพย์จึงหักกลบลบหนี้ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1285/2532 โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญาซื้อขาย จำเลยฟ้องแย้งขอให้หักหนี้กับค่าปรับที่โจทก์จะต้องชำระให้จำเลยตามสัญญาซื้อขายในคราวก่อน เมื่อโจทก์ยังมีข้อโต้แย้งอยู่ว่าโจทก์มิได้ผิดสัญญาและได้ชำระหนี้ให้จำเลยครบถ้วนแล้ว ดังนั้นหนี้ที่จำเลยจะขอหักยังมีข้อต่อสู้ไม่อาจนำมาหักกลบลบหนี้กันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668/2544 โจทก์ฟ้องเรียกค่าจ้างจากจำเลย จำเลยอ้างว่าโจทก์มีหนี้ต้องชำระให้จำเลย ขอหักกลบลบหนี้ โจทก์ไม่ยอมให้หักหนี้ อ้างว่ามีข้อต่อสู้ดังนี้ ศาลยอมให้หักกลบลบหนี้ไม่ได้ จึงต้องงดสืบพยานในข้อนี้

ในกรณีที่มีการหักกลบลบหนี้เกิดขึ้นในระหว่างพิจารณาคดีที่จำเลยถูกฟ้องให้ชำระหนี้แล้วจำเลยให้การต่อสู้ว่าโจทก์ก็มีหนี้ต้องชำระให้จำเลย จำเลยจึงขอหักกลบลบหนี้โดยคำให้การต่อสู้คดี จะมีปัญหาว่า การขอหักกลบลบหนี้ของจำเลยเป็นเพียงข้อต่อสู้มิให้ต้องรับผิดชอบฟ้องหรือเป็นการเรียกร้องเอาจากโจทก์อยู่ในตัวด้วย ถ้าถือเป็นการเรียกร้องด้วยก็จะต้องมีการฟ้องแย้งเข้ามา ซึ่งก็จะมีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า จำเลยจะฟ้องแย้งได้หรือไม่ ถ้าหากศาลอนุญาตให้จำเลยฟ้องแย้งและจำเลยพิสูจน์หนี้ได้ หนี้ที่จำเลยใช้ขอหักกลบลบหนี้จะเป็นหนี้ที่แน่นอน สามารถนำมาหักกลบลบหนี้ได้

(4) หนี้ที่เกิดจากแต่การอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 345 บัญญัติว่า “หนี้รายได้เกิดแต่การอันมิชอบด้วยกฎหมายเป็นมูล ท่านห้ามมิให้ลูกหนี้ถือเอาประโยชน์แห่งหนี้รายนั้นเพื่อหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้”

หนี้อันเกิดจากการอันมิชอบด้วยกฎหมายนี้ ไม่ใช่หนี้ที่เกิดจากนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะกรณีเช่นนั้นนิติกรรมเป็นโมฆะ ไม่มีหนี้อยู่แล้ว ข้อห้ามนี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 509 และประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 393 ซึ่งระบุชัดว่าเป็นหนี้ที่เกิดจากละเมิด ตำราต่างๆ ของเราก็อธิบายว่าเป็นหนี้ละเมิดเช่นกัน ที่ทำให้สับสนและอาจเป็นที่งุนงงได้ก็เพราะแทนที่มาตรา 345 จะใช้คำว่าหนี้เกิดแต่ละเมิด กลับไปใช้คำว่าหนี้เกิดแต่การอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful act) ซึ่งก็ไม่ตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษที่เราใช้เรียก

ละเมิดที่เดียว เพราะในฉบับภาษาอังกฤษเราเรียกละเมิดว่า Wrongful act ที่เราไปใช้คำว่า การอันมิชอบด้วยกฎหมาย คงจะถือตามคำแปลอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 509 และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 393 ซึ่งตามตำราบางเล่ม คำว่า Unlawful act หมายถึงละเมิด แต่ตำราบางเล่มใช้คำว่า Delict ซึ่งมีความหมายชัดเจนว่าเป็นละเมิด ฉบับภาษาอังกฤษของเราในบางแห่งก็ใช้คำว่า Unlawful act ในความหมายว่าเป็นละเมิดก็มี เช่นในมาตรา 206 เป็นต้น ฉะนั้นคำว่าหนี้ที่เกิดแก่การอันมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 345 นี้ ก็คงหมายถึงหนี้ละเมิดนั่นเอง⁴⁵

เหตุที่กฎหมายห้ามมิให้ลูกหนี้ในมูลหนี้ละเมิดขอหักกลบลบหนี้ก็เพราะจะเป็นการส่งเสริมให้บุคคลทำเลเมิด เช่น ก. ผู้เป็นเจ้าของหนี้ ข. จะใช้กำลังทำร้าย ข. จนเกิดความเสียหาย ทำให้ ก. ตกเป็นลูกหนี้ในมูลละเมิดต่อ ข. ดังนี้ ก. จะนำหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิดนี้มาขอหักกลบลบหนี้กับหนี้เงินกู้ที่ตนเป็นเจ้าของหนี้ ข. ไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามกำหนด และเป็นการยังเป็นส่งเสริมให้คนทำเลเมิดอีกด้วย

แต่ทั้งนี้ แม้กฎหมายจะห้ามมิให้ลูกหนี้ผู้ทำเลเมิดนำหนี้ที่เกิดจากการที่ตนทำเลเมิดนี้มาหักกลบลบหนี้ได้ แต่ไม่ห้ามที่ผู้ถูกทำเลเมิดที่เป็นเจ้าหนี้ที่จะเอาหนี้ละเมิดมาหักกลบลบหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้ผู้กระทำละเมิดอยู่

ในส่วนของธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ข้อห้ามนี้ดูจะไม่น่ามีโอกาสใช้หรือเป็นปัญหามากนักเพราะหนี้ที่เกิดจากธุรกิจธนาคารพาณิชย์ส่วนใหญ่จะเกิดจากนิติกรรมสัญญา และหนี้ที่เกิดจากมูลละเมิดนี้ส่วนใหญ่ก็จะมีข้อต่อสู้ยอมจะนำมาหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ อยู่แล้ว

(5) สิทธิเรียกร้องที่ศาลสั่งยึดไม่ได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 346 บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องรายใด ตามกฎหมาย ศาลจะสั่งยึดมิได้ สิทธิเรียกร้องรายนั้นหาอาจจะเอาไปหักกลบลบหนี้ได้ไม่”

สิทธิเรียกร้องที่ศาลสั่งยึดไม่ได้ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/2541 สิทธิเรียกร้องเป็นเงินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 286 ทรัพย์สินของแผ่นดิน รวมทั้งสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1307 เป็นต้น

ในส่วนของธุรกิจธนาคารพาณิชย์นี้ ย่อมเป็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ไม่อาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้บางอย่างมาบังคับชำระหนี้ได้เช่นกัน

⁴⁵ โสภณ รัตนกร ก เล่มเดิม. หน้า 538.

(6) หนี้ค่าหุ้นในบริษัท

หากผู้ถือหุ้นในบริษัทยังมีหนี้ที่จะต้องชำระค่าหุ้นให้แก่บริษัทตามจำนวนที่ตนถือและที่ยังค้างชำระอยู่ หากบริษัทเป็นหนี้ผู้ถือหุ้นอยู่ด้วย ผู้ถือหุ้นจะไม่ยอมชำระหนี้ค่าหุ้น โดยนำหนี้ที่บริษัทเป็นหนี้ผู้ถือหุ้นมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้ เพราะต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1119 วรรคสอง ซึ่งข้อห้ามนี้ในการห้ามผู้ถือหุ้นหักกลบลบหนี้กับค่าหุ้นของบริษัทก็ได้ถูกนำมาใช้กับบริษัทมหาชนจำกัดด้วย ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พุทธศักราช 2535 มาตรา 54 วรรคสอง

แต่ทั้งนี้ข้อห้ามนี้ ก็มีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พุทธศักราช 2535 มาตรา 54/1 ซึ่งมีให้นำมาใช้กับการปรับโครงสร้างหนี้โดยการออกหุ้นใหม่เพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามโครงการแปลงหนี้เป็นทุนซึ่งได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งข้อยกเว้นของห้ามนี้มีผลมากกับการปรับโครงสร้างหนี้ระหว่างธนาคารพาณิชย์ กับบริษัทมหาชนลูกหนี้ โดยเฉพาะการแปลงหนี้เป็นทุน ซึ่งมีข้อสังเกตว่าใช้เฉพาะกับบริษัทมหาชนเท่านั้น มิได้นำมาใช้กับบริษัทจำกัดด้วย

(7) หนี้ที่ศาลห้ามใช้เงินแล้ว

กรณีที่ไม่อาจหักกลบลบหนี้ได้ประการสุดท้ายคือ หนี้ที่ศาลสั่งห้ามลูกหนี้มิให้ใช้เงินแก่ลูกหนี้แล้วดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 347 บัญญัติว่า “ลูกหนี้คนที่สามหากได้รับคำสั่งศาลห้ามมิให้ใช้เงินแล้วจะยกเอาหนี้ที่ตนได้มาภายหลังแต่นั้นขึ้นเป็นข้อต่อสู้เจ้าหนี้ผู้ที่ยกให้ยึดทรัพย์นั้น ท่านว่าหาอาจจะยกได้ไม่”⁴⁶

ตัวอย่างเช่น ก. เป็นหนี้ ข. แต่ก่อนที่ ก. จะชำระหนี้ให้ ข. ศาลได้มีคำสั่งอายัดทรัพย์มายัง ก. ห้าม ก. ชำระหนี้ให้ ข. เจ้าหนี้ของตนเอง เนื่องจาก ข. ลูกเจ้าหนี้ของ ข. เองบังคับชำระหนี้ และศาลมีคำพิพากษาให้ ข. ชำระหนี้ หลังจากที่ ก. ได้รับคำสั่งศาลห้ามมิให้ใช้เงินแล้ว จึงเกิดหนี้ที่ ก. มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องจาก ข. แม้หนี้ทั้งสองรายจะมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน และถึงกำหนดชำระแล้ว ก. ก็ไม่อาจจะยกเอาหนี้ที่ตนเป็นเจ้าหนี้ ข. ซึ่งตนได้มา

⁴⁶ มาตรา 347 ร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 511 คุราชงานการประมุขร่างกฎหมายวันที่ 24 กันยายน 2468 เอกสารเขียนเล่ม ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

The Civil Code of Japan Section 511: Prohibition of Set-offs Against Any Claim Subject to Injunction

A Third -Party obligor who has been enjoined from making payment may not assert the set-off against any after-acquired claim against the relevant attaching obligee.

ภายหลังการได้รับคำสั่งอำชัตทรัพย์ขึ้นหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ ข. เป็นเจ้าหนี้เพื่อที่จะไม่ต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีที่ศาลมีคำสั่งอำชัตทรัพย์⁴⁷

6) ผลของการหักกลบลบหนี้

เมื่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้แล้ว ย่อมทำให้หนี้ระงับไปเท่ากับจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งฝ่าย ถ้ายังมีหนี้เหลืออยู่ ลูกหนี้แห่งหนี้ที่เหลืออยู่นั้นจะยังคงต้องรับผิดชอบชำระหนี้จำนวนนั้นให้แก่เจ้าหนี้ต่อไป และการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้แม้ลูกหนี้จะแสดงเจตนาภายหลังที่หนี้ถึงกำหนดชำระ แต่ก็มีผลทำให้หนี้ระงับย้อนหลังขึ้นไปตั้งแต่เวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้นอาจหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 342 วรรคสอง

เมื่อมีการหักกลบลบหนี้อันมีผลทำให้หนี้ระงับ ผู้ต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกหนี้หรือเพื่อลูกหนี้ในหนี้นั้นเช่น ผู้ค้ำประกันย่อมได้รับประโยชน์ด้วยมาตรา 698 หรือลูกหนี้ร่วมก็ได้ประโยชน์ตามมาตรา 292 วรรคแรก และถ้าหักกลบลบหนี้ได้ทั้งจำนวนหนี้ ก็ทำให้ประกันแห่งหนี้รายนั้น เช่น จำนอง จำน่า ก็ระงับไปด้วยมาตรา 744 (1) และมาตรา 769 (1) ตาม ลำดับ

การหักกลบลบหนี้แม้จะทำให้หนี้ระงับ แต่มิใช่เป็นการชำระหนี้ ดังนั้นฝ่ายที่แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้จะถือเอาเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนแล้วเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้ตอบแทนหาได้ไม่ เว้นแต่จะตกลงกันให้หักหนี้กันเช่นนั้น แต่ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้แก่อีกฝ่ายแล้วคงเหลือหนี้ที่ฝ่ายนั้นต้องชำระตอบแทน ในส่วนหนี้รายนี้ถ้าลูกหนี้มีหนี้รายอื่นที่จะหักกลบลบหนี้ได้ ก็ขอหักกลบลบหนี้เพื่อระงับส่วนนี้ได้⁴⁸

สัญญาต่างตอบแทนนี้หมายถึง สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะชำระหนี้เพื่อการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหนี้จะต้องชำระซึ่งกันและกันมาตั้งแต่ตอนทำสัญญา เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายให้ผู้ซื้อและผู้ซื้อก็มีหนี้ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย สำหรับสัญญาเช่ามีหน้าที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เช่าให้ผู้เช่าได้ใช้สอย และผู้เช่าก็มีหนี้จะต้องชำระค่าเช่า สัญญาอื่นๆ เช่น ให้ยืม ตัวแทนไม่มีบำเหน็จ หรือค้ำประกัน เป็นต้น ล้วนไม่เป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวมีหน้าที่จะต้องชำระให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีการชำระหนี้ตอบแทนซึ่งกันและกัน⁴⁹

⁴⁷ พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2552). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป*. หน้า 205.

⁴⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ. เล่มเดิม. หน้า 524.

⁴⁹ โสภณ รัตนกร ก เล่มเดิม. หน้า 38.

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า แม้การหักกลบลบหนี้กับการชำระหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนจะมีผลให้หนี้ทั้งสองรายระงับไปเหมือนกัน แต่การหักกลบลบหนี้เกิดจากการกระทำเพียงครั้งเดียว คือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากอีกฝ่ายต่างกับการชำระหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนที่จะมีการชำระหนี้สองครั้งจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จึงจะทำให้หนี้ระงับลงได้ นอกจากนี้มูลแห่งหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทนจะเกิดจากเหตุเดียวกัน คือ การตกลงกันของคู่สัญญาให้มีการชำระหนี้ตอบแทนกัน แต่มูลแห่งหนี้ของหนี้ทั้งสองรายที่จะหักกลบลบหนี้กันนั้นเกิดขึ้นต่างเหตุกัน เพียงแต่มาเข้าเงื่อนไขที่จะหักกลบลบหนี้กันได้จึงนำมาหักกลบลบหนี้กันเท่านั้น

ในกรณีของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ตามคำพิพากษาลูกหนี้ตามคำพิพากษาก็มีสิทธิของการบังคับคดีได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 293 วรรคสอง

7) เปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้กับนิติกรรมที่ใกล้เคียง

การพิจารณาหลักกฎหมายในเรื่องการหักกลบลบหนี้ นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของนิติกรรมอื่นๆ ด้วย โดยเฉพาะกับนิติกรรมที่มีลักษณะใกล้เคียงไม่ว่าจะด้วยลักษณะ หรือรูปแบบของการทำนิติกรรม ผลทางกฎหมาย โดยจะเน้นศึกษาเปรียบเทียบในนิติกรรมที่มักจะถูกนำมาใช้ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ เพื่อที่จะหาข้อดีและแนวทางแก้ไขปัญหามาของแต่ละนิติกรรมมาปรับใช้กับการหักกลบลบหนี้ต่อไป

(1) เปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้กับการชำระหนี้

โดยหลักทั่วไปหนี้จะระงับลงได้ก็ด้วยการชำระหนี้ โดยถูกต้องตามกฎหมาย เจ้าหนีที่มีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ซึ่งอาจเป็นการกระทางดเว้นการกระทำ หรือโอนทรัพย์สินก็ได้ การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไรลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้เป็นอย่างนั้น โดยตรง และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ส่วนวิธีการชำระหนี้ที่ขึ้นอยู่กัลักษณะของหนี้แต่ละชนิด หนี้ที่เกิดจากนิติกรรมหรือสัญญา การชำระหนี้ย่อมขึ้นอยู่กัเจตนาของคู่กรณีที่เกิดตกลงกันไว้ หนี้อื่นๆ ที่เกิดขึ้นตามที่กำหนดบัญญัติก็ย่อมต้องชำระหนี้ตามที่กำหนดบัญญัติไว้ เช่น หนี้ที่เกิดจากจัดการงานนอกสั่งลามิควรรได้ หรือละเมิดก็ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติในลักษณะต่างๆ ดังกล่าว

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การชำระหนี้ นั้นถือเป็นวิธีการที่ทำให้หนี้ระงับที่สำคัญที่สุดเพราะเมื่อมีหนี้เกิดขึ้นมาแล้วเจ้าหนีทุกรายย่อมต้องการให้มีการชำระหนี้ นั้นให้หมดสิ้นไป กล่าวคือลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องตามหนี้ นั้น ดังปรากฏตามมาตรา 194 แห่ง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อันหนึ่งการชำระหนี้ด้วยการร่อนการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้” หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่ถูกต้องแล้ว ก็จะเกิดผลทางกฎหมายคือลูกหนี้ผิดนัด หนี้้นั้นยังไม่ระงับสิ้นไป อันจะทำให้เจ้าหนี้สามารถอาศัยอำนาจบังคับของรัฐบังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนได้ ซึ่งก็คือการนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล และบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลนั่นเอง ดังนั้นการชำระหนี้จึงเป็นผลธรรมดาของหนี้ ส่วนการที่หนี้ระงับลงด้วยเหตุอย่างอื่น เช่น หักกลบบหนี้ แปลงหนี้ใหม่ ปลดหนี้ หรือหนี้เคลื่อนกลิ้งกันนั้น นับว่าเป็นเรื่องผิดปกติหรือข้อยกเว้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการหักกลบบหนี้แล้ว ทั้งการหักกลบบหนี้และการชำระหนี้ต่างถือว่าเป็นเหตุแห่งความระงับแห่งหนี้เดียวกัน โดยเฉพาะกับหลักกฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ นั่นคือเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักในความระงับแห่งหนี้ ซึ่งหลักเกณฑ์บางส่วนของกรหักกลบบหนี้ก็ตรงกับการชำระหนี้เช่น การหักกลบบหนี้จะต้องกระทำเมื่อหนี้ทั้งสองรายถึงกำหนด ซึ่งตรงกับการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ที่ต้องชำระเมื่อนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว เป็นต้น ซึ่งจากความเหมือนนี้ หากในเรื่องใดที่ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการหักกลบบหนี้ กำหนดไว้โดยเฉพาะและเกิดปัญหาขึ้น ก็อาจนำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องการชำระหนี้มาแก้ไขปัญหาก็เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 348

อย่างไรก็ตาม การหักกลบบหนี้และการชำระหนี้ก็มีข้อแตกต่างกันคือ การหักกลบบหนี้จะเป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ต่อกัน ต่างกับการชำระหนี้ที่มีเพียงฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของหนี้และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกหนี้

(2) เปรียบเทียบการหักกลบบหนี้กับการจำนำ

เนื่องจากการจำนำเป็นการที่ลูกหนี้ให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้อย่างหนึ่งโดยลูกหนี้จะส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และทรัพย์สินที่จำนำได้นี้ก็รวมถึงสิทธิที่มีตราสารด้วยซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่ง ซึ่งคล้ายกับการหักกลบบหนี้ตรงที่ลูกหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องต่อเจ้าหนี้ของตนอยู่ด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงนำพิจารณาถึงความแตกต่างดังกล่าวและเนื่องจากในทางธุรกิจธนาคารพาณิชย์ยังมีปัญหาในเรื่องการจำนำบัญชีเงินฝากที่ไม่อาจทำได้ตามกฎหมาย ซึ่งแนวทางการแก้ไขก็อาจทำในรูปแบบของข้อตกลงการหักกลบบหนี้แทนก็ได้ ซึ่งสมควรที่จะพิจารณาโดยละเอียดต่อไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำนำไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญาตั้งแต่มาตรา 747-769 โดยการจำนำเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่เกิดจากสัญญาหรือข้อตกลงเมื่อบุคคลหนึ่งเรียกว่า “ผู้จำนำ” ได้ส่งมอบ

สังหาริมทรัพย์สิ่งหนึ่งให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้รับจำนำ” เพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ สิทธิจำนำถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งที่ติดอยู่กับตัวทรัพย์สินมิใช่ติดอยู่กับตัวผู้จำนำ ผู้จำนำกับลูกหนี้ อาจไม่ใช่บุคคลเดียวกันก็ได้ กล่าวคืออาจเป็นการจำนำเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ของคุณคคนอื่นซึ่งหลังจากที่ได้มีการบังคับจำนำแล้วจำนำก็หมดไป แม้ได้เงิน ไม่พอชำระหนี้ ผู้จำนำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เจ้าหนี้ต้องไปเรียกเอาส่วนที่ขาดจากลูกหนี้ต่อไป แต่หากผู้จำนำและลูกหนี้เป็นบุคคลคนเดียวกัน กล่าวคือเป็น การจำนำเพื่อประกันหนี้ของตนเอง ในกรณีเช่นนี้หากเจ้าหนี้ได้บังคับจำนำแล้วได้เงิน ไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ผู้ถูกบังคับจำนำก็ยังต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 767 วรรคสอง

การจำนำก่อให้เกิดหนี้อุปกรรมแตกต่างหากจากหนี้ประธานหรือหนี้ที่ประกัน หนี้ประธานจะเกิดจากมูลหนี้ใดก็ได้ ส่วนหนี้อุปกรรมหรือหนี้จำนำนั้นเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ ผลของจำนำคือในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ผู้รับจำนำสามารถบังคับชำระหนี้โดยเอาทรัพย์สินที่รับจำนำออกขายทอดตลาดได้โดยตรงและมีสิทธินำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดดังกล่าวมาชำระหนี้แก่ตนได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรหักกลบลบหนี้กับการจำนำแล้ว จะเห็นได้ว่ามีข้อแตกต่างกันหลายประการ ซึ่งสามารถสรุปได้ต่อไปนี้

ก. จำนำเกิดจากข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้จำนำกับผู้รับจำนำเพื่อเป็นการประกันการชำระหนี้ ส่วนการหักกลบลบหนี้นั้นเป็นเรื่องเกิดขึ้นได้เองโดยผลของกฎหมายเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยข้อตกลงหรือสัญญาใดๆ

ข. การจำนำเป็นการที่คู่กรณีเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ให้แก่ตนแต่เพียงฝ่ายเดียว ส่วนการหักกลบลบหนี้คู่กรณีจะมีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ทั้งฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน โดยทั้งสองฝ่ายต่างก็มีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ที่ยังค้างชำระต่อตนได้

ค. ผลของการจำนำหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้มีสิทธินำเอาทรัพย์สินที่รับจำนำไว้ ออกขายทอดตลาดนำเงินชำระหนี้ได้โดยตรง หากได้เงินมาไม่พอชำระหนี้ก็สามารถเรียก ร้องเอากับลูกหนี้ได้อีก ส่วนผลของการหักกลบลบหนี้นั้นเมื่อหนี้ทั้งสองรายต่างถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว หากมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้แล้ว หนี้ทั้งสองรายนั้นก็จะมีระเบียบไปเท่าที่ตรงกัน หากฝ่ายใดยังคงเหลือหนี้ค้างชำระอยู่ ก็ต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นแก่ฝ่ายให้หมดสิ้นไป

ง. จำนำมิได้เฉพาะกับทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่มีตราสารที่มีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ส่วนการหักกลบลบหนี้สามารถใช้ได้กับสิทธิเรียกร้องที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันเท่านั้น

(3) เปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้กับสัญญาบัญชีเดินสะพัด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาบัญชีเดินสะพัดไว้ในมาตรา 856 ซึ่งอธิบายได้ว่า สัญญาบัญชีเดินสะพัดเป็นสัญญาระหว่างบุคคลทั้งฝ่ายขึ้นไป ซึ่งไม่มีแบบ และไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ โดยมีข้อตกลงกันเรื่องกำหนดเวลาเริ่มต้นของสัญญาหรือกำหนดระยะเวลาช่วงหนึ่งที่น่านอนของสัญญา และให้มีการตัดทอนบัญชีหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดจากกิจการของกลุ่มสัญญาหักกลบลบหนี้กัน เมื่อตัดทอนบัญชีหนี้ระหว่างกันแล้ว ให้ฝ่ายที่เป็นหนี้หลังจากหักกลบลบหนี้ไปแล้วชำระหนี้ส่วนที่ค้างอยู่

ทั้งการหักกลบลบหนี้และสัญญาบัญชีเดินสะพัดมีลักษณะคล้ายกันอยู่หลายประการ ได้แก่

ก. สัญญาบัญชีเดินสะพัดกำหนดให้มีการตัดทอนบัญชีซึ่งกันและกัน เหมือนกับการหักกลบลบหนี้ที่ให้มีการนำเอาหนี้มาหักกลบลบกัน

ข. คู่สัญญาบัญชีเดินสะพัดต่างก็เป็นหนี้ซึ่งกันและกันจึงจะมีการตัดทอนบัญชีได้ เหมือนกับการหักกลบลบหนี้ที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องมีหนี้ซึ่งกันและกันจึงจะทำการหักกลบลบหนี้ได้

ในการเปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้กับสัญญาบัญชีเดินสะพัดนี้ นอกจากเหตุผลในด้านของความคล้ายกันแล้ว ยังเป็นเพราะสัญญาบัญชีเดินสะพัดได้ถูกนำมาใช้มากับธุรกิจธนาคารพาณิชย์โดยเฉพาะกับการให้กู้ยืมเงินเบิกเกินบัญชี ซึ่งการพิจารณาเปรียบเทียบนี้อาจพบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของสัญญาบัญชีเดินสะพัดและอาจนำมาปรับใช้กับการหักกลบลบหนี้ได้นอกจากนั้นสัญญาบัญชีเดินสะพัดอาจจะมีข้องเกี่ยวกับหักกลบลบหนี้ได้ เช่น การที่ธนาคารพาณิชย์นำเงินอีกฝ่ายหนึ่งที่มีได้เป็นบัญชีเดินสะพัดของลูกค้านำมาหักกลบลบหนี้ในบัญชีเดินสะพัดที่ลูกหนี้มีต่อธนาคารจะทำได้หรือไม่ และการที่ธนาคารพาณิชย์ทำเช่นนี้ เป็นการหักกลบลบหนี้ หรือใช้สิทธิตามสัญญาบัญชีเดินสะพัด ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องศึกษาต่อไป

แต่ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างสัญญาบัญชีเดินสะพัดกับการหักกลบลบหนี้ก็คือ สัญญาบัญชีเดินสะพัดเกิดจากข้อตกลงร่วมกันของกลุ่มสัญญาให้มีการตัดทอนบัญชีหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างกันต่างกับการหักกลบลบหนี้ที่อาจทำได้โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว

(4) เปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้กับความยินยอมให้จัดการกับเงินฝาก

ในการให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ของธนาคารพาณิชย์ โดยทั่วไปแล้วธนาคารพาณิชย์จะต้องพิจารณาถึงความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นสำคัญ เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับเจ้าหนี้ว่าเมื่อกำหนดชำระแล้วลูกหนี้จะสามารถชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการวิเคราะห์ถึงความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นอย่างดีแล้ว แต่ก็อาจมีปัจจัยบางอย่างที่เกิดขึ้นในภายหลัง ทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลดลงหรือสูญหายไปได้ ดังนั้นธนาคารพาณิชย์จึงต้องหาทางลดความเสี่ยงในการไม่ได้รับชำระหนี้ เช่น การให้ลูกหนี้หาหลักประกันการชำระหนี้ให้ไว้กับธนาคารพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นการจำนำ จำน่า หรือค้ำประกัน ซึ่งรวมไปถึงการให้สิทธิแก่ธนาคารในการกระทำบางอย่างเพื่อทดแทนหรือบรรเทาความเสียหายของเจ้าหนี้ อันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วน และเนื่องจากธนาคารพาณิชย์เองมีธุรกิจหนึ่งคือการรับฝากเงินจากประชาชนทั่วไป ธนาคารพาณิชย์จึงนิยมที่จะให้ลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกันที่มีเงินฝากอยู่กับตนทำข้อตกลงให้ความยินยอมในการจัดการบัญชีเงินฝากเพื่อประโยชน์ในการได้รับชำระหนี้ของธนาคารพาณิชย์เอง

โดยทั่วไปแล้วธนาคารพาณิชย์ผู้รับฝากเงินที่เป็นเจ้าหนี้ จะให้ลูกหนี้หรือผู้ที่มอบสิทธิตามสัญญารับฝากเงิน จัดทำข้อตกลงยินยอมให้ธนาคารพาณิชย์จัดการเงินฝากไว้ล่วงหน้าได้ 2 ประเภทคือ ข้อตกลงยินยอมมอบเงินฝากเป็นประกัน และข้อตกลงยินยอมให้หักเงินฝากมาชำระหนี้

ก. ข้อตกลงยินยอมให้หักเงินฝากมาชำระหนี้ เป็นข้อตกลงที่ลูกหนี้ที่มีเงินฝากหรือผู้ที่มอบสิทธิตามสัญญารับฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์ ยินยอมให้ธนาคารพาณิชย์จัดการเงินฝาก โดยการหักเงินฝากจากบัญชีเงินฝากพร้อมทั้งดอกเบี้ย ไปชำระหนี้ตามสัญญาก่อนหนี้ของลูกหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้

ข. ข้อตกลงยินยอมมอบเงินฝากเป็นประกัน เป็นข้อตกลงที่ลูกหนี้ที่มีเงินฝากหรือผู้ที่มอบสิทธิตามสัญญารับฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์ ยินยอมให้ธนาคารพาณิชย์จัดการเงินฝาก โดยการหักเงินจากบัญชีเงินฝากพร้อมทั้งดอกเบี้ย ไปชำระหนี้ตามสัญญาก่อนหนี้ของลูกหนี้ได้ ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด

ข้อตกลงทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะที่เหมือนกันคือ ให้สิทธิแก่ธนาคารพาณิชย์ในการหักเงินฝากของลูกหนี้ และเป็นข้อตกลงที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายในระหว่างคู่สัญญาตามหลักทั่วไปของการทำนิติกรรมสัญญา โดยธนาคารพาณิชย์ไม่จำเป็นต้องบังคับชำระหนี้ทั้งจำนวน เช่น การจำนำสิทธิ หรือการ โอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งการทำข้อตกลงในลักษณะนี้มีลักษณะคล้ายกับการหักกลบลบหนี้ ส่วนข้อแตกต่างที่สำคัญของข้อตกลงทั้งสองประเภท ก็คือ ข้อตกลง

ยินยอมให้หักเงินฝากมาชำระหนี้ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ให้ใช้เป็นหลักประกัน แต่เป็นวิธีการชำระหนี้วิธีหนึ่ง เมื่อลูกหนี้รับรายได้เข้าบัญชีเงินฝาก ต่างกับข้อตกลงยินยอมมอบเงินฝากเป็นประกันที่มีวัตถุประสงค์ให้ใช้เป็นหลักประกันในการบังคับชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้

การที่ธนาคารพาณิชย์ให้ลูกหนี้ทำสัญญายินยอมให้จัดการกับเงินฝากนี้อาจให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้แต่เฉพาะในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นธนาคารผู้รับฝากเงิน เพราะหากเป็นข้อสัญญาที่กระทำระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ที่มีธนาคารผู้รับฝากเงินยอมใช้บังคับกับธนาคารที่เป็นผู้รับฝากเงินไม่ได้ เว้นแต่เป็นการทำสัญญาสามฝ่ายหรือหรือการ โอนสิทธิเรียกร้อง แต่ประโยชน์ของการจัดทำสัญญาในรูปแบบนี้ ก็คือ ประโยชน์ในเรื่องของวิธีการบังคับหลักประกันในการให้สิทธิธนาคารที่จะถอนเงินจากบัญชีเงินฝากมาชำระหนี้ได้ทันทีหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ โดยอาศัยความยินยอมที่ทำได้ล่วงหน้า ซึ่งนับว่าเป็นวิธีการบังคับหลักประกันที่สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย จึงมีความเหมาะสมที่จะใช้เป็นหลักประกันในกรณีที่ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ นั้นเป็นธนาคารผู้รับฝากเงินในลักษณะของหลักประกันทางการเงินอย่างหนึ่ง

นอกจากนี้การที่ผู้ฝากเงินสามารถใช้สิทธิตามสัญญาผู้รับฝากเงินเป็นหลักประกันในการกู้เงินกับธนาคาร ทำให้ผู้ฝากเงินได้รับประโยชน์ โดยไม่ต้องถอนเงินที่ฝากออกมาใช้ ซึ่งจะให้ผู้ฝากเสียโอกาสในการได้รับดอกเบี้ยในกรณีที่การฝากเงินประเภทนั้นมีเงื่อนไขการจ่ายดอกเบี้ยให้ตามระยะเวลาที่ฝาก เช่น เงินฝากประเภทประจำ นอกจากนั้น ผู้ฝากยังได้รับประโยชน์ในเรื่องอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ซึ่งธนาคารจะคิดในอัตราต่ำกว่าการกู้เงินโดยใช้หลักประกันประเภทอื่น เพราะต้นทุนในการให้กู้เงิน โดยใช้สิทธิตามสัญญาผู้รับฝากเงินเป็นหลักประกันนั้นต่ำ เนื่องจากธนาคารไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในเรื่องของการประเมินราคาหลักทรัพย์ และเมื่อครบกำหนดชำระหนี้ ผู้ฝากอาจจะนำเงินมาชำระคืนทั้งหมด หรือใช้ธนาคารใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ แต่การใช้สิทธิตามสัญญาผู้รับฝากเงินเป็นหลักประกัน ก็อาจมีข้อจำกัดในแง่ของผู้ฝากบ้าง ในกรณีที่ผู้ฝากจะไม่สามารถใช้สิทธิถอนเงินที่ฝากหรือดอกเบี้ยได้จนกว่าธนาคารจะได้รับชำระหนี้ทั้งหมดเพราะธนาคารจะทำการอายัดบัญชีเงินฝากที่เป็นหลักประกันไว้

หากพิจารณาเปรียบเทียบการหักกลบลบหนี้โดยผลของกฎหมายแล้ว การทำข้อตกลงยินยอมให้หักเงินฝากเช่นนี้ จะไม่มีความจำเป็นเท่าใดนัก เพราะการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายนั้นไม่จำเป็นจะต้องมีข้อตกลงใดใดให้สิทธิไว้ล่วงหน้า เพียงแต่การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้เมื่อใดก็การหักกลบลบหนี้เมื่อนั้น โดยมีผลย้อนหลัง ไปถึงเวลาที่อาจหักกลบลบหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 342 วรรคสอง ซึ่งเมื่อหนึ่งนั้นถึงกำหนดชำระ แม้ว่าลูกหนี้ยังไม่ผิดก็หักกลบลบหนี้ได้ ส่วนการแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าทำให้หักกลบลบหนี้กันได้แม้หนึ่งนั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีผลบังคับได้ หากมีการ

กำหนดถึงเงื่อนไขของพฤติกรรมที่ให้หักกลบหนี้กันได้แน่นอน เช่น กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์หักเงินฝากได้หากผู้ฝากเงินอยู่ในฐานะอันควรเชื่อได้ว่าไม่อาจชำระหนี้ได้ เช่น ถูกบุคคลอื่นฟ้องเป็นคดีแพ่ง อาญา หรือล้มละลาย

ซึ่งการแสดงเจตนายินยอมให้หักเงินฝากเพื่อชำระหนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามิใช่เป็นการแสดงเจตนาหักกลบหนี้ไว้ล่วงหน้าแต่อย่างใด เพราะแม้จะมีข้อตกลงยินยอมให้ธนาคารหักกลบหนี้ไว้ล่วงหน้าก็ตาม หากธนาคารจะนำเงินฝากมาหักกลบหนี้ที่ลูกหนี้ค้างชำระก็ต้องแจ้งการแสดงเจตนาให้ลูกหนี้ทราบอีกครั้งหนึ่ง การทำข้อตกลงลักษณะนี้จึงเป็นการยินยอมให้ธนาคารใช้สิทธิถอนเงินและจัดการแก่เงินได้ฝากโดยอาศัยข้อสัญญาเท่านั้นซึ่งสามารถกระทำหรือให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าได้

2.2.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการหักกลบหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

เนื่องจากกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน จากการศึกษาจะพบว่าบางประเทศได้นำหลักหักกลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลายด้วย แต่ก็มีกลุ่มประเทศบางกลุ่มไม่รับหลักหักกลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ยึดแนวคิดเดิม แต่กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดใหม่ เช่น ประเทศอังกฤษ อเมริกา ญี่ปุ่น ได้นำหลักหักกลบหนี้มาบังคับใช้ในกฎหมายล้มละลาย ซึ่งในกฎหมายล้มละลายของไทยได้นำหลักหักกลบหนี้มาบัญญัติรับรองไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เช่นกัน จึงถือได้ว่าประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มที่มีแนวคิดใหม่ที่จะเห็นด้วยการนำหลักหักกลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย จึงจำเป็นต้องนำหลักหักกลบหนี้มาศึกษาโดยละเอียด ดังที่จะศึกษาต่อไปนี้

2.2.2.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดในการร่างกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายในประเทศไทยมีขึ้นมาตั้งแต่สมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง พระมหากษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยา⁵⁰ ที่อยู่รวมในกฎหมายลักษณะกู้หนี้ พุทธศักราช 1278 ที่มีแนวคิดถึงความจำเป็นที่จะต้องกำกับความเป็นอยู่แห่งลูกหนี้ ซึ่งใช้หนี้ไม่ได้ว่าลูกหนี้จะเป็นพ่อค้าก็ตาม ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการบังคับหนี้สินของลูกหนี้ให้รวดเร็วขึ้นเท่านั้น ซึ่งต่อมาเมื่อการค้าขายมีความเจริญและเพิ่มการมากขึ้นจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวต่อเนื่องมาเป็นลำดับจนถึงปัจจุบัน ในเริ่มต้นของกฎหมายที่อยู่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายกู้หนี้ พุทธศักราช 2188 ที่มีการกำหนดมาตรการในลักษณะกึ่งกฎหมายอาญาด้วย ต่อมาใน ร.ศ. 110 (พุทธศักราช 2434) ได้มีการบัญญัติกฎหมายกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 และได้ให้เหตุผลประกอบในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

⁵⁰ ปรีชา พานิชวงศ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. หน้า 8.

“...บรรดาการค้าขายย่อมมีเวลาวัฒนธรรมและหายนะตามกาลสมัย เหมือนการงานอื่นๆ บางคนบางพวกที่เคราะห์ร้ายทำการค้าไปก็ขาดทุน โดยไม่ได้คิดน้อยคนผู้ใด เจ้าหนี้ที่ให้อภัยไป เห็นใจจริงว่าลูกหนี้เคราะห์ร้าย แล้วก็กรุณาลดหย่อนผ่อนเอาส่วนทรัพย์สินคืนแต่เนี่ยพอควรแก่กฎหมายและธรรมเนียมยุติธรรมที่เป็นอยู่ทั่วไปในประเทศอื่นๆ เป็นอันมากแล้วก็ดี แต่เจ้าหนี้บางคนมีใจโลภเหลือเกินเห็นช่องที่กฎหมายเก่าที่มีอยู่ตามธรรมเนียมในโบราณกาลก็คิดขัดขวางไม่ยอมลดหย่อนผ่อนผันแก่ลูกหนี้ จะขึ้นเอาตามความในกฎหมายเก่านั้นทำให้เกิดคดีมีถ้อยความ ค้างโรงศาลอยู่เป็นอันมาก ทั้งเป็นที่เดือดร้อนแก่ลูกหนี้ผู้มีความยาก ไร้ยั้งนัก”

จากเหตุผลของพระเจ้าน้องยาเธอกรมหลวงเทววงศวิโรประการ เสนาบดีว่าการต่างประเทศในขณะนั้น⁵¹ นำความขัดข้องขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณา เป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงประกาศยกเลิกกฎหมายลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ที่เจ้าหนี้บางจำพวกอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการบังคับชำระหนี้ลูกหนี้ โดยการลงโทษทางอาญาได้ เนื่องจากปัญหาดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางการค้าขายที่มีการเจริญขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับธรรมเนียมปฏิบัติตามหลักกฎหมายในต่างประเทศที่มีการติดต่อขายค้ามีความแตกต่างกับกฎหมายของประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จนต่อมาต้องมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 130 ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายตามแบบอย่างอารยประเทศ⁵² โดยได้มีการกำหนดลักษณะของคำว่า “การค้า” หรือ “ธุรกิจ” ตามมาตรา 42 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “...ในการ ค้าขายฤวิสาหากินของผู้ล้มละลาย...” ในความหมายที่กว้างขึ้นทำให้แปลความหมายได้ว่าลักษณะที่มุ่งหมายถึง การทำมาหากินเพื่อกำไรหรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่น หรือ การกระทำเพื่ออาชีพนั่นเอง

พิจารณาได้ว่าโดยพื้นฐานของการบัญญัติกฎหมายล้มละลายตั้งแต่กฎหมายกู้หนี้ยืมสิน พุทธศักราช 2188 จนถึง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 นั้น เป็นผลเนื่องมาจากบ้านเมืองในสมัยนั้นมีความเจริญมากขึ้น มีการติดต่อค้าขายกับต่างประเทศ มีบริษัทห้างร้านเกิดขึ้นแล้ว⁵³ และแม้จะยังไม่ได้ใช้คำว่า “ล้มละลาย” ก็คาดหมายได้ว่าเป็นการกำหนดมาตรการบังคับชำระหนี้อย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกิจการค้าขายที่บุคคลพึงปฏิบัติในทางการค้าขายที่สามารถจะก่อให้เกิดปัญหาทางการเงินที่สมควรให้ลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าตกเป็นบุคคลล้มละลายได้มากกว่าบุคคลที่ประกอบอาชีพที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญและให้โอกาสลูกหนี้ดังกล่าวได้รับการปลดจากการล้มละลายได้เร็วขึ้นถ้าเหตุที่ตกเป็นบุคคลล้มละลายไม่ได้มาจากการล่อโก่ง หรือเป็นไปโดยสุจริต

⁵¹ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 19.

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ ปรีชา พานิชวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 10.

สำหรับการบัญญัติกฎหมายล้มละลาย ตั้งแต่พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 ที่มีขึ้นมาแทนกฎหมายล้มละลายเดิมได้เพิ่มหลักเกณฑ์ให้ใช้บังคับกับบุคคลต่างๆ ไป ไม่ว่าจะเป็นประกอบอาชีพพ่อค้าหรือไม่ก็ตาม โดยลูกหนี้จะต้องขอให้ตนเองล้มละลายอีกต่อไปไม่ได้ เจ้าหนี้เท่านั้นที่จะมีสิทธิฟ้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และต่อมาได้มีการตรากฎหมายล้มละลายขึ้นอีกโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 130 ซึ่งได้นำเอาหลักการมาจากกฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษ⁵⁴ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมาจนกระทั่งได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ที่มีหลักเกณฑ์ให้ฟ้องคดีล้มละลายและกระบวนการดำเนินคดีล้มละลายกับบุคคลธรรมดาโดยทั่วไปและนิติบุคคลที่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์การล้มละลายซึ่งกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้ตามกฎหมาย⁵⁵ พร้อมกับกำหนดหลักการต่างๆ ที่จะเอื้ออำนวยประโยชน์ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ภายหลังที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายแล้ว เช่น การมีบทบัญญัติเรื่องการประนอมหนี้เพื่อเลิกคดีล้มละลาย และการกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นต้น ซึ่งเป็น การกำหนดมาตรการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมด ทำให้ลูกหนี้หมดอำนาจในการจัดทรัพย์สินโดยสิ้นเชิง ต่อมากฎหมายล้มละลายได้เข้าสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2541 และในฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2542 มาตรการที่เพิ่มเข้ามาเป็นการนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์⁵⁶ มาปรับใช้ คือ การตรากฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้⁵⁷ ที่ใช้เฉพาะลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเท่านั้น เพื่อนำมาแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจของประเทศในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจที่ประเทศไทยเผชิญล้มละลายภายใน 3 ปี อันถือเป็นมาตรการช่วยเหลือไม่ให้ลูกหนี้ต้องล้มละลายประการหนึ่ง

โดยต่อไปจะกล่าวถึงประวัติกฎหมายล้มละลายในแต่ละยุคแต่สมัย ดังนี้

1) กฎหมายลักษณะกู้หนี้ สุคะมัตต 1278

กฎหมายล้มละลายของไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยา⁵⁸ รวมอยู่ในกฎหมายลักษณะกู้หนี้ มิได้แยกออกมาเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษ⁵⁸ วัตถุประสงค์ก็เพื่อเร่งรัดหนี้สินจากลูกหนี้ยิ่งกว่าเพื่อประโยชน์ในทางการค้า⁵⁹

⁵⁴ กฤษณา พุงโซะชัย. (2539). หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ. หน้า 106.

⁵⁵ ปรีชา พานิชวงค์. เล่มเดิม. หน้า 11.

⁵⁶ Judicial Management in the Companies (Amendment) Act 1987.

⁵⁷ สุธีร์ ศุภนิคย์. เล่มเดิม. หน้า 219.

⁵⁸ หลวงสารกิจปรีชา ก (2495). คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายลักษณะล้มละลาย. หน้า 7.

⁵⁹ วิชามหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 17.

กฎหมายลักษณะกู้หนี้ยืมสินที่เกี่ยวกับเรื่องนี้สันนิษฐานว่า มีบัญญัติไว้ในบทที่ 50-52 ซึ่งหมอบรัดเลย์รวบรวมไว้ในกฎหมายเล่ม 1 หน้า 218-219 โดยหลวงสารกิจปริชา ได้สรุปใจความสำคัญไว้ดังต่อไปนี้⁶⁰

- (1) ผู้ใดเป็นหนี้หลายแห่ง ไม่สามารถใช้หนี้ได้ พิจารณาได้ความจริงยอมให้ผลัดใช้หนี้ได้ 3 ครั้ง รวม 15 วัน
- (2) ครบกำหนดแล้วยังไม่ชำระ ให้เอาใส่ชื่อ แชน้ำ 3 วัน ตากแดดอีก 3 วัน เพื่อเร่งการชำระเงิน
- (3) ถ้ายังไม่ชำระให้จัดการยึดทรัพย์ ซึ่งรวมทั้งบุตรและทาสด้วย เอามาใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ต่อไป
- (4) ถ้ายังไม่ชำระอีก ให้เอาตัวลูกหนี้ออกขาย ได้เงินเท่าใดให้แบ่งปันแก่เจ้าหนี้ตามจำนวนหนี้มากและน้อย โดยผู้ฟ้องคนแรกได้ 2 ส่วน นอกนั้นได้คนละส่วน เว้นแต่ผู้ที่มีได้เอาสัญญามาแสดงก็ไม่ให้ได้รับส่วนแบ่ง
- (5) ถ้าลูกหนี้นายจนกลายเป็นทาสภายหลัง ให้เอาขายได้ เกินค่าตัวเท่าใด ให้แบ่งปันแก่เจ้าหนี้ตามมากและน้อย และถ้าลูกหนี้เป็นไพร่หลวง เมื่อขายได้เท่าใด ให้เป็นของหลวงกึ่งหนึ่งก่อน อีกกึ่งหนึ่งจึงแบ่งปันแก่เจ้าหนี้

กฎหมายนี้อาจจะเป็นการเหมาะสมสำหรับยุคสมัยนั้น แต่เมื่อบ้านเมืองเจริญขึ้นการลงโทษคล้ายวิธีป่าเถื่อนซึ่งไม่เป็นอารยธรรมก็หมดไป กฎหมายลักษณะกู้หนี้จึงต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพราะการบังคับให้ชำระหนี้ตามวิธีที่กล่าวมานี้เป็นการเดือดร้อนแก่ลูกหนี้ โดยมองแต่ในแง่ของเจ้าหนี้ฝ่ายเดียว ฉะนั้นในปี ร.ศ. 110 (พุทธศักราช 2434) จึงได้ยกเลิก พ.ร.บ. กู้หนี้ยืมสินดังกล่าว และได้บัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นแทน ได้แก่ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110

ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่า กฎหมายลักษณะกู้หนี้มีลักษณะกึ่งอาญา คือ ลงโทษลูกหนี้โดยใส่ชื่อ แชน้ำ ตากแดด ซึ่งเป็นวิธีการที่ทารุณต่อเนื้อตัวร่างกายของลูกหนี้ ทำให้ลูกหนี้ได้รับความเดือดร้อน นอกจากนี้ หากยังไม่ชำระหนี้ก็เอาลูกหนี้ออกขายเป็นทาสแล้วนำเงินมาแบ่งเฉลี่ยให้เจ้าหนี้ ทำให้ดูเหมือนว่าคนเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่มีราคา และอาจใช้ชำระหนี้แทนเงินได้ในบางกรณี กฎหมายฉบับนี้จึงมุ่งลงโทษลูกหนี้เป็นสำคัญ ยังไม่มีหลักการปลดจากล้มละลายแต่อย่างใด

⁶⁰ หลวงสารกิจปริชา ก เล่มเดิม. หน้า 9.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110

กฎหมายลักษณะกู้หนี้ยืมสินใช้มาเป็นเวลานาน ลูกหนี้ที่กู้หนี้ไม่ได้เริ่มมีมากขึ้น และประเทศไทยมีการติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติ ทำให้มีพ่อค้ามากขึ้น การค้าขายเจริญขึ้น การที่กฎหมายเก่าให้อำนาจเจ้าหนี้มากเช่นนั้น อาจทำให้เกิดผลร้าย 2 อย่าง คือ

- (1) เป็นที่เดือดร้อนแก่ลูกหนี้ผู้ยากไร้
- (2) เป็นการชักนำให้ลูกหนี้อ้อโกง เพื่อพยายามหลบหลีกให้พ้นจากผลร้าย

ตามกฎหมาย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเก่าให้เป็นธรรม เพื่อสนับสนุนให้การค้าขายเจริญยิ่งขึ้นไป โดยประสงค์ให้เป็นการยุติธรรมสมควรแก่กาลเวลา⁶¹ ใน ร.ศ. 110 หรือ พุทธศักราช 2434 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 จึงทรงยกเลิกกฎหมายลักษณะกู้หนี้และเริ่มใช้คำว่า ล้มละลายตั้งแต่นั้นมา⁶² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 มีหลักการที่สำคัญ คือ

- (1) ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัท มีสิทธิร้องขอให้ศาลตั้งเจ้าพนักงานให้ไปตรวจและจัดการรวบรวมทรัพย์สินและบัญชี เพื่อชำระหนี้สินให้เสร็จสิ้น

- (2) ระวังพิจารณา ศาลเห็นสมควรจะเรียกประกันจากลูกหนี้ก็ได้ แต่ห้ามกักขัง เว้นแต่จะมีเหตุผลว่าลูกหนี้จะหลบหนี หรือย้ายทรัพย์สิน

- (3) เมื่อเจ้าพนักงานจัดการล้มละลายเสนอบัญชีต่อศาลให้ศาลแบ่งแก่เจ้าหนี้มากและน้อยตามส่วน เมื่อได้แบ่งเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ให้ศาลพิพากษาว่า ลูกหนี้ล้มละลายใช้หนี้เสร็จสิ้นไปครั้งหนึ่งแล้วหนี้เป็นอันเลิกกัน แต่คดีล้มละลายที่เสร็จไปแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องได้อีกหากปรากฏเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง คือ⁶³

ก. ลูกหนี้ทุจริต ปิดบังเอาทรัพย์สินไว้

ข. ลูกหนี้ทำการฉ้อโกงอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเจ้าหนี้ยังไม่ทราบในเวลาที่

ศาลพิจารณาคดีล้มละลาย

ค. ลูกหนี้มีทรัพย์สินอื่นอีกภายหลังล้มละลาย⁶⁴

⁶¹ มองซิเออร์ เอ.ซี.เลเดเกอร์. (2459). กฎหมายและระเบียบข้อบังคับค้าอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย. หน้า 16.

⁶² หลวงสารกิจปริษา ก เล่มเดิม. หน้า 11.

⁶³ แหล่งเดิม.

⁶⁴ ปริษา พานิชวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 11-13.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 มีนโยบายตรงกันข้ามกับกฎหมายลักษณะกู้หนี้ยืมสิน กล่าวคือ ผลของกฎหมายนี้เป็นการช่วยเหลือลูกหนี้ฝ่ายเดียว⁶⁵ โดยลูกหนี้เท่านั้นที่จะขอให้ล้มละลายได้ เจ้าหนีหามีสิทธิไม่ จึงเปิดโอกาสให้ลูกหนี้คัดโกงเจ้าหนี้ได้⁶⁶ จะยกย้ายโอนทรัพย์สินแล้วล้มละลายก็ได้ ไม่ล้มละลายเลือกใช้นี้ให้แก่เจ้าหนี้คนใดก็ได้ ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบได้รับความไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายล้มละลายเสียใหม่เป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 (พุทธศักราช 2451)

2) พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 (พุทธศักราช 2451)

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้ทรงปฏิรูปกฎหมายล้มละลายเสียใหม่ เนื่องจากข้อบกพร่องที่ปรากฏในกฎหมายล้มละลาย ฉบับ ร.ศ. 110 โดยออกพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

(1) เจ้าหนีฝ่ายเดียวมีสิทธิฟ้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย ลูกหนี้จะร้องขอให้ตนเองล้มละลายไม่ได้⁶⁷

(2) จำนวนหนี้จะต้องมีตั้งแต่ 1,000 บาทขึ้นไป และต้องเป็นหนี้ที่แน่นอน

(3) ยอมให้ลูกหนี้แสดงหลักฐานประกอบคำต่อสู้อุของตนภายใน 10 วันว่าสามารถชำระหนี้ได้ ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ทั้งหมด ก็ให้ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลาย (คำว่า “ล้มละลาย” ในกฎหมายฉบับนี้เริ่มมีความหมายอย่างไรในปัจจุบัน)⁶⁸

(4) เมื่อลูกหนี้ถูกพิพากษาให้ล้มละลาย ให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ส่งบัญชีทรัพย์สินหนี้สินและเอกสารสำคัญแก่เจ้าพนักงานตั้งให้ทำบัญชีแจ้งแก่ทรัพย์สินของตนเองด้วย ลูกหนี้อาจถูกไต่สวนเกี่ยวกับทรัพย์สินตามที่เห็นสมควร

ข้อนี้ใช้สืบเนื่องจนถึงหลักกฎหมายล้มละลายในปัจจุบัน⁶⁹

(5) ศาลมีอำนาจสั่งว่า การโอนทรัพย์สินหรือการใช้หนี้ที่ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบเป็นอันใช้ไม่ได้

(6) ศาลต้องบังคับคดีตามคำสั่งที่ให้ล้มละลายทันที แม้มีอุทธรณ์อยู่ก็ตาม เว้นแต่ห้ามมิให้เฉลี่ยทรัพย์จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

⁶⁵ วิชามหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 19.

⁶⁶ ทวี กสิยพงศ์. (2526). คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พร้อมด้วยประมวลระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับคดีล้มละลาย. หน้า 7.

⁶⁷ หลวงสารกิจปริชา ก เล่มเดิม. หน้า 13.

⁶⁸ ทวี กสิยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 8.

⁶⁹ ปริชา พานิชวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 12.

พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 นับได้ว่าเป็นกฎหมายล้มละลายซึ่งมีหลักการที่ทันสมัยเป็นฉบับแรก แต่เนื่องด้วยเป็นของใหม่และเป็นการริบคว่ำในการร่างมีเพียง 8 มาตรา และมีข้อบกพร่องอยู่ คือ⁷⁰

- (1) ไม่ให้โอกาสลูกหนี้ที่สุจริตหลุดพ้นจากหนี้สินก่อนครบกำหนดอายุความของคดีแพ่งทั่วไป
- (2) ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการประนอมหนี้
- (3) ตัวบทไม่รัดกุมพอ จึงเปิดช่องให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ทำการทุจริตแทนการฟ้องศาลให้แสดงหนี้สินเป็นรายๆ ไป
- (4) ไม่มีบทบัญญัติลงโทษลูกหนี้และเจ้าหนี้ที่ทุจริต

3) พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 130 (พุทธศักราช 2454)

เนื่องด้วยข้อบกพร่องดังกล่าวข้างต้นของพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.127 ประกอบกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้เจริญขึ้น จึงมีการยกเลิกพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127 และให้ใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 130 แทน⁷¹ โดยมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

- (1) ให้โอกาสแก่ลูกหนี้ที่สุจริตขอปลดจากการล้มละลายได้ หลักเกณฑ์นี้เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสหลุดพ้นจากหนี้สิน และพ้นจากการล้มละลายได้ก่อนครบกำหนดอายุความเรื่องหนี้สินธรรมดา⁷² พิจารณาได้ว่า หลักการปลดจากการล้มละลายได้เริ่มต้นนำมาใช้ใน ร.ศ. 130 นี้เอง
- (2) มีบทบัญญัติเรื่อง การประนอมหนี้เพื่อเลิกคดีล้มละลาย
- (3) กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์ให้เรียบร้อยขึ้น
- (4) วางระเบียบวิธีการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนการขอพิสูจน์หนี้ของเจ้าหนี้
- (5) มีบทลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต

พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 130 นี้ ได้ใช้อยู่ประมาณ 30 ปี โดยมีการแก้ไขบางมาตราในปี พุทธศักราช 2470 และ 2474 กฎหมายฉบับนี้มีข้อบกพร่องอยู่บางประการ คือ⁷³

- (1) ตัวบทอ่านเข้าใจยาก เพราะได้แปลจากต้นร่างซึ่งยกขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ การแปลมีผิดพลาดจากภาษาอังกฤษหลายแห่ง บางที่อ่านเกือบไม่ได้ความ

⁷⁰ ทวี กสิยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 8-9.

⁷¹ แหล่งเดิม.

⁷² หลวงสารกิจปริชา ก เล่มเดิม. หน้า 10-11.

⁷³ ทวี กสิยพงศ์. หน้าเดิม.

(2) การขกร่างตัวบทนั้นได้คัดลอกพระราชบัญญัติล้มละลายของอังกฤษและของประเทศอาณานิคมเอามาปะติดต่อกันเป็นตอนๆ ซึ่งบางตอนต่อกันไม่สนิท

(3) ตัวบทไม่รัดกุมพอ จึงเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่และลูกหนี้ทำการทุจริตยอมกัน
ได้มาก

(4) การประสานงานระหว่างศาล เจ้าพนักงานรักษาทรัพย์และพนักงาน
อัยการยังไม่รัดกุมพอ

(5) ได้มีการตรากฎหมายออกใหม่หลายฉบับ ซึ่งมีความขัดแย้งกับกฎหมาย
ล้มละลาย ทำให้หลายมาตราในพระราชบัญญัตินี้ถูกยกเลิกไปโดยปริยาย เช่น ในเรื่องห้ามหุ้นส่วน
ล้มละลาย เป็นต้น

4) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ในปี พุทธศักราช 2483 ได้มีการออกพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช
2483 ขึ้นใหม่และได้ใช้มาจนปัจจุบันนี้ ซึ่งหลักการใหญ่ก็คล้ายกับพระราชบัญญัติล้มละลาย
ร.ศ. 130 แต่มีสาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมดังนี้⁷⁴

(1) เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การฟ้องใหม่ คือ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย
ร.ศ. 130 เดิมใช้คำว่า ลูกหนี้ต้องดื้อเงิน แต่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นี้
บัญญัติวางหลักเพียงว่า ลูกหนี้ต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว

(2) บัญญัติวิธีพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ขึ้นชั้นหนึ่งก่อนที่จะพิพากษาให้ลูกหนี้
ล้มละลาย เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ประนอมหนี้ก่อนล้มละลายได้

(3) เปิดโอกาสให้ลูกหนี้ขอยกเลิกการล้มละลายได้เมื่อครบ 10 ปี นับแต่
วันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แบ่งเฉลี่ยครั้งสุดท้าย หรือนับแต่วันที่ไม่มีทรัพย์สินจะแบ่ง

(4) วางระเบียบวิธีการให้การดำเนินคดีล้มละลายเป็นไปโดยสะดวกเร็วขึ้น
เช่น ในการประนอมหนี้ให้มีการประชุมลงมติเพียงครั้งเดียวหรือมีบทบัญญัติบังคับให้เจ้าพนักงาน
พิทักษ์ทรัพย์แบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหน้าที่โดยเร็ว

(5) เพิ่มบทกำหนดโทษทางอาญาให้มากขึ้น และบัญญัติให้เจ้าพนักงาน
พิทักษ์ทรัพย์สินเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในความผิด
ทางอาญาเกี่ยวกับการล้มละลาย ทั้งนี้ก็เพื่อให้การปราบปรามการทุจริตในการล้มละลายได้ผลดี
ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติล้มละลายอีกฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติ
ล้มละลาย (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2511 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช

⁷⁴ ปรีชา พานิชวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 13.

2483 บางมาตราเท่านั้น เพื่อความเหมาะสมแก่ภาวะทางเศรษฐกิจและสังคม โดยมีได้ยกเลิกพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ทั้งฉบับ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่แก้ไขมีดังนี้⁷⁵

- (1) เพิ่มจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะมีสิทธิฟ้องลูกหนี้ล้มละลายได้จากเดิมไม่น้อยกว่า 1,000 บาท แก้เป็นไม่น้อยกว่า 30,000 บาท
- (2) เพิ่มจำนวนเงินวงประกันค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้จะต้องนำมาวางศาล
- (3) แก้ไขเรื่องช้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย อันจะนำมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ได้ให้มีความหมายกว้างและมีวงเงินสูงขึ้น
- (4) เพิ่มอำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในการที่จะขอเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามปีก่อนมีการขอให้ล้มละลาย
- (5) แก้ไขเรื่องอัตราค่าธรรมเนียมในคดีล้มละลายให้มีความหมายกว้างและสูงขึ้น รวมทั้งเรื่องการคิดค่าธรรมเนียมของเจ้าพนักงานบังคับคดีในกรณีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีล้มละลายให้เรียกเก็บได้ทางคดีล้มละลายแต่เพียงทางเดียว

2.2.2.2 หลักการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายตามหลักสัดส่วน (Pari Passu Principle)

หลัก Pari Passu⁷⁶ ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดในกฎหมายล้มละลาย⁷⁷ แต่ในทางวิชาการปรากฏว่ายังคงมีความไม่ชัดเจน โดยมีการนำไปใช้ในบริบทที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้น คือ หลักการดังกล่าวมีความหมายอย่างไร

⁷⁵ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 21.

⁷⁶ สำหรับหลัก Pari Passu เป็นถ้อยคำในภาษาละติน มักเป็นที่นิยมใช้กันในทางวิชาการของประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ยังพบว่าในทางวิชาการของบางประเทศอาจใช้ถ้อยคำในภาษาโรมันว่า Paritas creditorum ซึ่งมีเนื้อหาสาระสำคัญเช่นเดียวกับหลัก Pari Passu เช่น ในประเทศเนเธอร์แลนด์ พบว่าหลักสำคัญในกระบวนการล้มละลายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งเรียกว่า Paritas creditorum หมายถึง เจ้าหนี้ทุกรายมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้โดยเสมอภาคกัน และกระบวนการล้มละลายจะแบ่งทรัพย์สินให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายตามสัดส่วนของหนี้แต่ละราย โดยหลักการดังกล่าวมีช้อยกเว้นอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่จะไม่ถูกระทบการเทียบจากการดำเนินคดีล้มละลาย (Separatisten) และเจ้าหนี้บุริมสิทธิตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น Thomas L. Claassens (ed.) (2007). Legal aspects of doing business in the Netherlands Loyend & LoeffSerie. Retrieved December 21, 2010, from www.loyensloeff.com/.../legal_aspects_of_doing_business_in_the_netherlands.pdf

⁷⁷ Andrew Keay and Peter Walton. Op.cit. p. 22.

คำว่า Pari Passu เป็นถ้อยคำภาษาละติน ซึ่งมีผู้ให้ความหมายในเชิงภาษาว่า หมายถึง ก้าวหน้าเท่ากัน เท่ากัน อย่างทัดเทียมกัน ไม่มีใครได้เปรียบ ใช้ในการบังคับชำระหนี้เอา จากทรัพย์สินเดียวกัน ทุกๆ คนได้เท่ากัน⁷⁸ และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำภาษาละตินคำว่า Par หรือ Paris หมายถึง ลำดับที่เท่าเทียมกัน (An equal in rank)⁷⁹ ส่วนคำว่า Passus แปลว่าการแบ่ง หรือ แยกออกจากกัน (Spread out)⁸⁰ ดังนั้น เมื่อรวมกันแล้วจะให้ความหมายว่าการแบ่งที่เท่าเทียมกัน สำหรับเหตุผลที่มีการนำคำว่า Pari Passu มาใช้ มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า อาจเป็นเพราะคำว่า เท่าเทียม (Equal) อาจมีการนำมาใช้ในความหมายที่ผิด ซึ่งไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้แต่ละราย จะต้องได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่เท่าเทียมกัน เพียงแต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของ ลูกหนี้ ตามสัดส่วนของหนี้ที่เท่าเทียมกัน ประกอบกับความกำกวมในการให้ความหมาย ของคำว่า ความเสมอภาค (Equality) จึงทำให้มีการนำคำภาษาละตินมาใช้แทนในเวลานั้น⁸¹

ในตำรากฎหมายได้มีการให้ความหมายของหลัก Pari Passu แยกต่างกันอย่างออกไป รอย กู๊ด (Roy Goode) ได้กล่าวถึงหลัก Pari Passu ไว้ว่า คือ การที่บรรดาเจ้าหนี้ ทุกรายที่เข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายจะมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ตามสัดส่วนของหนี้ที่ได้รับการรับรองแล้ว⁸²

แอนดรู คีย์ (Andrew Keay) และ ปีเตอร์ วอลตัน (Peter Walton) ได้กล่าวถึง หลัก Pari Passu ไว้ว่า คือ ความเท่าเทียมกัน และการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนระหว่าง เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยความสูญเสียควรจะได้รับกระจายในระหว่างบรรดาเจ้าหนี้⁸³

วานเนสซา ฟินช์ (Vanessa Finch) ได้กล่าวถึงหลัก Pari Passu ไว้ว่าในกระบวนการ ชำระบัญชีเจ้าหนี้ควรจะมีส่วนร่วมในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยังคงเหลืออยู่สำหรับนำมาแบ่งแก่ เจ้าหนี้ทั้งหลายตามสัดส่วน โดยสัดส่วนดังกล่าว หมายถึง สัดส่วนโดยทั่วไปที่เจ้าหนี้มีอยู่ก่อน เริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย⁸⁴

ริซวาน จามิล โมคอล (Rizwaan Jameel Mokal) ได้กล่าวถึงหลัก Pari Passu ไว้ว่า คือ การเสนอหลักที่ว่ากฎหมายล้มละลายควรจะนำบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายกลับคืนสู่สถานะที่

⁷⁸ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร. (2544). *รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย*. หน้า 655.

⁷⁹ P.G.W. Glare. (1984). *Oxford Latin Dictionary*. p. 1293.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Richard Calnan. (2010). *Proprietary Rights and Insolvency*. p. 3.

⁸² Roy Goode b (1988). *Legal problems of credit and security*. p. 141.

⁸³ Andrew Keay and Peter Walton. Loc.cit.

⁸⁴ Vanessa Finch. (2002). *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*. p. 421.

ใกล้เคียงกันตามสิทธิที่มีอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เพื่อที่จะแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายกลับคืนสู่เจ้าหนี้แต่ละรายในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น หลัก Pari Passu จึงเป็นหลักการหนึ่งที่ปรากฏเด่นชัดของความเสมอภาคอย่างเป็นทางการในกฎหมายล้มละลาย⁸⁵

สำหรับในทางวิชาการของประเทศไทยมีอยู่ไม่น้อยที่ได้มีการนำเอาหลัก Pari Passu มาใช้ในบริบทที่แตกต่างกัน เช่น การแบ่งทรัพย์สินโดยเสมอภาคถ้วนหน้ากัน⁸⁶ การได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนแห่งหนี้⁸⁷ หลักเท่าเทียมกัน⁸⁸ หลักสัดส่วน⁸⁹ หรือ การได้รับส่วนแบ่งจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเป็นธรรม⁹⁰ นอกจากนี้ยังพบว่ามีบางท่านได้นำมาใช้ในการสื่อความหมายของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน⁹¹ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า Pari Passu เป็นหลักในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้โดยพิจารณาถึงความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality) ในระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ไม่ให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน โดยการนำบรรดาเจ้าหนี้เหล่านั้นกลับคืนสู่สถานะเดิม ในขณะที่ลูกหนี้จะประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว หรือไม่สามารถจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่ลูกหนี้ยังไม่ประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่สามารถจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองได้ ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้จึงเพียงพอที่จะนำมาชำระให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายเมื่อหนี้ถึงกำหนด ดังนั้น เจ้าหนี้แต่ละรายจึงมีสิทธิที่จะติดตามบังคับชำระหนี้ของลูกหนี้ได้อย่างอิสระเท่าเทียมกัน ไม่มีผู้ใดได้เปรียบเสียเปรียบกัน เพราะต่างคนก็ต่างสามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้หมด โดยอาจมีการบังคับชำระหนี้ได้เอง (Self help) เช่น การบังคับจำนำ การหักกลบลบหนี้ หรืออาจมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพากระบวนการทางศาล ถ้าและลูกหนี้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลเจ้าหนี้ก็มีสิทธิบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ต่อไป

⁸⁵ Rizwaan Jameel Mokal. (2005). *Corporate Insolvency Law*. p. 94.

⁸⁶ วิชามหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 13.

⁸⁷ ธเนศ ไชยหมาน. (2541). การขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย. หน้า 11.

⁸⁸ กฤษฎา พุ่มโชคชัย. เล่มเดิม. หน้า 4.

⁸⁹ สุกัญญา ประดิษฐ์วิทยา. (2549). ข้อจำกัดในการดำรงตำแหน่งหรือการประกอบอาชีพของบุคคลล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการประกอบอาชีพรับราชการ. หน้า 1.

⁹⁰ วราลี เจริญเลิศวิลาศ. (2547). การตั้งเอกชนเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายล้มละลายไทย. หน้า 24.

⁹¹ ชำรงรักษ์ ลาพิณี. (2542). ปัญหาสิทธิการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้บุริมสิทธิทางทะเลในคดีล้มละลาย. หน้า 58.

เมื่อลูกหนี้ประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองได้ต่อไป ส่งผลให้ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้มีไม่เพียงพอที่จะนำมาชำระให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายจนเป็นที่พอใจได้ จึงก่อให้เกิดภาวะการแข่งขันกันเร่งรัดบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่อย่างจำกัด ผู้ที่รวดเร็วกว่าก็มีสิทธิที่จะได้รับคำพิพากษาจากศาล และนำไปบังคับคดีกับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ก่อน ส่วนเจ้าหนี้ที่มาทีหลังแม้จะได้คำพิพากษาของศาลแต่ก็ไม่เหลือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะนำมาบังคับคดีได้อีก นอกจากนี้ในสถานการณ์ดังกล่าวเจ้าหนี้บางรายอาจอาศัยความสนิทสนม หรือพยายามต่อรองให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนก่อน ในบางกรณีเจ้าหนี้บางรายอาจพยายามให้ลูกหนี้ทำสัญญา หรือเรียกให้ลูกหนี้ส่งมอบหลักประกันแก่ตน เป็นต้น กระบวนการบังคับชำระหนี้ในลักษณะที่ใครมาก่อนมีสิทธิก่อน (First come, first serve) เช่นว่านี้ ส่งผลให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้อาจมีแต่จะลดน้อยถอยลงไปเรื่อยๆ ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ และก่อให้เกิดความขัดแย้งในการพยายามที่จะช่วงชิงบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าว ทั้งยังเป็นการแยกส่วนทรัพย์สินของลูกหนี้เร็วเกินควร กล่าวคือหากทรัพย์สินของลูกหนี้ยังรวมกันอยู่ไม่กระจัดกระจายไปคนละทิศคนละทาง ซึ่งอาจมีการนำทรัพย์สินดังกล่าวมาบริหารจัดการในลักษณะที่ยังทำให้กิจการของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไปได้ (Going concern) อันจะเป็นการเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจให้กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและความเสี่ยงที่สูงมากในระบบสินเชื่อ ดังนั้น กฎหมายล้มละลายจึงพยายามที่จะให้ความคุ้มกัน (Immunity) จากกระบวนการบังคับชำระหนี้ดังกล่าว โดยยุติการแข่งขันบังคับชำระหนี้เช่นว่านั้นลง และรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดเท่าที่เหลืออยู่นำมาบริหารจัดการอย่างเป็นระบบ เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ส่วนลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ที่เกิดขึ้นโดยอาศัยความรวดเร็ว และอาศัยการต่อรองที่ไม่เป็นธรรมของเจ้าหนี้แต่ละรายเช่นว่านั้นก็เป็อันยุติลง หรือถูกยกเลิกเพิกถอนออกไป โดยกฎหมายพยายามที่จะนำเจ้าหนี้ดังกล่าวมาไว้เคียงข้างกัน แทนที่จะจัดลำดับไว้ก่อนหลังอันก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบขึ้น

ขอบเขตหลัก Pari Passu

การนำหลัก Pari Passu มาปรับใช้ในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ไม่ได้จำกัดเพียงสถานะของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หรือพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายเท่านั้น แต่ยังย้อนไปถึงสถานะของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ตั้งแต่ขณะที่ลูกหนี้เริ่มประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvent) หรือไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนได้ ดังนั้น โดยผลของหลัก Pari Passu จึงทำให้กฎหมายล้มละลายมีมาตรการในการที่จะไปยกเลิกเพิกถอนการกระทำใดๆ ซึ่งมีผลให้เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่นก่อนมีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลายขึ้น เช่น การที่ลูกหนี้ได้ปฏิบัติชำระหนี้ หรือให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งในขณะที่ตนรู้ว่า

กำลังประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจมีการกำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ภายใน 3 เดือน ก่อนขอให้ล้มละลาย เป็นต้น แต่หลัก Pari Passu จะไม่นำมาปรับใช้กับกรณีของสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังจากเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย (The expence of the bankruptcy) กล่าวคือ ในการดำเนินการต่างๆ ภายหลังจากเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายต่างๆ เกิดขึ้นตามมา เช่น ค่าใช้จ่ายในการสืบหา ติดตาม หรือจำหน่ายทรัพย์สิน รวมทั้งในกรณีที่จำเป็นต้องจัดการกับกิจการของลูกหนี้ที่ยังค้างอยู่ ซึ่งอาจจะต้องมีการซื้อวัสดุอุปกรณ์ หรืออาจจะต้องมีการจ้างลูกจ้างบางคนเพื่อทำงานต่อไป และกิจการดังกล่าวยังเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย หากปราศจากค่าใช้จ่ายเช่นว่านั้น การดำเนินการต่างๆ ในกระบวนการล้มละลายก็ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น เพื่อเป็นประกันว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะได้รับชำระอย่างแน่นอน กฎหมายล้มละลายจึงกำหนดให้ค่าใช้จ่ายเหล่านี้มีสิทธิได้รับชำระจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันทุกราย รวมทั้งเจ้าหนี้ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนก็ตาม และนอกจากนี้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่างๆ ในคดีล้มละลายไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์หนี้เพื่อมาแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้กับเจ้าหนี้อื่นแต่อย่างใด⁹² แต่หากเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นในภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย และไม่เป็นประโยชน์กับการบริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การทำนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็จะไม่มีผลในทางกฎหมายหรือตกเป็นโมฆะ ส่วนสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ เช่น หนี้ละเมิด แม้จะมีผลในทางกฎหมายแต่ก็ไม่สามารถขอแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินที่รวบรวมเข้าเป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายได้ เจ้าหนี้ต้องไปฟ้องร้องเอากับลูกหนี้เอง และคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ลูกหนี้หลุดพ้นจากการล้มละลายแล้วเท่านั้น

ข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu

แม้หลัก Pari Passu จะนำมาปรับใช้กับสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายย้อนไปจนถึงขณะที่ลูกหนี้เริ่มมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยพยายามที่จะให้เจ้าหนี้ดังกล่าวได้รับชำระหนี้โดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่อาจพบว่ามีบางกรณีที่กฎหมายล้มละลายได้ปฏิบัติต่อเจ้าหนี้บางประเภทแตกต่างจากเจ้าหนี้อื่น ซึ่งเหตุผลที่จะนำมาอธิบายกรณีดังกล่าวได้คือ ในขณะที่ก่อนลูกหนี้จะประสบภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว กฎหมายได้รับรองสิทธิของเจ้าหนี้บางประเภทไว้ก่อนแล้ว ดังนั้น เมื่อนำบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายกลับคืนสู่สถานะเดิม สิทธิต่างๆ ที่กฎหมายรับรองไว้แล้วจึงไม่ถูกกระทบกระเทือน โดยผลของหลัก Pari Passu แต่อย่างใด ซึ่งข้อยกเว้นของหลัก Pari Passu มีดังต่อไปนี้

⁹² Roy Goode b. Op.cit. p. 154.

1) สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor)

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้ทั้งหลายจะต้องเข้าร่วมกระบวนการบังคับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ร่วมกัน ซึ่งกระบวนการบังคับชำระหนี้ดังกล่าวจะมีผลเฉพาะแต่ผู้ที่มีสิทธิเหนือตัวบุคคลของลูกหนี้เท่านั้น แต่จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้แต่อย่างใด ดังนั้น เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้อันเป็นหลักประกัน หรือมีสิทธิเหนือทรัพย์สินประเภทอื่น ยังคงมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิต่อไป โดยปกติกฎหมายล้มละลายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าว และถือว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้สูงสุด⁹³ ดังนั้น หลัก Pari Passu จึงสามารถนำมาปรับใช้ได้เฉพาะกับทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพัน (Unencumbered assets) เท่านั้น⁹⁴ แต่มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันไม่ใช่ของยกเว้นของหลัก Pari Passu แต่การที่ไม่นำหลัก Pari Passu มาปรับใช้กับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันก็เพราะว่าทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งหลักประกันดังกล่าวไม่ได้เป็นของลูกหนี้จึงไม่สามารถนำมาแบ่งแก่เจ้าหนี้รายอื่นได้⁹⁵

2) การหักกลบลบหนี้ (Set-Off)

ในกรณีที่ก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เจ้าหนี้อาจจะขอรับชำระหนี้หรือลูกทวงให้ชำระหนี้ในกระบวนการล้มละลาย ซึ่งกฎหมายอาจยอมให้เจ้าหนี้ทำการหักกลบลบหนี้ดังกล่าว และหากยังมีหนี้คงเหลือก็สามารถยื่นขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ต่อไป ส่งผลให้เจ้าหนี้ซึ่งมีทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่อยู่ในมือสามารถที่จะนำเอาไปชำระหนี้แก่ตนเองได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งส่งผลกระทบต่อหลัก Pari Passu เป็นอย่างมาก เหตุผลที่กฎหมายยอมให้มีการหักกลบลบหนี้กันได้ก็เพื่อเป็นการสนับสนุนระบบสินเชื่อ โดยการเพิ่มความไว้วางใจในความสามารถที่จะชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนด หากปราศจากกฎเกณฑ์เช่นว่านั้นแล้วเจ้าหนี้อาจไม่ให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ตั้งแต่แรก⁹⁶

3) เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Preferential creditor)

ในบางกรณีเพื่อประโยชน์ทางด้านนโยบายสาธารณะ วัตถุประสงค์ในทางสังคม หรืออำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ กฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภทมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น เช่น สิทธิเรียกร้องของลูกจ้าง

⁹³ Fiona Tolmie. (1998). **Introduction to corporate and personal insolvency law.** p. 263.

⁹⁴ Vanessa Finch. Op.cit. p. 422.

⁹⁵ Roy Goode b. Op.cit. p. 152.

⁹⁶ Ibid.

หรือหนีภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งกฎหมายของบางประเทศได้กำหนดให้บุริมสิทธิเช่นว่านี้เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายในทันทีที่สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเกิดขึ้น และถือเป็นหลักประกัน โดยผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น บุริมสิทธิดังกล่าวจึงมีอยู่แล้วก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย บุริมสิทธิดังกล่าวจึงไม่ถูกกระทบกระเทือนโดยผลของหลัก Pari Passu แต่อย่างไร

4) เจ้าหนี้อ่อนสิทธิ (Subordinated creditor)

เจ้าหนี้อ่อนสิทธิที่มีมาก่อนเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย อาจเกิดได้โดยผลของกฎหมาย เช่น สิทธิเรียกร้องของหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นตามกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัท และอาจเกิดขึ้นโดยการตกลงระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ ในส่วนของเจ้าหนี้อ่อนสิทธิโดยการตกลงโดยปกติเจ้าหนี้อ่อนมีเสริภาพที่จะทำข้อตกลงเพื่อกำหนดลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนหลังระหว่างกัน แต่เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายแล้วข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับหรือไม่อย่างไร ในคดี National Westminster Bank Ltd. V. Halesowen Presswork and Assemblies Ltd. ซึ่งตัดสินโดยศาลสูง (House of Lords) ของประเทศอังกฤษ ได้วางหลักไว้ว่า สำหรับการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายไม่ใช่สิทธิส่วนบุคคลซึ่งเจ้าหนี้อ่อนมีเสริภาพที่จะกำหนด แต่เป็นกฎเกณฑ์ของนโยบายสาธารณะในการจัดการกับกองทรัพย์สิน เจ้าหนี้จึงไม่สามารถลดสิทธิของตัวเองในคดีล้มละลายจากลำดับการชำระหนี้ที่เท่าเทียมกันซึ่งจะขัดต่อหลัก Pari Passu⁹⁷ ต่อมาศาลได้วางหลักใหม่ในคดี Re Maxwell Communications Corps. (No. 2) โดยสรุปได้ว่า หลักการที่วางไว้ในคดี Halesowen นั้น จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อเป็นการตกลงให้เจ้าหนี้รายใดได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่นๆ ซึ่งข้อตกลงในการกำหนดหนี้ด้อยสิทธิไม่ได้ส่งผลกระทบเช่นว่านั้น⁹⁸

โดยทั่วไปแล้วหนี้ด้อยสิทธิสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่⁹⁹

(1) หนี้ด้อยสิทธิส่งคืน (Turnover subordination) กล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับรองตกลงว่าจะถือทรัพย์สินที่ตนได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ไว้แทนเจ้าหนี้อันดับแรก หรือจะส่งมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วน

(2) หนี้ด้อยสิทธิไม่ชำระหนี้ (Contractual subordination) กล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับรองจะไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Philip R. Wood b (2007). **Project Finance, Securitisations, subordinated Debt.** p. 178.

2.2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102

มาตรา 102 ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เป็นมาตราที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายล้มละลายของไทยยอมรับที่นำหลักกลบลบหนี้มาใช้ ในส่วนล้มละลาย จึงต้องมีการใช้การตีความที่เป็นหลักในกฎหมายพิเศษอันได้บัญญัติยกเว้นหลักเกณฑ์บางประการของการหักกลบลบหนี้หลักทั่วไปอยู่บ้าง เพื่อให้เป็นไปตามหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลาย หากมาตรา 102 ไม่ได้บัญญัติยกเว้นหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในเรื่องใดไว้ ผู้เขียนเห็นว่ต้องนำหลักหักกลบลบหนี้ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ เนื่องจากสิทธิหักกลบลบหนี้ในทางล้มละลายก็คงเป็นสิทธิต่อเนื่องมาจากทางแพ่ง

เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายก็ไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ในคดีล้มละลายนั้นชำระหนี้โดยอำนาจทางศาลส่วนแพ่งได้ แต่กฎหมายล้มละลายได้บัญญัติเป็นแนวทางไว้สำหรับเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดว่าเจ้าหนี้จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ตามมาตรา 27 กล่าวคือ เจ้าหนี้ในมูลหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตนได้ก็แต่โดยวิธีการที่บัญญัติไว้ หนี้ที่เจ้าหนี้จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หากเจ้าหนี้ประสงค์จะได้รับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย หนี้ประเภทนี้เรียกว่า “หนี้ซึ่งอาจขอรับชำระหนี้ได้” หรือ “หนี้อันพึงขอรับชำระได้”

หนี้อันพึงขอรับชำระหนี้ได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 94 หมายความว่าหนี้ซึ่งมีมูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ไม่ว่าจะหนี้นั้นจะเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้หรือหนี้ที่มีเงื่อนไขก็ตามเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระได้ทั้งสิ้น กล่าวคืออาจเป็นหนี้ที่ยังไม่กำหนดจำนวนแน่นอน หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หนี้ที่มีเงื่อนไข หนี้ในอนาคต

จึงเห็นได้ว่าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ในฝ่ายที่เจ้าหนี้มีเหนือลูกหนี้ ก็อาจเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดหรือเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขก็ได้ โดยหนี้นั้นต้องเป็นหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ด้วย โดยดอกเบี้ยหรือเงินค่าป่วยการอื่นแทนดอกเบี้ย ภายหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สัน ไม่ให้ถือว่าเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระได้ ตามมาตรา 100 หนี้ที่ยื่นขอรับชำระหนี้ก็ไม่สามารถคำนวณดอกเบี้ยได้อีกหลังจากวันที่ศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ ยอดหนี้ในการขอรับชำระหนี้ก็จะยุติ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั่นเอง จึงกล่าวได้ว่าหากมีการหักกลบลบหนี้กันจำนวนหนี้ของฝ่ายเจ้าหนี้ก็จะมียอดหนี้ยุติ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด แต่ในอีกทางหนึ่งเจ้าหนี้ก็อาจจะมีภาระหนี้อยู่กับลูกหนี้ก็ได้ ซึ่งภาระหนี้นี้นั้นยังคงมีอยู่ต่อไป แม้ลูกหนี้จะพิทักษ์ทรัพย์แล้ว โดยเจ้าหนี้ต้องชำระหนี้แก่ลูกหนี้ตามปกติมิได้มีการหยุดคำนวณยอดหนี้แต่ประการใด จึงจะเห็นได้ว่าหนี้ในทางล้มละลายแตกต่างจากหนี้ในทางแพ่งทั่วไป

2.2.2.4 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดในการร่างกฎหมายฟื้นฟูกิจการ

การฟื้นฟูกิจการหรือการปรับโครงสร้างกิจการ (Reorganization) เป็นกระบวนการที่ใช้สำหรับแก้ไขปัญหาในกรณีที่กิจการประสบปัญหาทางการเงินและมีลักษณะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvent) แต่เดิมแนวความคิดของการจัดการกิจการประเภทนี้จะมุ่งเน้นไปในแง่ของการชำระบัญชีในกระบวนการล้มละลาย เพราะถือว่าเป็นมาตรการที่ดีที่สุดในความคิดเห็นของคนในระบอบหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่กิจการประกอบธุรกิจ อุตสาหกรรม มีโรงงานและเครื่องจักร หากมีเครื่องจักรที่ต้องนำมาผลิตให้เกิดผลิตภัณฑ์ซึ่งนำไปขายในท้องตลาดได้และเครื่องจักรนั้นต้องผลิตร่วมกันจึงจะเกิดผลิตภัณฑ์นี้ หากเปรียบเทียบในกรณีที่กระบวนการที่ไม่มีลักษณะเป็นการจัดการในคราวเดียว คือ การบังคับชำระหนี้ในทางแพ่ง หากกิจการไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้อาจบังคับจากทรัพย์สินของกิจการซึ่งอาจถูกจำกัดในแง่ของจำนวนหนี้ที่มีอยู่ทำให้ไม่สามารถบังคับเอาจากเครื่องจักรทั้งหมดได้ แต่ต้องบังคับเอาเพียงบางส่วนคือยึดและขายทอดตลาดเครื่องจักรเพียงบางส่วนซึ่งจะส่งผลเสียหาย ทำให้เครื่องจักรต้องแยกขายและทำให้มีราคาต่ำกว่าการขายในลักษณะขายรวมกันไป¹⁰⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในระยะเริ่มต้น มีเพียงบทบัญญัติที่เน้นหนักไปในด้านชำระบัญชี คือ การนำทรัพย์สินของลูกหนี้มาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เป็นธรรม โดยส่วนใหญ่ขั้นตอนของกระบวนการจะเน้นหนักไปที่การฟ้องคดีล้มละลาย การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด และการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่ยังไม่มียกเว้นในส่วนของกฎหมายฟื้นฟูกิจการอันเป็นแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ อย่างไรก็ตาม มียกเว้นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการประนอมหนี้ของลูกหนี้ (Composition) ซึ่งหากเจ้าหนี้อยอมรับตามข้อเสนอในการประนอมหนี้ของลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

พระราชบัญญัติล้มละลายของประเทศไทยนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงปัจจุบันรวม 6 ครั้ง การแก้ไขใน 2 ครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2511 และพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2526 ถือเป็นการแก้ไขในเรื่องรายละเอียด เช่น การแก้ไขในเรื่องจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะสามารถฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ เป็นต้น ส่วนการแก้ไขในครั้งหลังสุด คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2543 เป็นการแก้ไขเพื่อให้รองรับการที่ศาลยุติธรรมแยกเป็นหน่วยงานอิสระ และพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 7) พุทธศักราช 2547 นั้นเป็นการปรับปรุงหลักการในเรื่องการฟื้นจากการล้มละลายและการปลดจากการล้มละลาย ซึ่งในส่วนของการฟื้นฟูกิจการนั้นได้ยกเลิกข้อห้ามการอุทธรณ์ในคดีฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายเสียด้วย แต่หากศึกษาให้ดีแล้วการแก้ไขที่เป็นการเปลี่ยนรูปแบบของ

¹⁰⁰ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2547). กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. หน้า 14.

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2541 ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้เพิ่มเติมกระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (Reorganization) เข้าไว้เป็นกระบวนการหนึ่งตามกฎหมายล้มละลาย โดยเพิ่มเติมเป็นหมวดที่ 3/1 และมาตรา 90/1 ถึงมาตรา 90/90 ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายล้มละลายอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2542 เป็นการแก้ไขสาระสำคัญในกฎหมายล้มละลายทั้งในส่วนคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ เช่น การแก้ไขข้อห้ามขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 94 (2) และการแก้ไขวิธีการนับคะแนนในการประชุมเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการ เป็นต้น¹⁰¹

การดำเนินกิจการทางธุรกิจเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน ความสำเร็จและความล้มเหลวดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เมื่อธุรกิจต้องประสบความล้มเหลวจนถึงกับต้องเลิกกิจการไป เพราะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือล้มละลายไปนั้น ก็เป็นเรื่องอันสมควรที่ทรัพย์สินของกิจการนั้นๆ ควรจะต้องนำไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของกิจการตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายล้มละลายในเรื่องอัตราส่วนที่เป็นธรรม (Pari passu) อย่างเร็วที่สุดสำหรับกิจการบางประเภทที่มีความสำคัญต่อสังคมค่อนข้างสูง การปล่อยให้กิจการเหล่านั้นต้องล้มละลายไปโดยไม่มีการเยียวยาแก้ไขสภาวะทางธุรกิจของกิจการนั้นๆ ให้ถึงที่สุดก่อน ดูน่าจะเป็นผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าผลดี เช่น กิจการเงินทุนหลักทรัพย์ที่การล้มละลายอาจเป็นผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างหรือกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค อาทิ รถไฟ ขนส่งมวลชน ประปา ไฟฟ้า และอื่นๆ ที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ยังต้องคงกิจการนั้นไว้ นอกจากนี้แม้แต่มุมมองในแง่ของบริษัทรธรรมดาก็มีแง่คิดสำหรับภาพรวมทางเศรษฐกิจว่าการคงสภาพกิจการไว้ย่อมส่งผลดีต่อส่วนรวมไม่ว่าจะเป็นเรื่องการจ้างแรงงาน ภาษีอากรมากกว่าการให้กิจการสิ้นสุดลง ความคิดในแง่นี้จึงเป็นต้นกำเนิดเรื่องการฟื้นฟูกิจการ การสร้างปัจจัยเอื้อตามกฎหมายให้มีการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นมาตรการที่ดี ในอันที่จะส่งเสริมให้การฟื้นฟูกิจการที่อาจประสบปัญหาจากการขัดขวางของเจ้าหนี้บางรายมีโอกาสประสบผลสำเร็จมากขึ้น แต่ยังคงมีช่องว่างบางประการ โดยมาตรการฟื้นฟูกิจการคงเป็นเพียงการสร้างปัจจัยเอื้อตามกฎหมายเท่านั้น หากได้หมายความเลยไปว่าการฟื้นฟูกิจการล้มละลายในคดีล้มละลาย จะต้องประสบผลสำเร็จในทุกกรณี กิจการบางประการซึ่งดำเนินกิจการผิดพลาดอย่างร้ายแรงก็อาจไม่มีทางที่จะฟื้นฟูให้สำเร็จได้ การมองในแง่ความสำเร็จอาจมีแง่มุมที่มองได้ในหลายรูปแบบในแง่สากล ดูเหมือนแนวความคิดดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย เพราะนับแต่ช่วงประมาณปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ในต่างประเทศได้มีการยอมรับในหลักการฟื้นฟูกิจการและบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ หลายประเทศ

¹⁰¹ แหล่งเดิม.

2.2.2.5 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ ตามมาตรา 90/33

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เป็นกฎหมายที่เกิดจากแนวคิดใหม่ที่มีหลักการที่ดีโดยมีความมุ่งหมายที่จะช่วยเหลือสนับสนุนกิจการที่มีปัญหาด้านสภาพคล่องสามารถฟื้นตัวและดำเนินการต่อไปได้ ทั้งนี้โดยความเป็นจริงแล้ว การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะช่วยก่อประโยชน์หลายประการ เช่น ประโยชน์ที่เกิดแก่ตัวลูกหนี้เองในอันที่จะสามารถดำเนินการของตนต่อไป และมีกำลังที่จะชำระหนี้ได้ ขณะเดียวกันเจ้าหนี้เองก็มีโอกาสได้รับชำระหนี้มากกว่าที่จะปล่อยกิจการของลูกหนี้ต้องล้มละลายไป การฟื้นฟูกิจการประการสำคัญ คือ โดยสภาพทางธุรกิจตามความเป็นจริงนั้น การพยายามแก้ไขปัญหาด้านการเงินของกิจการทางธุรกิจเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้อยู่ตลอดเวลา แต่วิธีการทางธุรกิจทั่วไปอาจใช้ไม่ได้ผลเมื่อกิจการที่กำลังจะฟื้นฟูประสบปัญหาทางการเงินที่ค่อนข้างหนักจนเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการค่อนข้างมาก ในกรณีเช่นนี้จึงอาจประสบปัญหาที่เจ้าหนี้บางรายอาจพยายามใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของกิจการซึ่งจะเป็นอุปสรรคสำคัญในการฟื้นฟูกิจการ เพราะการที่เจ้าหนี้จำนวนหนึ่งพยายามเรียกร้องอาจเป็นผลจูงใจให้เจ้าหนี้อื่นกระทำตาม และเมื่อความเสี่ยงมีสูงขึ้นเช่นนี้ย่อมจะลดความจูงใจที่เจ้าหนี้บางราย หรือผู้ช่วยเหลือทางด้านเงินทุนรายอื่นอาจให้เงินทุนมาเพิ่มเติมเพื่อเยียวยากิจการได้ เพราะอาจไม่สามารถเรียกร้องเงินช่วยเหลือนั้นคืนได้ตามกฎหมาย แม้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะมีแนวความคิดสำคัญที่กล่าวมาข้างต้นเพื่อช่วยเหลือกิจการลูกหนี้แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นธรรมซึ่งให้เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิและส่วนได้เสียอย่างมากเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบขั้นตอนส่วนใหญ่ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะเปิดช่องให้แก่เจ้าหนี้ที่จะโต้แย้งเพื่อรักษาผลประโยชน์อันเป็นธรรม ด้วยการที่เจ้าหนี้มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการและขณะเดียวกันเจ้าหนี้นี้หนี้นั้นจะต้องชำระให้แก่ลูกหนี้นั้น ถือว่าเจ้าหนี้นี้ย่อมไม่พึงถูกบังคับให้ชำระหนี้เมื่อมีสิทธิจะรับใช้หนี้จากอีกฝ่ายหนึ่งในเวลานั้น การที่เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ หนี้นั้นส่วนของเจ้าหนี้นั้นจะต้องไปดำเนินการเคลียร์หรือจัดให้ได้รับชำระหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งอาจจะได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน แต่ในหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ หากจะถูกให้บังคับชำระหนี้แล้ว หนี้นี้ส่วนนี้เจ้าหนี้จะต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้เต็มจำนวน กรณียอมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงได้บัญญัติให้มีการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะหักกลบลบหนี้ในสิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันถือได้ว่ากรณีที่เจ้าหนี้ได้หักกลบลบหนี้ในส่วนที่เท่ากันนั้น เจ้าหนี้นี้มีฐานะเสมือนเจ้าหนี้นี้ประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากจำนวนเงินที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้อยู่ก่อน¹⁰²

¹⁰² เอื้อน ขุนแก้ว. (2553). คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ. หน้า 109-110.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ

สิทธิของเจ้าหน้าที่ในอันที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอนั้นก็เป็นส่วนสำคัญในคดีล้มละลายและการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการเช่นกัน ในคดีล้มละลายของไทยยอมรับที่นำหลักกลบลบหนี้มาบังคับใช้ด้วย ดังนี้ในส่วนล้มละลายสามัญจึงต้องมีการใช้การตีความที่เป็นหลักในกฎหมายพิเศษอันได้บัญญัติยกเว้นหลักเกณฑ์บางประการของการหักกลบลบหนี้หลักทั่วไปอยู่บ้าง เพื่อให้เป็นไปตามหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลาย ส่วนในการฟื้นฟูกิจการนั้น หากแผนฟื้นฟูกิจการผ่านการยอมรับจากเจ้าหน้าที่บางกลุ่ม ซึ่งอาจก่อให้เกิดการทำแผนฟื้นฟูกิจการเพื่อเอาใจเจ้าหน้าที่บางราย และก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่รายอื่นๆ ซึ่งเมื่อศาลพิจารณหลักเกณฑ์ทั้งหมดแล้ว เห็นว่าแผนเป็นธรรมต่อเจ้าหน้าที่ทุก ฝ่ายตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน อันจะส่งผลให้แผนฟื้นฟูกิจการสามารถนำไปปฏิบัติได้ และมีผลผูกมัดเจ้าหน้าที่ที่อาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้และเจ้าหน้าที่ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการทุกราย และข้อจำกัดดังกล่าวส่งผลให้เจ้าหน้าที่หมดสิทธิในการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ถ้า เจ้าหน้าที่มิได้กระทำก่อนการพิจารณาแผน

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายต่างประเทศ

หลักการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายต่างประเทศมีหลักการแตกต่างกัน โดยบางประเทศได้นำหลักหักกลบลบหนี้มาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายล้มละลาย ในขณะที่ก็มีกลุ่มประเทศ Franco-Latin ซึ่งได้แก่ ประเทศสเปน เบลเยียม เป็นต้นที่ไม่ยอมรับหลักหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย แต่จากการศึกษาก็พบว่ายังมีกลุ่มประเทศที่มีแนวคิดใหม่โดยได้นำหลักการหักกลบลบหนี้มาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายล้มละลายเช่นกันซึ่งก็ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

3.1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ตามแนวคิดเดิมที่ถือว่าการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้มาใช้บังคับในกฎหมายล้มละลายจะเป็นการฝ่าฝืนและไม่สอดคล้องกับหลักสัดส่วน (Pari Passu) และยังส่งผลให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยลงไปอีก อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเจ้าหนี้อื่น แต่อย่างไรก็ดีการที่จะปล่อยให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งต่างเป็นเจ้าหนี้อีกกันต่างไปฟ้องร้องกันเองตามมูลหนี้ของตนนั้นก็อาจทำให้ไม่เป็นผลดีต่อประโยชน์โดยรวม เนื่องจากต่างฝ่ายต่างคาดหวังว่าจะได้รับชำระหนี้จากอีกฝ่าย อีกทั้งยังต้องมีการการพิสูจน์ในมูลหนี้ที่ตนเป็นเจ้าของในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ อันเป็นการสร้างภาระให้เกิดขึ้นโดยเปล่าประโยชน์ ทั้งที่ทั้งสองฝ่ายซึ่งต่างก็เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกันอาจแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้กันได้ในจำนวนที่ตรงกัน จึงเกิดแนวคิดใหม่กำหนดหลักหักกลบลบหนี้ไว้ในกฎหมายล้มละลาย โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงประเทศอังกฤษ และประเทศอเมริกา ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และได้มีหลักการสำคัญที่น่าสนใจเกี่ยวกับหลักหักกลบลบหนี้อยู่หลายประเด็น ดังนี้

3.1.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นกลุ่มประเทศที่มีแนวคิดใหม่โดยได้นำหลักการหักกลบลบหนี้มาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายล้มละลาย และในการร่างกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยนั้นกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษถือเป็นเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงมีหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้และจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาหลักการเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ของประเทศอังกฤษในหลักการสำคัญต่างๆ ดังนี้

1) หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษตาม

Insolvency Rule 4.90

หลักเกณฑ์หักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษมีบัญญัติไว้ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Rules 1986) Rule 4.90 (1), (2), (3)¹⁰³ ซึ่งพอสรุปได้ ดังนี้

¹⁰³ Roy Goode a. Loc.cit. p. 184.

Rule 4.90 Mutual credit and set-off

(1) This Rule applies where, before the company goes into liquidation, there have been mutual credits, mutual debts of other mutual dealings between the company and any creditor of the company proving or claiming to prove for a debt in the liquidation

Rule 490 (1) ก่อนที่บริษัทจะชำระบัญชี บริษัทซึ่งมีหนี้ซึ่งกันและกัน หรือ มีความรับผิดชอบซึ่งกันและกัน และเจ้าหนี้ได้ขอใช้สิทธิเรียกร้องในการชำระบัญชี

Rule 4.90 (2) ต้องแสดงถึงหนี้ทั้งสองฝ่ายในบัญชีและให้หักกลบลบหนี้กันไป

Rule 4.90 (3) จำนวนหนี้สุทธิบริษัทมีต่อฝ่ายอื่นจะไม่สามารถหักกลบลบหนี้ได้ตาม (2) ถ้าฝ่ายอื่นนั้นได้ประกาศหนี้ของตนก่อนที่จะถึงกำหนดในการประชุมเจ้าหนี้ตาม Rule 98 หรือมีการทำคำร้องขอให้ชำระบัญชีบริษัท

(1) สรุปหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายได้¹⁰⁴ ดังนี้

ก. มีหนี้หรือข้อตกลงซึ่งกันและกัน โดยจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง 2 ประการคือ a) ลักษณะของหนี้ต้องหักกลบลบกันได้ กล่าวคือเป็นหนี้เงินหรือเป็นวัตถุที่ตีค่าเป็นเงินได้ b) ต้องเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน ไม่ใช่หนี้ที่นำไปหักหนี้ให้กับบุคคลที่สาม

ข. หนี้ที่จะหักกลบลบหนี้ต้องเป็นหนี้ที่มีขึ้นก่อนการชำระบัญชี (Liquidation) ซึ่งตามหลักเกณฑ์เกณฑ์นี้เป็นลักษณะพิเศษของ Rule 4.90

ค. สิทธิเรียกร้องที่จะหักกลบลบหนี้ทั้งสองฝ่ายต้องเป็นหนี้ที่หักกลบลบหนี้กันได้โดยธรรมชาติ กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายถูกจำกัดให้เป็นเพียงหนี้เงินได้ ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องความเป็นเจ้าของ เช่น สิทธิเรียกร้องความยุติธรรม หรือเป็นเจ้าของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง

ง. หนี้ของฝ่ายเจ้าหนี้ต้องได้รับการยอมรับพิสูจน์ได้ คือต้องมีผลทางกฎหมายและสามารถบังคับได้ ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต (Contingent claim)

จ. ต้องไม่มีการประกาศแจ้งถึงหนี้ที่จะถึงกำหนดในการประชุมเพื่อชำระบัญชีหรือมีการร้องขอ กล่าวคือ ถ้าฝ่ายเจ้าหนี้ได้ประกาศถึงความมีหนี้ ในการประชุมเจ้าหนี้หรือชำระบัญชีเลิกบริษัท หนี้ของเจ้าหนี้ก็จะหักกลบลบหนี้ไม่ได้ตาม (2) ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องเหล่านี้ไปก็จะหมดโอกาสในการหักกลบหนี้กับบริษัท ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายล้มละลายอยู่แล้ว ที่จะป้องกันไม่ให้ลูกหนี้ของบริษัทที่ล้มละลายมีสิทธิกว่าเจ้าหนี้อื่น โดยลูกหนี้นั้นซื้อสิทธิเรียกร้องที่มีเหนือบริษัทจากเจ้าหนี้ หลังจากที่มีการบ่งชี้เป็นทางการว่าบริษัทไม่มี

(2) An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings, and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other.

(3) Sums due from the company to another party shall not be included in the account taken under paragraph (2) if that other party had notice at the time they became due that a meeting of creditors had been summoned under Section 98 or (as the case may be) a petition for the winding up of the company was pending.

¹⁰⁴ Roy goode a. Op.cit. pp. 187-194.

ความสามารถในการชำระหนี้ได้ ยิ่งไปกว่านั้นบุคคลที่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องในภาวะที่จะมีประกาศว่าบริษัทอยู่ในภาวะใกล้ล้มละลาย ยังไม่อยู่ในภาวะที่น่าเชื่อถือได้

(2) การบังคับใช้และการเกิดผลของหลักหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย

ในประเทศอังกฤษเห็นว่าหลักหักกลบลบหนี้ตาม Rule 4.90 นี้เป็นบทบัญญัติเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ไม่ใช่บทบัญญัติเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล จึงเป็นบทบัญญัติที่ถูกบังคับใช้ทุกกรณี คู่สัญญาจะตกลงยกเว้นหลักนี้ไม่ได้¹⁰⁵ การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากเวลาที่หักกลบลบหนี้กันได้ทันที ไม่ต้องอาศัยขั้นตอนใดอีก ซึ่งการหักกลบลบหนี้ จะเกิดขึ้นย้อนหลังไปในวันที่มีคำสั่งชำระบัญชี เนื่องจากศาลเห็นว่าหนี้ที่มีก่อนชำระบัญชีเป็นหนี้ที่มีค่าที่แท้จริง ส่วนหนี้ที่เกิดขึ้นหลังการชำระบัญชีอาจเป็นหนี้ที่เกิดจากการปรับปรุงในการชำระบัญชีได้¹⁰⁶

2) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะเกี่ยวกับเจ้าหนี้มีประกัน

พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ได้นิยามคำว่า เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditor) ไว้ว่า หมายถึง เจ้าหนี้ผู้ถือสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งในส่วนของหลักประกันดังกล่าว ได้แก่ จำนอง (Mortgage) ภาระติดพันในทรัพย์สิน (Charge) สิทธิยึดหน่วงหรือบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) หรือหลักประกันในรูปแบบอื่นๆ¹⁰⁷ โดยการที่ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันของคนต่อไป 108 อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้มีประกันจะมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ต่อเมื่อบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันแล้วยังมีหนี้ส่วนที่ขาด หรือยอมสละทรัพย์สินหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายและขอรับชำระหนี้เต็มจำนวนอย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไป¹⁰⁹

(1) ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

เนื่องจากพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) และพระราชบัญญัติบริษัท 1985 ไม่ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “เจ้าหนี้” ไว้โดยตรง แต่ศาลในประเทศอังกฤษได้ตีความคำว่า “เจ้าหนี้” ว่าหมายรวมถึงบุคคลใดๆ ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องในหนี้

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Insolvency Act 1986, Section 248.

¹⁰⁸ Insolvency Act 1986, Section 285 (4).

¹⁰⁹ Insolvency Rule 1986, r.4.88 in a liquidation, r.6109 in a bankruptcy.

เงินต่อลูกหนี้ (Pecuniary claims) ผู้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้ (Assignee) เจ้าหนี้ผู้สวมสิทธิแทนบุคคลอื่น (Creditors by subrogation) และเจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditors)¹¹⁰ นอกจากนี้ตามบทบัญญัติ Insolvency Rules 4.44 ยังได้ให้ความหมายคำว่า “เจ้าหนี้” ไว้อย่างกว้างๆ ว่าหมายถึง เจ้าหนี้ของบริษัทซึ่งอยู่ในความรับรู้ของผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Receiver) หรือผู้ชำระบัญชี (Liquidator) แล้วแต่กรณี หรือเจ้าหนี้ซึ่งได้รับการระบุถึงในคำแถลง ในกรณีที่มีการยื่นคำแถลงเกี่ยวกับกิจการของบริษัท¹¹¹

สำหรับความหมายของเจ้าหนี้มีประกันนั้น ปรากฏตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) มาตรา 248¹¹² ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “เจ้าหนี้มีประกัน” (Secured creditor) ว่าหมายถึงเจ้าหนี้ผู้ถือสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยอาจมีหลักประกัน อันได้แก่ จำนอง (Mortgage) ภาระคิดพินในทรัพย์สิน (Charge) สิทธิยึดหน่วงหรือบุริมสิทธิพิเศษ (Lien) หรือหลักประกันในรูปแบบอื่นๆ กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วสิทธิของเจ้าหนี้อาจเป็นได้ทั้งบุคคลสิทธิ (In Personam) หรือทรัพย์สินสิทธิ (In Rem) เหนือทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ซึ่งทรัพย์สินนั้นอาจก่อตั้งขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย ทรัพย์สินที่ก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนและมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายอื่นได้แก่ สิทธิของเจ้าของที่ดินที่ให้เช่า (Landlord) สิทธิดังกล่าวนี้มีที่มาจากกฎหมายเก่าแก่ของคอมมอนลอว์ซึ่งกำหนดให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาจากสินค้าที่อยู่ในสถานประกอบการ (Premises) ของลูกหนี้ได้¹¹³ เป็นต้น หรืออาจเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นก่อตั้งขึ้นโดยสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งหลักประกันที่นำมาเป็นประกันอันเกิดจากข้อสัญญาโดยสมัครใจของทั้งสองฝ่าย (Consensual Security) อาจเป็นจำนำ (Pledge) จำนอง (Mortgage) ภาระคิดพินในทรัพย์สิน (Charge) หรือสิทธิยึดหน่วง (Lien)¹¹⁴ ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

ก. จำนำ เป็นวิธีการประกันที่เกิดขึ้นก่อนวิธีการประกันรูปแบบอื่นๆ โดยกำหนดให้ลูกหนี้ (Borrower) ต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินในทรัพย์สินของตนให้แก่เจ้าหนี้ (Lender) โดยไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ การจำนำเป็นการให้สิทธิโดยนัย (Implied

¹¹⁰ Hamish Anderson. (1987). *Administrators: Part II of the Insolvency Act 1986*. p. 137.

¹¹¹ Insolvency Rules 1986, r.4.44.

¹¹² Insolvency Act 1986, Section 248.

¹¹³ Fiona Tolmie. *Op.cit.* p. 27.

¹¹⁴ *Ibid.*

Rights) แก่ผู้รับจำนำที่จะทำการขายทรัพย์สินที่จำนำและบังคับชำระหนี้จากเงินที่ได้จากการขายนั้นได้ ต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัด¹¹⁵

ข. จำนอง เป็นวิธีการประกันหนี้ที่ลูกหนี้ยังคงมีสิทธิครอบครองทรัพย์สินที่จำนอง แต่ลูกหนี้ก็ถูกจำกัดสิทธิโดยไม่ให้จำหน่ายหรือจัดการแก่ทรัพย์สินที่จำนองได้โดยอิสระ เนื่องจากตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ จะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองไปยังผู้รับจำนอง โดยมีเงื่อนไขว่าทรัพย์สินนั้นจะได้รับการโอนกรรมสิทธิ์กลับคืนมายังผู้จำนองเมื่อมีการชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว ดังนั้น หากลูกหนี้ผู้จำนองผิดนัด ย่อมไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์คืนแก่ลูกหนี้ผู้จำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจึงไม่ต้องดำเนินการอื่นใดอีกเพื่อบังคับจำนอง เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองดังกล่าวเป็นของตนมาตั้งแต่มีการจำนองแล้ว ดังนั้นทรัพย์สินที่จำนองตามกฎหมายของประเทศอังกฤษจึงอาจเป็นที่ดินหรือทรัพย์สินที่มีรูปร่างอื่นใดนอกจากที่ดินก็ได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งจำนองเป็นทรัพย์สินถาวร คือ ที่ดิน หลักประกันที่ก่อตั้งขึ้นก็จะมีฐานะเป็นหลักประกันถาวร (Fixed charge) ด้วย¹¹⁶

ค. ภาระติดพันในทรัพย์สิน (Charge) ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ให้ความหมายของภาระติดพัน (Charge) เป็นในหลายแง่ ซึ่งในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะขอกล่าวถึงในบริบทของการประกันหนี้หรือการประกันการปฏิบัติการชำระหนี้ในความหมายอย่างกว้าง “ภาระติดพัน” (Charge) หมายถึง การประกันหนี้ทั่วไป ซึ่งรวมถึงการจำนอง สิทธิยึดหน่วง และจำนำ แต่ในความหมายอย่างแคบที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ “ภาระติดพัน” (Charge) หมายถึง การประกันหนี้ที่ไม่มีชื่อเฉพาะ¹¹⁷ ยกตัวอย่างเช่น จำนองที่ไม่สมบูรณ์เนื่องจากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ไปยังเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง แต่ลูกหนี้ผู้จำนองได้ส่งมอบโฉนดที่ดินให้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ซึ่งทำให้มีผลสมบูรณ์เป็นหลักประกันชนิดหนึ่ง การประกันหนี้ด้วยหลักประกันโดยไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองแต่อย่างใด แต่เป็นการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เข้าถือเอา (Appropriate) เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันของบริษัทซึ่งได้จดทะเบียนหลักประกันหนี้ของตนไว้ในทะเบียนบริษัทแล้ว ย่อมสามารถเข้าถือเอา หรือในคำราบางเล่มใช้คำว่าเข้า “ครอบครอง” (Take possession) ทรัพย์สินที่เป็นประกัน ไม่ว่าจะเข้าครอบครองด้วยตนเองหรือผ่านการดำเนินการของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินเพื่อประกันการชำระหนี้ของบริษัทที่ยังคงค้างอยู่ได้หลายวิธี โดยขึ้นอยู่กับประเภทและเงื่อนไขของหลักประกันนั้น ซึ่งทรัพย์สินที่ระบุไว้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้¹¹⁸ ทั้งนี้ พึงสังเกตว่า

¹¹⁵ Insolvency Act 1986, Section 8 (1).

¹¹⁶ Peter Totty. (1999). **Insolvency Vol.1.** p. E2/62.

¹¹⁷ Earl Jowitt and Clifford Walsh. (1959). **The Dictionary of English law, Vol.IA-H.** p. 350.

¹¹⁸ Insolvency Act 1986, Section 8 (1).

การจำนองโดยตัวของมันเองมีลักษณะเป็นหลักประกันด้วย เนื่องจากเจ้าหนี้จำนองสามารถเอาทรัพย์สินที่เป็นประกันมาชำระหนี้ได้ ดังนั้น จำนองจึงเป็นการประกันหนี้เสมอ แต่หลักประกันอาจมีได้นำมาเพื่อเป็นการจำนองเสมอไป¹¹⁹

ง. สิทธิยึดหน่วง หมายถึง สิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะยึดหน่วงการครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ โดยอาจเป็นสิทธิยึดหน่วงโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เจ้าหนี้จะมีสิทธิยึดหน่วงเฉพาะทรัพย์สินที่ยังมิได้ชำระราคา หรืออาจเป็นสิทธิยึดหน่วงทั่วไป กล่าวคือ สิทธิที่จะยึดหน่วงสินค้าไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ทั้งหมดก็ได้ อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ที่มีสิทธิยึดหน่วงมีเพียงสิทธิยึดหน่วงเท่านั้น ไม่มีสิทธินำทรัพย์สินนั้นขาย แล้วนำเงินที่ได้จากการขายนั้นมาชำระหนี้ซึ่งคงค้างแก่ตน ทรัพย์สินที่มีจะมีการก่อตั้งสิทธิยึดหน่วงตามกฎหมายของประเทศอังกฤษมักจะเป็นพาหนะใหญ่ๆ เช่น เครื่องบิน หรือ เรือ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการคมนาคมของประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติรองรับการก่อตั้งสิทธิยึดหน่วงเหนือทรัพย์สินพาหนะดังกล่าวอยู่แล้ว การก่อตั้งสิทธิยึดหน่วงเหนือทรัพย์สินพาหนะเหล่านี้ จึงเกิดขึ้นโดยผลแห่งกฎหมาย ทำให้ไม่ต้องไปดำเนินการจดทะเบียนหลักประกันในทะเบียนบริษัทอีก เพื่อให้สิทธิยึดหน่วงนั้นสามารถยกขึ้นใช้อ้างยันต่อเจ้าหนี้อื่น หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าสิทธิยึดหน่วงนั้นสามารถยกขึ้นใช้อ้างยันต่อเจ้าหนี้อื่น หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ และไม่ได้หมายความว่าสิทธิยึดหน่วงจะก่อตั้งขึ้นโดยข้อตกลงด้วยความสมัครใจระหว่างเอกชนไม่ได้ ลูกหนี้อาจดำเนินการตกลงกับเจ้าหนี้เพื่อก่อตั้งสิทธิยึดหน่วงทั้งสิทธิยึดหน่วงทั่วไป และสิทธิยึดหน่วงเฉพาะก็ได้ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการจดทะเบียนข้อตกลงเช่นนั้นไว้ในทะเบียนบริษัทก่อน

จากที่กล่าวมานี้ ไม่ว่าจะเป็นการประกันด้วยวิธีใดก็ตาม หากศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้¹²⁰ และหากมีการบันทึกทรัพย์สินเป็นหลักประกันลงไว้ในทะเบียนบริษัทแล้ว เจ้าหนี้มีประกันจะสามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อใช้อ้างยันต่อเจ้าหนี้อื่นหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้¹²¹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกัน โดยมีเงื่อนไข¹²² ว่า หากเจ้าหนี้มีประกันได้บังคับชำระหนี้เอาที่ทรัพย์สินหลักประกันแล้ว ปรากฏว่ายังมีหนี้ในส่วนที่ขาดเหลืออยู่ หรือเจ้าหนี้มีประกันยอมสละทรัพย์สินหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายและขอรับชำระหนี้

¹¹⁹ Roy Goode a (1988). **Legal problems of credit and security.** p. 14.

¹²⁰ Insolvency Act 1986, Section 285 (4).

¹²¹ Insolvency Rules 1986, r.2.7.

¹²² Insolvency Rules 1986, r.4.88 in a liquidation, r.6.109 in a bankruptcy.

เต็มจำนวนอย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกันนั้น เจ้าหนี้มีประกันยังมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจากทรัพย์หลักประกันในคดีล้มละลาย

(2) ประเภทของเจ้าหนี้มีประกัน

เนื่องจากตามมาตรา 248 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ให้คำนิยามว่า “... (ก) คำว่า “เจ้าหนี้มีประกัน” หมายถึง เจ้าหนี้ซึ่งมีหลักประกันนั้นเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ และให้ตีความคำว่า “เจ้าหนี้ไม่มีประกัน” ในทำนองกลับกัน...” กล่าวคือ “เจ้าหนี้มีประกัน” คือ เจ้าหนี้ซึ่งมีทรัพย์เป็นหลักประกันอันเป็นประกันแห่งมูลหนี้เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ส่วนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ก็หมายถึงเจ้าหนี้ที่ไม่มีทรัพย์เป็นหลักประกันแห่งมูลหนี้นั้น เจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้

ดังนั้นก่อนที่จะเราจะศึกษาถึงประเภทของเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายประเทศอังกฤษ เราควรที่จะต้องทราบถึงลักษณะของหลักประกันตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเสียก่อน ซึ่งประเทศอังกฤษได้แบ่งเป็นประเภทของเจ้าหนี้มีประกันตามชนิดของหลักประกันนั้นๆ ซึ่งหลักประกันตามกฎหมายประเทศอังกฤษแบ่งได้เป็น หลักประกันถาวร และหลักประกันลอย ซึ่งจะอธิบายต่อไป

ก. เจ้าหนี้มีประกันประเภทหลักประกันถาวร (Fixed Charge Creditor)

ก่อนที่จะทราบถึงหลักเรื่องเจ้าหนี้มีประกันประเภทหลักประกันถาวร เราจำต้องเข้าใจความหมายของหลักประกันถาวรเสียก่อน คำว่า “หลักประกันถาวร” หมายถึง หลักประกันที่เมื่อได้ถูกก่อตั้งขึ้นเหนือทรัพย์สินใดๆ โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ลูกหนี้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นจะไม่มีสิทธิจัดการกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันนั้นอีก¹²³ เจ้าหนี้ประเภทนี้จะมีอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภท โดยเฉพาะเจาะจงเป็นประกัน เมื่อทรัพย์สินใดถือว่าเป็นหลักประกันถาวรแล้ว ลูกหนี้จะไม่สามารถจำหน่ายโอนทรัพย์สินนั้น ได้อีก เว้นแต่จะได้มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันครบถ้วนแล้ว¹²⁴ เนื่องจากหลักประกันถาวรนั้นได้จดทะเบียนไว้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมตกติดไปกับตัวทรัพย์สินที่เป็นประกัน แม้ลูกหนี้จะทำการจำหน่ายโอนทรัพย์สินดังกล่าวไปก็ตาม แต่สำหรับกรณีที่มีการ จำนอง ลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะจำหน่ายโอนทรัพย์สินที่ จำนองอีกต่อไป เนื่องจากลูกหนี้มีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์นั้นได้มีการโอนไปยังผู้รับ จำนองแล้วตั้งแต่เวลาเริ่มแรกที่มีการ จำนองแล้ว อีกทั้งในกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือมีการชำระบัญชี เจ้าหนี้มีประกันประเภทหลักประกันถาวร

¹²³ Len Sealy and David Milman. (2004). *Annotated guide to the insolvency legislation*. pp.2-55.

¹²⁴ สหชน รัตนไพจิตร. (ม.ป.ป.). “การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยการขอ Administration Order ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ.” รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. หน้า 118.

ยอมมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้รายอื่น นอกจากนี้ยังมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดีกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิอื่นของลูกหนี้อีกด้วย¹²⁵ นอกจากนี้เจ้าหนี้อาจมีประกันประเภทหลักประกันถาวรยังมีสิทธิบังคับเอาแก่ทรัพย์สินหลักประกันได้โดยตรงเมื่อลูกหนี้ผิดนัด โดยไม่ต้องดำเนินการทางศาลต่อลูกหนี้ตามมูลหนี้เดิมก่อน เช่น กรณีจำนอง หากลูกหนี้ผิดนัดไม่ยอมชำระหนี้ ย่อมไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์กลับคืนมายังลูกหนี้ ผู้จำนอง เจ้าหนี้ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินที่จำนองเพื่อชำระหนี้แก่ตนได้เอง โดยไม่ต้องขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามมูลหนี้เดิม

ข. เจ้าหนี้อาจมีประกันประเภทหลักประกันลอย (Floating Charge Creditor)

เนื่องจากตามมาตรา 251 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ได้ให้คำนิยามคำว่า “หลักประกันลอย” ไว้ว่าหมายถึง หลักประกันซึ่งมีในขณะที่มีการก่อตั้งเป็นหลักประกันลอย และให้หมายรวมถึงหลักประกันลอยตามความในมาตรา 462 แห่งพระราชบัญญัติบริษัท 1985 ด้วย กล่าวคือหากพิจารณาจากคำนิยามคำว่า “หลักประกันลอย” ตามมาตรา 251 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) เท่านั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ ซึ่งเป็นปัญหาในทางปฏิบัติอันเนื่องมาจากคำนิยามดังกล่าว ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังนั้นหากจะตีความคำว่า “หลักประกันลอย” เพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น จึงจำต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหลักกฎหมายอันเกิดจากกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และพระราชบัญญัติบริษัท 1985 ว่าด้วยหลักประกันลอยตามมาตรา 462 ซึ่งวางหลักว่า “หลักประกันลอย” คือ หลักประกันที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินขึ้นหนึ่งขึ้นใด (Any class) ของบริษัท กล่าวคือ หลักประกันไม่ได้ติดติด (Attached) อยู่กับตัวทรัพย์สินขึ้นหนึ่งขึ้นใดโดยเฉพาะ แต่จะติดติดอยู่กับตัวทรัพย์สินใดๆ ซึ่งอยู่ภายใต้ชนิดของทรัพย์สินที่ได้กำหนดไว้ ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง เช่น หลักประกันที่มีเหนือหุ้นที่ขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ (Charge over stock in trade) เป็นต้น ผู้ถือหุ้นชนิดนี้ไม่มีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของบริษัท บริษัทยังคงมีอำนาจจัดการแก่ทรัพย์สินและกิจการของบริษัทในการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทโดยไม่ถูกจำกัดสิทธิจากหลักประกันชนิดนี้¹²⁶

เนื่องจากหลักประกันลอยมีลักษณะครอบคลุมอยู่เหนือทรัพย์สินกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือการดำเนินการทั่วไปของบริษัท สิทธิบังคับแก่หลักประกันชนิดนี้จึงยังไม่เกิดขึ้น ตราบเท่าที่ยังมีลักษณะครอบคลุมอยู่ กล่าวคือ ตราบใดที่ยังไม่ได้มีการกำหนดว่าทรัพย์สินสิ่งใด โดยเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นประกันหนี้ใด เจ้าหนี้อาจมีประกันประเภทหลักประกันลอยที่ยังไม่สิทธิที่จะบังคับแก่หลักประกันชนิดนี้ ดังนั้น สิทธิของเจ้าหนี้อาจมีประกันประเภทหลักประกันลอยที่จะบังคับ

¹²⁵ Insolvency Rules, r.2.7.

¹²⁶ Insolvency Rules, r.2.7.

ตามสิทธิของคนที่มืออยู่ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการทำให้หลักประกันลอยยึดติดหรือผูกติดกับทรัพย์สินของบริษัทที่มีอยู่ในขณะนั้น หรือที่เรียกว่า Crystallization ซึ่งหมายถึง การกำหนดหลักประกัน¹²⁷ เมื่อมีการกำหนดหลักประกัน ไม่ว่าจะ โดยเหตุหนึ่งเหตุใดหรือหลายเหตุก็ตาม เจ้าหนี้มีประกันประเภทหลักประกันลอยย่อมมีสิทธิบังคับแก้หลักประกันของตนได้

(3) ลักษณะของสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้

“Lien” หมายถึง สิทธิเหนือทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่บุคคลใดมีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินนั้นเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ที่ค้างชำระให้แก่ตน¹²⁸ โดยทั่วไป เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งในประเทศอังกฤษอาจแบ่งสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

ก. Legal Lien หรือสิทธิในทางกฎหมาย Common law หรือ Possessory Lien หมายถึง สิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของตนจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ แต่ไม่มีอำนาจที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินนั้นได้ เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ เช่น ตามบทบัญญัติในเรื่องพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 (Sale of Goods Act 1979)¹²⁹ นอกจากนี้ Legal Lien ก่อขึ้นด้วยการครอบครอง โดยไม่ได้มีบทบังคับให้นำไปจดทะเบียนสิทธิแต่อย่างใด ดังนั้นตราบใดที่เจ้าหนี้ยังไม่ได้มีการเข้าครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวแล้วนั้น ย่อมไม่อาจที่จะอ้างสิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้ได้ อีกทั้งต้องเป็นการครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายก่อนที่จะเกิดขึ้นนั้น¹³⁰ โดย Legal Lien ก็แบ่งได้เป็นอีก 2 ประเภท ได้แก่

1. General Lien หมายถึง สิทธิที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน โดยไม่คำนึงว่าหนี้สินดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินที่ยึดหน่วงนั้นหรือไม่¹³¹ ซึ่งสิทธิยึดหน่วงประเภทนี้อาจเกิดขึ้นโดยธรรมเนียมปฏิบัติ หรือโดยข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้อย่างชัดเจน แต่มีข้อสังเกตว่า General Lien มักไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจาก General Lien ก่อให้เกิดสิทธิพิเศษเหนือเจ้าหนี้รายอื่นๆ และมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในกระบวนการแบ่งทรัพย์สินใน

¹²⁷ หทัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ. (2544). *สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการ*. หน้า 104-105.

¹²⁸ John Burke. (1997). *Jowett's Dictionary of English Law*. pp. 1097-1098.

¹²⁹ Halsbury's Law of England (4th ed reissue.). (1997). *Lien*. p. 352.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Grameme Bowtle and Kevin Mcguinness. (2001). *The law of ship mortgages*. p. 119.

คดีล้มละลาย อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการปฏิบัติต่อมาจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ General Lien นี้ จึงกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของ Common law และได้รับการยอมรับจากศาล¹³²

2. Particular Lien ตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หมายถึง สิทธิที่จะยึดทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันหนี้อันเกิดเกี่ยวแก่ทรัพย์สินนั้นจนกว่าเจ้าหนี้ จะได้รับชำระหนี้¹³³ ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้จนครบถ้วนแล้ว สิทธิยึดทรัพย์สินดังกล่าวเป็น อันระงับไป ซึ่ง Particular Lien อาจเกิดขึ้นโดยธรรมเนียมปฏิบัติ หรือมีข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับ General Lien

ข. Equitable Lien หมายถึง สิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นโดย กฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลหนึ่งในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของบุคคลอื่น จนกว่าจะ ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน¹³⁴ เป็นเหตุให้สิทธิประเภทนี้เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ได้ เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ถึงแม้ว่าบางครั้งคำว่า “สิทธิยึดทรัพย์สิน” ได้ถูกนำมาใช้ ในทางปฏิบัติเพื่ออธิบายสิทธิที่เกิดขึ้นโดยข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญานั้นเอง แต่โดยหลักแล้วควรจะ นำมาอ้างถึงสิทธิที่เกิดขึ้นจากผลของกฎหมายจึงจะเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งก็เป็นไปได้ยากในการที่จะ กำหนดหลักการทั่วไปที่จะพิจารณาว่าสถานการณ์อย่างไร จึงจะถือได้ว่าได้ก่อให้เกิด Equitable Lien ขึ้นได้ เนื่องจากยังขาดข้อสัญญาในทางทฤษฎีเบื้องต้นเกี่ยวกับลักษณะทั่วไปของ Equitable Lien¹³⁵ โดย “Equitable Lien” แบ่งแยกย่อยออกเป็นอีกหลายประเภท ได้แก่

1. “Partnership Lien” เป็นสิทธิยึดทรัพย์สินที่มีเหนือทรัพย์สินของ ห้างหุ้นส่วนในกระบวนการชำระบัญชีที่เกิดขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้ทำการแทน ทรัสตี (Trustee) ในคดีล้มละลาย หรือหุ้นส่วนที่ลาออกจากห้าง หรือหุ้นส่วนที่ล้มละลาย หรือผู้ที่ยังคงเป็นหุ้นส่วน ของห้างนั้นอยู่¹³⁶

2. “Vendor’s Lien” เป็นสิทธิของผู้ขายที่ดินในการที่จะบังคับชำระ หนี้ที่มีอยู่เหนือที่ดินที่ขายนั้นเพื่อนำมาชำระราคา โดยไม่คำนึงว่าที่ดินดังกล่าวจะมีการโอนต่อไป ยังบุคคลอื่นอีกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เพื่อความยุติธรรมในสิทธิยึดทรัพย์สินของผู้ขายต่อการไม่ชำระ หนี้ของลูกหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน จนกระทั่งมีการชำระหนี้อย่างถูกต้อง ไม่ว่าจะมีการ โอนทรัพย์ นั้น ไปยังที่ใด ทรัพย์ดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีและได้มีการชำระหนี้อย่างถูกต้อง ครบถ้วนแก่ผู้ขาย หรือมีการจดทะเบียนความเป็นเจ้าของซึ่งจะต้องมีการบันทึกในใบเสร็จรับเงิน

¹³² Halsbury’s Law of England (4th ed reissue). Op.cit. p. 359.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

สิทธิยึดเหนี่ยวประเภทนี้อาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ไม่ได้เกิดขึ้นจากสัญญาระหว่างคู่สัญญา¹³⁷ โดยสิทธิยึดเหนี่ยวประเภทนี้แตกต่างจากกรณีของจำนอง (Mortgage) ในข้อที่ว่า จำนองเป็นการประกันหนี้ที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญา ในขณะที่ “Vendor’s Lien” เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย¹³⁸

3. “Purchaser’s Lien” เป็นสิทธิของผู้ซื้อที่ดินที่ได้ชำระราคาหรือวางมัดจำให้แก่ผู้ขายแล้ว และต่อมาผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย จะมีสิทธิยึดเหนี่ยวในทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าว ยังมีสิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืนจากจำนวนเงินที่ได้ชำระค่าราคาทรัพย์สินนั้นไปแล้วจากผู้ขาย รวมทั้งค่าเสียหาย กับทั้งค่าใช้จ่ายในการบังคับชำระหนี้¹³⁹

นอกจากนี้ยังมีสิทธิยึดเหนี่ยวสำหรับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยหลักทั่วไป บุคคลซึ่งได้เสียค่าใช้จ่ายเพื่อเป็นประโยชน์แก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น จะไม่มีสิทธิยึดเหนี่ยวจากค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปเหล่านั้น แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้ประโยชน์จากทรัพย์สินเหล่านั้นก็ตาม แต่ก็มีหลักการที่ยกเว้นหลักการดังกล่าว กล่าวคือ สิทธิยึดเหนี่ยวสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นจากสัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ได้แก่สิทธิดังต่อไปนี้

1. ทรัสต์ (Trustee) มีสิทธิยึดเหนี่ยวสำหรับค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมที่ได้เสียไปในการจัดการทรัพย์สิน ผู้จัดการทรัพย์สิน หรือผู้จัดการทรัพย์สินที่ศาลตั้งขึ้น มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของบริษัท ซึ่งอยู่ในฐานะเจ้าหนี้มีประกันสำหรับค่าใช้จ่าย ค่าตอบแทนและค่าธรรมเนียมที่ค้างชำระ¹⁴⁰

2. สิทธิยึดเหนี่ยวโดยการรับช่วงสิทธิ (Lien by Subrogation) หลักการของสิทธิยึดเหนี่ยวที่เกิดจากการรับช่วงสิทธิ ไม่ได้กำหนดเพียงแต่ให้ผู้รับช่วงสิทธิที่จะมีสิทธิได้รับเงินจากการรับช่วงสิทธิ โดยการร้องขอต่อทรัสต์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกรณีกับผู้ซื้อที่ได้ชำระหนี้ตามสัญญาด้วย เช่น กรณีที่ผู้รับประกันภัยได้ชำระหนี้ให้แก่ผู้รับประกันตามสัญญาประกันภัย จึงรับช่วงสิทธิมาเรียกเอาแก่ผู้มีหน้าที่ต้องชำระ และสิทธิเรียกที่รับช่วงสิทธิมาเป็น Equitable Lien ผู้รับช่วงสิทธิก็มีสิทธิในฐานะผู้ถือ Equitable Lien ด้วย¹⁴¹ เช่นกัน

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

3. สิทธิยึดเหนี่ยวที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ในทางครอบครัว (Lien arising from family relationships) เป็นสิทธิซึ่งสามีหรือภรรยาที่มีทรัพย์สินคนละครั้ง โดยที่สามีหรือภรรยาบุคคลใดบุคคลหนึ่งก่อให้เกิดค่าใช้จ่าย สิทธิยึดเหนี่ยวประเภทนี้จึงเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ของคู่สมรสดังกล่าว เช่น กรณีที่ภรรยาใช้สินส่วนตัวชำระราคาที่ดินซึ่งเป็นสินสมรสจะมี Equitable Lien เหนือทรัพย์สินที่ซื้อ เป็นต้น¹⁴²

4. สิทธิยึดเหนี่ยวที่เกิดขึ้นจากความสำคัญผิด (Mistake) ในกรณีทั่วไป บุคคลใดที่เสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น โดยสำคัญผิด โดยเชื่อว่าตนมีสิทธิหรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยหลักกฎหมายปิดปาก (Estoppels) ที่ยินยอมให้เกิดสิทธิยึดเหนี่ยวได้ โดยกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเสียค่าใช้จ่ายในเงินจำนวนนั้นโดยคาดหวังว่าจะได้ทรัพย์สินที่มี Equitable Lien เหนือทรัพย์สินที่ตนได้เสียค่าใช้จ่ายในการปลูกสร้างต่อเติมเฉพาะในส่วนที่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวเพิ่มสูงขึ้น แต่จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิยึดเหนี่ยวเกิดขึ้นหากสามารถแสดงให้เห็นว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นรู้มาก่อนแล้วว่ามีความผิดพลาดเกิดขึ้น ซึ่งเชื่อได้ว่าเขาารู้ข้อเท็จจริงอันเป็นข้อผิดพลาดอย่างชัดเจนแล้ว¹⁴³

5. สิทธิเหนือทรัพย์สินในมูลรักษาทรัพย์สิน เป็นกรณีที่ Trustee เจ้าหน้าที เจ้าหนี้ ผู้จัดการทรัพย์สินหรือบุคคลใดๆ ที่ได้เสียค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ในการรักษาทรัพย์สินใดๆจากการถูกทำลาย สิทธิยึดเหนี่ยวในทรัพย์สินดังกล่าวเกิดขึ้นในจำนวนเท่ากับค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในการรักษาทรัพย์สิน¹⁴⁴

จากที่กล่าวมาทั้งหมดพอสรุปได้ว่า “Equitable Lien” แตกต่างจาก “Legal Lien” หรือ “Common law Lien” ตรงที่ว่า “Legal Lien” หรือ “Common law Lien” ขึ้นอยู่กับการครอบครองทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งสิทธิ เว้นแต่กรณีที่มิชอบด้วยกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ และมีเพียงสิทธิที่จะยึดเหนี่ยวทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยวจะได้รับชำระหนี้ ในขณะที่ “Equitable Lien” เกิดขึ้นโดยเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยวนั้นไม่จำเป็นต้องเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งสิทธิ ทั้งเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดเหนี่ยวยังมีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยขอให้ศาลสั่งให้ขายทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อนำมาชำระหนี้ได้อีกด้วย สิทธิยึดเหนี่ยวตามวิธานิพนธ์เล่มนี้จะขอกว่าถึงเฉพาะการบังคับตามสิทธิของ Legal Lien เท่านั้น

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

3.1.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ จึงควรที่จะศึกษาหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาตามประมวลกฎหมายล้มละลายเพื่อเป็นแนวทางประกอบในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1) หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา ตามประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ปรากฏอยู่ในมาตรา 553 โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

“(a) ยกเว้นกรณีที่ถูกกล่าวไว้ในมาตรา 362 และมาตรา 363 ในหมวดนี้ กรณีในหมวดนี้นั้นไม่กระทบต่อสิทธิใดๆ ของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่มีซึ่งกันและกัน โดยเจ้าหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ต่อลูกหนี้ ซึ่งมูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นคดีล้มละลายภายใต้ความในหมวดนี้ โดยหักกลบลบหนี้ต่อสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ดังกล่าวมีต่อลูกหนี้ ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวนี้เกิดขึ้นก่อนเริ่มต้นคดีล้มละลาย โดยการหักกลบลบหนี้มีข้อยกเว้นดังนี้

- (1) สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ดังกล่าวที่มีต่อลูกหนี้จำเป็นต้องห้ามตามกฎหมาย
 - (2) สิทธิเรียกร้องดังกล่าวได้โอนไปแล้ว โดย
 - (A) ภายหลังจากเริ่มต้นคดีล้มละลายแล้ว หรือ
 - (B) (i) ภายหลังจาก 90 วัน ก่อนมีการยื่นคำขอให้ล้มละลาย
 - (ii) ในขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือ
 - (3) หนี้ที่เจ้าหนี้ดังกล่าวมีต่อลูกหนี้ถูกทำให้เกิดขึ้นโดยเจ้าหนี้ดังกล่าว
 - (A) ภายหลังจาก 90 วัน ก่อนมีการยื่นคำขอให้ล้มละลาย
 - (B) ในขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และ
 - (C) เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้สิทธิหักกลบลบหนี้ต่อลูกหนี้
- (b) (1) ยกเว้นกรณีการหักกลบลบหนี้ตามที่ได้อธิบายไว้ในมาตรา 362 (b) (6), 362 (b) (7), 362 (b) (14), 365 (h), 546 (h), หรือ 365 (i) (2) ในหมวดนี้ ในกรณีที่เจ้าหนี้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ที่มีต่อกัน ในหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ต่อลูกหนี้โดยหักกลบลบหนี้กับสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้ในขณะที่หรือภายใน 90 วัน ก่อนมีการยื่นคำขอให้ล้มละลาย เช่นนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจใช้สิทธิเรียกจำนวนเงินที่ได้มีการหักกลบลบหนี้กันไปต่อเจ้าหนี้เพียงเท่าที่ได้หักกลบลบหนี้ไปเนื่องจากความบกพร่องในวันที่มีการหักกลบลบหนี้ดังกล่าว ซึ่งมีจำนวนน้อยกว่าความบกพร่องในการหักกลบลบหนี้ภายหลังจาก

(A) 90 วัน ก่อนวันยื่นคำขอให้มีการล้มละลาย และ

(B) ในวันแรกระหว่าง 90 วัน ก่อนวันที่มีการยื่นคำขอให้ล้มละลาย

ในกรณีที่มีความบกพร่อง

(2) ในหัวข้อย่อนี้ “ความบกพร่อง” นั้นหมายถึง จำนวนเงินที่มีสิทธิเรียกร้องนั้นสามารถหักกลบหนี้กับหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ได้สำเร็จโดยผู้ทรงสิทธิเรียกร้องเช่นว่านั้น

(c) เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ ลูกหนี้ซึ่งได้รับการสันนิษฐานว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัวในขณะหรือในระหว่าง 90 วัน ก่อนวันที่มีการยื่นคำขอให้ล้มละลาย¹⁴⁵,

¹⁴⁵ 11 U.S.C. Section 553 provides as follows:

(a) Except as otherwise provided in this Section and in Sections 362 and 363 of this title, this title does not affect any right of a creditor to offset a mutual debt owing by such creditor to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against a claim of such creditor against the debtor that arose before the commencement of the case, except to the extent that—

- (1) the claim of such creditor against the debtor is disallowed;
- (2) such claim was transferred, by an entity other than the debtor, to such creditor—
 - (A) after the commencement of the case; or
 - (B) (i) after 90 days before the date of the filing of the petition; and
 - (ii) while the debtor was insolvent; or
- (3) the debt owed to the debtor by such creditor was incurred by such creditor—
 - (A) after 90 days before the date of the filing of the petition;
 - (B) while the debtor was insolvent; and
 - (C) for the purpose of obtaining a right of Set-Off against the debtor.

(b) (1) Except with respect to a Set-Off of a kind described in Section 362 (b) (6), 362 (b) (7), 362 (b) (14), 365 (h), 546 (h), or 365 (i) (2) of this title, if a creditor offsets a mutual debt owing to the debtor against a claim against the debtor on or within 90 days before the date of the filing of the petition, then the trustee may recover from such creditor the amount so offset to the extent that any insufficiency on the date of such Set-Off is less than the insufficiency on the later of—

- (A) 90 days before the date of the filing of the petition; and
- (B) the first date during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition on which there is an insufficiency.

(2) In this subsection “insufficiency” means amount, if any, by which a claim against the debtor exceeds a mutual debt owing to the debtor by the holder of such claim.

(c) For the purposes of this Section, the debtor is presumed to have been insolvent on and during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition.

การหักกลบลบหนี้จำกัดเฉพาะหนี้ที่มีอยู่ซึ่งกันและกัน (Set-Off Limited to Mutual Debt)

หนี้ซึ่งกันและกันจะได้รับการชดเชย สำหรับหนี้ที่เป็นหนี้ระหว่างกันนั้นเป็นสิทธิทำนองเดียวกันและเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีเดียวกัน และอยู่บนความสัมพันธ์เดียวกัน และชนิดหรือคุณสมบัติเหมือนกัน ในบริบทเรื่องหักกลบลบหนี้โดยธนาคารนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นโดยลูกค้าของธนาคารเป็นหนี้ในความสัมพันธ์เดียวกันซึ่งลูกค้ามีบัญชีเงินฝากของธนาคารนั้น ยกตัวอย่างเช่น ถ้า Dan Darrow เป็นหนี้ธนาคารพ่อค้า (Merchant's Bank) \$10,000 หนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการที่ Dan ใช้บัตรเครดิตก่อนนี้ส่วนตัว และกองทุนที่ Dan มีบัญชีเงินฝากอยู่กับธนาคารในฐานะเป็นทรัพย์สินสำหรับหลานสาวของ Dan ไม่ได้เป็นหนี้ที่มีความสัมพันธ์อย่างเดียวกันกับหนี้ส่วนตัวของเขาคือต่อธนาคาร ไม่ใช่กรณีที่เป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และธนาคารไม่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ต่อผู้ดูแลบัญชีเงินฝาก

นอกจากนี้ยังมีกรณีอื่นๆ ซึ่งมีความต้องการซึ่งกันและกันจำกัดสิทธิธนาคารที่จะหักกลบลบหนี้ บางครั้งมีอุปสรรคในการหักกลบลบหนี้ เมื่อเป็นหนี้โดยฝ่ายหนึ่งเป็นลูกค้าของธนาคารและมีบัญชีที่เกี่ยวข้องเป็นของลูกค้า 2 ราย การมีความต้องการซึ่งกันและกันจะป้องกันการหักกลบลบหนี้ต่อเงินฝากซึ่งธนาคารรู้ว่ามอบให้เพื่อจุดประสงค์พิเศษบางอย่าง เช่น ชำระภาษี meeting payroll หรือ ชำระให้แก่กองทุนสำหรับลูกจ้างที่ออกจากงาน

การหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่มีอยู่ซึ่งกันและกัน (Set-Off of Matured Debts)

เป็นการจำเป็นเท่าๆกันที่ทั้งสองฝ่ายจะมีการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อทั้งสองฝ่ายต้องการที่จะหักกลบลบหนี้ต่ออีกฝ่าย ในอีกทางหนึ่งเจ้าหนี้ไม่ประสงค์ที่จะบังคับสิทธิของตน โดยการหักกลบลบหนี้ครั้งหนึ่งของหนี้ซึ่งยังไม่เพียงพอจากลูกหนี้ ยกตัวอย่าง Frankin Manufacturing มีเงินฝาก \$ 120,000 Citizen's Bank และมีหนี้ \$80,000 ที่มีตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) แก่ธนาคารซึ่งจะถึงกำหนดในวันที่ 15 มีนาคม 2010 Citizen's Bank ไม่อาจหักกลบลบหนี้ตามตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ที่มีเหนือบัญชีดังกล่าวจนกว่าจะถึงวันที่ 15 มีนาคม 2010 อย่างไรก็ตาม วันที่ถึงกำหนดของตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับ Acceleration และ Citizen's Bank ก่อให้เกิดตัวนั้นอย่างเหมาะสม ทำให้เกิดวันครบกำหนดทันที มูลแห่งหนี้ถูกแทนที่ด้วยตั๋วสัญญาใช้เงินนั้นอย่างสมบูรณ์ และมันสามารถหักกลบลบหนี้ต่อเงินฝากของ Frankin Manufacturing ในอีกกรณีหนึ่งถ้าตั๋วสัญญาใช้เงิน นั้นได้นำไปชำระตามเวลาที่ต้องการ แทนที่จะนำไปชำระในเวลาที่กำหนด ธนาคารสามารถที่จะบังคับสิทธิหักกลบลบหนี้ต่อตั๋วสัญญาใช้เงิน ฉบับนั้นไม่ว่าเวลาใดๆ ก็ได้ เพราะตั๋วสัญญาใช้เงินที่ถูกนำไปชำระในเวลาที่ต้องการนั้นเป็นตั๋วสัญญาใช้เงิน ที่สมบูรณ์ภายหลังที่ได้ออกตัวนั้นแล้ว

การบังคับการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมาย (Statutory Restriction on Set-Off)

บทบัญญัติแห่งการคุ้มครองผู้บริโภคในสหพันธรัฐและมลรัฐ (Federal and state consumer protection statute) จำกัดสิทธิหักกลบลบหนี้ของธนาคาร ยกตัวอย่าง The Federal Fair Credit Billing Act ป้องกันธนาคารจากการที่จะมีการหักกลบลบหนี้เกิดขึ้นจากการใช้บัตรเครดิตต่อบัญชีเงินฝากของผู้บริโภคเช่นเดียวกัน บางบทบัญญัติในมลรัฐบังคับการหักกลบลบหนี้เป็นแนวทางที่คล้ายคลึงกัน

สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนของสิทธิหักกลบลบหนี้ (Priority of Right of Set-Off)

หลักการได้รับชำระหนี้ก่อนของสิทธิหักกลบลบหนี้ สิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้นั้นแทบจะเรียกได้ว่าเป็นสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนสิทธิได้รับชำระหนี้ประเภทอื่น สิทธิในการหักกลบลบหนี้ของธนาคารนั้นทำให้เกิดการยกเลิกสิทธิเรียกร้องของผู้รับเงินในการถอนเงินในบัญชีของธนาคาร ซึ่งในท้ายที่สุดผู้รับเงินได้มีการชำระหนี้ อีกทั้งยังมีผลเหนือคำพิพากษาที่เจ้าหนี้ได้อ้างที่มีต่อผู้บริโภคซึ่งได้รับหมายอายัดเงินในบัญชีธนาคารโดยเป็นความพยายามในการนำเงินในบัญชีธนาคารของผู้บริโภคมาชำระหนี้ นอกจากนี้โดยปกติแล้วการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ของธนาคารนั้นจะสำเร็จมากกว่าเจ้าหนี้อื่นด้วยการใช้สิทธิประโยชน์ในบัญชีธนาคารเป็นหลัก ประกัน

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) § 9-340 (2003) นั้น สิทธิหักกลบลบหนี้ของธนาคารนั้น เป็นสิทธิที่ด้อยกว่าถ้าเทียบกับสิทธิประโยชน์ของเจ้าหนี้นี้มีประกัน ในกรณีที่เจ้าหนี้นี้มีประกันได้รับอำนาจในการบังคับเอาเงินฝากในบัญชีโดยการที่เจ้าของบัญชีธนาคารกลายเป็นลูกค้ำของธนาคาร

สิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้รับจากการคุ้มครองภายใต้ประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) และถึงแม้ว่าการใช้สิทธิเหล่านั้นจะถูกเลื่อนระยะเวลาการใช้สิทธิออกไปก่อนโดยสถานะการพักชำระหนี้ ที่มีไม่ว่าจะต่อลูกหนี้หรือต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย แต่ก็เป็นที่แน่นอนว่าสิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้รับจากการปฏิบัติเฉกเช่นเดียวกับสิทธิเรียกร้องที่มีหลักประกัน (Secured claims) อีกทั้งการหักกลบลบหนี้ ซึ่งได้ยอมรับให้เจ้าหนี้ที่จะขอหักกลบลบหนี้ที่ขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะของหลักประกัน (Secured position) ในระหว่าง 90 วัน สุดท้ายก่อนที่จะมีการยื่นให้มีการดำเนินคดีล้มละลายกับลูกหนี้ จะไม่สามารถบังคับใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ ที่ภายใต้ มาตรา 553 ประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code §553) เพียงเท่าที่มีการแก้ไขสถานะดังกล่าว

2) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะเกี่ยวกับเจ้าหนี้มีประกัน

สิทธิเรียกร้องที่มีประกันกฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา คือสิทธิเรียกร้องซึ่งเกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงกับสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินของลูกหนี้ ข้อเท็จจริงเพียงว่าลูกหนี้เป็นหนี้เงินแก่เจ้าหนี้ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้จะมีสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะไม่มีสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินของลูกหนี้หากเจ้าหนี้ไม่ได้รับสิทธิในการบังคับทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดในทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อเป็นประกันหนี้ของลูกหนี้

สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้จะมีประกันโดยในกรณีที่เจ้าหนี้ได้รับสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อที่จะประกันการจ่ายเงินหรือการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจได้รับสิทธิเรียกร้องที่มีประกันได้ในหลายวิธี เจ้าหนี้จะได้รับสิทธิจำนองหรือสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการตกลงกับลูกหนี้ (Consensual Liens) อีกทางหนึ่ง เจ้าหนี้จะได้รับสิทธิในทรัพย์สินประกันโดยคำพิพากษาหรือการบังคับคดีในทรัพย์สินของลูกหนี้ผ่านกระบวนการทางศาล (Judicial Liens) นอกจากนี้ เจ้าหนี้บางรายอาจจะได้รับสิทธิในทรัพย์สินประกันโดยบทบัญญัติกฎหมายหรือการยึดหน่วงในทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นโดยกระบวนการทางกฎหมาย (Primarily Statutory Liens)

ประมวลกฎหมายล้มละลายนั้น โดยปกติแล้วไม่มีการแยกแยะ ระหว่างสิทธิในหลักประกัน (Liens) ชนิดต่างๆ ไว้ แยกไว้แต่เพียงระหว่างสิทธิในหลักประกัน (Liens) โดยสมัครใจ (Voluntary Liens) สิทธิในหลักประกัน (Liens) โดยไม่สมัครใจ (Involuntary Liens) สิทธิในหลักประกันและสิทธิจำนองนั้น ได้รับการปฏิบัติในทำนองเดียวกัน โดยเป็น Judicial และ Statutory Liens ด้วยข้อยกเว้นเล็กน้อย ทั้งหมดดังกล่าวนี้กลายเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน และสิทธิเรียกร้องแต่ละอันนั้น ได้รับสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อน โดยกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายล้มละลายซึ่งทำให้กลายเป็นสิทธิในหลักประกัน (Liens) สิทธิในหลักประกันทั้งหมดที่กล่าวมานี้ โดยปกติแล้วผู้ทรงสิทธิมิได้มีเพียงสิทธิเรียกร้องที่เป็นเงินเท่านั้น มันยังมีสิทธิในการบังคับกับหลักประกันเฉพาะอย่างนั้นตามแต่สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้

ความหมายและประเภทของเจ้าหนี้มีประกันประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายซึ่งบัญญัติถึงกระบวนการในการจัดการกับลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินไว้ใน United States Code, Title 11- Bankruptcy (11 U.S.C) หรือที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายว่าประมวลกฎหมายล้มละลาย (United States Bankruptcy Code) 146

¹⁴⁶ ธีญญา นุช ตันติกุล. (2552, มกราคม-เมษายน). “คดีล้มละลายของลูกหนี้บุคคลธรรมดาในประเทศสหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 56, 1. หน้า 87.

ซึ่งมีรูปแบบของกระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่แตกต่างกันไปในแต่ละบท ได้แก่ กระบวนการชำระบัญชีตาม Chapter 7-Liquidation กระบวนการฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11-Reorganization กระบวนการจัดการหนี้สินของเกษตรกรและชาวประมงที่มีรายได้ประจำปีตาม Chapter 12-Adjustment of debts of a family farmer or fisherman with regular annual income และ กระบวนการจัดการหนี้สินของลูกหนี้บุคคลธรรมดาที่มีรายได้ประจำปีตาม Chapter 13- Adjustment of debts of an individual with regular income สำหรับในส่วนของสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละประเภทจะบัญญัติไว้ใน Chapter 5-Creditors, the debtor, and the estate ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำไปใช้กับการดำเนินกระบวนการล้มละลายในรูปแบบต่างๆ เว้นแต่จะมีการบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งลำดับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ความหมายของเจ้าหนี้มีประกัน

ตามบทบัญญัติ ประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติคำนิยามคำว่า “เจ้าหนี้มีประกัน” ไว้โดยตรง แต่ได้ให้คำนิยามคำว่า “เจ้าหนี้” (Creditor) ไว้ว่าหมายถึงบุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้อง (Claim) ต่อลูกหนี้... (11 U.S.C. Section 101 (10) ซึ่งสิทธิเรียกร้องดังกล่าว หมายถึง สิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ไม่ว่าหนี้นั้นจะเป็นหนี้ที่มีประกันหรือไม่มีประกัน (Secured or Unsecured) ก็ตาม (11 U.S.C. Section 101 (5)) อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ก็ได้บัญญัติไว้ว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claims) ได้แก่ผู้ใดบ้าง¹⁴⁷ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาจะละทิ้งแนวคิดการแบ่งแยกระหว่างเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่กลับใช้คำว่าสิทธิเรียกร้องมีประกัน (Secured claim) กับสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน (Unsecured claim) แทน¹⁴⁸ กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหนี้รายใดมีสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันของลูกหนี้ก็อาจจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการล้มละลายก็ได้ แต่การบังคับหลักประกันของเจ้าหนี้ดังกล่าวอาจถูกจำกัดโดยสถานะการบังคับชำระหนี้ (Automatic stay) ในระหว่างดำเนินคดีล้มละลาย หากเจ้าหนี้ดังกล่าวเข้ามาร่วมในกระบวนการล้มละลายแล้วกฎหมายมองเพียงว่าส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องมีประกัน ส่วนไหนคือสิทธิเรียกร้องไม่มีประกันเท่านั้น โดยประมวลกฎหมายล้มละลายได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน (Lien) เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินภายใต้บังคับแห่งสิทธิเหนือทรัพย์สินดังกล่าวก่อน ส่วนจำนวนหนี้ที่เกินมูลค่าแห่งหลักประกันดังกล่าว

¹⁴⁷ David G.Epstein. (1995). **Bankruptcy and other debtor-creditors law in a nutshell.** p. 253.

¹⁴⁸ Daniel R. Cowans. (1980). **Cowans Bankruptcy Law and Practice.** p. 327.

หากมีจะถูกปฏิบัติอย่างสิทธิเรียกร้องไม่มีประกัน (11 U.S.C Section 506 (a)) ซึ่งตามประมวลกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นิยามคำว่า Lien ไว้ว่า หมายถึง ภาระผูกพันหรือประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ (11 U.S.C Section 101 (37)) จะเห็นได้ว่าคำว่า Lien ตามนิยามดังกล่าวครอบคลุมถึงสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นสิทธิในหลักประกันโดยความยินยอม (Consensual Lien) สิทธิในหลักประกันโดยคำพิพากษาของศาล (Judicial Lien) หรือสิทธิในหลักประกันโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statutory Lien) เมื่อพิจารณาจาก 11 U.S.C Section 506 จะพบว่ามีการปฏิบัติต่อสิทธิเรียกร้องมีประกันเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นสิทธิในหลักประกันโดยความยินยอม สิทธิในหลักประกันโดยคำพิพากษา หรือสิทธิในหลักประกันโดยกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่มีปัญหาว่าสิทธิในหลักประกันของใครจะดีกว่ากันก็จะเป็นไปตามหลัก First in come, first in right¹⁴⁹

2) ประเภทของเจ้าหนี้มีประกัน

กฎหมายล้มละลายได้แบ่งประเภทของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claims) เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ¹⁵⁰ ดังนี้

(1) เจ้าหนี้ที่มีสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ภายใต้กฎหมายของแต่ละรัฐประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) 11 U.S.C. Section 101 (37) ได้ให้นิยามคำว่า “สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien)” Lien หมายถึง ภาระติดพัน (Charge) หรือสิทธิประโยชน์ (Interest) ในทรัพย์สินที่เป็นประกันการปฏิบัติการชำระหนี้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น แม้ว่าสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) แต่ละประเภทจะก่อตั้งและมีการบังคับตามสิทธิได้แตกต่างกัน แต่ก็มีหลักการทั่วไปที่ใช้บังคับกับสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ได้ทุกประเภท เพื่อให้สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) สามารถใช้บังคับได้ สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) จะต้องมีความสมบูรณ์ไม่เพียงแต่ต่อตัวลูกหนี้เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสมบูรณ์ต่อบุคคลที่สามด้วย ซึ่งสามารถแบ่งการก่อให้เกิดสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ

¹⁴⁹ Grant W.Newton and Gilbert D. (1991). **Bankruptcy and Insolvency Taxation.** p. 307.

¹⁵⁰ 11 U.S.C., Section 506 (a).

ก. กระบวนการที่ทำให้สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) มีความสมบูรณ์และสามารถใช้อ้างขึ้นต่อผู้ลูกหนี้ได้ เรียกว่า “Attachment” กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่หลักประกัน มีผลผูกพันลูกหนี้หรือเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งโดยทั่วไปจะมีผลเป็น “Attachment” ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญาให้หลักประกันนั้นมีผลผูกพัน โดยทำเป็นหนังสือหรือมีการส่งมอบการครอบครองให้แก่เจ้าหนี้ และมีการให้สิ่งตอบแทนซึ่งกันและกัน เช่น เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้เงินโดยลูกหนี้ซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในหลักประกัน ที่ลูกหนี้ได้รับโอนกรรมสิทธิ์มาจากผู้ขายแล้ว ซึ่งในปัจจุบัน U.C.C Article 9 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการนำสังหาริมทรัพย์ทุกประเภทมาเป็นประกัน ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการบางประการ เช่น หากทรัพย์สินที่เป็นประกัน คือ Investment property, Deposit account, Electronic chattel paper หรือสิทธิตามสัญญา Letter of credit ผู้รับหลักประกันหรือเจ้าหนี้อาจจะควบคุมทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันดังกล่าวแทนการครอบครองก็ได้ เป็นต้น

ข. กระบวนการที่ทำให้เจ้าหนี้สามารถใช้อ้างขึ้นต่อผู้บุคคลที่สามได้ เรียกว่า “Perfection” กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่ทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินหลักประกันโดยสามารถยกขึ้นต่อสู้กับเจ้าหนี้อื่นและบุคคลภายนอกได้ เช่น เจ้าพนักงานพิทักษ์หรือผู้รับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้ เป็นต้น ซึ่งการยกขึ้นต่อสู้กับเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกนี้จะขึ้นอยู่กับประเภทของหลักประกัน (Collateral) ซึ่งอาจจะทำให้สมบูรณ์ได้ในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

— ผู้รับหลักประกันไปจดทะเบียนเหนือทรัพย์สินหลักประกันดังกล่าวต่อหน่วยงานของรัฐที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งในปัจจุบัน U.C.C Article 9 ฉบับแก้ไขได้อนุญาตให้ยื่นจดทะเบียนอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งนี้ เพื่อรองรับการทำธุรกรรมแบบ E-Commerce (Filing a Financing Statement)

— ผู้รับหลักประกันเข้าครอบครองทรัพย์สินหรือควบคุมทรัพย์สินหลักประกัน (Taking or Retaining Possession of the Collateral)

— มีความสมบูรณ์โดยอัตโนมัติในวันที่มีการอายัดทรัพย์สิน (Attachment of the Security Interest)

— มีความสมบูรณ์ชั่วคราว ตามที่ Uniform Commercial Code กำหนด

(2) เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ (Set-Off)¹⁵¹ จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ประเภทนี้เกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน เช่น ลูกหนี้มีบัญชี

¹⁵¹ 11 U.S.C., Section 553.

เงินฝากไว้กับธนาคารที่ตนไปกู้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ธนาคารสามารถหักเงินจากบัญชีเงินฝากของลูกหนี้ได้ ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายมรดก¹⁵² ซึ่งแท้จริงแล้วในคดีแพ่งสามัญทั่วไปนั้นสิทธิหักกลับหนี้ นั้น มิใช่สิทธิเรียกร้องที่มีหลักประกัน เพราะสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินหลักประกันนั้น มีความหมายชัดเจนว่าหมายถึง Lien แต่กฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกาให้ถือว่าสิทธิหักกลับหนี้ (Set-Off) เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claim) ด้วย เพราะเป็นสิทธิที่มีความสำคัญและมีลักษณะคล้ายคลึงกับสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้ทั้งสองประเภทดังกล่าว จะมีสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claim) เฉพาะในส่วนที่จำนวนมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน มีจำนวนที่ครอบคลุมถึงเท่านั้น ส่วนสิทธิเรียกร้องที่หลักประกันมีจำนวนมูลค่าที่ไม่ครอบคลุมถึงนั้น จะถือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกัน¹⁵³ กล่าวคือ ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินมีมากกว่าจำนวนหนี้มูลค่าส่วนเกินของหลักประกันที่มากกว่าจำนวนหนี้ จะเรียกว่า “Equity cushion” จะถือว่า เจ้าหนี้ นั้นเป็น “Oversecured Creditor” ซึ่งหนี้ นั้นจะถือว่าเป็นหนี้ที่มีประกันทั้งหมด แต่ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินน้อยกว่าจำนวนหนี้ จะถือว่าเจ้าหนี้ นั้นเป็น “Undersecured Creditor” โดยหนี้ จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ เป็นหนี้ที่มีประกันในจำนวนที่เท่ากับมูลค่าหลักประกัน และหนี้ที่ไม่มีประกันในจำนวนหนี้ที่เกินกว่ามูลค่าของหลักประกัน¹⁵⁴

ลักษณะของสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien)

สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท¹⁵⁵ และมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยความยินยอม (Consensual Liens) หรือ “Security Interest” หมายถึง สิทธิประโยชน์ที่มีทรัพย์สินเป็นหลักประกัน อันเป็นสิทธิประโยชน์ที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้¹⁵⁶ ซึ่งจะต้องกำหนดตัวทรัพย์สินและสิทธิประโยชน์ที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับในข้อสัญญาดังกล่าวนั้น อีกทั้งคู่สัญญายังสามารถตกลงกันในรายละเอียดหรือเงื่อนไขต่างๆ ได้อีกด้วย เช่น สิทธิประโยชน์ตาม Uniform Commercial Code มาตรา 9 หรือจำนอง เป็นต้น โดยผู้ทรงสิทธิประโยชน์ใน “Security Interest” จะเรียกว่า “Secured Party” ส่วนคำว่า “Lien” มิได้หมายถึงเฉพาะสิทธิประโยชน์

¹⁵² Charles Jordan Tabb. (2009). **The law of bankruptcy.** p. 540.

¹⁵³ 11 U.S.C., Section 506 (a).

¹⁵⁴ หทัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ. เล่มเดิม. หน้า 44-45.

¹⁵⁵ Charles Jordan Tabb. Loc.cit.

¹⁵⁶ 11 U.S.C., Section 101 (51).

ที่เกิดจากข้อสัญญาเท่านั้น แต่เป็นคำที่ใช้เป็นกรณีทั่วไป โดยผู้ทรงสิทธิประโยชน์ใน “Lien” จะเรียกว่า “Lienor” หรือ “Lien Holder” สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยความยินยอมนี้ จะรวมทั้งสิทธิประโยชน์ที่มีสังหาริมทรัพย์เป็นประกัน (Security Interest in Personal Property) ภายใต้อาติ 9 ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) และการจำนอง (Mortgages) ซึ่งเป็นการก่อสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยความยินยอมเหนือสังหาริมทรัพย์ หรือหนังสือแต่งตั้งทรัสต์ในการดูแลสังหาริมทรัพย์ (Deeds Trust on Real Estate) ตามกฎหมายของมลรัฐ

(2) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยผลของคำพิพากษา (Judicial Liens) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้ จะมีความสมบูรณ์ (Perfect) โดยอัตโนมัติ สามารถยกขึ้นอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ กล่าวคือ เกิดขึ้นจากผลแห่งคดีที่เจ้าหนี้ฟ้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ หรือเกิดขึ้นจากการอายัดทรัพย์ในคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณา (Prejudgment Attachment Lien)¹⁵⁷ กล่าวคือ โดยส่วนใหญ่แล้ว สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้จะเกิดขึ้นหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา แต่มีบางกรณีที่สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้อาจจะเกิดขึ้นก่อนศาลมีคำพิพากษา เช่น เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์อาจเข้ายึดทรัพย์สินของลูกหนี้ และถือเอาทรัพย์สินนั้นเป็นประกันการชำระหนี้ตามคำพิพากษาได้ โดยอาศัยกระบวนการอายัดทรัพย์ก่อนมีคำพิพากษาของศาล ดังนั้น เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ส่วนใหญ่ก่อนที่จะมีคำพิพากษาของศาลก็จะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่ทั้งนี้ก็มีสิทธิที่จะนำคำพิพากษาไปจดแจ้งต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ทราบ หรือขอให้ศาลยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา กล่าวคือ เมื่อมีการจดแจ้งคำพิพากษาไว้ต่อหน่วยงานใดแล้ว จะมีผลเป็นการก่อตั้งสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในหน่วยงานที่ได้รับจดแจ้งนั้น หรือกรณีที่มีคำสั่งของศาลที่ให้ยึดทรัพย์สินภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาจะทำให้ทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ของเจ้าหนี้ แล้วแต่กรณี หรือเกิดขึ้นจากสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดจากกระบวนการทางศาล หรือตามหลักอภิปิน¹⁵⁸ ที่เกิดขึ้นจากอำนาจศาลในการเยียวยาความเสียหาย มิได้เกิดขึ้นเพื่อบังคับชำระหนี้ (Legal or Equitable Process or Proceedings) นอกจากนี้ยังรวมทั้งสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดจากการบังคับคดี (Execution Liens) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดจากคำพิพากษา (Judgment Liens)

¹⁵⁷ Brian A. Brum. (1999). **Bankruptcy and debtor creditor.** p. 14.

¹⁵⁸ 11 U.S.C., Section 101 (36).

และสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดจากการอายัดทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกหนี้ไว้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา (Garnishment Liens) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้ไม่ได้เกิดขึ้นโดยสัญญาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ แต่เกิดขึ้นเนื่องจากผลของกระบวนการทางกฎหมายภายหลังที่มีการยื่นฟ้อง

(3) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statutory Liens) เป็นสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายกฎหมายภายใต้สถานการณ์หรือเงื่อนไขบางอย่าง¹⁵⁹ เนื่องจากกฎหมายถือว่า หนี้ประเภทดังกล่าวหรือชนิดดังกล่าวมีคุณค่าที่จะได้รับการคุ้มครองด้วยหลักประกัน (Security) สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้บางชนิดมีรากฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)¹⁶⁰ จึงมีลักษณะค่อนข้างคล้ายคลึงกับสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)¹⁶¹ เนื่องจากเกิดขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาล มิได้เกิดขึ้นจากสัญญา โดยเป็นสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่มีอยู่เหนือสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ประเภทนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการครอบครองทรัพย์สินนั้น และถ้าการครอบครองทรัพย์สินที่ได้ยึดหน่วงนั้นสิ้นไป สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ก็เป็นอันระงับ ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณี (Common law)¹⁶² เห็นว่าควรที่จะให้ความคุ้มครอง และต่อมาก็ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ้าง เช่น อาจกำหนดให้ต้องไปจดทะเบียน เพื่อให้สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ของคนสมบุรณ์แทนการเข้าครอบครองตามหลักเกณฑ์เดิม แต่บางประเภทก็เพิ่งเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹⁶³ เช่น สิทธิยึดหน่วงของเจ้าของที่ดิน (Landlord's Lien) และเจ้าสำนักโรงแรมเหนือทรัพย์สินที่ผู้เช่านำเข้ามาในสถานที่ของตน เพื่อเป็นหลักประกันการชำระค่าเช่า เป็นสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณี¹⁶⁴ (Common Statutory Liens) เป็นต้น

¹⁵⁹ 11 U.S.C., Section 101 (53).

¹⁶⁰ Brian A. Brum. Op.cit. pp. 15-16.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ 11 U.S.C., Section 101 (53).

¹⁶⁴ Brian A. Brum. Op.cit. pp. 15-16.

สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยความยินยอม (Consensual Liens) และสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นโดยผลของคำพิพากษา (Judicial Liens) เกิดขึ้นโดยสัญญาหรือโดยกระบวนการทางศาล แต่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายมาตราในมาตราหนึ่งที่ยกมาเพื่อให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) เหนือทรัพย์สินนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดขึ้นจากกฎหมายโดยแท้ ถึงแม้ว่าส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับเช่น Article 9 แห่ง Uniform Commercial Code จะกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับสิทธิประโยชน์ (Security Interest) ที่มีสิ่งห้ามทรัพย์เป็นประกันทุกประเภท และมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐต่างๆ จะกำหนดหลักเกณฑ์โดยทั่วไปในเรื่องสิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) ที่เกิดโดยผลของคำพิพากษา (Judicial Liens) ไว้ก็ตาม แต่สิทธิที่มีเหนือหลักประกันเฉพาะสิ่งของลูกหนี้ (Lien) เหล่านี้อาจถูกควบคุมหรือได้รับอนุญาตโดยบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเท่านั้น¹⁶⁵

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

ประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งประเทศญี่ปุ่นก็เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ดังนั้นกฎหมายล้มละลายจึงมีความคล้ายคลึงกันในบางเรื่อง ดังนั้นในที่นี้ผู้เขียนจะขอศึกษาถึงการหักกลบลบหนี้ของประเทศญี่ปุ่นในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

3.1.2.1 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นมีระบบกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย คือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศญี่ปุ่นด้วย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายประเทศญี่ปุ่นตาม

Bankruptcy Law of Japan

ใน Bankruptcy Law of Japan (Law No. 75, June 2, 2004) ซึ่งเป็นกฎหมายล้มละลายของประเทศญี่ปุ่นนั้น ได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิในการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายไว้โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 67 ถึงมาตรา 73 ดังจะกล่าวต่อไปนี้

¹⁶⁵ Brian A. Brum. Op.cit. p. 14.

สิทธิหักกลบลบหนี้

มาตรา 67¹⁶⁶ ได้วางหลักว่า ในกรณีที่เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายมีหนี้ต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายในเวลาเริ่มต้นแห่งกระบวนการล้มละลาย กรณีเช่นนี้อาจสามารถหักกลบลบหนี้ได้โดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

ถึงแม้ว่าสิทธิเรียกร้องที่มีต่อเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายนั้นจะถึงกำหนดชำระหรือการกำหนดเงื่อนไขเด็ดขาด หรือเป็นกรณีที่ได้กล่าวไว้ในมาตรา 103 วรรค 2 (1) สิทธิในการหักกลบลบหนี้ยังไม่หมดไป โดยเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายอาจจะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามบทบัญญัติในวรรคก่อนได้ ในทำนองเดียวกันกรณีเช่นนี้ยังใช้บังคับแก่กรณีที่หนี้ของเจ้าหนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับของอายุความ หรือมีเงื่อนไขบังคับหลัง หรือสิทธิเหล่านั้นเป็นสิทธิเรียกร้องในอนาคต จำนวนของสิทธิเรียกร้องในคดีล้มละลายที่อาจจะหักกลบลบหนี้กันได้

มาตรา 68¹⁶⁷ ได้วางหลักว่า จำนวนของสิทธิเรียกร้องที่จะหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายที่เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายเสนอ ภายใต้บทบัญญัติของบทบัญญัติตามวรรคก่อน จะถูกกำหนดจำนวนโดยแต่ละอนุมาตรา ของวรรค 2 แห่งมาตรา 103 ตามประเภทของสิทธิเรียกร้องในแต่ละอนุมาตราที่ได้กล่าวไว้

ซึ่งตามบทบัญญัติในวรรคก่อนนั้น แม้ว่าในกรณีที่ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายจะไม่ได้เรียกร้องดอกเบี้ย หรือสิทธิเรียกร้องนั้นเป็นการชำระด้วยเงินเป็นงวดๆ เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายดังกล่าว อาจจะหักกลบลบหนี้ ทำให้จำนวนหนี้ลดลงตามจำนวนที่ได้กล่าวไว้ในอนุมาตรา 2 ถึงอนุมาตรา 4 ของวรรค 1 แห่งมาตรา 99 จากจำนวนของสิทธิเรียกร้องเช่นว่านั้น

¹⁶⁶ Article 67. If a creditor in bankruptcy owes any obligation against the bankrupt at the time of commencement of bankruptcy procedure, it may set off without following the bankruptcy procedure.

2. Even if the claim owned by the creditor in bankruptcy is subject to the due date or resolute conditions or is those mentioned in Article 103 paragraph 2 item (1), it shall not be precluded that a creditor in bankruptcy may set off pursuant to the provision of preceding paragraph. The same shall also apply to the case where the obligation owed by the creditor in bankruptcy is subject to the time limit or conditions subsequent or those concerning the right to claim in the future.

¹⁶⁷ Article 68. An amount of claim in bankruptcy in case of set-off made by a creditor in bankruptcy under the provision of preceding paragraph shall be an amount prescribed by each item of paragraph 2 of Article 103 according to the classification of claim mentioned in the said item respectively.

2. Notwithstanding the provision of preceding paragraph, if the claim owed by a creditor in bankruptcy is claim without interest or claim for money to be paid periodically, such creditor in bankruptcy may set off only to the extent of amount deducted by an amount of portion mentioned in item (2) through item (4) of paragraph 1 of Article 99 from the amount of such claim.

การหักกลบลบหนี้โดยบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขเด็ดขาด

มาตรา 69¹⁶⁸ ได้วางหลักว่า ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขบังคับ หลังต้องการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย บุคคลผู้นั้น จะต้องวางทรัพย์เป็นประกันหรือวางเงินตามจำนวนหนี้ที่อาจทำให้หนี้จะระงับไปเนื่องจากการหักกลบลบหนี้

การเรียกร้องให้มีการวางเงินโดยบุคคลผู้ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขบังคับ ก่อน

มาตรา 70¹⁶⁹ ได้วางหลักว่า ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไขบังคับ ก่อน หรือสิทธิเรียกร้องในอนาคต ต้องการชำระเงินตามจำนวนหนี้ต่อกองทรัพย์สิน กรณีนี้อาจเรียกร้องให้มีการวางเงินตามจำนวนที่จะต้องจ่ายเพื่อสิทธิเรียกร้องเช่นว่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์ ในการหักกลบลบหนี้ในอนาคต ในกรณีเช่นนี้ยังใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลที่มีสิทธิเรียกคืนซึ่งเงินค่าเช่า ที่ได้ฝากไว้เพื่อการชำระค่าเช่าต่อคดีล้มละลาย

ข้อห้ามในการหักกลบลบหนี้

มาตรา 71¹⁷⁰ ได้วางหลักว่า เจ้าหนี้ใดๆ ในคดีล้มละลายไม่อาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ในกรณีต่อไปนี้

¹⁶⁸ Article 69. if a person having claim with conditions subsequent is to set off, for the benefit of bankrupt estate, it shall furnish security or make deposit of an amount of obligation which would extinguish by such set-off.

¹⁶⁹ Article 70. If a person having claim with conditions precedent or a right to claim in the future makes payment for obligation against a bankrupt, it may request to make deposit of an amount of such payment to the extent of an amount of its claim, for the purpose of set-off in the future. The same shall also apply to the case where a person having the right to recovery deposit for the rent makes payment for obligation of rent against a bankrupt.

¹⁷⁰ Article 71. Any creditor in bankruptcy shall not set off in the cases mentioned as follow :

(1) If it owes the obligation against the bankrupt estate after the commencement of bankruptcy procedure;

(2) In the case where it executes the contract purport the disposition of property of a bankrupt after the failure to make payment, in order to make obligation owe under the contract subject to set off to be made solely by claim in bankruptcy or in the case where it owes the obligation against the bankrupt by executing the contract which provides that it accepts the obligation of a person who owes the obligation against the bankrupt, and if it knows the failure to make payment at the time of execution of said contract;

(1) ในกรณีที่มูลหนี้ที่มีต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายนั้นเกิดขึ้นภายหลังเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย

(2) ในกรณีที่หนี้สินต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายเกิดภายหลังจากมีการพักชำระหนี้ และรู้ถึงการพักชำระหนี้ในขณะที่ก่อนหน้านั้น กรณีที่ว่ามานี้จะไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่มิได้มีการแจ้งถึงการไม่สามารถชำระหนี้ได้ในเวลาที่เกิดสถานะการพักชำระหนี้ดังกล่าว หรือ

(3) ในกรณีที่หนี้สินต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายเกิดภายหลังจากมีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และรู้ในขณะที่ก่อนหน้าว่ามีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

นอกจากนี้ บทบัญญัติในอนุมาตรา 2 ถึงอนุมาตรา 4 ดังที่ได้กล่าวมาในวรรคข้างต้นนั้น จะไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่มูลหนี้ที่ถูกจัดให้อยู่ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว อ้างอิงอยู่กับมูลเหตุดังต่อไปนี้

(1) มูลเหตุที่ปรากฏตามกฎหมาย

(2) มูลเหตุที่เกิดขึ้นก่อนที่เจ้าหนี้จะรู้ถึงภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือก่อนเกิดสถานะการพักชำระหนี้ หรือก่อนที่เจ้าหนี้จะมีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หรือ

(3) มูลเหตุที่เกิดขึ้นภายใน 1 ปี หรือมากกว่านั้น ก่อนมีการยื่นคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

(3) In the case where it owes obligation against the bankrupt after the suspension of payment and knows the suspension of payment at the owing. Provided that, this shall not apply to the case where it is not in the state of failure to make payment at the time of said suspension of payment; or

(4) In the case where it owes obligation against the bankrupt after an application for commencement of bankruptcy procedure and it knows that there is the application for commencement of bankruptcy procedure at the time of such owing.

2. The provision of item (2) through item (4) of preceding paragraph shall not apply to the case where the owing of obligation provided in such provisions is based upon any of the causes mentioned in any of the following items:

(1) Causes provided in the law;

(2) Causes accrued before the creditor in bankruptcy knows it is in a state of the failure to make payment or suspension of payment or there is an application for commencement of bankruptcy procedure; or

(3) Causes accrued one year or more prior to the time of application for commencement of bankruptcy procedure.

มาตรา 72¹⁷¹ ได้วางหลักว่า บุคคลผู้ซึ่งเป็นหนี้ต่อกองทรัพย์สินไม่สามารถหักกลบหนี้ได้ในกรณีต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ได้รับสิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายของบุคคลอีกคนหนึ่งมาภายหลังได้เริ่มต้นกระบวนการล้มละลายแล้ว

(2) ในกรณีที่ได้รับสิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายภายหลังจากเกิดภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้และผู้นั้นรู้ถึงภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้ในเวลาที่ได้รับสิทธิเช่นนั้น

(3) ในกรณีที่ได้รับสิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายภายหลังจากเกิดสภาวะพักชำระหนี้ และรู้ถึงการพักชำระหนี้ในขณะก่อนหน้านั้น โดยในกรณีที่ว่ามานี้

¹⁷¹ Article 72. A person who owes obligation against the bankrupt shall not set off in the cases mentioned as follows:

(1) If it obtains after the commencement of bankruptcy procedure the claim in bankruptcy of another person;

(2) In the case where it obtains the claim in bankruptcy after the failure to make payment and it knows the failure to make payment at the time of such acquisition;

(3) In the case where it obtains the claim in bankruptcy after the suspension of payment and it knows the suspension of payment at the time of such acquisition. Provided that, this shall not apply to the case where it is not in the state of failure to make payment at the time of said suspension of payment; or

(4) In the case where it obtains the claim in bankruptcy after the application for commencement of bankruptcy procedure and it knows at the time of such acquisition that there is the application for commencement of bankruptcy procedure.

2. The provisions of item (2) through item (4) of preceding paragraph shall not apply to the case where the acquisition of claim in bankruptcy provided in these provisions is based upon any of the causes mentioned in any of the following items:

(1) Causes provided in the law;

(2) Causes accrued before a person who owes the obligation against the bankrupt knows it is in a state of the failure to make payment or suspension of payment or there is an application for commencement of bankruptcy procedure;

(3) Causes accrued one year or more prior to the time of application for commencement of bankruptcy procedure; or

(4) Contract between a person who owes the obligation against the bankrupt and the bankrupt.

จะไม่ใช้บังคับในกรณีที่มิได้มีการแจ้งถึงการไม่สามารถชำระหนี้ได้ในเวลาที่เกิดสภาวะการพักการชำระหนี้ดังกล่าว หรือ

(4) ในกรณีที่ได้รับสิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายภายหลังจากมีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และรู้ในขณะก่อนนี้ว่ามีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

ตามบทบัญญัติในอนุมาตรา 2 ถึงอนุมาตรา 4 ดังที่ได้กล่าวมาในวรรคข้างต้นนั้น จะไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่สิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายที่ถูกจัดให้อยู่ในบทบัญญัติดังกล่าว อ้างอิงอยู่กับมูลเหตุดังต่อไปนี้

- (1) มูลเหตุที่ปรากฏตามกฎหมาย
- (2) มูลเหตุที่เกิดขึ้นก่อนที่เจ้าหนี้จะรู้ถึงภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือก่อนเกิดสภาวะการพักชำระหนี้ หรือก่อนที่จะมีคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หรือ
- (3) มูลเหตุที่เกิดขึ้นภายใน 1 ปี หรือมากกว่านั้นก่อน มีการยื่นคำขอให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย
- (4) มีสัญญาระหว่างบุคคลผู้ซึ่งเป็นหนี้ต่อกองทรัพย์สินกับบุคคลผู้ล้มละลาย

สิทธิของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการขอให้มีการตอบรับที่ชัดเจน

มาตรา 73¹⁷² ได้วางหลักว่า ภายหลังจากระยะเวลา ที่ปรากฏในมาตรา 31 วรรค 1 อนุมาตรา 3 ล่วงพ้นไปแล้ว หรือกำหนดวันดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจกำหนดระยะเวลา 1 เดือน หรือกว่านั้น และให้มีหนังสือแจ้งให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายผู้ซึ่งสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ภายใต้บทบัญญัติตามมาตรา 67 โดยต้องการให้มีการแจ้งตอบที่ชัดเจนภายในกำหนดระยะเวลาเช่นว่านั้น เกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้กับสิทธิ

¹⁷² Article 73. After the period in Article 31 paragraph 1 item (3) elapses or the date in such item terminates, the bankruptcy trustee may set a period of one month or more, and give preemptory notice to the creditor in bankruptcy who are able to set off under the provision of Article 67 demanding a definite answer within such period as to whether they set off by means of said claim in bankruptcy. Provided that, this shall only apply to the case where the obligation owed by the creditor in bankruptcy becomes due.

2. In the case where the request for definite answer is made under the provision of preceding paragraph and if the creditor in bankruptcy fail to make a definite answer within the period prescribed by the provision of such paragraph, the said creditor in bankruptcy shall not assert the validity of set-off as to the said claim in bankruptcy in so far as the bankruptcy procedure is concerned.

เรียกร้องในคดีล้มละลายดังกล่าว กรณีจะใช้บังคับแก่กรณีที่นี่ที่เจ้าหนี้มีอยู่ต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายนั้นถึงกำหนดชำระแล้ว

สำหรับในกรณีที่มีการขอให้มีการขอให้มีคำตอบที่ชัดเจนตอบตามวรรคก่อนและถ้าหากว่าเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายนั้นได้มีการตอบภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามวรรคก่อน เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายดังกล่าวจะไม่สามารถอ้างสิทธิหักกลบลบหนี้ในสิทธิเรียกร้องในคดีล้มละลายดังกล่าว ตราบเท่าที่กระบวนการล้มละลายยังคงดำเนินอยู่

2) หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายแพ่งประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายญี่ปุ่นมีบทบัญญัติว่าด้วยการหักกลบลบหนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยหลักทั่วไปมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นตั้งแต่มาตรา 505 ถึงมาตรา 512 (รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก ก.) ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้¹⁷³

(1) หลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้

ในการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายญี่ปุ่นจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีข้อเท็จจริงเข้าตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 505 ซึ่งบัญญัติว่า

“Article 505- If two persons mutually owe acts of performance to each other the subjects of which are of the same kind and both of which are due, either debtor may be freed from his obligation with respect to the corresponding amount by means of Set-Off, except when the nature of obligation does not permit.

The provisions of the preceding Paragraph do not apply when the parties concerned have expressed an opposite intention; but such expression of intention cannot be set up against third persons in good faith.”

อันสามารถแปลความได้ดังต่อไปนี้

“มาตรา 505 หากบุคคลสองฝ่ายมีหนี้ซึ่งกันและกัน โดยสภาพแห่งหนี้เป็นเช่นเดียวกันและถึงกำหนดชำระ ลูกหนี้นี้อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามจำนวนที่หักกลบลบหนี้กันได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง

บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่ใช่บังคับ เมื่อคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องแสดงเจตนาในทางตรงกันข้ามแต่การแสดงเจตนาเช่นนั้นไม่อาจใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 387, 389 โดยมาตรานี้วางหลักการ เงื่อนไข และผลของการหักกลบลบหนี้ ซึ่งเงื่อนไขที่สามารถหักกลบลบหนี้ได้มีดังนี้

¹⁷³ Becker, J.E. de. (1979). *Annotated Civil Code of Japan*. pp. 107-113.

ก. หนี้ทั้งสองฝ่ายเป็นประเภทเดียวกัน (Same kind) เช่น จะต้องเป็นราคาซื้อเชื่อ กู้ยืมเงิน กู้เพื่อซื้อข้าว เป็นต้น ดังนั้น การหักกลบลบหนี้จะไม่เกิดขึ้นเลยหากหนี้ของแต่ละฝ่ายเป็นคละประเภทกัน

ข. หนี้ทั้งสองจะต้องถึงกำหนดชำระ หากหนี้ฝ่ายใดไม่ถึงกำหนดชำระ จะหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ต่อเมื่ออีกฝ่ายยินยอมด้วย

ด้วยเหตุนี้ หากเป็นหนี้ประเภทเดียวกันและถึงกำหนดชำระ ก็สามารถหักกลบลบหนี้ในจำนวนที่ตรงกันตอบแทนซึ่งกันและกัน เช่น เมื่อคู่สัญญาคนหนึ่งที่จะต้องชำระ 100 เยน แต่อีกฝ่ายเป็นหนี้ 50 เยน ดังนี้ จะมีการหักกลบลบหนี้กันในจำนวนเงิน 50 เยน คือ หัก 50 เยน เป็นอันระงับไป นอกจากนี้การหักกลบลบหนี้จะทำได้เมื่อสภาพแห่งหนี้เปิดช่อง (Nature of the obligation permits) หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องก็ไม่อาจหักกลบลบหนี้กันได้

หากเข้าเงื่อนไขข้างต้นคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องสามารถอ้างการหักกลบลบหนี้ต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่หากคู่สัญญาที่มีข้อสัญญาห้ามไม่ให้มีการหักกลบลบหนี้ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวต้องได้รับการรับรองจากทั้งสองฝ่าย ทำให้บทบัญญัติในวรรคก่อนไม่นำมาใช้บังคับ แต่ทั้งนี้สัญญาพิเศษที่ห้ามหักกลบลบหนี้ไม่อาจใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกผู้สุจริตได้ กล่าวคือ ยันต่อบุคคลที่ไม่ทราบถึงข้อสัญญาดังกล่าวไม่ มิฉะนั้น เขาอาจได้รับความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้ ยกตัวอย่างเช่น สิทธิเรียกร้องที่ A ต้องชำระให้ B ได้รับการโอนต่อให้ C (ผู้ซึ่งไม่รู้ถึงข้อสัญญา ระหว่าง A กับ B ที่มีผลว่าไม่ควรมีการหักกลบลบหนี้) แต่ C เข้าใจว่าสามารถใช้อำนาจหักกลบลบหนี้ต่อ A ได้ หากสัญญาห้ามหักกลบลบหนี้มีผลบังคับแล้ว C ไม่อาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ C ก็อาจได้รับความเสียหายที่ไม่อาจคาดหมายได้

นอกจากนี้ หนี้แม้จะขาดอายุความก็หักกลบลบหนี้กันได้ หากเป็นหนี้ที่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ก่อนขาดอายุความ แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วเมื่อหนี้เป็นอันขาดอายุความ ลูกหนี้ก็จะหลุดพ้นจากหนี้ แต่ที่กฎหมายให้นำหนี้ที่ขาดอายุความมาหักกลบลบหนี้ได้ หากในเวลาที่จะหักกลบลบหนี้ได้นั้นยังไม่ขาดอายุความ เพราะประเพณีของประเทศญี่ปุ่นที่ว่าเมื่อบุคคลใดมีหนี้กับอีกบุคคลหนึ่งเขาก็เชื่อว่าหนี้ที่เขาเป็นเจ้าของหนี้จะได้รับการชำระหนี้ ดังนั้นจึงสามารถหักกลบลบหนี้กันได้ (Article 508)

แต่ลูกหนี้อันเกิดจากหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีสิทธิยกเรื่องหักกลบลบหนี้ขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ได้ เพราะหากยอมให้นำหนี้ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาหักกลบลบหนี้ได้ ก็เท่ากับยอมรับให้มีการก่อหนี้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยปริยาย ยกตัวอย่างเช่น เมื่อลูกหนี้มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำรุนแรงของเจ้าหนี้ ลูกหนี้มีสิทธิยื่นยันการหักกลบลบหนี้

ต่อหนี้เงินกู้กับเจ้าหนี้ แต่เจ้าหนี้ไม่อาจให้หักกลบลบหนี้จากหนี้การกระทำรุนแรงของตนกับหนี้เงินกู้ตนได้ (Article 509)

(2) วิธีการขอหักกลบลบหนี้

ก. การหักกลบหนี้จะมีผลต่อเมื่อมีการแสดงเจตนาโดยคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องฝ่ายหนึ่งไปอีกฝ่ายหนึ่ง นอกเหนือจากที่กล่าวมานี้แล้วก็ไม่มีอะไรจะต้องทำกันอีก แต่การแสดงเจตนาดังกล่าวจะต้องไม่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาใดๆ เช่น การหักกลบลบหนี้จะมีผลเมื่อมีการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเมื่อถึงวันใดวันหนึ่ง เมื่อบุคคลใดต้องการหักกลบลบหนี้เป็นการเพียงพอแก่บุคคลนั้นที่จะระบุให้หนี้ของตนหักกลบลบหนี้กับหนี้อีกฝ่าย การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้มีผลย้อนหลังไปเมื่อครั้งที่หนี้ทั้งสองฝ่ายถูกกำหนดชำระและสามารถหักกลบลบหนี้ได้ตั้งแต่แรก (Article 506)

ข. การหักกลบลบหนี้ยังอาจทำได้แม้สถานที่ชำระหนี้ของหนี้ทั้งสองฝ่ายจะแตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณี A และ B ทำสัญญากันที่โตเกียวโดย A จะต้องชำระหนี้ที่โตเกียว และ B จะต้องชำระหนี้ที่ฟอร์โมซา B ต้องการหักกลบลบหนี้โดยหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน ทำให้ B ประหยัดค่าขนส่งที่จะต้องขนสินค้าจากโตเกียวไปฟอร์โมซา และ A มีหน้าที่จะต้องรับขนสินค้าจากฟอร์โมซาเอง ดังนั้น A สามารถเรียกค่าเสียหายจาก B เพื่อดังกล่าวได้ อีกตัวอย่าง หากเป็นหนี้เงิน A สามารถเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดจากอัตราแลกเปลี่ยนจาก B ได้ด้วยเหตุผลเดียวกับวัตถุประสงค์ที่เป็นสินค้า (Article 507)

ค. ลูกหนี้ในหนี้ที่ไม่อาจยึดทรัพย์ได้ ไม่สามารถอ้างการหักกลบลบหนี้ยื่นเจ้าหนี้ได้ ยกตัวอย่างเช่น นายจ้างไม่อาจยกหนี้เงินกู้ที่ลูกจ้างกู้เงินเพื่อการหักกลบลบหนี้กับหนี้ค่าจ้างได้ แต่ในทางกลับกันลูกจ้างสามารถอ้างค่าจ้างเพื่อหักกลบลบหนี้เงินกู้กับนายจ้างได้ ทั้งนี้เพราะหนี้ที่ห้ามไม่ให้มีการยึดอายัดนั้นเป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Necessaries of human existence) หากยอมให้มีการหักกลบลบหนี้กันได้ ผู้ถูกหักกลบลบหนี้อาจไม่มีที่อยู่กินหรืออาหารเพื่อดำรงชีพ (Article 510)

ง. ผู้ถูกอายัดทรัพย์ทรัพย์ที่ศาลห้ามไม่ให้ชำระหนี้ไม่สามารถยกหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการอายัดเป็นข้อต่อสู้กับผู้อายัดได้ ดังนั้น ผู้ถูกอายัดไม่อาจให้หนี้ระงับไปโดยการหักกลบลบหนี้ระหว่างหนี้ที่ตัวเองต้องผูกพันกับหนี้ที่ถูกอายัด (เมื่อเจ้าหนี้ห้ามลูกหนี้ของลูกหนี้ผู้นั้นอยู่ในฐานะ “ผู้ถูกอายัด” ที่จะชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้มันเป็นคำสั่งที่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความปลอดภัยที่จะได้รับชำระหนี้จากเงินที่อายัด) หากยอมให้ผู้ถูกอายัดสามารถหักกลบลบหนี้กับหนี้เงินกู้ที่เจ้าหนี้ทำไว้กับผู้ถูกอายัด ก็จะทำให้หนี้ที่ถูกอายัดนั้นได้รับการกระทบกระเทือนจากปัญหาดังกล่าวเป็นอย่างมากเพราะหนี้ที่ถูกอายัดนั้นไม่สมบูรณ์ ดังนั้นแม้จะมีหนี้ที่ผู้ถูกอายัดสามารถ

หักกลบลบหนี้ได้ก่อนหน้าการอายัด ผู้ถูกอายัดก็ไม่อาจหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากการอายัดได้ ผลก็คือ หากมีการหักกลบลบหนี้กันระหว่างคู่สัญญา ผู้ถูกอายัดก็ยังคงต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อยู่ดี สิ่งนี้เป็นเหตุผลว่าทำไมผู้ถูกอายัดไม่อาจค้านผู้อายัดด้วยการหักกลบลบหนี้ได้ (Article 511)

(3) ผลของการหักกลบลบหนี้

เมื่อข้อเท็จจริงเข้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้และมีการหักกลบลบหนี้แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งญีปุ่น Article 505 บัญญัติว่า “...either debtor may be freed from his obligation with respect to the corresponding amount by means of Set-Off, except when the nature of obligation does not permit.” กล่าวคือ ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามจำนวนที่หักกลบลบหนี้กันได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง (หนี้ทั้งสองฝ่ายเป็นหนี้คนละประเภทกัน ไม่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 1.)¹⁷⁴

3) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะเกี่ยวกับเจ้าหนีมีประกัน

(1) ความหมายของเจ้าหนีมีประกัน

เจ้าหนีมีประกันตามกฎหมายประเทศญีปุ่น หมายถึง เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นตามประมวลกฎหมายนี้หรือประมวลกฎหมายอื่น¹⁷⁵ เนื่องจากกฎหมายล้มละลายของประเทศญีปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายล้มละลายของหลายๆประเทศ กล่าวคือ ได้รับหลักการหยุดพักชำระหนี้ซึ่งมีฐานมาจากทางปฏิบัติของพ่อค้า และการแต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลายเข้ามาจำหน่ายทรัพย์สินภายใต้กำกับของศาลจากประเทศฝรั่งเศส ได้รับแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิที่จะไม่เข้าร่วมในกระบวนการล้มละลาย (Right to separation) ของเจ้าหนีมีประกันมาจากประเทศเยอรมัน ได้รับกระบวนการชำระบัญชีของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทมาจากประเทศอังกฤษ และได้รับกระบวนการฟื้นฟูกิจการมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁷⁶ ภายหลังจากวิกฤติเศรษฐกิจ โครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศญีปุ่นได้เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ โดยมีการร้องขอให้ล้มละลายโดยสมัครใจของลูกหนี้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และก่อให้เกิดปัญหาใหญ่หลวงตามมา ในสถานการณ์ดังกล่าวกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ของประเทศญีปุ่นคือ Bankruptcy Law (Law No.75, 2004) ซึ่งมีเป้าหมายสำคัญดังต่อไปนี้¹⁷⁷

¹⁷⁴ เอกสิทธิ์ จารุวัฒน์จิริงกร. (2548). ปัญหาทางกฎหมายในการหักกลบลบหนี้: ศึกษากรณีธุรกิจธนาคารพาณิชย์. หน้า 33-36.

¹⁷⁵ Civil Code 1986, Article 303.

¹⁷⁶ Stacey Steele. (2006). *Insolvency Law in East Asia*. p. 18.

¹⁷⁷ Bankruptcy Law 2004, Article 1.

ก. เพื่อกำหนดกระบวนการสำหรับชำระบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งประสบภาวะไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว

ข. เพื่อปรับเปลี่ยนผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ และผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ตลอดจนความสัมพันธ์ของสิทธิทางแพ่งระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลายกับลูกหนี้ให้มีความเหมาะสม

ค. เพื่อปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเหมาะสมในกระบวนการชำระบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้ และเป็นหลักประกันโอกาสในการที่จะฟื้นฟูสถานะทางเศรษฐกิจให้แก่ลูกหนี้

(2) ประเภทของเจ้าหนีที่มีประกัน

เจ้าหนีที่มีประกัน คือ เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิที่จะไม่ถูกกระทบกระเทือน (Right of exclusive preference) หมายถึง สิทธิของบุคคลที่มีบุริมสิทธิพิเศษ (Preferential right) สิทธิจำนำ (Right of pledge) และสิทธิจำนอง (Hypothec) ซึ่งมีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในเวลาเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย¹⁷⁸ นอกจากนี้เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง (Right of retention) เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในเวลาเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) และกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company Act) ให้ถือว่าเป็นบุริมสิทธิพิเศษด้วย แต่ให้อยู่ถัดจากบุริมสิทธิพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่นๆ¹⁷⁹ ดังนั้นบุริมสิทธิพิเศษเหนือสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งทุกประเภทดังที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงบุริมสิทธิทางทะเลตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ และบุริมสิทธิพิเศษตามกฎหมายอื่นๆ จัดได้ว่าเป็นสิทธิซึ่งไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการล้มละลายของลูกหนี้เช่นเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนีที่มีประกันอื่นๆ¹⁸⁰

3.1.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการตามแนวทางการร่างกฎหมายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency Law) ได้จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law) หรือ UNCITRAL โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือในการกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการดำเนินการกับปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายให้หน่วยงานราชการและองค์กรที่ทำหน้าที่

¹⁷⁸ Bankruptcy Law 2004, Article 2 paragraph 9.

¹⁷⁹ Bankruptcy Law 2004, Article 66.

¹⁸⁰ นพรัตน์ เนียมคล้าย. (2554). เจ้าหนีบุริมสิทธิในกฎหมายล้มละลาย. หน้า 122-123.

ในการออกกฎหมายของประเทศต่างๆ ได้ใช้เป็นเอกสารอ้างอิงเมื่อมีการจัดทำกฎหมายใหม่ หรือเมื่อมีการตรวจสอบความเพียงพอของกฎหมายและกฎระเบียบที่มีอยู่ ซึ่งในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายได้กล่าวได้กล่าวถึงสิทธิของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.3.1 แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายในส่วนของการหักกลบลบหนี้

กฎหมายล้มละลายเกือบทั่วโลก มีบทบัญญัติซึ่งอนุญาตให้ผู้แทนในคดีล้มละลายพยายามหลีกเลี่ยงผลกระทบของการกระทำก่อนการเริ่มดำเนินกระบวนการของเจ้าหนี้ เพื่อให้เป็นการสนับสนุน สิทธิในการหักกลบลบหนี้ (เช่น การซื้อสิทธิเรียกร้องโดยมีส่วนลด เพื่อสร้างสิทธิในการหักกลบลบหนี้) ลักษณะและขอบเขตของบทบัญญัติเหล่านี้จะแตกต่างกันไป

วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อ

- 1) ให้มีความแน่นอนเกี่ยวกับผลกระทบจากการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อการใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้
 - 2) กำหนดประเภทของหนี้ซึ่งอาจหักกลบลบหนี้ได้หลังจากเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย และ
 - 3) กำหนดผลกระทบจากบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ (ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเรื่อง ยกเลิกเพิกถอน และการพักการชำระหนี้) ต่อการใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้
- เนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ที่ควรจะเป็นกฎหมายล้มละลายควรคุ้มครองสิทธิในการหักกลบลบหนี้โดยทั่วไป ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายล้มละลาย ซึ่งเกิดขึ้นก่อนการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย ภายใต้การบังคับใช้บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกเพิกถอน

3.1.3.2 การคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันตามแนวทางการร่างกฎหมายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)

การคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันได้ถูกรวมเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการพักการดำเนินคดีแล้ว กฎหมายล้มละลายสามารถที่จะใช้มาตรการบางประการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกันนั้น นอกเหนือไปจากการจำกัดระยะเวลาของการพักการดำเนินคดีแล้ว มาตรการต่างๆ เหล่านี้ อาจจะรวมถึงการขอมใหม่การยกเลิกการพักการดำเนินคดี และนำมาตรการต่างๆ มาใช้เพื่อที่จะประกันว่า มูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้น ได้รับการคุ้มครองให้รอดจากการลดค่าลงไป อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเริ่มดำเนินกระบวนการ

ล้มละลายในกรณีที่มีมูลค่าของสิทธิเรียกร้องที่มีประกันนั้นมีมูลค่า มากกว่าหรือใกล้เคียงกับมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้สอยทรัพย์สิน หรือเนื่องมาจากการใช้มาตรการการพักการดำเนินคดี โดยที่มาตรการต่างๆ เหล่านี้เกี่ยวโยงซึ่งกันและกัน จึงเป็นการสมควรที่ว่าการกฎหมายล้มละลายจะใช้แนวทางที่สอดคล้องกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ระยะเวลาของการใช้วิธีการพักการดำเนินคดีนั้นเป็นระยะเวลาเพียงช่วงสั้น อาจจะไม่มีความจำเป็นที่จะให้กฎหมาย กำหนดวิธีคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ในกรณีที่การพักการดำเนินคดีนั้นมีกำหนดระยะเวลาอันยาวนาน การยกเลิกการพักดำเนินคดีอาจจะให้ประสิทธิภาพในด้านต้นทุนในเชิงเปรียบเทียบยิ่งกว่าการให้ ความคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สิน โดยมีข้อแม้ว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต่อกระบวนการ ผลประโยชน์ของบรรดาเจ้าหนี้มีประกันสามารถได้รับการคุ้มครองโดยทั่วไป โดยการปรึกษาหารือในการใช้ สอยและการจำหน่ายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน การจ่ายดอกเบี้ยตราบเท่าที่เงินที่ได้จากทรัพย์สินนั้น เอื้ออำนวยให้กระทำได้กล่าว ตลอดจนการเข้าถึงของทรัพย์สินในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าน้อยกว่าสิทธิ เรียกร้องที่มีประกันความเหมาะสมของแนวทางต่างๆ ที่ให้การคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้น ควรจะชั่งน้ำหนักเพื่อเปรียบเทียบกับ ค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากของมาตรการต่างๆ เหล่านี้ รวมถึงการประเมินราคาและความจำเป็นของศาล การตัดสินใจในเชิงพาณิชย์ในประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองมูลค่า ในกรณีที่ให้การคุ้มครองมูลค่าอาจจะเป็นการเหมาะสมที่จะให้กฎหมายล้มละลายบัญญัติแนวทางว่า บรรดาเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในหลักประกันบางประเภทเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้นจะมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเมื่อใดและในลักษณะใด

การบรรเทาจากการพักการดำเนินคดี

กระบวนการในการชำระบัญชีและในการฟื้นฟูกิจการ อาจจะมีกรณีที่เหมาะสมที่จะให้บรรดา เจ้าหนี้มีประกันได้รับการเยียวยาจากการพักการดำเนินคดี ตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้มีประกันอาจจะได้รับอนุญาตให้ยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอให้ยกเลิกการพักการดำเนินคดี หรือผู้แทนในคดีล้มละลาย (โดยไม่ต้องได้รับการอนุมัติจากศาล) อาจจะได้รับอนุญาตให้ปลดปล่อยทรัพย์สิน กรณีที่เกี่ยวข้องกันอาจจะรวมถึง กรณีมูลค่าของสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีประกันเกินมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ในกรณีที่เจ้าหนี้มี ประกันไม่ได้รับความคุ้มครองจากการลดมูลค่าลงไปของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ในกรณีที่บทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มครองอาจจะไม่เหมาะสมหรือเป็นภาระเกินไปต่อกองทรัพย์สิน ในกรณีที่ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้นไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการหรือไม่จำเป็นต่อการขายธุรกิจ ในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป ในกรณีที่การบรรเทานั้นมีความจำเป็นเพื่อที่จะคุ้มครองหรือรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น สินค้าที่เน่าเสียง่าย หรือในกรณีแผนฟื้นฟูกิจการนั้นไม่ได้รับความเห็นชอบภายในกำหนดเวลา ที่บังคับใช้ในกรณีการฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้การบรรเทาจากการพักการดำเนินคดี กฎหมายล้มละลายอาจจะกำหนดให้ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้นให้ส่งคนไปยังเจ้าหนี้มีประกัน ทรัพย์สินดังกล่าวจะไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินและเจ้าหนี้มีประกันมีความเป็นอิสระในการบังคับใช้สิทธิของตน กฎหมายล้มละลายบางประเทศนั้น ผู้แทนในคดีล้มละลายอาจจะต้องวินิจฉัยว่าทรัพย์สินนั้นๆ ควรจะส่งคนให้แก่เจ้าหนี้มีประกันหรือไม่ หรือทรัพย์สินดังกล่าวนั้นควรที่จะรับการมอบสิทธิให้บุคคลอื่นไปหรือไม่ เนื่องจากความแตกต่าง ระหว่างทางเลือกต่างๆ เหล่านี้ อาจจะมี ความเกี่ยวพันในด้านค่าใช้จ่ายต่อกองทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ในกรณี ที่ทรัพย์สินนั้นเป็นอุปกรณ์ชิ้นใหญ่ การส่งคืนให้แก่เจ้าหนี้ นั้นอาจจะต้องมีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นต่อกองทรัพย์สินในการขนส่ง ในขณะที่การมอบสิทธิ (Relinquishment) นั้น ทำให้ค่าใช้จ่ายแห่งการรื้อถอนนั้น ตกอยู่กับเจ้าหนี้

กฎหมายล้มละลายบางประเทศใช้บทบัญญัติที่บัญญัติขึ้น โดยเฉพาะเพื่อที่จะจัดการกับผลกระทบในเชิงลบของการพักการดำเนินคดีที่มีต่อเจ้าหนี้มีประกัน โดยรักษาซึ่งมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ของสิทธิเรียกร้องที่มีประกันในระหว่างช่วงเวลาที่มีการพักการดำเนินคดี (ในเขตอำนาจศาลบางแห่งเรียกว่า “การคุ้มครองที่เพียงพอ-adequate protection”) ในกรณีที่กองทรัพย์สินสามารถที่จะคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันแล้ว มีหลายวิธีด้วยกันที่จะจัดการกับเรื่องดังกล่าว

การคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน

วิธีที่หนึ่ง ในการคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน (ทรัพย์สินหลักประกัน) ภายใต้อำนาจที่เข้าใจที่ว่า เมื่อมีการชำระบัญชีแล้ว เงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินนั้นจะถูกจัดสรร โดยตรงให้แก่เจ้าหนี้ตามสัดส่วนของหลักประกันของสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ วิธีนี้จะต้องมีหลายขั้นตอน

ในระหว่างที่มีการพักการดำเนินคดีนั้นมีความเป็นไปได้ที่มูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน (ทรัพย์สินหลักประกัน) นั้นจะลดน้อยถอยลง เนื่องจาก ณ เวลาที่มีการจัดสรรออกไปจริง ขอบเขตที่เจ้าหนี้มีประกันจะได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อนจะถูกจำกัด โดยมูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และการเสื่อมราคาของหลักประกันจะเป็นผลเสียต่อเจ้าหนี้มีประกัน กฎหมายล้มละลายบางประเทศบัญญัติว่าผู้แทนในคดีล้มละลายควรที่จะคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันมิให้ต้องเผชิญกับปัญหาการลดมูลค่าของทรัพย์สินลงไปด้วยวิธีการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติมหรือทรัพย์สินทดแทน (Substitute assets) หรือทำการชำระเงินสดเป็นระยะๆ ตรงกับจำนวนเงินของมูลค่าที่ลดน้อยลง วิธีนี้จะจำเป็นเฉพาะในกรณีที่มูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้น น้อยกว่ามูลค่าของสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน หากมูลค่าทรัพย์สินมีเกินกว่ามูลค่าของสิทธิเรียกร้อง เจ้าหนี้มีประกัน จะไม่ได้รับความเสียหายใดๆ จากการลดค่าลงไปจนกระทั่งมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวนั้น

ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ของสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน กฎหมายบางประเทศดำรงรักษามูลค่าของทรัพย์สินที่มีหลักประกันตามที่ระบุข้างต้นเช่นกัน โดยการอนุญาตให้มีการชำระดอกเบี้ยในระหว่างการพักการดำเนินคดี เพื่อที่จะชดเชยความล่าช้าจากกระบวนการนี้ อย่างไรก็ตาม การชำระดอกเบี้ยอาจจะจำกัดอยู่ที่มูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้นเกินมูลค่าของสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน มิฉะนั้นแล้วการชดเชยความล่าช้านี้อาจจะทำให้ทรัพย์สินคงเหลือให้แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันลดลง วิธีนี้อาจจะเสริมให้บรรดาผู้ให้กู้แสวงหาสิทธิในหลักประกันในลักษณะที่จะคุ้มครองมูลค่าของสิทธิเรียกร้องของตนอย่างเพียงพอ

วิธีที่สอง ในการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่มีประกัน คือ การคุ้มครองมูลค่าของส่วนของสิทธิเรียกร้องที่มีประกันทันทีที่เริ่มดำเนินกระบวนการ ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน จะได้รับการประเมินราคาและบนฐานแห่งราคาที่ประเมินได้ จำนวนเงินของส่วนของสิทธิเรียกร้องที่มีประกันของเจ้าหนี้จะถูกกำหนดว่าเป็นเท่าใด จำนวนนี้จะเป็นตัวเลขแน่นอนตลอดช่วงกระบวนการทางกฎหมาย และเมื่อมีการจัดสรรเงินหลังจากการชำระบัญชีแล้ว เจ้าหนี้ที่มีประกันจะมีสิทธิเรียกร้องในลำดับที่หนึ่งในจำนวนเงินดังกล่าว ในระหว่างการดำเนินตามกระบวนการ เจ้าหนี้ที่มีประกันสามารถที่จะได้รับดอกเบี้ยตามอัตราที่ระบุในสัญญา โดยคำนวณจากส่วนที่เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน เพื่อที่จะเป็นการชดเชยความล่าช้าอันเกิดมาจากการดำเนินกระบวนการดังกล่าว วิธีการนี้หลีกเลี่ยงความยุ่งยากบางประการที่เกี่ยวข้องกับการประเมินราคาของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันที่อาจต้องทำตามแนวทางที่หนึ่งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบหนี้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นเอาต้นแบบในการร่างกฎหมายมาจากกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ ยกเว้นในส่วนของกฎหมายฟื้นฟูกิจการที่นำมาจาก Chapter 7 ของกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่จะเห็นได้ว่าในหลักการแล้วกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย มีความแตกต่างจากกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษเป็นอย่างมาก เนื่องกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษมีการแก้ไข ปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งหัวข้อนี้จะอธิบายหลักกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิหักกลบหนี้ในส่วนของผู้หนีในคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ในประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายล้มละลายไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เป็นกฎหมายพิเศษอื่นที่จะเป็นการล้างหนี้ให้กับลูกหนี้ เพื่อจะได้กลับมาเริ่มต้นทำธุรกิจกันใหม่ได้ โดยมีประโยชน์เพื่อเจ้าหนี้ทั้งหมดด้วย เมื่อลูกหนี้ถูกศาลล้มละลายสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ลูกหนี้ก็จะหมดอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมด ส่วนเจ้าหนี้ทั้งหลายก็ต้องเข้ายื่นคำขอรับชำระหนี้ โดยมีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีอำนาจเข้าจัดการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายที่ได้ยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในกองทรัพย์สิน โดยจะแบ่งชำระหนี้บรรดาเจ้าหนี้อย่างเสมอภาคกัน ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้บัญญัติเรื่องการหักกลบหนี้ไว้ทั้งในส่วนล้มละลายและส่วนฟื้นฟูกิจการ คือ ในส่วนล้มละลายบัญญัติไว้ในหมวด 4 ส่วนที่ 1 การขอรับชำระหนี้ในมาตรา 102-103 และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2541 บัญญัติในส่วนฟื้นฟูกิจการ มาตรา 90/33 ซึ่งจะกล่าวต่อไป

3.2.1.1 การหักกลบหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 102

มาตรา 102 ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เป็นมาตราที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายล้มละลายของไทยยอมรับที่นำหลักกลบหนี้มาใช้ในส่วนล้มละลาย จึงต้องมีการใช้การตีความที่เป็นหลักในกฎหมายพิเศษอื่น ได้บัญญัติยกเว้นหลักเกณฑ์บางประการของการหักกลบหนี้หลักทั่วไปอยู่บ้าง เพื่อให้เป็นไปตามหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลาย หากมาตรา 102 ไม่ได้บัญญัติยกเว้นหลักเกณฑ์การหักกลบหนี้ในเรื่องใดไว้ ผู้เขียนเห็นว่าต้องนำหลักหักกลบหนี้ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ เนื่องจากสิทธิหักกลบหนี้ในทางล้มละลายก็คงเป็นสิทธิต่อเนื่องมาจากทางแพ่ง โดยผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.2

เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้นในคดีล้มละลายก็ไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้นในคดีล้มละลายนั้นชำระหนี้โดยอำนาจทางศาลส่วนแบ่งได้ แต่กฎหมายล้มละลายได้บัญญัติเป็นแนวทางไว้สำหรับเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดว่าเจ้าหนี้นจะบังคับให้ลูกหนี้นชำระหนี้ได้ตามมาตรา 27 กล่าวคือ เจ้าหนี้นในมูลหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 จะบังคับให้ลูกหนี้นชำระหนี้ให้แก่ตนได้ก็แต่โดยวิธีการที่บัญญัติไว้ หนี้ที่เจ้าหนี้นจะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หากเจ้าหนี้นประสงค์จะได้รับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย หนี้นประเภทนี้เรียกว่า “หนี้นซึ่งอาจขอรับชำระหนี้ได้” หรือ “หนี้นอันพึงขอรับชำระได้”

หนี้อันพึงขอรับชำระหนี้ได้มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 94 หมายความว่าถึงหนี้ซึ่งมีมูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ไม่ว่าจะหนี้นั้นจะเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้หรือหนี้ที่มีเงื่อนไขก็ตามเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระได้ทั้งสิ้น กล่าวคืออาจเป็นหนี้ที่ยังไม่กำหนดจำนวนแน่นอน หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หนี้ที่มีเงื่อนไข หนี้ในอนาคต

จึงเห็นได้ว่าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ในฝ่ายที่เจ้าหนี้อาจมีเหนือลูกหนี้ ก็อาจเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดหรือเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขก็ได้ โดยหนี้นั้นต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ด้วย โดยดอกเบี้ยหรือเงินค่าป่วยการอื่นแทนดอกเบี้ย ภายหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้วไม่ให้ถือว่าเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระได้ ตามมาตรา 100 หนี้ที่ยื่นขอรับชำระหนี้ก็ไม่สามารถคำนวณดอกเบี้ยได้อีกหลังจากวันที่ศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ ยอดหนี้ในการขอรับชำระหนี้ก็จะยุติ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั่นเอง จึงกล่าวได้ว่า หากมีการหักกลบลบหนี้กันจำนวนหนี้ของฝ่ายเจ้าหนี้อาจมียอดหนี้ยุติ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด แต่ในอีกทางหนึ่งเจ้าหนี้อาจอาจจะมีภาระหนี้อยู่กับลูกหนี้ก็ได้ ซึ่งภาระหนี้นั้นยังคงมีอยู่ต่อไป แม้ลูกหนี้จะพิทักษ์ทรัพย์แล้ว โดยเจ้าหนี้ต้องชำระหนี้แก่ลูกหนี้ตามปกติมิได้มีการหยุดคำนวณยอดหนี้แต่ประการใด จึงจะเห็นได้ว่าหนี้ในทางล้มละลายแตกต่างจากหนี้ในทางแพ่งทั่วไป

3.2.1.2 วัตถุประสงค์ของการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย

1) ยกเว้นหลักสัดส่วน Pari Passu

กฎหมายล้มละลายมีแนวคิดสำคัญข้อหนึ่ง คือให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการชำระหนี้โดยเสมอภาคกัน จึงได้จัดลำดับบุริมสิทธิในการชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ก่อนและหลังตามลำดับบุริมสิทธิ ตามมาตรา 130 ซึ่งกำหนดบุริมสิทธิไว้ 7 อันดับ ได้แก่ 1) ค่าใช้จ่ายในการจัดมรดกของลูกหนี้ 2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ 3) ค่าปลงศพของลูกหนี้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป 4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตาม มาตรา 179 (3) 5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด 6) ค่าภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือน ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ลูกหนี้ 7) หนี้อื่นๆ ส่วนในการแบ่งเงินแก่เจ้าหนี้ หากมีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใด ให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้นได้รับเฉลี่ยตามส่วน กล่าวคือ การนำเงินของกองทรัพย์สินของลูกหนี้มาชำระให้แก่เจ้าหนี้ก็ต้องชำระให้กับเจ้าหนี้ตามลำดับบุริมสิทธิ ซึ่งแน่นอนว่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะไม่พอชำระให้แก่เจ้าหนี้ จึงจะมีเจ้าหนี้อันดับใดลำดับหนึ่งหรือหนี้อื่นๆ ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อันดับสุดท้าย ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน จึงต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ในบุริมสิทธิลำดับนั้น โดยการเฉลี่ยตามส่วนของหนี้ซึ่งเป็นไปตามหลักสัดส่วน (Pari passu)

แต่จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 102 บัญญัติให้เจ้าหนี้มีสิทธิหักกลบลบหนี้ระหว่างหนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธิขอรับชำระหนี้กับหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ได้ ก็จะทำให้เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ใช่เพียงส่วนเฉลี่ยตามสัดส่วนของจำนวนหนี้ แต่จะได้รับชำระหนี้เท่ากับจำนวนหนี้ที่หักกลบลบหนี้ไป จึงเป็นการที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นเต็มจำนวนตามที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ จึงเห็นได้ว่าการบัญญัติให้สิทธิเจ้าหนี้หักกลบลบหนี้ได้ มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยกเว้นแนวคิดเรื่องความเสมอภาคกันของเจ้าหนี้ตามหลักสัดส่วน (Pari passu)

2) บรรเทาความเสียหายของเจ้าหนี้

การให้สิทธิเจ้าหนี้หักกลบลบหนี้ในทางล้มละลายยังเปิดกว้างกว่าทางแพ่ง คือ ไม่ต้องพิจารณาว่ามูลหนี้ทั้งสองฝ่ายจะมีวัตถุประสงค์เป็นเช่นเดียวกันหรือไม่ จะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขหรือไม่ จึงเป็นการเปิดกว้างให้เจ้าหนี้ผู้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้มีสิทธิได้รับชำระก่อนเจ้าหนี้อื่น วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของการหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102 น่าจะเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะช่วยบรรเทาความเสียหายของเจ้าหนี้ กล่าวคือ ตามธรรมดาในคดีล้มละลายนั้น เจ้าหนี้อย่อมได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้เพียงส่วนเฉลี่ย ส่วนหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นลูกหนี้ผู้ล้มละลายอยู่ เจ้าหนี้ต้องใช้เต็มจำนวนด้วยเหตุนี้กฎหมายล้มละลายจึงได้บัญญัติให้เจ้าหนี้มีโอกาใช้วิธีหักกลบลบหนี้ได้โดยเงื่อนไขสำคัญเพียงว่าหนี้ของเจ้าหนี้ต้องเป็นหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้¹⁸¹

เมื่อพิจารณาจากแนวคิดของไทย มีแนวทางเดียวกับแนวคิดของกลุ่มประเทศที่ยอมรับหลักการหักกลบลบหนี้มาบัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย เช่นเดียวกับแนวคิดในประเทศอังกฤษกล่าวคือ เพื่อความยุติธรรมและเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ผู้ใช้สิทธิขอหักกลบลบหนี้ โดยเจ้าหนี้นั้นไม่ต้องชำระหนี้ของตนต่อกองทรัพย์สินเต็มจำนวน และไม่ต้องมาพิสูจน์หนี้ของตนที่มีต่อกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้อีกฝ่าย ทั้งจะรับชำระหนี้เต็มจำนวนเท่ากับจำนวนหนี้ที่สามารถหักกลบลบหนี้กันได้ ทั้งยังสามารถลดกระบวนการในการจัดการรวบรวมทรัพย์สินของกองทรัพย์สินอีกด้วย แต่แนวคิดเช่นนี้ก็ขัดแย้งกับแนวคิดดั้งเดิมที่ไม่ยอมรับนำหลักหักกลบลบหนี้บัญญัติใช้ในกฎหมายล้มละลาย เช่นในประเทศฝรั่งเศส

แนวคิดดั้งเดิมเห็นว่า การยินยอมให้หักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายเป็นการยกเว้นหลัก Pari passu และทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินลดน้อยลงไปด้วย โดยเจ้าหนี้จะได้รับประโยชน์เปรียบเสมือนเจ้าหนี้อื่นๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันที่ไม่เป็นการประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบ จึงมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้รายอื่นๆ คือเจ้าหนี้รายอื่นก็จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากการชำระหนี้ที่น้อยลง โดยที่ไม่ทราบด้วยว่ามีการก่อความผูกพันซึ่งกันและกันและจะนำมาหักกลบลบหนี้

¹⁸¹ ทวี กลียพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 219.

กัน ได้ เนื่องจากไม่มีระบบจดทะเบียนหรือระบบที่ทำให้สาธารณะชนรับรู้ แต่เมื่อพิจารณาหลักหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายของไทย ซึ่งมีแนวคิดยอมรับหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลาย เมื่อพิจารณาถึงพื้นฐานความผูกพันกันแต่ดั้งเดิมของคู่กรณีที่มีการค้าขายในทางปกติการค้าก็มีหนี้ซึ่งกันและกันและมีความคาดหวังที่จะได้รับชำระหนี้ หากไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสบปัญหาทางการเงินจนเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย คู่กรณีนั้นก็คงมีสิทธิหักกลบลบหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีผลให้ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนตามจำนวนหนี้ที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ แต่เมื่อมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และไม่ให้อีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายตามแนวคิดดั้งเดิม ก็คงเป็นการทำลายความเชื่อมั่นและความคาดหวังของคู่กรณีที่คาดว่าตนจะได้รับชำระหนี้และยังทำลายสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีมาแต่เดิมในทางแพ่ง ซึ่งได้ทำการค้าและมีหนี้ซึ่งกันและกันด้วยความเชื่อมั่นว่าตนมีสิทธิหักกลบลบหนี้สามารถชำระหนี้ได้เต็มจำนวน ทั้งยังคงไม่ยุติธรรมกับเจ้าหนี้ที่จะต้องชำระหนี้ที่ตนมีต่อเจ้าหนี้ที่ล้มละลายเต็มจำนวนและยังต้องมาขอรับชำระหนี้พิสูจน์ถึงหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้ที่ล้มละลาย นอกจากนี้การนำหลักหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย จะเป็นภาระและความเสียหายแก่เจ้าหนี้เกินควร ซึ่งจะทำให้กระบวนการล้มละลายเสร็จสิ้นได้เร็วยิ่งขึ้นตามแนวคิดของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น เพื่อประโยชน์ของสาธารณะที่จะมีความเชื่อมั่นให้มีการค้าขาย มีหนี้ซึ่งกันและกันตามปกติการค้าทั้งยังเพื่อคุ้มครองสิทธิหักกลบลบหนี้ดั้งเดิมของเจ้าหนี้ทั้งสองฝ่าย และเพื่อความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งสองฝ่าย และเพื่อความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ที่ล้มละลายเต็มจำนวน แต่ตนต้องการพิสูจน์ความเป็นเจ้าหนี้และได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนตามหลักสัดส่วน (Pari passu) นอกจากนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับผลกระทบจากการล้มละลายของเจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่ง จึงเป็นการสมควรที่จะบัญญัติให้ใช้หลักหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย อันจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากที่สุด¹⁸²

3.2.1.3 หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102

มาตรา 102 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเวลาที่ดี อาจจะหักกลบลบหนี้กันได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่ง”

¹⁸² อรรถพล ไทยจรรรยา. (2549). หลักกฎหมายของการหักกลบลบหนี้: ศึกษาเป็นกรณีพิเศษในกฎหมายล้มละลาย. หน้า 68-69.

1) เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หมายความว่า เจ้าหนี้กับลูกหนี้ผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์นี้ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกันอยู่ในเวลาที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้ผู้ที่จะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ต้องเป็นเจ้าหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ดังนั้น หากเจ้าหนี้นี้มาเป็นลูกหนี้ของผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ภายหลังศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ก็จะหักกลบลบหนี้กันไม่ได้

2) มูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกัน หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาอาจจะหักกลบลบหนี้กันได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ยกเว้นหลักการหักกลบลบหนี้ในหลักการทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 อย่างชัดเจนในส่วนของหลักเกณฑ์ที่หนี้ทั้งสองรายต้องเป็นวัตถุอย่างเดียวกัน และหลักเกณฑ์ที่ต้องถึงกำหนดชำระหนี้ก็โดยประสงค์จะชำระสะสางหนี้ให้เสร็จไปโดยเร็วและไม่ยุ่งยากในการทำบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁸³

3) เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ไม่สามารถนำมาหักกลบลบหนี้ได้ ซึ่งจะสอดคล้องกับแนวความคิดของกฎหมายล้มละลาย และหนี้ที่จะต้องยุติ ณ วันพิทักษ์ทรัพย์ เพื่อคุ้มครองมิให้เจ้าหนี้นำสิทธิใดๆ ก็ได้มาหักกลบลบหนี้ เนื่องจากการหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายเป็นเหมือนเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนที่หักกลบลบกันไป การยินยอมให้เจ้าหนี้เอาหนี้ใดๆ มาหักกลบลบหนี้ไม่จำกัดประเภทหนี้ก็ย่อมไม่เป็นธรรมและเป็นผลเสียกับกองทรัพย์สินที่จะทำให้รวมทรัพย์สินมาชำระบรรดาเจ้าหนี้อื่นได้น้อยลง

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 102 มีบทบัญญัติยกเว้นหลักหักกลบลบหนี้ในทางแพ่งเพียงเรื่องวัตถุที่พึงชำระหนี้และเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ดังนั้น หลักเกณฑ์อื่นๆ คงต้องเป็นตามหลักกฎหมายแพ่งเช่นเดิม รวมถึงข้อต้องห้ามในการหักกลบลบหนี้ด้วย เช่น หนี้ค่าหุ้นมาตรา 1119 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.2.1.4 การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายตามมาตรา 90/33

มาตรา 90/33 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้นั้นอาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ” มาตรานี้เป็นมาตราที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ต่อลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ จึงแสดงให้เห็นว่าสิทธิหักกลบลบหนี้เป็นสิทธิที่มีความสำคัญ และควรได้รับความ

¹⁸³ หลวงสารกิจปริชา ข (2513). กฎหมายลักษณะล้มละลาย คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2513. หน้า 234.

คุ้มครอง ว่าลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งความจริงแล้วเมื่อศาลรับคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ บรรดาเจ้าหนี้ทุกรายจะตกอยู่ภายใต้สถานะพักการชำระหนี้ (Automatic Stay) แต่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิของหักกลบลบหนี้ยังสามารถที่จะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาแต่อย่างใด แต่จะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 90/33 ดังที่ได้กล่าวไว้

3.2.1.5 หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 90/33

การที่เจ้าหนี้มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการและขณะเดียวกันเจ้าหนี้นี้หนี้อื่นต้องชำระแก่ลูกหนี้นั้น ถือว่าเจ้าหนี้ไม่พึงถูกบังคับให้ชำระหนี้เมื่อมีสิทธิจะรับใช้หนี้จากอีกฝ่ายในเวลานั้น การที่เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ หนี้นั้นในส่วนของเจ้าหนี้นั้นนั้นจะต้องไปดำเนินการเฉลี่ยหรือจัดให้ได้รับชำระหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งอาจจะได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน แต่ในหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้เป็นหนี้อีกหากจะถูกให้บังคับชำระหนี้แล้วหนี้ส่วนนี้เจ้าหนี้ต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้เต็มจำนวน กรณีนี้ย่อมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงได้บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะหักกลบลบหนี้ในสิทธิที่เจ้าหนี้ได้มีอยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันถือได้ว่าเจ้าหนี้ได้หักกลบลบหนี้ในส่วนจำนวนที่เท่ากันนั้น เจ้าหนี้นี้มีฐานะเสมอเหมือนเจ้าหนี้นี้มีประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากจำนวนเงินที่ตนเป็นหนี้อีกก่อน

การหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการจะทำได้ต่อเมื่อสิทธิเรียกร้องของทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะอย่างเดียวกัน (Same capacity) ทั้งเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ หรือหลังจากศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการเหมือนกัน ดังนั้นการหักกลบลบหนี้อาจจะทำได้ในมูลหนี้ซึ่งเกิดขึ้นสองช่วงด้วยกัน กล่าวคือ

1) หนี้ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

มาตรา 90/33 “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการเป็นหนี้อีกหนี้อื่นในเวลาที่มีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้นั้นอาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ”

การว่าก่อนศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการเจ้าหนี้และลูกหนี้นั้นต่างเป็นหนี้กัน เช่นนี้หากศาลไม่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ได้ ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ การใช้สิทธิดังกล่าวของเจ้าหนี้จะต้องได้รับความคุ้มครอง การที่จะพิจารณาว่าเจ้าหนี้สามารถหักกลบลบหนี้ได้หรือไม่จะต้องพิจารณาวันที่เกิดมูลหนี้เป็นสำคัญ มิใช่พิจารณาวันที่เจ้าหนี้นั้นยื่นคำร้องขอหักกลบลบหนี้

เมื่อในส่วนคดีฟื้นฟูกิจการได้บัญญัติเรื่องวิธีการหักกลบลบหนี้ไว้แล้ว กรณีจึงไม่ต้องนำบทบัญญัติในส่วนคดีล้มละลายตามมาตรา 102 และมาตรา 103 มาใช้บังคับ หากจะเปรียบเทียบบทบัญญัติตามมาตรา 90/33 กับ มาตรา 102 และมาตรา 103 จะเห็นว่าบทบัญญัติส่วนใหญ่คล้ายกัน คงต่างกันเฉพาะที่ว่าในมาตรา 102 และมาตรา 103 ให้มีการหักกลบลบหนี้ได้ แม้ว่ามูลหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันหรืออยู่ในเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเวลาที่ดี และมาตรา 103 กำหนดว่าการขอหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ก่อนขอหักกลบลบหนี้ กฎหมายกำหนดให้มีการวางหลักประกันแต่ในคดีฟื้นฟูกิจการมาตรา 90/33 ไม่ได้นำส่วนนี้บัญญัติไว้ ทั้งที่บทบัญญัติส่วนคดีฟื้นฟูกิจการเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นมาในภายหลัง กรณีจึงเห็นได้ชัดแจ้งว่าถ้าหากหนี้ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันแล้ว หรือหนี้ที่มีเงื่อนไข หรืออยู่ในเงื่อนไขเวลา ก็ไม่อาจนำมาหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการในเวลานั้นได้

หลักเกณฑ์ในการขอหักกลบลบหนี้

มาตรา 90/33 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการเป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้นั้นอาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้...” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบในการหักกลบลบหนี้ ออกได้เป็น 2 ประการ

ประการที่หนึ่ง เจ้าหนี้มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการนั้น เจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ ย่อมเป็นไปตามมาตรา 90/27 กล่าวคือ หนี้ที่มูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ แม้ว่าหนี้จะยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม และในตอนท้ายของมาตรา 90/33 ห้ามไม่ให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ถ้าเจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ กรณีจึงเห็นได้ว่า ถ้าหากเป็นหนี้ตามมาตรา 90/27 วรรคสามคือ เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการจนถึงตั้งผู้ทำแผนแล้ว จะนำหนี้ส่วนนี้ไปขอหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ตนมีสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้อยู่ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการไม่ได้

ประการที่สอง เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ หลักเกณฑ์ส่วนนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้นั้นในเวลาดังกล่าวจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว อาจารย์เอื้อน ขุนแก้ว เห็นว่า กฎหมายมุ่งหมายให้พิจารณาเฉพาะในเวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการนั้น เจ้าหนี้มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติแก่ลูกหนี้หรือไม่

จากหลักเกณฑ์ทั้งสองประการจะเห็นได้ว่า ถ้าหากว่าในวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้และลูกหนี้เป็นหนี้ซึ่งกันและกัน เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิที่จะขอหักกลบลบหนี้ในส่วนที่เท่ากันได้ (Mutual debts) การที่เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ แต่หนี้ดังกล่าวยังไม่ถึงกำหนดชำระ ก็สามารถขอหักกลบลบหนี้กันได้

สถานะพักชำระหนี้ต่อการหักกลบหนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว ทำให้เกิดสถานะพักชำระหนี้ ย่อมมีผลถึงเจ้าหนี้ในการที่จะใช้สิทธิในการหักกลบหนี้ด้วย แต่ผลของสถานะพักชำระหนี้ ไม่ได้ทำให้สิทธิในการขอหักกลบหนี้ของเจ้าหนี้นั้นเปลี่ยนไป เพียงแต่สิทธิดังกล่าวจะต้องถูกพักการใช้ไว้ชั่วคราวระหว่างที่มีการตรวจสอบสิทธิของเจ้าหนี้และสิทธิของลูกหนี้เพื่อจะคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะขอหักกลบหนี้ เจ้าหนี้อาจจะหยุดการชำระหนี้ส่วนของตนไว้ก่อนในช่วงเวลาดังกล่าว เพราะหากเจ้าหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ไปแล้ว สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะหักกลบหนี้ในเงินจำนวนที่ชำระไปแล้วย่อมหมดสิทธิไป เนื่องจากเงินส่วนที่เจ้าหนี้ได้ชำระไปแล้วนั้นย่อมไม่มีการเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกันอีกต่อไป

ในกรณีที่สถาบันการเงินใช้ Administrative freeze โดยที่ยังไม่ชำระเงินที่ลูกหนี้เรียกเก็บตามเช็คในระยะที่เกิดสถานะพักชำระหนี้และขณะเดียวกันธนาคารก็ยังไม่ได้นำเงินจำนวนดังกล่าวไปหักจากหนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้เจ้าหนี้ในบัญชี ไม่ถือว่าเป็นการหักกลบหนี้ เพราะการหักกลบหนี้จะต้องแสดงเจตนาที่จะหักบัญชีเป็นการถาวร (Citizens Bank of Maryland v. strumpf.1995, Supreme Court)

วิธีการขอหักกลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ

แม้ว่าเจ้าหนี้จะมีสิทธิหักกลบหนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 90/33 แล้วก็ตาม แต่การหักกลบหนี้ที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ จะต้องอาศัยการกระทำและการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยชัดแจ้งของเจ้าหนี้

ในการหักกลบหนี้ นั้น หากเจ้าหนี้ได้ดำเนินการหักกลบหนี้ก่อนมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและการแสดงเจตนาดังกล่าวนั้นสมบูรณ์แล้ว กระบวนการพิจารณาคดีฟื้นฟูกิจการย่อมไม่กระทบถึงสิทธิที่เจ้าหนี้ได้รับเงินดังกล่าวจากการหักกลบหนี้ไปโดยสุจริต การขอหักกลบหนี้ก่อนมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341-348

เมื่อมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้ว การขอหักกลบหนี้ก็อาจจะทำได้โดยวิธีดังต่อไปนี้

(1) ยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลหรือขอบรรเทาจากสถานะพักชำระหนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้ว สถานะพักชำระหนี้ย่อมเกิดขึ้น การที่จะทำการหักกลบหนี้ นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล ในการพิจารณานั้น ศาลควรอนุญาตเมื่อเห็นว่าการหักกลบหนี้ นั้นก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ ส่วนถ้าหากศาลเห็นว่าในกรณีที่มีการหักกลบหนี้จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือขัดต่อพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ศาลก็ยกคำร้องนั้นเสียได้

ข้อสังเกต การที่ศาลจะไม่อนุญาตให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ นั้นจะต้องมีการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้อย่างเพียงพอ เพราะสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะใช้สิทธิขอหักกลบลบหนี้ นั้น พึงได้รับการปฏิบัติเฉกเช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกัน

(2) ขอหักกลบลบหนี้ในชั้นยื่นคำขอรับชำระหนี้ โดยการแจ้งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบว่าจะหักกลบลบหนี้จำนวนเท่าใด และหนี้ส่วนที่เหลือซึ่งจะขอรับชำระหนี้มีเพียงใด

(3) แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ถูกทวงหนี้ให้ชำระหนี้ในส่วนที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้อยู่

การสิ้นสุดไปของสิทธิในการหักกลบลบหนี้

แม้ว่าคดีพื้นฟูกิจการจะบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตาม อาจจะมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งทำให้สิทธิในการหักกลบลบหนี้สิ้นสุดลง ได้แก่

(1) เจ้าหนี้ได้ชำระหนี้ในส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบก่อนที่จะแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้แล้ว ทั้งนี้เนื่องจากการที่จะหักกลบลบหนี้ได้นั้น จะต้องมึหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เมื่อเจ้าหนี้ได้ชำระหนี้ส่วนของตนโดยสมัครใจแก่ลูกหนี้แล้ว หนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้อย่อมหมดไป

(2) สิทธิของเจ้าหนี้ต้องห้ามตามกฎหมายอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1119 ในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ค่าหุ้นในบริษัทลูกหนี้ เจ้าหนี้จะขอหักหนี้กับบริษัทลูกหนี้ไม่ได้ เว้นแต่กรณีที่มีการกำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการเป็นอย่างอื่น

(3) เจ้าหนี้ไม่ได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้จนกระทั่งศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน หากแผนไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้อย่อมสิ้นสุดลง เพราะเจ้าหนี้จะต้องผูกพันตามแผนฟื้นฟูกิจการตามมาตรา 90/60 วรรคหนึ่ง

2) หนี้ที่เกิดขึ้นหลังศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

ในหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว หากว่าลูกหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องต่อเจ้าหนี้อันเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการเช่นเดียวกัน ถือว่า สิทธิเรียกร้องของทั้งสองฝ่ายต่างเกิดขึ้นต่อกองทรัพย์สินขณะฟื้นฟูกิจการเหมือนกัน เช่นนี้แม้ว่ากฎหมายล้มละลายของไทยจะมีได้บัญญัติไว้ แต่ในการใช้กฎหมายฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศซึ่งบัญญัติกฎหมายล้มละลายในเรื่องการหักกลบลบหนี้ไว้ทำนองเดียวกับกฎหมายไทย ศาลในต่างประเทศได้ตีความอนุญาตให้เจ้าหนี้มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ในหนี้ส่วนนี้ได้¹⁸⁴

¹⁸⁴ เอื้อน ขุนแก้ว. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะเจ้าหนี้มีประกันตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 6 ได้นิยามความหมายของเจ้าหนี้มีประกันไว้ว่า “เจ้าหนี้มีประกัน” หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ จากนิยามดังกล่าวจะเห็นว่า เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายจะแตกต่างจากเจ้าหนี้มีประกันในทางแพ่ง โดยการประกันหนี้ในทางแพ่งอาจมีทั้งการประกันด้วยบุคคล คือ การค้ำประกัน และการประกันด้วยทรัพย์สิน คือ จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิพิเศษ แต่เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายจะจำกัดเฉพาะแต่การประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น ไม่รวมถึงการประกันด้วยบุคคลแต่อย่างใด ส่วนทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันจะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายเท่านั้น ไม่รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่นำมาเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ด้วย นอกจากนี้ยังมีการจำกัดประเภทของเจ้าหนี้มีประกันไว้เพียง 4 ประเภทเท่านั้น หากเป็นประกันรูปแบบอื่นไม่จัดว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย เช่น การมอบใบรับของในคลังสินค้าให้ผู้ให้กู้เป็นประกัน¹⁸⁵ การมอบโฉนดที่ดินให้เจ้าหนี้ยึดถือไว้เป็นประกัน¹⁸⁶ หรือการทำสัญญาจำนำสมุดเงินฝากซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁸⁷

3.2.2.1 ประเภทของเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย แบ่งได้ดังนี้

1) เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง

เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง คือเจ้าหนี้ที่ลูกหนี้มีการนำทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้ไว้ โดยทรัพย์สินที่นำมาเป็นประกันนั้นต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ในมาตรา 703 โดยการจำนองนั้นต้องทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ (แต่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง เพราะทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินที่มีทะเบียนบุคคลภายนอกที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบทางทะเบียน ได้อยู่แล้ว)

เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้ 2 วิธี คือ ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งให้ยึดทรัพย์สินที่จำนองออกขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหนี้¹⁸⁸ ซึ่งหากขายทอดตลาดแล้วได้เงินไม่พอใช้หนี้ ขาดอยู่เท่าไร ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ¹⁸⁹ เว้นแต่เจ้าหนี้กับ

¹⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 534/2504.

¹⁸⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 545/2504.

¹⁸⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 4101/2539, 7820/2547.

¹⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์, มาตรา 728.

¹⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 733.

ลูกหนี้ได้ตกลงกันได้เป็นพิเศษว่าหากบังคับจำนองแล้ว หนี้อย่างใดอีกเท่าไร ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ ซึ่งข้อตกลงนี้ใช้บังคับได้ เพราะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁹⁰ หรืออาจฟ้องศาลเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดได้ ถ้าลูกหนี้ได้ขาดส่งดอกเบี้ยมาแล้วเป็นระยะเวลา 5 ปี และผู้จำนองมิได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าราคาทรัพย์สินนั้นท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ รวมทั้งไม่มีการจำนองรายอื่น หรือบุริมสิทธิอื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินที่จะบังคับจำนองนั้น¹⁹¹

2) เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ

เจ้าหนี้ผู้รับจำนำเป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้โดยทรัพย์สินที่จะนำมาจำนำได้ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์และต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่เจ้าหนี้ด้วย มิฉะนั้นจะไม่เป็นจำนำ นอกจากนี้ สิทธิซึ่งมีตราสาร เช่น ใบฝากของในคลังสินค้า ใบหุ้นเป็นต้น สามารถจำนำได้โดยต้องทำให้ถูกต้องตามหลักที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ¹⁹² ซึ่งผู้รับจำนำมีสิทธิที่จะยึดทรัพย์สินที่จำนำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้¹⁹³ หากถึงกำหนดชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระ ผู้รับจำนำมีสิทธิบังคับจำนำโดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามคำบอกกล่าว ผู้รับจำนำก็มีสิทธิที่จะนำทรัพย์สินที่จำนำออกขายทอดตลาดได้โดยไม่ต้องฟ้องศาล คือสามารถขายทอดตลาดได้เอง แต่จะเอาทรัพย์สินที่จำนำหลุดเป็นสิทธิไม่ได้ซึ่งแตกต่างจากจำนอง นอกจากนี้หากการขายทอดตลาดได้เงินไม่พอใช้หนี้ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดอยู่¹⁹⁴

3) เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง

เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง คือ เจ้าหนี้ที่กฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิที่จะครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้เป็นประกันหนี้ซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น จนกว่าจะได้รับชำระหนี้¹⁹⁵

สิทธิยึดหน่วงจึงเป็นสิทธิที่เป็นประกันหนี้ของลูกหนี้ เป็นสิทธิอันเป็นอุปสรรคแห่งหนี้ จะมีได้ก็ต่อเมื่อมีหนี้ประธานอยู่ก่อนแล้ว โดยจะเกิดขึ้นเมื่อมีลูกหนี้ต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ มีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ 1) โดยชอบด้วยกฎหมาย 2) หนี้นั้นมีคุณสมบัติเกี่ยวกับทรัพย์สินและถึงกำหนดชำระแล้วและ 3) การยึดหน่วง

¹⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 474/2502, 168/2518.

¹⁹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 729.

¹⁹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 750.

¹⁹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 758.

¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 767.

¹⁹⁵ โสภณ รัตนกร ข (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. หน้า 330.

ไม่ขัดกับภาระของเจ้าหนี้ในมูลหนี้หรือขัดกับคำสั่งของลูกหนี้ที่ได้ให้ไว้ก่อนหรือในเวลาที่ยังมอบทรัพย์สินหรือข้อตกลงความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁹⁶ เมื่อมีลักษณะครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด สิทธิยึดหน่วงก็เกิดขึ้นเอง¹⁹⁷ โดยสิทธิยึดหน่วงมีลักษณะคล้ายจำนำ¹⁹⁸ กล่าวคือ ถ้าการครอบทรัพย์สินที่ยึดหน่วงสิ้นไป สิทธิยึดหน่วงก็เป็นอันระงับและผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงมีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ¹⁹⁹ โดยบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับสิทธิยึดหน่วงทั่วไปอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่า ด้วยหนี้ยึดหน่วง 1 ส่วนที่ 5 มาตรา 241-250 และยังมีบทบัญญัติสิทธิยึดหน่วงเฉพาะเรื่องอีกเช่น สิทธิของผู้ขายที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้จนกว่าจะได้รับชำระราคา²⁰⁰ สิทธิของผู้ขนส่งและนายคลังสินค้ามีสิทธิยึดสินค้าไว้เป็นประกันการชำระหนี้²⁰¹ สิทธิของผู้รับฝากทรัพย์สินที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่รับฝากไว้จนกว่าจะได้รับเงินที่ชำระแก่ตนเกี่ยวกับการฝากนั้น²⁰² สิทธิของเจ้าสำนักโรงแรมที่จะยึดหน่วงเครื่องเดินทางหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของคนเดินทาง หรือแขกอาศัยอันเอาไว้ในโรงแรมจนกว่าจะได้รับใช้เงินที่ค้างชำระแก่ตน²⁰³ สิทธิของตัวแทน²⁰⁴ สิทธิของผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ที่จะยึดสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ของตน²⁰⁵ เป็นต้น

4) เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ ที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ

เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ คือ เจ้าหนี้ในมูลหนี้บางอย่างที่กฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้บางชนิดได้ก่อนกันและก่อนเจ้าหนี้ธรรมดา²⁰⁶ เพราะเหตุที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย แต่ไม่พอชำระหนี้ทุกราย และถ้าเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ครบถ้วนก็ยังบังคับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้สามัญได้อีก

¹⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 242.

¹⁹⁷ พจนี ปุยปากม. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ. หน้า 342.

¹⁹⁸ เฉพาะสิทธิยึดหน่วงทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 241-250 เท่านั้น.

¹⁹⁹ พจนี ปุยปากม. เล่มเดิม. หน้า 341.

²⁰⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 468.

²⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 630, 772.

²⁰² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 670.

²⁰³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 679.

²⁰⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 819.

²⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 452.

²⁰⁶ พจนี ปุยปากม. เล่มเดิม. หน้า 371.

จะเห็นได้ว่า เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิจะมีสิทธิพิเศษ คือ มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นหนี้สามัญ หรือ เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิ อยู่ในอันดับหลังหรืออาจเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกันเป็นพิเศษเช่น จำนอง จำน่า ก็ได้ โดยเป็นสิทธิที่มีลักษณะใกล้เคียงกับทรัพย์สินและเป็นสิทธิอันเป็นอุปกรณ์แห่งนี้ เช่นเดียวกับ จำนอง จำน่า สิทธิยึดหน่วง และเป็นสิทธิพิเศษที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่นเดียวกับ สิทธิยึดหน่วง ดังนั้น เจ้าหนี้และลูกหนี้จึงไม่สามารถทำสัญญาตกลงกันเองให้เจ้าหนี้มีบุริมสิทธิได้

แต่เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิที่จะถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายฟื้นฟู กิจการหมายถึง เฉพาะเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ซึ่งได้แก่ เจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์เหนือทรัพย์สินของผู้เช่าที่อยู่ในหรือบนอสังหาริมทรัพย์สำหรับชำระค่าเช่า²⁰⁷ และเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิในมูลพักอาศัยใน โรงแรมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้มาพักสำหรับค่าเช่าที่พัก²⁰⁸ บุริมสิทธิทั้งสองชนิดนี้เป็นบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าสำนักโรงแรมมีสิทธิบังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 266 ให้นำบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจำนำมาใช้บังคับ โดยอนุโลม ส่วนบุริมสิทธิอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นบุริมสิทธิสามัญหรือบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์เช่น บุริมสิทธิในมูลรับขน ไม่ถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากไม่สามารถนำทรัพย์สินนั้นออกจากขายทอดตลาดเช่นเดียวกับผู้รับจำนำ เป็นต้น ส่วนปัญหาที่ว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 273 ได้แก่ เจ้าหนี้มีบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์²⁰⁹ ในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นอสังหาริมทรัพย์²¹⁰ และในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์²¹¹ จะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายหรือไม่นั้น ปัญหานี้มีนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านเห็นว่า เจ้าหนี้เหล่านี้ น่าจะถือเป็นเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ โดยถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย²¹² พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 6 มิได้ใช้คำว่า “ผู้รับจำนอง” แต่ใช้ คำว่า “เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทาง จำนอง จึงสามารถตีความได้ว่า เจ้าหนี้บุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เป็นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือ

²⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 260-264.

²⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 265.

²⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 274,285.

²¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 275,288.

²¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 276,288.

²¹² ทวี กสิยพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 48.

ทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนองได้ อีกทั้งเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ ทั้ง 3 ชนิดนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 289 ให้นำกฎหมายเรื่องจำนองโดยให้นำ บทบัญญัติทั้งหลายแห่งลักษณะจำนองมาใช้บังคับด้วยตามแต่กรณีในส่วนที่ว่าด้วยผลแห่ง บุริมสิทธิมาบังคับใช้เหมือนอย่างผู้รับจำนอง คือ เมื่อบุริมสิทธิทั้ง 3 ชนิด ได้จดทะเบียนบุริมสิทธิ เหนืออสังหาริมทรัพย์ไว้แล้ว แม้ทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอกเจ้าหนี้บุริมสิทธิก็ยังคงบังคับ ได้อยู่²¹³ คือ สามารถบังคับชำระหนี้เอาอสังหาริมทรัพย์ได้ทำนองเดียวกับการบังคับจำนอง นอกจากนี้บุริมสิทธิในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์²¹⁴ บุริมสิทธิในมูลจ้างทำของเป็นการงานทำขึ้นบน อสังหาริมทรัพย์²¹⁵ หากได้จดทะเบียนแล้ว บุริมสิทธินั้นอาจใช้ได้ก่อนสิทธิจำนอง คือ มีสิทธิเหนือ จำนอง แม้การจำนองจะเกิดขึ้นมาก่อนบุริมสิทธิดังกล่าวก็ตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะหนี้ทั้ง 2 ชนิด นั้น ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทรัพย์สินที่จำนองอันเป็นประโยชน์ต่อผู้รับจำนองด้วย กฎหมายจึงบัญญัติ ให้บุริมสิทธิทั้งสองเหนือหนี้จำนอง ส่วนบุริมสิทธิมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์²¹⁶ กฎหมายมิได้ระบุ ให้มีผลเหนือจำนองจึงต้องตามหลักทั่วไป คือ จะทะเบียนเมื่อใดก็มีผลเมื่อนั้น ฉะนั้นบุริมสิทธิ พิเศษในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กับจำนองรายไหนจดทะเบียนก่อนรายนั้นมีสิทธิดีกว่า

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า บุริมสิทธิทั้ง 3 ชนิด เมื่อจดทะเบียนแล้ว จะมีสิทธิเหนือกว่า หรืออย่างน้อยก็เท่ากับ จำนอง จึงน่าจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันส่วนปัญหาที่ว่า เหตุใด พระราชบัญญัติหลายมิได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 6 ว่า “...เจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนอง เดียวกับผู้รับจำนองนั้น อาจเนื่องมาจากบุริมสิทธิพิเศษทั้ง 3 ชนิดนี้ ถือเป็นเจ้าหนี้มีประกันด้วย ทรัพย์สินประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด แต่บุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น มีอยู่หลาย ชนิดตามมาตรา 259 คือ เช่าอสังหาริมทรัพย์ พักอาศัยในโรงแรม รับขนของหรือคนโดยสาร รักษา อสังหาริมทรัพย์ ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ค่าเมล็ดพันธุ์ พันธุ์ไม้และปื๋ย ค่าแรงงานเพื่อกลกรรมและ อุตสาหกรรม แต่มีเพียงบุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือบุริมสิทธิในมูลพักอาศัยในโรงแรม เท่านั้นที่มีสิทธิบังคับชำระหนี้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนอง ทั้งนี้ผู้ให้เช่าหรือเจ้าสำนักโรงแรม ย่อมคาดหวังว่าลูกหนี้จะมีทรัพย์สินติดตามตัวมาพอเป็นหลักประกันหนี้ได้ด้วย จึงถือเสมือนหนึ่งว่า เจ้าหนี้ได้ครอบครองทรัพย์สินนั้น ทำนองเดียวกับเอาทรัพย์สินมาจำนองไว้ กฎหมายจึงให้บังคับชำระหนี้ เอาอสังหาริมทรัพย์เหล่านั้นได้ โดยเจ้าหนี้สามารถเอาทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บุริมสิทธิออกขาย ทอดตลาดได้ เช่น เดียวกันจำนอง ส่วนบุริมสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ชนิดอื่นๆ เช่น รับขนโดยสาร

²¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 702 วรรคสอง.

²¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 285.

²¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 286 วรรคหนึ่ง.

²¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 288.

หรือของแม้จะมีบุริมสิทธิเหนือเครื่องเดินทางทั้งหมด ซึ่งอยู่ในมือผู้ขนส่ง กฎหมายก็มีได้ให้สิทธิขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ได้อย่างผู้รับจำนำ เป็นต้น

3.2.2.2 เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายพิเศษซึ่งถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลาย

นอกจากเจ้าหนี้มีประกันตามนิยามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งได้แก่ จำนำ จำนอง สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำแล้ว ในปัจจุบันพบว่ามีความหมายหลายฉบับได้กำหนดให้มีบุริมสิทธิพิเศษประเภทใหม่ๆ ขึ้นมา และยังมีบัญญัติให้ถือว่าบุริมสิทธิพิเศษดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่งได้แก่

1) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พุทธศักราช 2535 มาตรา 26 กำหนดให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการเอาประกันภัยมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่วางเป็นหลักประกันและเงินสำรองที่วางไว้กับนายทะเบียน และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นอย่างดีเท่ากับเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย

2) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พุทธศักราช 2535 มาตรา 26 กำหนดให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการเอาประกันภัยมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สินที่วางเป็นหลักประกันและเงินสำรองที่วางไว้กับนายทะเบียน และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นอย่างดีเท่ากับเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย

3) พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พุทธศักราช 2540 มาตรา 21 ซึ่งกำหนดให้ผู้ถือหลักทรัพย์ของนิติบุคคลเฉพาะกิจมีฐานะเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิพิเศษเหนือสินทรัพย์ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ โดยให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากสินทรัพย์นั้นในลำดับก่อนบุริมสิทธิอื่น และให้ผู้ถือหลักทรัพย์มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ตามกฎหมายล้มละลาย

3.2.2.3 สิทธิในการที่จะได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันอาจเลือกได้ 2 ประการ คือ

1) สิทธิที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ทั้งนี้ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น²¹⁷ ซึ่งในทางปฏิบัติหากเจ้าหนี้มีประกันยังไม่เคยฟ้องบังคับจำนอง หรือขอรับชำระหนี้บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289 มาก่อน เจ้าพนักงานพิทักษ์

²¹⁷ มาตรา 95 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้มีประกันยอมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น”

ทรัพย์จะสั่งให้เจ้าหนี้มีประกันมาให้การสอบสวนและนำส่งพยานหลักฐานพิสูจน์ภาระหนี้ เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำสั่งให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้แล้ว ก็จะดำเนินการบังคับคดีกับทรัพย์หลักประกันให้แก่เจ้าหนี้มีประกัน และหากมีการฟ้องบังคับจำนอง หรือขอรับชำระหนี้บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 289 มาแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะตรวจสอบว่าอยู่ในข่ายเพิกถอนผ่อนลด หรือการกระทำที่เจ้าหนี้ได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่นตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือไม่ หากไม่อยู่ในข่ายเพิกถอนให้แจ้งเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีในทางแพ่งต่อไป และจ่ายเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดให้แก่เจ้าหนี้มีประกันตามสิทธิแต่ไม่เกินวงเงินบุริมสิทธิ หากมีเงินเหลือให้ส่งเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายต่อไป²¹⁸

2) สิทธิที่จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งเจ้าหนี้มีประกันจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ก็ต่อเมื่อตามกฎหมายลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในภาระหนี้ส่วนที่เกินกว่าราคาทรัพย์หลักประกันอยู่ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้²¹⁹

²¹⁸ คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 448/2549 เรื่อง การปฏิบัติงานบังคับคดีล้มละลายในสำนวนเจ้าหนี้มีประกัน ตามมาตรา 95 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2549

²¹⁹ มาตรา 96 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ภายในเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) เมื่อยินยอมสละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน

(2) เมื่อได้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(3) เมื่อได้ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินตามราคาราคานั้นได้ถ้าเห็นว่าราคาราคานั้นไม่สมควร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจขายทรัพย์สินนั้นตามวิธีการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และเจ้าหนี้ตกลงกัน ถ้าไม่ตกลงกันจะขายทอดตลาดก็ได้แต่ต้องไม่ให้เสียหายแก่เจ้าหนี้และเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดได้ เมื่อขายได้เงินจำนวนสุทธิเท่าใด ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมาในคำขอ

ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่แจ้งโดยหนังสือให้เจ้าหนี้ทราบว่าจะใช้สิทธิไถ่ถอนหรือตกลงให้ขายทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันภายในกำหนดเวลาที่เดือนนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ให้ถือว่าเป็นยอมให้ทรัพย์สินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์แก่เจ้าหนี้ตามราคาที่เจ้าหนี้ได้ตีมา และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หมดสิทธิไถ่ถอนหรือขายทรัพย์สินนั้น

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ให้ใช้บังคับในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน”.

(1) ขอมสละทรัพย์สินหลักประกันแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายแล้วขอรับชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะส่งผลให้เจ้าหนี้มีประกันเปลี่ยนฐานะเป็นเจ้าหนี้สามัญ การสละหลักประกันส่วนมากจะเกิดในกรณีที่ทรัพย์สินหลักประกันดังกล่าวไม่มีมูลค่าแล้ว เช่น สูญหาย หาไม่พบ หรือ ชำรุดใช้การไม่ได้แล้ว เป็นต้น

(2) เมื่อได้บังคับเอาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ การบังคับหลักประกันเอาเองอาจเกิดจากกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับกับทรัพย์สินหลักประกันได้โดยไม่ต้องฟ้องร้องต่อศาล เช่น การบังคับจำนำ หรือกรณีที่มีการฟ้องร้องบังคับจำนองไว้แล้ว เจ้าหนี้จะขอไปบังคับคดีในทางแพ่งโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อไป

(3) ขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ ซึ่งเป็นวิธีการที่มีการนิยมใช้กันมากในปัจจุบัน เพราะเจ้าหนี้ไม่ต้องไปเสียเวลาฟ้องร้องบังคับคดีเอาเอง แต่มอบให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ดำเนินการกับทรัพย์สินหลักประกันให้

(4) เมื่อตีราคาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้ว ขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ ในกรณีนี้หากเจ้าหนี้ตีราคาทรัพย์สินหลักประกันต่ำเกินไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไถ่ถอนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้ ถ้าเห็นว่าราคานั้นไม่สมควร หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์อาจขายทรัพย์สินหลักประกันตามวิธีการที่ได้ตกลงกับเจ้าหนี้ หากตกลงกันไม่ได้ให้ขายทอดตลาด เมื่อขายได้เงินสุทธิเท่าใดก็ให้ถือว่าเป็นราคาที่เจ้าหนี้ตีมาในคำขอ

ในกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันยื่นขอรับชำระหนี้โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และถือว่าสิทธิในทรัพย์สินหลักประกันเป็นอันระงับไป เว้นแต่จะไปขออนุญาตศาลแก้ไขคำขอรับชำระหนี้โดยอ้างเหตุว่าการละเว้นนั้นเกิดจากความพลั้งผล²²⁰ นอกจากนี้เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิที่จะเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจะไปบังคับหลักประกันเอาเองโดยไม่ต้องยื่นขอรับชำระหนี้ หรือจะขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย จะใช้สิทธิทั้ง 2 ทางไม่ได้²²¹

3.2.2.4 ความแตกต่างระหว่างสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีล้มละลาย

ในคดีล้มละลายนั้นการที่เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลาย จุดประสงค์เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยกระบวนการล้มละลายนั้นจะดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินที่เป็นของลูกหนี้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นของลูกหนี้ที่มีอยู่ในขณะนั้น หรือที่ลูกหนี้จะได้มาในอนาคต ไม่เพียงเท่านั้น หากลูกหนี้ได้กระทำการโอนทรัพย์สินไปให้แก่เจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นไปก่อน กฎหมายล้มละลายก็ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถติดตามทรัพย์สินดังกล่าวนั้นกลับเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ หลังจากนั้นก็จะทำการ

²²⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 97.

²²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1711/2535, 6722/2544.

แบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินทั้งหมดที่รวบรวมมาได้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ตาม “หลักสัดส่วน (Pari Passu) กล่าวคือ ใครเป็นเจ้าหนี้มากก็ได้รับส่วนแบ่งมาก ส่วนใครเป็นเจ้าหนี้น้อยก็จะได้รับส่วนแบ่งไปน้อย ทำให้เกิดความเสมอภาคและความเป็นธรรมขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน เห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายนั้นเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของเจ้าหนี้นอกจากการฟ้องบังคับทางแพ่งในการฟ้องร้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้

สิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกันในคดีล้มละลาย

ในคดีล้มละลายนั้น เมื่อเจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้จนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้โดยอำนาจของศาลในส่วนคดีแพ่งได้อีกต่อไปจะบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายล้มละลายบัญญัติไว้เท่านั้น²²² กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน ซึ่งหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่สามารถฟ้องร้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้เป็นคดีแพ่งได้อีกต่อไป โดยกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์²²³ เจ้าหนี้จะรับชำระหนี้โดยวิธีอื่นไม่ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายหรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่งที่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาก็ตาม ก็ต้องยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งสิ้น เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้ยื่นขอรับชำระหนี้ นำพยานหลักฐานมาแสดงต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่าหนี้นั้นมีอยู่จริง และลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ คือหนี้นั้นต้องเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ในคดีล้มละลาย²²⁴ ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าพนักงาน

²²² มาตรา 27 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ได้ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินี้ แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นเจ้าหนี้ที่ได้ฟ้องคดีแพ่งไว้แล้ว แต่คดียังอยู่ระหว่างพิจารณาก็ตาม”

²²³ มาตรา 91 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ซึ่งจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือไม่ก็ตามต้องยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายในกำหนดเวลาสองเดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด แต่ถ้าเจ้าหนี้อยู่นอกราชอาณาจักร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขยายกำหนดเวลาให้อีกได้ไม่เกินสองเดือน

คำขอรับชำระหนี้ นั้นต้องทำตามแบบพิมพ์ โดยมีบัญชีแสดงรายละเอียดแห่งหนี้สิน และข้อความระบุถึงหลักฐานประกอบหนี้และทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดของลูกหนี้ที่ยึดไว้เป็นหลักประกันหรือตกอยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้”

²²⁴ มาตรา 94 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ ถ้ามูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่

(1) หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดีหรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้

(2) หนี้ที่เจ้าหนี้อยอมให้ลูกหนี้กระทำให้ขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการที่ลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว แต่ไม่

พิทักษ์ทรัพย์ทราบจำนวนหนี้สินทั้งหมดของลูกหนี้ และนำทรัพย์สินที่รวบรวมได้มาแบ่งเฉลี่ยให้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายตามสัดส่วนแห่งหนี้ โดยในการยื่นคำขอรับชำระหนี้นี้ ไม่ว่าเจ้าหนี้จะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือไม่ก็ตามต้องยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายใน 2 เดือน นับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หากไม่ยื่นขอรับชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่กำหนดก็หมดสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้²²⁵

เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันจะได้รับชำระหนี้ตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ ซึ่งโดยมากมักได้รับชำระเพียงส่วนเฉลี่ยเล็กน้อยจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย เนื่องจากลูกหนี้ในคดีล้มละลายเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว มีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ และเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้อุริมสิทธิก็มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ประเภทนี้ด้วย เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันจึงต้องรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพียงเท่าที่ยังเหลืออยู่

สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย

ในส่วนของเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายนั้น จะหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น โดยต้องเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน (Security Interest) หรือเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สิน (Real Right) หรือสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้²²⁶ โดยกฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้มีประกัน ไม่ต้องมายื่นคำขอรับชำระหนี้ก็ได้ เพราะเจ้าหนี้มีประกันยังคงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งลูกหนี้ได้ให้ไว้ก่อนพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้มีประกันจึงถือเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ รวมทั้งก่อนเจ้าหนี้อุริมสิทธิในคดีล้มละลาย (Super-Priority Creditor) ซึ่งลำดับของการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย (A scale or Hierarchy or Ladder of Priorities) มีดังนี้

- 1) เจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น (Super-Priority Creditors) เช่น เจ้าหนี้มีประกัน เป็นต้น
- 2) เจ้าหนี้อุริมสิทธิในคดีล้มละลาย (Priority Creditors) คือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ โดยเป็นไปตามลำดับที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ เช่น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 130 เป็นต้น
- 3) เจ้าหนี้ไม่มีประกัน (Pari Passu Creditors) คือเจ้าหนี้ที่ไม่ใช่เจ้าหนี้มีประกันและไม่ใช่อุริมสิทธิในคดีล้มละลาย เช่น เจ้าหนี้การค้า เป็นต้น

รวมถึงหนี้ที่เจ้าหนี้อยอมให้กระทำให้ขึ้นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้”

²²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 163/2511, 1808/2512, 295/2526

²²⁶ Roy Goode a. Op.cit. p. 5.

4) เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ (Deferred Creators) เจ้าหนี้ประเภทนี้จะได้รับชำระหนี้เมื่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันได้รับชำระหนี้จนครบแล้ว เช่น เจ้าหนี้หุ้นกู้ด้อยสิทธิ

5) ผู้ถือหุ้น (Equity Shareholders) โดยปกติผู้ถือหุ้นจะไม่ได้รับชำระหนี้คืนในคดีล้มละลาย เนื่องจากทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายมีไม่พอที่จะชำระหนี้ แต่หากได้มีการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทุกคนแล้วยังมีเงินเหลืออยู่ ก็จะคืนให้แก่ผู้ถือหุ้น²²⁷

เมื่อพิจารณาจากลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายข้างต้นแล้วจะเห็นว่า เจ้าหนี้มีประกันนั้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้เงินเต็มจำนวนมูลค่าที่ทรัพย์สินนั้นเป็นประกัน หากบังคับกับทรัพย์สินหลักประกันแล้วมีเงินเหลือ ก็จะนำไปรวมกับทรัพย์สินอื่นในกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำไปแบ่งให้กับเจ้าหนี้อื่นๆ ต่อไป โดยเจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่ต้องเข้าสู่คดีล้มละลาย กล่าวคือไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ และไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักการได้รับชำระหนี้ตามหลักสัดส่วนแห่งหนี้ (Pari Passu Rule) เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไป จึงมีสิทธิคิดว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่นๆ ก็สามารถฟ้องร้องบังคับเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันได้ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายล้มละลาย แต่ต้องยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจดูทรัพย์สินนั้น²²⁸ สำหรับหลักที่ว่าเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักสัดส่วนแห่งหนี้ (Pari Passu Rule) นั้น ข้าพเจ้าได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2.2.2 ข้างต้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตามกฎหมายลูกหนี้ไม่ต้องรับเกินกว่าราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เช่น เจ้าหนี้ผู้รับจ้างซึ่งไม่มีข้อตกลงพิเศษกับลูกหนี้ว่าหากบังคับจ้างองได้ไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด หรือผู้รับจ้างนำที่มีข้อตกลงพิเศษกับผู้จ้างว่าหากบังคับกับทรัพย์สินที่จ้างแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาดนั้น กรณีนี้ผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างนำที่ยกตัวอย่างมานี้ จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายโดยใช้สิทธิตามมาตรา 96 หาได้ไม่

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า หากเจ้าหนี้ไม่ใช้สิทธิยื่นขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 โดยเลือกที่จะบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยการฟ้องเป็นคดีแพ่งเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากปรากฏว่าบังคับกับหลักประกันแล้วได้เงินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้มีประกันก็จะหมดสิทธิที่จะได้ชำระหนี้ในส่วนที่ขาด เจ้าหนี้ อาจเสียหายได้ ฉะนั้นเจ้าหนี้มีประกันที่ประสงค์จะได้รับชำระหนี้เกินกว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกัน ควรใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ไว้ก่อนเสมอเพื่อให้กฎหมายรับรองสิทธิดังกล่าวของตน

²²⁷ Philip R. Wood c. (2007). **Principles of international insolvency V1**. pp. 10-31.

²²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 593/2538.

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้มีประกันก็ยังคงมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน กล่าวคือ สามารถเลือกที่จะชำระหนี้เอากับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันโดยไม่ต้องมาขอรับชำระหนี้ หรือเลือกที่จะขอรับชำระหนี้ก็ได้ เพราะแม้เจ้าหนี้มีประกันไม่ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายก็ตาม ก็หาอาจทำให้เจ้าหนี้มีประกันเสียสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไปไม่ นั่นคือสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้จะไม่ได้รับความกระทบกระเทือน แม้ลูกหนี้จำต้องเข้าสู่คดีล้มละลายก็ตาม

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะและการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ ของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย

การหักกลบลบหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น มีทั้งการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย และในคดีฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ รวมทั้งได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายต่างประเทศดังนี้

4.1 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาโดยเปรียบเทียบระหว่างการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญ และการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ

การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญ และการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ ว่ามีความแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร เหตุใดผู้ร่างกฎหมายจึงบัญญัติหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ไว้แตกต่างกัน และสมควรที่จะมีการแก้ไขกฎหมายในส่วนการหักกลบลบหนี้ให้มีหลักเกณฑ์เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือไม่ ตามที่มาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุเป็นอย่างเดียวกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี ก็อาจหักกลบลบกันได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว”

มาตรา 90/33 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการเป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้ผู้นั้นอาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ”

จึงเห็นได้ว่าหลักการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญ ที่แตกต่างอย่างเห็นได้ชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ สิ่งที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดเจน คือ วัตถุแห่งหนี้ที่จะใช้ในการหักกลบลบหนี้กันนั้นในคดีล้มละลายสามัญตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นให้สิทธิหักกลบลบหนี้กันได้แม้ว่ามูลหนี้กันจะมีได้มีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันก็สามารถหักกลบลบหนี้ได้ และแม้ว่ามูลหนี้หรือสิทธิเรียกร้องนั้นตกอยู่เงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่สามารถหักกลบลบหนี้กันได้ ซึ่งแตกต่าง

จากมาตรา 90/33 คือ ในมาตรา 90/33 นั้น มิได้มีการบัญญัติในเรื่องของวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่จะใช้ในการหักกลบลบหนี้แต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อเป็นเช่นนี้หลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้สำหรับคดีฟื้นฟูกิจการในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่จะใช้ในการหักกลบลบหนี้และกรณีสิทธิเรียกร้องนั้นมีเงื่อนไขจึงต้องนำหลักการหักกลบลบหนี้ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 มาใช้บังคับ คือ อนุญาตให้หักกลบลบหนี้เฉพาะในกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันเท่านั้น และมูลแห่งหนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่จะนำมาหักกลบลบหนี้กันนั้นจะต้องไม่มีข้อต่อสู้ใดๆ นั้นหมายความว่า ไม่มีเงื่อนไข เงื่อนไขใดๆนั่นเอง

ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งมีประโยชน์อยู่ 2 ประการ คือ

1) การหักกลบลบหนี้ทำให้ทั้งสองฝ่าย ต่างไม่ต้องนำเอาเงินไปชำระกัน ซึ่งอาจเป็นการลำบากและต้องเสียค่าใช้จ่ายไปเปล่าๆ กับอาจเป็นภัยที่จะสูญหายไปได้ ทั้งจะต้องเสียเวลาไปโดยใช่เหตุ เมื่อหนี้ทั้งสองรายหักกัน ไป ถ้ารายไหนมากกว่า ยังขาดอีกเท่าใด ก็เรียกให้ชำระแต่ที่ขาดเท่านั้น วิธีการหักกลบลบหนี้นี้มีประโยชน์มากในทางการค้าขาย ดังจะเห็นได้จากสัญญาบัญชีเดินสะพัด กล่าวคือรายการต่างๆ ซึ่งจดลงในบัญชีเดินสะพัดเป็นอันหักกลบลบกันไป และฝ่ายหนึ่งๆ จะต้องชำระต่อเมื่อหักทอนบัญชีกันเสร็จแล้ว

2) การหักกลบลบหนี้เป็นการให้ประกันแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพราะเมื่อมีการหักกลบลบหนี้กันแล้ว ก็ไม่ต้องกลัวว่าจะต้องไปเฉลี่ยหนี้กับเจ้าหนี้อื่นๆ เพราะเท่ากับว่าฝ่ายหนึ่งๆ ต่างได้รับชำระหนี้จากสิ่งที่ตนเป็นหนี้อยู่เอง จึงไม่ต้องวิตกว่าเขาจะชำระหนี้ให้หรือไม่²²⁹

กรณีตามมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น แม้ว่าจะกำหนดให้หักกลบลบหนี้เฉพาะในกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน แต่มีบางคำพิพากษาฎีกาที่เคยวินิจฉัยว่าแม้วัตถุประสงค์แห่งหนี้ได้เป็นอย่างเดียวกัน แต่ก็สามารถทำให้หนี้นั้นระงับไปได้ แต่มิใช่ระงับไปเพราะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ แต่ระงับไปเพราะเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 4895/2551 ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า จำเลยมีหนี้ค่าจ้างซบสี่รถจักรยานยนต์ซึ่งค้างชำระแก่โจทก์อันเป็นหนี้เงิน ส่วนโจทก์มีหนี้ที่ต้องส่งคืนวงล้อรถจักรยานยนต์ที่โจทก์ยังมีได้ทำการซบสี่ให้แก่จำเลย แต่หนี้ดังกล่าวมิได้มีมูลหนี้อันเป็นวัตถุประสงค์เดียวกัน จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์เรื่องการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 เพียงแต่เป็นเรื่องที่จำเลยขอชำระหนี้ด้วยสิ่งของอื่น โดยนำมาตีราคาชำระหนี้ตามมาตรา 321 ซึ่งจำเลยจะทำได้ก็ต่อเมื่อโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อินยอมตกลงด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทำให้หนี้นั้นระงับไปไม่ได้แต่จำต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้ด้วย แต่สิทธิหักกลบลบหนี้นั้นไม่ต้องขอความยินยอมจากคู่กรณีอีกฝ่ายแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าในคดีล้มละลายนั้นมิได้ให้นำบทบัญญัติมาตรา 321

²²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์ และ ชล ธีรกุล. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ จึงไม่มีกรณีที่ขอมอบให้มีการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น เพื่อให้หนี้นั้นระงับอย่างคดีแพ่ง และแม้ว่าคดีล้มละลายนั้นมีจุดประสงค์อย่างหนึ่งคือต้องการให้การชำระหนี้สินของลูกหนี้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียว แต่การที่มาตรา 102 จะให้มีการหักกลบลบหนี้ในกรณีที่มูลหนี้ทั้งสองมิได้เป็นอย่างเดียวกัน นั้นผู้เขียนเห็นว่าอาจจะทำให้เจ้าหนี้อื่นและกองทรัพย์สินเสียเปรียบไม่น้อย ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้วว่า สิทธิในการหักกลบลบหนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักสัดส่วน (Pari Passu) และเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายอยู่แล้ว

ส่วนการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการล้มละลายประเภทหนึ่ง ยังใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่ง คือมูลหนี้ทั้งสองต้องมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันจึงจะหักกลบลบหนี้กันได้ ซึ่งการที่เจ้าหนี้มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ และขณะเดียวกันเจ้าหนี้อื่นจะต้องชำระให้แก่ลูกหนี้ผู้ถูกฟื้นฟูกิจการ โดยปกติหนี้ในส่วนนี้เจ้าหนี้จะต้องไปดำเนินการเฉลี่ยหรือจัดให้ได้ชำระหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งอาจจะได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน แต่ในส่วนที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้หากจะถูกให้บังคับชำระหนี้แล้วหนี้ส่วนนี้เจ้าหนี้จะต้องถูกบังคับให้ชำระหนี้เต็มจำนวน กรณีนี้ย่อมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงได้บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะหักกลบลบหนี้ในสิทธิที่เจ้าหนี้อยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันถือได้ว่าการที่เจ้าหนี้ได้หักกลบลบหนี้ในหนี้ส่วนที่เจ้าหนี้ขอหักกลบลบหนี้หรือหนี้ในจำนวนที่เท่ากันนั้น เจ้าหนี้นี้มีฐานะเสมือนเจ้าหนี้มีประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่เท่ากันนั้น เจ้าหนี้นี้มีฐานะเสมือนเจ้าหนี้มีประกันในอันที่จะได้รับชำระหนี้จากจำนวนเงินที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้อยู่ก่อน²³⁰

เมื่อเป็นเช่นนี้จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการตามมาตรา 90/33 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และกฎหมายล้มละลายสามัญในมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นมีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันอย่างมาก แต่ได้บัญญัติไว้แตกต่างกัน จึงมีปัญหาน่าศึกษาว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น

จากการที่ได้ศึกษาพบว่ากฎหมายล้มละลายในส่วนของล้มละลายสามัญแทบทั้งหมดนั้นประเทศไทยมีต้นแบบในการร่างมาจากกฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ด้วย โดยบัญญัติในขณะที่กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษยังเป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Bankruptcy Act 1986) ซึ่งปัจจุบันนั้นกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษได้เปลี่ยนเป็น พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) แล้วและมีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปหลายมาตรา แต่สำหรับในส่วนของการฟื้นฟูกิจการนั้น

²³⁰ เอื้อน ขุนแก้ว, เล่มเดิม, หน้าเดิม.

มีแบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหลักในเรื่องของการหักกลบลบหนี้มีได้บัญญัติในกฎหมายฟื้นฟูกิจการในชั้นคณะกรรมการ กฤษฎีกาซึ่งเอาต้นร่างมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด แต่ได้ถูกบัญญัติเพิ่มเติมลงไปเป็น มาตรา 90/32 ทวิ ในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญ ซึ่งได้เพิ่มเติมเข้ามาโดยมิได้ เอาแบบอย่างมาจากกฎหมายฟื้นฟูกิจการประเทศสหรัฐอเมริกา จากการที่ได้ศึกษามาแล้วว่า มาตรา 90/33 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้นบัญญัติหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ไว้อย่างกว้างๆ รายละเอียดในหลักเกณฑ์บางประการจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 341 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นลูกหนี้ยังมีความสามารถในการ ดำเนินกิจการของตนได้อยู่ จึงให้มีการจัดสรรให้เจ้าหนี้ทุกรายได้รับชำระหนี้ตามแผนการ ฟื้นฟูกิจการที่เจ้าหนี้ลงมติพิเศษยอมรับและศาลเห็นชอบด้วยแผนดังกล่าวแล้ว ส่วนกิจการของ ลูกหนี้นั้นยังคงดำเนินการต่อไป ฉะนั้นหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการจึงมี แนวโน้มก่อนไปทางกฎหมายแพ่ง แต่การที่นำมาตรา 90/33 เข้ามาในหมวดการฟื้นฟูกิจการ อาจด้วยเหตุผลเพราะว่าต้องการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการมิให้ เจ้าหนี้ที่ได้สิทธิเรียกร้องมาภายหลังแล้วมาขอหักกลบลบหนี้ ซึ่งมาตรา 90/33 นั้นจำกัดว่าหนี้ที่จะ ขอหักกลบลบหนี้จะต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้ เกิดการได้เปรียบและเสียเปรียบกัน ส่วนเหตุผลที่ในกฎหมายเรื่องการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มิได้ บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้ไว้ น่าจะเนื่องมาจากในหมวดที่ 11 (Chapter 11) การฟื้นฟูกิจการ ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นโดยส่วนใหญ่แล้วลูกหนี้จะเป็นผู้บริหารแผนด้วยตนเองจึงทำให้ ไม่น่าจะเกิดปัญหาที่ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบเท่าใดนัก แต่การฟื้นฟูกิจการของไทยนั้น ผู้บริหารแผนมักจะเป็นบุคคลภายนอก ดังนั้นปัญหาดังกล่าวจึงเกิดขึ้นได้

สำหรับในกฎหมายล้มละลายนั้นมีวัตถุประสงค์ต้องการชำระหนี้สินทั้งสินของ ลูกหนี้ให้เสร็จสิ้นไปแล้วเลิกกิจการ แต่ตามมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะให้มีการแก้ไขมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้มีหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังเช่นการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟู กิจการ

ในกฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติ ล้มละลายของไทยนั้น ได้วางหลักเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้ไว้ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Rules 1986) Rule 4.90 ว่าหนี้ที่สามารถหักกลบลบหนี้กันจะต้องเป็นหนี้เงิน หรือเป็นวัตถุที่ตีค่าเป็นเงินได้ และสิทธิเรียกร้องที่จะหักกลบลบหนี้ทั้งสองฝ่ายต้องเป็นหนี้ที่ หักกลบลบหนี้กันได้โดยธรรมชาติ กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายถูกจำกัด

ให้เป็นเพียงหนี้เงิน ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องความเป็นเจ้าของ เช่น สิทธิเรียกร้องความยุติธรรม หรือ เป็นเจ้าของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.1.1 หัวข้อย่อยที่ 1) ข้างต้น

สำหรับกฎหมายล้มละลายประเทศญี่ปุ่น (Bankruptcy Law of Japan: Law No.75, June 2, 2004) ซึ่งประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เหมือนประเทศไทยนั้น ยอมให้มีการนำการหักกลบลบหนี้มาใช้ในคดีล้มละลายได้ แต่มิได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของวัตถุแห่งหนี้ของมูลหนี้ที่จะมาหักกลบลบหนี้ออกมาชัดเจนเหมือนในมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ของไทย ดังนั้น หลักเกณฑ์บางประการจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 505 โดยบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 387, 389 โดยมาตรานี้วางหลักการ เงื่อนไขและผลของการหักกลบลบหนี้ซึ่งเงื่อนไขที่จะสามารถหักกลบลบหนี้ได้มีดังต่อไปนี้

1) หนี้ทั้งสองฝ่ายเป็นประเภทเดียวกัน (Same kind) เช่น จะต้องเป็นราคาซื้อเชื่อ กู้ยืมเงิน หรือกู้เงินซื้อข้าว เป็นต้น ดังนั้นการหักกลบลบหนี้จะไม่เกิดขึ้นเลยหากหนี้ของแต่ละฝ่ายเป็นคนละประเภทกัน

2) หนี้ทั้งสองจะต้องถึงกำหนดชำระ หากหนี้ฝ่ายถึงกำหนดชำระ จะหักกลบลบหนี้กันได้ต่อเมื่ออีกฝ่ายยินยอมด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวทางการหักกลบลบหนี้ของกฎหมายล้มละลายในต่างประเทศจะมีแนวทางไปในทิศทางที่ให้มูลหนี้ที่จะทำการหักกลบลบหนี้กันได้นั้นจะต้องมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกัน จึงสมควรที่จะแก้ไขให้การหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลายสามัญนั้นเป็นไปในทำนองเดียวกับการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการ สำหรับในส่วนของเรื่องสิทธิเรียกร้องนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลานั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรให้คงเดิมไว้ เนื่องจากการดำเนินคดีล้มละลายนั้นต้องการชำระสะสางหนี้สินที่มีต่อกันให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียว แม้หนี้ซึ่งกันและกันนั้นมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ควรที่จะสะสางให้สิ้นไปในคราวเดียว โดยประเทศไทยซึ่งใช้กฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายล้มละลาย และมีระบบกฎหมายเป็นแบบลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นน่าจะให้มีการแก้ไขมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้เป็นไปในแนวเดียวกันเพื่อความชัดเจนแก่ให้ผู้ปฏิบัติงานตามกฎหมายและเกิดผลสัมฤทธิ์ในการดำเนินคดีล้มละลายได้

4.2 ปัญหาและวิเคราะห์เจ้าหนี้มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญนั้นสมควรที่จะมีสิทธิเสมอกับเจ้าหนี้อื่นหรือไม่

เจ้าหนี้มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายสามัญนั้นสมควรที่จะมีสิทธิเสมอกับเจ้าหนี้อื่นหรือไม่ เนื่องจากจากการศึกษาที่ผู้เขียนได้อธิบายมาในบทที่ 2 และบทที่ 3 แล้วนั้น จะเห็นว่าประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศได้นำสิทธิหักกลบลบหนี้ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีหลักการว่าเมื่อบุคคลสองคนต่างคนต่างฝ่ายต่างก็เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน โดยหนี้ทั้งสองรายนี้จะต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะพึงใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ หนี้ทั้งสองรายจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะพึงใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงอาจจะขอใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน เพื่อให้หนี้ระงับไปตามจำนวนหนี้ที่ตรงกัน ในมูลหนี้ทั้งสองฝ่าย เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบหนี้กันได้ ซึ่งเคยมีผู้เคยทำการศึกษาไว้โดยได้ให้ความเห็นว่าควรนำสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งสามัญ มาใช้ในคดีล้มละลายด้วยเหตุผลเพราะเมื่อพิจารณาถึงพื้นฐานแห่งความผูกพันแต่ดั้งเดิมของกลุ่มหนี้ที่มีการค้าขายในทางปกติทางการค้า ก็มีหนี้ซึ่งกันและกันและมีความคาดหวังที่จะได้รับชำระหนี้ หากไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสบปัญหาทางการเงินจนเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กลุ่มหนี้นั้นก็ยังมีสิทธิหักกลบลบหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันมีผลให้ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนตามจำนวนหนี้ที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ แต่เมื่อมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และไม่ให้เจ้าหนี้อีกฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในกระบวนการล้มละลายตามแนวคิดดั้งเดิม ก็คงเป็นการทำลายความเชื่อมั่นและความคาดหวังของกลุ่มหนี้ที่คาดว่าตนจะได้รับชำระหนี้และยังทำลายสิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีมาแต่เดิมในทางแพ่ง ซึ่งได้ทำการค้าและมีหนี้ซึ่งกันและกันด้วยความเชื่อมั่นว่าตนมีสิทธิหักกลบลบหนี้สามารถชำระหนี้ได้เต็มจำนวนและยังต้องมาขอรับชำระหนี้พิสูจน์ถึงหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้ที่ล้มละลาย นอกจากนี้การนำการหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย จะไม่เป็นภาระและความเสียหายแก่เจ้าหนี้เกินควร กลับจะทำให้กระบวนการล้มละลายเสร็จสิ้นได้เร็วยิ่งขึ้นตามแนวคิดของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้นเพื่อประโยชน์ของสาธารณะที่จะมีความเชื่อมั่นให้มีการค้าขาย มีหนี้ซึ่งกันและกันตามปกติการค้า ทั้งยังเพื่อคุ้มครองสิทธิหักกลบลบหนี้ดั้งเดิมของเจ้าหนี้ทั้งสองฝ่าย และเพื่อความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ที่ล้มละลายเต็มจำนวน แต่ตนต้องมีภาระพิสูจน์ความเป็นเจ้าหนี้และได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนตามหลักสัดส่วน (Pari Passu) นอกจากนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับผลกระทบจากการล้มละลายของ

เจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่ง จึงเป็นการสมควรที่จะบัญญัติให้ใช้หลักหักกลบลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย อันจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากที่สุด²³¹ อีกทั้งหากไม่ยอมให้มีการหักกลบลบหนี้กันได้แล้ว เจ้าหนี้จะต้องชำระหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้เต็มจำนวน แต่ส่วนที่ตนเป็นเจ้าหนี้ต้องขอรับชำระหนี้ตามวิธีการในพระราชบัญญัติล้มละลายและอาจได้รับเพียงส่วนเฉลี่ยซึ่งเห็นได้ว่าไม่เป็นธรรม²³² และจากแนวทางในการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) นั้น ได้วางแนวทางในการร่างกฎหมายล้มละลายที่เป็นสากลไว้โดยให้มีการนำการหักกลบลบหนี้มาใช้ในกฎหมายล้มละลายด้วย ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.2 ที่ว่า ตามกฎหมายล้มละลาย การบังคับใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ระหว่างกัน (Mutual Obligations) ที่มีเกิดขึ้นจากธุรกรรมหรือการกระทำของลูกหนี้ก่อนการเริ่มดำเนินกระบวนการนั้น มีความสำคัญไม่เพียงต่อความแน่นอนทางการค้าและการขอสินเชื่อ แต่ยังรวมถึงเป็นการป้องกันการใช้กระบวนการล้มละลายโดยผิดจุดประสงค์ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายล้มละลายจึงควรให้มีการคุ้มครองสิทธิในการหักกลบลบหนี้ดังกล่าว อีกทั้งในขณะนี้ได้มีความพยายามในการร่างพระราชบัญญัติล้มละลายฉบับใหม่ โดยยังคงให้มีการนำการหักกลบลบหนี้มาใช้ในกระบวนการล้มละลาย ตามมาตรา 62 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ซึ่งเป็นผลงานของคณะกรรมการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 62 ถึงมาตรา 63²³³ จึงเห็น

²³¹ อัครพล ไทยจรรยา. เล่มเดิม. หน้าเดิม.

²³² โศก จารุจินดา. (2507). กฎหมายลักษณะล้มละลาย คำสอนชั้นปริญญาตรีปีที่ 4 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 306.

²³³ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.

มาตรา 62 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้อาจขอหักกลบลบหนี้ในหนี้ที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งให้ชำระกิจการและทรัพย์สินได้ ถึงแม้มูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งชำระกิจการและทรัพย์สินแล้วการขอหักกลบลบหนี้ซึ่งมิใช่การหักกลบลบหนี้ตามสัญญาทางการเงิน ให้กระทำได้เมื่อปรากฏว่าเจ้าหนี้ได้ยื่นขอรับชำระหนี้ตามวิธีการที่กล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และได้แจ้งว่าจะใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ดังกล่าวสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีได้อยู่ภายใต้บังคับแห่งการเพิกถอนการได้เปรียบ

เมื่อหักกลบลบหนี้เสร็จสิ้นแล้ว ให้เจ้าหนี้แจ้งให้ศาลและผู้ชำระกิจการและทรัพย์สินทราบโดยเร็ว การหักกลบลบหนี้ตามวรรคสอง ให้กระทำได้ภายในระยะเวลาสิบสี่วันนับแต่วันที่มีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้”

มาตรา 63 บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่อยู่ในเงื่อนไขบังคับขอหักกลบลบหนี้บุคคลนั้นจะต้องให้ประกันสำหรับจำนวนที่ขอหักกลบลบหนี้”

ได้ว่าสิทธิในการหักกลบลบหนี้²³⁴นั้นมีความสำคัญต่อกระบวนการล้มละลาย ส่งผลต่อความเชื่อมั่นในการประกอบธุรกิจและการลงทุน

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในข้างต้น จึงควรที่จะให้ความสำคัญและความคุ้มครองแก่สิทธิในการหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายอย่างเพียงพอ โดยการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายในกฎหมายล้มละลายของไทยในปัจจุบันนั้น เมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและถูกจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายล้มละลายแล้ว สิทธิในการหักกลบลบหนี้ในหนี้ซึ่งเจ้าหนี้กับลูกหนี้ผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวที่ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน หากได้ระงับไปเนื่องจากลูกหนี้ล้มละลายไม่ตามมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งมีที่มาจาก พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) Section 323²³⁴ กล่าวคือ เมื่อลูกหนี้ตกเป็นผู้ล้มละลายแล้วเจ้าหนี้หรือลูกหนี้สามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ โดยกฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ที่ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกันกับลูกหนี้ผู้ล้มละลาย (Mutual Debt) ซึ่งหนี้ที่เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิขอรับชำระหนี้จะขอหักกลบลบหนี้ได้ จะต้องเป็นหนี้ที่มีมูลแห่งหนี้ของทั้งสองฝ่ายเกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนการล้มละลายของลูกหนี้ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ของทั้งสองฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้จะไม่มียัตถุแห่งหนี้ หรือวัตถุประสงค์ที่จะพึงใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกัน หรือแม้ว่ามูลหนี้ของทั้งสองฝ่ายจะอยู่ในเงื่อนไข หรือเงื่อนไขเจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้และลูกหนี้ผู้ล้มละลายก็อาจจะขอให้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายได้ ซึ่งการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้หรือลูกหนี้ผู้ล้มละลายนั้น จะสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้เพียงเท่าที่จำนวนหนี้ที่ตรงกันในส่วนหนี้ทั้งสองฝ่าย

²³⁴ Section 323. Mutual credit and set-off.

(1) This Section applies where before the commencement of the bankruptcy there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the bankrupt and any creditor of the bankrupt proving or claiming to prove for a bankruptcy debt.

(2) An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other.

(3) Sums due from the bankrupt to another party shall not be included in the account taken under subSection (2) if that other party had notice at the time they became due that a bankruptcy petition relating to the bankrupt was pending.

(4) Only the balance (if any) of the account taken under subsection (2) is provable as a bankruptcy debt or, as the case may be, to be paid to the trustee as part of the bankrupt's estate.

เมื่อพิจารณาฐานะของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ในประมวลกฎหมายล้มละลายของไทยแล้วจะเห็นได้ว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นหากมีการยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายจะไม่ได้อยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของไทย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น ได้บัญญัติแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 6 ได้บัญญัตินิยามของเจ้าหนี้มีประกันไว้ กล่าวคือเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย มีเพียง 4 ประเภท คือ ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนำ ผู้ทรงสิทธิยึดหน้าวง และเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ ที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ เท่านั้น และเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลายของไทยนั้น คำว่า “หลักประกัน” ที่เจ้าหนี้อ่านาจเหนือในการบังคับได้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่าง และจะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ฉะนั้นเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลายนั้นจึงต้องหมายถึงเจ้าหนี้อ่านาจบังคับเหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างของลูกหนี้ กล่าวคือเป็นการประกันด้วยทรัพย์สินเท่านั้น การที่ลูกหนี้ประกันหนี้ของตนด้วยบุคคล เช่นการทำสัญญาค้ำประกันต่อเจ้าหนี้ และต่อมาลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและต่อมาลูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เช่นนี้เจ้าหนี้จะต้องขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายได้ทางเดียว คือ ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ซึ่งการขอรับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีประกันนั้น เจ้าหนี้จะมีความเสี่ยงมากที่จะไม่ได้รับเงินในคดีล้มละลาย ด้วยเหตุเพราะว่าหากลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินอื่นใดที่ปลอดภาระผูกพัน คำขอรับชำระหนี้ก็จะถูกงดดำเนินการส่งเก็บ ตามคำสั่งกรมบังคับคดีที่ 445/2549 อีกทั้งเจ้าหนี้ไม่มีประกันนั้น จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพียงทางเดียว คือ ต้องขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย ภายใน 2 เดือน นับแต่ได้ประกาศโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายเท่านั้น แตกต่างกับเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 นั้น ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย และสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันก็ยังคงอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นกรณีการที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้น ซึ่งมีสิทธิตามสัญญาในการที่จะบังคับเอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เช่นบังคับจำนำโดยวิธีขายทอดตลาด²³⁵ กล่าวคือ ประสงค์จะขอไปบังคับกับหลักประกันที่ตนมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น เพียงแต่ต้องให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ตรวจดูทรัพย์สินเท่านั้นตามมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

²³⁵ ประกอบ ปัญญวรณศิริ. (2509). คู่มือกฎหมายล้มละลาย. หน้า 32.

จากการที่ผู้เขียนได้เคยอธิบายไว้ข้างต้นว่า เหตุผลที่นำสิทธิหักกลบลบหนี้ที่เดิม เป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้ในคดีล้มละลาย ก็เพื่อประโยชน์ของ สาธารณะที่จะมีความเชื่อมั่นให้มีการค้าขาย มีหนี้ซึ่งกันและกันตามปกติการค้า ทั้งยังเพื่อ ค้ำครองสิทธิหักกลบลบหนี้ดั้งเดิมของเจ้าหนี้ทั้งสองฝ่าย และเพื่อความยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ ต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ที่ล้มละลายเต็มจำนวน แต่ตนต้องมีภาระพิสูจน์ความเป็นเจ้าหนี้และ ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนตามหลักสัดส่วน (Pari Passu) นอกจากนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับ ผลกระทบจากการล้มละลายของเจ้าหนี้อีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิหักกลบลบหนี้จึงมีความสำคัญต่อ ความเชื่อมั่นในทางเศรษฐกิจการค้า และดังที่กล่าวมาข้างต้น เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ใน คดีล้มละลายนั้นเป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน ดังนั้นโดยปกติเจ้าหนี้นี้ดังกล่าวจำเป็นต้องยื่นขอรับชำระ หนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตีความไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1301/2501²³⁶ ว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหนังสือทวงหนี้ไป หรือหากไม่มีหนังสือทวงหนี้ดังกล่าว เจ้าหนี้ผู้นั้นก็สามารถที่จะแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ต่อลูกหนี้ หรือต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ ทรัพย์ได้ แม้ว่าจะล่วงพ้นระยะเวลา 2 เดือน ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย และ เมื่อได้แสดงเจตนาหักกลบลบหนี้กันแล้ว หนี้ก็เป็นอันระงับไปโดยผลแห่งกฎหมาย ส่วนประเด็นที่ว่าหลังจากลูกหนี้ปลดจากการล้มละลายไปแล้วเจ้าหนี้นี้ดังกล่าวสามารถแสดง เจตนาหักกลบลบหนี้ได้อีกหรือไม่นั้น ผู้เขียนจะขอล่าไว้ในประเด็นอื่นต่อไป

สิทธิหักกลบลบหนี้ (Set-Off) นั้น เป็นหนึ่งในข้อยกเว้นของหลักสัดส่วน (Pari Passu) ตามข้างต้น ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องรอรับเงินเพียงส่วนเฉลี่ย แห่งกองทรัพย์สินของลูกหนี้ สามารถหักกลบลบหนี้ได้เต็มจำนวนเท่าที่จำนวนแห่งสิทธิ เรียกร้องและมูลหนี้ที่มีลูกหนี้นั้นตรงกัน และเจ้าหนี้นี้มีประกัน ตามมาตรา 6 ก็เป็นหนึ่งใน ข้อยกเว้นของหลักสัดส่วน (Pari Passu) สามารถได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนจากเงินที่ได้จากการ ขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่นตามวงเงินที่ประกันไว้ เช่นกัน แต่เจ้าหนี้ทั้งสองประเภทนั้นก็มิสถานะของความเป็นเจ้าหนี้ต่างกัน กล่าวคือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิ หักกลบลบหนี้นั้นหากยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามาก็จะมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ซึ่งแม้ว่า สิทธิหักกลบลบหนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักสัดส่วน (Pari Passu) และไม่จำเป็นต้องขอรับชำระหนี้ เข้ามาในคดีล้มละลายก็ดี อีกทั้งสิทธิหักกลบลบหนี้นั้นก็มีความสำคัญต่อการติดต่อกับค้าขาย

²³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1303/2501 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การหักกลบลบหนี้กระทำได้โดยเจ้าหนี้แสดง เจตนาไปยังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เสียก่อนจึงจะหักหนี้ได้ มาตรา 102 เป็นเพียง ขยายความของการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ซึ่งหากมองดูผิวเผินแล้วลักษณะการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นคล้ายกับ เจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายอย่างมาก ต่างกันเพียงว่าสิ่งที่เป็นหลักประกันในหนี้ของ ลูกหนี้ นั้นมิใช่ทรัพย์สินที่เฉพาะเจาะจงชัดเจนเหมือนหลักประกันของเจ้าหนี้มีประกันใน คดีล้มละลาย ดังนั้นกฎหมายล้มละลายจึงมิได้ให้สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีประกันซึ่งจะทำให้ เป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย

หากได้พิจารณาถึงหลักในเรื่องการหักกลบลบหนี้แล้วจะพบว่า การหักกลบลบหนี้ นั้นเป็นการให้ประกันแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพราะเมื่อมีการหักกลบลบหนี้กันแล้ว ก็ไม่ต้อง กลัวว่าจะต้องไปเคลียหนี้กับเจ้าหนี้อื่นๆ เพราะเท่ากับว่าฝ่ายหนึ่งๆ ต่างได้รับชำระหนี้จากสิ่งที่ ตนเป็นหนี้อยู่เอง จึงไม่ต้องวิตกว่าเขาจะชำระหนี้ให้หรือไม่²³⁷ ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิ เรียกร้องของลูกหนี้ที่เจ้าหนี้ต้องชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ นั้นเป็นหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้แก่ เจ้าหนี้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้เช่นเดียวกับ เจ้าหนี้มีประกัน จะทำให้เกิดประโยชน์ต่อลูกหนี้ และเจ้าหนี้ที่ได้รับความคุ้มครองจะได้รับ ความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ซึ่งผู้เขียนเคยได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าสิทธิในการหักกลบลบหนี้ นั้นเป็นเสมือนกับหลักประกันที่ลูกหนี้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ ฉะนั้นหากให้เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบ หนี้มีสิทธิเสมือนเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายมากที่สุดน่าจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อคดี ล้มละลายไม่มากก็น้อย ยกตัวอย่างเช่น

สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการยื่นคำฟ้องให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายนั้น การที่เจ้าหนี้มีประกันจะฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้นั้น จะต้องเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 9 และ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยมาตรา 10²³⁸ นั้นวางหลักไว้ว่า หากเจ้าหนี้มีประกันจะฟ้องลูกหนี้ล้มละลายนั้น เจ้าหนี้จะต้องสละหลักประกันแก่กอง ทรัพย์สิน หรือตีราคาทรัพย์สินหลักประกันและจำนวนหนี้ยังขาดอยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่ง ล้านบาท หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ดังนั้นหากให้เจ้าหนี้ ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ซึ่งโดยหลักแล้วมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในหนี้ซึ่งมีต่อกันและกัน (Mutual Debt)

²³⁷ จิตติ ดิงศกัทธิย์ และ ชล ธีรกุล. เล่มเดิม. หน้า 224.

²³⁸ มาตรา 10 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 เจ้าหนี้มีประกันจะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ก็ต่อเมื่อ

(1) มิได้เป็นผู้ต้องห้ามมิให้บังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าตัวทรัพย์สินที่เป็น หลักประกัน และ

(2) กล่าวในฟ้องว่า ถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้ว จะยอมสละหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ ทั้งหลาย หรือตีราคาหลักประกันมาในฟ้องซึ่งเมื่อหักกับจำนวนหนี้ของตนแล้ว เงินยังขาดอยู่สำหรับลูกหนี้ซึ่ง เป็นบุคคลธรรมดาเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านบาท หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า สองล้านบาท”

เต็มจำนวนเป็นที่แน่นอนอยู่แล้ว ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลาย ส่งผลให้ขณะฟ้องร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลายนั้นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้จะต้องหักกลบลบหนี้จำนวนหนี้ตรงกันออกไปก่อน จำนวนหนี้ที่เหลือภายหลังหักกลบลบหนี้แล้วจึงจะนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการฟ้องล้มละลายตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้ เช่นนี้จะทำให้ศาลยกฟ้องและลูกหนี้ไม่ต้องถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 10 ดังที่กล่าวไว้ แต่หากเจ้าหนี้ดังกล่าวมิได้แจ้งสิทธิในการหักกลบลบหนี้ในขณะที่ยื่นคำฟ้องจะเกิดผลเช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าหนี้มีประกันยื่นฟ้องแต่มิได้แจ้งว่าตนเป็นเจ้าหนี้มีประกัน กล่าวคือ หากเจ้าหนี้มีประกันมิได้แจ้งว่าตนเป็นเจ้าหนี้มีประกันและต่อมาศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดไป เช่นนี้จะทำให้เป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบซึ่งอาจถูกเพิกถอน ตามมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พุทธศักราช 2542

สิทธิในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ โดยปกติแล้วเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้จะยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย ต้องยื่นในฐานะที่ตนเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันตามมาตรา 94 แต่หากได้มีการนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเจ้าหนี้มีประกันมาบังคับใช้กับบังคับแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้นจะทำให้เกิดผลตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483²³⁹ กล่าวคือหากเจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ได้ ไม่แจ้งในขณะที่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ว่าตนมีสิทธิดังกล่าว จะทำให้เจ้าหนี้ผู้นั้นสิ้นสิทธิในสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ โดยถือเสมือนว่าสิทธิดังกล่าวนั้นเป็นหลักประกันที่เจ้าหนี้มีอำนาจเหนืออยู่

สำหรับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการจัดกลุ่มเจ้าหนี้ ตามมาตรา 90/42 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เพื่อออกเสียงในการดำเนินการในคดีฟื้นฟูกิจการ เช่นการออกเสียงลงมติพิเศษเพื่อลงมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการ ตามมาตรา 90/46 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เจ้าหนี้มีประกันจะได้รับการจัดกลุ่มแยกออกไปจากเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่น อีกทั้งการออกเสียงในการลงมติเพื่อยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการนั้นต้องเป็นการลงมติพิเศษ ซึ่งต้องเป็นไปตามมาตรา 90/46 ทำให้การออกเสียงของเจ้าหนี้มีประกันจะมีผลต่อการที่แผนจะได้รับความเห็นชอบมากกว่าการออกเสียงของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

²³⁹ มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้มีประกันขอรับชำระหนี้โดยไม่แจ้งว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้นั้นต้องคืนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นเป็นอันระงับ เว้นแต่เจ้าหนี้นั้นจะแสดงต่อศาลได้ว่า การละเว้นนั้นเกิดขึ้นโดยพลั้งผลในกรณีเช่นนี้ศาลอาจอนุญาตให้แก้ไขข้อความในรายการแห่งคำขอรับชำระหนี้ โดยกำหนดให้คืนส่วนแบ่งหรือกำหนดอย่างอื่นตามที่เห็นสมควรก็ได้”

เพราะหากเป็นกรณีตามมาตรา 90/46 (2) หากเจ้าหนี้มีประกันที่ถูกจัดไว้ให้อยู่ในกลุ่มที่ 1 ตามมาตรา 90/42 ทวิ (1) เห็นชอบด้วยแผนแล้ว แม้จะเป็นเพียงรายเดียวก็ตาม แต่เมื่อรวมจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้ที่ยอมรับแผนทั้งหมดแล้วมากกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนหนี้ทั้งหมดก็ถือว่าแผนได้รับความเห็นชอบแล้ว

ในประเด็นข้างต้นมีข้อสงสัยประการหนึ่งคือ เมื่อได้ศึกษากฎหมายล้มละลายในต่างประเทศแล้วจำนวนหนี้ที่ใช้ในการออกเสียงลงมติของเจ้าหนี้มีประกัน จะต้องหักราคาทรัพย์สินหลักประกันออกไปก่อน เนื่องจากราคาทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้นย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนจากระบวนการล้มละลาย ฉะนั้นราคาส่วนที่เหลือหลังจากหักราคาของหลักประกันเท่านั้นจึงจะใช้เป็นจำนวนหนี้ในการลงมติออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้ได้ แต่กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยนั้นมิได้มีแนวทางเช่นนั้น ฉะนั้นเจ้าหนี้จึงมีประกันออกเสียงได้เต็มตามจำนวนหนี้ของตน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องนัก เนื่องจากเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากหลักประกันของตนก่อนอยู่แล้ว ดังนั้นควรให้จำนวนหนี้ที่เหลือจากหลักประกันเท่านั้นที่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้ได้

ประเด็นปัญหาดังที่ผู้เขียนกล่าวมานั้น หากพิจารณากฎหมายล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว จะพบว่ากฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกานั้นให้ถือว่าสิทธิหักกลบลบหนี้เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน (Secured Claim) เช่นเดียวกับสิทธิในหลักประกันของลูกหนี้ หรือ Liens โดยปรากฏในประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) §506 (a)²⁴⁰ ซึ่งได้วางหลักในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในการหักกลบลบหนี้ไว้ว่า สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่ได้รับอนุญาตให้ขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายที่ได้รับการประกันการชำระหนี้ไว้โดยทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันซึ่งอยู่บนกองทรัพย์สินที่มีสิทธิประโยชน์เหนืออยู่ หรือ “กรณีตามบทบัญญัติในเรื่องการหักกลบลบหนี้” ภายใต้มาตรา 553 แห่งบทบัญญัติในหมวดนี้ คือ สิทธิเรียกร้องที่มีประกันในจำนวนเพียงเท่าที่มีสิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินดังกล่าว หรือเพียง

²⁴⁰ 11 U.S.C §506(a).

§ 506. Determination of secured status

(a) An allowed claim of a creditor secured by a lien on property in which the estate has an interest, or that is subject to setoff under Section 553 of this title, is a secured claim to the extent of the value of such creditor's interest in the estate's interest in such property, or to the extent of the amount subject to setoff, as the case may be, and is an unsecured claim to the extent that the value of such creditor's interest or the amount so subject to set off is less than the amount of such allowed claim. Such value shall be determined in light of the purpose of the valuation and of the proposed disposition or use of such property, and in conjunction with any hearing on such disposition or use or on a plan affecting such creditor's interest.

เท่าที่จะสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้กันได้ กรณีหากมีการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินมีมากกว่าจำนวนหนี้ มูลค่าส่วนเกินของหลักประกันที่มากกว่าจำนวนหนี้ จะเรียกว่า “Equity cushion” จะถือว่า เจ้าหนี้นั้นเป็น “Oversecured Creditor” ซึ่งหนี้นั้นจะถือว่าเป็นหนี้ที่มีประกันทั้งหมด แต่ถ้ามูลค่าของทรัพย์สินน้อยกว่าจำนวนหนี้ จะถือว่าเจ้าหนี้นั้นเป็น “Undersecured Creditor” โดยหนี้จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ เป็นหนี้ที่มีประกันในจำนวนที่เท่ากับมูลค่าหลักประกัน และหนี้ที่ไม่มีประกันในจำนวนหนี้ที่เกินกว่ามูลค่าของหลักประกัน²⁴¹ เช่นนี้จะทำให้สามารถให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ได้อย่างเพียงพอ และเกิดประโยชน์ต่อคดีล้มละลายอย่างดี สำหรับเหตุผลที่ประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติรับรองให้สิทธิเรียกร้องตาม Section 553 ซึ่งก็คือสิทธิหักกลบลบหนี้เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีประกันตาม Section 506 นั้น อาจจะเป็นด้วยเหตุผลว่าในประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมิได้มีบทบัญญัติดังเช่นในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายลงไปนั้น จึงมีความแตกต่างกันในเรื่องของรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายเท่านั้น แต่สำหรับในเรื่องของเนื้อหาว่า เหตุใดสิทธิหักกลบลบหนี้จึงมีความสำคัญเทียบเท่ากับสิทธิในหลักประกัน (Collateral) ประเภทอื่น จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 3 นั้น เห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมองว่าการหักกลบลบหนี้เป็นการจำเป็นในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายจะมีหนี้ซึ่งจะต้องมีการชำระหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อทั้งสองฝ่ายต้องการที่จะหักกลบลบหนี้ต่ออีกฝ่าย ในเหตุผลอีกทางหนึ่งคือ ในกรณีที่หนี้ซึ่งมีทั้งสองฝ่าย (Mutual Debt) นั้นไม่เท่ากัน ซึ่งหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นเจ้าหนี้อยู่มีมากกว่าหนี้มีลูกหนี้เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ไม่ประสงค์ที่จะบังคับสิทธิของตน โดยจะใช้วิธีการหักกลบลบหนี้ครั้งหนึ่งของหนี้ซึ่งยังไม่เพียงพอจากลูกหนี้ และถึงแม้ว่าการใช้สิทธิเหล่านั้นจะถูกเลื่อนระยะเวลาการใช้สิทธิออกไปก่อนโดยสภาวะการพักการชำระหนี้ ที่มีไม่ว่าจะต่อลูกหนี้หรือต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย แต่ก็เป็นที่แน่นอนว่าสิทธิในการหักกลบลบหนี้ นั้นได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสิทธิเรียกร้องที่มีหลักประกัน (Secured claims) ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าเหตุผลที่บัญญัติสิทธิหักกลบลบหนี้ตาม Section 553 เป็นสิทธิที่มีประกัน (Security right) ตาม Section 506 นั้น น่าจะเป็นด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมานี้

กรณีที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์ต่อไปคือกฎหมายล้มละลายประเทศไทย ซึ่งคือพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในส่วนของการดำเนินคดีล้มละลายสามัญนั้น ได้มีต้นแบบในการร่างมาจากกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้

²⁴¹ หทัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ. เล่มเดิม. หน้า 44-45.

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งในขณะนั้นคือ พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Bankruptcy Act 1986) แต่ในปัจจุบันนี้ได้เปลี่ยนเป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) แล้ว แต่ในส่วนของสถานะเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้น ยังมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ที่มีได้เป็นเจ้าหนี้มีประกันในกฎหมายล้มละลาย แต่เนื่องด้วยการที่ ประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่นเดียวกัน การที่กฎหมายล้มละลายของไทยจะนำกฎหมายล้มละลายของประเทศ สหรัฐอเมริกา คือ 11 U.S.C §506 (a) เพื่อเป็นต้นแบบในการแก้ไขกฎหมายในส่วนของ การหักกลบลบหนี้ โดยแก้ไขในส่วนของเจ้าหนี้มีประกัน โดยให้เพิ่มเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้เข้ามาเป็นหนึ่งในเจ้าหนี้มีประกันในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เช่นนี้ก็ดูไม่น่าจะขัดแย้งมากนัก

ประเด็นปัญหาที่ตามมาที่จะมีว่า เมื่อกฎหมายล้มละลายของไทยนั้น ได้อธิบายไว้ว่า เจ้าหนี้มีประกันนั้นหมายถึง เจ้าหนี้ที่มีสิทธิในทรัพย์สิน (Property) ของลูกหนี้เฉพาะสิ่งเฉพาะ อย่าง แต่สิทธิหักกลบลบหนี้ได้มีทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างที่ทำให้เจ้าหนี้เป็นประกันชำระหนี้ไว้ เช่นนี้การที่จะให้เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้เป็นเจ้าหนี้มีประกันในคดีล้มละลายตาม มาตรา 6 นั้น จะเป็นการขัดต่อหลักดังกล่าวหรือไม่ ประการใด

คำว่าทรัพย์สินที่จะเป็นหลักประกันตามกฎหมายล้มละลายนั้น เมื่อใน พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้บัญญัตินิยามไว้โดยเฉพาะ จึงต้องไปดูนิยาม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป ซึ่งในมาตรา 138 ได้บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” ซึ่งจริงๆ แล้ว คำว่า “ทรัพย์สิน” ในทางกฎหมาย หมายถึง “วัตถุไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือไม่รูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้” ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็นสิทธิประเภทกรรมสิทธิ์อย่างเดียว แต่อาจจะเป็นสิทธิครอบครอง การจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน หรือ การคิดปันในอสังหาริมทรัพย์ หรือแม้กระทั่ง “สิทธิเรียกร้อง” ก็ถือเป็น “ทรัพย์สิน” อย่างหนึ่ง เช่นกัน

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสิทธิเรียกร้องนั้น น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อสิทธิเรียกร้องถือว่าเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีเหนือเจ้าหนี้นั้นเป็น ประกันไว้ จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่เหนือทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเฉพาะอย่างที่เป็น หลักประกันของลูกหนี้ ซึ่งเป็นนิยามของคำว่า หลักประกัน ที่อยู่ในความหมายของคำว่า “เจ้าหนี้มีประกัน”

นอกจากนี้ ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) นั้น ยังได้ให้แนวทางในการร่างกฎหมายล้มละลายสำหรับการหักกลบลบหนี้ไว้ว่าการบังคับใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ระหว่างกัน (Mutual Obligations) ที่มีเกิดขึ้นจากธุรกรรมหรือการกระทำของลูกหนี้ก่อนการเริ่มดำเนินกระบวนการนั้น มีความสำคัญ ไม่เพียงต่อความแน่นอนทางการค้าและการขอสินเชื่อ แต่ยังรวมถึงเป็นการป้องกันการใช้กระบวนการล้มละลายโดยผิดวัตถุประสงค์ ด้วยเหตุนี้กฎหมายล้มละลายจึงควรมีการคุ้มครองสิทธิในการหักกลบลบหนี้ดังกล่าว

วิธีการซึ่งเป็นทางเลือกหนึ่งคือยอมให้ใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ไม่ว่าหนี้ระหว่างกันจะถึงกำหนดก่อนหรือหลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย แต่การพักการใช้สิทธิดังกล่าวในลักษณะ เช่นเดียวกันกับการพักการใช้สิทธิของเจ้าหนี้นี้มีประกัน ในระบบที่นำวิธีการทางเลือกลูกหนี้มาใช้ เจ้าหนี้นี้จะถือว่าเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันต่อเมื่อมีสิทธิในการหักกลบลบหนี้ แต่ไม่ได้ใช้สิทธินั้น และสิทธิเหล่านี้จะได้รับการคุ้มครองในลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิในหลักประกัน²⁴²

ฉะนั้นด้วยเหตุผลที่กล่าวมาในข้างต้นหากจะได้มีการแก้ไขผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะแก้ไขโดยให้เจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ให้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้นี้มีประกันน่าจะทำได้ยากเพราะอาจมีผลกระทบในหลายด้าน แต่หากแก้ไขในรายละเอียดหลักเกณฑ์ของเจ้าหนี้นี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ให้มีลักษณะเทียบเท่ากับเจ้าหนี้นี้มีประกัน น่าจะทำได้ง่ายกว่าและทำให้การดำเนินคดีล้มละลายสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายและไม่ขัดต่อหลักเดิมในเรื่องของเจ้าหนี้นี้มีประกันแต่อย่างใด²⁴³ เช่น การฟ้องล้มละลายโดยกำหนดให้มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับมาตรา 10 (2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่าหากเจ้าหนี้นี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้จะฟ้องลูกหนี้ล้มละลายจะต้องหักจำนวนที่สามารถหักกลบลบหนี้กันได้ออกไป และนำจำนวนที่คงเหลือมาใช้เป็น

²⁴² กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. เล่มเดิม. หน้า 214-215.

²⁴³ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 9 เจ้าหนี้นี้มีประกันจะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้ก็ต่อเมื่อ

(1) มิได้เป็นผู้ต้องห้ามมิให้บังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้เกินกว่าตัวทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และ

(2) กล่าวในฟ้องว่า ถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้ว จะยอมสละหลักประกันเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือตีราคาหลักประกันมาในฟ้องซึ่งเมื่อหักกับจำนวนหนี้ของตนแล้ว เงินยังขาดอยู่สำหรับลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านบาท หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

หลักเกณฑ์ ในการฟ้องล้มละลาย เช่นจะทำให้มีผลเป็นบทบังคับโดยปริยายว่าหากฝ่าฝืนถือว่า เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์นั้นมิได้ปฏิบัติครบหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจทำให้ศาล ยกฟ้องหรือศาลพิจารณาคดีไปอาจทำให้มีการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบได้

การใช้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อเจ้าหนี้ที่มีสิทธิ หักกลดหนี้จะใช้สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาในเรื่องใดๆตามที่ กฎหมายกำหนด ควรจะต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปในแนวทางว่าจำนวนหนี้ที่จะใช้ในการ ออกเสียงนั้นจะต้องหักจำนวนที่สามารถหักกลดหนี้กันออกไป จำนวนหนี้ที่คงเหลือ จึงสามารถใช้เป็นเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้ได้ โดยมีมาตรการบังคับว่าหากมีการลงมติไปแล้ว โดยไม่ปรากฏว่ามีได้แจ้งว่าตนสามารถใช้สิทธิหักกลดหนี้ ต่อมาภายหลังปรากฏว่าเจ้าหนี้ ผู้นั้นมีสิทธิหักกลดหนี้ได้ เช่นนี้จะทำให้เกิดผลประการใดหรือไม่ กรณีดังกล่าวสามารถ แยกได้ 2 ประการ

1) กรณีหากมีการหักกลดหนี้ก่อนออกเสียงในที่ประชุมแล้วปรากฏว่ามีได้ทำ ให้มติประชุมเจ้าหนี้เปลี่ยนแปลงไป เช่น นาย ก เป็นหนี้ นาย ข จำนวน 1 ล้านบาท นาย ข เป็นหนี้ นาย ก จำนวน 5 หมื่นบาท เช่นนี้เมื่อ นาย ก ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด นาย ข ออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้โดยมิได้หักกลดหนี้ในจำนวน 5 หมื่นบาท ออกไปก่อนลงมติ เช่นนี้จะเห็นได้ว่าแม้จะหักกลดหนี้ออกไปก็ไม่น่าจะทำให้มีผลต่อมติที่ประชุมเจ้าหนี้แต่ อย่างไม่ เพราะหนี้ที่หักไปนั้นมีจำนวนเพียงเล็กน้อยเท่านั้น หากเป็นเช่นนี้แม้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิ หักกลดหนี้จะมีได้หักจำนวนที่สามารถหักกลดหนี้กันออกไปก่อน ผู้เขียนเห็นว่ก็ไม่ จำต้องมีการเพิกถอนมติที่ประชุมเจ้าหนี้แต่อย่างใด

2) กรณีหากมีการหักกลดหนี้ก่อนออกเสียงในที่ประชุมแล้วปรากฏว่าทำให้ มติประชุมเจ้าหนี้เปลี่ยนแปลงไป ยกตัวอย่างกรณีข้างต้น หากนาย ข เป็นหนี้ นาย ก จำนวน 9 แสนบาท เมื่อหักกลดหนี้ออกไปแล้วจะทำให้เหลือหนี้ที่จะสามารถออกเสียงในที่ ประชุมเจ้าหนี้เพียง 1 แสนบาทเท่านั้น เช่นนี้จะทำให้มติของที่ประชุมเจ้าหนี้อาจเปลี่ยนแปลง ได้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จำต้องขอเพิกถอนมติที่ประชุมเจ้าหนี้ ดังกล่าว เนื่องจากการฝ่าฝืนนั้นส่งผลกระทบต่อคู่ความและบุคคลภายนอกอันเนื่องจากมติ ดังกล่าว ซึ่งเป็น ไปในแนวทางเดียวกับมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

หรืออีกกรณีหนึ่งคือ การใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย ดังที่ ผู้เขียนเคยได้กล่าวมาแล้วว่า เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลดหนี้ นั้นมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มี ประกัน หากยื่นคำขอรับชำระหนี้จะต้องใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 94 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งแท้จริงแล้วสถานะของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลด

ลบนี้นั้นมีลักษณะเทียบเท่ากับเจ้าหนี้มีประกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการยื่นขอรับชำระหนี้ นั้น เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ควรจะนำแนวทางตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติต่อเจ้าหนี้มีประกันมาใช้แก่กรณีนี้ โดยให้เจ้าหนี้ผู้มี สิทธิหักกลบลบหนี้แสดงมาในคำขอรับชำระหนี้ว่าตนมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในมูลหนี้อะไร จำนวนเท่าใด หากฝ่าฝืนให้ถือว่าเจ้าหนี้นยอมสละสิทธิในสิทธิหักกลบลบหนี้

4.3 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากรณีลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้ที่มีสิทธิ หักกลบลบหนี้สามารถใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้อีกหรือไม่

เมื่อลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ สามารถใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้ได้อีกหรือไม่ โดยปกติทั่วไปแล้วถ้าลูกหนี้เป็นบุคคล ธรรมดา และมีได้เป็นบุคคลต้องห้ามตามมาตรา 81/1²⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 หรือมิได้มีพฤติการณ์ใดที่ทำให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องรายงานศาล ให้หยุดนับระยะเวลาปลดล้มละลายลูกหนี้ ตามมาตรา 81/2²⁴⁵ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย

²⁴⁴ มาตรา 81/1 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 81/2 บุคคล ธรรมดาซึ่งศาลพิพากษาให้ล้มละลายแล้วให้ปลดบุคคลนั้นจากล้มละลายทันทีที่พ้นกำหนดระยะเวลาสามปีนับแต่ วันที่ศาลได้พิพากษาให้ล้มละลาย เว้นแต่

(1) บุคคลนั้นได้เคยถูกพิพากษาให้ล้มละลายมาก่อนแล้ว และยังไม่พ้นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ ศาลได้พิพากษาให้ล้มละลายครั้งก่อนจนถึงวันที่ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ครั้งหลัง ให้ขยายระยะเวลาเป็นห้าปี

(2) บุคคลนั้นเป็นบุคคลล้มละลายทุจริตที่ไม่มีลักษณะตาม (3) ให้ขยายระยะเวลาเป็นสิบปี เว้นแต่ ในกรณีที่มีเหตุผลพิเศษและบุคคลนั้นถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี ศาลจะสั่งปลดจาก ล้มละลายก่อนครบกำหนดสิบปีตามคำขอของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือของบุคคลล้มละลายนั้นก็ได้

(3) บุคคลนั้นเป็นบุคคลล้มละลายอันเนื่องมาจากหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดอันมีลักษณะ เป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ให้ขยาย ระยะเวลาเป็นสิบปี

ในกรณีที่มีเหตุตาม (1) (2) หรือ (3) มากกว่าหนึ่งเหตุ ให้ขยายระยะเวลาโดยอาศัยเหตุใดเหตุหนึ่งที่มี ระยะเวลาสูงสุดเพียงเหตุเดียว

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 76 มาตรา 77 และ มาตรา 78 มาใช้บังคับกับการปลดจากล้มละลาย ตามมาตรา 91 โดยอนุโลม”

²⁴⁵ มาตรา 81/2 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติว่า “ก่อนระยะเวลาสามปีตามมาตรา 81/1 วรรคหนึ่งจะสิ้นสุดลง เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดนับ ระยะเวลาดังกล่าวไว้ก่อนก็ได้

เมื่อศาลได้รับคำขอเช่นว่านี้แล้ว ให้ศาลกำหนดนัดได้ส่วนเป็นการด่วน และส่งสำเนาคำขอให้แก่

พุทธศักราช 2483 ลูกหนี้จะได้รับการปลดล้มละลายเมื่อพ้นระยะเวลา 3 ปี นับแต่ศาลมีคำพิพากษาล้มละลายลูกหนี้ ตามมาตรา 81/1 และลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้สินที่มีได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ เว้นแต่จะเป็นหนี้สินตามมาตรา 77²⁴⁶

กรณีมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่าเมื่อลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้วไม่ว่าเป็นการปลดล้มละลายตามมาตราใด เจ้าหนี้ที่มีสิทธิในการหักกลบลบหนี้จะสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้อีกหรือไม่

จากการที่ผู้เขียนได้เคยอธิบายมาในข้างต้นแล้วว่าเมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้ของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือไม่ จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย เว้นแต่เจ้าหนี้บางประเภทเท่านั้น คือเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในการหักกลบลบหนี้ ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 102 และมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งศาลฎีกาตีความไว้ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว หากเจ้าหนี้มีได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายภายในระยะเวลา 2 เดือน ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และหนี้สินมิได้เป็นหนี้ที่เป็นข้อยกเว้นในมาตรา 77 ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้สินที่มีได้มีคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย เว้นแต่หากเจ้าหนี้เป็นเจ้าหนี้มีประกันตามมาตรา 6 เพราะเจ้าหนี้มีประกันนั้น ไม่ได้ได้รับความกระทบกระเทือนจากกระบวนการในคดีล้มละลาย แม้ว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 96 (3) ภายในระยะเวลา 2 เดือนดังกล่าว แต่เจ้าหนี้มีประกันยังสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 95 ได้ เพราะการใช้สิทธิตามมาตรา 95 ของเจ้าหนี้มีประกันนั้นมิได้มีระยะเวลาจำกัดในการใช้สิทธิไว้ เจ้าหนี้มีประกันจะใช้สิทธิตามมาตรา 95 เมื่อใดก็ได้ ถึงแม้ว่าลูกหนี้จะได้รับการปลดจากการล้มละลายไปแล้วก็ไม่ตัดสิทธิตามมาตรา 95 นี้

แต่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ นั้น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น มิได้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันแต่อย่างใด จึงไม่มีสิทธิตามมาตรา 95 อีกทั้งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1303/2501 ซึ่งได้วางหลักว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในการหักกลบลบหนี้ไม่ต้องขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายนั้น ได้กล่าวเลยไปถึงว่าจะใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ดังกล่าว

บุคคลล้มละลายทราบก่อนวันนัดไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน”

²⁴⁶ มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติว่า “คำสั่งปลดจากล้มละลายทำให้บุคคลล้มละลายหลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงอันพึงขอรับชำระได้ เว้นแต่

- (1) หนี้เกี่ยวกับภาษีอากร หรือจกอบของรัฐบาลหรือเทศบาล
- (2) หนี้ซึ่งได้เกิดขึ้นโดยความทุจริตหรือโกงของบุคคลล้มละลาย หรือหนี้ซึ่งเจ้าหนี้ไม่ได้เรียกร้องเนื่องจากความทุจริตหรือโกงซึ่งบุคคลล้มละลายมีส่วนเกี่ยวข้องสมรู้”

ได้ภายในระยะเวลาใด แต่หากได้พิจารณาถึงหลักในกฎหมายล้มละลายแล้ว จะพบว่าในแต่ละช่วงเวลาก่อนและในขณะที่มีการฟ้องล้มละลายนั้น เจ้าหนี้จะหักกลบลบหนี้ได้มากน้อยเพียงใด ดังนี้

1) ก่อนฟ้องล้มละลาย

ก่อนลูกหนี้ถูกฟ้องคดีล้มละลาย เจ้าหนี้สามารถแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้กับลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 342 และการแสดงเจตนาในการหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้ เพียงเจ้าหนี้แสดงเจตนาฝ่ายเดียวก็เป็นผล ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมหรือเห็นชอบจากอีกฝ่ายหนึ่ง และถึงแม้จะเป็นการจับใจอีกฝ่ายหนึ่งก็ยังชอบที่จะแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ได้ทั้งนี้เพราะว่าการหักกลบลบหนี้เป็นวิธีการเอาชำระหนี้นอกศาล การฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ฉันใดการหักกลบลบหนี้ซึ่งเป็นวิธีที่กฎหมายยอมให้อำนาจเจ้าหนี้ได้ทางบัญชีก็ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งฉันนั้น

นอกจากนั้น การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้มีประเด็นว่าเป็นการที่ลูกหนี้ให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 115 หรือไม่ ประเด็นนี้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งตามมาตราข้างต้นเพราะการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้เป็นการกระทำของเจ้าหนี้ไม่ใช่การกระทำของลูกหนี้ ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนการหักกลบลบหนี้ได้ คำพิพากษาฎีกาที่ 2453/2527 ธนาคารผู้คัดค้าน โอนฝากประจำของลูกหนี้ที่ 2 ซึ่งเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดลูกหนี้ที่ 1 ไปเข้าบัญชีกระแสรายวันของลูกหนี้ที่ 1 เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2522 เป็นการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ที่ 1 เป็นหนี้เบิกเงินเกินบัญชีธนาคารเพื่อหักหนี้ เกิดจากหนังสือค้ำประกันยินยอมการหักบัญชีเงินฝากประจำชำระหนี้ระหว่างลูกหนี้ที่ 2 กับธนาคารผู้คัดค้านเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2521 ก่อนมีการขอให้ลูกหนี้ทั้งสองล้มละลายเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2522 ธนาคารผู้คัดค้านในฐานะเจ้าหนี้ของจำเลยที่ 2 ในมูลหนี้ค้ำประกัน และเป็นลูกหนี้ของจำเลยที่ 2 ในมูลหนี้เงินฝากประจำที่ธนาคารรับฝากไว้ แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงดังกล่าวธนาคารผู้คัดค้านก็มีสิทธิที่จะหักกลบลบหนี้ระหว่างหนี้ตามสัญญาค้ำประกันกับมูลหนี้เงินฝากประจำนั้นได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 102 ทั้งนี้ตามมาตรา 115 ใช้คำว่า ลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำ มุ่งถึงกิริยาที่ยินยอม มิได้ใช้คำว่าผู้อื่นทำด้วยความยินยอมของลูกหนี้ ดังนี้ จึงถือไม่ได้ว่าลูกหนี้ที่ 2 ได้กระทำหรือยินยอมให้ธนาคารผู้คัดค้านกระทำการ โอนบัญชีและหักหนี้เมื่อวันที่ 28 กันยายน 2522 ในระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย โดยมุ่งหมายให้ธนาคารผู้คัดค้านได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่นตามมาตรา 115 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอให้เพิกถอนการโอนดังกล่าวไม่ได้

2) เมื่อลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว

แม้หลังลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถขอหักกลบลบหนี้ได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 102 ได้คำพิพากษาฎีกาที่ 1475/2528 ธนาคารผู้คัดค้านซึ่งเป็นเจ้าหนี้จำเลยอยู่ก่อนพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิหักกลบลบหนี้กับจำเลยได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 102 โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมของจำเลย และสิทธิในการขอหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 102 นี้ย่อมกระทำได้แม้จะเป็นเวลาหลังพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงไม่มีสิทธิขอเพิกถอนการหักกลบลบหนี้ตามมาตรา 115

3) เมื่อลูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายแล้ว

เมื่อลูกหนี้ถูกพิพากษาให้ล้มละลายแล้ว พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 102 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากการหักกลบลบหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) เป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 94

(2) แม้มูลหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์เดียวกันก็ดีหรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี ก้อาจหักกลบลบหนี้กันได้

(3) เว้นแต่ เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังจากที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว หมายถึง หนี้ของเจ้าหนี้เกิดขึ้นภายหลังวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเป็นหนี้ที่ไม่อาจขอรับชำระหนี้ได้ จึงนำมาหักกลบลบหนี้ไม่ได้

ดังนั้นแม้ว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิในการหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย เพียงแต่แสดงเจตนาโดยแจ้งต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น แต่เนื่องด้วยเหตุผลที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้ว่าหากเจ้าหนี้มิได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลายภายในระยะเวลา 2 เดือน ตามมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และหนี้นั้นมีได้เป็นหนี้ที่เป็นข้อยกเว้นในมาตรา 77 ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้ที่มีได้มีคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย ยกเว้นแต่กรณีที่เป็นเจ้าหนี้มีประกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีหากลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้ว หนี้ที่ลูกหนี้จะหลุดพ้นไปเนื่องจากการปลดจากการล้มละลาย คือ หนี้ที่เป็นบุคคลสิทธิเท่านั้น ส่วนหนี้ที่เป็นทรัพย์สินนั้นลูกหนี้มิได้หลุดพ้นไปเนื่องจากการปลดจากการล้มละลายด้วย

ฉะนั้น เมื่อสิทธิในการหักกลบลบหนี้เป็นการที่เจ้าหนี้และลูกหนี้เป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และหนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้นั้นอาจจะเป็นหนี้ที่มีประกันหรืออาจไม่มีประกัน กรณีที่หนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้อยู่เป็นหนี้ที่มีได้มิให้หลักประกันการชำระหนี้ไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเจ้าหนี้มีใช่เจ้าหนี้มีประกัน เช่นนี้เมื่อเจ้าหนี้ดังกล่าวมิได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย และต่อมากลางหลังจากเมื่อลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย ลูกหนี้จะหลุดพ้นจาก

หนี้สินดังกล่าวนั้น ตามมาตรา 77 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ส่งผลให้กรณีไม่มีหนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้ ยังคงเหลืออยู่แต่เพียงสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ เพราะมาตรา 77 นั้นกล่าวไว้แต่เพียงว่าลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงอันพึงขอรับชำระได้เท่านั้น ดังนั้นสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้จึงไม่ได้หลุดพ้นไปด้วย จึงไม่มีหนี้ซึ่งกันและกัน (Mutual Debt) อันจะทำให้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้กันได้ สำหรับกรณีที่หนี้ดังกล่าวนี้เป็นหนี้ที่มีหลักประกัน แม้ว่าลูกหนี้อาจหลุดพ้นจากหนี้สินที่เป็นหนี้ประธานก็ตาม แต่บทบัญญัติตามมาตรา 77 วรรคหนึ่งนั้นมิได้บัญญัติว่าหนี้สินอันพึงขอรับชำระได้ที่มีได้ยื่นขอรับชำระหนี้เข้ามา นั้นจะระงับสิ้นไป ดังนั้นหนี้ที่เป็นประกันการชำระหนี้ เช่น จำน่า หรือจำนองนั้น จึงย่อมไม่ระงับไปด้วย เพราะหนี้อันเป็นประกันย่อมจะระงับไปด้วยเหตุใดนั้น จะเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยกตัวอย่างเช่น จำนองย่อมระงับไปด้วยเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 744²⁴⁷ เท่านั้น เป็นต้น กรณีจึงไม่เข้าตามอนุมาตราใดของมาตราดังกล่าว หนี้ที่เป็นประกันอันเป็นหนี้อุปกรรมจึงไม่ได้ระงับไป หากเจ้าหนี้ดังกล่าวจะมีได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย แต่เมื่อต่อมาภายหลังลูกหนี้ได้รับปลดจากการล้มละลาย เช่นนี้จะเห็นได้ว่า ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ยังมีหนี้ซึ่งกันและกัน (Mutual Debt) อยู่ เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ เมื่อเจ้าหนี้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้แล้วทำให้หนี้สินที่มีอยู่ต่อกันย่อมระงับไปเพียงเท่าจำนวนหนี้ที่ตรงกันเท่านั้น

หากพิจารณาในแง่หนึ่งแล้วพบว่า ตามมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้บัญญัติว่าหากเจ้าหนี้มิได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ในมูลหนี้ใด จะทำให้หนี้ นั้น “ระงับ” เพียงแต่ทำให้หนี้ นั้น “หลุดพ้น” เท่านั้น เช่นนี้อาจมีปัญหาในการตีความเพื่อนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้ได้ แม้ว่าในมาตรา 77 จะบัญญัติในเรื่องดังกล่าวโดยใช้คำว่า “หลุดพ้น” ซึ่งไม่ได้ทำให้หนี้ นั้นระงับก็ตาม แต่เป็นกรณีที่ทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับแก่สิทธิเรียกร้องนั้นได้อีก จึงขัดต่อหลักเกณฑ์ตามมาตรา 102 ในข้อแรกว่าหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้กันได้นั้นจะต้องเป็นหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้ ซึ่งหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ได้นั้น

²⁴⁷ มาตรา 744 บัญญัติว่า “อันจำนองย่อมระงับสิ้นไป

- (1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ
- (2) เมื่อปลดจำนองให้แก่ผู้จำนองด้วยหนังสือเป็นสำคัญ
- (3) เมื่อผู้จำนองหลุดพ้น
- (4) เมื่อถอนจำนอง
- (5) เมื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินซึ่งจำนองตามคำสั่งศาลอันเนื่องมาแต่การบังคับจำนองหรือถอนจำนอง
- (6) เมื่อเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นหลุด

จะต้องเป็น ไม่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ตามมาตรา 94 (1) หากสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้นั้นไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีกันได้แล้ว ฉะนั้นหากให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้สามารถหักกลบลบหนี้ในมูลหนี้ที่ตรงกับสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องบังคับตามมูลหนี้ได้จะเป็นการขัดต่อมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

แต่เมื่อมองในอีกแง่หนึ่งแล้วพบว่าเหตุที่มาตรา 77 ใช้คำว่า “หลุดพ้น” อาจด้วยเพราะว่ามาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้วางหลักไว้ว่า การที่ศาลได้มีคำสั่งปลดจากล้มละลายนั้นไม่ทำให้บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลล้มละลาย หรือรับผิดชอบร่วมกับบุคคลล้มละลาย หรือคู่ประกัน หรืออยู่ในลักษณะอย่างคู่ค้ำประกันของบุคคลล้มละลายหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไปด้วย หากใช้คำว่า “ระงับ” จะทำให้บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาอุปกรณ์ตามมาตรา 78 ระงับไปด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่าหน้าที่เจ้าหนี้มิได้มีการหักกลบลบหนี้จนลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย มิได้ทำให้สิทธิในการขอหักกลบลบหนี้ของเจ้าหนี้หมดสิ้นไป ด้วยเหตุผลว่าดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้หลักสัดส่วน (Pari Passu) อีกทั้งยังมีแนวคำพิพากษาฎีกาวางหลักไว้ว่าเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย เพียงแต่แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายล้มละลายประสงค์ให้มีการหักกลบลบหนี้ล้มละลายนั้นอีกเหตุผลหนึ่งคือ เพื่อมิให้เกิดความยุ่งยากในการแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สิน ดังนั้นแม้หากลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้วก็ตามเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ก็ยังสามารถขอหักกลบลบหนี้ได้ การที่กฎหมายใช้คำว่า “หลุดพ้น” นั้นหมายถึงเพียงว่าไม่สามารถฟ้องบังคับแก่สิทธิเรียกร้องนั้นได้อีกเท่านั้น แต่สิทธิเรียกร้องนั้นยังมีได้ระงับไป ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดความยุ่งยากและเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักสัดส่วน (Pari Passu) เมื่อลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ก็สามารถแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ได้โดยหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ต้องตกอยู่ภายใต้มาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ดังนั้นแนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าวิธีทางที่น่าจะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ได้มากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น คือ โดยการบัญญัติให้ชัดเจนว่าภายใต้บังคับมาตรา 102 แม้ลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ยังสามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้

บทที่ 5

บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กรณีตามมาตรา 102 มาตรา 103 และมาตรา 90/33 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นั้น ได้วางหลักไว้ให้เจ้าหนี้ที่มีความผูกพันต้องชำระหนี้ให้กับลูกหนี้ที่สามารถใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีแพ่งทั่วไป แต่มีความแตกต่างจากในคดีแพ่งที่สำคัญในบางประการ อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายล้มละลายนั้นมีลักษณะการดำเนินคดีที่แตกต่างจากคดีแพ่ง คือคดีล้มละลายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ดำเนินคดีไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม เพื่อให้ลูกหนี้ปลดจากการล้มละลายและเริ่มต้นชีวิตใหม่ (Fresh Start) โดยเร็วที่สุด โดยเจ้าหนี้ทุกรายได้รับชำระหนี้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการขอหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและในคดีฟื้นฟูกิจการมีความแตกต่างกัน ทั้งๆที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน และเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ ไม่มีประกัน ซึ่งโดยแท้จริงแล้วเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้มีลักษณะและความสำคัญไม่ด้อยไปกว่าเจ้าหนี้มีประกัน จึงควรที่กฎหมายล้มละลายจะให้ความสำคัญแก่เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้มากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

เมื่อได้ศึกษาในพระราชบัญญัติล้มละลายประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ต้นแบบในการร่างกฎหมายล้มละลายของไทย แล้วจะพบว่าประเทศอังกฤษนั้นมีหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายตาม กฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Rules 1986) Rule 4.90 ซึ่งเหมือนกับหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้เช่นเดียวกับการหักกลบลบหนี้ในกฎหมายแพ่งมาตรา 341 ของไทย ส่วนในคดีฟื้นฟูกิจการนั้นมิได้มีบัญญัติหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ไว้ จึงต้องใช้ตามการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายตาม กฎเกณฑ์ว่าด้วยล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Rules 1986) Rule 4.90 ทำให้หลักเกณฑ์ของการดำเนินการในคดีทั้งสองเกี่ยวกับสิทธิหักกลบลบหนี้มีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวเดียวกัน

ส่วนกฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา (Bankruptcy Code 11 U.S.C) นั้นเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายล้มละลายในส่วนของการฟื้นฟูกิจการ แต่เมื่อพิจารณาจากเอกสารที่ได้ศึกษาค้นคว้าแล้วพบว่าในกฎหมายเรื่องฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา (Reorganization) นั้น

มิได้มีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษในเรื่องของการหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการไว้ หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการได้ถูกเพิ่มเติมในชั้นกรรมาธิการวิสามัญของวุฒิสภา ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงมิได้นำมาจากเรื่องฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา (Reorganization) แต่ได้บัญญัติเพิ่มเติมลงไปเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ ส่วนการหักกลบลบหนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงน่าจะเป็นไปตามหลักในกฎหมายแพ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับกฎหมายล้มละลายในประเทศญี่ปุ่นนั้น (Bankruptcy Law of Japan: Law No.75, June 2, 2004) ยอมให้มีการนำการหักกลบลบหนี้มาใช้ในคดีล้มละลายได้ แต่มิได้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องของวัตถุประสงค์แห่งหนี้ของมูลหนี้ที่จะมาหักกลบลบหนี้ออกมาชัดเจนเหมือนในมาตรา 102 ของไทย ดังนั้นหลักเกณฑ์บางประการจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมาตรา 505 ซึ่งก็มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการหักกลบลบหนี้ในมาตรา 341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนั้นในคดีฟื้นฟูกิจการของประเทศญี่ปุ่นจึงมีหลักการเป็นไปโดยสอดคล้องในแนวทางเดียวกัน

5.1 ข้อเสนอแนะ

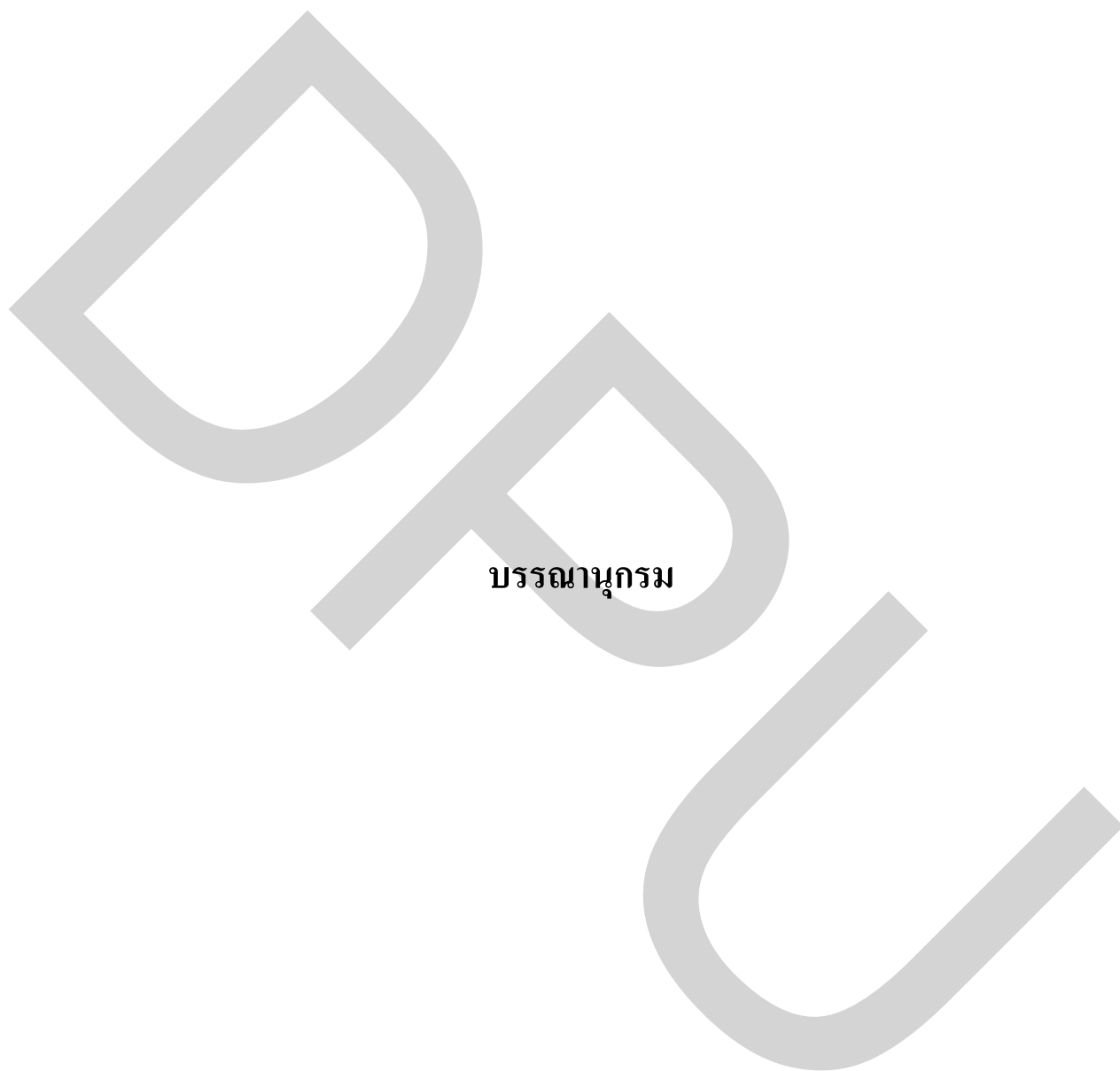
จากการศึกษาสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการในโดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ พบว่ากฎหมายไทยต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับคำขอรับชำระหนี้ อันจะส่งผลดีต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง คือ เจ้าหนี้ ลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และศาล ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1) ควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้มีความคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษหรือประเทศญี่ปุ่น ดังนี้ “ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ และมูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายมีวัตถุประสงค์เหมือนกัน ก็อาจหักกลบลบกันได้ แม้ว่าจะตกอยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขก็ตาม เว้นแต่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว” สำหรับในมาตรา 90/33 นั้นให้คงเดิมไว้

2) ในกรณีที่เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการยื่นฟ้องลูกหนี้คดีล้มละลาย ควรจะมีบทบัญญัติให้ชัดเจนว่า หากเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิหักกลบลบหนี้จะฟ้องลูกหนี้ล้มละลายจะต้องหักจำนวนที่สามารถหักกลบลบหนี้กันได้ออกไป และนำจำนวนที่คงเหลือมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการฟ้องล้มละลาย เช่นจะทำให้มีผลเป็นบทบังคับโดยปริยายว่าหากฝ่าฝืนถือว่าเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์นั้นมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมาย

กำหนด ซึ่งอาจทำให้ศาลยกฟ้องหรือศาลพิจารณาคดีไปอาจทำให้มีการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบได้

3) การใช้สิทธิยื่นคำขอรับชำระหนี้เข้ามาในคดีล้มละลาย ควรจะนำแนวทางตาม มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ มีประกันมาใช้แก่กรณีนี้ โดยให้เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิหักกลบลบหนี้แสดงมาในคำขอรับชำระหนี้ว่า ตนมีสิทธิหักกลบลบหนี้ในมูลหนี้อะไร จำนวนเท่าใด หากฝ่าฝืนให้ถือว่าเจ้าหนี้ยอมสละสิทธิ ในสิทธิหักกลบลบหนี้



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร. (2540). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้**. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.
- จิตติ ดิงศภัทย์ และ ชล ธีรกุล. (2503). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- โชค จารุจินดา. (2507). **กฎหมายลักษณะล้มละลาย คำสอนชั้นปริญญาตรีปีที่ 4 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวี กสิยพงศ์. (2526). **คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พร้อมด้วยประมวลระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับคดีล้มละลาย**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- ประกอบ ปัญญาวรณศิริ. (2509). **คู่มือกฎหมายล้มละลาย**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- ปรีชา พานิชวงศ์. (2548). **คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย พิมพ์ครั้งที่ 12**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- พจน์ ปุษปาคม. (2546). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกัน จำน่า จำนอง สิทธิยึดหน่วง และบูรณสิทธิ**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2552). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- พิชัยศักดิ์ ทรายงกูร. (2544). **รวมศัพท์และภาษิตกฎหมายลาติน-ไทย**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. (2552). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 8)**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- มองซิเออร์ เอ.ซี เลเดเกอร์. (2459). **กฎหมายและระเบียบข้อบังคับคำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย**. พระนคร: เดลิเมร์.
- วิชา มหาคุณ. (2553). **คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 13)**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2547). **กฎหมายฟื้นฟูกิจการ (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: วิศิษฐ์สรอรรถ.

สทรน รัตนไพจิตร. (ม.ป.ป.). “การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยการขอ Administration Order ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ.” รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์. กรุงเทพฯ

สุธีร์ ศุภนิตย์. (2552). หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

โสภณ รัตนากร. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

เสนีย์ ปราโมช. (2527). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.

หลวงสารกิจปริษา. (2495). กฎหมายลักษณะล้มละลาย. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2495. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2513). กฎหมายลักษณะล้มละลาย คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2513 (พิมพ์ครั้งที่ 6). พระนคร: นำเชียการพิมพ์.

อรพรรณ พันธุ์พัฒนา. (2546). คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

เอื้อน ชุนแก้ว. (2553). คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

บทความ

ชัยญานุช ดันติกุล. (2552, มกราคม-เมษายน). “คดีล้มละลายของลูกหนี้บุคคลธรรมดาในประเทศ สหรัฐอเมริกา.” *ตุลพาห*, 56, 1. หน้า 87.

วิทยานิพนธ์

กฤษฎา พุ่งโชคชัย. (2539). หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ธเนศ ไชยหมาน. (2541). การขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ชำระศรีรักษ์ ลาพินี. (2542). **ปัญหาสิทธิการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้บุริมสิทธิทางทะเลในคดีล้มละลาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นพรัตน์ เนียมคล้าย. (2554). **เจ้าหนี้บุริมสิทธิในกฎหมายล้มละลาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- วราลี เจริญเลิศวิลาศ. (2547). **การตั้งเอกชนเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายล้มละลายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- หทัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ. (2544). **สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการ**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อัศพล ไทยจรรยา. (2549). **หลักกฎหมายของการหักกลบหนี้: ศึกษาเป็นกรณีพิเศษในกฎหมายล้มละลาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เอกสารอื่นๆ

- กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม. (2551). **แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)**. นนทบุรี: สหมิตร พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชซิ่ง.
- ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. (2468). **รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วันที่ 24 กันยายน 2468**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ศุภัญญา ประดิษฐ์วิทยา. (2549). **ข้อจำกัดในการดำรงตำแหน่งหรือการประกอบอาชีพของบุคคลล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการประกอบอาชีพรับราชการ**. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ บรรพ1-2 ฉบับกรมร่างกฎหมาย. **ในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราเสวี 18 กันยายน 2533**. หน้า 122.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

มานิตย์ จุมปา. (2552, 26 มกราคม). หักกลบหนี้ในกฎหมายล้มละลาย. สืบค้นเมื่อ 21 ตุลาคม 2553, จาก <http://elib.coj.go.th/Article/bank2.pdf>

ภาษาอังกฤษ

BOOKS

- Anderson, Hamish. (1987). **Administrators: Part II of the Insolvency Act 1986**. London: Sweet & Maxwell.
- Andrew Keay and Peter Walton. (2003). **Insolvency law: Corporate and Personal**. London: Person Education.
- Becker, J.E. de. (1979). **Annotated Civil Code of Japan**. London: Butterworth Press.
- Black, Henry Campbell. (1990). **Black's law dictionary** (6th ed.). St. Paul: West Press.
- Blum, Brian A. (1999). **Bankruptcy and debtor creditor** (2nd ed.). New York: Aspen Press.
- Burke, John. (1997). **Jowett's Dictionary of English Law** (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Bowtle, Grameme and Mcguinness, Kevin. (2001). **The law of ship mortgages**. London: LLP.
- Calnan, Richard. (2010). **Proprietary Rights and Insolvency**. New York: Oxford University Press.
- Cowans, Daniel R. (1980). **Cowans Bankruptcy Law and Practice** (Interim Edition.). St.Paul,minn: West Press.
- Epstein, David G. (1995). **Bankruptcy and other debtor-creditors law in a nutsheil** (5th ed.). U.S.A.: West Press.
- Ferriell, Jeff and Jangen, Edward J. (2007). **Understanding Bankruptcy** (2nd ed.). United state: Lexis Nexis.

- Finch, Vanessa. (2002). **Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles**.
Cambridge: Cambridge university press.
- Glare, P.G.W. (1984). **Oxford Latin Dictionary**. New York: Oxford University Press.
- Goode, Roy. (1988). **Legal problems of credit and security** (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell.
- _____. (1997). **Principle of Corporate Insolvency law**. London: Sweet & Maxwell.
- Halsbury's Law of England (4th ed reissue.). (1997). **Lien**. London: Butterworths.
- Jowitt, Earl and Walsh, Clifford. (1959). **The Dictionary of English law, Vol.IA-H**. London: Sweet & Maxwell.
- Mokal, Rizwaan Jameel. (2005). **Corporate Insolvency Law**. New York: Oxford University Press.
- Sealy, Len and Milman, David. (2004). **Annotated guide to the insolvency legislation** (7th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Steele, Stacey. (2006). **Insolvency Law in East Asia**. England: Ashgate.
- Tabb, Charles Jordan. (2009). **The law of bankruptcy** (2nd ed.). New York: Foundation / Thomson Reuters.
- Tolmie, Fiona. (1998). **Introduction to corporate and personal insolvency law**. London: Sweet & Maxwell.
- Totty, Peter. (1999). **Insolvency Vol.1**. London: Sweet & Maxwell.
- Wood, Philip R. (2007a). **Law and Practice of International Finance: Set-off and Netting, Derivative Clear System**. London: Sweet & Maxwell.
- Wood, Philip R. (2007 c). **Principles of international insolvency V1** (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Wood, Philip R. (2007 b). **Project Finance, Securitisations, subordinated Debt**. London: Sweet & Maxwell.
- Zimmermann , Reinhard. (1996). **The Law of Obligation: Roman Foundations of the Civilian Tradition**. Clarendan Press: Oxford.

ELECTRONIC SOURCE

Claassens, Thomas L. (ed.). (2007). Legal aspects of doing business in the Netherlands
Loyend&LoeffSerie. Retrieved December 21, 2010, from
[www.loyensloeff.com/.../legal aspects of doing business in the netherlands.pdf](http://www.loyensloeff.com/.../legal%20aspects%20of%20doing%20business%20in%20the%20netherlands.pdf)

ประวัติผู้เขียน

| | |
|------------------|---|
| ชื่อ-นามสกุล | กิตติวัฒน์ จิตวิริยาวัฒน์ |
| วัน เดือน ปีเกิด | 15 ตุลาคม 2526 |
| วุฒิการศึกษา | นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2548 เนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา |
| ประสบการณ์ทำงาน | พนักงานราชการ ตำแหน่งนิติกร กองฝึกอบรมเชิงปฏิบัติการ, กองบังคับคดีล้มละลาย 1 กรมบังคับคดี พ.ศ. 2550-2553, ข้าราชการ ตำแหน่งนิติกรปฏิบัติการ กองบังคับคดีล้มละลาย 1 กรมบังคับคดี พ.ศ. 2554, ปัจจุบันเป็นข้าราชการศาลยุติธรรม ตำแหน่งนิติกรปฏิบัติการ ประจำสำนักอำนวยการประจำศาลฎีกา |