

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ



บทสรุป

ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิเป็นข้อตกลงรูปแบบหนึ่งที่ใช้กันทางธุรกิจ และมีความสำคัญในการเอื้ออำนวยต่อการแสวงหาแหล่งเงินทุนของกิจการ เนื่องจากการที่หนี้ด้วยสิทธิมีคุณสมบัติกึ่งหนี้กึ่งทุน (Quasi equity) จึงถูกมองเสมือนกับเป็นทุนของกิจการในการวิเคราะห์เพื่อปล่อยสินเชื่อของผู้ให้กู้ จึงมีส่วนทำให้กิจการมีความสามารถในการกู้ยืมเพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตามความเป็นหนี้ของหนี้ด้วยสิทธิ ทำให้กิจการสามารถหาเงินทุนได้โดยไม่มีสูญเสียความเป็นเจ้าของกิจการ และมีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ที่ยาวนาน (จนกว่าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระจนครบถ้วน) นอกจากนี้ การก่อนนี้ด้วยสิทธิเป็นการหลีกเลี่ยงกระบวนการล้มละลายของกิจการได้ เนื่องจากเมื่อกิจการประสบปัญหาทางการเงิน เจ้าหนี้อันดับแรกยอมให้สินเชื่อ เพราะมีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิประกันว่าตนจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น กิจการจึงได้รับเงินทุนดำเนินกิจการต่อไปได้และกิจการไม่ต้องเป็นภาระในการบริหารจัดการเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อันดับรอง นอกจากนี้การที่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกไปแล้ว ย่อมทำให้หนี้ของกิจการน้อยลง หนี้ของเจ้าหนี้รายรวมกันอาจไม่ถึงจำนวนที่จะฟ้องร้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้

รูปแบบของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ มีสาระสำคัญอยู่ที่ความตกลงของเจ้าหนี้อันดับรองที่ยอมลดตัวลงไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าหนี้รายอื่นหรือหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน โดยส่วนใหญ่มักเป็นผู้ที่เป็นเจ้าหนี้อันดับรองมักเป็นผู้ถือหุ้นของกิจการ หรือกรรมการบริษัทของลูกหนี้ด้วย เหตุผลสองประการคือ ผู้ถือหุ้นจะเป็นแหล่งกู้ยืมภายในกิจการที่สามารถแสวงหาได้โดยเร็วที่สุด ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธินี้จึงมีความสำคัญมากโดยเฉพาะการให้กู้เงินตามโครงการ (Project Finance) ซึ่งผู้ถือหุ้นจะต้องมีข้อตกลงใน Shareholder Support Agreementว่า เมื่อ

กิจการประสพภาวะทางการเงินจะต้องให้ความช่วยเหลือทางการเงินและให้หลักประกันแก่บริษัท เพื่อมิให้กิจการนำเงินที่ได้จากการกู้ยืมหรือจากการดำเนินการไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่มีส่วนร่วมในกิจการ และทำให้ผู้กู้มั่นใจได้ว่า เงินที่ให้การกู้ยืมจะได้นำไปใช้ในกิจการที่แท้จริง ผู้ให้กู้ (เจ้าหนี้อันดับแรก) จึงต้องให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการบริษัททำข้อตกลง ก่อนนี้ด้วยสิทธิ เพื่อที่จะให้กิจการชำระหนี้แก่ผู้ให้กู้ (เจ้าหนี้อันดับแรก) ก่อน แล้วจึงจะชำระหนี้ ให้แก่เจ้าหนี้ที่มีส่วนร่วมในกิจการ อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้อันดับรองอาจไม่ใช่ว่าผู้ถือหุ้นของกิจการก็ได้ หากเจ้าหนี้อันดับรองมีความประสงค์ที่จะให้กิจการกู้ยืม แต่กิจการไม่อาจกู้ยืมได้เพราะติดเงื่อนไข ห้ามกระทำการ (Negative Pledge) ห้ามมิให้ก่อนหรือภาระแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อ เจ้าหนี้อันดับรองซึ่งอาจเป็นสถาบันการเงินหรือธนาคารเห็นว่ากิจการยังมีความสามารถพอที่จะ ชำระหนี้ได้ จึงอาจให้กู้ยืมได้ในรูปข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เพื่อมิให้กระทบกระเทือนถึงสิทธิของ เจ้าหนี้อันดับแรกซึ่งได้ให้ลูกหนี้ทำข้อตกลงห้ามมิให้กระทำการดังกล่าวไว้

ดังจะเห็นได้ว่าสภาวะการลงทุนในปัจจุบัน เจ้าหนี้ทั้งหลายย่อมประสงค์ที่จะให้หนี้ ของตนได้รับชำระหนี้ และสร้างข้อจำกัดในการกู้ยืมไว้เป็นจำนวนมาก ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ จึงเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้ลงทุนอันที่จะแสวงหาแหล่งเงินทุนใหม่ โดยไม่กระทบกระเทือนข้อ จำกัดของสัญญากู้ยืมเดิม

นอกจากนี้ข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิยังสามารถพัฒนาได้ในหลายรูปแบบ เช่น ในรูป ตราสารหนี้ กล่าวคือหุ้นกู้ด้วยสิทธิ ซึ่งเป็นการระดมทุนหรือกู้ยืมจากประชาชนซึ่งตามประกาศ ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ อนุญาตให้ทำได้โดยเสนอขายต่อนักลงทุน เฉพาะราย นอกจากนี้ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 ประกอบกับ หนังสือธนาคารแห่งประเทศไทยที่ชปท. ฉว (ว)/257/2535 เรื่อง ตราสารที่ให้นับเข้าเป็นเงินกองทุน ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2535 ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ กำหนดให้ตราสารหนี้ด้วยสิทธิระยะยาว (Subordinated Term Debt) นับเข้าเป็นเงิน กองทุนชั้นที่ 2 ในการดำรงเงินกองทุนของธนาคาร ซึ่งจะทำให้เพิ่มเงินกองทุนได้โดยออกตรา สารหนี้ด้วยสิทธิระยะยาว ทำให้ธนาคารสามารถจัดหาสินเชื่อได้เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นประโยชน์ทางธุรกิจเป็นอันมาก

ฉะนั้นข้อตกลงในทางธุรกิจจึงจำเป็นต้องมีบทกฎหมายมารองรับมิฉะนั้นอาจเป็นหนทางให้บุคคลซึ่งแสวงหาช่องว่างของกฎหมาย หลีกเลียงไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง อันจะทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมในสังคม และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองขึ้นได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถึงแม้ว่ากฎหมายเป็นระเบียบของสังคมซึ่งรัฐเข้ามาดูแล เอกชนมิให้มีการเอาเปรียบกันโดยคำนึงถึงผลประโยชน์โดยรวมของประชาชนเป็นสำคัญ แต่ในทางธุรกิจหรือการตกลงระหว่างเอกชนด้วยกันในการทำสัญญาคู่สัญญาต่างตกลงกันโดยมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา นั้น รัฐจะเข้ามาแทรกแซงผลของความตกลงในผลประโยชน์ของเอกชนด้วยกันไม่ได้ หรือถ้าจะเข้ามาแทรกแซงจะเป็นเพียงการควบคุมดูแลให้เป็นไปตามกฎกติกาของสังคม ดังจะเห็นได้ว่าในกฎหมายไทยเองก็ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ เช่นสามารถตกลงผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายที่กำหนดไว้ ถ้ากฎหมายดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังจะเห็นได้จาก มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ศึกษาถึงผลทางกฎหมายของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ว่าสามารถบังคับได้ตามกฎหมายเพียงใด และเป็นความตกลงที่ขัดตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

จากการศึกษาจากกฎหมายต่างประเทศ นั่นคือ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าแนวโน้มในการบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ ซึ่งเจ้าหนี้รายหนึ่ง (เจ้าหนี้อันดับรอง) ยอมรับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่น (เจ้าหนี้อันดับแรก) ใต้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวนนั้น ไม่เป็นความตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) เนื่องจากเป็นความสมัครใจของเอกชน และเป็นผลประโยชน์ของเอกชน กล่าวคือเป็นสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรองในอันที่จะตกลงเลื่อนการชำระหนี้ของตนออกไปได้ หรือสละสิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองเอง ทั้งนี้ตามกฎหมายอังกฤษจากคดี Re Maxwell Communication Corp. Plc. (No. 3) (1993) เห็นว่าไม่ขัดต่อหลักการเฉลี่ยทรัพย์สินในคดีล้มละลายโดยเท่าเทียมกัน (Pari Passu) ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการจัดลำดับบุริมสิทธิในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้อันดับรองสามารถบังคับได้ตามบุริมสิทธิของตน เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเพียงเจ้าหนี้

สามัญรายหนึ่งเท่านั้น การเฉลี่ยชำระหนี้ยังคงเป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกัน (Pari Passu) เพียงแต่เจ้าหนี้อันดับรองยังไม่มีสิทธิรับชำระหนี้ในหนี้ด้อยสิทธิ ทั้งนี้เป็นไปตามข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิตนเอง เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน หนี้ด้อยสิทธิจึงจะได้รับการเฉลี่ยหนี้

ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ (Subordination Agreement) เป็นอันมาก มีการบัญญัติถึงข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ ไว้ในกฎหมายหลายแห่งคือ ใน Uniform Commercial Code มาตรา 1-209 และมาตรา 9-316 และในกฎหมายล้มละลาย (The Bankruptcy Act 1978) มาตรา 501(a) โดยศาลจะบังคับตามข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิให้ทำงานกรณีปกติ และเมื่อกิจการเลิกบริษัท ชำระบัญชี หรือล้มละลาย โดยคู่สัญญาสามารถบังคับตามข้อตกลงได้ตามหลักสัญญา และเมื่อกิจการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ศาลจะบังคับให้เป็นอย่างเดียวกันโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายล้มละลาย

สำหรับในส่วนของกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนได้วิเคราะห์โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ เพราะรัฐเคารพเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่ต้องไม่เกินขอบเขตที่รัฐกำหนดไว้ ดังบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 151 คือ ข้อตกลงใดที่ผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ข้อตกลงนั้นไม่เป็นโมฆะ

ปัญหากฎหมายที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ มีดังนี้

1. ปัญหาความสมบูรณ์ของข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ

ข้อตกลงก่อนหนี้ด้อยสิทธิ มีสาระสำคัญ คือ เจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะไม่รับชำระหนี้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรก หรือเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน มีปัญหาว่าจะเป็นการก่อตั้งนิติกรรมหรือไม่ เพราะนิติกรรมต้องก่อตั้งขึ้นโดยบทกฎหมาย และเป็นทรัพย์สินตามบทบัญญัติมาตรา 251 และมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงความแตกต่างระหว่างการ

ก่อตั้งบุริมสิทธิ กับการก่อตั้งโดยสิทธิที่มีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง เนื่องจากบุริมสิทธิเป็น ทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย และสามารถกล่าวอ้างยันได้กับบุคคลทั่วไป ส่วนข้อตกลง ก่อตั้งโดยสิทธินั้นเป็นบุคคลสิทธิ บังคับได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น จึงไม่กระทบถึงเจ้าหนี้บุริมสิทธิ ตามกฎหมาย ตลอดจนเจ้าหนี้รายอื่นทั้งนี้ เป็นเรื่องของความตกลงสละสิทธิรับชำระหนี้ของ เจ้าหนี้อันดับรอง ในช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้นข้อตกลงดังกล่าวจึงไม่เป็นการก่อตั้งบุริมสิทธิโดยสัญญา

นอกจากนี้ตามบทบัญญัติของ มาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ ทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกราย อันเป็นหลักความเสมอภาค ในการได้รับชำระหนี้ ซึ่งนักกฎหมายเห็นว่ามีลักษณะเป็นไปตามหลัก Pari Passu แต่เนื่อง จากมีข้อยกเว้น ตามมาตรา 214 หลายประการ เช่น ในเรื่องจำนอง จำนอ หรือบุริมสิทธิซึ่ง ทรัพย์สินเป็นหลักประกันพิเศษเฉพาะการบังคับชำระหนี้ดังกล่าว ซึ่งไม่ได้เป็นหลักประกันการ ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกราย และในการรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้สามารถสละสิทธิในการ รับชำระหนี้เช่นการปลดหนี้ ให้แก่ลูกหนี้ได้เสมอ ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติ ตามมาตรา 214 ไม่ ใช่มงบังคับ (Jus Cogens) จึงสามารถที่จะตกลงคิดแยกแตกต่างได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักความ สักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา แม้คู่สัญญาเสียเปรียบก็สามารถบังคับได้ (ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3097/2523, 3161/2527) ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงก่อตั้งโดยสิทธิเจ้าหนี้อันดับรองยังไม่ เสียเปรียบจนถึงขนาดไม่ได้รับชำระหนี้เลย เมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ ประกอบกับเจ้าหนี้อันดับรองอาจตกลงให้ลูกหนี้ชำระ ดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้นได้ เนื่องจากมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่าง เอกชนด้วยกัน จึงไม่กระทบกระเทือนต่อเจ้าหนี้รายอื่น จึงควรที่จะบังคับได้ตามกฎหมาย

2. ปัญหาการบังคับใช้ข้อตกลง

สำหรับสิทธิในการบังคับตามข้อตกลงก่อตั้งโดยสิทธินั้น เป็นไปตามหลักความ สัมพันธ์ของคู่สัญญา คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันสามารถบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญา ได้ โดยอาศัยสิทธิทางศาล ผู้เขียนเห็นว่าหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองมีวัตถุประสงค์หนึ่ง คือ หนึ่งค ำเว้นกระทำการ เพราะการไม่ยอมรับชำระหนี้จนกว่าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน

เป็นการกระทำโดยการงดเว้น จนกว่าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน หากเจ้าหนี้อันดับรองไม่ปฏิบัติตามสัญญา เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถฟ้องศาลให้บังคับตามสัญญาได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรค 3 "หนี้ที่มีวัตถุประสงค์อันเป็นการงดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อการภายในได้" กล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถเรียกให้เจ้าหนี้อันดับรอง (ลูกหนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ) ส่งทรัพย์สินที่ได้รับจากการชำระหนี้คืนให้แก่ลูกหนี้ซึ่งถือว่าเป็นการรื้อถอนการกระทำ และขอให้ศาลสั่งมิให้เจ้าหนี้อันดับรองชำระหนี้อีกต่อไปได้ซึ่งเป็นการให้จัดการอันควรเพื่อการภายใน ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิเจ้าหนี้อันดับแรกเรียกค่าเสียหายหากมีขึ้น

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรอง และลูกหนี้ร่วมกันทำข้อตกลง หรือเจ้าหนี้อันดับรองกับเจ้าหนี้อันดับแรกร่วมกันทำข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถบังคับตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิได้ แต่ถ้กรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญาระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิจะบังคับกันอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า การงดเว้นการชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันดับรองเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก จึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามมาตรา 374 เพราะ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก "การชำระหนี้" น่าจะรวมถึงหนี้ที่มีวัตถุประสงค์อันเป็นการงดเว้นการกระทำด้วย ดังนั้นเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกให้ลูกหนี้กู้ยืมโดยรับรู้ถึงข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ จึงถือว่าเป็นการแสดงเจตนารับเอาสัญญาข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิแล้ว การแสดงเจตนารับเอาสัญญานั้นไม่ต้องทำตามแบบเจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีสิทธิตามสัญญาดังกล่าว และเมื่อเจ้าหนี้อันดับแรกแสดงเจตนาเข้ารับเอาสัญญา เช่น อาจแจ้งไปยังเจ้าหนี้อันดับรองว่าตนเข้ารับเอาสัญญาดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้จะตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่ได้

ปัญหาการบังคับคดีอาจเกิดขึ้นได้เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองฟ้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้ เพราะข้อตกลงที่ห้ามมิให้เจ้าหนี้อันดับรองใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลเป็นระงับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1732/2503) และเจ้าหนี้อันดับรองชนะคดี จึงเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ส่วนเจ้าหนี้อันดับแรกได้ฟ้องลูกหนี้ให้ชำระหนี้แล้วชนะคดี เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอีกคดีหนึ่ง ซึ่งเมื่อเจ้าหนี้อันดับรอง

๗ได้รับชำระหนี้ตามคำพิพากษาและรับชำระหนี้ เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถฟ้อง เป็นอีกคดีหนึ่งได้ แต่ในส่วนที่กล่าวถึง เป็นขั้นตอนของการบังคับคดี เมื่อทั้ง เจ้าหนี้อันดับแรกและ เจ้าหนี้อันดับรอง เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

๗กรณีที่ เจ้าหนี้อันดับแรกเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีที่ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองยื่นคำขอเฉลี่ยทรัพย์ เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถโต้แย้งสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรองตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ แต่ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้แก่เจ้าหนี้อื่นที่มายื่นคำขอเฉลี่ยทรัพย์ เพราะข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ เป็นบุคคลสิทธิไม่อาจกล่าวอ้างกับบุคคลอื่นที่ไม่ได้ เป็นคู่สัญญา

๗กรณีที่ เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีที่ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 290 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีมาตรการให้ผู้ขอเฉลี่ยทรัพย์คัดค้านสิทธิของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีนั้น เจ้าหนี้อันดับแรกจึงมีอาจคัดค้านสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรองได้

3. ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย

เมื่อลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัว และเจ้าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายล้มละลายอาจถูกฟ้องไว้ล้มละลายได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิสามารถบังคับได้ตามกฎหมายล้มละลายหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการของการพิจารณาคดีล้มละลาย การจัดลำดับการชำระหนี้ย่อมเป็นไปตามกฎหมายล้มละลาย มาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย เนื่องจากหนี้โดยสิทธิเป็นหนี้ที่ไม่มีประกัน จึงอยู่ในลำดับที่ 8 คือหนี้สามัญ ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่ได้เป็นการกำหนดลำดับชำระหนี้หรือบุริมสิทธิในกฎหมายล้มละลาย เพราะบุริมสิทธิตามมาตรา 130 (1)-(8) ยังคงเป็นไปตามกฎหมาย เพียงแต่หนี้โดยสิทธิเจ้าหนี้อันดับรองมีความผูกพันในตัวหนี้เอง กล่าวคือ เจ้าหนี้อันดับรองยอมที่จะรับการเฉลี่ยทรัพย์สินหลัง

จากเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วนซึ่งเป็นข้อผูกพันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ
แสดงเจตนา ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและไม่กระทบกระเทือนต่อการแบ่ง
ทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้รายอื่น การชำระหนี้ก็เป็นไปตามสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน

สำหรับแนวทางการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย เนื่องจากข้อตกลงก่อนนี้ด้วย
สิทธิแบบ Contractual Subordination มีสาระสำคัญคือ เจ้าหนี้อันดับรองตกลงยินยอมที่จะ
ไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ทำให้การชำระหนี้ระหว่าง
เจ้าหนี้อันดับรองขึ้นกับเหตุการณ์ที่เจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ซึ่งเป็นเหตุการณ์
ในอนาคตและไม่แน่นอนเพราะลูกหนี้อาจมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก
การชำระหนี้ซึ่งเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งที่ทำให้เกิดการระงับซึ่งสิทธิ และการชำระหนี้มีเงื่อนไข
จึงถือได้ว่าหนี้โดยสิทธิเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไข และตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 125 มีบทบัญญัติ
ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กันเงินส่วนแบ่งรายที่มีเงื่อนไขหรือข้อโต้แย้งไว้ก่อน และค่าธรรมเนียม
กับค่าใช้จ่ายอันอาจเกิดขึ้น แล้วแบ่งเงินที่เหลือให้แก่เจ้าหนี้ นอกนั้นไป ฉะนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์
ทรัพย์จะต้องทำการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายโดยแบ่งตามลำดับภูมิสิทธิตามมาตรา
130(1)-(7)ตามลำดับ หากมีทรัพย์สินเหลือในลำดับที่(8)ซึ่งเป็นหนี้อื่น ได้แก่หนี้ของเจ้าหนี้
อันดับแรก หนี้ของเจ้าหนี้อันดับรอง(หนี้โดยสิทธิ) และหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา
ในข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะแบ่งทรัพย์สินตามสัดส่วนโดยเสมอภาคกัน
แต่จะกันส่วนแบ่งที่เป็นของเจ้าหนี้อันดับรองที่จะชำระหนี้ด้วยสิทธิไว้ จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะ
ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ดังนั้นข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมายล้มละลาย

แต่ในกรณีข้อตกลงแบบ Turnover Subordination เจ้าหนี้อันดับรอง
เพียงแต่มีข้อตกลงว่าจะส่งมอบทรัพย์สินของตนได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ในหนี้โดยสิทธิให้แก่เจ้าหนี้
อันดับแรกจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้
อันดับแรกกับเจ้าหนี้อันดับรอง ดังนั้นในกรณีลูกหนี้ล้มละลายการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย
เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องทำการแบ่งทรัพย์สินตามมาตรา 130(1)-(8)เท่านั้น นอกนั้น
เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้อันดับรองที่จะส่งมอบทรัพย์สินของตนได้รับให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกตามข้อตกลง



ดังกล่าว ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถฟ้องคดีบังคับ
แก่เจ้าหนี้อันดับรองได้ ซึ่งเป็นเรื่องการบังคับตามสัญญาตนเอง

นอกจากนี้ผู้เขียนได้พิจารณาถึงข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิว่าเป็นการทำให้เปรียบแก่
เจ้าหนี้รายอื่นหรือไม่ ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสิทธิร้องขอเพิกถอนได้

ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเป็นการก่อนนี้ขึ้น และสาระสำคัญของการ
ก่อนนี้โดยสิทธิทำให้ลูกหนี้ไม่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองจนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับ
ชำระหนี้จนครบถ้วน จึงไม่ทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลงแต่ประการใด

ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกตามข้อตกลงก่อนนี้โดย
สิทธิ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจร้องขอเพิกถอนการชำระหนี้ของลูกหนี้ อันเป็นการทำให้เปรียบ
เจ้าหนี้รายอื่น ตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ผู้เขียนเห็นว่า ตามมาตรานี้
มุ่งพิจารณาเจตนาของลูกหนี้ว่าให้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่นหรือไม่เป็นสำคัญ ดังนั้น จึงต้องพิจารณา
ว่าการชำระหนี้สำเร็จส่วนใหญ่มากจากเจตนาของลูกหนี้โดยส่วนใหญหรือไม่ ผู้เขียนจึงแยก
พิจารณาเป็น 2 กรณีคือ

1. กรณีที่เจ้าหนี้ทั้งหมดมีเพียงสองประเภทคือ เจ้าหนี้อันดับแรก กับเจ้าหนี้
อันดับรอง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกนั้น เกิดจากเจตนาของ
เจ้าหนี้อันดับรองร่วมด้วยตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ กรณีจึงไม่น่าถือว่าเป็นการทำให้เปรียบแก่
เจ้าหนี้รายอื่น

2. กรณีที่ทั้งเจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับรอง และเจ้าหนี้รายอื่น ผู้เขียน
เห็นว่าแม้ว่าลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก ตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิแต่เจ้าหนี้รายอื่น ๆ
ไม่ได้ตกลงด้วยและข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเป็นบุคคลสิทธิจึงเป็นการกระทำที่ทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้
รายอื่น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ถือว่าเป็นการทำให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายอื่น

นอกจากนี้ข้อตกลงห้ามมิให้หักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายของเจ้าหนี้อันดับรองนั้น สามารถบังคับได้ ซึ่งต่างจากประเทศอังกฤษที่ถือว่าการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายเป็นบังคับ ข้อตกลงห้ามมิให้หักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายจึงเป็นรัมพะ

ผู้เขียนเห็นว่า การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย เป็นการแสดงเจตนาของเจ้าหนี้ อันดับรองซึ่งไม่เกี่ยวกับเจ้าหนี้รายอื่น ๆ แม้เจ้าหนี้อันดับรองจะเสียเปรียบเพราะอาจได้รับการแบ่งทรัพย์สินน้อยกว่าจำนวนหนึ่งจริง และจะต้องชำระหนี้ที่ตนเป็นหนี้ลูกหนี้คืนให้แก่กอง ทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้เขียนเห็นว่า เจ้าหนี้อันดับรองสามารถกระทำได้โดยไม่แสดงเจตนาหักกลบลบ หนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือลูกหนี้ อันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ข้อตกลงนี้จึงไม่ใช่ข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติล้มละลายมีบทบัญญัติโดย เฉพาะสำหรับการหักกลบลบหนี้ งานหนี้ที่มีเงื่อนไข โดยให้เจ้าหนี้ที่มีเงื่อนไขวางประกันสำหรับจำนวนหนี้ที่ขอหักกลบลบหนี้ และ เมื่อเงื่อนไขไม่สำเร็จ ประกันดังกล่าวจะต้องถือว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ ทั้งหลาย ฉะนั้นจึงเป็นไปในทางเดียวกับเจตนารมณ์ของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่จะไม่ให้สิทธิแก่ เจ้าหนี้อันดับรองในการขอหักกลบลบหนี้ในกรณีที่ เจ้าหนี้อันดับแรกยังไม่ได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน โดยไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงยกเว้นการขอหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลาย

4. ปัญหาอื่น ๆ

สำหรับปัญหาอื่น ๆ ที่เสนอมานิตยสารฉบับนี้ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากมีข้อ ตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิหลายข้อตกลง ซึ่งมีเจ้าหนี้ตามข้อตกลงนั้นเกี่ยวพันกันและมีลูกหนี้คนเดียวกัน เช่น ปัญหา Stacked Subordination เจ้าหนี้อันดับแรกของข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิหนึ่ง ตกลงเป็นเจ้าหนี้อันดับรองของอีกข้อตกลงหนึ่ง หรือในกรณี Circular Priorities ซึ่งเจ้า หนี้อันดับรองกลายมาเป็นเจ้าหนี้อันดับแรกของอีกข้อตกลงหนึ่งปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นเนื่องมาจาก การร่างข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิครบถ้วน ทางแก้ไข สามารถแก้ไขได้โดยการตกลงมิให้เจ้าหนี้ อันดับรองเข้าทำสัญญาต่อก่อนนี้ด้วยสิทธิในข้อตกลงอื่น และห้ามมิให้ลูกหนี้ทำข้อตกลงก่อนนี้ด้วย สิทธิกับเจ้าหนี้รายอื่น

ส่วนปัญหาของการเข้ามาเป็นเจ้าหนี้อันดับแรกไม่พร้อมกันนั้น เพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นอาจให้ลูกหนี้มีข้อตกลงกับเจ้าหนี้อันดับแรกทั้งหลายว่า ให้เจ้าหนี้อันดับแรกมีสิทธิในการรับชำระหนี้เท่าเทียมกัน (Pro Rata Clause) ได้

นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกันคือเจ้าหนี้จำนอง หากเจ้าหนี้อันดับแรกประสงค์ที่จะได้รับบังคับจำนองก่อนนั้นจะทำข้อตกลงให้ตนซึ่งจดทะเบียนจำนองภายหลังได้รับบังคับจำนองก่อนไม่ได้ เป็นการขัดต่อมาตรา 711 ประกอบกับมาตรา 730 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทางแก้ไขคือเจ้าหนี้อันดับรองจะต้องปลดจำนองให้ลูกหนี้ทางทะเบียนก่อน แล้วจึงจดทะเบียนจำนองเป็นลำดับหลังของเจ้าหนี้อันดับแรก

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิสามารถบังคับได้ตามกฎหมายไทย ตามสมมติฐานที่ได้ตั้งไว้ในเบื้องต้น โดยอาศัยข้อกฎหมาย และแนวทางในการบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายล้มละลายดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

ข้อเสนอแนะ

1. รูปแบบของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ ย่อมขึ้นกับความตกลงคู่สัญญา รูปแบบของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิในประเทศไทยสามารถทำได้สองรูปแบบ คือรูปแบบข้อตกลงในสัญญากู้ยืมเงิน (Subordination Loan) ระหว่างเจ้าหนี้อันดับรองกับลูกหนี้ โดยมีสาระสำคัญคือเจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน และรูปแบบที่สองเป็นข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นกับสถาบันการเงิน (Subordination Letter, Subordination Agreement) โดยเจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีส่วนร่วมในกิจการ เช่นผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้จัดการ มีข้อตกลงว่าตนจะไม่เรียกให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้กู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินชำระหนี้ให้แก่ตน จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกคือสถาบันการเงินดังกล่าวจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน สำหรับรายละเอียดเช่นการเลือกประเภทของข้อตกลง วิธีการก่อนนี้โดยสิทธินั้นหรือข้อกำหนดอื่น ๆ ในสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับการเจรจาต่อรองเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่าย โดยเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา ดังนั้น สัญญาในแต่ละฉบับจึงมีลักษณะเฉพาะตัว (tailor-made) โดยอาจมีการผสมผสานกันหลายรูปแบบได้ แต่บางรูปแบบของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมายไทยได้ หรือบังคับได้ไม่เต็มรูปแบบ กล่าวคือ

1.1 ข้อตกลงในรูปแบบ Subordination Trust ไม่สามารถบังคับได้ ตามกฎหมายไทย เนื่องจากต้องห้ามตามมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวว่ารายละเอียดไว้ในหัวข้อ ปัญหาความสมบูรณ์ของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาที่ยอมรับทรัสต์ คือ The Hague Trust Convention จึงไม่อาจมีการจัดตั้งทรัสต์ได้ในประเทศไทยโดยตรง

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้พยายามนำหลักการเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์เพื่อบุคคลอื่น (ทรัสต์) เข้ามารรจไว้ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม

ผู้เขียนจึงเห็นว่านอกจากการนำหลักการของทรัสต์มาใช้ในทางธุรกิจแล้ว การจัดการทรัพย์สินส่วนตัวให้แก่กลุ่มบุคคลเฉพาะราย นำที่จะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ด้วยโดยเฉพาะข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิในรูปแบบ Subordination Trust ทรัสต์ที่เจ้าหนี้อันดับรองได้รับชำระหนี้ในหนี้โดยสิทธิ จะอยู่ภายใต้บังคับของหลักการทรัสต์ แม้เจ้าหนี้อันดับรองจะยังไม่ได้รับมอบให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก แต่จะต้องจัดการดูแลทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อันดับแรก จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน และเมื่อเจ้าหนี้อันดับรองล้มละลาย ทรัสต์ดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับคดีโดยจะไม่ถูกเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้รายอื่นของเจ้าหนี้อันดับรอง ตามหลักการของทรัสต์ จึงให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้อันดับแรก นอกจากนี้ในประเทศไทยที่พัฒนาแล้ว เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายรับรองการก่อตั้งทรัสต์มานานแล้ว จึงเห็นว่าทรัสต์ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศแต่อย่างใด ดังนั้นหากประเทศไทยได้ออกกฎหมายยอมรับหลักการของทรัสต์โดยประยุกต์ให้มีกำหนดระยะเวลา เลิกทรัสต์ได้จะทำหลักการของทรัสต์ไม่เป็นการผูกขาดกรรมสิทธิในทรัพย์สินมากเกินไป และจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีตามข้อตกลงดังกล่าวได้

1.2 ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิที่ใช้วิธีการ Turnover Subordination อันกำหนดให้เจ้าหนี้อันดับรองส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับจากการชำระหนี้ของลูกหนี้ในหนี้โดยสิทธิให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรก และให้เจ้าหนี้อันดับรองเข้ารับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันดับแรกโดยสัญญา (Subrogation Clause) เรียกว่าลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตน เท่าที่ตนได้ส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้อัน

ดับแรกนั้น ตามกฎหมายไทย การรับช่วงสิทธิจะต้องมีโดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ส่วนการรับช่วงสิทธิโดยสัญญาไม่มีกฎหมายออกมารองรับ

ผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองประสงค์ที่จะได้รับช่วงสิทธิจากเจ้าหนี้อันดับแรก เจ้าหนี้อันดับแรกกับเจ้าหนี้อันดับรองจะต้องทำข้อตกลงโอนสิทธิเรียกร้องให้เริ่มมีผลเมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกจนครบถ้วนแล้ว และแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าบทกฎหมายต่างประเทศที่ใช้เป็นหลักของการรับช่วงสิทธิในประเทศไทย คือ กฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งการรับช่วงสิทธิตามกฎหมายฝรั่งเศส นั้น อาจมีทั้งการรับช่วงสิทธิโดยสัญญาระหว่างคู่กรณี (Subrogation Conventionnelle) และโดยผลแห่งกฎหมาย (Subrogation Légale) ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณี จึงน่าจะมิมีบทบัญญัติในกฎหมายรองรับให้มีการรับช่วงสิทธิโดยสัญญาได้

2. บทบัญญัติของกฎหมาย

2.1 การบังคับคดี ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับแรกและเจ้าหนี้อันดับรองต่างเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาด้วยกันนั้น คดีที่เจ้าหนี้อันดับแรกเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่นายยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อเจ้าหนี้อันดับรองได้ยื่นคำร้องขอเจี่ยทรัพย์ ผู้เขียนเห็นว่า เจ้าหนี้อันดับแรกสามารถอ้างข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิ คัดค้านสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรอง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่น เพื่อให้เจ้าหนี้อันดับรองได้รับชำระหนี้ภายหลังจากตนได้รับชำระหนี้แล้วได้ ทั้งนี้ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน แต่ในกรณีที่เจ้าหนี้อันดับรองเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่นายยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ เจ้าหนี้อันดับแรกไม่สามารถคัดค้านสิทธิของเจ้าหนี้อันดับรองได้ตามกลไกของกฎหมาย เจ้าหนี้อันดับแรกจึงต้องฟ้องร้องเจ้าหนี้อันดับรองเป็นคดีใหม่ตามข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิ จะเห็นได้ว่าข้อตกลงเช่นเดียวกันแต่มีผลในทางบังคับคดีต่างกัน ผู้เขียนเห็นว่า เป็นสิ่งที่ควรจะแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้อันดับแรก โดยให้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรับรองผลของข้อตกลงก่อนหนี้โดยสิทธิโดยเฉพาะ ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ

การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในกรณีที่มีข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิโดยเจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อันดับแรกได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน ให้เจ้าหนี้อันดับแรกยื่นคำร้องขอต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้เอาเงินที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อันดับรองมาชำระให้แก่ตนจนกว่าหนี้ของตนจะได้รับชำระจนครบถ้วน ทั้งนี้ไม่ให้เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงดังกล่าว หรือบุริมสิทธิ หรือสิทธิอื่นๆซึ่งบุคคลภายนอกอาจร้องขอให้บังคับเหนือทรัพย์สินได้ตามกฎหมาย

2.2 กฎหมายล้มละลาย

2.2.1 เนื่องจากพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 94(2) หนี้ซึ่งเจ้าหนี้ออมให้ลูกหนี้ก่อนขึ้นเมื่อเจ้าหนี้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่มีสิทธิที่จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ จึงเป็นอุปสรรคสำหรับข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิซึ่งอาจจะเกิดขึ้นกล่าวคือ ถ้าเจ้าหนี้อันดับแรกให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้เพื่อพุงฐานะของลูกหนี้ให้ดำเนินกิจการต่อไป โดยรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว ย่อมจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายไม่ได้ ดังนั้นข้อตกลงก่อนนี้ด้วยสิทธิจึงไม่อาจจูงใจให้เจ้าหนี้อันดับแรกให้สินเชื่อแก่กิจการ เมื่อกิจการประสบปัญหาทางการเงินจนถึงขนาดมีหนี้สินล้นพ้นตัว กิจการจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงการล้มละลายได้ในที่สุด ผู้เขียนเห็นว่าควรมีมาตรการทางกฎหมายมารองรับให้เจ้าหนี้ซึ่งให้ความช่วยเหลือกิจการในขณะที่กิจการมีหนี้สินล้นพ้นตัว สามารถมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ หากพิสูจน์ได้ว่ากระทำโดยสุจริต ซึ่งคำว่าสุจริตในที่นี้หมายถึง ความสุจริตตามความหมายโดยทั่วไป กล่าวคือ การมีหนี้กันจริง หนี้มิได้เกิดจากการคบคิดฉ้อฉล โดยมีได้่ามีความหมายว่าเจ้าหนี้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เพราะหากตีความเช่นนั้นจะขัดต่อความประสงค์ในการแก้ไขกฎหมายให้เจ้าหนี้ที่ประสงค์ที่จะช่วยเหลือลูกหนี้แม้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวให้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ จนกว่าผู้มีส่วนได้เสียจะพิสูจน์ว่าการก่อนนี้มีเจตนาไม่สุจริต และยังเป็นการป้องกันมิให้มีการฉวยโอกาสสร้างหนี้ขึ้นในภายหลังเพื่อที่จะได้มีสิทธิออกเสียงลงมติเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อื่นรายใดรายหนึ่งอีกด้วย

2.2.2 การแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ถึงแม้ว่าจะมีแนวทางการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกก่อนที่จะแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้อันดับรอง ตามหนังสือตอบข้อหารือของกรมบังคับคดีก็ตาม แต่เนื่องจากยังมิได้มีคำพิพากษาวางแนวทางแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติสำหรับการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายสำหรับหนี้ที่มีเงื่อนไขตามมาตรา 125 แต่ต้องรอจนกว่าการแบ่งครั้งที่สุดและเงื่อนไขดังกล่าวไม่อาจสำเร็จได้ เจ้าหนี้อันดับแรก และเจ้าหนี้รายอื่นที่ไม่ใช่เจ้าหนี้อันดับรองจึงจะได้รับส่วนแบ่งของเจ้าหนี้อันดับรองที่ได้กินไว้ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิสามารถมีผลบังคับได้ในคดีล้มละลายอย่างแท้จริง ผู้เขียนใครขอเสนอแนวทางการแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย โดยให้มีบทบัญญัติรองรับข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ภายหลังจากการแบ่งทรัพย์สินตามมาตรา 130 แล้ว ในกรณีที่มีข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิโดยเจ้าหนี้อันดับรองตกลงที่จะไม่ยอมรับชำระหนี้เงินกว่าเจ้าหนี้ อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้เงินครบถ้วน ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ นำส่วนแบ่งของเจ้าหนี้อันดับรองมาชำระให้แก่เจ้าหนี้อันดับแรกตามข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิเงินกว่านี้ของเจ้าหนี้อันดับแรกจะได้รับชำระหนี้เงินครบถ้วน ซึ่งจะตรงความประสงค์ของข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ

จากข้อเสนอแนะดังกล่าว เป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธิ และทำให้สัญญาในทางธุรกิจมีมาตรการในทางกฎหมายมารองรับโดยชัดแจ้งซึ่งข้อตกลงก่อนนี้โดยสิทธินี้จะเป็นประโยชน์ต่อการจัดหาสินเชื่อในทางธุรกิจ ตลอดจนปัจจุบันได้เข้ามาเป็นเงื่อนไขหนึ่งของตราสารหนี้ เมื่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องมีความชัดเจน ย่อมเป็นประโยชน์ต่อวงการธุรกิจ รวมทั้งนำไปสู่การพัฒนาตลาดตราสารหนี้ อันเป็นแหล่งระดมเงินทุนเพื่อพัฒนาธุรกิจที่สำคัญต่อไป