

บทที่ 4

การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Netting ตามกฎหมายไทย

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะได้นำเอาข้อสัญญา Netting ที่กำหนดอยู่ในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 มาวิเคราะห์เพื่อหาสถานะ หรือลักษณะทางกฎหมายของข้อสัญญาดังกล่าว ว่าพอที่จะนำมา หรือสามารถที่จะนำมาปรับเข้ากับหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ในเรื่องใดบ้าง และอย่างไร เพื่อที่จะให้ได้ทราบผลว่าข้อสัญญา Netting นั้น มีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทยได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งจะประกอบขึ้นอย่างมากแก่บุคคลผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่คู่สัญญาที่ได้มีการตกลงกันให้นำแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement มาใช้ในการกำหนดถึงความผูกพันระหว่างกันในการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศโดยเฉพาะในกรณีที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายไทย ในการที่จะเข้าใจ และทราบถึงสถานะทางกฎหมายของข้อสัญญา Netting ตามกฎหมายไทย โดยการวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้แบ่งแยกเนื้อหาในการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ส่วน ซึ่งในส่วนที่ 1 จะเป็นการกำหนดถึงขอบเขตของเนื้อหาและข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่จะใช้ในการวิเคราะห์ และเนื่องจากข้อสัญญา Netting ที่กำหนดใน 1992 Master Agreement ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 นั้น ได้แบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ ข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Payment Netting กับ ข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Netting by Close-Out ดังนั้นในส่วนที่ 2 ผู้วิจัยจะได้นำเอาข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Payment Netting มาวิเคราะห์ถึงการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทย โดยการใช้วิธีวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ และเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะ หรือมีหลักเกณฑ์ที่ใกล้เคียงกับวิธีการทำ Payment Netting ซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ และในส่วนที่ 3 ผู้วิจัยจะได้นำเอาข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Netting by Close-Out มาวิเคราะห์ถึงการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทย และเนื่องจากการทำ Netting by Close-Out นี้ ประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดถึงเหตุผิดนัดผิดสัญญาต่าง ๆ อันจะนำมาซึ่งการมีสิทธิสิ้นสุดสัญญา การใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญา การคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ตลอดจนการกำหนดให้การชำระหนี้ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการสิ้นสุดสัญญาแล้วนั้น หากเป็นเงินสกุลอื่น ๆ จะต้องแปลงเป็นเงินสกุลที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดไว้ ดังนั้น ในการวิเคราะห์ ผู้วิจัยจะได้นำเอาหลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หลักกฎหมายเรื่องหนี้, หลักกฎหมายเรื่องสัญญา, หลักกฎหมายเรื่องล้มละลาย ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เท่าที่เกี่ยวข้อง มาใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อที่จะให้ได้คำตอบว่าการทำ Netting by Close-Out นี้ จะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทยได้มากน้อยเพียงใด

1. ขอบเขตในการศึกษา

ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อสัญญา Netting กับหลักกฎหมายไทยที่จะมีขึ้นในหัวข้อต่อ ๆ ไป จะอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1.1 ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting ไม่ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Payment Netting หรือ ข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำ Netting by Close-Out นี้ เป็นข้อสัญญาที่กำหนดอยู่ในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement (Multiurrency Cross Border) ซึ่งองค์กร International Swaps & Derivatives Association เป็นผู้จัดทำขึ้น

1.2 วิธีการทำ Netting ที่นำมาใช้วิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะวิเคราะห์แต่เฉพาะวิธีการทำ Netting ที่เกิดขึ้นกับธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นอนุพันธ์ทางการเงินเท่านั้น อาทิ ธุรกรรม Swap , ธุรกรรม Forward Contract เป็นต้น

1.3 การเข้าทำธุรกรรมดังกล่าวได้ทำขึ้น โดยคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลต่างประเทศ กับนิติบุคคลไทยและประกอบกิจการอยู่ในประเทศไทย กล่าวคือ ในการเข้าทำธุรกรรมนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นนิติบุคคลไทย

1.4 ธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้เข้าทำนั้น เป็นธุรกรรมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่มีลักษณะเป็นสัญญาการพนัน

2. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Payment Netting ตามกฎหมายไทย

คั้งที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วว่าข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting เป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระหนี้ระหว่างกันของคู่สัญญา ซึ่งนอกเหนือไปจากการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติหน้าที่ชำระหนี้ ตามที่ได้มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงในแต่ละธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น กล่าวคือเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการนำเอาหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีต่อกัน (ไม่ว่าจะเป็นกรณีหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เกิดจากการเข้าทำธุรกรรมเดียวกันของคู่สัญญา (the same Transaction) เท่านั้น หรือในกรณีที่หนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดจากการทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาหลายธุรกรรม หรือหลายประเภท (Multi Transactions)) แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม หนี้หรือภาระการชำระเงินนั้นจะต้องมีวันถึงกำหนดชำระในวันเดียวกัน และเป็นหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เป็นเงินสกุลเดียวกันมาหักล้าง (net) กัน ณ เวลาที่ถึงกำหนดชำระเพื่อให้เหลือแต่เฉพาะจำนวนสุทธิที่เกิดจากการหักล้างเท่านั้น ที่จะต้องมีการชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีภาระการชำระเงินก่อนการหักล้างมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย จากลักษณะของการทำ Payment Netting คั้งกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่ามีลักษณะเป็นวิธีการระงับแห่งหนึ่อย่างหนึ่ง ซึ่งจะมีผลทำให้หนี้หรือความผูกพันระหว่างคู่สัญญา ระงับลงเช่นเดียวกับการปฏิบัติ การชำระหนี้ตามที่ได้มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงในแต่ละธุรกรรม แต่ปัญหาก็อาจเกิดขึ้น ได้ว่าเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงกันกำหนดให้นำเอาวิธีการคั้งกล่าวมาใช้ และได้มีการปฏิบัติตาม วิธีการคั้งกล่าวแล้ว การปฏิบัติตามวิธีการเหล่านั้นจะมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทยหรือไม่ เพียงใด คั้งนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจึงจะได้ศึกษาถึงการมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทยของวิธีการทำ Payment Netting โดยในการศึกษา ผู้วิจัยจะได้นำเอาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีการ ระงับแห่งหนึ่ซึ่งไม่ใช่วิธีการชำระหนี้ตามที่คู่สัญญามีหน้าที่ต่อกันตามที่กำหนดไว้โดยเฉพาะใน แต่ละธุรกรรมที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีหลักเกณฑ์ ตลอดจน วิธีการดำเนินการใกล้เคียงกับวิธีการทำ Payment Netting ซึ่งจากการพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยพบว่า มีหลักกฎหมายเรื่องการระงับแห่งหนึ่ที่มี ลักษณะใกล้เคียงกับวิธีการทำ Payment Netting ซึ่งได้กำหนดไว้ในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ซึ่งได้แก่ หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนึ่ ที่ว่าหลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนึ่มีลักษณะใกล้เคียงกับการทำ Payment Netting ตามที่ได้ระบุอยู่ใน 1992 Master Agreement นั้น ก็เนื่องมาจากทั้งสองกรณีต่างมีลักษณะเป็นการระงับหนึ่ที่คู่สัญญามีอยู่

ระหว่างกัน โดยการนำเอาหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาที่อยู่ระหว่างกันมาหักล้างกัน
 นั่นเอง ดังนั้นผู้วิจัยจะได้นำเอาหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบ
 เพื่อที่จะให้ทราบถึงสถานะหรือการมีผลใช้บังคับของการทำ Payment Netting โดยผู้วิจัย
 จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน โดยในส่วนแรกจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายเรื่องการหักกลบ
 ลบหนี้ที่ได้มีการบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในรายละเอียดต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น
 เรื่องของหลักเกณฑ์ วิธีการ ตลอดจนผลของการหักกลบหนี้ ในส่วนที่ 2 จะได้ศึกษา
 รายละเอียดของหลักเกณฑ์ วิธีการ ตลอดจนผลของการทำ Payment Netting ที่ได้กำหนดอยู่ใน
 1992 Master Agreement ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ 2 กรณี กล่าวคือการทำ Payment Netting ที่
 เกิดขึ้นจากการนำหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมเดียวกันของคู่สัญญา
 (the same Transaction) มาหักล้าง (Payment Netting-Single Transaction)^๑ และการทำ
 Payment Netting ที่เกิดขึ้นจากการนำหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรม
 ระหว่างกันของคู่สัญญาหลายธุรกรรม หรือหลายประเภทมาหักล้าง (Payment Netting-Multiple
 Transactions)^๒ เพื่อที่จะเป็นการปูพื้นฐานเกี่ยวกับข้อมูลต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้ในการวิเคราะห์ใน
 ส่วนที่ 3 ต่อไป จากนั้น ในส่วนที่ 3 ซึ่งจะเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อสัญญาที่กำหนด
 ถึงวิธีการทำ Payment Netting กับหลักกฎหมายเรื่องหักกลบหนี้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้นถือ
 เป็นการหักกลบหนี้ตามหลักกฎหมายไทยหรือไม่

^๑ การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นจากการนำหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจาก
 การเข้าทำธุรกรรมเดียวกันของคู่สัญญา (the same Transaction) มาหักล้าง (Payment Netting -
 Single Transaction) ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์จะใช้คำว่า “การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้น
 เฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน”

^๒ การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นจากการนำหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจาก
 การเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาหลายธุรกรรม หรือหลายประเภทมาหักล้าง (Payment
 Netting-Multiple Transactions) ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์จะใช้คำว่า “การทำ Payment Netting
 ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรม”

2.1 หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ เพื่อที่จะเป็นการปูพื้นฐานความรู้ และแสดงให้เห็นถึงรายละเอียดต่าง ๆ เพื่อที่จะได้นำข้อมูลเหล่านี้มาใช้ในการวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

การหักกลบลบหนี้ เป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสอง 2 ฝ่าย ต่างมีหนี้ซึ่งกันและกัน ต่างเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกัน เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้มีการหักกลบลบหนี้ จะมีผลให้หนี้ในส่วนที่ตรงกันระงับไป หากหักหนี้ส่วนที่ตรงกันออกแล้ว ฝ่ายใดยังคงมีหนี้เหลืออยู่อีกก็จะต้องชำระหนี้เฉพาะเพียงเท่าที่ยังเหลืออยู่ ซึ่งถือเป็นวิธีการที่ทำให้หนี้ระงับไปโดยไม่ต้องมีการปฏิบัติการชำระหนี้วิธีหนึ่ง และเป็นวิธีพิเศษที่ใช้สำหรับกรณีที่คู่สัญญามีหนี้ต่างตอบแทนกัน หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ นี้ มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 หนี้ ลักษณะ 1 หมวด 5 เรื่องความระงับหนี้ ส่วนที่ 3 ในมาตรา 341 - 348 ซึ่งรายละเอียดของหลักกฎหมายดังกล่าวสามารถแบ่งแยกสาระสำคัญออกได้เป็น 3 หัวข้อ คือ

2.1.1 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้

2.1.2 วิธีการขอหักกลบลบหนี้

2.1.3 ผลของการหักกลบลบหนี้

2.1.1 หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้

หลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ตามหลักกฎหมายไทย ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน โดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันและหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตน ด้วยหักกลบลบหนี้กันได้ เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้

¹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 318.

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ หากเป็นการขัดกับเจตนาคู่กรณีได้แสดงไว้ แต่เจตนาเช่นนี้ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมา จะเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้มีอยู่ 4 ประการ คือ

1. คู่สัญญา 2 ฝ่ายจะต้องมีหนี้ผูกพันซึ่งกันและกัน
2. หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน
3. หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระ
4. การหักกลบลบหนี้จะต้องไม่เป็นการต้องห้าม

1. บุคคล 2 ฝ่ายจะต้องมีหนี้ผูกพันซึ่งกันและกัน

การหักกลบลบหนี้เป็นกรณีที่คู่สัญญาทั้งสอง 2 ฝ่าย ต่างมีหนี้ซึ่งกันและกัน และมีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอให้มีการนำหนี้ขึ้นมาหักกลบลบหนี้ระหว่างกัน ดังนั้นประการแรก การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นได้คือเมื่อคู่สัญญา 2 ฝ่ายต่างมีความผูกพันเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน กล่าวคือต่างฝ่ายต่างมีสถานะเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ระหว่างกันโดยตรงและเป็นส่วนตัว ด้วยเหตุนี้ หากคู่สัญญาไม่มีหนี้ซึ่งกันและกันหรือมีหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วก็จะไม่มีอะไรจะนำมาหักกลบลบกัน นอกจากนี้ ถ้าหากหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมาขอหักกลบลบหนี้เป็นของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เป็นของคู่กรณี การหักกลบลบหนี้ย่อมมีไม่ได้ เช่น ผู้ที่ทำการแทนผู้อื่น อาทิ ผู้อนุญาต หรือผู้แทนโดยชอบธรรมไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องของคนไร้ความสามารถ หรือผู้เยาว์ไปหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ตนเองต้องชำระเป็นส่วนตัว และในทางกลับกันลูกหนี้ของผู้อนุญาต หรือผู้แทนโดยชอบธรรมจะขอหักกลบลบหนี้ โดยมูลที่ตนเป็นเจ้าของหนี้คนไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์ไม่ได้ และทำนองเดียวกัน ในกรณีของตัวแทน หรือกรณีของหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลก็ไม่อาจเอาสิทธิเรียกร้องของตัวการ หรือของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลไป

² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 453. ; ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2504), หน้า 1131-1133.

หักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ตนเองต้องชำระเป็นส่วนตัว หรือในกรณีของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งก็ไม่อาจเอาสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ร่วมคนอื่นไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ได้ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 292 วรรคสอง¹ ได้บัญญัติไว้ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อยกเว้น³ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ค้ำประกันขอหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันอาจเอาสิทธิเรียกร้องของตนเอง หรือของลูกหนี้ไปขอหักกลบลบหนี้ได้ และเหตุที่ยอมให้ผู้ค้ำประกันเอาสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ก็เพราะผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าลูกหนี้ และผู้ค้ำประกันสามารถยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นไต่ถามกับเจ้าหนี้ได้ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 694, 695² ได้บัญญัติไว้ แต่ในทางตรงกันข้ามลูกหนี้ไม่สามารถเอาสิทธิเรียกร้องของผู้ค้ำประกันไปหักกลบลบหนี้กับเจ้าหนี้ได้

อนึ่ง หากเป็นกรณีของการใช้สิทธิของคู่สัญญาที่จะพึงหักกลบลบหนี้กันได้ การหักกลบลบหนี้ก็ยังมีได้ เช่น ก. กับ ข. เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กันโดยมูลที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ ค. เจ้าหนี้ของ ก. ใช้สิทธิเรียกร้องของ ก. บังคับเรียกร้องเอาจาก ข. ข. ขอบที่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ขอหักกลบลบหนี้กับ ค. ได้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 236³ ได้บัญญัติรับรองไว้ หรือในกรณีที่เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องไปโดยลูกหนี้มิได้ยินยอมด้วย เพียงแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ลูกหนี้จะเอาสิทธิที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมมาหักกลบ

¹ มาตรา 292 วรรค 2 “ลูกหนี้ร่วมกันคนหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องอย่างไร ลูกหนี้คนอื่น ๆ จะเอาสิทธิอันนั้นไปใช้หักกลบลบหนี้หาได้ไม่”

³ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 453.

² มาตรา 694 “นอกจากข้อต่อสู้ซึ่งผู้ค้ำประกันมีต่อเจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าผู้ค้ำประกันยังอาจยกข้อต่อสู้ทั้งหลายซึ่งลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ขึ้นต่อสู้ได้ด้วย”

มาตรา 695 “ผู้ค้ำประกันซึ่งละเลยไม่ยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ นั้น ท่านว่ายอมสิ้นสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ลูกหนี้เพียงเท่าที่ไม่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าคนมิได้รู้ว่ามีข้อต่อสู้เช่นนั้น และที่ไม่รู้นั้นมิได้เป็นเพราะความผิดของตนด้วย”

³ มาตรา 236 “จำเลยมีข้อต่อสู้ลูกหนี้เดิมอยู่อย่างใด ๆ ท่านว่าจะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ทั้งนั้น เว้นแต่ข้อต่อสู้ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อยื่นฟ้องแล้ว”

⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1133.

ลบนีกับเจ้าหนี้ผู้รับโอนก็ได้ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 308 วรรคสอง ได้บัญญัติรับรองไว้

นอกจากนี้ จากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 341 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกันโดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้.....” ทำให้เห็นได้ว่าหนี้ซึ่งผูกพันกันอยู่อันจะนำมาหักกลบลบหนี้กันได้นั้นจะต้องเป็นหนี้สองรายขึ้นไป ไม่ใช่หนี้รายเดียวกัน ซึ่งคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนกัน เกี่ยวกับกรณีนี้ จากคำรากฎหมายต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาส่วนใหญ่ จะกล่าวถึงแต่เพียงว่าการที่บุคคลสองคนต่างมีความผูกพันเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ซึ่งกันและกันนั้น ความผูกพันจะต้องเกิดจากหนี้สองราย โดยมีได้มีการให้เหตุผลใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ จะมีก็เพียงคำรากฎหมายของอาจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช⁷ ที่ได้มีการให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ดังนี้ “หนี้ซึ่งผูกพันกันอยู่อันจะเกิดหักกลบลบหนี้กันได้นี้ต้องเป็นหนี้สองราย ไม่ใช่หนี้อันเดียวกัน ซึ่งคู่กรณีต่างฝ่ายมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตอบแทนกัน เช่น ก. เป็นเจ้าหนี้ ข. ในมูลค่าซื้อของเชื้อ ข. เป็นเจ้าหนี้ ก. ในมูลค่าให้กู้ยืมเงิน ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าหนี้กัน

มาตรา 308 วรรคสอง “ถ้าลูกหนี้เป็นแต่ได้รับคำบอกกล่าวการโอน ท่านว่าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ผู้โอนก่อนเวลาที่ได้รับคำบอกกล่าวนั้นฉันใด ก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้แก่ผู้รับโอนได้ฉันนั้น ถ้าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องจากผู้โอน แต่สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนดในเวลาบอกกล่าวไซ้ ท่านว่าจะเอาสิทธิเรียกร้องนั้นมาหักกลบลบกันก็ได้ หากว่าสิทธินั้นจะได้ถึงกำหนดไม่ช้ากว่าเวลาถึงกำหนดแห่งสิทธิเรียกร้องอันได้โอนไปนั้น”

⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 454.

⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522 โดย จิตติ คิงศภักย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 557. ; ปรีชา วิศาลเวทย์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายแพ่งเล่ม 2: หนี้ หน่วยที่ 7-15, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2529), หน้า 121. ; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 321.

⁷ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคทบทวนปรับปรุง), หน้า 1131.

คนละราย ดังนี้ จึงมีการหักกลบลบหนี้กันได้ ถ้าเป็นหนี้อันเดียวกันและต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่เป็นหนี้ต้องปฏิบัติตอบแทนกัน เช่น ก. ทำสัญญาจะขายม้าให้ ข. โดยลักษณะที่ ก. เป็นเจ้าหนี้ จะได้รับราคา แต่เป็นลูกหนี้จะต้องส่งมอบขายม้า และ ข. ก็เป็นเจ้าหนี้ที่จะได้ม้าแต่เป็นลูกหนี้ต้องใช้ราคาต่างผูกพันอยู่ในหนี้อันเดียวกัน เช่นนี้ การหักกลบลบหนี้มีขึ้นไม่ได้ ความผูกพันต้องบังคับกันไปตามผลของสัญญาต่างตอบแทนโดยเฉพาะ คือ ตามมาตรา 369 ที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดชอบที่จะปฏิเสธไม่ชำระหนี้ของตนจนกว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทน เป็นเรื่องที่จะตั้งเป็นเงื่อนไข ไม่ยอมชำระหนี้ตอบแทน ต่างกับกรณีหักกลบลบหนี้ซึ่งมีหนี้ทั้งสองราย เจ้าหนี้ในหนี้รายหนึ่งขอชำระหนี้ต่อหรือเอาชำระหนี้จากเจ้าหนี้ในหนี้อีกรายหนึ่งโดยวิธีหักกลบลบหนี้ การที่ต้องมีหนี้สองรายหรือกว่านั้นขึ้นไป ดังว่ามานี้ภาษาไทยในมาตรา 341 ไม่ชัด แต่ในคำแปลภาษาอังกฤษใช้พหูพจน์ทำให้เข้าใจได้ดี” นอกจากนี้ เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาถึงกรณีดังกล่าวจากอุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ฉบับกรรมาร่างกฎหมาย ในเรื่องหักกลบลบหนี้ ซึ่งมีรายละเอียดของอุทธรณ์มีดังนี้ “ ก. ให้ ข. ยืมเงินไป 200 บาท ก. จึงเป็นเจ้าหนี้ ข. 200 บาท ภายหลัง ข. ขายม้าตัวหนึ่งให้ ก. เป็นเงิน 150 บาท และได้ส่งมอบเสร็จแล้วก่อนได้รับใช้ราคา ฉะนั้น ข. กลับเป็นเจ้าหนี้ ก. 150 บาท ก. และ ข. ต่างเป็นเจ้าหนี้ซึ่งกันและกัน หนี้ทั้งสองรายนี้อาจระงับสิ้นไปด้วยหักกลบลบหนี้กันเพียงเท่าจำนวนหนี้ที่น้อยกว่า คือว่าเพียง 150 บาท เหมือนหนึ่งว่า ข. ได้ใช้เงินให้ ก. 150 บาท และ ก. ใช้ให้ ข. 150 บาท”⁸ จากอุทธรณ์ที่ได้ยกมาจึงทำให้แน่ใจได้ว่าเจตนาของกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ นั้น หนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ นั้นจะต้องเป็นหนี้สองรายขึ้นไป เนื่องจากอุทธรณ์ในเรื่องดังกล่าวก็แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้จะต้องเป็นหนี้สองราย (หนี้ในการกู้ยืมกับหนี้ในการซื้อขาย) มิใช่หนี้รายเดียวกัน

2. หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอันเดียวกัน

การหักกลบลบหนี้ เป็นการเอาหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมาหักกัน ดังนั้น หนี้ที่จะนำมาหักกันได้ก็จะต้องเป็นหนี้เป็นอันเดียวกัน หรือที่ตามมาตรา 341 กล่าวว่า

⁸ กรรมาร่างกฎหมาย, อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 ฉบับกรรมาร่างกฎหมาย เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี พระยามานวราชเสวี (กรุงเทพฯ : กรรมาร่างกฎหมาย, 2533), หน้า 122.

“หนี้มีวัตถุประสงค์เหมือนกัน” ที่ว่า หนี้ต้องมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกันนี้ มิได้หมายความว่า “วัตถุประสงค์แห่งหนี้” ในความหมายที่หมายถึงสิ่งที่ลูกหนี้ต้องชำระแก่เจ้าหนี้ ซึ่งอาจเป็นการกระทำการ การงดเว้นการกระทำ หรือการส่งมอบทรัพย์สิน แต่หมายความว่าตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่เป็นอย่างเดียวกัน⁹ หรือที่ในบางคำราได้ให้ความหมายว่า หมายถึงวัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกัน¹⁰ เช่น ก. อาจขอหักกลบบหนี้เงินกู้ซึ่ง ก. จะต้องชำระให้ บ. กับหนี้ค่าสินค้าที่ บ. จะต้องชำระให้ ก. ได้ เพราะทั้งหนี้เงินกู้ และหนี้ค่าสินค้าต่างก็มีวัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกันคือ เงินตรา แต่ ก. จะขอหักหนี้ที่ ก. จะต้องส่งมอบสินค้าให้ บ. กับหนี้ที่ บ. จะต้องชำระค่าเช่าให้ ก. หาได้ไม่เพราะมีวัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้คนละประเภท

เหตุที่หนี้ที่จะนำมาหักกลบบหนี้กันได้ จะต้องเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกันก็เพราะการหักกลบบหนี้เป็นเสมือนการชำระหนี้ เจ้าหนี้อยอมเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตรงตามที่เป็นหนี้ได้เสมอ ลูกหนี้จะชำระสิ่งอื่นโดยที่เจ้าหนี้ไม่ยินยอมหาได้ไม่ ฉะนั้น เมื่อลูกหนี้จะขอหักกลบบหนี้แทนการชำระหนี้ก็ต้องเสนอหนี้เป็นอย่างเดียวกันหรือหนี้ที่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน¹¹

ที่ว่าวัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้จะต้องเป็นอย่างเดียวกันนั้น หมายถึง วัตถุประสงค์ที่จะพึงชำระหนี้ นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่มีชนิดและประเภทเดียวกันและสามารถใช้แทนกันได้ กล่าวคือ จะต้องมิตลักษณะเป็นสังกะทรัพย์ ซึ่งได้แก่ทรัพย์สินประเภท เงินตรา ข้าวเปลือก ข้าวสาร น้ำตาล รวมถึงหุ้นหรือหุ้นกู้ชนิดประเภทเดียวกันของบริษัทเดียวกันและพันธบัตรรัฐบาล ซึ่งเป็นชนิดและประเภทเดียวกัน เป็นต้น แต่ถ้าสังกะทรัพย์ที่กำหนดไว้แต่เพียงเป็นประเภทและชนิด ซึ่งเรียกว่าทรัพย์สินทั่วไปนั้นได้มีการกำหนดตัวทรัพย์สินนั้นไว้แน่นอนแล้ว ทรัพย์สินนั้นก็กลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งจะไม่ใช่สังกะทรัพย์ต่อไปก็ได้ เช่น ก. มีหนี้จะต้องส่งมอบควายให้ บ. 10 ตัว ไม่ได้กำหนดว่าจะต้องเป็นควายตัวไหน และ บ. ก็มีหนี้จะต้องส่งมอบควายให้ ก. 5 ตัว ซึ่ง บ.

⁹ โสภณ รัตนากร, ถ้อยอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 454-455.

¹⁰ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคบังคับบริบูรณ์), หน้า 1131. ; จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522 โดยจิตติ ตังศภัทย์, หน้า 558. ; ปรีชา วิศาลเวทย์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายแพ่ง เล่ม 2 : หนี้ หน่วยที่ 7-15, หน้า 122.

¹¹ โสภณ รัตนากร, ถ้อยอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 454.

ตกลงให้ ก. เลือกไว้แล้วว่าเป็นตัวไหน ดังนั้น ควายเป็น 5 ตัวที่ ข. จะต้องส่งมอบจะเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่ง ข. จะเอาควายตัวอื่นมาส่งมอบแทนหาได้ไม่ ฉะนั้น ข. จะขอหักกลบลบหนี้ควายที่ ก. จะต้องส่งให้ ข. โดยถือว่าหนี้ที่ตนจะต้องส่งมอบควายให้ ก. 5 ตัว ระบุรับ คงให้ ก. ส่งมอบควายให้ ข. อีก 5 ตัวหาได้ไม่ แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ถ้า ก. เป็นฝ่ายขอหักกลบลบหนี้ก็หาจะมีอะไรห้ามไม่ เพราะเท่ากับ ก. ยอมเอาทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ไปชำระหนี้เป็นทรัพย์สินทั่วไปได้ แต่ ข. จะเอาทรัพย์สินทั่วไปมาชำระหนี้แทนทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ไม่ได้¹²

ถ้าทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุที่จะพึงใช้ชำระหนี้ หรือที่จะต้องส่งมอบซึ่งกันและกันเป็นอสังกะทรัพย์ หรือเป็นทรัพย์สินต่างชนิดกัน ต้องถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้ เช่น ในกรณีของ ก. มีหนี้จะต้องส่งมอบภาพวาดให้ ข. ส่วน ข. ต้องส่งรูปปั้นให้ ก. หรือในกรณีที่ ค. มีหนี้จะต้องส่งมอบข้าวเปลือกให้ ง. และ ง. จะต้องส่งข้าวสารให้ ค. ทั้งกรณีของ ก. กับ ข. หรือ ค. กับ ง. จะขอหักกลบลบหนี้หาได้ไม่ เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่ทั้งสองฝ่ายจะยินยอมด้วยกัน และแม้ทรัพย์สินที่จะต้องส่งมอบเป็นอย่างเดียวกัน แต่ถ้ามิใช่เป็นสังกะทรัพย์ คือ มิใช่ทรัพย์สินที่ใช้แทนกันได้ก็หาอาจมีการหักกลบลบหนี้กันไม่ได้ไม่ เช่น ก. จะต้องส่งมอบรถยนต์ให้ ข. ความสัญญาซื้อขาย ขณะเดียวกัน ข. ยืมรถยนต์อีกคันหนึ่งของ ก. ไปใช้ก่อน ยังไม่ได้ส่งคืนดังนั้นแม้ต่างมีหนี้จะต้องส่งมอบรถยนต์ให้ซึ่งกันและกัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอหักกลบลบหนี้หาได้ไม่ เว้นแต่ รถทั้งสองคันนั้นอาจใช้แทนกันได้อย่างสังกะทรัพย์ เป็นต้นว่า เป็นรถยนต์ผลิตรุ่นเดียวกัน รุ่นเดียวกัน มีอุปกรณ์ต่าง ๆ เหมือนกัน และมีสภาพอย่างเดียวกัน¹³

หลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า หนี้ต้องมีวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกันจึงจะหักกลบลบหนี้ได้นี้ ไม่ได้หมายความว่ามูลที่ก่อให้เกิดหนี้จะต้องเหมือนกัน ดังนั้น แม้ว่ามูลที่ก่อให้เกิดหนี้จะต่างกัน แต่หากมีวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกันแล้ว ก็ชอบที่จะหักกลบลบหนี้กันได้ เช่น ก. ทำสัญญากู้เงิน ข. ไป 100 บาท และ ข. ไปซื้อของเชื่อค้างชำระราคา ก. อยู่ 100 บาท ในกรณีดังกล่าว แม้มูลที่เกิดหนี้จะเป็นสัญญากู้เงินกับสัญญาซื้อขายซึ่งต่างกัน แต่วัตถุที่ใช้ในการชำระเป็นอย่างเดียวกันคือ เงิน 100 บาท ดังนั้น จึงชอบที่

¹² เรื่องเดียวกัน , หน้า 455-456.

¹³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 455.

จะนำหนี้ดังกล่าวมาหักกลบลบหนี้ได้” ซึ่งกรณีดังกล่าว ได้มีแนวคำพิพากษาฎีกาตัดสินไว้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 502/2469, 981/2474, 944/2475, 119/2497, 847/2505, 843/2516 เป็นต้น

นอกจากนี้หนี้ที่จะหักกลบลบกันได้ ต้องมีจำนวนเป็นยุติแน่นอน เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 341 ได้บัญญัติให้การหักกลบลบหนี้ขึ้นหักกันไปในจำนวนที่ตรงกัน หากหนี้ยังมีจำนวนไม่แน่นอน ยังรู้ไม่ได้ว่ามีจำนวนเท่าใด ก็จะไม่รู้ที่จะหักกันในจำนวนเท่าใดให้ตรงกันได้ เช่น ก. กู้เงิน ข. ไป 100 บาท ข. ผิดสัญญาไม่ส่งข้าวให้ ก. ตามที่มีสัญญากันไว้ ก. จะขอหักหนี้เงินกู้ 100 บาท ของตนกับค่าเสียหายฐานผิดสัญญาที่ ก. จะพึงฟ้องเอาได้จาก ข. หาได้ไม่ เพราะยังไม่รู้ว่าจะนำสืบกำหนดกันได้เป็นจำนวนเท่าใด และยังถ้าเป็นกรณีที่ ข. ยังต่อสู้ว่าตนไม่ได้ผิดสัญญา หรือยังโต้เถียงกันในจำนวนค่าเสียหายก็จะเป็นการต้องห้ามมิให้หักกลบลบหนี้กัน ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 344 ได้บัญญัติไว้ แต่หากเป็นกรณีที่มีการกำหนดเบี้ยปรับไว้เป็นจำนวนแน่นอนแล้วก็จะไม่มีปัญหาขอที่จะหักกลบลบกันได้ แม้ว่าศาลจะสามารถส่งลดเบี้ยปรับที่ได้มีการกำหนดกันไว้ หากมีจำนวนสูงเกินส่วนที่ควรจะเป็น นอกจากนี้ ความไม่แน่นอนของหนี้ ไม่ได้หมายความว่าหนี้ที่มีหนี้เป็นจำนวนแน่นอนแล้ว แต่ยังไม่ได้คำนวณคู่ให้แน่นอน เช่น การซื้อของกันโดย การจดลงบัญชีกันไว้ทุกคราว แม้จะยังไม่ได้งบบัญชีสิ้นปีจึงยังไม่รู้ว่ามีหนี้ค้างกันอยู่เท่าใด ซึ่งกรณีนี้เป็นเพราะยังไม่ได้มีการคืบบัญชีกันเท่านั้น หากเชื่อว่าหนี้ไม่แน่นอน ซึ่งถ้าได้มีการคืบบัญชีกันก็จะรู้ได้ว่าได้มีการซื้อของไปและค้างราคากันอยู่เท่าใด ดังนี้จึงถือได้ว่าเป็นหนี้แน่นอนหักกลบลบกันได้¹⁵

ร. หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระ

ตามที่มาตรา 341 ได้กำหนดให้การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดนั้น คำว่า “หนี้ถึงกำหนดชำระนั้น” ได้มีนัยกฎหมายให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์โตถน รัตนกร ได้ให้ความหมายของคำว่า “หนี้ถึงกำหนดชำระ” ควรจะมีความหมาย 2 ประการ คือ 1. หนี้จะต้องอยู่ในฐานะที่จะฟ้องร้องบังคับ

¹⁴ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1134.

¹⁵ มาตรา 383 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1135.

กันได้แล้ว เช่น ไม่ใช่หนี้ธรรมดา หรือหนี้มีเงื่อนไข และ 2. หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว¹⁶

ศาสตราจารย์เสริม วินิจฉัยกุล ได้ให้ความหมายของคำว่า “ถึงกำหนดชำระหนี้” หมายความว่า หนี้ทั้งสองรายจะต้องอยู่ในสภาพที่จะเรียกร้องให้ชำระหนี้ในขณะนั้น¹⁷

อาจารย์จืด เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายของคำว่า “หนี้ถึงกำหนดชำระ” หมายความว่า หนี้ทั้งสองรายจะต้องอยู่ในสภาพที่จะเรียกร้องให้ชำระได้ในขณะนั้น¹⁸

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณาแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ความหมายทั้งสามความหมายนั้นมีลักษณะเหมือนกัน เพียงแต่ความหมายที่ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร ได้ให้ไว้ว่าเป็นการอธิบายขยายให้เห็นภาพของ “หนี้จะต้องอยู่ในสภาพที่จะเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้” ให้ชัดเจนขึ้นนั่นเอง ดังนั้น คำว่า “หนี้ถึงกำหนดชำระ” จึงหมายถึง หนี้ที่อยู่ในฐานะที่คู่สัญญาสามารถที่จะฟ้องร้องบังคับกันได้แล้ว กล่าวคือ จะต้องไม่ใช่เป็นหนี้ธรรมดา หรือหนี้ที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขอยู่ และหนี้นั้นจะต้องถึงกำหนดเวลาที่ชำระแล้ว

การที่กำหนดให้หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบกันนั้น จะต้องถึงกำหนดชำระนั้น เนื่องจากการหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ ซึ่งการที่จะเรียกให้ชำระหนี้ได้นั้น หนี้จะต้องถึงกำหนดแล้ว เพราะฉะนั้น การขอหักกลบลบหนี้ก็ต้องเป็นกรณีที่หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระแล้วด้วยกัน ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง(ก) มีสิทธิเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่ง (ข) ชำระหนี้ เพราะหนี้ถึงกำหนดแล้ว แต่หนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหลัง (ข) ที่จะเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายแรก (ก) ยังไม่ถึงกำหนด คู่สัญญาฝ่ายหลัง (ข) ย่อมขอหักกลบลบหนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายแรก (ก) ไม่ยินยอมหาได้ไม่ เพราะจะเป็นการตัดประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายแรก (ก) ในเรื่องเงื่อนไข และยิ่งกรณีที่หนี้ของทั้งสองฝ่ายยังไม่ถึงกำหนดชำระด้วยกัน ก็ย่อมไม่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกัน ทั้งนี้เพราะการหักกลบลบหนี้เปรียบเสมือนการชำระหนี้ให้ซึ่งกันและกัน เพราะฉะนั้น ถ้าหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยังไม่ถึงกำหนดจะให้เขาต้องหักกลบลบหนี้ก่อนไม่ได้

¹⁶ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 457.

¹⁷ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 321.

¹⁸ จืด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522 โดยจิตติ คิงศกวิทย์, หน้า 558.

แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหนี้ที่จะหักกลบลบกันได้จะต้องเป็นหนี้ที่มีกำหนดชำระพร้อมกัน หนี้ทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดพร้อมกัน หรือต่างกันก็ได้ เพียงแต่ว่าตอนที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของหักกลบลบหนี้ นั้นจะต้องเป็นเวลาหนี้ทั้งสองฝ่ายต่างก็ถึงกำหนดด้วยกันแล้วเท่านั้น¹⁹ เช่น ก. มีหนี้ต้องชำระเงินให้ ข. ในวันที่ 1 มกราคม และ ข. มีหนี้ที่จะต้องชำระให้ ก. ในวันที่ 1 เมษายน เมื่อถึงกำหนดวันที่ 1 มกราคม หาก ข. ไม่เรียกให้ ก. ชำระหนี้จนเวลาล่วงเลยมาถึงวันที่ 1 เมษายน เมื่อ ข. เรียกให้ ก. ชำระหนี้ ก. ย่อมขอหักกลบลบหนี้ได้

หลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า การขอหักกลบลบหนี้ก็ต้องเป็นกรณีที่หนี้ทั้งสองฝ่ายถึงกำหนดชำระนั้น ได้มีข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ดังกล่าว กล่าวคือ ในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายอาจขอหักกลบลบหนี้ได้ แม้หนี้ยังไม่ถึงกำหนด หรือมีเงื่อนไขเงื่อนไขอยู่ และในกรณีของการโอนสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้ได้โอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้โดยลูกหนี้มิได้ให้ความยินยอม และในขณะที่ลูกหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ได้อยู่ด้วย แม้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระ หากว่าสิทธิของลูกหนี้จะถึงกำหนดเวลาไม่ช้ากว่าสิทธิของเจ้าหนี้ ลูกหนี้อาจจะขอหักกลบลบหนี้ได้²⁰

4. การหักกลบบอหนี้จะต้องไม่เป็นการต้องห้าม

การหักกลบลบหนี้ไม่อาจมีขึ้นได้ หากหนี้ที่จะนำมาหักกลบลบกันนั้นเข้าลักษณะเป็นหนี้ที่ไม่อาจจะนำมาหักกลบลบกันได้ เช่น สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำการหักกลบลบหนี้ หรือเป็นการขัดกับเจตนาของคู่สัญญา หรือเป็นสิทธิเรียกร้องยังมีข้อต่อสู้อยู่ เป็นต้น

2.1.2 วิธีการขอหักกลบลบหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 342 ได้บัญญัติว่า

“หักกลบลบหนี้ นั้น ทำได้ด้วยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

¹⁹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายหนี้, หน้า 457.

¹⁹ มาตรา 102 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

²⁰ มาตรา 308 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 457-458.

การแสดงเจตนาเช่นนี้ท่านว่าจะมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเริ่มต้นหรือเวลาสิ้นสุดอีกด้วยหาได้ไม่
การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านว่ามีผลย้อนหลังขึ้นไป
จนถึงเวลาซึ่งหนึ่งทั้งสองฝ่ายนั้นจะอาจหักกลบลบกันได้เป็นครั้งแรก”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า วิธีการขอหักกลบลบหนี้ตาม
กฎหมายไทยที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ถือตามระบบกฎหมายของ
เยอรมัน กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้จะต้องเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา มิใช่เกิดขึ้น
เองโดยผลของกฎหมาย²¹ ซึ่งต่างจากวิธีหักกลบลบหนี้ในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งได้มีการแบ่ง
วิธีการหักกลบลบหนี้ออกเป็น 3 วิธี กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้กันตามกฎหมายอย่างหนึ่ง โดย
สัญญาอย่างหนึ่ง และโดยคำสั่งศาลอีกอย่างหนึ่ง²² ซึ่งการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ที่
จะมีผลตามกฎหมายไทยนั้นจะต้องประกอบไปด้วยลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

- 2.1.2.1 การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว
- 2.1.2.2 การแสดงเจตนาต้องไม่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา
- 2.1.2.3 การแสดงเจตนามีผลย้อนหลัง

2.1.2.1 การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว²³

มาตรา 342 ได้กำหนดวิธีการหักกลบหนี้ไว้ว่า ทำได้โดยการ
แสดงเจตนา ฉะนั้นแม้หนึ่งทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้ว และค้างก็อยู่ในสภาพที่จะ
หักกลบลบกันได้แล้วก็ตาม ถ้ายังไม่มีการแสดงเจตนาการหักกลบลบหนี้ก็ยังไม่เกิดขึ้น การ
แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ ทำโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแจ้งไปยังอีกฝ่ายหนึ่งว่าประสงค์จะให้
การหักกลบลบหนี้กันเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว

การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้²⁴ ต้องเป็นไปตามหลักใน
เรื่องการแสดงเจตนาในลักษณะนิติกรรมด้วย²⁴ และการแสดงเจตนาดังกล่าวนั้นไม่ต้องมีรูปแบบ

²¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 466.

²² ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1148-1151.

²³ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 466-467.

²⁴ ปรีชา วิศาลเวทย์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายแพ่ง เล่ม 2 : หนี้ หน่วยที่ 7-15, หน้า 124.

หรือพิธีการแต่อย่างไร จะใช้วิธีแจ้งด้วยหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ เนื่องจาก มาตรา 342 ไม่ได้กำหนดแบบของการแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ไว้ ดังนั้นแม้หนี้ที่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็อาจหักกลบลบหนี้กันด้วยวาจาก็ได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีกฎหมายบังคับไว้เป็นพิเศษเช่นในเรื่องการระงับหนี้จำนองด้วยการหักกลบลบหนี้ อาจไม่มีผลที่จะยกขึ้นยันต่อบุคคลภายนอกได้ เว้นแต่จะได้ไปจดทะเบียนไว้แล้ว ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 746²⁵ ได้บัญญัติไว้

นอกจากนี้ การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ทำโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียวก็เพียงพอ ไม่ต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแสดงเจตนาตอบรับหรือให้ความยินยอมด้วย ดังนั้นการหักกลบลบหนี้จึงอาจทำโดยฝืนใจคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ และถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่นเดียวกับการปลดหนี้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าคู่สัญญาจะตกลงให้หักกลบลบหนี้กันไม่ได้ หากเป็นการตกลงปลงใจด้วยกันทั้งสองฝ่ายแล้ว คู่สัญญาจะตกลงกันอย่างไรก็ได้ หากจำเป็นต้องปฏิบัติหรือมีผลจำกัดอยู่เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ เพราะโดยปกติการหักกลบลบหนี้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้ในเรื่องหนี้สิน ดังนั้น เมื่อฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ ฝ่ายหลังจึงยกเรื่องหนี้สินที่คนมีสิทธิเรียกร้องขึ้นขอหักกลบลบหนี้ ซึ่งเป็นการขอหักกลบลบหนี้โดยที่ฝ่ายแรกอาจไม่ยินยอมนั่นเอง

2.1.2.2 การแสดงเจตนาต้องไม่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไข²⁶

การหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้จึงต้องมีลักษณะเด็ดขาดเหมือนกับการชำระหนี้ จะขอหักกลบลบหนี้โดยมีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลาใด ๆ หาได้ไม่ มิฉะนั้น การหักกลบลบหนี้ก็จะไม่มีผล ทั้งนี้เพราะการแสดง

มาตรา 746 “ การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การระงับหนี้
อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้นเป็น
ประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อมีคำขอร้องของ
ผู้มีส่วนได้เสีย มิฉะนั้น ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก”

²⁵ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1151.

²⁶ โสภณ รัตนากร, ถ้อยคำกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 468.

เจตนาขอหักกลบลบหนี้โดยมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลานั้น จะทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าหนี้ส่วนที่หักกลบลบกันจะระงับแล้วหรือไม่ เมื่อใด อาจเกิดความยุ่งยากสืบสนขึ้นมาในภายหลัง และอาจกระทบกระเทือนถึงบุคคลภายนอกผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาด้วย กฎหมายจึงไม่อนุญาต

2.1.2.3. การแสดงเจตนามีผลย้อนหลัง²⁷

การแสดงเจตนาโดยปกติแสดงเมื่อใดก็ย่อมมีผลเมื่อนั้น แต่การแสดงเจตนาหักกลบลบหนี้ มีผลย้อนหลังไปถึงเวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายอาจจะหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก

เวลาซึ่งหนี้ทั้งสองฝ่ายอาจหักกลบลบกันได้เป็นครั้งแรก ก็คือเวลาที่หนี้ทั้งสองรายต่างถึงกำหนดชำระด้วยกัน

การที่การแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้มีผลย้อนหลังนี้ จะทำให้เจ้าหนี้ผู้ขอหักกลบลบหนี้อยู่ในฐานะได้เปรียบเจ้าหนี้อื่นเพราะถ้าหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกคน เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิขอหักกลบลบหนี้ไม่เพียงแต่จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนโดยการขอหักกลบลบหนี้เท่านั้น แต่ยังรับการชำระหนี้ย้อนหลังไปด้วย

2.1.3 ผลของการหักกลบลบหนี้

2.1.3.1. ผลโดยทั่วไป²⁸

การหักกลบลบหนี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ การหักกลบลบหนี้จึงทำให้ส่วนที่หักกลบลบกันระงับไป ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 341 บัญญัติว่า “.....ลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งย่อมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบกันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกัน.....” กล่าวคือ ถ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายมีจำนวนเท่ากัน เมื่อหักกลบลบกันแล้ว ทั้งสองฝ่ายต่างก็หลุดพ้นจากหนี้ไปทั้งหมด ถ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายไม่เท่ากัน ฝ่ายที่เป็นหนี้น้อยกว่าก็หลุดพ้นจากหนี้ไปโดยสิ้นเชิง ฝ่ายที่เป็นหนี้มากกว่าก็คงหลุดพ้นจากหนี้ไปเท่ากับจำนวนที่หักกลบลบกัน และยังคงต้องชำระหนี้เฉพาะส่วนที่เหลือจากหักกลบลบกัน ตัวอย่างเช่น ก. จะต้องชำระหนี้เงินกู้ให้ ข. 10,000 บาท ข. มีหนี้ค่าซื้อสินค้าจะต้องชำระให้ ก. 5,000 บาท เมื่อมีการหักกลบ

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 468.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 468.

ลบหนี้กัน หนี้ของ ข. จำนวน 5,000 บาท กับหนี้ของ ก. จำนวน 5,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่ตรงกันยอมหักกลบลบกัน ข. ย่อมหลุดพ้นจากหนี้ไปทั้งหมด หนี้ของ ก. ระวังลงจำนวน 5,000 บาท ก. ยังคงต้องชำระหนี้ให้ ข. เฉพาะหนี้ส่วนที่เหลืออีก 5,000 บาท

ในกรณีที่หนี้ประธานที่ได้มีการระงับลง โดยการหักกลบลบหนี้ นั้น มีหนี้อุปกรณ์อยู่ด้วยไม่ว่าจะเป็นการค้าประกัน การจำนอง การจำนำแล้ว ในกรณีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องการหักกลบลบหนี้ไม่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้โดยตรงจึงต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องหนี้อุปกรณ์เหล่านั้นโดยตรง และจะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ได้มีการบัญญัติถึงผลของหนี้อุปกรณ์เหล่านี้ไว้ในลักษณะเดียวกันว่า หนี้อุปกรณ์เหล่านี้จะระงับ หรือหลุดพ้นไปต่อเมื่อหนี้อันเป็นหนี้ประธานนั้นระงับสิ้นไป²⁹ และจากที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า การหักกลบลบหนี้นี้มีผลเสมือนการชำระหนี้ ดังนั้น เมื่อหนี้ประธานระงับลงทั้งหมดโดยการหักกลบลบหนี้ หนี้อุปกรณ์ย่อมหลุดพ้นไปด้วย แต่ถ้านี้ระงับไปเพียงบางส่วนแล้ว สำหรับหนี้ส่วนที่เหลืออยู่นั้น หนี้อุปกรณ์ก็ยังคงมืออยู่เป็นประกันต่อไปจนกว่าจะได้ชำระหนี้โดยสิ้นเชิง³⁰

2.1.3.2 กรณีที่มีหนี้จะต้องหักกลบลบกันหลายราย

กรณีที่คู่สัญญามีหนี้ระหว่างกันอยู่หลายรายที่คู่สัญญาสามารถนำมาหักกลบลบหนี้กันได้นั้น เมื่อจะนำหนี้เหล่านั้นมาหักกลบลบหนี้ก็จะมีปัญหาว่าจะนำหนี้รายใดมาหักกลบลบกับหนี้รายใด ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ในประมวล

²⁹ มาตรา 698 “อันผู้ค้าประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในขณะที่ของลูกหนี้ระงับสิ้นไปไม่ว่าเพราะเหตุใด”

มาตรา 744 “อันจำนองยอมระงับสิ้นไป

(1)เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่นใดมิใช่เหตุอายุความ”

มาตรา 769 “อันจำนำยอมระงับสิ้นไป

(1)เมื่อหนี้ซึ่งจำนำเป็นประกันอยู่นั้นระงับสิ้นไปเพราะเหตุประการอื่นมิใช่เพราะอายุความ หรือ ”

³⁰ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคทบทวนปรับปรุง) หน้า 1158.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 348³¹ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้³¹

ก. ถ้าผู้แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ ได้ระบุว่า จะพึงเอาสิทธิเรียกร้องรายใดบ้างเข้าหักกลบลบหนี้ก็ให้เป็นไปตามนั้น

ข. ถ้าผู้แสดงเจตนาไม่ได้ระบุไว้ หรือในกรณีที่ได้มีการระบุไว้แต่คู่กรณีอีกฝ่ายได้หักท้วงโดยไม่ชักช้า ก็ให้นำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 328 วรรค 2³² ซึ่งเป็นเรื่องการจัดสรรชำระหนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลมกล่าวคือ หากผู้ขอหักกลบลบหนี้มีหนี้หลายราย หากสิทธิเรียกร้องของคนไม่พอหักกลบลบหนี้ทุกรายก็ให้มีการหักกลบลบหนี้กันตามลำดับดังนี้คือ 1. หนี้รายที่ถึงกำหนดก่อน 2. ในระหว่างหนี้หลายรายที่ถึงกำหนดพร้อมกัน หนี้รายที่มีประกันน้อยที่สุด 3. ถ้าหนี้มีประกันเท่า ๆ กันก็ให้ชำระหนี้รายที่เป็นภาระแก่ลูกหนี้มากที่สุด 4. ถ้าหนี้มีภาระเท่า ๆ กันก็ให้ชำระหนี้รายที่เก่าที่สุด 5. ถ้าหนี้หลายรายนั้นเก่าเท่า ๆ กันก็ให้หักกลบลบหนี้ไปตามส่วนมากน้อย

ค. ถ้าหนี้ที่ผู้แสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้มีอยู่นั้น เป็นทั้งหนี้

มาตรา 348 “ถ้าคู่กรณีต่างฝ่ายต่างมีสิทธิเรียกร้องหลายรายอันควรแก่การที่จะใช้หักกลบลบหนี้ได้ไซ้ ฝ่ายผู้ที่ขอหักหนี้จะระบุก็ได้ว่าพึงเอาสิทธิเรียกร้องรายใดบ้างเข้าหักกลบลบกัน ถ้าการหักกลบลบหนี้ได้แสดงโดยมิได้ระบุเช่นนั้นก็ดี หรือถ้าระบุแต่อีกฝ่ายหนึ่งท้วงขัดข้องโดยไม่ชักช้าก็ดี ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 328 วรรค 2 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าฝ่ายที่ขอหักกลบลบหนี้ยังเป็นหนี้ค่าดอกเบี้ย และค่าฤชาธรรมเนียมแก่อีกฝ่ายอยู่ นอกจากการชำระหนี้อันเป็นประธานนั้นด้วยไซ้ ท่านให้นำบทบัญญัติแห่งมาตรา 329 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

³¹ ปรีชา วิศาลเวทย์, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายแพ่ง เล่ม 2 : หนี้ หน่วยที่ 7-15, หน้า 130-131.

³² มาตรา 328 วรรค 2 “ถ้าลูกหนี้ไม่ระบุ ท่านว่าหนี้สินรายไหนถึงกำหนดก็ให้รายนั้นเป็นอันได้เปลื้องไปก่อน ในระหว่างหนี้สินหลายรายที่ถึงกำหนดนั้น รายใดเจ้าหนี้มีประกันน้อยที่สุดก็ให้รายนั้นเป็นอันได้เปลื้องไปก่อน ในระหว่างหนี้สินหลายรายที่มีประกันเท่า ๆ กันให้รายที่คดหนักที่สุดแก่ลูกหนี้เป็นอันได้เปลื้องไปก่อน ในระหว่างหนี้สินหลายรายที่คดหนักแก่ลูกหนี้เท่า ๆ กัน ให้หนี้สินรายเก่าที่สุดเป็นอันได้เปลื้องไปก่อน และถ้ามีหนี้สินหลายรายเก่าเท่า ๆ กัน ก็ให้หนี้ทุกรายเป็นอันได้เปลื้องไปตามส่วนมากและน้อย”

ประธานและหนี้อุปกรณ ซึ่งคือหนี้ดอกเบี้ยและค่าฤชาธรรมเนียมแล้ว ก็ให้นำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 329¹ มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ หากผู้ขอหักกลบลบหนี้มีหนี้ที่ต้องชำระทั้งหนี้ประธานและหนี้ดอกเบี้ยและค่าฤชาธรรมเนียมแล้ว หากการหักกลบลบหนี้ไม่สามารถหักกลบลบกันได้ทั้งหมดแล้ว การหักกลบลบหนี้จะต้องทำตามลำดับดังนี้คือ 1. ค่าฤชาธรรมเนียม 2. ดอกเบี้ย 3. หนี้ประธาน

2.1.3.3 กรณีการขอหักกลบลบหนี้ซึ่งมีสถานที่ชำระหนี้ต่างกัน

ในกรณีที่หนี้ที่คู่สัญญาจะนำมาหักกลบลบหนี้มี สถานที่ชำระหนี้ต่างสถานที่กัน คู่สัญญาก็สามารถนำเอาหนี้ดังกล่าวนี้มาหักกลบลบหนี้กันได้ ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 343² ได้บัญญัติรับรองไว้ แต่อย่างไรก็ดีการหักกลบลบหนี้ในกรณีดังกล่าว หากเกิดมีค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากการหักกลบลบหนี้ คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ขอหักกลบลบหนี้ก็จะต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง

2.2 หลักเกณฑ์การทำ Payment Netting

ข้อสัญญา Payment Netting ตามที่กำหนดอยู่ในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement เป็นข้อสัญญาที่เกิดจากการที่คู่สัญญาได้มาตกลงกำหนดกันไว้ล่วงหน้าถึงรูปแบบหรือวิธีการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาอีกแบบหนึ่ง ซึ่งเป็น

¹ มาตรา 329 “ด้านนอกจากการชำระหนี้อันเป็นประธาน ลูกหนี้ยังจะต้องชำระดอกเบี้ยและเสียค่าฤชาธรรมเนียมอีกด้วย หากการชำระหนี้ในครั้งหนึ่ง ๆ ไม่ได้ราคาเพียงพอจะเปลี่ยนหนี้สินได้ทั้งหมด ท่านให้เอาจัดใช้เป็นค่าฤชาธรรมเนียมเสียก่อนแล้วจึงใช้ดอกเบี้ย และในที่สุดจึงให้ใช้ในการชำระหนี้อันเป็นประธาน

ถ้าลูกหนี้ระบุให้จัดใช้เป็นประการอื่นท่านว่าเจ้าหนี้จะบอกปิด ไม่ยอมรับชำระหนี้ก็ได้”

² มาตรา 343 บัญญัติว่า “การหักกลบลบหนี้ นั้น ถึงแม้ว่าสถานที่ซึ่งจะต้องชำระหนี้ทั้งสองจะต่างกัน ก็หักกันได้ แต่ฝ่ายผู้ขอหักหนี้จะต้องใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกิดแต่การนั้น”

วิธีการที่นอกเหนือไปจากการปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ใน เอกสารประกอบการทำธุรกรรมแต่ละชนิดที่คู่สัญญาได้ตกลงจัดทำขึ้น ซึ่งหากเมื่อใดที่ปรากฏว่า การปฏิบัติการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมนั้น ๆ เข้าเงื่อนไข หรือ ตรงกับหลักเกณฑ์วิธีการของการชำระหนี้โดยวิธีการ Payment Netting ตามที่คู่สัญญาได้กำหนด ไว้แล้ว การปฏิบัติการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาก็ต้องเป็นไปตามวิธีการชำระหนี้แบบ Payment Netting และเนื่องจากข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ตามที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement นั้น ได้แบ่งรูปแบบวิธีการทำออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ 1. รูปแบบ การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน และ 2. รูปแบบการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรม ซึ่งแต่ละรูปแบบมีรายละเอียดของข้อสัญญา ตลอดจน หลักเกณฑ์ วิธีการ และผล ดังนี้คือ

2.2.1 ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะใน ธุรกรรมเดียวกัน (ข้อ 2 (c) ย่อหน้าแรก)¹

เป็นข้อสัญญาที่มีการกำหนดว่า หากในวันหนึ่งวันใดที่เป็นวันถึงกำหนด ชำระหนี้ และคู่สัญญาต่างมีหนี้หรือภาระการชำระเงินที่จะต้องชำระในวันถึงกำหนดชำระนั้น ให้แก่กัน ซึ่งหนี้หรือภาระการชำระเงินที่ต้องชำระให้แก่กันนั้นจะต้องเป็นหนี้หรือภาระ การชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมเดียวกัน(the same Transaction) เท่านั้น และเป็นหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เป็นเงินสกุลเดียวกัน ในวันนั้นให้หนี้หรือภาระการชำระเงินที่ทั้งสอง ฝ่ายจะต้องชำระหนี้สิ้นสุดลงทันที (automatically satisfied and discharged) และหากหนี้หรือ ภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจำนวนหนี้ไม่เท่ากัน กล่าวคือมีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ที่จะต้องชำระมากกว่าอีกฝ่ายแล้ว ในกรณีนี้ให้แทนที่ (replaced) ด้วยหนี้ที่เป็นจำนวนส่วนต่าง ของจำนวนหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องชำระให้แก่กัน และผู้ที่มีหน้าที่ จะต้องชำระส่วนต่าง (หนี้ส่วนต่างที่เกิดขึ้น) คือ คู่สัญญาฝ่ายที่มีจำนวนหนี้ที่จะต้องชำระให้กับ คู่สัญญาอีกฝ่ายในจำนวนที่มากกว่า

จากที่กล่าวมาสามารถแยกเนื้อหาของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ในกรณีนี้ ออกได้เป็น 3 หัวข้อคือ

¹ รายละเอียดของข้อสัญญาได้จากแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ที่อยู่ใน ภาคผนวก

1. หลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting
2. วิธีการทำ Payment Netting
3. ผลของการทำ Payment Netting

1. หลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting

ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1.1 หนี้ที่จะนำมา Netting นี้ จะต้องเป็นหนี้ที่คู่สัญญาที่อยู่ระหว่างกัน และเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาได้เข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นอนุพันธ์ทางการเงิน (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะใช้คำว่า “ธุรกรรม” แทน)

1.2 หนี้ที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่อันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้นจะต้องเกิดขึ้นจากธุรกรรมเดียวกัน (the same Transaction)

1.3 หนี้ที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่อันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้นจะต้องเป็นเงินสกุลเดียวกัน

1.4 หนี้ที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่อันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้นจะต้องถึงกำหนดชำระพร้อมกัน

2. วิธีการทำ Payment Netting

วิธีการทำ Payment Netting มีรายละเอียดดังนี้

2.1 คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะต้องมาทำความตกลงกันล่วงหน้ากำหนดข้อสัญญาที่ระบุถึงวิธีการทำ Payment Netting ที่จะนำมาใช้ในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันลงใน 1992 Master Agreement

2.2 ในวันที่หนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้ถึงกำหนดชำระในวันเดียวกัน และหนี้ดังกล่าวนั้นเข้าหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting ที่ได้มีการกำหนดไว้แล้ว การทำ Payment Netting จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ โดยในวันนั้นหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหากเข้าหลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting แล้ว หนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจะถูกนำมาหักล้าง(net) กัน และถ้าปรากฏว่าหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นมีจำนวนเท่ากัน หนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอยู่นั้นก็จะหลุดพ้นหรือระงับสิ้นไป แต่หากหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจำนวนหนี้ไม่เท่ากัน กล่าวคือมีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะต้องชำระมากกว่าอีกฝ่ายแล้ว ในกรณีนี้

จะเกิดมีหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน ซึ่งหนี้ใหม่นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนผลต่างที่ได้จากการนำเอาหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมาหักล้างกัน และหนี้จำนวนดังกล่าวนี้ จะถูกชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีจำนวนหนี้ที่จะต้องชำระก่อนการหักล้างมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย

3. ผลของการทำ Payment Netting

ผลที่เกิดขึ้นจากการทำ Payment Netting ตามที่ระบุไว้ในสัญญาก็คือ เมื่อมีการทำ Payment Netting แล้ว หนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้แก่กันที่ได้นำมาทำ Payment Netting จะระงับสิ้นไป ถ้าหนี้ที่จะต้องชำระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีจำนวนเท่ากัน แต่หากหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจำนวนหนี้ไม่เท่ากัน กล่าวคือ มีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะต้องชำระมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว ในกรณีนี้จำนวนหนี้ที่จะต้องมีการชำระนั้นก็คือจำนวนเท่ากับจำนวนผลต่างที่ได้จากการนำเอาหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องชำระให้แก่กันมาหักล้าง และหนี้ดังกล่าวนี้จะถูกชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีจำนวนหนี้ที่จะต้องชำระก่อนการหักล้างมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย

2.2.2 ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรม (ข้อ 2 (c) ย่อหน้าหลัง)

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ในกรณีนี้จะมีรายละเอียดของวิธีการดำเนินการต่าง ๆ ตลอดจนผลที่เกิดขึ้นลักษณะเช่นเดียวกับการทำ Payment Netting ในข้อ 2.2.1 ทุกประการ เพียงแต่มีลักษณะที่แตกต่างกันในเรื่องของจำนวนของธุรกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมาหักล้างเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีการทำ Payment Netting ในกรณีนี้ คู่สัญญาสามารถที่จะนำเอาหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างกันของคู่สัญญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นมาหักล้าง หากหนี้เหล่านั้นเข้าหลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting เพื่อให้เกิดจำนวนส่วนต่างสุทธิเพียงจำนวนเดียวที่จะต้องมีการชำระในวันถึงกำหนดชำระนั้น โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีผลรวมของหนี้ที่จะนำมาหักล้างนั้น

*รายละเอียดของข้อสัญญาได้จากแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ที่อยู่ในภาคผนวก

มากกว่าอีกฝ่าย ซึ่งวิธีการนี้อาจเรียกอีกชื่อหนึ่งได้ว่าเป็นการทำ Payment Netting แบบ cross-product netting

สำหรับวิธีการที่จะกำหนดให้มีการนำเอาวิธีการทำ Payment Netting ในกรณีนี้มาใช้ นั้น ในข้อสัญญาดังกล่าวได้กำหนดถึงวิธีการดำเนินการไว้แล้ว กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถทำได้ โดยคู่สัญญาจะต้องกำหนดไม่ให้นำเอาเงื่อนไขข้อสัญญาในส่วนที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้จะนำมา Netting ที่จะต้องเกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมเดียวกัน (the same Transaction) มาใช้ (เงื่อนไขข้อ 2.(c)(ii)) การกำหนดยกเว้นเงื่อนไขดังกล่าว คู่สัญญาอาจจะกำหนดลงในเอกสารต่อท้าย Master Agreement (schedule) ในส่วนที่ 4(I) ในเวลาที่เริ่มความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาเลย หรือในเอกสารยืนยัน (confirmation) ที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น หากต่อมาในภายหลัง คู่สัญญาประสงค์จะให้นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ ซึ่งในกรณีหลังนี้ เมื่อคู่สัญญาประสงค์จะให้นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ คู่สัญญาจะต้องกำหนดถึงวันที่จะเริ่มให้มีผลใช้บังคับดังกล่าวด้วย จากที่กล่าวมา สามารถแยกเนื้อหาของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ในกรณีนี้ ออกได้เป็น 3 หัวข้อคือ

1. หลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting
2. วิธีการทำ Payment Netting
3. ผลของการทำ Payment Netting

1. หลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting

ประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1.1 หน้าที่จะนำมา Netting นี้ จะต้องเป็นหน้าที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกัน และเป็นหน้าที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาได้เข้าทำธุรกรรมระหว่างกัน

1.2 หน้าที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่กันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้น ไม่จำกัดว่าหน้าที่นั้นจะต้องเกิดจากธุรกรรมเดียวกัน (the same Transaction) ซึ่งหมายความว่า หน้าที่เกิดจากธุรกรรมทุกประเภทที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั่นเอง

1.3 หน้าที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่กันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้น จะต้องเป็นเงินสกุลเดียวกัน

1.4 หน้าที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่กันที่จะนำมา Netting (หักล้าง) นั้น จะต้องถึงกำหนดชำระพร้อมกัน

2. วิธีการทำ Payment Netting

วิธีการทำ Payment Netting มีรายละเอียดดังนี้

2.1 คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย จะต้องมาทำความตกลงกันล่วงหน้ากำหนดข้อสัญญาที่ระบุถึงวิธีการทำ Payment Netting ที่จะนำมาใช้ในการชำระหนี้จะเกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันลงใน 1992 Master Agreement

2.2 ในวันที่หนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ถึงกำหนดชำระในวันเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็หนี้ที่เกิดจากการเข้าทำธุรกรรมก็ธุรกรรมก็ตาม และหนี้ดังกล่าวนั้นเข้าหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting ที่ได้มีการกำหนดไว้แล้ว การทำ Payment Netting จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติทันที โดยในวันนั้นหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้คู่สัญญาอีกฝ่าย หากเข้าหลักเกณฑ์ในการทำ Payment Netting แล้ว หนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจะถูกนำมาหักล้าง (net) กัน และถ้าปรากฏว่าหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายนั้นมีจำนวนเท่ากัน หนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอยู่นั้นก็จะหลุดพ้นหรือระงับสิ้นไป แต่หากหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจำนวนหนี้ไม่เท่ากัน กล่าวคือ มีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะต้องชำระมากกว่าอีกฝ่ายแล้ว ในกรณีนี้จะเกิดมีหนี้ใหม่ขึ้นมาแทน ซึ่งหนี้ใหม่นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนผลต่างที่ได้จากการนำเอาหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมาหักล้างกัน และหนี้จำนวนดังกล่าวนี้จะถูกชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีจำนวนของหนี้ที่จะต้องชำระก่อนการหักล้างมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย

3. ผลของการทำ Payment Netting

ผลที่เกิดขึ้นจากการทำ Payment Netting ตามที่ระบุไว้ในสัญญาก็คือ เมื่อมีการทำ Payment Netting แล้ว หนี้ต่างๆที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะต้องชำระให้แก่กัน ที่ได้มีการนำมาทำ Payment Netting จะระงับสิ้นไป ถ้าหนี้ที่จะต้องชำระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีจำนวนเท่ากัน แต่หากหนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีจำนวนหนี้ไม่เท่ากัน กล่าวคือมีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่จะต้องชำระมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว ในกรณีนี้จำนวนหนี้ที่จะต้องมีการชำระนั้นก็คือ จำนวนเท่ากับจำนวนผลต่างที่ได้จากการนำเอาหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องชำระให้แก่กันมาหักล้าง และหนี้ดังกล่าวนี้จะถูกชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีจำนวนหนี้ที่จะต้องชำระก่อนการหักล้างมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย

จากรายละเอียดของวิธีการทำ Payment Netting ทั้งสองกรณี จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันเฉพาะเรื่องจำนวนธุรกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ที่จะนำมา Netting กล่าวคือ ในกรณีของการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน หนี้ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting นั้นจะต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมเดียวกันเท่านั้น ส่วนการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรม หนี้ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหนี้ที่เกิดจากธุรกรรมเดียวกัน กล่าวคือ จะเป็นหนี้ที่เกิดจากการเข้าทำธุรกรรมประเภทใด ๆ หรือธุรกรรมทุกประเภทระหว่างคู่สัญญาก็ได้ หากหนี้ดังกล่าวนั้นเข้าหลักเกณฑ์ของการทำ Netting

2.3 การวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อสัญญา Payment Netting กับหลักกฎหมายเรื่องหักกลบลบหนี้

ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อสัญญา Payment Netting กับหลักกฎหมายเรื่องหักกลบลบหนี้นี้ ผู้วิจัยจะแบ่งหัวข้อในการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็นตามหัวข้อที่ได้มีการอธิบายถึงรายละเอียดต่าง ๆ ของหลักกฎหมายเรื่องหักกลบลบหนี้ และหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting ตามที่ได้กล่าวถึงไว้แล้วในข้อ 2.2.1 และ ข้อ 2.2.2 กล่าวคือ ประเด็นในเรื่องหลักเกณฑ์, ประเด็นในเรื่องของวิธีการปฏิบัติ และประเด็นในเรื่องผลที่เกิดขึ้น

2.3.1 ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เมื่อนำเอาหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting มาพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า

2.3.1.1 หลักเกณฑ์ประการแรกของการหักกลบลบหนี้ ที่กำหนดว่าคู่สัญญา 2 ฝ่ายจะต้องมีหนี้ผูกพันซึ่งกันและกันนั้น เมื่อนำมาพิจารณากับกรณีการทำ Payment Netting ตามที่ได้กำหนดไว้ใน 1992 Master Agreement แล้ว จะเห็นได้ว่า ในข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ไม่ว่าจะเป็น การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน หรือการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรมนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่า การทำ Payment Netting จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

ต่างมีหน้าที่จะต้องชำระให้แก่กัน³² นอกจากนี้ เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาคู่มือการใช้ 1992 Master Agreement แล้วปรากฏว่าในคู่มือดังกล่าวยังได้มีการกำหนดชัดชัด และอธิบายความหมายของคำว่า “คู่สัญญา” ลงไปอีกว่าการทำ Payment Netting ตามข้อ 2(๑) นั้นจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่หนึ่งที่ทำมาทำ Payment Netting นั้นเป็นหน้าที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมของคู่สัญญาคู่เดียวกันเท่านั้น (Under Section 2 (๑) of the 1992 Agreements, any such election made will only apply where the relevant Transactions are between the same Offices of the parties.)³³ จากที่กล่าวมา จึงทำให้เห็นได้ว่าการทำ Payment Netting นี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความผูกพันเป็นหนึ่งซึ่งกันและกัน กล่าวคือต่างฝ่ายต่างมีสถานะความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ระหว่างกันโดยตรง และเป็นส่วนตัว

สำหรับกรณีนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า แม้การทำ Payment Netting จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญา 2 ฝ่ายต่างมีความผูกพันเป็นหนึ่งซึ่งกันและกันเช่นเดียวกับการหักกลบลบหนี้ก็ตาม แต่ความหมายของคำว่า “คู่สัญญา” ตามที่กำหนดในข้อสัญญา Netting นั้นจะมีความหมายจำกัดหรือแคบกว่าคำว่า “คู่สัญญา” ตามหลักกฎหมายเรื่องหักกลบลบหนี้ เนื่องจากในกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสถานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งมีสำนักงานใหญ่และมีสำนักงานสาขาและมีการเข้าทำธุรกรรมผ่านสำนักงานเหล่านั้นแล้ว ในกรณีของการทำ Payment Netting คำว่า “คู่สัญญา” นั้นจะมีความหมายว่าต้องเป็นคู่สัญญาคู่เดียวกันจริง ๆ เท่านั้น (the same Offices of the parties) เว้นแต่จะมีการกำหนดให้นำหนี้หรือภาระการชำระเงินของสาขาของคู่สัญญามาทำ Netting ด้วย โดยการกำหนดความต้องการดังกล่าวลงในเอกสารต่อท้าย (Schedule) แต่สำหรับความหมายของคำว่า “คู่สัญญา” ตามหลักกฎหมายเรื่องหักกลบลบหนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสถานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งมีสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาและมีการเข้าทำธุรกรรมผ่านสำนักงานเหล่านั้น คำว่า “คู่สัญญา” จะหมายถึง ทั้งสำนักงานใหญ่และสาขาของนิติบุคคลนั้น เพราะกฎหมายไทยได้มีการยอมรับว่าสาขาของนิติบุคคลใดก็ถือเป็นส่วนหนึ่ง

³² “Section 2 (๑) Netting. If on any date amounts would otherwise be payable:-

(i) in the same currency ; and

(ii) in respect of the same transaction,

by each party to the other, then, on the such date,.....”

³³ International Swaps Dealers Association, User's Guide to the 1992 ISDA Master Agreements, (1993 Edition) , p. 11.

ของนิติบุคคล หรือถือว่าเป็นนิติบุคคลเดียวกัน³⁴ ดังนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมของสาขาของนิติบุคคลใดก็ย่อมถือได้ว่าเป็นหนี้ของนิติบุคคลนั้น ซึ่งสามารถนำมาหักกลบลบหนี้ได้เช่นกัน

2.3.1.2 หลักเกณฑ์ประการที่สองของการหักกลบลบหนี้ ที่กำหนดว่า หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้จะต้องเป็นหนี้ที่มีวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการชำระหนี้เป็นอย่างเดียวกัน เมื่อนำเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting ตามที่ได้กำหนดไว้ใน 1992 Master Agreement แล้ว จะเห็นได้ว่า

ในการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน แม้ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ดังกล่าวจะได้มีการกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์ลักษณะของหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting ไว้อย่างชัดเจนว่า หนี้หรือภาระการชำระเงินที่คู่สัญญาจะนำมา Netting จะต้องเป็นหนี้หรือภาระการชำระเงิน ที่เป็นเงินสด

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 484/2507 อันบริษัทจำกัด นอกจากสำนักงานใหญ่แล้วจะมีสำนักงานสาขาที่ใดอีกก็ได้ และสาขาบริษัทใดก็คือส่วนหนึ่งของบริษัทนั่นเอง ไม่ต้องมีการจดทะเบียนให้สาขาเป็นบริษัทขึ้นอีก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 279/2513 ฟ้องกล่าวว่า ฟ้องธนาคารไทยพัฒนา จำกัด สาขาวัดศึก แม้จะไม่ได้ความว่าธนาคารสาขานั้นเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ก็ถือว่าฟ้องธนาคารไทยพัฒนา จำกัด นั่นเอง เพราะบริษัทจำกัดนั้น นอกจากสำนักงานแห่งใหญ่แล้ว จะมีสำนักงานสาขาที่ใดอีกก็ได้ และสาขาของบริษัทใดก็คือส่วนหนึ่งของบริษัทนั้นนั่นเอง ไม่ต้องจดทะเบียนให้สาขาเป็นบริษัทขึ้นอีก

ลักษณะของหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศของคู่สัญญา ไม่ว่าจะ เป็นธุรกรรมประเภท Currency Swaps, Interest Swaps หรือธุรกรรมประเภท Forward Contract เป็นต้น โดยภาพรวมแล้วธุรกรรมเหล่านี้จะเป็นธุรกรรมที่มีลักษณะเป็นสัญญาก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาที่จะต้องชำระหรือส่งมอบหรือแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศตามสกุลเงิน และจำนวนเงินที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดไว้ให้แก่กัน (executory contract to deliver money)³⁵ จากลักษณะที่ได้กล่าวมาจึงถือได้ว่า เงินตราต่างประเทศที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดไว้ นั้นเป็นทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้ หรือ เป็นวัตถุที่จะพึงใช้ในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมเหล่านั้นนั่นเอง

³⁵ Philip R. Wood , "Netting : General principles," in Law and practice of International Finance, Title Finance, Derivatives, Securitizations, Set-off and Netting , p. 155.

เดียวกัน³⁶ (in the same currency) เท่านั้น ซึ่งทำให้ดูเหมือนว่าหลักเกณฑ์การทำ Payment Netting ในกรณีนี้เหมือนกับหลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้ กล่าวคือ จะเกิดการทำให้ Payment Netting ได้ก็ต่อเมื่อวัตถุที่ใช้ในการชำระหนี้ ซึ่งในกรณีนี้คือเงินที่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย จะพึงชำระหรือส่งมอบให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเป็นเงินสกุลเดียวกัน แต่เนื่องจากการทำ Payment Netting กรณีนี้ นอกจากจะมีเงื่อนไขในเรื่องหนี้ที่จะต้องชำระจะต้องเป็นเงินในสกุล เดียวกันแล้ว ก็ยังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จำกัดจำนวนของธุรกรรมที่ก่อให้เกิดหนี้ ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting³⁷ ไว้อีกประการว่าหนี้ที่จะนำมาหักล้างได้นั้น จะต้องเกิดขึ้นจาก ธุรกรรมเดียวกัน (the same Transaction) เท่านั้น ซึ่งในหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ไม่มี การกำหนดเงื่อนไขประการนี้ไว้ กล่าวคือในหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ นั้น เพียงแต่ทรัพย์สินที่ เป็นวัตถุแห่งหนี้เป็นอย่างเดียวกันก็เพียงพอแล้ว แม้หนี้จะมีมูลที่มาต่างกันก็สามารถนำมา หักกลบลบหนี้กันได้ ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ที่จะนำมาหักล้างตามข้อสัญญา Netting แม้จะมีหลักเกณฑ์เงื่อนไขบางส่วนที่มีลักษณะเหมือนกับหลักเกณฑ์ของการหักกลบลบหนี้ แต่ จะเห็นได้ว่าขอบเขตของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นมีขอบเขตที่จำกัดกว่าหลักเกณฑ์ของการหักกลบ ลบหนี้ กล่าวคือ นอกจากหนี้ที่จะนำมาหักล้างจะต้องเป็นหนี้ที่มีวัตถุในการชำระเป็นอย่างเดียว กันแล้ว จะต้องเป็นหนี้ที่เกิดจากธุรกรรมเดียวกันอีกด้วย

และสำหรับกรณี การทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรม จะเห็นได้ว่าในข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ดังกล่าว ก็ได้มีการกำหนด เงื่อนไขหลักเกณฑ์ลักษณะของหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting ไว้เช่นกันว่า หนี้ หรือภาระการ ชำระเงินที่คู่สัญญาจะนำมา Netting จะต้องเป็นหนี้หรือภาระการชำระเงินที่เป็นเงินสกุลเดียวกัน (in the same currency) แต่ไม่ได้มีการจำกัดจำนวนธุรกรรมที่จะนำมาทำ Payment Netting อย่างในกรณีแรก ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการทำ Payment Netting ในกรณีนี้ จะมีลักษณะ

³⁶ "Section 2 (o) Netting. If on any date amounts would otherwise be payable:-

(i) in the same currency ; and

(ii)

³⁷ "Section 2 (o) Netting. If on any date amounts would otherwise be payable:-

(i)

(ii) in respect of the same transaction.

ใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้มากกว่าในกรณีแรก แต่จะเห็นได้ว่าการทำ Payment Netting ในกรณีนี้ก็ยังมีขอบเขตที่จำกัดกว่าหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ เพราะแม้การทำ Payment Netting ในกรณีดังกล่าว จะสามารถนำเอาหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมหลากหลายธุรกรรมมา Netting แต่ธุรกรรมที่จะนำมา Netting นั้นก็จะต้องเป็นธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับของ 1992 Master Agreement เท่านั้นนั่นเอง

2.3.1.3 หลักเกณฑ์ประการที่สามของการหักกลบลบหนี้ ที่กำหนดว่าหนี้ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่มีอยู่ระหว่างกันจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว ในเวลาที่จะหักกลบลบหนี้ เมื่อนำมาพิจารณาเกี่ยวกับกรณีการทำ Payment Netting ตามที่ได้กำหนดไว้ใน 1992 Master Agreement แล้ว จะเห็นได้ว่า ในกรณีของการทำ Payment Netting ข้อสัญญาที่ระบุถึงวิธีการทำ Payment Netting ไม่ว่าจะเป็นการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน หรือการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรมนั้น ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การทำ Payment Netting จะเกิดขึ้นในวันที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหนี้ที่จะต้องชำระให้แก่กัน และหนี้เหล่านั้นได้ถึงกำหนดที่คู่สัญญาจะต้องชำระให้แก่กัน จากข้อสัญญาดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าหนี้ที่จะนำมา Netting ได้นั้น นอกจากจะต้องเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้ว หนี้เหล่านั้นจะต้องถึงกำหนดชำระในวันเดียวกันหรือพร้อมกันด้วย จากรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ที่ถึงกำหนดชำระที่ระบุในข้อสัญญา Payment Netting ตามที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในเรื่องหนี้ที่ถึงกำหนดชำระตามหลักกฎหมายหักกลบลบหนี้จะมีความหมายที่กว้างกว่า กล่าวคือหนี้ที่ถึงกำหนดชำระที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ นั้น ไม่ได้มีความหมายแต่เฉพาะกรณีที่หนี้ทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องถึงกำหนดชำระแล้ว และเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระในวันเดียวกัน หรือพร้อมกันเท่านั้น หนี้ทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดพร้อมกันหรือต่างกันได้ก็เพียงแต่ว่าในเวลาที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอหักกลบลบหนี้ นั้น หนี้ทั้งสองฝ่ายจะต้องถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้วทั้งคู่

2.3.1.4 หลักเกณฑ์ประการที่สี่ของการหักกลบลบหนี้ ที่กำหนดว่าการหักกลบลบหนี้จะต้องไม่เป็นการต้องห้าม ซึ่งหมายถึงกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถนำเอาหนี้ที่มีอยู่ระหว่างกันนั้นมาหักกลบลบหนี้ เนื่องจากคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาห้ามไว้ หรือสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้หักกลบลบหนี้ หรือมีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้นำหนี้เหล่านั้นมาหักกลบลบหนี้ เป็นต้น เมื่อนำมาพิจารณาเกี่ยวกับกรณีการทำ Payment Netting ตามที่ได้กำหนดไว้ใน 1992 Master Agreement แล้ว จะเห็นได้ว่าการทำ Payment Netting ไม่ว่าจะเป็นการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกัน หรือการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นกับหลายธุรกรรมนั้นจะเกิดขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาได้นำเอาหนี้ หรือภาระการชำระเงินที่เกิดขึ้น

จากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศ (อนุพันธ์ทางการเงิน) เท่านั้นมา Netting หนึ่ง ในลักษณะอื่น ๆ ที่คู่สัญญาที่อยู่ระหว่างกันก็ไม่สามารถที่จะมาหักล้างกับหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศได้ ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวจึงทำให้เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้มาทำสัญญาตกลงกันจำกัดลักษณะของมูลหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมาหักล้างนั่นเอง ดังนั้น ถ้าหากหนี้ที่คู่สัญญาที่อยู่ระหว่างกัน ไม่ใช่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศแล้ว คู่สัญญาจะนำเอาหนี้เหล่านั้นมา Netting ไม่ได้ เพราะถือเป็นหนี้ที่ไม่อาจนำมาหักกลบลบหนี้ได้ ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นจากแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง และยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงให้นำเอาวิธีการทำ Payment Netting ที่เกิดขึ้นเฉพาะในธุรกรรมเดียวกันเท่านั้นมาใช้ ก็ยังจะทำให้เห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวนอกจากจะเป็นการจำกัดมูลหนี้ที่จะนำมาหักล้างว่าจะต้องเป็นมูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศเท่านั้นแล้ว คู่สัญญายังได้มาตกลงกันจำกัดจำนวนของธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่จะนำมาหักล้างเพิ่มขึ้นอีกว่าจะต้องเป็นธุรกรรมเดียวกันเท่านั้นอีกด้วย ซึ่งในกรณีนี้ก็จะมีความหมายว่าหากหนี้ที่คู่สัญญาจะนำมา Netting นั้น แม้จะเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศของคู่สัญญาแต่ถ้าไม่ใช่เป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมเดียวกันแล้ว ก็เป็นการต้องห้ามที่จะนำมา Netting กันได้ จากที่กล่าวมา จึงพอสรุปได้ว่าการทำ Payment Netting นั้น หากเป็นการขัดกับเจตนาของคู่สัญญาแล้วก็จะเกิดขึ้นไม่ได้ และข้อจำกัดในเรื่องของมูลหนี้ที่จะนำมาทำ Payment Netting จึงมีลักษณะเป็นข้อห้ามที่เกิดจากการที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาไม่ให้มีการนำหนี้ที่มีอยู่ระหว่างกันของคู่สัญญาบางลักษณะนั้นมา Netting กันได้ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับข้อห้ามของการหักกลบลบหนี้ที่กำหนดว่าหากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาไม่ให้นำหนี้ที่มีอยู่ระหว่างกันมาหักกลบลบหนี้ก็จะเกิดขึ้นไม่ได้

2.3.2 ประเด็นในเรื่องของวิธีการ

จากรายละเอียดในเรื่องวิธีการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย และรายละเอียดของวิธีการทำ Payment Netting ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.2.1 และ ข้อ 2.2.2 เมื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกันแล้ว จะเห็นได้ว่า วิธีการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย กับวิธีการทำ Payment Netting นี้ มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ

2.3.2.1 ในเรื่องการเกิดขึ้น

การหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทยนั้นจะเกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการหักกลบลบหนี้ ได้มีการแสดงเจตนาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายว่าตนประสงค์จะหักกลบลบหนี้ และเมื่อได้มีการแสดงเจตนาดังกล่าวแล้ว การหักกลบลบหนี้

ก็จะเกิดมีผลขึ้นทันที โดยไม่ต้องรอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาตอบรับ หรือให้ความยินยอม ด้วยเหตุนี้ การหักกลบลบหนี้จึงอาจเกิดขึ้นโดยการผิดใจคู่สัญญาอีกฝ่ายก็ได้ ดังนั้น คราบใดที่ยัง ไม่มีการแสดงเจตนาขอหักกลบลบหนี้ แม้หนี้เหล่านั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ที่จะหักกลบลบหนี้ทุกประการแล้วก็ตาม การหักกลบลบหนี้ก็ยังไม่เกิดขึ้น จากลักษณะที่กล่าวมา จึงพอสรุปได้ว่า การหักกลบลบหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เพราะการหักกลบลบหนี้เกิดขึ้นได้โดยอาศัยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวก็มีผลเพียงพอแล้ว

แต่สำหรับกรณีของการทำ Payment Netting เนื่องจากการทำ Payment Netting เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาได้มาทำข้อตกลงกันไว้ล่วงหน้า กำหนดให้มีการนำหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญามาหักล้างกัน ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ได้มีการกำหนดกันไว้ ดังนั้น โดยลักษณะดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า วิธีการทำ Payment Netting นั้นจึงมีลักษณะเป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาพร้อมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

2.3.2.2 เวลาที่เกิดการหักกลบลบหนี้

ในกรณีของการหักกลบลบหนี้ตามกฎหมายไทย ไม่มีกฎหมายกำหนดเวลาตายตัวว่าการหักกลบลบหนี้จะเกิดมีผลเมื่อใด เพียงแต่มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ไว้ว่าในเวลา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะขอหักกลบลบหนี้ นั้น ทั้งสองฝ่ายจะต้องถึงกำหนดชำระด้วยกันแล้วก็พอ ด้วยเหตุนี้หนี้ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ นั้นจึงไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระพร้อมกันเสมอ ดังนั้น แม้ในเวลาหนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันเข้าหลักเกณฑ์ที่จะนำมาหักกลบลบหนี้ทุกประการแล้วก็ตาม การหักกลบลบหนี้ก็อาจยังไม่เกิดขึ้นได้

แต่สำหรับการทำ Payment Netting นั้น เนื่องจากการทำ Payment Netting เกิดขึ้นโดยข้อสัญญา และในข้อสัญญาดังกล่าวก็ได้มีการกำหนดถึงเงื่อนไขเรื่องเวลาที่จะเกิดการหักล้างไว้ ดังนั้น การเกิดการหักล้างก็จะต้องมีผลตามที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดกันไว้ ซึ่งก็คือการหักล้างหนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันจะเกิดขึ้นทันทีในวันที่หนี้ที่จะนำมาหักล้างนั้นถึงกำหนดชำระ³⁸ ด้วยเหตุนี้ หนี้ที่จะนำมาหักล้างจะต้องเป็นหนี้ที่ถึงกำหนด

³⁸ "Section 2 (e) Netting. If on any date amounts would otherwise be payable:-

(i) cto.

by each party to the other, then, on such date, each party's obligation to make payment of any such amount will be automatically satisfied and discharged and,....."

กำหนดในวันเดียวกันเท่านั้น

2.3.2.3 การมีผลย้อนหลัง

การหักกลบลบหนี้¹ มิได้มีผลเกิดขึ้นในเวลาที่มีการแสดงเจตนา แต่กฎหมายได้บัญญัติให้การหักกลบลบหนี้¹นั้นมีผลย้อนหลังไปถึงเวลาที่หนี้ทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะนำมาหักกลบลบหนี้กันได้เป็นครั้งแรก กล่าวคือ มีผลย้อนหลังไปในเวลาที่หนี้ทั้งสองฝ่ายได้ถึงกำหนดชำระนั่นเอง แม้หนี้ทั้งสองฝ่ายจะถึงกำหนดชำระไม่พร้อมกันก็ตาม

แต่สำหรับกรณีของการทำ Payment Netting นั้น เนื่องจากข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ได้กำหนดให้การทำ Payment Netting เกิดขึ้นหรือมีผลทันทีในเวลาหนี้ถึงกำหนดชำระ ดังนั้น ในกรณีของการทำ Payment Netting จึงไม่สามารถที่จะเกิดมีผลย้อนหลังได้ เพราะในวันที่หนี้ทั้งสองฝ่ายสามารถหักล้างกันได้เป็นครั้งแรกแล้ว ก็ได้เกิดมีการหักล้างขึ้นทันทีในวันนั้น

2.3.3 ประเด็นในเรื่องของผลที่เกิดขึ้น

สำหรับประเด็นที่เกี่ยวกับผลที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของการหักกลบลบหนี้¹ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการหักกลบลบหนี้¹มีผลเสมือนเป็นการชำระหนี้¹อย่างหนึ่ง ดังนั้น เมื่อมีการหักกลบลบหนี้¹กันแล้วจะมีผลทำให้หนี้ในส่วนที่หักกลบลบกันนั้นระงับไป กล่าวคือหากหนี้มีจำนวนเท่ากันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็หลุดพ้นจากหนี้ทั้งหมด แต่ถ้าหนี้ทั้งสองฝ่ายไม่เท่ากัน ฝ่ายที่มีหนี้น้อยกว่าก็จะหลุดพ้นไป แต่ฝ่ายที่มีหนี้มากกว่าก็จะหลุดพ้นเท่ากับจำนวนหนี้ที่ตรงกันที่ได้มีการหักกลบลบกัน และยังคงจะต้องชำระในส่วนที่เหลือจากการหักกลบลบกันและเมื่อพิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากการทำ Payment Netting แล้วจะเห็นได้ว่าข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ได้มีการกำหนดถึงผลของการทำ Payment Netting ไว้ว่า เมื่อมีการทำ Payment Netting แล้ว ให้หนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาที่นำมา Netting นั้นหลุดพ้นไปโดยทันที (automatically satisfied and discharged) และถ้าหากหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องชำระนั้น ปรากฏว่ามีจำนวนไม่เท่ากัน กล่าวคือ หนี้ที่จะต้องชำระของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีจำนวนมากกว่าของคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้วให้หนี้ใหม่เกิดขึ้นแทน ซึ่งหนี้ใหม่นี้จะมีจำนวนเท่ากับจำนวนผลต่างที่ได้จากการนำเอาหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมาหักล้างกัน และหนี้จำนวนดังกล่าวนี้ก็จะถูกชำระ โดยคู่สัญญา

¹ มาตรา 342 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฝ่ายที่มีหนี้ที่จะต้องชำระมากกว่านั่นเอง (and, if the aggregate amount that would otherwise have been payable by one party exceeds the aggregate amount that would otherwise have been payable by the other party, replaced by an obligation upon the party by whom the larger aggregate amount would have been payable to pay to the other party the excess of the larger aggregate amount over the smaller aggregate amount.) จากข้อสัญญาที่กำหนดถึงผลของการทำ Payment Netting จะเห็นได้ว่า ผลในทางปฏิบัติและทางด้านการค้ามีลักษณะเช่นเดียวกับผลของการหักกลบหนี้ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เมื่อมีการทำ Payment Netting แล้ว หนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันที่ได้นำมา Netting จะระงับสิ้นไป หากจำนวนหนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันนั้นมีจำนวนเท่ากัน แต่ถ้าจำนวนหนี้ที่คู่สัญญามีอยู่ระหว่างกันมีจำนวนไม่เท่ากันแล้ว การชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาที่จะมีขึ้นนั้น จะเป็นการชำระเฉพาะจำนวนส่วนต่างที่เหลือจากการหักล้างเท่านั้น และหนี้ในจำนวนดังกล่าวจะถูกชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีหนี้ก่อนการหักล้างที่มีจำนวนมากกว่า

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาวิเคราะห์ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Payment Netting ตามที่ได้กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายเรื่องการหักกลบหนี้ตามที่ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ถึงแม้หลักเกณฑ์ (แม้หลักเกณฑ์บางประการจะมีความหมายที่จำกัดกว่าหลักเกณฑ์การหักกลบหนี้) และผลในทางปฏิบัติระหว่างการทำ Payment Netting กับการหักกลบหนี้ตามที่ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีลักษณะที่เหมือนกัน แต่วิธีการทำ Payment Netting ก็ไม่อาจเรียกได้อย่างเต็มที่มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกับการหักกลบหนี้ที่ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจาก

- การเขียนข้อความของข้อสัญญาที่กำหนดถึงการทำให้ Payment Netting ที่ได้กำหนดว่า เมื่อมีการทำ Payment Netting กันให้หนี้ของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายที่จะต้องชำระระงับสิ้นไป และเกิดหนี้ใหม่ขึ้นแทนเท่ากับจำนวนส่วนเกินที่ไม่สามารถ net กันได้ ในขณะที่บทบัญญัติที่กำหนดถึงการหักกลบหนี้ มาตรา 341 นั้นได้กำหนดไว้ว่า การหักกลบหนี้ให้หนี้ระงับไปเพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายเท่านั้น

- การทำ Payment Netting เกิดขึ้น จากการที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันล่วงหน้ากำหนดให้นำหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันมาหักล้างกัน ซึ่งมีลักษณะ

* ข้อสัญญาในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ข้อ 2(c).

เป็นนิติกรรม 2 ฝ่าย ในขณะที่การหักกลบลบหนี้ตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว กล่าวคือ การหักกลบลบหนี้จะเกิดขึ้นหรือมีผลได้โดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ประสงค์จะหักกลบลบหนี้ก็เพียงพอแล้วหากำต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแสดงเจตนาตอบรับหรือให้ความยินยอมแต่อย่างใด และการหักกลบลบหนี้ยังสามารถที่จะเกิดขึ้น โดยการฝ่าฝืนใจคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้

จากลักษณะที่กล่าวมา จึงทำให้เห็นได้ว่าการทำ Payment Netting ตามที่ระบุอยู่ใน 1992 Master Agreement มีลักษณะเป็นการหักกลบลบหนี้โดยข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา มิใช่มีลักษณะเป็นการหักกลบลบหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้การทำ Payment Netting ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติ หรือมีผลจำกัดอยู่เฉพาะที่หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้บัญญัติไว้เท่านั้น และการมีผลใช้บังคับของการทำ Payment Netting ก็จะเป็นไปตามหลักเรื่องหนี้ตามสัญญานั้นเอง

3. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทย

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement นั้น เป็นข้อสัญญาที่เกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกัน กำหนดวิธีการ หรือขั้นตอนการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่าง ประเทศประเภทต่างๆ ที่อยู่ภายใต้ 1992 Master Agreement ของคู่สัญญาที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติ ในกรณีที่เกิดมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด เกิดขึ้น โดยจะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงกรณีที่ หากมีเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้นตามที่คู่สัญญาได้มาทำความตกลงล่วงหน้ากันเอาไว้ ให้ บรรดาหนี้ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันของคู่สัญญาที่ยังคงค้างอยู่ (ยังไม่ถึง กำหนด) นั้นสิ้นสุดลง และให้คู่สัญญามาคำนวณมูลค่าที่จะต้องชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญา ที่ยังค้างอยู่ของคู่สัญญาแทนการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเดิม ซึ่งข้อสัญญาที่กำหนดถึง วิธีการทำ Netting by Close-Out นี้ จะประกอบไปด้วยรายละเอียดของข้อสัญญาต่าง ๆ ตั้งแต่ ข้อสัญญาที่กำหนดถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ อันจะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด และการใช้ สิทธิสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดของคู่สัญญา จากนั้น ก็จะมีข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระหนี้ ในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งจะประกอบไปด้วยข้อสัญญาที่กำหนดถึง วิธีการคำนวณมูลค่าหรือจำนวนเงินที่จะต้องชำระ และข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน

แต่เนื่องจาก เหตุการณ์ที่จะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่กำหนด อยู่ในข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out นั้น จากการศึกษาพบว่าสามารถ แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วไม่ทำให้สถานะและความสามารถของ คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดด้วยเหตุการณ์เหล่านี้แล้ว คู่สัญญายังคงมีสถานะและความสามารถเหมือนเดิม กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วทำให้สถานะและ

การสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่ระบุอยู่ใน 1992 Master Agreement นี้ หมายถึง การสิ้นสุดความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่ ระบุอยู่ในเอกสารยืนยันชั้น (confirmation) ณ วันใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญา แล้วมาคำนวณมูลค่าที่ จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องนั้นแทน หากได้หมายถึง การใช้สิทธิ เลิกสัญญา 1992 Master Agreement ทั้งหมด

ความสามารถของคู่สัญญาได้เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง ซึ่งเป็นกรณีของเหตุการณ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการล้มละลายนั่นเอง ดังนั้น ในการวิเคราะห์ถึงการมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทย ผู้วิจัยจะได้ศึกษาวิเคราะห์โดยแบ่งหัวข้อในการศึกษาวิเคราะห์ออกเป็น 2 หัวข้อ กล่าวคือ

3.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทยในกรณีทั่วไป

3.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทยในกรณีของเหตุล้มละลาย

ซึ่งเป็นหัวข้อที่แบ่งตามลักษณะเหตุการณ์ที่จะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่กล่าวไว้ข้างต้นนั่นเอง ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าการมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาดังกล่าว ตามกฎหมายไทยใน 2 กรณีนี้ มีหลักกฎหมายไทยที่จะนำมาวิเคราะห์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีแรก การวิเคราะห์จะเป็นการวิเคราะห์ไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีที่ 2 นั้น จะต้องมีการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายความที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาใช้ในการวิเคราะห์เพิ่มเติมด้วย

3.1. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทย ในกรณีทั่วไป

ดังได้กล่าวไว้แล้วว่าข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out นั้น ประกอบไปด้วยรายละเอียดของข้อสัญญาต่าง ๆ กล่าวคือ ข้อสัญญาที่ระบุถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ อันจะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด และการใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด นอกจากนี้ ยังมีข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระหนี้ ซึ่งประกอบไปด้วยข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณมูลค่าหรือจำนวนเงินที่จะต้องมีการชำระ และข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน จากข้อสัญญาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถที่จะแบ่งแยกชั้นคอนออกได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่หนึ่งจะเป็นข้อสัญญาที่เกี่ยวกับขั้นตอนการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ซึ่งได้แก่ ข้อสัญญาที่ระบุถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ อันจะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด และการใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด และส่วนที่ 2 จะเป็นข้อสัญญาที่เกี่ยวกับขั้นตอนหลังจากมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการลดจนวนชั้นคอนต่าง ๆ ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหลังจากมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น ซึ่งได้แก่ ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการ

คำนวณมูลค่าหรือจำนวนเงินที่จะต้องมีการชำระ และข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน
ดังนั้นในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้แบ่งหัวข้อในการวิเคราะห์ออกเป็น

3.1.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close -
Out ที่เกี่ยวกับขั้นตอนการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด

3.1.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-
Out ที่เกี่ยวกับขั้นตอนต่าง ๆ ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหลังจากมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด

3.1.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ที่เกี่ยวกับ ขั้นตอนการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Outที่กำหนดเกี่ยวกับขั้นตอน
การสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดนี้จะประกอบไปด้วย

- ข้อสัญญาที่กำหนดถึงเหตุการณ์ต่าง ๆ อันจะนำมาซึ่งการสิ้นสุดสัญญาก่อน
กำหนด โดยจะแบ่งเหตุการณ์ออกเป็นเหตุผิดนัด (Event of Default) และเหตุสิ้นสุดสัญญา
(Termination Events) ซึ่งจากการศึกษา ผู้วิจัยพบว่า ข้อสัญญาที่กำหนดถึงเหตุผิดนัดนั้นจะ
เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของคู่สัญญา หรือจากการกระทำของบุคคลที่ 3 ที่มีความ
เกี่ยวข้องกับคู่สัญญา ส่วนข้อสัญญาที่กำหนดถึงเหตุสิ้นสุดสัญญานั้น ส่วนใหญ่จะเป็นเหตุการณ์
ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของปัจจัยภายนอก เป็นตัวก่อให้เกิดเหตุการณ์ ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำ
ของคู่สัญญาเลย

- ข้อสัญญาที่กำหนดถึงการใช้สิทธิของคู่สัญญาในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด
ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าว ได้มีการแบ่งแยกการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามเหตุการณ์
ที่เกิดขึ้นออกเป็น 2 กรณี คือ การใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดในกรณีมีเหตุผิดนัด
เกิดขึ้น และการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดในกรณีมีเหตุสิ้นสุดสัญญาเกิดขึ้น^{*}
โดยการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญากรณีแรกนี้จะมีขั้นตอนที่ไม่ซับซ้อน กล่าวคือเมื่อมีเหตุผิดนัด
เกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดสามารถใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดได้ทันที
โดยปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้มีการตกลงกันไว้ และนอกจากนี้ในกรณีเหตุผิดนัดที่เกี่ยวข้อง

^{*} รายละเอียดของข้อสัญญาดังกล่าวได้ในบทที่ 2 หน้า 27-32.

^{**} รายละเอียดของข้อสัญญาดังกล่าวได้ในบทที่ 2 หน้า 32-34.

เหตุล้มละลาย คู่สัญญาบางอย่างที่จะกำหนดให้มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้นทันทีที่มีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นได้ (Automatic Early Termination) โดยไม่ต้องใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่ระบุไว้ในข้อสัญญาแต่ประการใด ซึ่งกรณีนี้คู่สัญญาก็จะต้องกำหนดความต้องการดังกล่าวลงในเอกสารต่อท้าย (Schedule) แต่ในกรณีการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาในกรณีหลังนี้จะมีขั้นตอนที่ซับซ้อนกว่า กล่าวคือ เมื่อมีเหตุสิ้นสุดสัญญาเกิดขึ้น ในบางกรณีก่อนที่คู่สัญญาจะใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด คู่สัญญาจะต้องพยายามดำเนินการแก้ไข หรือบรรเทาให้เหตุสิ้นสุดสัญญานั้นหมดไปเสียก่อน และหากไม่สามารถทำได้ คู่สัญญาจึงจะใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดได้ และเหตุผลของการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาในกรณีที่มีเหตุสิ้นสุดสัญญาที่จะต้องกำหนดให้มีการแก้ไขหรือบรรเทาให้เหตุสิ้นสุดสัญญานั้นหมดไปนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากการเกิดเหตุสิ้นสุดสัญญานั้น ส่วนใหญ่เกิดจากปัจจัยภายนอกเป็นตัวก่อให้เกิด มิใช่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาอย่างเหตุฉฉฉ และแม้คู่สัญญาไม่ประสงค์ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น เหตุการณ์ดังกล่าวก็อาจจะเกิดขึ้นได้โดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดเลย ดังนั้น การที่จะให้มีการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาทันทีอย่างกรณีเหตุฉฉฉนั้นจึงเป็นการไม่ยุติธรรมแก่คู่สัญญา และโดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาสามารถที่จะแก้ไขหรือบรรเทาให้เหตุดังกล่าวนั้นสิ้นสุดลงไปได้

นอกจากนี้ ในการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดของคู่สัญญาตามที่ระบุอยู่ในข้อสัญญานั้น การมีผลเป็นการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดในกรณีของเหตุฉฉฉและเหตุสิ้นสุดสัญญาก็มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีของการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดจากเหตุฉฉฉจะมีผลให้ธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น และอยู่

เหตุล้มละลายตามที่กำหนดในข้อสัญญาเหตุฉฉฉนี้ไม่ได้มีความหมายแต่เพียงเฉพาะกรณีที่มีการฟ้องหรือการร้องขอให้คู่สัญญาล้มละลายเท่านั้น แต่ยังได้รวมถึงกรณีอื่นๆซึ่งยังไม่ถึงขั้นมีการฟ้องหรือร้องขอล้มละลาย แต่อาจจะเป็นเหตุการณ์ที่นำมาสู่การฟ้องล้มละลายในเวลาต่อมา เช่น กรณีที่คู่สัญญามีหนี้สินล้นพ้นตัว กรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถที่จะชำระเงินให้แก่เจ้าหนี้ได้ กรณีที่คู่สัญญาได้มีการขอประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ และยังรวมถึงกรณีที่มีการดำเนินการทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกับการฟ้องหรือร้องขอล้มละลาย ซึ่งได้แก่ การฟื้นฟูกิจการ

ภายใต้แบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ที่ยังคงค้างอยู่ทั้งหมด (all Transactions) สิ้นสุดลง แต่สำหรับกรณีของการใช้สิทธิในการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดเกิดจากเหตุสิ้นสุดสัญญานั้นจะมีบางกรณีเท่านั้นที่มีผลเหมือนกับกรณีเหตุผิดนัดคือทุกธุรกรรมที่ยังคงค้างอยู่สิ้นสุดลงทั้งหมด แต่ก็มีบางกรณีที่การมีผลเป็นการสิ้นสุดสัญญานั้นจะเกิดขึ้นแต่เฉพาะธุรกรรมที่ก่อให้เกิดเหตุสิ้นสุดสัญญาเท่านั้น ซึ่งเหตุผลในการกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากในกรณีของเหตุผิดนัดนั้น คำที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการเกิดขึ้นของเหตุผิดนัดนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำของคู่สัญญาหรือของบุคคลที่ 3 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญา ซึ่งการกระทำให้เกิดเหตุผิดนัดเหล่านั้น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้แล้วว่า คู่สัญญาฝ่ายผิดนัดนั้น เริ่มไม่ซื่อสัตย์ หรือเริ่มที่จะไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่ตนมีอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้ ในกรณีของเหตุผิดนัดจึงได้มีการกำหนดให้ธุรกรรมที่ค้างอยู่ทั้งหมดนั้นสิ้นสุดลง ส่วนในกรณีของเหตุสิ้นสุดสัญญาจะเห็นได้ว่า การเกิดขึ้นนั้นส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของปัจจัยภายนอก ซึ่งอยู่นอกเหนือจากความควบคุมของคู่สัญญาได้ ดังนั้นการเกิดขึ้นของเหตุดังกล่าว แม้คู่สัญญาไม่ประสงค์ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น เหตุการณ์ดังกล่าวก็อาจจะเกิดขึ้นได้โดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดเลย ดังนั้น ในกรณีที่มีเหตุสิ้นสุดสัญญาเกิดขึ้นซึ่งจะทำให้คู่สัญญามีสิทธิที่จะสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดแล้ว การใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญาของคู่สัญญาก็ควรที่จะมีผลแต่เฉพาะธุรกรรมก่อให้เกิดเหตุสิ้นสุดสัญญาขึ้นเท่านั้น ส่วนความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ที่คู่สัญญาต่างมีต่อกันในธุรกรรมอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ก็ควรที่จะยังคงมีผลสมบูรณ์อยู่ตามเดิม

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การเข้าทำธุรกรรมที่อยู่ภายใต้ 1992 Master Agreement นั้นเมื่อคู่สัญญาได้จัดทำ Master Agreement แล้ว ในเวลาที่คู่สัญญาเข้าทำธุรกรรมระหว่างกันไม่ว่าจะมีจำนวนธุรกรรมมากมายเท่าใด คู่สัญญาไม่ต้องจัดทำ Master Agreement ขึ้นมาอีก เพราะถือว่า Master Agreement นั้นสามารถที่จะนำมาใช้บังคับ และมีผลครอบคลุมการเข้าทำธุรกรรมเหล่านั้นแล้ว ดังนั้น คู่สัญญาก็เพียงแค่จัดทำเอกสารยืนยัน (Confirmation) การทำธุรกรรมแต่ละธุรกรรมนั้นแลกเปลี่ยนระหว่างกันก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าธุรกรรมที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นระหว่างกันนั้นอาจมีจำนวนมากกว่า 1 ธุรกรรมขึ้นไป ด้วยเหตุนี้ ธุรกรรมที่ยังคงค้างอยู่นั้น จึงหมายถึงธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นระหว่างกัน แต่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาที่จะต้องมีการปฏิบัติตามชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในเอกสารยืนยันของแต่ละธุรกรรมนั่นเอง

จากลักษณะของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ที่เกี่ยวกับขั้นตอนการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดที่กล่าวมา จึงทำให้เกิดประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การที่คู่สัญญาได้กำหนดให้ข้อสัญญาดังกล่าวนี้มาใช้ในความผูกพันระหว่างกันนั้น ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะหรือถือเป็นการเลิกสัญญาตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือไม่ อย่างไร โดยผู้วิจัยจะได้นำเอาบทบัญญัติในเรื่องการเลิกสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้อง มาใช้ในการศึกษา และวิเคราะห์ถึงประเด็นดังกล่าว

3.1.1.1 หลักกฎหมายเรื่องการเลิกสัญญา

การเลิกสัญญา ตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่ว่าคู่สัญญาจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ตามใจชอบ การเลิกสัญญาโดยที่ไม่มีสิทธิบอกเลิก ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญา แม้จะมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญา สัญญาก็ไม่เลิก ดังนั้นในประการแรก การเลิกสัญญาคู่สัญญาจะต้องมีสิทธิในการเลิกสัญญาเสียก่อนจึงจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386¹ มีอยู่ 2 กรณี กล่าวคือ

1. สิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา
2. สิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

1. สิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา

สิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้น ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวไว้แต่เพียงสั้น ๆ ในมาตรา 386 และไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่แล้วแต่คู่สัญญาจะมาทำความตกลงกันกำหนดเอาไว้ว่าจะให้มีการเลิกสัญญากันได้อย่างไร หรือด้วยเหตุใด ซึ่งเท่ากับเป็นการที่กฎหมายได้ยอมรับรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของคู่สัญญาในการที่จะเข้าทำสัญญาผูกพันกันได้ตามใจสมัคร แค่นี้

¹ มาตรา 386 “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง มีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

แสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่”

ยังคงมีข้อจำกัดแต่เพียงข้อห้ามตามกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้เท่านั้น กล่าวคือ ข้อสัญญาที่กำหนดสิทธิในการเลิกสัญญานั้น จะต้องไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยปกติการกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้จะเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาไว้ล่วงหน้าถึงสาเหตุที่จะทำให้มีการเลิกสัญญากันได้ เช่น คู่สัญญาอาจตกลงกันว่าถ้าผิดสัญญาข้อใดข้อหนึ่งให้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ ซึ่งการกำหนดข้อสัญญาเช่นนี้เป็นการกำหนดกันไว้ก่อนที่จะมีการผิดสัญญา และในการกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาในกรณีนี้ คู่สัญญามักจะนำเอาสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ใน มาตรา 387, 388, 389 อันเป็นหลักทั่วไป ซึ่งแม้จะไม่กำหนดไว้ในสัญญาก็มีสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายอยู่แล้วมากำหนดซ้ำอีก ซึ่งก็สามารถทำได้ และนอกจากนี้ ในการกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาไว้ในสัญญาแตกต่าง หรือนอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็สามารถทำได้เช่นกัน เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน³⁹ ซึ่งข้อกำหนดของการเลิกสัญญามีทางที่จะเห็นได้ว่าอาจได้ตกลงกันไว้โดยปริยายก็ได้ ไม่จำเป็นต้องได้ตกลงกันไว้ชัดแจ้งเสมอไป และเข้าใจว่าสิทธิเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในสัญญาเดิมที่ก่อหนี้ จะทำสัญญากันขึ้นใหม่ภายหลังเพื่อกำหนดสิทธิเลิกสัญญาก็ได้⁴⁰

³⁹ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 151 “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

³⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), (พิมพ์ครั้งที่ 2) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 501, 506-507.

⁴⁰ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 424.

สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้ มีข้อสังเกตบางประการดังนี้⁴¹ คือ

- สิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานั้นหมายความว่าคู่สัญญาได้ตกลงกัน กำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาไว้ล่วงหน้า ซึ่งเมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้นตามที่กำหนดไว้ คู่สัญญาฝ่าย ที่มีสิทธิเลิกสัญญาก็ย่อมมีสิทธิแสดงเจตนาเลิกสัญญาได้แค่ฝ่ายเดียว เพราะเป็นไปตามข้อตกลง ที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญากรณีนี้มีไว้เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้มาตกลงกัน เลิกสัญญาหลังจากทำสัญญาแล้ว อันมีลักษณะเป็นการเลิกสัญญาโดยความตกลงของคู่สัญญา หรือเป็นการตกลงเลิกสัญญา ทั้งนี้เพราะสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้จะต้องเป็น การตกลงกำหนดสิทธิกันไว้ในสัญญาที่ก่อเหื่อนั้นพร้อม ๆ กับการทำสัญญา หรือในเวลาภายหลัง แต่ก่อนการเลิกสัญญา และจะต้องมีกำหนดไว้ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิแสดงเจตนาฝ่ายเดียว เพื่อเลิกสัญญาได้ด้วย เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว ดังนั้น เมื่อกำหนดให้ฝ่ายนั้นมีสิทธิเลิกสัญญาแล้ว เพียงแต่แสดงเจตนาถึงอีกฝ่ายหนึ่ง การแสดง เจตนาบอกเลิกสัญญานั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ไม่จำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่มีสิทธิเลิกสัญญาตอบรับ ด้วย ซึ่งไม่เหมือนกับกรณี การตกลงเลิกสัญญาหรือการเลิกสัญญาโดยความตกลง ซึ่งมีลักษณะ เป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่สัญญาจะต้องมาทำความตกลงกันเพื่อเลิกสัญญา กล่าวคือ การแสดง เจตนาในกรณีนี้จะมีผลสมบูรณ์ได้ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายตอบรับ หรือตกลงในการเลิกสัญญา ด้วยเท่านั้น และจะตกลงเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ เพราะเป็นเรื่องเสรีภาพของคู่สัญญาที่จะทำ ความตกลงกันในเรื่องใด ๆ ก็ได้⁴²

- สิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้ มีไว้เป็นเงื่อนไขบังคับหลัง หรือเงื่อนไขเวลาสิ้นสุด เพราะนิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับหลังหรือเงื่อนไขเวลาสิ้นสุดย่อมจะสิ้นสุด หรือสิ้นสุดเมื่อเงื่อนไขสำเร็จ หรือถึงกำหนดเวลา ส่วนสิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อสัญญานี้ แม้จะกำหนดไว้ในนิติกรรมเช่นเดียวกัน แต่ก็ยังเป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิเลิกสัญญาที่จะ เป็นผู้เลือกว่าจะเลิกสัญญาหรือไม่ หากประสงค์จะเลิกสัญญาก็ต้องแสดงเจตนาเลิกสัญญา หากไม่แสดงเจตนาเลิกสัญญา สัญญาก็ยังมีอยู่

⁴¹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 507.

⁴² ไชยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 485-486.

2. สิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

สิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งการเลิกสัญญาในกรณีนี้อาจแบ่งได้โดยถือเอากรณีที่กฎหมายได้มีการบัญญัติสิทธิในการเลิกสัญญาไว้เป็นการเฉพาะ กับกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง⁴³ โดยแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะดังนี้

2.1 สิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ได้มีการกำหนดไว้ในเอกเทศสัญญาบางลักษณะไว้เป็นการเฉพาะ เช่น สิทธิเลิกสัญญาในสัญญาซื้อขาย, สิทธิเลิกสัญญาในสัญญาเช่าทรัพย์, สิทธิเลิกสัญญาในสัญญาเช่าซื้อ, สิทธิเลิกสัญญาในสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

2.2 สิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย อันเป็นหลักทั่วไป ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387-389 สามารถแยกได้เป็น 2 กรณีคือ

2.2.1 กรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่มาตรา 387 และ 388 บัญญัติไว้

2.2.2 กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยตามที่มาตรา 389 บัญญัติ ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองกรณี ไม่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิเคราะห์ ผู้วิจัยจึงไม่บอกกล่าวถึงในรายละเอียด

เมื่อคู่สัญญามีสิทธิในการเลิกสัญญา ไม่ว่าจะเป็ สิทธิที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว สัญญาก็ยังไม่เลิกไปทันที เพราะเหตุว่าสิทธิในการเลิกสัญญาเป็นสิทธิซึ่งมีทางเลือก คั้งนั้น หากคู่สัญญาต้องการให้มีการเลิกสัญญา คู่สัญญาก็จะต้องใช้สิทธิเลิกสัญญา ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีข้อสัญญาที่คู่สัญญากำหนดไว้ว่าให้เลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องมีการแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญา⁴⁴ ซึ่งการใช้สิทธิเลิกสัญญานี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 วรรค 1 ประโยคสุดท้ายได้ระบุว่า “...การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำ

⁴³ ปัทมาวดี บุญโอบุยาส, “การเลิกสัญญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตสาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 51-72.

⁴⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 510. ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 389/2499.

ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง” จากบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น คู่สัญญาผู้มีสิทธิเลิกสัญญาจะต้องแสดงเจตนาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า ตนขอเลิกสัญญา และการแสดงเจตนาเลิกสัญญาดังกล่าวก็จะมีผลเมื่อการแสดงเจตนาได้ไปถึงผู้รับคือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั่นเอง จากลักษณะดังกล่าวจึงทำให้เห็นได้ว่าการเลิกสัญญานั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น กฎหมายมิได้บังคับให้ต้องทำตามแบบแต่อย่างใดคั้งนั้น ในการเลิกสัญญาจึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้แม้สัญญาที่ถูกละเลิกเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบเป็นหนังสือก็อาจบอกเลิกด้วยวาจาก็ได้ นอกจากนี้ การแสดงเจตนาเลิกสัญญาอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

การแสดงเจตนาเลิกสัญญา เมื่อได้มีการแสดงเจตนาถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยชอบแล้วจะถอนไม่ได้ แต่ถ้การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญายังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนาที่ย่อมถอนได้ โดยจะต้องบอกถอนการแสดงเจตนา และการบอกถอนนั้นจะต้องไปถึงก่อนหรือพร้อมกับการแสดงเจตนาเลิกสัญญาในครั้งแรก และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาไปแล้ว ก็ย่อมมีผลเป็นการระงับความผูกพันของสัญญาอันหลังไปถึงขณะแรกที่เข้าทำสัญญาเสมือนหนึ่งว่าไม่มีการทำสัญญากันเลยและผลของการเลิกสัญญาย่อมจะเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391^{๖๖} กล่าวคือมีผลให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม (ก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญา) เมื่อมีการเลิกสัญญากัน นอกจากนี้

^{๖๖} มาตรา 386 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^{๖๗} มาตรา 391 “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคคั้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิคตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

การเลิกสัญญาที่ไม่มีผลเป็นการตัดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกด้วย หากมีความเสียหายเกิดขึ้นในกรณีที่มีการเลิกสัญญา

3.1.1.2 การวิเคราะห์การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการทำ Netting by Close-Out ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด

จากหลักกฎหมายไทยในเรื่องการเลิกสัญญา ตามที่ได้กล่าวมาในข้อ 3.1.1.1 จะเห็นได้ว่า การเลิกสัญญาตามหลักทั่วไปตามกฎหมายไทยนั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีที่มีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญา หรือมีสิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่ว่าคู่สัญญาจะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ตามใจชอบ การเลิกสัญญาโดยที่ไม่มีสิทธิบอกเลิกย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญา แม้จะมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญา สัญญาก็ไม่เลิก และเมื่อคู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด และได้มีการใช้สิทธิในการเลิกสัญญาแล้ว การเลิกสัญญาก็จะมีผลเกิดขึ้นในทันที กล่าวคือ การเลิกสัญญาจะมีผลเป็นการทำลายสัญญา โดยเป็นการทำให้สัญญาที่คู่สัญญาได้ทำกันไว้ระงับสิ้นไป หรือทำให้หนี้ที่เกิดขึ้นตามความตกลงที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นในทางกฎหมายนั้นเป็นอันสิ้นสุดลงโดยคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะมีนิติสัมพันธ์ต่อกันอีกต่อไป และมีผลให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเมื่อมีการเลิกสัญญากัน

และจากหลักกฎหมายเรื่องการเลิกสัญญาตามที่ได้กล่าวมา เมื่อนำมาพิจารณากับข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการทำ Netting by Close-Out ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการทำ Netting by Close-Out ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด (ข้อ 6.(a) ในกรณีของเหตุผลผิดนัด และข้อ 6. (b)(iv) ในกรณีของเหตุสิ้นสุดสัญญา) แม้ในข้อสัญญาดังกล่าวจะได้มีการใช้คำว่า "Termination" ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าว เป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงสิทธิในการสิ้นสุดสัญญาโดยข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้น ซึ่งคือการเลิกสัญญา หรือการสิ้นสุดความสัมพันธ์ของคู่สัญญาตาม 1992 Master Agreement ทั้งหมด แต่เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาข้อสัญญาดังกล่าวอย่างละเอียดแล้ว ปรากฏว่าคำว่า "Termination" ที่ระบุอยู่ในข้อสัญญาดังกล่าวนั้น มีความหมายแต่เพียงการยุติหรือการสิ้นสุดความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่ระบุอยู่ในเอกสารยืนยัน(Confirmation)ที่ยังคงค้างอยู่ทั้งหมด (ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญา) (all outstanding Transactions) ในกรณีของ

การสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดเกิดขึ้นเพราะเหตุผิดนัด⁴⁵ หรือในธุรกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบ (Affected Transactions) ในกรณีของการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น เพราะเหตุสิ้นสุดสัญญา⁴⁶ ณ วันสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด แล้วนำเอาวิธีการคำนวณหามูลค่าที่จะต้องชำระมาใช้แทนในกรณีที่เกิดมีสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น ส่วนนิติสัมพันธ์ในฐานะของคู่สัญญาตามที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement ก็ยังคงมีอยู่เช่นเดิม และในข้อสัญญาที่กำหนดถึงการสิ้นสุดสัญญาดังกล่าวก็หาได้มีการกำหนดให้มีผลเป็นการใช้สิทธิสิ้นสุดสัญญา 1992 Master Agreement ด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงพอสรุปได้ว่า ข้อสัญญาดังกล่าวนี้มีได้มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงการสิ้นสุดหรือการเลิกสัญญา แต่มีลักษณะเป็นเพียงข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้มาตกลงกันล่วงหน้ากำหนดถึงวิธีการเปลี่ยนแปลง แก้ไขการปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาตามที่มีการกำหนดไว้ในสัญญาในกรณีที่เกิดมีสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเอาไว้ในข้อสัญญาเท่านั้น และหากในเวลาต่อมาคู่สัญญาประสงค์จะเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศระหว่างกันขึ้นมาอีก คู่สัญญาก็เพียงแต่จัดทำเอกสารยืนยันที่ชี้เฉพาะธุรกรรมนั้นขึ้นเท่านั้นก็มีผลเพียงพอแล้ว เพราะว่าความสัมพันธ์ตาม 1992 Master Agreement ที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นไว้แล้วนั้นยังคงมีผลใช้บังคับได้อยู่ไม่ได้มีการสิ้นสุดสัญญาแต่อย่างไร

กล่าวโดยสรุป ข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการทำ Netting by Close-Out ในส่วนที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement จึงมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่คู่กรณีได้มาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้า โดยคู่สัญญายังต้องการที่จะมีนิติสัมพันธ์ในฐานะคู่สัญญากันอยู่ แต่ในสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น ซึ่งต่างกับกรณีการเลิกสัญญาตามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญามิได้ประสงค์ที่จะมีนิติสัมพันธ์ในฐานะคู่สัญญาอีกต่อไป

⁴⁵ Section 6 (a) **Right to Terminate Following Event of Default.** If at any time an Event of Default with respect to a party (the "Defaulting Party") has occurred and is then continuing,, designate a day not earlier than the day such notice is effective as an Early Termination Date in respect of all outstanding Transactions.

⁴⁶ Section 6 (b)(iv) **Right to Terminate.** If:-, designate a day not earlier than the day such notice is effective as an Early Termination Date in respect of all Affected Transactions.

3.1.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close Out ที่เกี่ยวกับ ขั้นตอนต่าง ๆ ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหลังจากมีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดเกิดขึ้นแล้ว

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close Out ที่เกี่ยวกับขั้นตอนต่าง ๆ ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติหลังจากมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น ประกอบไปด้วย ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินหรือมูลค่าที่จะต้องชำระ และข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน ดังนั้นในการศึกษาวิเคราะห์ ผู้วิจัยจะได้แบ่งหัวข้อออกเป็น

3.1.2.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินหรือมูลค่าที่จะต้องชำระ

3.1.2.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน

3.1.2.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินหรือมูลค่าที่จะต้องชำระ

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระ (payment measure) เป็นข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนำมาใช้ในการกำหนดหาจำนวนเงินที่จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวนั้น ได้มีการกำหนดไว้ 2 วิธี คือ วิธี Market Quotation และวิธี Loss ซึ่งคู่สัญญาสามารถที่จะเลือกนำเอาวิธีหนึ่งวิธีใดมาใช้ได้ โดยการกำหนดความต้องการลงในเอกสารต่อท้าย (Schedule) ซึ่งวิธีการทั้ง 2 วิธีนี้มีรายละเอียดดังนี้

1. วิธี Market Quotation⁴⁷

เป็นวิธีการที่ใช้คำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น ซึ่งวิธีการนี้จะประกอบไปด้วยขั้นตอน 2 ส่วน คือ

1.1 การคำนวณหามูลค่าของธุรกรรมประเภทต่าง ๆ ที่ได้มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ซึ่งกำหนดขึ้นจากการใช้ราคาตลาดอ้างอิง (Market Quotation) (ราคาตลาดในที่นี้คือ จำนวนเงินที่แสดงถึงค่าใช้จ่ายหรือต้นทุน (cost) ที่จะต้องชำระเพิ่ม หรือกำไร (profit) ที่จะได้รับจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดต้องเข้าทำสัญญาใหม่กับผู้ค้าชั้นนำในตลาดที่เกี่ยวข้อง

⁴⁷ International Swaps Dealers Association, User' Guide to the 1992 ISDA Master Agreement (1993 Edition). pp. 24-27. ; แบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ข้อ 14. คำจำกัดความของคำว่า Market Quotation. pp. 15-16.

กับธุรกรรมนั้นเพื่อการดำรงไว้หรือรักษาซึ่งผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับในอนาคตให้มีอยู่เท่าเดิม คือให้มีอยู่เท่ากับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญาเดิม หากไม่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด⁴⁸ ซึ่งสัญญาใหม่นี้ จะมีส่วนประกอบ และรายละเอียดต่าง ๆ เหมือนกับสัญญาเดิมที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ยกเว้นแต่เพียงเรื่องของระยะเวลาของสัญญาเท่านั้นที่สัญญาใหม่ จะมีระยะเวลาเท่ากับระยะเวลาที่เหลือของสัญญาเดิม⁴⁹ (กล่าวคือจะมีระยะเวลาของสัญญาเท่ากับระยะเวลาตั้งแต่เวลาที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด จนถึงกำหนดเวลาปฏิบัติตามสัญญาเดิมที่ได้มีสิ้นสุดก่อนกำหนด) ที่ผู้ค้าชั้นนำ (Leading dealers) ในตลาดที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้น(ธุรกรรมที่สิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด) เป็นผู้กำหนดขึ้น(คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิสิ้นสุดสัญญาตามที่ได้ระบุไว้ใน 1992 Master Agreement จะเป็นผู้ดำเนินการในการหาราคาตลาดอ้างอิง) และราคาตลาดอ้างอิงที่ใช้นั้นจะต้องเป็นราคาตลาดอ้างอิงในวันสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด หรือหากกรณีในวันนั้นไม่สามารถหาราคาตลาดอ้างอิงได้ คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิสิ้นสุดสัญญานั้นจะเลือกใช้ราคาตลาดอ้างอิงในวันถัดจากวันสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดได้ แต่จะต้องดำเนินการโดยสุจริต และดำเนินการอย่างรวดเร็วและเหมาะสมที่สุดและราคาตลาดอ้างอิงนั้น จะต้องได้มาจากการนำเอาราคาตลาดอ้างอิงที่ผู้ค้าชั้นนำกำหนดไม่น้อยกว่า 3 ราคาหากค่าเฉลี่ย มิฉะนั้นจะนำ

⁴⁸ Mallesons Stephen Jaques, "Enforceability survey - Australia," in Derivative practices and principles appendix II : Legal enforceability : Survey of nine jurisdictions, pp. 22-23. ; Thinawat Bukhamana and Komkrit Kietduriyakul, เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง Interest Rate And Currency Swaps Documentation.

⁴⁹ Simon Firth , "Using netting agreement in the UK," in The essential , one-step guide to exploiting legal strategies for successful netting, p. 1.

การคำนวณหาราคาตลาดอ้างอิงนั้น จะต้องนำราคาตลาดอ้างอิงไม่น้อยกว่า 3 ราคามาใช้ โดยหากราคาตลาดอ้างอิงที่นำมาใช้มากกว่า 3 ราคาแล้ว ราคาอ้างอิงที่จะนำมาใช้จะต้องเป็นราคาอ้างอิงที่ได้จากค่าเฉลี่ยของราคาอ้างอิงที่เหลือ หลังจากที่ได้ตัดราคาอ้างอิงที่สูงที่สุดและต่ำที่สุดออกแล้ว แต่หากมีราคาอ้างอิงเพียง 3 ราคาเท่านั้นก็ให้เอาราคาอ้างอิงที่อยู่ตรงกลางระหว่างราคาอ้างอิงสูงสุดและต่ำสุด และทั้งสองกรณีหากราคาอ้างอิงที่จะนำมาคำนวณมากกว่าหนึ่งราคาอ้างอิงที่เป็นราคาอ้างอิงที่สูงสุดหรือราคาต่ำสุดให้ตัดราคาอ้างอิงเหล่านั้นออกให้เหลือเพียงหนึ่งราคาอ้างอิงที่จะใช้ในการคำนวณ (แบบฟอร์ม 1992 Master Agreement ข้อ 14. คำจำกัดความของ Market Quotation)

ราคาตลาดอ้างอิงมาใช้ไม่ได้ ราคาตลาดอ้างอิง (Market Quotation) ที่ได้มาจะเข้ามาแทนมูลค่า (replacement cost) ของธุรกรรมที่ได้ถึงกำหนดในแต่ละธุรกรรมเท่านั้น ซึ่ง replacement cost ของแต่ละธุรกรรมนี้ถ้าเป็นจำนวน + (บวก) จะแสดงถึงการขาดทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิคนัด ผิดสัญญา กล่าวคือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะต้องได้รับการชำระเงินเพิ่มจากคู่สัญญาฝ่ายที่ ผิคนัดผิดสัญญา เมื่อได้มีการเข้าทำสัญญาใหม่กับผู้ค้าชั้นนำ (เพื่อรักษาผลประโยชน์ที่ตนควร ได้รับ) แต่ถ้าเป็นจำนวน - (ลบ) จะแสดงถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิคนัดได้รับผลประโยชน์ เพิ่มขึ้น(กำไร) จากการที่ได้เข้าทำสัญญาใหม่กับผู้ค้าชั้นนำ⁵⁰ ดังนั้น เมื่อได้ Market Quotation ของแต่ละธุรกรรมมาแล้ว หาก Market Quotation ที่ได้มานั้นไม่ได้อยู่ในสกุลเงินที่กำหนดไว้ในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญา (Termination Currency) แล้วก็จะต้องแปลงค่า (converted) เงินสกุล อื่นนั้น ให้เป็นจำนวนเงินที่มีค่าเทียบเท่าสกุลเงินที่กำหนดไว้ในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญาแล้ว จึงนำ Market Quotation เหล่านั้นทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ขาดทุนหรือกำไรมาคำนวณ รวมกันเพื่อให้เหลือเพียงจำนวนสุทธิจำนวนเดียว ซึ่งจะเป็มูลค่าที่แท้จริงที่เข้ามาแทนธุรกรรม ทุกธุรกรรมที่สิ้นสุดไป (Settlement Amount) ซึ่งอาจมีผลแสดงออกมาว่าขาดทุน หรือแสดงออก มาว่ากำไรก็ได้ และถือว่าเป็นจำนวนเงินที่ต้องชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด(หากไม่มี จำนวนเงินค้างชำระอื่นๆ (Unpaid Amount)ระหว่างคู่สัญญา)

1.2 ถ้าหากในเวลาสิ้นสุดสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาต่างมีจำนวนเงิน ค้างชำระ(Unpaid Amount) ซึ่งคือ จำนวนหนี้ต่างๆที่ถึงกำหนดชำระแล้วก่อน หรือในเวลาที่จะ มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้นแต่ยังไม่มีการชำระ ในกรณีนี้จำนวนเงินที่ต้องชำระ เมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดจะเกิดจากการนำเอาจำนวน Settlement Amount ที่ได้มานั้น รวมกับจำนวนเงินค้างชำระต่าง ๆ ที่คู่สัญญา (ฝ่ายที่ไม่ผิคนัดผิดสัญญา) มีสิทธิจะได้รับจาก คู่สัญญาอีกฝ่ายแล้วนำเอาจำนวนเงินค้างชำระต่าง ๆ ที่คู่สัญญา (ฝ่ายที่ไม่ผิคนัดผิดสัญญา) จะต้องชำระให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายมาหักออก ก็จะได้จำนวนที่จะต้องชำระในกรณีที่มีการสิ้นสุด สัญญาก่อนกำหนด โดยหากจำนวนที่ได้จากการคำนวณออกมาเป็นจำนวน + (บวก) คู่สัญญาฝ่ายที่ผิคนัดผิดสัญญาจะมีหน้าที่จะต้องเป็นฝ่ายชำระ แต่ถ้าจำนวนที่ได้นั้นเป็นจำนวน -

⁵⁰ Mallesons Stephen Jaques, "Enforceability survey - Australia," in *Derivative practices and principles appendix II: Legal enforceability: Survey of nine jurisdictions*, p. 23.

(ลบ) แล้ว การที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะต้องเป็นฝ่ายชำระในจำนวนสุทธิดังกล่าว (absolute value) หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับวิธีการชำระเงินที่คู่สัญญาจะเลือกใช้ ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2. วิธี Loss

จะเป็นการคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะเป็นฝ่ายกำหนดจำนวนเงินจำนวนหนึ่งขึ้นมา (จำนวนเงินจำนวนนี้จะรวมถึงจำนวนเงินค้างชำระ(Unpaid Amount)ไว้ด้วยแล้ว) ซึ่งการกำหนดจำนวนเงินดังกล่าวจะต้องทำโดยสุจริต และจำนวนเงินดังกล่าว ถ้าเป็นจำนวน + จะแสดงถึงการขาดทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดผิดสัญญาจะมีหน้าที่จะต้องเป็นฝ่ายชำระ แต่ถ้าจำนวนที่ได้นั้นเป็นจำนวน - (ลบ) แล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาที่ไม่ผิดนัดนั้นได้กำไร และการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะต้องเป็นฝ่ายชำระในจำนวนสุทธิดังกล่าว (absolute value) ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับวิธีการชำระเงินที่คู่สัญญาจะเลือกใช้ ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป และจะถือว่าจำนวนดังกล่าวมาใช้เป็นจำนวนเงินที่ต้องชำระในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญา และจำนวนเงินดังกล่าวจะต้องมีการแปลงค่า (converted) ให้กลายเป็นสกุลเงินที่กำหนดไว้ในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญา

จากลักษณะของข้อสัญญาที่กล่าวมาทั้ง 2 กรณี ผู้วิจัยจะได้ศึกษาวิเคราะห์ว่า ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการคำนวณหามูลค่าที่จะต้องมีการชำระในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดคนนั้นจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด โดยจะแบ่งหัวข้อในการวิเคราะห์ ตามรูปแบบวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด กล่าวคือ

1. วิธี Market Quotation

ข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการคำนวณหามูลค่าที่จะต้องชำระ โดยการใช้วิธี Market Quotation นี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอน กล่าวคือ

-ขั้นตอนที่ 1 เป็นขั้นตอนในการคำนวณหามูลค่าที่จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาที่ค้างอยู่ของคู่สัญญาแทนการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่มีผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด โดยคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดจะเป็นผู้กำหนด ซึ่งได้แก่ การคำนวณหาจำนวนเงินที่แสดงถึงค่าใช้จ่าย (cost) ที่จะต้องชำระเพิ่ม หรือกำไร (profit) ที่จะได้รับจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดต้องเข้าทำธุรกรรมนั้นขึ้นใหม่กับผู้ค้าชั้นนำในตลาดที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้น เพื่อการดำรงไว้หรือรักษาซึ่งผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับในอนาคตให้มีอยู่เท่าเดิมคือ

ให้มีอยู่เท่ากับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากธุรกรรมเดิม หากไม่มีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนด
นั่นเอง

จากลักษณะดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเห็นว่าขั้นตอนที่ 1 นี้มีลักษณะเป็น
การที่คู่สัญญาได้มาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้ากำหนดถึงวิธีการคำนวณค่าเสียหาย หรือค่า
สินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจากการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนด ในธุรกรรมที่ยังไม่ถึงเวลาปฏิบัติการ
ชำระหนี้ตามสัญญา(ธุรกรรมที่ยังค้างอยู่)ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด และเมื่อข้อสัญญาคงกล่าว
มีลักษณะเป็นการที่คู่สัญญาได้มาทำความตกลงกำหนดวิธีการคำนวณค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าแล้ว
ประเด็นที่จะต้องพิจารณาก็คือ วิธีการคำนวณความเสียหายไว้ล่วงหน้าตามที่ระบุในข้อสัญญานี้
จะมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการคำนวณค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าอย่างแท้จริง หรือมี
ลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการคำนวณเบี้ยปรับ เพราะถ้าเป็นวิธีการคำนวณความเสียหาย
ไว้ล่วงหน้าอย่างแท้จริงแล้ว ศาลอาจจะยอมรับที่จะพิพากษาให้ตามข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกัน
แต่ถ้ามีลักษณะเป็นเบี้ยปรับแล้ว ศาลมีอำนาจที่จะส่งลดจำนวนเบี้ยปรับที่ได้จากการคำนวณ
ลงได้ เพราะการกำหนดเบี้ยปรับนั้น มีลักษณะเป็นการที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้า
แก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าเสียหายในเมื่อคนไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง
โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายไปมากน้อยเท่าใด^{๖๖} ดังนั้น
การกำหนดเบี้ยปรับจึงอาจจะกำหนดจำนวนเกินความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงก็ได้

สำหรับประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาที่กำหนดวิธีการคำนวณ
ค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าในกรณีของ Market Quotation นั้น มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนด
วิธีการคำนวณความเสียหายไว้ล่วงหน้าอย่างแท้จริง มิใช่เป็นวิธีการคำนวณเบี้ยปรับ เนื่องจาก

มาตรา 383 “ถ้าเบี้ยปรับที่รับนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้
ในการที่จะวินิจฉัยว่าสมควรเพียงใดนั้น ท่านให้พิเคราะห์ถึงทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่าง
อันชอบด้วยกฎหมาย มิใช่เพียงแต่ทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน.....”

มาตรา 379 “ถ้าลูกหนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อคนไม่
ชำระหนี้ก็ดี หรือ ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ดี เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ก็ให้รับเบี้ยปรับ ถ้าการชำระ
อันจะพึงทำนั้นได้แก่ งวดการอันใดอันหนึ่ง หากทำการอันนั้นฝ่าฝืนมูลหนี้เมื่อใด ก็ให้รับ
เบี้ยปรับเมื่อนั้น”

วิธีการคำนวณค่าเสียหายในกรณีของ Market Quotation นั้น การคำนวณมูลค่าของธุรกรรมแต่ละธุรกรรมที่มีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะต้องอ้างอิงมาจากราคาตลาดของธุรกรรมนั้นจริง ๆ มิใช่เป็นการกำหนดมูลค่าขึ้นมาเองตามความพอใจของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าราคาตลาดที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนำมาอ้างอิงนั้น ในข้อสัญญาจะได้มีการกำหนดถึงวิธีการหาราคาอ้างอิงดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ราคาตลาดที่จะนำมาอ้างอิงนั้น จะต้องเป็นราคาตลาดที่ได้มาจากค่าเฉลี่ยของราคาตลาดอ้างอิงที่ผู้ค้าชั้นนำได้กำหนดไม่น้อยกว่า 3 ราคา โดยตัดราคาสูงสุดและต่ำออกไป นอกจากนี้เมื่อได้มูลค่าของธุรกรรมแต่ละธุรกรรมที่มีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดมาแล้ว ข้อสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดให้นำเอามูลค่าของธุรกรรมแต่ละธุรกรรมซึ่งอาจมีทั้งกรณีที่เป็นส่วนที่ขาดทุน และส่วนกำไรมาหักลบกันเพื่อให้เหลือเพียงจำนวนเดียวที่จะแสดงถึงมูลค่าของธุรกรรมทั้งหมดที่ได้มีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดตามความเป็นจริง ซึ่งจำนวนดังกล่าวถือว่าเป็นจำนวนเงินที่ต้องชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดนั่นเอง โดยถ้าจำนวนดังกล่าวเป็นจำนวน + (บวก) จะแสดงถึงการขาดทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด ก็ถือว่าเป็นค่าเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดควรจะได้รับเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนด หากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่มีหนี้ที่ยังค้างชำระ แต่ถ้าเป็นจำนวน - (ลบ) จะถือว่าเป็นส่วนที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดได้กำไรจากการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะไม่ได้รับค่าเสียหายทดแทนแต่อย่างใด และจำนวนที่คำนวณได้ในส่วนนี้ จะมีการชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดผิดสัญญาไปยังคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดผิดสัญญาหรือไม่ขึ้นอยู่กับวิธีการชำระเงินที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเอาไว้ และจากที่กล่าวมาจึงแสดงให้เห็นได้ว่า วิธีการคำนวณหาค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจากการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดในธุรกรรมที่ยังไม่ถึงเวลาปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา โดยใช้วิธี Market Quotation นั้น มีลักษณะเป็นวิธีการคำนวณค่าเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือ เป็นการวิธีการคำนวณหาค่าเสียหายตามที่เกิดขึ้นจริง และคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะได้รับค่าเสียหายก็ต่อเมื่อปรากฏว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนด (ขาดทุน) เท่านั้น มิใช่มีลักษณะเป็นวิธีการคำนวณเบี่ยงปรับ

-ขั้นตอนที่ 2 จะเกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาต่างมีหนี้ที่ยังค้างชำระอยู่ระหว่างกัน(Unpaid Amount) ในเวลาที่มีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนด โดยขั้นตอนนี้ จำนวนที่ต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาที่กำหนดนั้น จะได้จากการนำเอาจำนวนเงินที่คำนวณได้จากขั้นตอนที่ 1 (ซึ่งในตอนนี้มีลักษณะเป็นหนี้เงิน) และหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายยัง

คำสั่งชำระอยู่มาคำนวณหา โดยในกรณีที่จำนวนเงินคำนวณได้จากขั้นตอนที่ 1 แสดงออกมาว่า คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดขาดทุน(จำนวน +) ก็จะนำเอาจำนวนหนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดชำระมารวมกันแล้วจึงนำเอาจำนวนหนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดชำระมาหักออก แต่หากกรณีที่จำนวนเงินที่คำนวณได้จากขั้นตอนที่ 1 แสดงออกมาว่าคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดค่าไร (จำนวน -) การคำนวณก็จะต้องนำเอาจำนวนเงินที่คำนวณได้จากขั้นตอนที่ 1 มาหักลบกับจำนวนหนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดชำระแล้วจึงนำเอาจำนวนหนี้ที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดชำระมาหักออกอีกครั้ง

จากลักษณะของขั้นตอนที่ 2 นี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นขั้นตอนที่กำหนดให้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนำเอาหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศมีอยู่ระหว่างกันมาหักกลบลบหนี้กัน เพื่อให้เหลือจำนวนเพียงจำนวนเดียวที่จะต้องมีการชำระ (แต่จะมีการชำระหรือไม่ขึ้นอยู่กับวิธีการชำระเงินที่คู่สัญญากำหนด) ซึ่งมีลักษณะเป็นการหักกลบลบหนี้กันโดยข้อสัญญา ซึ่งสามารถใช้บังคับได้ตามหลักกฎหมายเรื่องนี้ตามสัญญานั้นเองและสำหรับในกรณีดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ข้อสัญญาจะมีได้กำหนดให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนำเอาหนี้ที่มีอยู่ระหว่างกันนั้นมาหักกลบลบหนี้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะนำเอาหนี้ที่มีอยู่ระหว่างกันเหล่านี้มาหักกลบลบหนี้ตามที่บทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ได้บัญญัติให้อำนาจไว้

2. วิธี Loss

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงเลือกใช้วิธี Loss จะเห็นได้ว่า วิธีนี้จะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดเป็นผู้กำหนดหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระ โดยมีต้องใช้ราคาตลาดอ้างอิงอย่างกรณีของวิธี Market Quotation และจำนวนเงินที่จะต้องชำระที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดเป็นผู้กำหนดนี้ อาจจะเป็นจำนวนที่แสดงถึงการขาดทุน(ความเสียหาย)ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด ซึ่งกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายผิดนัดมีหน้าที่ที่จะต้องเป็นฝ่ายชำระค่าเสียหายให้กับคู่สัญญา

มาตรา 341 “ถ้าบุคคลสองคนต่างมีความผูกพันซึ่งกันและกัน โดยมูลหนี้อันมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน และหนี้ทั้งสองรายนั้นถึงกำหนดจะชำระไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมจะหลุดพ้นจากหนี้ของตนด้วยหักกลบลบหนี้กันได้เพียงเท่าจำนวนที่ตรงกันในมูลหนี้ทั้งสองฝ่ายนั้น เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ฝ่ายหนึ่งจะไม่เปิดช่องให้หักกลบลบกันได้.....”

ฝ่ายที่ไม่ผิดนัด หรืออาจจะแสดงถึงกำไรที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดจะได้รับอีกด้วย ซึ่งในกรณีที่แสดงให้เห็นถึงกำไรนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องชำระจำนวนเงินใดให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดเลย เพราะแสดงให้เห็นได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนั้นไม่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น จึงพอสรุปได้ว่าการกำหนดวิธีการคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระในกรณีนี้ ก็ไม่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงการวิธีการคำนวณหาเบี้ยปรับเช่นเดียวกับกรณีของวิธี Market Quotation เพราะหากมีลักษณะเป็นวิธีการคำนวณหาเบี้ยปรับแล้ว เมื่อได้ผลจากการคำนวณออกมาจะต้องมีการชำระเงิน(เบี้ยปรับ) ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดเสมอ เพราะเบี้ยปรับนี้จะมีลักษณะเป็นการที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันไว้ล่วงหน้าแก่เจ้าหนี้ว่า จะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าเสียหายในเมื่อตนไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายไปมากน้อยเท่าใด แต่กรณีของวิธีการ Loss นี้จะมีการใช้เงิน ก็คือเมื่อการกำหนดจำนวนที่จะต้องชำระโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดได้แสดงออกมาว่ามีความเสียหาย(ขาดทุน)เกิดขึ้นจริงเท่านั้น

สำหรับวิธี Loss นี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตบางประการกล่าวคือ หากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดได้กำหนดจำนวนเงินที่จะต้องชำระออกมา และเป็นกรณีที่จำนวนเงินดังกล่าวแสดงถึงการขาดทุนซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดจะต้องชำระแล้ว การกำหนดจำนวนเงินในกรณีนี้คู่สัญญาจะต้องกำหนดให้มีผลเท่ากับความเสียหายที่ตนได้รับตามจริง มิฉะนั้น หากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้วหากในการพิจารณาของศาล ศาลเห็นว่าการกำหนดจำนวนเงินดังกล่าว (Loss) ของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนั้นเกินความเสียหายที่ได้รับจริง ศาลอาจจะพิพากษาให้ตามที่เสียหายจริงเท่านั้น กล่าวคือศาลอาจจะสั่งลดจำนวนที่จะต้องชำระลงให้เท่ากับความเสียหายจริง

3.1.2.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระเงิน

ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ได้มีการกำหนดกำหนดถึงวิธีการชำระเงินที่ได้จากการคำนวณหาจำนวนเงินที่จะต้องชำระ ในกรณีที่มีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดตามวิธีใดวิธีหนึ่งในข้อ 3.1.2.1 นั้นว่า การชำระเงินจำนวนดังกล่าวจะต้องชำระเป็นเงินสดตามที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งใน 1992 Master Agreement ได้กำหนดให้เป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะทำการเลือกสกุลเงินดังกล่าว แต่ถ้าหากคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงเลือกสกุลเงินแล้ว ก็ให้ถือว่าสกุลเงินที่จะต้องชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อน

กำหนดนั้นคือเงินสกุลเหรียญสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในกรณีนี้ประเด็นปัญหาที่จะต้องวิเคราะห์ก็คือ ข้อสัญญาที่กำหนดให้การชำระเงินนั้นจะต้องชำระเป็นเงินสกุลต่างประเทศ ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทยได้มากน้อยเพียงใด

สำหรับประเด็นนี้ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้มีการกำหนดถึงกรณีการชำระเงินที่เป็นเงินตราต่างประเทศไว้ กล่าวคือ บทบัญญัติในมาตรา 196 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินตราต่างประเทศท่านว่าจะส่งใช้เป็นเงินไทยก็ได้ การเปลี่ยนเงินนี้ ให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่และในเวลาที่ใช้เงิน” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายไทยยอมรับให้คู่สัญญาสามารถกำหนดหนี้ที่จะต้องชำระเป็นเงินสกุลต่างประเทศได้ แต่ก็กำหนดให้สิทธิคู่สัญญาสามารถที่จะชำระหนี้เงินต่างประเทศนั้นด้วยเงินไทยได้เช่นกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาได้มาทำความตกลงกันว่าจะให้มีการชำระหนี้เป็นเงินตราต่างประเทศสกุลใดสกุลหนึ่งเท่านั้น ดังเช่นข้อสัญญาที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ การที่คู่สัญญาได้มาทำความตกลงดังกล่าว จะถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 196 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ จากการศึกษาในเรื่องดังกล่าวพบว่า ได้มีนักกฎหมายได้ความเห็นไว้โดยแบ่งได้เป็น 2 แนว กล่าวคือ ความเห็นแรกมีความเห็นว่า การที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันกำหนดให้การชำระหนี้ระหว่างกันนั้นเป็นเงินตราต่างประเทศ ซึ่งเป็นการยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 196 นั้น ข้อตกลงดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะเพราะขัดต่อหลักที่ว่าเงินตราเท่านั้นที่ชำระหนี้ตามกฎหมายได้⁵¹ ส่วนความเห็นที่สองมีความเห็นว่า การที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันกำหนดให้การชำระหนี้ระหว่างกันนั้นเป็นเงินตราต่างประเทศ ซึ่งเป็นการยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 196 นั้น สามารถทำได้ เพราะถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ถือเป็นมาตราที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵² นอกจากนี้ ในเรื่องดังกล่าวก็ยังมี

⁵¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, หน้า 34.

⁵² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 298. ; โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 69. ; พิชิตพล เอี่ยมมงคลชัย และฤทธิชัย งดงาม, “ผลทางกฎหมายของการเปลี่ยนสกุลตราต่างประเทศที่ต้องชำระตามมูลหนี้,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 18 (กันยายน 2541) : 135-141.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1693/2493 ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ และเป็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นที่สอง ที่ได้ยอมรับการที่คู่สัญญามาทำความตกลงกันกำหนดให้การชำระหนี้ระหว่างกันเป็นเงินตราต่างประเทศนั้นสามารถทำได้

สำหรับประเด็นปัญหากรณีนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นที่สอง กล่าวคือเห็นว่าคู่สัญญาสามารถที่จะกำหนดให้การชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญานั้นสามารถชำระหนี้เป็นเงินสกุลต่างประเทศได้ ซึ่งเป็นการยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 196 ได้ เพราะถือว่าบทบัญญัติดังกล่าว ไม่เป็นมาตราที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นคู่สัญญาจึงตกลงเปลี่ยนแปลงได้ และจะเห็นได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดความผูกพันที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น กล่าวคือเป็นเรื่องการชำระหนี้ของเอกชน หากได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นจึงควรที่จะเคารพและยอมรับในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ประกอบกับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1693/2493 “ คู่สัญญากันว่าจะชำระหนี้เป็นเงินเหรียญมลายู และชำระที่สิงคโปร์แต่สถานเดียว ดังนี้ จะต้องชำระหนี้กันเป็นเงินเหรียญมลายู จะชำระเป็นเงินไทยไม่ได้ เว้นแต่อีกฝ่ายจะยินยอม มิฉะนั้นย่อมถือว่าเป็นฝ่ายชำระหนี้ผิดสัญญา

หนี้เป็นเงินตราต่างประเทศนั้น เมื่อจะต้องชำระตามคำบังคับของศาลในประเทศไทยก็ต้องเปลี่ยนเป็นเงินตราของประเทศไทย ซึ่งตามประมวลกฎหมายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 196 บัญญัติให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินในสถานที่และในเวลาที่ใช้เงิน

อัตราแลกเปลี่ยนเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 นั้น ย่อมหมายถึงอัตราที่จะแลกเปลี่ยนกันได้โดยเสรี ซึ่งโดยปกติก็คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ในกรุงเทพฯ ฯ

ในกรณีที่ต้องชำระหนี้กันเป็นเงินตราต่างประเทศนั้น เพื่อสะดวกแก่การบังคับคดี ศาลจะพิจารณาให้ใช้เงินเป็นเงินตราต่างประเทศ หรือมิฉะนั้นให้คิดแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศนั้นเป็นเงินไทย โดยคิดอัตราแลกเปลี่ยนเงินโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ทำการขายเงินตราต่างประเทศเป็นเงินไทยในวันที่มีคำพิพากษา ถ้าไม่มีอัตราการขายในวันนั้นก็ให้ถือเอาวันสุดท้ายที่มีอัตราการขายเช่นว่านั้นก่อนวันพิพากษา”

ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ได้วินิจฉัยรับรองเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้อีกด้วย นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการก็คือบทบัญญัติมาตรา 196 นี้ น่าจะเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกหรือให้สิทธิแก่ลูกหนี้ในการที่จะเลือกชำระหนี้เป็นเงินไทยเท่านั้น ดังนั้น หากลูกหนี้ได้มาทำความตกลงกำหนดให้การชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญานั้น สามารถชำระหนี้เป็นเงินสกุลต่างประเทศได้แล้ว ก็ย่อมถือได้ว่าลูกหนี้ได้สละสิทธิที่จะถือเอาประโยชน์ตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้สิทธิไว้นั่นเอง⁵³ จึงควรที่จะเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญา

กล่าวโดยสรุป ข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ที่กำหนดให้การชำระเงินนั้น จะต้องชำระเป็นเงินสกุลต่างประเทศคือเงินสกุลเหรียญสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทยได้ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลไทยแล้ว แม้ศาลไทยจะได้พิพากษาให้มีการชำระหนี้เป็นเงินตราต่างประเทศก็ตาม แต่เพื่อความสะดวกในการบังคับคดีของศาลไทยแล้ว ศาลไทยอาจจะพิจารณาให้เปลี่ยนเงินตราต่างประเทศที่จะต้องชำระหนี้เป็นเงินไทย โดยใช้อัตราแลกเปลี่ยน (อัตราแลกเปลี่ยนในที่นี้คือ อัตราแลกเปลี่ยนกันได้โดยเสรี ซึ่งโดยปกติก็คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนโดยเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ที่ขายเงินตราต่างประเทศเป็นเงินตราไทยในกรุงเทพฯ เป็นเกณฑ์) ในวันที่มีคำพิพากษาได้ และถ้าไม่อัตราขายในวันนั้นก็ให้ถือเอาวันสุดท้ายที่มีอัตราการขาย เช่นว่านั้นก่อนวันพิพากษา (เทียบเคียงจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1693/2493)

⁵³ พิชิตพล เอี่ยมมงคลชัย และ ฤทธิชัย งดงาม, “ผลทางกฎหมายของการเปลี่ยนสกุลเงินตราต่างประเทศที่ต้องชำระตามมูลหนี้,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, : 135-141.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1693/2493, 1883/2497, 5701/2533, 939/2537

3.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ในกรณีของ เหตุล้มละลาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความหมายของเหตุล้มละลายที่จะนำมาสู่วิธีการทำ Netting by Close-Out ตามที่ระบุอยู่ในแบบฟอร์ม 1992 Master Agreement นี้ไม่ได้มีความหมายจำกัดแต่เฉพาะกรณีที่มีการฟ้อง, การร้องขอให้ล้มละลาย และกรณีที่มีการขอฟื้นฟูกิจการ เท่านั้น แต่ยังหมายถึงกรณีอื่นๆ ซึ่งยังไม่ถึงขั้นที่มีการฟ้องหรือการร้องขอให้ล้มละลาย หรือการขอฟื้นฟูกิจการ แต่อาจจะเป็นเหตุการณ์ที่นำมาสู่การฟ้องล้มละลาย หรือการขอให้มีการฟื้นฟูกิจการ ในเวลาต่อมา เช่นกรณีที่คู่สัญญามีหนี้สินล้นพ้นตัว, กรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถที่จะชำระเงินให้แก่ เจ้าหนี้ได้, กรณีที่คู่สัญญาได้มีการขอประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีเหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นก็จะเกิดมีการทำ Netting by Close-Out แต่จะเห็นได้ว่า เมื่อมีเหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นแล้วในเวลาภายหลังต่อมาไม่นานก็มักจะนำมาซึ่งการฟ้อง, การร้องขอให้ล้มละลาย หรือการขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งถ้าไม่มีการฟ้อง, การร้องขอให้ล้มละลาย หรือการขอฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้ตามมาในภายหลัง การทำ Netting by Close-Out ก็จะมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ดังที่ได้ศึกษาวิเคราะห์มาแล้ว แต่ถ้าหากต่อมามีการดำเนินการล้มละลายตามกฎหมายล้มละลาย (พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483) หรือมีการดำเนินการขอฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ (พระราชบัญญัติล้มละลาย(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ว่าด้วย หมวด 3/1 กระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้) กับคู่สัญญาฝ่ายใดคนหนึ่งแล้ว การทำ Netting by Close-Out ที่ได้กระทำไป และการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ให้กับคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด จะยังมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายล้มละลาย ทั้งในส่วนของการล้มละลาย และในส่วนของการฟื้นฟูกิจการหรือไม่เพียงใด เพราะจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการล้มละลาย หรือการขอให้ฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้นแล้ว บทบัญญัติในพระราชบัญญัติล้มละลายทั้งในส่วนของการล้มละลาย และในส่วนของการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ได้มีการกำหนดให้ผลของการล้มละลายหรือการขอให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้นั้น อาจมีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนถึงการกระทำต่าง ๆ ที่ได้มีการทำขึ้นก่อนการล้มละลาย หรือก่อนที่มีการขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งหนึ่งในนั้น ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจในการขอให้เพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำต่าง ๆ ของลูกหนี้ ผู้ล้มละลายหรือลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการที่ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำก่อนที่มีการล้มละลายหรือก่อนที่มีการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งในกรณีของ

การล้มละลายได้แก่ การเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริต ตามมาตรา 114 หรือ การเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกันตาม มาตรา 115 ส่วนในกรณีของการฟื้นฟูกิจการได้แก่ มาตรา 90/41 ซึ่งเป็นการเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้

ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้แบ่งการศึกษาวិเคราะห์ออกเป็น 2 หัวข้อกล่าวคือ

3.2.1 การมีผลใช้บังคับของการทำ Netting by Close-Out

3.2.2 การมีผลใช้บังคับของการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ให้กับคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด

ซึ่งทั้ง 2 กรณีนี้ ได้มีการดำเนินการไปก่อนหน้าที่จะมีการดำเนินการระบวนการล้มละลาย หรือดำเนินการระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ โดยจะศึกษาว่าการดำเนินการทั้ง 2 กรณี จะยังคงมีผลใช้บังคับตามกฎหมายล้มละลายทั้งในส่วนของการล้มละลาย และในส่วนของการฟื้นฟูกิจการหรือไม่เพียงใดได้หรือไม่ เพียงใด

3.2.1 การมีผลใช้บังคับของการทำ Netting by Close-Out

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึงการมีผลใช้บังคับของการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้ในการคำนวณหามูลค่าที่จะต้องชำระ ในกรณีที่หากต่อมามีการดำเนินการระบวนการล้มละลาย หรือมีการดำเนินการระบวนการของฟื้นฟูกิจการกับคู่สัญญาฝ่ายผิดนัดแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากว่า การทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้นั้น จะเห็นได้ว่าขั้นตอนของวิธี Market Quotation นั้น จะต้องมีการนำเอาราคาตลาดอ้างอิงที่ได้ในแต่ละธุรกรรม ไม่ว่าจะเป็นจำนวน + (บวก) ซึ่งแสดงถึงการขาดทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด หรือจำนวน - (ลบ) ซึ่งแสดงถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดได้รับผลประโยชน์เพิ่มขึ้น(กำไร)จากการที่ได้เข้าทำสัญญาใหม่กับคู่ค้าชั้นนำมารวมคำนวณให้เหลือเพียงจำนวนเดียว ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่จะต้องชำระ นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญามีหนี้ที่ยังค้างชำระต่อกัน และเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับ 1992 Master Agreement แล้ว วิธีการ Market Quotation ยังได้กำหนดให้คู่สัญญานำเอาหนี้ที่ค้างชำระเหล่านั้นมารวมคำนวณกับจำนวนเงินที่จะต้องชำระอีกด้วย เพื่อที่จะให้เหลือเพียงจำนวนสุทธิเพียงจำนวนเดียวที่จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้น และจากขั้นตอนการดำเนินการดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่ามิ

ลักษณะเป็นการนำเอาหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกันมาหักกลบลบหนี้กัน เพื่อให้เหลือเพียงจำนวนเดียว ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่จะต้องมีการชำระ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาค่าว่า การดำเนินการตามวิธี Market Quotation ในกรณีหตุล้มละลายนี้ จะถือว่าเป็นหรือเข้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายหรือในกรณีที่มีการฟื้นฟูกิจการหรือไม่ และหากผลที่ได้จากการศึกษาปรากฏว่า การดำเนินการตามวิธี Market Quotation นั้นถือเป็นการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายหรือในกรณีที่มีการฟื้นฟูกิจการแล้ว การดำเนินการตามวิธี Market Quotation จะยังคงถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิร้องขอศาลให้เพิกถอนการดำเนินการดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ทั้งในส่วนของการล้มละลายและในส่วนของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้หรือไม่ เพียงใด โดยในการศึกษา ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายล้มละลาย และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่เกี่ยวข้องกับการหักกลบลบหนี้ว่ามีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างไร เพื่อที่จะได้นำเอาข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

3.2.1.1 หลักกฎหมายล้มละลาย และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่กำหนดเกี่ยวกับการหักกลบลบหนี้

1. หลักกฎหมายล้มละลาย

การหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้น ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้มีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษในมาตรา 102¹ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะขอหักกลบลบหนี้ หากในเวลาศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้กับลูกหนี้ผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้วางเงื่อนไขไว้ดังนี้คือ

1. หนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธินำมาหักกลบลบหนี้ นั้น จะต้องเป็นหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ได้ ซึ่งหมายความว่า เป็นหนี้ซึ่งมีมูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ และแม้จะเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือหนี้ที่มีเงื่อนไขก็สามารถหักกลบลบหนี้กันได้ และต้องไม่ใช่หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้

¹ มาตรา 102 “ ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ในเวลาที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ถึงแม้ว่ามูลแห่งหนี้ทั้งสองฝ่ายจะไม่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันก็ดี หรืออยู่ในเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาที่ดี ก็อาจหักกลบลบกันได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์”

บังคับคดีไม่ได้ หรือเป็นหนี้ซึ่งเจ้าหนี้อยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สิน
ต้นพันตัว

2. แม้หนี้ที่ขอรับชำระหนี้ได้นั้น จะมีวัตถุประสงค์แห่งหนี้จะแตกต่างกันก็
สามารถนำมาหักกลบลบหนี้กันได้

2. หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

หลักกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ตามที่
บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย
(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวนี้ มีอยู่ 1 มาตรา คือ มาตรา 90/33^{๖๖} ซึ่ง
บทบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการที่จะทำการหักกลบลบหนี้ หากในเวลาที่มี
คำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการนั้น เจ้าหนี้กับลูกหนี้ต่างเป็นหนี้ซึ่งกันและกัน และหนี้ที่เจ้าหนี้มีอยู่นั้น
จะต้องเป็นหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ได้ ซึ่งหมายความว่า จะต้องเป็นหนี้ซึ่งมีมูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่
ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ และแม้จะเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือหนี้ที่มีเงื่อนไขก็สามารถ
หักกลบลบหนี้กันได้ และต้องไม่ใช่หนี้ที่เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี
หรือหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้^{๖๗}

๓.2.1.2 การวิเคราะห์ถึงการมีผลใช้บังคับของการทำ Netting by Close-Out

1. กรณีที่มีการฟ้องหรือร้องขอให้มีการล้มละลาย

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายล้มละลายเรื่องการหักกลบลบหนี้ ตามที่
กล่าวไว้ในข้อ 3.2.1.1 เปรียบเทียบกับการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่คู่สัญญาได้กำหนด
ให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การทำ Netting by Close-Out
ที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายเกิดขึ้นนั้น
เข้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามที่กฎหมายล้มละลายได้กำหนดไว้ เนื่องจากว่าวิธี

^{๖๖} มาตรา 94 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

^{๖๗} มาตรา 90/33 “ ถ้าเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ เป็นหนี้ลูกหนี้ใน
เวลาที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการเข้าหนี้้นั้น อาจใช้สิทธิหักกลบลบหนี้ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ได้สิทธิ
เรียกร้องต่อลูกหนี้ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ”

^{๖๘} มาตรา 90/27 วรรคแรก พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดย
พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 หมวด 3/1 กระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

Market Quotation นั้นได้มีการกำหนดให้นำเอาราคาตลาดอ้างอิงที่ได้ในแต่ละธุรกรรม ไม่ว่าจะ เป็นจำนวน + (บวก) ซึ่งแสดงถึงการขาดทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิคนัด หรือจำนวน - (ลบ) ซึ่งแสดงถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิคนัดได้รับผลประโยชน์เพิ่มขึ้น(กำไร)จากการที่ได้เข้าทำสัญญาใหม่กับผู้ค้าชำนนำมารวมคำนวณให้เหลือเพียงจำนวนเดียว ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่จะต้องชำระ หรือในกรณีที่หากคู่สัญญามีหนี้ที่ยังค้างชำระต่อกัน และเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรม การเงินระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้บังคับปี 1992 Master Agreement แล้ว วิธีการ Market Quotation ก็ยังได้กำหนดให้คู่สัญญานำเอาหนี้ที่ค้างชำระเหล่านั้น มารวมคำนวณกับจำนวนเงินที่จะต้องชำระ เพื่อที่จะให้เหลือเพียงจำนวนสุทธิเพียงจำนวนเดียวที่จะต้องมีการชำระเมื่อมีการสิ้นสุดสัญญาก่อนกำหนดเกิดขึ้นนั้น ซึ่งการที่นำเอาราคาตลาดอ้างอิงมารวมคำนวณเพื่อให้เหลือเพียงจำนวนเดียว หรือการนำเอาหนี้ที่ยังค้างชำระของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย (ถ้ามี) มารวมคำนวณด้วยนั้น การกระทำดังกล่าว มีลักษณะเป็นการนำเอาหนี้ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกันมาหักกลบลบหนี้กันเอง และจะเห็นได้ว่าหนี้ที่นำมาคำนวณนี้ ก็มีลักษณะเป็นหนี้ที่เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ กล่าวคือเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ และเป็นหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี หรือเป็นหนี้ที่จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้ หรือเป็นหนี้ซึ่งเจ้าหนี้อยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

และเมื่อการทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้นั้น เจ้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายแล้ว ประเด็นปัญหาที่ตามมาก็คือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถที่จะใช้สิทธิร้องขอต่อศาลขอให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าวตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 114 หรือมาตรา 115 ได้มีการบัญญัติไว้ได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่าหากเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิหักกลบลบหนี้กับลูกหนี้ผู้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 115 ร้องขอต่อศาลขอให้เพิกถอนการหักกลบลบหนี้ได้ แต่สำหรับกรณีตามมาตรา 114 นั้นจากการศึกษาพบว่ายังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตัดสินเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว แต่ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากมาตรา 114 และมาตรา 115 นั้นต่างก็มีวัตถุประสงค์ในลักษณะเดียวกันคือการเพิกถอนการกระทำที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริต ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็

ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 114 ร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการหักกลบลบหนี้ได้เช่นกัน และจากการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่สามารถที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 114 หรือ มาตรา 115 ในการเพิกถอนการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนั้น แสดงให้เห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ในคดีล้มละลายนี้ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ในการที่จะร้องขอต่อศาลขอให้เพิกถอนการกระทำที่ได้ทำลงไปก่อนที่จะมีการดำเนินกระบวนการล้มละลายนั่นเอง

แม้จากการศึกษาจะแสดงให้เห็นได้ว่า การทำ Netting by Close-Out ในกรณีดังกล่าวนี้เข้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามที่กฎหมายล้มละลายได้กำหนดไว้ ซึ่งทำให้มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายล้มละลาย แต่จากที่ได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้นว่า การเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศที่ใช้ 1992 Master Agreement นี้ เป็นการเข้าทำธุรกรรมที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ และอีกฝ่ายเป็นนิติบุคคลไทย ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดเป็นนิติบุคคลต่างประเทศแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดจะต้องพิสูจน์ให้เห็นด้วยว่ากฎหมายในประเทศของตนนั้น ได้ยินยอมให้เจ้าหนี้ในประเทศไทยมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ มิฉะนั้น การทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้นั้น อาจจะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิเพิกถอนตามมาตรา 114 หรือ มาตรา 115 ได้ ทั้งนี้เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการหักกลบลบหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายนั้น หนี้ที่เจ้าหนี้จะนำมาหักกลบลบหนี้จะต้องเป็นหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ ซึ่งในกรณีของเจ้าหนี้ต่างประเทศนั้น พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 178 ได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการที่เจ้าหนี้ต่างประเทศจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายเพิ่มเติมไว้ซึ่งก็คือการที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่า กฎหมายในประเทศของเจ้าหนี้ต่างประเทศนั้น ได้ยอมรับให้เจ้าหนี้คนไทยมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด ไม่ได้เป็นนิติบุคคลไทยก็จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวเพิ่มขึ้น เพื่อที่จะทำให้การทำ Netting by Close-Out ในกรณีดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายล้มละลาย

2. กรณีการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในเรื่องการหักกลบลบหนี้ ตามที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 90/33 แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับ

* มาตรา 178 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

บทบัญญัติเรื่องการหักกลบลบหนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 102 เพียงแต่กรณีตามมาตรา 90/33 นี้ ได้มีการบัญญัติไว้ใช้กับกรณีการขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ส่วนมาตรา 102 ได้มีการบัญญัติไว้ใช้กับกรณีการล้มละลายเท่านั้นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาได้กำหนดให้นำเอาวิธี Market Quotation มาใช้ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายเกิดขึ้นนั้นก็เข้าหลักเกณฑ์การหักกลบลบหนี้ตามที่กฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการได้กำหนดไว้เช่นกัน และในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดก็มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นด้วยว่า กฎหมายในประเทศของคณนั้นยอมให้เจ้าหนี้ในประเทศไทยมีสิทธิขอรับชำระหนี้เช่นเดียวกับกรณีล้มละลาย แม้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 หมวด 3/1 จะมีได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากว่ามีมาตรา 90/2 วรรค 2 ได้กำหนดไว้ว่ากระบวนการพิจารณาส่วนใดที่มีได้บัญญัติไว้ในหมวดนี้ โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติในหมวดอื่นแห่งพระราชบัญญัติล้มละลายมาใช้โดยอนุโลม

3.2.2 การมีผลใช้บังคับของการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ให้กับคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด

ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้ศึกษาว่า การชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาฝ่ายผิดนัดได้มีการชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าที่ตนจะถูกดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายนั้น จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการชำระเงินดังกล่าว โดยอ้างเหตุตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ทั้งในส่วนของการล้มละลายและในส่วนของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้หรือไม่ เพียงใด โดยในการศึกษา ผู้วิจัยจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายล้มละลาย และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อที่จะได้นำเอาข้อมูลดังกล่าวมาใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

3.2.2.1 หลักกฎหมายล้มละลาย และหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่กำหนดเกี่ยวกับการให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำที่ลูกหนี้ได้กระทำไปแล้วก่อนล้มละลาย

1. หลักกฎหมายล้มละลาย

หลักกฎหมายล้มละลายตามที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวนี้ มีอยู่ 2 มาตรา กล่าวคือ มาตรา 114 ซึ่งเป็นกรณีการร้องขอให้เพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริต และมาตรา 115 ซึ่งเป็นกรณีการร้องขอให้เพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่การกระทำดังกล่าว เป็นการทำให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ซึ่งรายละเอียดของแต่ละมาตรามีดังต่อไปนี้

ก. มาตรา 114

มาตรา 114 ซึ่งบัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามปีก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอ โดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอน หรือการกระทำนั้นได้ เว้นแต่ผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์จะแสดงให้พอใจศาลว่าการโอน หรือการกระทำนั้น ได้กระทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเพิกถอนตามมาตรา 114 นี้ จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- จะต้องมีการโอนทรัพย์สิน หรือมีการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตัวลูกหนี้เองหรือเป็นการยอมให้ผู้อื่นกระทำ ซึ่งความหมายของการโอนทรัพย์สินก็คือ การทำให้กรรมสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ขาดไปจากกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้⁵⁴ และยังรวมถึงการชำระหนี้ของลูกหนี้อีกด้วย ส่วนการกระทำใด ๆ ก็คือการกระทำเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการกระทำที่ทำให้เกิดภาระขึ้นกับทรัพย์สิน ซึ่งไม่ถึงกับเป็นการโอนทรัพย์สินไป แต่อาจมีผลทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้เสื่อมค่าลงได้ เช่น การก่อทรัพย์สินขึ้นเหนืออสังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน การจำยอม หรือ การทำนิติกรรมจำนอง เป็นต้น⁵⁵

⁵⁴ ปรีชา พานิชวงค์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 205.

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 628/2507, 676/2520, 1902/2520, 1042/2532

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

- การโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ นั้นจะต้องกระทำในระหว่างระยะเวลาระยะเวลา 3 ปี ก่อนวันฟ้องหรือก่อนวันร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และรวมทั้งการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการฟ้องหรือร้องขอให้ล้มละลายด้วย

- วิธีการเพิกถอนนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องทำเป็นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งเพิกถอน

- ข้อยกเว้นที่ศาลจะเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นไม่ได้ ถ้าผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์แสดงให้เป็นที่พอใจต่อศาลได้ว่า การโอน หรือการกระทำนั้นได้กระทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน ซึ่งหมายความว่า ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์เป็นผู้ที่มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อยกเว้นทั้ง 2 ประการ และความหมายของคำว่า “สุจริต” นี้ หมายถึง การโอน หรือการกระทำนั้น ๆ ได้กระทำไปโดยผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ไม่รู้ว่า เป็นเหตุให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบหรือไม่รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁵⁶ ส่วนความหมายของคำว่า “มีค่าตอบแทน” ก็จะต้องเป็นค่าตอบแทนที่สมควรหรือเหมาะสมด้วย⁵⁷

- ผลของการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำในกรณีนี้ เมื่อมีการเพิกถอนตามคำสั่งของศาลแล้ว บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอน ซึ่งได้แก่ผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์จะไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ เพราะการเพิกถอนในกรณีดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการถูกเพิกถอนนั้นถือเป็นผู้ไม่สุจริต กฎหมายจึงไม่เปิดโอกาสให้ได้รับชำระหนี้

ข. มาตรา 115

มาตรา 115 ซึ่งบัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใดๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำ หรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามเดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังจากนั้น โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเพิกถอนตาม มาตรา 115 นี้ จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202. และคำพิพากษาฎีกาที่ 87-89/2509, 390/2523, 4357/2531

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1444/2523

- จะต้องมีการโอนทรัพย์สิน หรือมีการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตัวลูกหนี้เองหรือเป็นการยอมให้ผู้อื่นกระทำ ซึ่งความหมายของการโอนทรัพย์สินและการกระทำใด ๆ นั้น มีความหมายเช่นเดียวกับกรณีตามมาตรา 114

- การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ นั้น จะต้องกระทำในระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนวันฟ้องหรือก่อนวันร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และรวมทั้งการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการฟ้องหรือร้องขอให้ล้มละลายด้วย

- การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ นั้น ลูกหนี้จะต้องมีเจตนาหรือมีความมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหนี้คนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าในกรณีนี้ กฎหมายมุ่งถึงเจตนาของลูกหนี้เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาความสุจริตหรือความไม่สุจริตของเจ้าหนี้ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ ดังนั้น การเพิกถอนในกรณีนี้ หน้าที่ในการพิสูจน์จึงเป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ลูกหนี้มีเจตนาให้เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหนี้คนอื่น

-วิธีการเพิกถอนนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องทำเป็นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งเพิกถอน

- ผลของการเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำในกรณีนี้ เมื่อมีการเพิกถอนตามคำสั่งของศาลแล้ว บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนซึ่งได้แก่ เจ้าหนี้ผู้ถูกเพิกถอนสามารถที่จะมาขอรับชำระหนี้ได้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่คดีถึงที่สุดตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 92 ได้บัญญัติไว้

2. หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

หลักกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ตามที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2541 ที่ได้มีการบัญญัติถึงกรณีดังกล่าวนี้มีอยู่ 1 มาตรา กล่าวคือ มาตรา 90/41 ซึ่งเป็นกรณีการร้องขอให้เพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่การกระทำดังกล่าว เป็นการทำให้มีการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 90/41 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อปรากฏว่ามีการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลาสามเดือนก่อนมีการยื่นคำร้อง และภายหลัง

นั้น โดยมีจุดมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหน้าที่อื่น ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือ เจ้าหน้าที่งานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้อง ในการนี้ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอน การโอนหรือการกระทำนั้นได้

ความในวรรคหนึ่ง ไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันได้มา โดยสุจริตและมีค่าตอบแทนก่อนมีการยื่นคำร้องขอ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การเพิกถอนตามมาตรา 90/41 นี้จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- จะต้องมีการ โอนทรัพย์สินหรือมีการกระทำใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน ของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตัวลูกหนี้เองหรือเป็นการยอมให้ผู้อื่นกระทำ สำหรับ กรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความหมายของการโอนทรัพย์สิน และการกระทำการใด ๆ นั้นน่าจะ มีความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติในเรื่องการเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหน้าที่ในกรณีล้มละลาย ตามที่กำหนดอยู่ในมาตรา 115 นั้นเอง เพราะเหตุว่าเป็นบทบัญญัติในเรื่องเดียวกัน เพียงแต่นำ มาใช้ในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นต่างกันเท่านั้น

- การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ นั้น จะต้องกระทำใน ระหว่างระยะเวลา 3 เดือน ก่อนวันที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ และภายหลังยื่นคำร้องขอ ฟื้นฟูกิจการด้วย

- การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำการใด ๆ นั้น ลูกหนี้จะต้องมี เจตนาหรือมีความมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหน้าที่คนอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า ในกรณีนี้ก็มุ่งหมายถึงเจตนาของลูกหนี้เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาความสุจริตหรือความ ไม่สุจริตของเจ้าหน้าที่ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ ดังนั้นการเพิกถอนในกรณีนี้หน้าที่ในการพิสูจน์ จึงเป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ลูกหนี้มีเจตนา ให้เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหน้าที่คนอื่น

-วิธีการเพิกถอนนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้ทำแผน หรือ ผู้บริหารแผนจะต้องทำเป็นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งเพิกถอน

- ผลของการเพิกถอนการ โอนทรัพย์สินหรือการกระทำในกรณีนี้เมื่อ มีการเพิกถอนตามคำสั่งของศาลแล้ว บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการเพิกถอน ซึ่งได้แก่ เจ้าหนี้ผู้ถูกเพิกถอนสามารถที่จะมาขอรับชำระหนี้ได้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับแต่วันที่อาจ ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ แต่ถ้ามีข้อโต้แย้งเป็นคดีให้นับจากวันที่คดีถึงที่สุด ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/26 วรรค 2 ได้บัญญัติไว้

3.2.2.2 การวิเคราะห์ถึงกรณีผลใช้บังคับของการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจาก การทำ Netting by Close-Out ให้กับคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด

1. กรณีที่มีการฟ้องหรือร้องขอให้มีการล้มละลาย

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้กระทำไปก่อนมีการฟ้อง หรือมีการร้องขอให้ล้มละลาย ไม่ว่าจะเป็นการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องขอให้ศาลเพิกถอนเพราะเหตุไม่สุจริตตามมาตรา 114 หรือเพราะเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้ตามมาตรา 115 ตามที่ได้กล่าวถึงรายละเอียดไว้แล้วนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายเกิดขึ้น ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดได้มีการชำระโดยการจ่ายเงินออกไปให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าที่ตนจะถูกการดำเนินกระบวนการล้มละลายนั้น มีความเป็นไปได้ที่จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิตามที่กำหนดอยู่ในมาตรา 114 หรือ มาตรา 115 มาร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการชำระเงินจำนวนดังกล่าวได้ เพราะเหตุว่าการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดได้ชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าที่ตนจะถูกดำเนินกระบวนการล้มละลายนั้น เข้าองค์ประกอบหลักเกณฑ์ที่อาจจะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิเพิกถอนตามมาตรา 114 หรือ มาตรา 115 ทั้งนี้เพราะว่า

- การชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ที่คู่สัญญาฝ่ายผิดนัดได้ชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด มีลักษณะเป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายผิดนัดได้ชำระหนี้ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนั่นเอง ซึ่งตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ถือว่าการชำระหนี้มีลักษณะเป็นการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้นการชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ในกรณีดังกล่าว จึงถือเป็นการโอนทรัพย์สินตามที่กำหนดอยู่ใน 2 มาตรา นั่นเอง

- ประกอบกับ การเกิดขึ้นของการชำระเงินตามที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ก็มักจะเกิดขึ้นในช่วงระหว่างเวลาตามที่ทั้ง 2 มาตรา ได้กำหนดไว้ กล่าวคือจะเกิดขึ้นก่อนมีการฟ้องหรือการร้องขอให้ล้มละลาย

* มาตรา 114 มีคำพิพากษาฎีกาที่ 628/2507, 676/2520, 1902/2520

มาตรา 115 มีคำพิพากษาฎีกาที่ 870/2509

-ประการสุดท้ายผู้วิจัยมีความเห็นว่าการชำระเงินดังกล่าวนั้น

1. อาจจะไม่เข้าข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องถูกเพิกถอน ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 114 เพราะจะเห็นได้ว่า ข้อยกเว้นตามที่มาตรา 114 ได้บัญญัติไว้นั้นจะต้องเป็นกรณี ที่การโอนทรัพย์สินให้กับผู้รับประโยชน์จะต้องทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน ซึ่งความหมาย ของคำว่า “สุจริต” นั้น ได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ว่าจะต้องหมายถึงการที่ไม่รู้ถึงการมี หนี้สินล้นพ้นตัวของบุคคลล้มละลาย แต่จะเห็นได้ว่าการทำ Netting by Close-Out ในกรณี ที่มีเหตุล้มละลายนั้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าเหตุล้มละลายนั้น ไม่ได้หมายความแต่เฉพาะมีการ ฟ้องหรือร้องขอให้ล้มละลายเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึง กรณีอื่น ๆ ที่อาจจะนำมาซึ่งการฟ้อง ล้มละลายได้ เช่นกรณีการมีหนี้สินล้นพ้นตัว กรณีมีการประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ กรณีที่ไม่สามารถ ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ ฯลฯ ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่ากรณีที่กล่าวมานั้น ส่วนใหญ่จะเป็น ข้อสันนิษฐานถึงความมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 9 ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ คู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัดจะอ้างว่าตนสุจริตได้อย่างไร เพราะการที่เกิด การทำ Netting by Close-Out ขึ้นก็เป็นเพราะการอ้างถึงเหตุดังกล่าว และคู่สัญญาฝ่ายไม่ผิดนัด ก็ได้ทราบถึงเหตุดังกล่าวด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการชำระเงินในกรณีที่มีการทำ Netting by Close-Out นั้นไม่เข้าข้อยกเว้นตามที่มาตรา 114 ได้กำหนดไว้

2. สำหรับกรณีของมาตรา 115

ที่บทบัญญัติได้มุ่งถึงเจตนาของลูกหนี้เป็นสำคัญว่า ลูกหนี้จะต้อง มีเจตนาให้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งนั้น จึงจะทำให้มีการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินของ ลูกหนี้ได้ ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว ผู้วิจัยพอสรุปได้ว่า หากการโอน ทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้นั้น ไม่ว่าจะเป็นการที่ลูกหนี้ได้เป็น ผู้กระทำหรือยินยอมให้มีการกระทำก็ตาม ถ้าหากลูกหนี้ได้กระทำโดยมุ่งหมายหรือเจตนาจะให้ เจ้าหนี้ของคนใดคนหนึ่งได้เปรียบหรือได้ประโยชน์มากกว่าเจ้าหนี้คนอื่นหรือมีเจตนาที่จะให้ เจ้าหนี้คนอื่นเสียเปรียบเจ้าหนี้ผู้ได้รับโอนแล้ว ก็ถือได้ว่าลูกหนี้มีเจตนาให้เปรียบแก่เจ้าหนี้ใด คนหนึ่งแล้ว ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงกรณีการชำระเงินที่เกิดขึ้นจากการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายนั้น ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้เริ่มมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ไม่ค่อยดี ดังนั้น การที่ลูกหนี้ได้ชำระเงินที่ได้จากการทำ Netting by Close-Out ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่

ผิดนัด ซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของคนหนึ่ง โดยผู้ว่าจะไม่สามารถที่จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนอื่นได้อย่างครบถ้วน ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการที่ลูกหนี้เจตนาให้เปรียบแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป การชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ที่เกิดขึ้นจากเหตุล้มละลาย ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดได้มีการชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าทีคนจะถูกฟ้องหรือร้องขอให้ล้มละลายนั้น มีความเป็นไปได้ที่จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิตามที่บัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 114 หรือมาตรา 115 ร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการชำระเงินจำนวนดังกล่าวได้ และผลของการเพิกถอนนั้น หากการชำระเงินดังกล่าวได้ถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิเพิกถอนตามมาตรา 115 แล้ว ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด(ที่ถูกเพิกถอน) สามารถที่จะมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 92 ได้บัญญัติไว้ แต่หากเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิเพิกถอนตามมาตรา 114 แล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด ไม่มีสิทธิที่จะมาขอรับชำระหนี้เหมือนอย่างกรณีตามมาตรา 115 ได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าพนักงานพิทักษ์ได้ใช้สิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนแล้ว หากผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์ ตามมาตรา 114 หรือเจ้าหนี้ตามมาตรา 115 นั้น ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลไทย หรือไม่มีทรัพย์สินอยู่ในเขตอำนาจศาลไทย ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจที่จะไปบังคับหรือเรียกร้อยบุคคลเหล่านั้นให้คืนเงินจำนวนดังกล่าวเข้ากองทรัพย์สินของผู้ล้มละลายได้ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการล้มละลายตามที่พระราชบัญญัติล้มละลายได้บัญญัติไว้ นั้นจะมีผลกับทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะแต่ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น

2. กรณีที่มีการขอฟื้นฟูกิจการ

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้กระทำไปก่อนมีการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ตามที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 90/41 แล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีรายละเอียดหลักเกณฑ์ และผลที่เกิดขึ้นหลังจากการเพิกถอนเช่นเดียวกับบทบัญญัติเรื่องการเพิกถอนการโอนทรัพย์สิน หรือการกระทำต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดการให้เปรียบเจ้าหนี้คนหนึ่งใด ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 115 ทุกประการ เพียงแต่กรณีตามมาตรา 90/41 นี้ ได้มีการบัญญัติไว้ใช้กับกรณีการขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ส่วนมาตรา 115 ได้มีการบัญญัติไว้ใช้กับกรณีการล้มละลายเท่านั้นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting

by Close-Out ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายเกิดขึ้นซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดได้มีการชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าที่คนจะมีการขอฟื้นฟูกิจการนั้น มีความเป็นไปได้ที่จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้สิทธิตามที่กำหนดอยู่ในมาตรา 90/41 มาร้องขอเพิกถอนการชำระเงินดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน เพราะเหตุว่าบทบัญญัติมาตรา 90/41 และมาตรา 115 นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะการใช้บังคับที่เหมือนกันและมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันนั่นเอง แต่ในกรณีของการฟื้นฟูกิจการนี้ นอกจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนแล้ว ในบทบัญญัติมาตรา 90/41 ยังได้บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้ทำแผน หรือ ผู้บริหารแผนที่จะสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป การชำระเงินที่คำนวณได้หลังจากการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่มีเหตุล้มละลายเกิดขึ้น ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดได้มีการชำระให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดไปก่อนหน้าที่จะมีการขอฟื้นฟูกิจการนั้น มีความเป็นไปได้ที่จะถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผนใช้สิทธิตามที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 90/41 ร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนการชำระเงินจำนวนดังกล่าวได้ และสำหรับผลของการเพิกถอนนั้น หากการชำระเงินดังกล่าวได้ถูกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผนใช้สิทธิเพิกถอนตามมาตรา 90/41 แล้ว ในกรณีนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัด (ที่ถูกเพิกถอน) สามารถที่จะมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่อาจใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ และถ้ามีข้อโต้แย้งเป็นคดีก็ให้นับจากวันที่คดีถึงที่สุด ตามที่มาตรา 90/26 วรรค 2 ได้บัญญัติให้สิทธิไว้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าพนักงานพิทักษ์ หรือผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนได้ใช้สิทธิร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนแล้ว หากเจ้าหนี้ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลไทย หรือไม่มีทรัพย์สินอยู่ในเขตอำนาจศาลไทย ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจที่จะไปบังคับหรือเรียกร้องเจ้าหนี้ให้คืนเงินจำนวนดังกล่าวเข้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการตามที่พระราชบัญญัติล้มละลายได้บัญญัติไว้ นั้นจะมีผลกับทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะแต่ทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น