

ปัญหาหรืออุปสรรคทางกฎหมาย และแนวทางในการพัฒนาพระราชกำหนด

นิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540

เมื่อได้ศึกษาแนวความคิดทฤษฎี ที่มา ความหมายตลอดจนหลักการและสาระสำคัญตามพระราชกำหนด ฯ ในบทที่ 1 และบทที่ 2 ตลอดจนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกาและอังกฤษในบทที่ 3 รวมทั้งปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นพอสังเขปแล้วนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะนำเอาปัญหาที่เห็นว่าสำคัญมาแยกศึกษาวิเคราะห์เพื่อผู้อ่านอาจได้แนวคิดไปเป็นแนวทางปรับปรุงแก้ไขพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 ต่อไปโดยผู้เขียนได้แยกวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ เป็นลำดับ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ (Method of Transfer of Assets)
2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Flow Receivables)
3. ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนจำนอง (Re-Registration of Mortgage)
4. ปัญหาเกี่ยวกับความเสี่ยงตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ (Bankruptcy and Reorganization Risks)

1. ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ (Method of Transfer of Assets)

ตามพ.ร.ก. ฯ มาตรา 15 ได้บัญญัติว่า เมื่อใดที่เปลี่ยนตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ซึ่งมีให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ นิติบุคคลเฉพาะกิจจะต้องบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้นับแต่วันที่เปลี่ยนตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ดังกล่าวโดยไม่ได้รับยกเว้นตามป.พ.พ. มาตรา 306 ณ จุดนี้เองถือว่าเป็นอุปสรรคต่อธุรกรรมอย่างมากเนื่องจากตามปกติของธุรกรรมจะมีการนำสินทรัพย์มารวมไว้ด้วยกัน (Pool) เพื่อมาออกหลักทรัพย์จึงย่อมจะต้องมีลูกหนี้เป็นจำนวนมาก เช่น สินเชื่อบัตรเครดิต ดังนั้นการกำหนดให้บอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือแก่ลูกหนี้ทุกคนย่อมทำให้เสียเวลา ไม่สะดวกและเกิดค่าใช้จ่าย (Cost) จำนวนมาก จนในที่สุดอาจไม่มีใครคิดทำธุรกรรมดังกล่าว หรือถ้าทำก็ไม่แพร่หลายเท่าที่ควร ฉะนั้นผู้เขียนจึงพยายามศึกษาหาวิธีแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังต่อไปนี้

วิธีที่ 1 การแก้ไขปัญหาแบบระยะสั้นโดยการให้ยินยอมการโอนล่วงหน้า

การที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมการโอนล่วงหน้าในขณะที่ทำสัญญากับผู้จำหน่ายสินทรัพย์ว่า “ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมในกรณีนี้ที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ผู้เป็นเจ้าของหนี้โอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอก และลูกหนี้ยอมผูกพันตามสัญญาโอนหนี้หนี้ และให้ถือว่าสัญญานี้เป็นการ

บอกกล่าวการ โอนตามป.พ.พ. มาตรา 306” เพื่อไม่ต้องบอกกล่าวการ โอนแก่ลูกหนี้เป็นหนังสือทีละคน เช่นนี้ความยินยอมดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ตามกฎหมาย ?

ในเรื่องนี้มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ ป.พ.พ. มาตรา 306 ถึงมาตรา 308 อันเป็นบทบัญญัติที่แสดงการ โอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งต่างจากป.พ.พ. มาตรา 309 ถึงมาตรา 313 อันเป็นการ โอนสิทธิเรียกร้องในหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่ง กล่าวคือในกรณีแรกเป็นหนี้ที่ลูกหนี้รู้ตัวเจ้าหนี้ที่ตนต้องชำระหนี้ให้ว่าเป็นผู้ใดแน่นอนแล้ว ส่วนกรณีหลังแม้มีหนี้อยู่กับเจ้าหนี้คนหนึ่งเหมือนกันแต่โดยลักษณะที่เขาจะสั่งชำระให้แก่ใคร ลูกหนี้จะรู้เป็นแน่นอนไม่ได้จนกว่าเขาจะสั่ง¹ อนึ่ง ตามป.พ.พ.มาตรา 306 ว่าด้วยเรื่องวิธีการ โอนหนี้อันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง สามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

กรณีที่ 1 วิธีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนตามป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคแรก² กำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ การโอนย่อมไม่สมบูรณ์ ที่ว่าการ โอนต้องทำเป็นหนังสือนี้หมายความว่า ทั้งผู้โอนและผู้รับ โอนต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าผู้โอนหรือผู้รับ โอนแต่เพียงฝ่ายเดียวมีหนังสือไปบอกลูกหนี้ว่ามีการ โอนหนี้กันแล้ว เหนือนี้ยังไม่ถือว่ามี การ โอนเป็นหนังสือ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1802/2518) แต่ถ้ามีการทำหนังสือ โอนสิทธิเรียกร้องกันแล้ว แม้ผู้โอนลงชื่อฝ่ายเดียว ผู้รับ โอนไม่ได้ลงชื่อก็เพียงพอที่จะถือว่ามี การ โอนหนังสือแล้ว เนื่องจากการลงชื่อโดยผู้โอนซึ่งเป็นผู้เสียประโยชน์ย่อมเป็นที่น่าเชื่อถือได้อยู่แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1893/2512 และ 4319/2532)

กรณีที่ 2 วิธีการโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้ตามป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคแรก³ กำหนดว่า การ โอนนั้นหากต้องการอ้างยันต่อลูกหนี้และบุคคลภายนอกได้จะต้องบอกกล่าวการ โอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมการ โอนนั้น คำบอกกล่าวหรือคำยินยอมนี้จะต้องทำเป็นหนังสือ กล่าวคือการ โอนสิทธิเรียกร้อง แม้จะได้ทำการ โอนเป็นหนังสือในตอนแรกแล้วยังไม่เพียงพอ แต่จะต้องบอกกล่าวการ โอนเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบหรือลูกหนี้ให้ยินยอมการ โอนเป็นหนังสือด้วย มิฉะนั้นไม่อาจใช้ยันลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้

¹ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2505), หน้า 946-947.

²โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 381-383.

³เรื่องเดียวกัน, หน้า 384.

ผลของการไม่บอกกล่าวลูกหนี้หรือลูกหนี้ไม่ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง

1. ผู้รับโอนจะยกการโอนนั้นขึ้นอ้างยันลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเพื่อเรียกร้องให้ชำระหนี้ของตนไม่ได้ กล่าวคือไม่อาจบังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้แก่ตนได้ หรือจะขัดขวางไม่ให้บุคคลภายนอกเข้ารับชำระหนี้จากลูกหนี้โดยอ้างว่าตนรับโอนสิทธินั้นมาแล้วไม่ได้ตามป.พ.พ. มาตรา 306 วรรค 1

2. ถ้าก่อนที่จะมีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอม ลูกหนี้ได้ทำให้พอใจแก่ผู้โอนด้วยการใช้เงินหรือด้วยประการอื่น เช่น เอาทรัพย์สินหรือสิทธิมาชำระหนี้ หรือการแปลงหนี้ใหม่ก็เป็นวิธีระงับหนี้ด้วยความพอใจของเจ้าหนี้เช่นกัน ลูกหนี้ก็เป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ตามป.พ.พ. มาตรา 306 วรรค 2

3. ถ้าผู้โอนโอนสิทธิเรียกร้องอันเดียวกันนั้นแก่ผู้รับโอนหลายราย ผู้รับโอนรายใดบอกกล่าวหรือตกลงก่อนย่อมมีสิทธิดีกว่าผู้รับโอนรายอื่น แม้จะรับโอนมาทีหลังก็ตามตามป.พ.พ. มาตรา 307

ผลของการบอกกล่าวลูกหนี้หรือลูกหนี้ให้ความยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้อง

1. ผู้รับโอนย่อมได้รับสิทธิไปโดยบริบูรณ์และเป็นเจ้าหนี้ขอ ลูกหนี้แทนผู้โอน บุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ต้องถือว่าผู้รับโอนเท่านั้นที่เป็นเจ้าหนี้ โดยผู้โอนหมดสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนอีก และหากผู้โอนมีเจ้าหนี้รายอื่น เจ้าหนี้เหล่านั้นจะมาเรียกให้ลูกหนี้ของผู้โอนชำระหนี้แก่ตนไม่ได้ เพราะสิทธิเรียกร้องนั้น โอนไปแล้ว แม้เจ้าหนี้เหล่านั้นจะไม่รู้ถึงการโอนก็ตาม

2. ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน กล่าวคือไม่อาจได้สิทธิอะไรมาหรือน้อยกว่าผู้โอน

3. ลูกหนี้ไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนที่เกิดขึ้นหลังจากมีหนังสือบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้แล้วมาอ้างยันต่อผู้รับโอน⁴

ความแตกต่างระหว่างความยินยอมและคำบอกกล่าว

การที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมการโอนสิทธิเรียกร้อง แม้มีผลให้ลูกหนี้ต้องผูกพันการโอนนั้นเช่นเดียวกับกรณีที่ลูกหนี้เพียงแต่ได้รับการบอกกล่าวก็ตาม แต่ผลประการอื่นแตกต่างกันมาก สำหรับกรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมกับกรณีที่ลูกหนี้เพียงแต่รับการบอกกล่าวการโอนดังต่อไปนี้

กรณี⁵ 1 ลูกหนี้ให้ความยินยอมกับการโอนตามป.พ.พ.มาตรา 308 วรรค 1 ได้บัญญัติว่ากรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมโดยไม่อดเอื้อนหรือไม่มีข้อโต้แย้ง เท่ากับยินยอมให้โอนไปโดยไม่คิดใจยกข้อต่อสู้ใด ๆ ฉะนั้นลูกหนี้จึงไม่อาจยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอน นอกจากนี้ยังถือเสมือน

⁴ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 944-964.

⁵โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 386-389.

ว่าลูกหนี้เป็นหนี้ผู้รับ โอนมาแต่เดิมเพราะถ้าหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ผู้โอนไป โดยการใช้เงินก็อาจเอาคืนได้ หรือถ้าลูกหนี้ชำระหนี้แก่ผู้โอนโดยวิธีรับภาระเป็นหนี้ขึ้นใหม่ ลูกหนี้จะถือว่าหนี้ใหม่ไม่เกิดขึ้นก็ได้ แต่ถ้าหากลูกหนี้ยินยอมโดยชัดแจ้งหรือมีข้อโต้แย้งย่อมถือไม่ได้ว่าลูกหนี้ยินยอมด้วยการโอนนั้น ฉะนั้นลูกหนี้มีข้อต่อสู้อะไรกับผู้โอนก็ย่อมยกขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้

กรณีที่ 2 ลูกหนี้เพียงแต่ได้รับการบอกกล่าวการโอนตามป.พ.มาตรา 308 วรรค 2 ได้ บัญญัติว่าการ โอนสิทธิเรียกร้องจำต้องได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ไม่ แม้ลูกหนี้ไม่ยินยอมก็โอนได้ เพียงแต่ว่าจะยกขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ หากไม่ได้บอกกล่าวแก่ลูกหนี้เท่านั้น เมื่อมีการบอกกล่าวแล้วแม้ลูกหนี้ไม่ยินยอมด้วย การโอนก็ผูกพันลูกหนี้ให้ต้องชำระหนี้แก่ผู้รับ โอนแล้ว แต่สิทธิที่โอนกันยอม โอนตามสภาพที่เป็นอยู่ขณะบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ กล่าวคือถ้าลูกหนี้มีข้อต่อสู้ที่ไม่ต้องชำระหนี้ต่อผู้โอนซึ่งมีอยู่ก่อนการ โอนก็ย่อมยกขึ้นต่อสู้ผู้รับ โอนได้ทั้งนั้น จะถือว่าลูกหนี้ยอมสละข้อต่อสู้ต่อผู้โอนหาได้ไม่เพราะลูกหนี้ไม่ได้ยินยอมด้วย นอกจากนี้หากลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องต่อผู้โอน แม้สิทธินั้นยังไม่ถึงกำหนด แต่จะถึงกำหนดไม่ช้ากว่าหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระแก่ผู้โอน จะเห็นได้ว่าหากเจ้าหนี้ไม่โอนสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ก็มีโอกาสขอหักกลบลบหนี้ได้ ฉะนั้นแม้เจ้าหนี้โอนสิทธิเรียกร้องไป ลูกหนี้ก็หาเสียสิทธิที่จะขอหักกลบลบหนี้ไม่ซึ่งนับว่าเป็นข้อยกเว้นของป.พ. มาตรา 341 ที่สามารถหักกลบลบหนี้ได้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระ

อนึ่ง การ โอนสิทธิเป็นเรื่องบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สินที่ที่จะต้องเปิดเผยทางทะเบียนตามป.พ. มาตรา 1299 ฉะนั้นหากมิได้บอกกล่าวการ โอนไปยังลูกหนี้ ลูกหนี้ย่อมไม่อาจรู้ได้ว่ามีการ โอนเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้แล้ว ลูกหนี้ก็อาจชำระหนี้แก่ผู้โอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้เดิม ได้ซึ่งทำให้ผู้รับ โอนต้องเสียหายที่ไม่ได้รับชำระหนี้ หรือถ้าผู้โอนโอนสิทธิให้ผู้ใดไปโดยลูกหนี้ไม่ทราบและผู้รับ โอนนั้นจะมาเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ยอม ไม่ถูกต้อง หรือถ้าผู้โอนมีเจ้าหนี้อื่นและเจ้าหนี้นั้นใช้สิทธิของผู้โอนเรียกลูกหนี้ชำระหนี้ การที่ลูกหนี้อ้างว่าสิทธิเรียกร้องถูกโอนไปแล้วก็ควรมีหลักฐานแสดงได้ เหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่กฎหมายให้มีการบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมทั้งนี้เพื่อคุ้มครองลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก⁶

เหตุผลของกฎหมายในระบบกฎหมายที่สำคัญมีแนวคิดเรื่องนี้ ไม่ตรงกันว่าควรคุ้มครองผลประโยชน์ฝ่ายใดยิ่งกว่าระหว่างกฎหมายอังกฤษที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ทางธุรกิจ กล่าวคือต้องการให้ใช้เครดิตกว้างขวางโดยถือว่าหนี้เงินเหมือนกับทรัพย์สินควรให้โอนกันได้โดยข้อตกลงระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และมีผลอย่างเช่นบุคคลที่สามได้โดยไม่ต้องมีพิธีการใด ๆ และไม่ต้องให้ลูกหนี้ยินยอมด้วย กับกฎหมายฝรั่งเศสที่มุ่งคุ้มครองลูกหนี้ กล่าวคือไม่ให้ลูกหนี้ต้องรับผลกระทบจากการ

⁶ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 949.



โอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้⁷ เช่น หากลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนที่จะรู้ถึงการโอน การชำระหนี้ที่นั้นควรถือว่าชอบด้วยกฎหมายและหากลูกหนี้มีข้อตกลงกับเจ้าหนี้เดิมก็ควรใช้ยันกับเจ้าหนี้ผู้รับโอนได้ ทั้งไม่ควรเปลี่ยนเจ้าหนี้โดยลูกหนี้ไม่ยินยอม

ในปัญหาว่าความยินยอมการโอนล่วงหน้ามีผลใช้บังคับได้หรือไม่ นั้น ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้ แต่อย่างไรก็ตามความเห็นนักกฎหมายแบ่งเป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่ 1⁸ เห็นว่า ตามปกติของการทำธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มักจะมีลูกหนี้จำนวนมากจึงอาจก่อให้เกิดความไม่สะดวก เสียเวลาได้ หากจะต้องมีการบอกกล่าวหรือให้ลูกหนี้ทุกคนยินยอม ฉะนั้นสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยให้ลูกหนี้ระบุในสัญญาที่ทำกับผู้จำหน่ายสินทรัพย์ว่า “ให้ความยินยอมในกรณีที่เจ้าหนี้จะโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้เงินที่ตนเป็นลูกหนี้ขอยุไปให้ผู้อื่น และลูกหนี้จะผูกพันตามสัญญาโอนหนี้หนี้”

ฝ่ายที่ 2⁹ เห็นว่า การบอกกล่าวหรือให้ความยินยอมนั้นต้องทำขึ้นภายหลังที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว จะทำเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องไม่ช้ากว่าที่ผู้รับโอนจะบังคับตามสิทธิเรียกร้องนั้นเอาแก่ลูกหนี้ ฉะนั้นความยินยอมการโอนล่วงหน้าของลูกหนี้จึงไม่อาจมีผลตามกฎหมายได้

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายที่ 2 ที่ว่า การที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมการโอนไว้แต่แรกในสัญญาเช่นนี้ไม่สามารถทำได้ ด้วยเหตุที่ลูกหนี้ไม่สามารถรู้ตัวเจ้าหนี้ผู้รับโอนที่ตนต้องชำระหนี้ให้ซึ่งอาจเกิดกรณีชำระหนี้ผิดตัวได้ เช่น อาจชำระหนี้แก่ผู้โอนเจ้าหนี้เดิมต่อไปอยู่อีกอันทำให้ผู้รับโอนเจ้าหนี้คนใหม่ไม่ได้รับชำระหนี้ซึ่งผู้รับโอนนั้นอาจเรียกลูกหนี้ให้ชำระหนี้แก่ตนได้อีกครั้งเนื่องจากเป็นกรณีลูกหนี้ให้ความยินยอมการโอนแล้ว ผลคือลูกหนี้ต้องเสียหายที่ต้องชำระหนี้ดังกล่าวถึงสองครั้ง ดังนั้นข้อตกลงยินยอมการโอนล่วงหน้าของลูกหนี้ข้างต้นจึงถือว่าไม่อาจบรรลุนิติประสงค์ปี พ.พ.มาตรา 306 ได้ และนอกจากนี้ยังถือเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามป.พ.พ. มาตรา 150 และมาตรา 151 หรือขัดต่อพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วยเหตุที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองลูกหนี้ที่มีฐานะด้อยกว่าอันเป็นการเอาเปรียบลูกหนี้หรือก่อภาระแก่ลูกหนี้เพิ่มมากขึ้น โดยไม่มีเหตุอันควรนั่นเอง

⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 384-385.

⁸ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับแปลงสภาพหนี้ให้เป็นตราสาร,” วารสารนิติ 2537 : 68-69.

⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542), หน้า 271.

แต่ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า มีทางออกคือ แทนที่จะกำหนดให้ลูกหนี้ยินยอมการโอนล่วงหน้า ก็กลับมาใช้วิธีที่ว่า ในขณะที่ทำสัญญาระหว่างลูกหนี้กับผู้จำหน่ายสินทรัพย์นั้นจะกำหนดว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้องแล้ว ให้เจ้าหนี้เดิมหรือนิติบุคคลเฉพาะกิจต้องแจ้งการ โอนดังกล่าวแก่ลูกหนี้อีกครั้งหนึ่งแต่จะไม่ทำในรูปการบอกกล่าวหรือให้ลูกหนี้ทุกคนยินยอม แต่ใช้วิธีการแจ้งทางหนังสือพิมพ์ หรือคอมพิวเตอร์ หรือปิดประกาศไว้ ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่ง” กล่าวคือเป็นวิธีที่ให้ลูกหนี้ยินยอมต่อการเปลี่ยนวิธีบอกกล่าวการโอนต่อลูกหนี้นั่นเองซึ่งสามารถทำได้ตามกฎหมายจะช่วยให้สามารถบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่ลูกหนี้จำนวนมากทราบได้และ เนื่องจากลูกหนี้สามารถรู้ได้ว่า เจ้าหนี้ที่ตนต้องชำระหนี้ให้ นั่นคือใครและชำระหนี้ได้อย่างไม่ผิดพลาด” โดยวิธีนี้เมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นชัดว่าคุ้มครองทั้งประโยชน์ทางธุรกิจและลูกหนี้ นอกจากนี้เหตุผลที่มาสนับสนุนพบว่ามีดังนี้

1. การให้ความยินยอมดังกล่าวไม่ได้ทำให้ลูกหนี้หมดสิทธิเรียกร้องต่อผู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อผู้ผู้รับโอนเนื่องจากเป็นเพียงแค่การเปลี่ยนวิธีการบอกกล่าวการโอนต่อลูกหนี้ซึ่งลูกหนี้สามารถติดเงื่อนไขหรือมีข้อโต้แย้งไว้ได้อันถือว่าไม่ได้เอาเปรียบลูกหนี้จนเกินไปสำหรับกรณีดังกล่าว

2. การให้ความยินยอมดังกล่าวถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมตามป.พ.พ.มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ด้วย กล่าวคือมาตรานี้แบ่งการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายเป็น 3 ประเภทดังนี้

(1) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย

(2) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพนันวิสัย

(3) นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งก็คือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันที่มีลักษณะดังนี้

ประการที่ 1 เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง การกระทำที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบสุขของสังคม ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน (Public Interest) อีกนัยหนึ่งคือขัดต่อรัฐประศาสนโยบายนั่นเอง

ประการที่ 2 เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง การกระทำที่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีของสังคมซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยและตามสภาพท้องถิ่น

ส่วนการกระทำใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ควรพิจารณาแนวคำวินิจฉัยศาลฎีกาด้วยเพื่อ ได้รู้ถึง “นโยบายศาล” ซึ่งแยกออกเป็น 5 เรื่องใหญ่ ๆ คือ

1. คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการขัดขวางมิให้เป็นไปตามครรลองยุติธรรม เช่น ข้อตกลงห้ามนำคดีมาสู่ศาล ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1331/2505)

2. คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการซื้อขายความ หรืออยู่ให้เป็นความกัน เช่น สัญญาซื้อขายความกัน ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1312/2515)
3. คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับทนายความแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท
4. คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการห้ามประกอบการแข่งขัน หรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ
5. คำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับเรื่องอื่น ๆ¹⁰

จะเห็นได้ว่าการให้ความยินยอมของลูกหนี้ในการเปลี่ยนวิธีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายหรือพันวิสัย อีกทั้งไม่ได้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือที่เรียกว่า “Public Policy” อันจะตกเป็นโมฆะไปแต่อย่างใด เนื่องจากไม่ได้ก่อผลเสียหายอันกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติ หรือความสงบสุขของประชาชน หรือศาสนาหรือธรรมเนียมประเพณีของสังคมแต่อย่างใด กล่าวคือ

ในแง่ลูกหนี้ไม่เป็นการเอาเปรียบลูกหนี้เนื่องจากลูกหนี้สามารู้ตัวเจ้าหนี้ผู้ที่ต้องชำระหนี้ให้ได้และยังคงมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อผู้รับโอนได้ตามเดิม อีกทั้งไม่ได้ก่อภาระเพิ่มมากขึ้นแก่ลูกหนี้แต่อย่างใดเพราะลูกหนี้ก็ยังคงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ของตนเหมือนเดิม

ในแง่บุคคลภายนอก เช่น เจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้โอนนั้นก็ไม่ได้ได้รับความเสียหายเช่นกัน เนื่องจากความยินยอมดังกล่าวยังไม่ได้มีการโอนสิทธิเรียกร้องกันเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ผลคือการโอนดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายแต่อย่างใด โดยเจ้าหนี้หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของผู้โอนก็ยังคงมีสิทธิเรียกลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ โดยการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ซึ่งก็คือผู้โอนตามป.พ.พ.มาตรา 233 ได้ตามเดิม ส่วนผู้รับโอนตามป.พ.พ.มาตรา 307 ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกก็ไม่ได้ได้รับความเสียหายเช่นกันเนื่องจากยังคงได้รับโอนสิทธิเรียกร้องตามเดิม ในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น

3. การให้ความยินยอมของลูกหนี้ดังกล่าวอาจถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4 แห่งพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เนื่องจากมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเป็นผู้กำหนดเนื้อหาสัญญาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าแต่ฝ่ายเดียวโดยมุ่งให้ผู้บริโภคหรือบุคคลใดก็ตามที่เข้าทำสัญญาดำเนินการตามสัญญาตามเนื้อหาดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องเจรจา

¹⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 47-74.

กันอีกตามมาตรา 3 วรรค 4 โดยลักษณะนี้จึงสนองต่อคู่สัญญาจำนวนมากได้¹¹ แต่อย่างไรก็ดีความยินยอมนี้ไม่ได้เอาเปรียบลูกหนี้ซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 4 วรรคสามแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่ว่าลูกหนี้สามารถรู้ตัวเจ้าหนี้ผู้ที่ต้องชำระหนี้ให้ได้ซึ่งไม่เกิดการชำระหนี้ผิดตัว อีกทั้งยังคงมีสิทธิยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ตามเดิม และไม่ก่อภาระแก่ลูกหนี้มากขึ้นเพราะลูกหนี้มีหน้าที่ชำระหนี้อยู่ตามเดิม ดังนั้นความยินยอมดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

วิธีที่ 2 การแก้ไขปัญหาแบบระยะยาวโดยการแก้ไขกฎหมาย

เนื่องจากพ.ร.ก. ๗ นี้ยังคงกำหนดให้ใช้วิธีการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้เป็นหนังสือเมื่อใดที่เปลี่ยนตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ซึ่งย่อมก่ออุปสรรคอย่างยิ่งสำหรับธุรกรรมที่มีลูกหนี้จำนวนมาก ฉะนั้นนอกจากวิธีแก้ไขปัญหาโดยวิธีที่ 1 ที่กล่าวแล้วข้างต้นนั้น ยังมีวิธีอื่นอีกบ้างหรือไม่ที่ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้เป็นหนังสือที่ละคนอันช่วยขจัดข้อขัดข้องดังกล่าวได้ในที่สุด ?

ในเรื่องนี้หลักกฎหมายแพ่งสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ใช้วิธียื่นหรือจดทะเบียนเอกสารทางการเงิน(the Filing of UCC-1 Financing Statements) ณ สถานที่ที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์หรือสินทรัพย์ตั้งอยู่โดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ส่วนญี่ปุ่นนั้นในธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เป็นไปตามบทบัญญัติที่เรียกว่า “the MITI Law or the Specified Claims Law or the Law regarding Regulation of Business concerning Specified Claims : Law No.77 ปี ค.ศ.1992” ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ปี ค.ศ. 1993 ซึ่งกำหนดว่ากรณีผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่ใช่สถาบันการเงินและเป็นสิทธิเรียกร้องที่กำหนดเฉพาะเท่านั้น (Specified Claim or tokutei-saiken) อันได้แก่ สินเชื่อสินเชื่อหรือสินเชื่อเครดิตการ์ดหรือสินเชื่อเงินกู้ซื้อรถยนต์หรือสินเชื่อเงินกู้ต่าง ๆ ย่อมสามารถบอกกล่าว โอนแก่ลูกหนี้ทางหนังสือพิมพ์รายวัน (Public Newspaper or Official Publication) แทนได้ โดยไม่ต้องแจ้งเป็นหนังสือแก่ลูกหนี้แต่ละคน แต่อย่างไรก็ดีผู้จำหน่ายสินทรัพย์ต้องส่ง Floppy Disk ซึ่งบรรจุรายละเอียดเกี่ยวกับสินทรัพย์ให้แก่บรรดาสํานักงานภูมิภาคท้องถิ่นของ MITI : the Ministry of International Trade & Industry ซึ่งในปัจจุบันเรียกชื่อใหม่ว่า METI : Ministry of Economy Trade and Industry ซึ่งทำหน้าที่จัดเก็บข้อมูลไว้ให้เจ้าหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์และลูกหนี้สามารถตรวจสอบได้ ทั้งนี้จะต้องได้รับการอนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จาก MITI ด้วย จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวออกมายกเว้น มาตรา 467 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น(The Japanese Civil Code : Law No. 89) อันเป็นบท

¹¹จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” ตุลพาห 45 (มกราคม-มิถุนายน 2541) : 88-93.

บัญญัติที่ป.พ.มาตรา 306 ไทยนำมาเป็นแบบอย่าง โดยบัญญัติว่าต้องบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือแก่ลูกหนี้โดยหนังสือนั้นต้องลงวันที่ทางทะเบียนและชำระค่าอากรแสตมป์ (a Notarially Certified Date-Stamp : Kakutei Hizuke) และต้องถูกส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน(Certified Mail) ด้วย เพื่อการโอนนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย กล่าวคือสามารถอ้างยันต่อลูกหนี้และบุคคลภายนอก (Compulsory Notice)¹² อันถือเป็นอุปสรรคต่อธุรกรรมดังกล่าวซึ่งมีลูกหนี้จำนวนมากทำให้ไม่สะดวก เกิดต้นทุนสูง และใช้เวลานานและผู้จำหน่ายสินทรัพย์ย่อมไม่สะดวกใจที่จะแจ้งการโอนเป็นหนังสือแก่ลูกหนี้ทราบเนื่องจากอาจถูกมองว่าขายสินทรัพย์ไปเพราะฐานะการเงินไม่ดีได้

สำหรับประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรนำวิธีจำหน่ายสินทรัพย์ที่มีการบอกกล่าวการโอนที่ใช้ระบบคอมพิวเตอร์หรือหนังสือพิมพ์รายวันมาใช้ในธุรกรรมดังกล่าวได้ เนื่องจากเห็นว่าสามารถคุ้มครองประโยชน์ของลูกหนี้ในแง่ที่ลูกหนี้สามารถรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้ที่ต้องชำระหนี้อื่นทำให้ชำระหนี้แก่เจ้าหน้าที่ไม่ผิดตัวได้เช่นกัน อีกทั้งเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพมากกว่าเดิมกล่าวคือไม่ต้องคอยบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ทีละคนอันช่วยประหยัดเวลา ค่าใช้จ่ายและสะดวกรวดเร็วกว่าเดิมเหมาะแก่สภาพธุรกรรมประเภทนี้ที่มักมีลูกหนี้จำนวนมากอีกด้วย ดังจะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวถูกนำมาใช้ในประเทศไทยบ้างแล้ว อาทิเช่น มาตรา 38 แห่งพ.ร.ก.บรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 (TAMC : Thai Asset Management Corporation) ซึ่งบัญญัติว่า “ก่อนที่จะมีการโอนสินทรัพย์ต่อคุณภาพใดให้แก่ บสท. ให้บสท.ลงโฆษณารายการหรือรายละเอียดที่เป่าสาระสำคัญในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และในหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายอย่างน้อยหนึ่งฉบับ เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่าสามวันหรือจะบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้แต่ละรายก็ได้ และให้ถือว่าเป็นการบอกกล่าวการโอนตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว” เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปคือ แม้ปัญหาวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์จะสามารถแก้ไขได้ 2 วิธีคือ วิธีที่ 1 การเปลี่ยนวิธีบอกกล่าวการโอนโดยลูกหนี้ยินยอมในขณะที่ทำสัญญาระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และลูกหนี้ตั้งแต่ต้น และวิธีที่ 2 การเปลี่ยนวิธีการบอกกล่าวการโอนโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากลูกหนี้เพราะทำในรูปของการแก้ไขกฎหมายเลขนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า วิธีที่ 1 แม้สามารถทำได้ตามกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังคงก่อความไม่สะดวกและไม่เหมาะสมต่อธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์อยู่ดีเนื่องจากธุรกรรมนี้บางครั้งอาจไม่มีลูกหนี้ให้มาทำสัญญาด้วยอย่างกรณีสินทรัพย์ในอนาคตและบางครั้งอาจมีลูกหนี้เป็นจำนวนมาก ฉะนั้นวิธีที่ 2 จึงมีความเหมาะสมกับธุรกรรมนี้มากที่สุดเนื่องจากไม่ต้องขอความยินยอมจากลูกหนี้ในการเปลี่ยนวิธีบอกกล่าวการโอนอีกจึงยอมแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

¹²Fitch IBCA, “Legal Issues involved in Japanese Securitisation,” *Structured Finance* (22 August 2000) : 8-9.

2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Flow Receivables)

แม้ตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 3 จะบัญญัติรองรับแนวคิดเรื่องสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือสินทรัพย์ในอนาคตไว้แล้ว¹³ แต่การโอนนั้นย่อมเป็นไปตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 15 ที่ได้กำหนดถึงวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องไว้โดยมาตรานี้ได้นำเอาป.พ.พ. มาตรา 306 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปมาบัญญัติไว้นั่นเอง โดยกำหนดว่าเมื่อใดที่เปลี่ยนตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ที่มีใช้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ นิติบุคคลเฉพาะกิจจะต้องบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้นับแต่วันที่เปลี่ยนตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้¹⁴ จึงเกิดปัญหาว่าบทบัญญัตินี้รับรองการโอนสินทรัพย์ในอนาคตด้วยหรือไม่เนื่องจากสินทรัพย์ในอนาคตนั้นลูกหนี้ยังไม่เกิดขึ้น เพียงแต่มีความเป็นไปได้ค่อนข้างแน่นอนว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต เช่นนี้ย่อมไม่มีลูกหนี้ให้บอกกล่าว หรืออีกนัยคือสินทรัพย์ในอนาคตมีสถานะตามกฎหมายไทยเป็นประการใดและโอนได้หรือไม่ อย่างไร และสินทรัพย์ในอนาคตนี้ต่างจากสิทธิเรียกร้องอย่างไร ?

สำหรับปัญหานี้ได้กล่าวในบทที่ 3 แล้วว่า สินทรัพย์ในอนาคตที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ในต่างประเทศได้นั้น มีลักษณะการเกิดขึ้นอยู่ 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 สินทรัพย์ในอนาคตแบบผสม หมายถึง เป็นกรณีมีลูกหนี้เกิดขึ้นแล้วขณะทำสัญญาโอนขายลูกหนี้ (Existing Receivables) แต่ยังมีหนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้นอีกส่วนหนึ่งแต่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future Receivables) เช่น ลูกหนี้บัตรเครดิตซึ่งมีลักษณะเกิดขึ้นหมุนเวียนต่อเนื่อง (Revolving Transaction) ซึ่งเรียกว่า “a Contracted Future Payment” อันจะถือว่ามิมีสถานะตามกฎหมายไทยเป็นอย่างไรและโอนได้หรือไม่ อย่างไรนั้น ในเรื่องนี้มีความเห็นถึงกฎหมายแบ่งแยกเป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่ 1¹⁴ เห็นว่า เป็นหนี้ในอนาคตซึ่งมีการรับรองตามกฎหมายไทยอยู่แล้วดังที่เห็นได้ในป.พ.พ.มาตรา 681 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “หนี้ในอนาคตจะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นี้อาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้” กล่าวคือ คำว่า “หนี้ในอนาคต” หมายถึง หนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้นในขณะทำสัญญาประกัน แต่อาจจะเกิดขึ้นหรือมีผลได้จริงในภายหน้า ตามปกติหนี้ในอนาคตจะคำประกันไม่ได้เพราะในขณะทำสัญญาคำประกันหนี้ยังไม่เกิด แต่มาตรานี้กำหนดว่าหนี้ดังกล่าวจะประกันเพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นี้อาจเป็นผลได้จริงก็ประกันได้ โดยหนี้ไม่จำเป็นต้องมีอยู่แล้ว จะเป็นหนี้ที่เกิดในอนาคตก็ย่อมได้ เพราะบางกิจการต้องทำติดต่อกันไปทั้งในเวลาปัจจุบันและอนาคต หรือหนี้บางอย่างอาจเกิดหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ แต่เพื่อป้องกันความเสียหายในเวลาข้างหน้า จึงเรียกประกันไว้ตั้งแต่เริ่มกิจการเพราะจะไปเรียก

¹³ดูรายละเอียดข้างต้นในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.3

¹⁴สัมภาษณ์ ไพฑูรย์ กงสมบูรณ์, อาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 20 เมษายน 2544.

ประกันในเมื่อหนี้เกิดขึ้นแล้ว หากลูกหนี้ไม่ทำให้ก็เสียประโยชน์ โดยตัวอย่างของหนี้ในอนาคตามนัย คำพิพากษาฎีกา อาทิเช่น หนี้เงินกู้เบิกเงินเกินบัญชี เวลาเข้าค้ำประกัน ลูกหนี้เพียงแต่ทำสัญญากู้ไว้ ส่วนเงินจะเบิกด้วยเช็คในเวลาต่อไป ขณะค้ำประกันหนี้ยังไม่มีเพราะยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ยืม เมื่อจ่ายเงินตามเช็คเป็นการส่งมอบแล้ว การกู้เงินจึงสมบูรณ์ ซึ่งกรณีดังกล่าวถือเป็นหนี้ในอนาคต (คำพิพากษาฎีกาที่ 1887/2506, คำพิพากษาฎีกาที่ 1309/2511, คำพิพากษาฎีกาที่ 1339/2516, คำพิพากษาฎีกาที่ 1930/2526) หนี้ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของลูกจ้างซึ่งอาจเกิดขึ้นในอนาคต (คำพิพากษาฎีกาที่ 231-232/2509, คำพิพากษาฎีกาที่ 285/2525) หนี้อันเกิดจากข้าราชการลาไปศึกษาต่อต่างประเทศและมีสัญญาจะกลับมาชดใช้ทุน (คำพิพากษาฎีกาที่ 2005/2526, คำพิพากษาฎีกาที่ 2757/2529) นอกจากนี้ตามป.พ.พ.มาตรา 707 ได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติมาตรา 681 ว่าด้วยค้ำประกันนั้น ท่านให้ใช้ได้ในการจำนองอนุโลมตามควร” กล่าวคือไม่ว่าลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกจะจำนอง ประกันหนี้ของลูกหนี้สำหรับหนี้ในอนาคตก็ทำได้เช่นกัน สัญญาเช่นนี้จะกำหนดจำนวนเงินขั้นสูงไว้ล่วงหน้าว่าจะประกันสูงสุดเท่าใดจึงอนุโลมตามควรได้ และจะกำหนดหรือไม่กำหนดเวลาก็ได้ เมื่อไม่มีหนี้เกิดขึ้น จำนองก็สิ้นผลในตัว

ดังนั้นสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือสินทรัพย์ในอนาคตและแน่นอน หรือหนี้ ในอนาคตนี้ จึงสามารถโอนกันได้ตามป.พ.พ. มาตรา 306 อยู่แล้ว ตามนัยคำพิพากษาฎีกาดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2185/2524 ผู้รับจ้างสามารถโอนสิทธิเรียกร้องในเงินค่าจ้างที่จะได้รับ ชำระหนี้ในอนาคตตามสัญญารับเหมาก่อสร้างให้แก่ธนาคารได้เลย แม้ยังไม่ลงมือก่อสร้างหรือแม้หนี้ ยังไม่ถึงกำหนดชำระอันเป็นหนี้ที่มีเงื่อนไขเริ่มต้นและยังทวงถามเรียกให้ปฏิบัติชำระหนี้ไม่ได้ หรือ แม้แต่จำนวนเงินที่ต้องชำระตามสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างจะมีแน่นอนหรือจะรู้ได้ต่อเมื่อจำนวนเอา ตามข้อผูกพันอันจะรู้ได้แน่นอนในเวลาต่อไปข้างหน้าก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2530 จำเลยได้เข้าทำสัญญาก่อสร้างอาคารและอุปกรณ์ต่าง ๆ กับ ผู้ที่จ้างแล้ว ต่อมาในขณะที่ผู้จ้างยังไม่ได้ลงมือก่อสร้างและยังไม่มีสิทธิรับเงินค่าก่อสร้าง จำเลยได้โอน สิทธิเรียกร้องค่าก่อสร้างที่จะพึงมีขึ้นในอนาคตให้แก่ผู้ร้อง ดังนี้เมื่อสิทธินี้อยู่ในสภาพเปิดช่องให้โอน กันได้ การโอนสิทธิเรียกร้องที่จะมีในอนาคตย่อมกระทำได้ตามป.พ.พ.มาตรา 303 (คำพิพากษาฎีกาที่ 652/2508, คำพิพากษาฎีกาที่ 1974/2525, คำพิพากษาฎีกาที่ 4306/2528, คำพิพากษาฎีกาที่ 4767/2529)

ฝ่ายที่ 2¹⁵ เห็นว่า เป็นหนี้มีเงื่อนไขซึ่งมีการรับรองตามกฎหมายไทยอยู่แล้ว ดังจะเห็นได้จากป.พ.พ. มาตรา 185 ซึ่งบัญญัติว่า “แม้ในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ โดยมีเพียงแต่สิทธิในความหวังก็ย่อมจะจำหน่าย รั้งมรดก จัดการป้องกันรักษา หรือทำประกันไว้ได้” กล่าวคือหนี้มีเงื่อนไขในที่นี้หมายถึง เงื่อนไขบังคับก่อนอันเป็นนิติกรรมที่ได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้วทุกประการ เพียงแต่นิติกรรมนั้นยังไม่เกิดผล ถ้าเป็นนิติกรรมที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับก่อน โดยบางกรณีผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นมีความจำเป็นต้องการให้เกิดผลในอนาคต จึงได้ตั้งข้อกำหนดที่มาเหนี่ยวรั้งมิให้นิติกรรมเกิดผลไว้ก่อนก็ทำได้ และจะเห็นได้ว่าเหมือนหนี้ในอนาคตซึ่งต่างก็ยังไม่เกิดหนี้ขึ้น แต่ต่างกันตรงที่หนี้ในอนาคตถือเอาการกระทำหรือเจตนาของคู่กรณีว่าจะก่อหนี้ขึ้นหรือไม่ ส่วนหนี้มีเงื่อนไขถือเอาเหตุการณ์ในอนาคตอันไม่แน่นอนมากำหนด และตามมาตรา 185 นี้เองได้บัญญัติรับรอง “สิทธิในความหวัง” ว่าคู่กรณีต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน แม้สิทธิและหน้าที่นั้นจะยังไม่แน่นอน คู่กรณีก็อาจจำหน่าย รั้งมรดก จัดการป้องกันรักษา หรือทำประกันไว้ได้ แต่ทว่าสิทธิและหน้าที่มีอยู่อย่างไร ก็ย่อมทำได้แต่เพียงนั้น

ดังนั้นฝ่ายที่เห็นว่าสินทรัพย์ในอนาคตแบบผสมเป็นหนี้มีเงื่อนไข จึงสามารถโอนสิทธิเรียกร้องในเรื่องนี้ได้ตามป.พ.พ.มาตรา 185 ดังนั้นคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1893/2512 การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งมีเงื่อนไข ย่อมโอนกันได้ หากต้องห้ามตามกฎหมายไม่เพราะสิทธิที่โอนมีอยู่อย่างไรเท่าใด ผู้รับโอนก็รับโอนไปเพียงนั้นเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 603/2469, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5/2479, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 108/2485)

ท่านอาจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช ได้หมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า นิติกรรมใดที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนกำหนดไว้ นิติกรรมนั้นยังไม่เกิดผลจนกว่าเงื่อนไขจะสำเร็จตามป.พ.พ. มาตรา 183 ผลคือระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ นิติกรรมนั้นไม่เกิดผลและยังไม่เกิดสิทธิเรียกร้องอย่างใดต่อกันที่จะโอนกันได้ จริงอยู่มาตรา 185 บัญญัติว่า ในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จนั้น สิทธิและหน้าที่คู่กรณีของคู่กรณีมีอย่างไร จะจำหน่ายกันได้ แต่สิทธิที่จะจำหน่ายกันได้นี้เข้าใจว่าหาใช่สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 194 ไม่ เป็นแต่เพียง “สิทธิในความหวัง” อย่างหนึ่งซึ่งนักกฎหมายโรมันเรียกว่า *Nihil adhuc debetur sed spes est debitumiri* แปลว่าในระหว่างเงื่อนไขนั้น ยังไม่มีหนี้สินต่อกัน มีแต่ความหวังที่จะได้เป็นเจ้าหนี้ ฉะนั้น แม้จะจำหน่ายสิทธิในระหว่างเงื่อนไขไป ผู้รับโอนก็ได้ไปแต่ความหวังอย่างหนึ่ง ไม่ได้สิทธิเรียกร้องอย่างใดไปกว่าผู้โอนให้แก่ตน การโอนเช่นนี้จึงเข้าใจว่าไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 เพราะเมื่อกล่าวถึงโอนสิทธิเรียกร้องต้องหมายถึงโอนสิทธิซึ่งมีขึ้น เป็นขึ้นแล้ว

¹⁵ สัมภาษณ์ จันทิมา เพียรเวช, หัวหน้าส่วนอาวุโส ฝ่ายกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 20 กันยายน 2544.

ไม่หมายถึง โอนความหวังในสิทธิซึ่งไม่แน่ว่าจะมีขึ้นหรือไม่มีก็ได้ ฉะนั้นแม้สิทธิในความหวังจำหน่าย หรือโอนกันได้ แต่ก็อยู่ในความหมายและผลอันจำกัดตามแต่ความสำเร็จแห่งเงื่อนไข ไม่เหมือนการโอนสิทธิเรียกร้องที่แท้จริงทั่วไป

ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายที่ 1 ที่ว่า สิทธิพยานอนาคตแบบผสมอันได้แก่ ลูกหนี้บัตรเครดิต นั้นเป็นหนี้ในอนาคต มิใช่หนี้มีเงื่อนไขตามกฎหมายซึ่งโอนกันได้อยู่แล้วตามป.พ.พ.มาตรา 306 โดยการบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้เมื่อเกิดขึ้นจริงดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 2185/2524, คำพิพากษาฎีกาที่ 1366/2530, คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2476, คำพิพากษาฎีกาที่ 652 /2508, คำพิพากษาฎีกาที่ 1974/ 2525, คำพิพากษาฎีกาที่ 4306/2528, คำพิพากษาฎีกาที่ 4767/2529 เนื่องจากแม้จะทำสัญญากันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้จะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม แต่หนี้จะเกิดขึ้นหรือไม่ขึ้นกับเจตนาและการกระทำของลูกหนี้ในอนาคต เหตุนี้เองจึงไม่อาจเป็นหนี้มีเงื่อนไขตามกฎหมายไทยมีลักษณะดังนี้⁶

1. เป็นเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปกติเหตุการณ์ที่กำหนดเป็นเงื่อนไขอาจเป็นเหตุการณ์ใดก็ได้ แต่มีนัยกฎหมายเห็นว่า มีเหตุการณ์บางอย่างที่ไม่อาจนำมากำหนดเป็นเงื่อนไขได้ ได้แก่

(1) เหตุการณ์ที่เป็นองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาเพราะหากองค์ประกอบเป็นเรื่องไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่แล้ว สัญญาถึงจะไม่เกิดขึ้นเลย จึงมิใช่กรณีมาพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นผลหรือไม่

(2) เงื่อนไขต้องไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เพราะการปฏิบัติตามสัญญาเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องทำอยู่แล้ว การไม่ปฏิบัติตามสัญญา จะอ้างว่าเป็นเรื่องเงื่อนไขไม่สำเร็จไม่ได้

2. เป็นเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวคือจะเอาเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นแล้วมาเป็นเงื่อนไขไม่ได้ เนื่องจากทราบดีอยู่แล้ว แม้จะกำหนดไว้ในนิติกรรมก็ไม่เห็นยั้งให้นิติกรรมเกิด

3. เป็นเหตุการณ์ที่ต้องไม่แน่นอน กล่าวคือขณะที่กำหนดเงื่อนไขยังไม่อาจทราบได้ว่า เหตุการณ์นั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น หากแน่นอนแล้วว่า เกิดหรือไม่เกิด เหตุการณ์ที่นำมากำหนดก็จะขาดลักษณะสำคัญของคำว่า “เงื่อนไข” ไป

จะเห็นได้ว่าเป็นการนำเอาการปฏิบัติตามสัญญาของลูกหนี้ที่จะต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ในอนาคตมากำหนดเป็นเงื่อนไขซึ่งย่อมจะทำได้ เนื่องจากถือว่าเหตุการณ์นั้นแน่นอนแล้วว่าต้องเกิดขึ้น เพราะหากไม่เกิดขึ้น ลูกหนี้ย่อมผิดฐานไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจึงทำให้ไม่อาจเป็นหนี้มีเงื่อนไขได้

⁶จำปี โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), หน้า 136-137.

กรณีที่ 2 สินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้ หมายถึง เป็นกรณีที่ไม่มีการทำสัญญาและลูกหนี้ยังไม่เกิดขึ้นเลยแต่อย่างใด (Future Receivables) แต่ทว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์ก็ขายสิทธิที่จะได้รับเงินในอนาคตโดยรับเงินล่วงหน้ามาก่อนแล้วซึ่งเรียกว่า “an Uncontracted Future Payment” อาทิเช่น ค่าใช้สนามบิน ค่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น เช่นนี้จะถือว่ามีสถานะตามกฎหมายเป็นประการใดและจะโอนกันได้หรือไม่ อย่างไรตามกฎหมายไทย มีเหตุผลเดียวกันอยู่ดังนี้

ทางที่ 1 เห็นว่า สินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้เป็นทรัพย์สิน (Property) ซึ่งกฎหมายไทยรองรับไว้อยู่แล้ว โดยจัดเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ตามป.พ.พ. มาตรา 138 อาทิเช่น ลิขสิทธิ์เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ไม่มีใครจับต้องได้ แต่ก็ยังเป็นวัตถุที่ถือเอาเป็นสิทธิได้ ลิขสิทธิ์จึงเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ฉะนั้นสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้จึงสามารถโอนกันได้ในรูปของการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไปตามป.พ.พ. มาตรา 453

แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้ไม่อาจจัดเป็นทรัพย์สินได้เนื่องจากป.พ.พ. มาตรา 138 ได้บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้¹⁷

1. คำว่า “ทรัพย์สิน” นั้นตาม ป.พ.พ.มาตรา 137 ได้บัญญัติว่า หมายถึง วัตถุมีรูปร่าง (Corporeal Objects) ซึ่งก็คือวัตถุที่มีรูปร่างในตัวเองตามลำพัง มีตัวตน ส่วนกว้างยาว สูงต่ำ หรือส่วนกลม โดยทั้งนี้แม้เป็นปริมาณเล็กน้อยจนมองไม่เห็นด้วยตาเปล่าก็ตาม เช่น บ้าน ที่ดิน เงินตรา เชื้อโรค เป็นต้น

2. คำว่า “วัตถุที่ไม่มีรูปร่าง” (Incorporeal Objects) หมายถึง ไม่มีตัวตน ไม่มีตัวตนที่ในตัวเองโดยไม่อาจมองเห็นและไม่อาจจับต้องได้ เช่น แก๊ส พลังน้ำตก เป็นต้น

3. คำว่า “มีราคา” (Having a Value) หมายถึง สิ่งนั้นต้องมีมูลค่าในตัวเองโดยไม่จำเป็นต้องมีราคาที่ซื้อขายกันได้ในท้องตลาด และต้องเป็นสิ่งที่อยู่ในความต้องการของคนและหาได้ยาก ไม่มีอยู่ดั่งนั้นจนใคร ๆ ก็ยึดถือหาเองได้ เพราะคำว่า “มูลค่า” นี้ ในต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Value” ไม่ใช่ “Price” ดังนี้แม้ของใดไม่มีราคาในแง่เศรษฐกิจ แต่มีมูลค่าสำหรับเจ้าของแล้วย่อมจัดเป็นทรัพย์สินได้ เช่น แสตมป์ที่ไขแล้วแต่ผู้ไขสะสมไว้ เป็นต้น

4. คำว่า “ถือเอาได้” (Being Appropriated) หมายถึง อยู่ในอำนาจบังคับที่อาจเข้าห้วงกันได้ หรือสามารถครอบครองทำประโยชน์ได้ตามกฎหมายซึ่งไม่จำเป็นต้องมีบุคคลถือสิทธิไว้แล้ว เพียงอาจถือ

¹⁷ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2521), หน้า 12-20.

เอาได้ก็พอ เช่น ปลาในแม่น้ำ สัตว์ป่าบนบก เป็นต้นโดยวัตถุบางอย่างไม่อาจถือเอาได้ตามกฎหมาย เช่น ชีวิตร่างกายของคน หรือวัตถุบางอย่างไม่อาจถือเอาได้โดยสภาพ เช่น ทะเลหลวง โลกมนุษย์ เป็นต้น

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าจะถือเป็นทรัพย์สินตามความเห็นนักกฎหมายข้างต้นก็จริง เนื่องจากสามารถจัดเป็นวัตถุมีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้โดยการก่อกอง โอน และสิ้นสุดแห่งสิทธินั้นก็มีกฎหมายเฉพาะรองรับอยู่ก็ตาม แต่ทว่าค่าสิทธินั้นยังไม่เกิดขึ้นเลยแต่อย่างใดเช่นเดียวกับสิทธิในอนาคตแบบแท้ๆ อันได้แก่ ค่าใช้สนามบิน ค่าการใช้บัตรเครดิต รายได้จากธุรกิจส่งออกที่ยังไม่มีการทำสัญญา ยังไม่มีการหนี้เกิดขึ้นเลย มีแต่ความคาดหวังว่าจะได้มาในอนาคตค่อนข้างแน่นอน ฉะนั้นแม้เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็ยังไม่อาจมีราคาและไม่อาจถือเอาได้ จึงไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายไทยได้

ทางที่ 2 เห็นว่า สิทธิในอนาคตแบบแท้เป็นสิทธิเรียกร้องซึ่งกฎหมายไทยรองรับไว้ อยู่แล้ว โดยไม่เห็นวาทังสองกรณีจะแตกต่างกันแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงน่าจะโอนกันได้ตามหลักการ โอนสิทธิเรียกร้องทั่วไปตามป.พ.พ. มาตรา 306 โดยได้อธิบายว่าเรื่องนี้เกี่ยวเนื่องกับเรื่องหนี้ (**Obligation**) ซึ่งบัญญัติในบรรพ 2 แห่งป.พ.พ. กล่าวคือคำว่า “หนี้” นี้ แม้เป็นคำไทย แต่แนวความคิดและความหมายหาใช่ของไทยไม่ แต่ไทยรับเอาแนวคิดมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน หนี้จึงเป็นคำแปลของสิทธิชนิดหนึ่งซึ่งเรียกในกฎหมายโรมันว่า “Obligatio” อันเป็นนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย โดยมีความหมาย 2 ทางคือ ทางหนึ่ง หมายถึง “สิทธิหรือสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งมองแง่เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้อันถือว่าเป็นสิทธิทรัพย์สิน (**Assets**) ในกองทรัพย์สินของเจ้าหนี้ ส่วนทางสอง หมายถึง “ภาระหรือหน้าที่หรือความเป็นหนี้” ซึ่งมองแง่ลูกหนี้ผู้มีความผูกพันที่ต้องชำระหนี้อันถือเป็นความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้ ส่วนองค์ประกอบแห่ง “หนี้” หรือ “สิทธิเรียกร้อง” ย่อมได้แก่ ตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้เพราะหนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ฉะนั้นหากขาดตัวลูกหนี้หรือเจ้าหนี้แล้ว โดยหลักการ “หนี้” หรือ “สิทธิเรียกร้อง” ย่อมจะเกิดขึ้นไม่ได้ ส่วนคำว่า “สิทธิเรียกร้อง” ก็คือ สิทธิของเจ้าหนี้ในหนี้รายหนึ่งที่จะเรียกหรือฟ้องร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนได้ ซึ่งตามป.พ.พ. มาตรา 194 ได้กำหนดว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้อ่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยการงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมิได้” กล่าวคือเมื่อเกิดขึ้นขึ้นเมื่อใด ย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้จะโอนได้นับแต่นั้น โดยทั่วไปหนี้โอนได้ ไม่ว่าจะ เป็น “สิทธิ” ของเจ้าหนี้ หรือ “หน้าที่” ของลูกหนี้ โดยในที่นี้จะกล่าวเฉพาะ “การโอนสิทธิเรียกร้อง” ซึ่งก็คือ การที่เจ้าหนี้ตกลงโอนสิทธิที่จะเรียกลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง มีผลให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิมและมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เช่นเจ้าหนี้เดิม โดยไม่ใช้กรณีลูกหนี้โอนภาระหน้าที่ตนให้คนอื่นมาชำระหนี้แทนอันเรียกว่า “การโอนหนี้” ซึ่งตามป.พ.พ. ไทยปัจจุบันยังไม่ยอมรับกัน เว้นแต่เป็นแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูก

หนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1906/2516) และโดยหลักการ โอนสิทธิเรียกร้องปัจจุบันนั้นตามป.พ.พ.มาตรา 303 วรรค 1 ได้กำหนดว่าสิทธิเรียกร้องนั้นยอมโอนกันได้ทั้งสิ้น โดยมีแบบวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นไปตามป.พ.พ. มาตรา 306 กล่าวคือจะโอนให้แก่ผู้ใดก็ได้ ผู้รับโอนไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือโอนอย่างไม่มีค่าตอบแทน หรือมีค่าตอบแทน หรือเพื่อชำระหนี้ก็ได้ นอกเสียจากจะเข้าข้อยกเว้นที่ไม่อาจโอนสิทธิเรียกร้องกันได้อยู่ 3 กรณีคือ

1. สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้โอน ตามป.พ.พ. มาตรา 303 วรรค 1
2. คู่กรณีมีข้อตกลงห้ามโอน ตามป.พ.พ. มาตรา 303 วรรค 2
3. สิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้ ก็จะโอนกันไม่ได้ด้วย ตามป.พ.พ. มาตรา 304¹⁸

ข้อสังเกต บทบัญญัติเรื่องโอนสิทธิเรียกร้องได้ใช้คำว่า “โอนหนี้” หลายแห่ง เช่น โอนหนี้ อันต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 306 และโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามคำสั่งตามมาตรา 309 มาตรา 310 และมาตรา 312 ซึ่งเป็นความหมายการโอนสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิฝ่ายเจ้าหนี้ หมายเป็นการโอนหนี้ตามความหมายฝ่ายลูกหนี้ไม่ หากแต่เป็นศัพท์เฉพาะซึ่งได้กล่าวแล้วว่า คำว่า “หนี้” อาจหมายถึงสิทธิหรือภาระหน้าที่ก็ได้ และต้องเข้าใจว่าตอนนี้กฎหมายใช้ในความหมายของสิทธิอันเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องชนิดหนึ่ง มิใช่การโอนหนี้¹⁹

แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่า สินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้²⁰นี้ไม่อาจถือเป็นสิทธิเรียกร้องได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวยังไม่มีส่วนสัญญาและยังไม่มีลูกหนี้เกิดขึ้นเลยจึงขาดองค์ประกอบของคำว่า “หนี้” และไม่เกิดสิทธิเรียกร้องใด ๆ ขึ้น ทั้งนี้โดยลักษณะของ “สิทธิเรียกร้อง” หรือที่เรียกว่า “สินทรัพย์ที่มีอยู่แล้ว” (Existing Receivables) นั้นแตกต่างจาก “สินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้” (Future Receivables) ดังกล่าวแล้วในบทที่ 3 หัวข้อที่ 1.2.2 โดยสิ้นเชิง นอกจากนั้นยังมีข้อแตกต่างอีกดังนี้

1. สิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ได้เกิดขึ้นแล้วขณะทำสัญญาโอนสินทรัพย์กัน แต่สินทรัพย์ในอนาคตลูกหนี้ยังไม่เกิดขึ้นเลยขณะทำสัญญาโอนดังกล่าว

2. สิทธิเรียกร้องจัดเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งได้²⁰ แต่สินทรัพย์ในอนาคตไม่อาจจัดเป็นทรัพย์สินได้

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้ไม่ได้มีการรับรองไว้ในกฎหมายไทย ให้โอนกันได้แต่อย่างใด โดยถือเป็นเรื่องความหวังโดยไม่มีสิทธิอันต่างกับเรื่องสิทธิในความหวังตามป.พ.พ.มาตรา 185 อีกทั้งไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายไทยได้ กล่าวคือ การตกลงในระหว่างที่ยังไม่เป็นเจ้าหนี้ว่า ถ้าภายหลังได้เป็นเจ้าหนี้ก็จะโอนสิทธิเรียกร้องให้ ดังนี้ไม่มี

¹⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 374-377.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 369.

²⁰ ดูรายละเอียดข้างต้นในบทที่ 2 เจริญธรรมที่ 12

การโอนสิทธิอะไร เพราะเป็นแต่ความหวังที่จะได้เป็นเจ้าของนี้ ยังไม่มีสิทธิในความหวังหรือสิทธิอันจะโอนกันได้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 731/2479

กล่าวโดยสรุปคือ กรณีสินทรัพย์ในอนาคตแบบผสมตามกฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ถือว่า มีปัญหาทางกฎหมายตามพ.ร.ก.๙ นี้เนื่องจากเป็นกรณีมีสัญญาและลูกหนี้ตามปกติ (a Contracted Future Payment) ซึ่งตามมาตรา 15 แห่งพ.ร.ก. ๙ นี้ได้บัญญัติรองรับให้โอนกันได้อยู่แล้ว เพียงแต่ กรณีสินทรัพย์ในอนาคตแบบเท่านั้นที่ถือว่า มีปัญหาทางกฎหมายตามพ.ร.ก.๙ นี้เนื่องจากเป็นกรณี ไม่มีสัญญาและลูกหนี้เลย (an Uncontracted Future Payment) จึงไม่อาจโอนกันได้ไม่ว่าใน ลักษณะทรัพย์สิน หรือสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายไทย ฉะนั้นหากประสงค์นำสินทรัพย์ในอนาคตแบบ แท้มาแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ซึ่งขณะนี้ไม่อาจโอนกันได้นั้น ก็ควรแก้ไขพ.ร.ก.๙ นี้โดยกำหนด ว่าสามารถโอนสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้ได้โดยระบุถึงวิธีการ โอนไว้โดยเฉพาะด้วย²¹ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้อง

²¹ ส่วนอีกทางเลือกคือ อาจนำสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้มาเป็นหลักประกันในการทำธุรกรรมดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ตามร่างพ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ....ซึ่งอยู่ในระหว่างการยกร่างนั้นก็เปิดโอกาสให้นำสินทรัพย์ในอนาคตแบบแท้มาทำหลักประกันได้ อาทิเช่น มาตรา 8 ซึ่งบัญญัติว่า “ทรัพย์สินไม่ว่าประเภทใดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและที่จะมีในอนาคตอาจใช้เป็นหลักประกันได้” และมาตรา 12 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ให้หลักประกันอาจใช้ทรัพย์สินที่ผู้ให้หลักประกันจะได้มาในอนาคตเป็นหลักประกันด้วยก็ได้ แต่สิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามสัญญาจะมีขึ้นเมื่อผู้ให้หลักประกันได้ทรัพย์สินนั้น” แต่ทว่าวิธีนี้ต้องมีการแก้ไขพ.ร.ก.๙ นี้ครอบคลุมถึงคำว่า “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์” หมายถึง “การรับ โอนสินทรัพย์หรือรับสินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันและการออกหลักทรัพย์จำหน่ายแก่ผู้ลงทุน โดยกำหนดให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหลักทรัพย์ขึ้นอยู่กับกระแสรายรับที่เกิดจากสินทรัพย์ที่รับโอนมา หรือกระแสรายรับที่จะได้มาจากสินทรัพย์ที่รับไว้เป็นหลักประกัน” แต่ทว่าวิธีนี้อาจทำให้ธุรกรรมไม่มีลักษณะการขายที่แท้จริง (True Sale) ซึ่งอาจก่อความเสี่ยงเรื่องการล้มละลายของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกันได้ดังกล่าวแล้วในบทที่ 3 ฉะนั้นจึงต้องแก้ไขพ.ร.ก.๙ นี้โดยกำหนดให้นิติบุคคลเฉพาะกิจมีสิทธิเหนือสินทรัพย์ในอนาคตที่เกิดขึ้นไม่ว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกันจะล้มละลายในเวลาต่อมาหรือไม่ก็ตาม อันช่วยป้องกันความเสี่ยงดังกล่าวได้ในที่สุด

รอให้ร่างพ.ร.บ.หลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ....มีผลใช้บังคับก่อนเหมือนอย่างกรณีนำสินทรัพย์ใน
อนาคตแบบเข้ามาเป็นหลักประกันแต่อย่างใด

3. ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนจำนอง (Re-Registration of Mortgage)

ตามพ.ร.บ.ฯ มาตรา 16 ได้กำหนดว่า “เมื่อ โอนสินทรัพย์ตาม โครงการที่ได้รับอนุมัติ ถ้า
เป็นสินทรัพย์ที่มีหลักประกันอย่างอื่นที่มีใช้สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ หรือสิทธิตามสัญญาค้ำประกันที่ผู้
รับชำระหนี้เดิมได้รับให้ตกแก่ผู้รับ โอนทุกช่วงจนถึงนิติบุคคลเฉพาะกิจ” ส่วนสิทธิจำนอง สิทธิจำนำ
หรือสิทธิอันเกิดแต่การค้ำประกันย่อมเป็นไปตามปพพ.มาตรา 305 กล่าวคือตกได้แก่ผู้รับ โอนเมื่อมีการ
โอนสิทธิเรียกร้องเช่นกันซึ่งเป็น โดยผลทางกฎหมายโดยอัตโนมัติ แต่ทางปฏิบัติกรมที่ดินพบว่ากำหนด
ให้ต้องนำหลักประกันจำนองที่ผู้รับ โอน ได้รับจากการ โอนสิทธิเรียกร้อง ไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อ
ผู้รับจำนองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีกตามป.พ.พ. มาตรา 746 ฉะนั้นจึงเป็นปัญหาการตีความกฎหมายว่า
จะใช้บังคับกันอย่างไร และจะต้องจดทะเบียนดังกล่าวกันอีกหรือไม่ ?

ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่า กรณีการ โอนสิทธิเรียกร้องที่มีจำนองเป็นประกัน
จะต้องเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหรือไม่ นั้นยังไม่มีหลักกฎหมายที่แน่นอน แต่พอเทียบเคียงหลักเรื่อง
แปลงหนี้ใหม่จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1949/2526 ได้ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า การแปลงหนี้ใหม่ย่อมทำให้หนี้
เดิมระงับตามมาตรา 349 ส่วนประกันหนี้เดิม เช่น จำนอง ถ้ากรณีในการแปลงหนี้ใหม่ไม่ได้ตกลงเป็น
อย่างอื่นย่อมระงับด้วย ไม่จำเป็นต้องอาศัยมาตรา 744 แต่ถ้ากรณีตกลงกันไว้ในเรื่องประกันของหนี้เดิม
ต้องบังคับตามมาตรา 352 โดยตรงซึ่งมิได้บังคับกรณีต้องจดทะเบียนจำนองที่ โอน ไปแล้วนั้นด้วย
เพราะคดีนี้โจทก์จำเลยเคยจดทะเบียนจำนองต่อกันมาแล้ว จึงไม่มีเหตุผลอะไรต้องจดทะเบียนซ้ำ²²

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นเป็นข้อพิพาทกันระหว่างผู้จำนองและ
ผู้รับจำนอง จึงไม่ว่าหลักดังกล่าวจะใช้ในกรณีข้อพิพาทระหว่างผู้รับจำนองกับบุคคลภายนอกหรือไม่
ไม่ เนื่องจากป.พ.พ. มาตรา 746 บัญญัติว่า “การชำระหนี้ไม่ว่าครั้งใด ๆ สิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ดี การ
ระงับหนี้อย่างใด ๆ ก็ดี การตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนองหรือหนี้อันจำนองเป็นประกันนั้นเป็น
ประการใดก็ดี ท่านว่าต้องนำความไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในเมื่อมีคำขอร้องของผู้มีส่วนได้
เสีย มิฉะนั้นท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก”

ส่วนนักกฎหมายอีกท่านเห็นว่า ตามปพพ.มาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อ โอนสิทธิเรียกร้อง
ไป สิทธิจำนองหรือจำนำที่มีอยู่เกี่ยวพันกับสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดี สิทธิอันเกิดแต่การค้ำประกันที่ให้ไว้
เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นก็ดีย่อมตกได้แก่ผู้รับ โอนด้วย” กล่าวคือการ โอนสิทธิจำนองตามที่กฎหมาย

²²พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง
และจำนำ, หน้า 181-182.

บัญญัติไม่ต้องจดทะเบียนใหม่ และกรณีโอนสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่คนใหม่ เจ้าหน้าที่เดิมมีสิทธิจำนอง ประกันหนี้อย่างไร สิทธิจำนองนั้นให้ตกแก่ผู้รับโอนด้วย เช่นนี้ไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับ จำนองใหม่อีกแต่อย่างใดเพราะเป็นผลของกฎหมายที่บังคับไว้²³ ดังนี้คำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 531/2537 จำเลยที่ 1 กู้เงิน ส. และจดทะเบียนจำนองเป็นประกัน ส. ให้ผู้ คัดค้านเป็นตัวแทนออกหน้าเป็นผู้รับจำนองไว้แทน ส. ตัวการไม่เปิดเผยชื่อยอมมีสิทธิกลับแสดงตน ให้ปรากฏและเข้ารับเอาสัญญาซึ่งผู้คัดค้านทำไว้แทนตนได้ตาม ปพพ. มาตรา 806 และเมื่อ ส. ดำเนิน การให้ผู้คัดค้านโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจำนองลำดับหนึ่ง ถือได้ว่า ส. ตัวการได้โอนสิทธิเรียกร้อง ในสัญญาจำนองลำดับหนึ่งให้แก่ผู้ร้องแล้ว ต่อมาแม้ผู้ร้องจะบอกกล่าวการโอนไปยังจำเลยที่ 1 ภายหลัง ศาลพิพากษาแล้วก็ตาม การโอนนั้นก็มีผลสมบูรณ์ซึ่งมีผลตามป.พ.พ. มาตรา 305 กล่าวคือสิทธิจำนอง ลำดับหนึ่งที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วยอมตกแก่ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้รับ โอนด้วย เช่นนี้ไม่อาจถือว่าผู้ร้องได้มา โดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์อันอยู่ในบังคับที่ต้องทำเป็น หนังสือและจดทะเบียนการ ได้มาต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามปพพ. มาตรา 1299

แต่นักกฎหมายอีกท่านเห็นว่า การจดทะเบียนมีไว้ก็เพื่อเป็นการเปิดเผยข้อมูลแก่บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบได้ ดังนั้นถ้ายอมให้โอนสิทธิเรียกร้องที่มีจำนองเป็นประกันได้โดยไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก การบังคับให้ทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือและจดทะเบียนก็ ไม่มีประโยชน์ บุคคลภายนอกก็รู้ไม่ได้ ทำลายความประสงค์ของการจดทะเบียน ฉะนั้นกรณีดังกล่าว จึงต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีกด้วยตามป.พ.พ. มาตรา 746²⁴

ในทางปฏิบัติกรมที่ดินได้ยึดหลักที่ว่าโอนสิทธิการรับจำนอง หมายถึง การที่ อสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนจำนองไว้แล้ว ต่อมาผู้รับจำนองโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่จำนองเป็น ประกันให้แก่บุคคลอื่น เช่นนี้มีผลทำให้สิทธิการรับจำนองที่ประกันหนี้ที่โอนนี้ตกให้แก่ผู้รับโอนสิทธิ เรียกร้องด้วยตามป.พ.พ. มาตรา 305 และการที่สิทธิการรับจำนองตกไปยังผู้รับ โอนโดยผลของกฎหมาย ไม่มีกฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนก็ตาม ผลย่อมสามารถยกขึ้นต่อสู้ในระหว่างคู่กรณีกันเองได้เก่า นั้น โดยการไม่จดทะเบียนนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกไม่ได้ตามป.พ.พ. มาตรา 746 ทั้งนี้ เป็นไปตามระเบียบคำสั่งกรมที่ดิน ที่ 8/2477 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2477 เรื่องแก้ไขทะเบียนโอนสิทธิ การรับจำนองที่ดินซึ่งกำหนดว่า “เมื่อมีการขอแก้ไขทะเบียนโอนสิทธิการรับจำนองที่ดินในกรณีที่ผู้

²³ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 275-276.

²⁴ สัมภาษณ์ วสันต์ เทียนหอม, ผู้ช่วยเลขานุการอาวุโส สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลัก ทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 23 มิถุนายน 2543.

จำนองมาได้มาให้ถ้อยคำรับรู้อยินยอมด้วย ให้เจ้าพนักงานจัดการ โอนแก่ทะเบียนให้ได้ แต่ต้องบันทึกลงไว้ในท้ายสัญญาโอนนั้นว่า เจ้าพนักงานได้บอกแก่คู่สัญญาให้บอกกล่าวการโอนนี้ให้ผู้จำนองทราบ โดยลายลักษณ์อักษรแล้วตามป.พ.พ. มาตรา 306 ถ้ารายใดผู้จำนองมาให้ถ้อยคำยินยอมต่อเจ้าพนักงานด้วยก็ให้ปฏิบัติไปตามระเบียบเดิม โดยใช้แบบ ท.ค. 1 “เรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสวนสิทธิในที่ดิน ประเภทโอนสิทธิการรับจำนอง” และแบบ ท.ค. 16 “บันทึกข้อตกลงโอนสิทธิการรับจำนอง”²⁵

ผู้เขียนเห็นว่า ในปัญหาที่ว่าจะต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีกหรือไม่ นั้น จำต้องพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการจดทะเบียนและไม่จดทะเบียนเสียก่อนซึ่งมีดังต่อไปนี้

กรณีที่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่ตามป.พ.พ. มาตรา 746

ข้อดีของการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่ คือ

1. นิติบุคคลเฉพาะกิจผู้รับ โอนสามารถมีชื่อในทะเบียนเป็นผู้รับจำนองแทนที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ซึ่งเป็นผู้โอนกรณีที่มีการ โอนสิทธิเรียกร้องอันสามารถใช้อ้างยื่นหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลได้ ผลคือผู้ลงทุนในหลักทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นกู้มีประกันที่นิติบุคคลเฉพาะกิจนี้ออกขายย่อมได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิเหนือจำนองอันเป็นหลักประกัน โดยสามารถบังคับจำนองได้ หากหุ้นกู้มีประกันนั้นเกิดผิดนัดชำระหนี้ขึ้นมา ในกรณีที่ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกัน (ทรัสต์) นั้นรับจดทะเบียนจำนองเป็นผู้รับจำนองแทนนิติบุคคลเฉพาะกิจ

2. การจดทะเบียนข้างต้นย่อมไม่มีปัญหาเรื่องการเสียค่าธรรมเนียมและอากรแสตมป์แต่อย่างใด เนื่องจากได้รับยกเว้นตามพ.ร.ก.๗ มาตรา 17 และพ.ร.ฎ.ออกตามความ ป.รัชฎาฯว่าด้วยการยกเว้นอากรแสตมป์ (ฉบับที่ 335) พ.ศ. 2541 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายนพ.ศ. 2541” และ “ประกาศอธิบดีกรมสรรพากร (ฉบับที่ 40) เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข การยกเว้นอากรแสตมป์เกี่ยวกับธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์” ตามลำดับ ฉะนั้นการจดทะเบียนนั้นจึงไม่ทำให้ต้นทุนธุรกรรมสูงขึ้นแต่อย่างใด

ข้อเสียของการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก คือ

1. เนื่องจากตามปกติธุรกรรมดังกล่าวมักจะมีสินเชื่อที่อยู่อาศัยซึ่งมีจำนองเป็นประกันจำนวนมาก (MBS : Mortgage-Backed Securities) หากกำหนดให้ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก เมื่อมีการ โอนสิทธิเรียกร้อง ย่อมเพิ่มภาระแก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มาก อาทิเช่น

1.1 ต้องเสียเวลาที่กรมที่ดินอย่างน้อยเป็นครั้งวัน โดยกรณีลูกหนี้จำนวนมาก ก็เสียเวลามาก

²⁵ จรัส วันดี, การจดทะเบียนจำนองพร้อมระเบียบและคำสั่งที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร : บริษัทพิชการพิมพ์ จำกัด, 2536), หน้า 77-88.

1.2 ต้องเตรียมเอกสารในการดำเนินการจดทะเบียนดังกล่าวจำนวนมาก อาทิเช่น แบบ ท.ค. 1 และสัญญาหรือบันทึกข้อตกลง เป็นต้น

2. การจดทะเบียนดังกล่าวย่อมสร้างภาระแก่พนักงานเจ้าหน้าที่กรมที่ดินเพิ่มมากขึ้นโดยใช่เหตุ ทั้ง ๆ ที่สามารถอ้างว่างานของนั้นเป็นของนิติบุคคลเฉพาะกิจผู้รับโอนได้อยู่แล้วตามป.พ.พ. มาตรา 305

3. กรณีหุ้นกู้มีประกันนั้นจำเป็นต้องมีการจดทะเบียนจำนองจากนิติบุคคลเฉพาะกิจให้แก่ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกัน (ทรัสต์) อีกชั้นหนึ่งด้วย เพื่อให้ผู้ถือหุ้นกู้มีประกันนั้นสามารถบังคับจำนองได้ตามหลักความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Privity of Contract) เมื่อหุ้นกู้มีประกันนั้นเกิดผิดนัดชำระหนี้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการจดทะเบียนต่อหลายทอดซึ่งก่อความไม่สะดวกมากขึ้น

กรณีที่ไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีกตามป.พ.พ. มาตรา 305

ข้อดีของการไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก คือ

1. กรณีที่ธุรกรรมดังกล่าวมีสินเชื่อที่อยู่อาศัยซึ่งมีจำนองเป็นประกันจำนวนมาก การไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีกเมื่อมีการ โอนสิทธิเรียกร้อง ย่อมช่วยลดภาระผู้จำหน่ายสินทรัพย์มากไม่ว่าจะเป็นเวลาหรือเอกสารในการดำเนินการดังกล่าว

2. การไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก ย่อมช่วยให้พนักงานเจ้าหน้าที่กรมที่ดินมีเวลาให้บริการประชาชนด้านอื่น ๆ มากขึ้น

3. กรณีหุ้นกู้มีประกันที่จะต้องจดทะเบียนจำนองให้แก่ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกัน (ทรัสต์) อีกชั้นหนึ่งทั้งนี้เพื่อให้ผู้ถือหุ้นกู้มีประกันสามารถบังคับจำนองได้ตามหลักสัญญาที่มีผลผูกพันเฉพาะตัวคู่สัญญา (Privity of Contract) เมื่อหุ้นกู้มีประกันนั้นเกิดผิดนัดชำระหนี้ ซึ่งทำในรูปการจดทะเบียนจำนองจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไปยังผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกันได้เลย โดยไม่ต้องจดทะเบียนจำนองจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไปยังนิติบุคคลเฉพาะกิจและจากนิติบุคคลเฉพาะกิจไปยังผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกันต่อกันหลายทอด โดยย่อมจะก่อความสะดวกมากขึ้น

ข้อเสียของการไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจำนองใหม่อีก คือ

นิติบุคคลเฉพาะกิจผู้รับโอนจะไม่มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้รับจำนองแทนที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งเป็นผู้โอนในกรณีที่มีการ โอนสิทธิเรียกร้อง ผลคือนิติบุคคลเฉพาะกิจต้องนำสืบพิสูจน์ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องกันว่า “มีการ โอนกันถูกต้องตามกฎหมายอัน” อันทำให้นิติบุคคลเฉพาะกิจมีฐานะเป็นผู้รับจำนอง แทนผู้จำหน่ายสินทรัพย์อย่างแท้จริง ทั้งนี้เพื่อสามารถใช้อ้างยันหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อบุคคลภายนอกได้ในที่สุด โดยเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าโอกาสที่ต้องนำสืบพิสูจน์มีน้อย กล่าวคือแค่กรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ความเสี่ยงของการนำสืบพิสูจน์ไม่ได้ก็มีน้อย เนื่องจากพิสูจน์ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่ทําเป็นลายลักษณ์อักษร

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจ้างใหม่อีก ตามป.พ.พ. มาตรา 305 ย่อมเป็นประโยชน์ต่อธุรกรรมมากกว่าการต้องไปจดทะเบียนดังกล่าวอีกครั้ง ตามป.พ.พ. มาตรา 746 ด้วยเหตุที่ว่าสิทธิจ้างง่อมโอนตกติดไปกับการโอนสิทธิเรียกร้องโดยผลของกฎหมายตามป.พ.พ.มาตรา 305 อยู่แล้ว ดังจะเห็นจากได้บัญญัติว่า “เมื่อโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิจ้างงอ ที่ให้ไว้เพื่อสิทธิเรียกร้องนั้นย่อมตกแก่ผู้รับโอนด้วย” อันทำให้ผู้รับโอนสามารถเข้าสวมสิทธิของผู้โอนอันมีสิทธิและฐานะต่อลูกหนี้เช่นเดียวกับผู้โอน ทั้งนี้มีได้บัญญัติว่าสามารถอ้างยันได้เฉพาะคู่กรณีเท่านั้นและไม่ได้กำหนดให้ต้องไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจ้างใหม่อีกแต่อย่างใด โดยถือว่ากรณีนี้ไม่เข้าป.พ.พ. มาตรา 746 ซึ่งเป็นกรณีแก้ไขเปลี่ยนแปลงจ้างงอหรือหน้าที่จ้างงอเป็นประกันในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ อันได้แก่ การแก้ไขอัตราดอกเบี้ย การเพิ่มวงเงินจ้างงอ เป็นต้น นอกจากนี้เหตุผลที่สนับสนุนว่าไม่ต้องจดทะเบียนนั้นพบว่าเมื่อมีดังนี้

1. ตามป.พ.พ. มาตรา 305 กำหนดว่าหากมีการโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิจ้างงอตกได้แก่ผู้รับโอนด้วย ฉะนั้นผู้รับโอนสามารถใช้มาตรานี้ฟ้องบังคับผู้จ้างงอหรือใช้อ้างยันต่อบุคคลภายนอกได้อยู่แล้ว อันทำให้ผู้ลงทุนก็สามารถบังคับจ้างงอได้ในที่สุด หากมีการจดจำนองกันระหว่างผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้มีประกันและผู้จำหน่ายสินทรัพย์

2. เมื่อเทียบกับหลักการแปลงหนี้ใหม่แล้วพบว่า การโอนสิทธิเรียกร้องมีหลักว่า “จะต้องสงวนหนี้เดิมไว้เพื่อโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้ใหม่ ฉะนั้นหนี้เดิมย่อมไม่ระงับไป และหลักประกันจ้างงอไม่ระงับตามไปด้วย แต่จะตกได้แก่ผู้รับโอน” ตามป.พ.พ. มาตรา 305 ซึ่งต่างจากการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ที่มีหลักว่า “หนี้เดิมย่อมระงับไปและผูกพันกันตามหนี้ใหม่ ฉะนั้นหลักประกันจ้างงอจึงระงับไปด้วย เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นหรือถ้าหลักประกันนั้นบุคคลภายนอกให้มา ก็จำต้องรับความยินยอมจากบุคคลภายนอกด้วย” ตามป.พ.พ. มาตรา 352

3. ตามป.พ.พ. มาตรา 744 ได้กำหนดว่า “หลักประกันประเภทจ้างงอจะระงับ ก็ต่อเมื่อ (1) เมื่อหนี้ที่ประกันระงับสิ้นไปด้วยเหตุประการอื่น มิใช่เหตุอายุความ.....” แต่ทว่าตามหลักการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ความผูกพันหรือหนี้ไม่ระงับ หลักประกันจ้างงอจึงไม่ระงับตามไปด้วย ฉะนั้นจึงไม่ต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจ้างใหม่อีกแต่อย่างใด

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า กรณีการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีจ้างงอเป็นประกันไม่ควรต้องจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงชื่อผู้รับจ้างใหม่แต่อย่างใดตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 531/2537 และเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4. ปัญหาความเสี่ยงตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ (Bankruptcy and Reorganization Risks)

ตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 20 ได้บัญญัติยกเว้นไม่ให้นำมาตรา 114 แห่งพ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาใช้บังคับ หากพบว่าการโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไปยังนิติบุคคลเฉพาะกิจนั้นเข้าข่ายเป็นการโอนแบบขายขาด ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไว้เท่านี้เพียงพอหรือไม่ต่อการคุ้มครองสินทรัพย์ให้ตกได้แก่ผู้ถือหลักทรัพย์อย่างครบถ้วน และไม่ถูกดึงกลับไปยังกองทรัพย์สินของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ผู้ล้มละลายหรือถูกฟื้นฟูกิจการอีก ?

ในปัญหานี้เป็นเรื่องการจัดโครงสร้างธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เพื่อมิให้ผู้ลงทุนในธุรกรรมดังกล่าวต้องรับผลกระทบจากกรณีผู้จำหน่ายสินทรัพย์หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจต้องล้มละลายหรือถูกฟื้นฟูกิจการอันอาจทำให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับชำระหนี้ หรือถ้าได้รับก็ล่าช้า โดยจะนำหลักกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 มาเป็นแนวทางปรับใช้กับกฎหมายไทยได้ ดังนี้

4.1 หลักการจัดองค์กรให้ขาดจากกัน

เนื่องจากประเทศไทยซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายชีวิตลอร์ดวั้นนั้นพบว่า ยังไม่ได้รับแนวคิดเรื่อง “หลักการรวมกันทางเนื้อหา” (the Doctrine of Substantive Consolidation)²⁶ ของกฎหมายสหรัฐอเมริกาอันเป็นหลักที่ศาลใช้รวมสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัทเฉพาะกิจและผู้จำหน่ายสินทรัพย์ผู้ล้มละลายเข้าด้วยกันเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์อันเป็นการขยายผลการที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลายให้ครอบคลุมถึงบริษัทเฉพาะกิจที่ไม่ได้ตกเป็นผู้ล้มละลายด้วย หรือเรื่อง “หลักการไม่คำนึงสภาพความเป็นนิติบุคคล” (the Doctrine of Piercing the Corporate Veil)²⁷ ของกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นหลักที่ศาลใช้สั่งว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์และบริษัทเฉพาะกิจเป็นนิติบุคคลเดียวกัน โดยถือว่าไม่มีบริษัทเฉพาะกิจตั้งอยู่ หากพบว่ามีการใช้ความเป็นนิติบุคคลเพื่อทำผิดกฎหมาย น้อ โกงหรือทำผิดวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมทั้งนี้เพื่อเสาะหาผู้รับผิดชอบอันถือเป็นหลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ดวมาใช้แต่อย่างใด ฉะนั้นหากเกิดข้อเท็จจริงว่า ผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจมีเจ้าของคนเดียวกัน หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นบริษัทในเครือของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ และผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้โอนสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งเป็นบริษัทในเครือตนเอง สิทธิและประโยชน์ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจมีความสัมพันธ์กัน กองสินทรัพย์และอำนาจบริหารระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และบริษัทเฉพาะกิจไม่แบ่งแยกชัดเจน (not clearly segregate) อันได้แก่ ไม่แยกสมุดบัญชีและเอกสารทางการเงินออกจากกัน, ใช้ชื่อร่วมกันในการดำเนินธุรกิจ, ผสมปนเปสินทรัพย์

²⁶ดูรายละเอียดข้างต้นในบทที่ 3 หัวข้อ 1.2.3.1)

²⁷ดูรายละเอียดข้างต้นในบทที่ 3 หัวข้อ 2.2.3.1)

และหนี้สินกัน (Commingling Risk) หรือกรณีที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับบริษัทเฉพาะกิจเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ต่อมาผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่จัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความผิดทางกฎหมาย หรือข้อกฎหมายอื่นต้องล้มละลายลง ศาลไทยย่อมไม่อาจสั่งใช้หลักการของทั้งสองประเทศโดยตรงได้ แต่อย่างไรก็ดีศาลไทยก็อาจปรับใช้กับหลักสุจริตตามป.พ.พ.มาตรา 5 หรือหลักตัวแทนซึ่งทำให้สามารถสั่งว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นนิติบุคคลเดียวกันอันถือว่าไม่มีบริษัทเฉพาะกิจตั้งอยู่ก็ย่อมได้ ฉะนั้นเพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว สมควรที่จะจัดโครงสร้างธุรกรรมให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจจัดตั้งขึ้นในลักษณะที่เป็นไปตาม “หลักการจัดองค์กรให้ขาดจากกัน” กล่าวคือ แยกจากกันชัดเจนและไม่ได้จัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อทำผิดกฎหมายหรือข้อกฎหมายใด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ลงทุนต้องเสียหายในภายหลัง

4.2 หลักการขายขาดหรือการขายที่แท้จริง (True Sale)

ตามพ.ร.ก.๑ มาตรา 20 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์มาอย่างแท้จริง วิให้ใน มาตรา 114 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาใช้บังคับ การรับโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์มาอย่างแท้จริงตามวรรค 1 หมายถึง การโอนสินทรัพย์ที่

- (1) มีการชำระราคาตามราคาตลาดที่เป็นธรรม
- (2) ทำให้นิติบุคคลเฉพาะกิจต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ และ
- (3) นิติบุคคลเฉพาะกิจสามารถถือสิทธิในผลประโยชน์ที่มีขอ สินทรัพย์ที่รับโอนได้

นอกจากลักษณะการรับโอนสินทรัพย์อย่างแท้จริงตามที่กำหนดในวรรค 2 แล้ว คณะกรรมการ ก.ล.ด. อาจประกาศกำหนดลักษณะอื่นเพิ่มเติมด้วยก็ได้”

บทบัญญัตินี้ได้กำหนดว่ามีให้นำมาตรา 114 แห่งกฎหมายล้มละลายมาใช้ หากนิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์มาอย่างแท้จริง ทั้งนี้โดยมีเจตนาที่จะคุ้มครองผู้ลงทุนไม่ให้รับผลกระทบจากการล้มละลายของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่จะถูกเพิกถอนนิติกรรม และหากสังเกตคำว่า “รับโอนมาอย่างแท้จริง” แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่อง “หลักการขายขาด” (True Sale) นั่นเองซึ่งเป็นคำที่มีความหมายเทคนิคโดยใช้สื่อความหมายของหลักเกณฑ์การขายสินทรัพย์ในแต่ละเรื่อง อาทิเช่น

- (1) True Sale ในด้านบัญชี หมายถึง การโอนสินทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ทางบัญชีอันทำให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์สามารถตัดยอดลูกหนี้ออกจากรายการสินทรัพย์ในงบดุลได้
- (2) True Sale ในด้านการกำกับดูแล หมายถึง หลักเกณฑ์ของหน่วยงานรัฐที่มากำกับดูแลผู้จำหน่ายสินทรัพย์ เช่น หลักเกณฑ์ธนาคารกลางที่กำหนดลักษณะการขายที่มีผลต่อการต้องดำรงเงินกองทุนตามอัตราส่วนที่ธนาคารกลางกำหนดไว้

(3) True Sale ในด้านกฎหมาย หมายถึง การโอนสินทรัพย์ที่ทำให้นิติบุคคลเฉพาะกิจมีสิทธิที่สมบูรณ์ตามกฎหมายในฐานะเจ้าของสินทรัพย์ในอันที่จะจำหน่าย ใ้สอยหรือจัดการสินทรัพย์อย่างใด ๆ รวมทั้งนิติกรรมการโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจจะไม่ถูกเพิกถอนภายใต้กฎหมายล้มละลาย ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลาย

(4) True Sale ในด้านภาษี หมายถึง การโอนสินทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ที่ถือว่ามิภาวะภาษีเกี่ยวกับการขาย เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม เป็นต้น²⁸

แต่อย่างไรก็ดีมาตรานี้กลับนำเอาหลักเกณฑ์การบันทึบบัญชีตามมาตรฐานการบัญชีของสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า “FASB.77 : Financial Accounting Standard No. 77” มาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายเรื่องการขายขาด โดยต่อมามาตราฐานบัญชีดังกล่าวถูกเปลี่ยนเป็นฉบับใหม่คือ “FASB.125 : Financial Accounting Standard No. 125” ซึ่งในทางปฏิบัติบทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนขึ้นมากมายซึ่งทำให้ธุรกรรมไม่อาจเกิดขึ้นได้จริง²⁹ ตัวอย่างเช่น

คดีหมายเลขดำที่ กก. 205/2543 ระหว่าง บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ชีวิตก้าจำกัด (มหาชน) โจทก์ และบริษัทชิตก้าเอสพีวีจำกัด จำเลย ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 โจทก์ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้ทำธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์โดยรวบรวมสินเชื่อเช่าซื้อรถยนต์เป็นจำนวนเงิน 1,837,158,539 บาท ขายแก่จำเลยซึ่งเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อขอกู้เงินจากบริษัทหลักทรัพย์ดังกล่าวซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลที่เกาะเคย์แมน ประเทศเคย์แมน เพื่อออกหลักทรัพย์ขายแก่ผู้ลงทุนต่างประเทศเป็นจำนวนเงิน 83 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยมีบริษัทเอ็มบีไอเอ อินซัวรันซ์คอร์ปอเรชันเป็นผู้รับประกันความเสี่ยง และมี ING Bank N.V. เป็นผู้รับประกันความเสี่ยงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ต่อมาโจทก์ถูกสั่งปิดกิจการโดยคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2540 และวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2540 ทั้งนี้ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมาตรา 30 แห่งพ.ร.ก.การปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 เพื่อให้ดำเนินการแทนโจทก์ซึ่งได้ยื่นฟ้องจำเลยขอให้จำเลยโอนเงินค่าเช่าซื้อซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิจะรับนั้นคืนแก่โจทก์ จะเห็นได้ว่าประเด็นในคดีคือการขายสินทรัพย์ระหว่างโจทก์และจำเลยดังกล่าวมีลักษณะเป็นการขายขาด หรือการกู้เงินโดยมีหลักประกันเนื่องจากหากเป็นการขายขาด โจทก์ซึ่งอยู่ในภาวะถูกปิดกิจการนั้นย่อมไม่อาจเรียกสินทรัพย์ของจำเลยนั้นกลับคืนสู่กองสินทรัพย์ตนได้ แต่หากเป็นเพียงการกู้เงินมีประกัน โจทก์ย่อมเรียกสิน

²⁸ จันทิมา เพียรเวช, “การขายที่แท้จริง (True Sale) ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์,” วารสารนิติศาสตร์ 29 : 415-416.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 422-425.

ทรัพย์สินของจำเลยกลับคืนสู่กองสินทรัพย์ตนได้ ซึ่งพบว่าได้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำตาม (1) คำว่า “ราคาตลาดที่เป็นธรรม (Fair Market Value)” นั้น เพราะตามปกติของธุรกรรมนี้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ มักขายสินทรัพย์ให้แก่บุคคลเฉพาะกิจแบบราคาหักลดลงมา (Discount Price) หรือมีการให้หลักประกันเกินกว่ามูลค่าหลักทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อประกันความเสี่ยงที่อาจเกิดจากสินทรัพย์ล่องหน้า เช่น ลูกหนี้ ผิดนัดไม่ชำระหนี้ เหตุนี้จึงไม่สามารถซื้อขายในราคาตลาดดังกล่าวได้และถือเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าเป็นราคาตลาดที่เป็นธรรมหรือไม่เนื่องจากนำเอาหลักบัญชีปนกับหลักกฎหมาย ซึ่งทำให้ในทางปฏิบัติเกิดความคลุมเครือในการตัดสินว่า ธุรกรรมดังกล่าวมีลักษณะขายขาดหรือไม่ และนอกจากนี้ ถ้อยคำตาม (2) (3) ก็เป็นข้อกำหนดที่อิงกฎเกณฑ์บัญชีซึ่งไม่มีความชัดเจนเช่นกัน โดยคดีนี้กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลซึ่งยังไม่มีคำวินิจฉัยออกมาแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าเหตุนี้เอง มาตรา 20 จึงถูกพิจารณาว่าก่อให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำที่มีความไม่ชัดเจนจนยากแก่การนำมาปรับใช้ให้ธุรกรรมเกิดขึ้นได้จริง ด้วยเหตุที่ว่าได้นำหลัก True Sale ในด้านบัญชีปนกับหลัก True Sale ในด้านกฎหมาย

ในปัญหานี้ ถ้าหากเปรียบเทียบ “หลักการขายขาด” ที่มีอยู่ในหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ³⁰ แล้วจะพบว่า การพิจารณาหลักการดังกล่าวของทั้งสองประเทศนั้นจะพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายล้มละลาย กฎหมายแพ่งทั่วไป และอำนาจศาลที่จะพิจารณานิติกรรมนั้นว่าเป็นการขายขาด หรือการกู้เงินโดยมีหลักประกัน โดยไม่มีบทบัญญัติพิเศษเฉพาะแต่อย่างใด อันต่างกับกรณีประเทศไทยที่มีกฎหมายเฉพาะ แต่กลับนำหลักทางบัญชีมาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายซึ่งตามปกติต้องพิจารณาหลักการขายขาดในลักษณะดังนี้

- (1) การโอนสินทรัพย์ มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ (Perfection of Transfer)
- (2) นิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในกองสินทรัพย์ที่นำมาออกหลักทรัพย์หรือไม่ (True sale) และ

(3) ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจมีความเสี่ยงที่จะล้มละลายหรืออยู่ในภาวะฟื้นฟูกิจการหรือไม่ (Bankruptcy Proof or Remoteness) อาทิเช่น นิติกรรมการโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจถูกเพิกถอนตามกฎหมายล้มละลายได้หรือไม่ เป็นต้น ข้อสังเกต หลักกฎหมายไทยไม่ได้ให้อำนาจศาลไทยที่จะพิจารณานิติกรรมใด ๆ ว่าเป็นการขายขาด หรือการกู้เงินโดยมีหลักประกันดังเช่นหลักกฎหมายต่างประเทศข้างต้น

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า อันที่จริงหลักการขายขาดเป็นเพียงเป้าหมายสูงสุดของธุรกรรมเท่านั้น กล่าวคือหากมีการจัดโครงสร้างธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ให้มีลักษณะขายขาดได้ ธุรกรรม

³⁰ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 1.2.3.2) และหัวข้อ 2.2.3.2)

กรรมนั้นก็ย่อมมีความเสี่ยงตามกฎหมายล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการน้อยลงและสามารถจำกัดความเสี่ยงของผู้ลงทุนให้อยู่ที่คุณภาพสินทรัพย์ได้ แต่ตรงกันข้ามหากไม่สามารถจัดโครงสร้างธุรกรรมให้มีลักษณะขายขาดได้ ธุรกรรมนั้นก็ยังคงเป็นการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์อยู่ เพียงแต่ผู้ลงทุนอาจมีความเสี่ยงเพิ่มมากขึ้นอันอาจส่งผลต่อการขายหลักทรัพย์ได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าไม่จำเป็นต้องสร้างหลักกฎหมายเรื่องการขายขาดแต่อย่างใด เพียงแต่จะต้องจัดโครงสร้างธุรกรรมให้มีลักษณะขายขาดให้มากที่สุดเท่านั้น โดยเห็นว่าควรยกเลิกพ.ร.ก.ฯ มาตรา 20 ในส่วนที่นำหลักเกณฑ์ทางบัญชีมาบัญญัติเป็นหลักกฎหมายเสีย และใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องทั่วไป ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาตีความถ้อยคำขึ้นอีก

4.3 หลักการโอนสินทรัพย์ที่ไม่อาจถูกเพิกถอนได้

ในประเทศไทยนั้นสามารถจัดโครงสร้างธุรกรรมให้มีลักษณะของการโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจนั้นไม่อาจถูกเพิกถอนตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการได้โดยทำให้การโอนนั้นไม่มีลักษณะตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ อันได้แก่ บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์เจ้าหนี้ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะขอให้ศาลเพิกถอนการโอนหรือการกระทำของลูกหนี้ได้ในกรณีต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้มาแบ่งชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ในกรณีที่ลูกหนี้ย้ายถ่ายเท หรือโอนทรัพย์สินของตนตามใจชอบ หรือมีพฤติการณ์ไม่สุจริตเพื่อให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยลงซึ่งได้กำหนดว่า สามารถเพิกถอนได้ 3 กรณีคือ³¹

กรณีที่ 1 การเพิกถอนนิติกรรมอันเป็นการฉ้อฉล (Fraudulent Transfer)

ตามมาตรา 113 แห่งพ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งอาจเทียบได้กับมาตรา 548 แห่งกฎหมายล้มละลายสหรัฐอเมริกา³² และมาตรา 213 แห่งกฎหมายล้มละลายอังกฤษ³³ โดยได้บัญญัติว่า “การขอให้ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลตามป.พ.พ.นั้น ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอได้โดยทำเป็นคำร้อง” กล่าวได้ว่าการเพิกถอนการฉ้อฉลตามป.พ.พ.มาตรานี้ก็คือ ป.พ.พ.มาตรา 237 ซึ่งได้บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ซึ่งนิติกรรมใด ๆ อันลูกหนี้ได้กระทำการตั้งรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าปรากฏว่าในขณะที่ทำนิติกรรมนั้นบุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลากออกแต่การนั้นมีได้รู้เท่าถึงข้อความจริงอันเป็นทางที่เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบนั้นด้วย แต่หากกรณีเป็นการทำให้โดยเสนาหา ท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้ฝ่ายเดียวเท่านั้นก็พอแล้วที่จะขอเพิกถอนได้

³¹ สุชีร์ ศุภนิคย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), หน้า 177-194.

³² ุรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 1.2.3.3)

³³ ุรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 2.2.3.3)

บทบัญญัติดังกล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับแก่นิติกรรมใดอันมิได้มีวัตถุเป็นสิทธิในทรัพย์สิน”

การเพิกถอนตามมาตรานี้ได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องขอเพิกถอนนิติกรรมซึ่งนอฉลเจ้าหนี้ เหตุที่กฎหมายให้อำนาจนี้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพราะกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย เจ้าหนี้อย่อมหมดสิทธิฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมซึ่งมีลักษณะนอฉลเจ้าหนี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1179/2495) การบัญญัติเช่นนี้ย่อมมีผลว่า เจ้าหนี้ตามป.พ.พ.มาตรา 237 มีสิทธิอย่างไร เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีสิทธิอย่างนั้น กล่าวคือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมซึ่งนอฉลเจ้าหนี้ได้ก็จะต้องอยู่ภายใต้ป.พ.พ.มาตรา 237 ถึงมาตรา 240 ด้วย จึงทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับอายุความตามมาตรา 240 ว่า ระยะเวลา 1 ปีนับแต่รู้ถึงเหตุแห่งการเพิกถอนนั้นนับจากการรู้ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือเจ้าหนี้ผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งในประเด็นนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาแบ่งเป็น 2 แนวคือ

แนวที่ 1 เห็นว่า นับแต่การรู้ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1752 /2518) เนื่องจากการขอเพิกถอนการนอฉลในคดีล้มละลายนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ขอเพิกถอน ฉะนั้นแม้ว่าเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องจะรู้มูลเหตุแห่งการเพิกถอนนั้นเกิน 1 ปีแล้วก็ตาม ย่อมไม่ตัดสิทธิเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะขอเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตามเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องขอเพิกถอนภายใน 10 ปี นับแต่วันที่ลูกหนี้ทำนิติกรรมนั้น มิฉะนั้นจะขาดอายุความตามป.พ.พ. มาตรา 240

แนวที่ 2 เห็นว่า นับแต่การรู้ของเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาสันนิษฐานคือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 209/2521 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องต่อศาลขอให้เพิกถอนการนอฉลตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 113 ได้โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ แต่ต้องร้องและนอสืบตามป.พ.พ.มาตรา 237 โดยมีอายุความที่เจ้าหนี้ในขณะที่ถูกหนี้ทำนิติกรรมรู้ว่าเพิกถอนได้ตามมาตรา 240 ไม่ใช่ถึงวันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รู้เหตุที่เพิกถอนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3923/2539)

อนึ่ง มาตรา 113 นี้ให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะยื่นเพิกถอนได้โดยทำเป็นคำร้อง ไม่ต้องทำเป็นคำฟ้องเหมือนอย่างเจ้าหนี้ตามป.พ.พ.มาตรา 237 และไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่

กรณีที่ 2 การเพิกถอนการโอนหรือการกระทำใด ๆ

ตามมาตรา 114 แห่งพ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยฉบับที่ 2 พ.ศ. 2511 มาตรา 10 (*มาตรา 114 เดิม*) ได้บัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลา 3 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้ เว้นแต่ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จะแสดงให้พอใจศาลว่า การโอนหรือการกระทำนั้นได้กระทำโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน” ซึ่งจะไม้อธิบาย ณ ที่นี้ เนื่องจากถูกยกเลิกและไม่ใช้แล้ว

กรณีที่ 3 การเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหนี้ (Preference Transfer)

ตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งอาจเทียบได้กับมาตรา 547 กฎหมายล้มละลายสหรัฐอเมริกา³⁴ และมาตรา 239 กฎหมายล้มละลายอังกฤษ³⁵ ได้บัญญัติว่า “การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลา 3 เดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังจากนั้น โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มี คำขอ โดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้”

ถ้าเจ้าหนี้ผู้ได้เปรียบเป็นบุคคลภายในของลูกหนี้ ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำตามวรรคหนึ่งที่ได้กระทำขึ้นในระหว่างระยะเวลา 1 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังจากนั้น” กล่าวคือโดยหลักกฎหมายล้มละลายประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เสมอภาคกันตามส่วนแบ่งแห่งจำนวนหนี้ของตน มิให้เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องได้เปรียบเสียเปรียบกัน แต่ลูกหนี้ส่วนมากเมื่อรู้ว่าต้องล้มละลายก็มักเลือกชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของตนบางคนไป ทำให้เจ้าหนี้คนอื่นได้เปรียบเจ้าหนี้คนอื่น ฉะนั้นมาตรานี้จึงบัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งดังกล่าวได้ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. เป็นการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้กระทำให้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดคนหนึ่งของตน กล่าวคือเหมือนกับมาตรา 114 เพียงแต่ว่า ตามมาตรา 115 นี้ผู้รับโอน หรือผู้รับประโยชน์ต้องมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้

2. ลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในช่วงระยะเวลา 3 เดือน ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังจากนั้น กล่าวคือเหมือนกับมาตรา 114 เพียงแต่ว่ามาตรา 115 นี้มีกำหนดระยะเวลาสั้นกว่า ฉะนั้นหากลูกหนี้กระทำการนั้นก่อนช่วงระยะเวลา 3 เดือน ย่อมไม่อาจเพิกถอนตามมาตรานี้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1857/2541) แต่อย่างไรก็ดีหากการกระทำที่ให้เปรียบเจ้าหนี้นี้ได้กระทำต่อเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายในของลูกหนี้แล้ว ระยะเวลา 3 เดือนนี้จะขยายครอบคลุมถึง 1 ปี เพราะกฎหมายเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความใกล้ชิดกับลูกหนี้ย่อมมีโอกาสที่จะเข้าไปรับรู้กิจการของลูกหนี้ได้ ทั้งมีโอกาสยกย่ายถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้ได้ง่ายเช่นกัน

3. ลูกหนี้มุ่งหมายให้เจ้าหนี้ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ๆ กล่าวคือถ้าหากลูกหนี้ตกอยู่ในภาวะจำยอมต้องกระทำการดังกล่าว ถึงแม้เจ้าหนี้รายนั้นจะได้รับประโยชน์ ก็ไม่อาจถือว่าเป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่นจะเพิกถอนตามมาตรานี้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 613/2531)

³⁴ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 1.2.3.3)

³⁵ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อ 2.2.3.3)

4. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอให้ศาลเพิกถอนได้โดยทำเป็นคำร้อง และต้องขอเพิกถอนภายใน 10 ปีนับแต่วันที่ลูกหนี้ได้กระทำการ โอนทรัพย์สินหรือกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินเช่นเดียวกับ มาตรา 114 (คำพิพากษาฎีกาที่ 702-703/2513)

อนึ่ง ตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 20 มิให้นำมาตรา 114 เดิมมาใช้บังคับ หากนิติบุคคลเฉพาะกิจรับ โอนสินทรัพย์มาจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์แบบขายขาด เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่ามาตรา 114 เดิมให้อำนาจเจ้า พนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพิกถอนได้อย่างกว้างขวางไม่ว่าจะเป็นการ โอนทรัพย์สินหรือการกระทำอื่น ๆ ที่ ไม่มีผลถึงขนาดโอนทรัพย์สินก็ตาม และให้ระยะเวลาที่จะเพิกถอนได้นานมาก ซึ่งก็คือในช่วง 3 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น นอกจากนั้นยังบัญญัติหน้าที่ให้ผู้รับ โอนหรือผู้รับประโยชน์ มีภาระต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับ โอนหรือรับประโยชน์มาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนทั้งสอง อย่างด้วยกัน โดยคำว่า “สุจริต” หมายถึง การที่ผู้รับ โอนไม่รู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้(คำ พิพากษาฎีกาที่ 87-89/2509) ซึ่งหากนำหลักนี้ไปใช้กับธุรกรรมอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความสุจริต ของนิติบุคคลเฉพาะกิจได้ เพราะนิติบุคคลเฉพาะกิจและผู้จำหน่ายสินทรัพย์อาจมีนิติสัมพันธ์กันไม่ว่า โดยตรงหรืออย่างน้อยโดยอ้อม ฉะนั้นกล่าวได้ว่าหากไม่ยกเว้นมาตราดังกล่าว ธุรกรรมแปลงสินทรัพย์ เป็นหลักทรัพย์ย่อมไม่อาจเกิดได้เพราะมาตรานี้เปิดโอกาสให้เพิกถอนการ โอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่าย สินทรัพย์ไปยังนิติบุคคลเฉพาะกิจได้อย่างกว้างขวางนั่นเอง

ส่วนสาเหตุที่ไม่ยกเว้นมาตรา 113 และมาตรา 115 ด้วยเนื่องจากในช่วงเสนอร่าง พ.ร.ก.ฯ นี้ ได้ถูกคณะกรรมการกฤษฎีกาตัดทิ้งโดยให้เหตุผลว่าหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการถือเอาเจ้า หนี้หรือให้เปรียบเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งจริงก็ไม่ควรยกเว้นให้ เพราะมิใช่มุ่งคุ้มครองผู้ลงทุนฝ่ายเดียว โดยไม่สนใจเจ้าหนี้เลย และถ้าหากทำโดยสุจริตจริง ย่อมไม่อยู่ในบังคับมาตราทั้งสองอยู่แล้ว³⁶

ขณะนี้กฎหมายล้มละลายไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2542 โดยยกเลิก มาตรา 114 เดิมโดยสิ้นเชิงและใช้ข้อความมาตรา 114 ใหม่แทนว่า “ถ้านิติกรรมที่ขอเพิกถอนการถือ อดตามมาตรา 113 นั้นเกิดขึ้นภายในระยะเวลา 1 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายหรือภายหลังนั้น หรือเป็น การให้โดยเสน่หา หรือเป็นการที่ลูกหนี้ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น

³⁶ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ค้นคว้าสารที่ นร 0601/439 ลงวันที่ 23 มิถุนายน พ.ศ. 2540, อ้างถึงใน พรณพิศ คงลาภ, “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลาย ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 105.

การกระทำที่ลูกหนี้และผู้ที่ได้ลากรอกแต่การนั้นรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ” จะเห็นได้ว่า มาตรา 114 ใหม่ต้องตีความสอดคล้องกับมาตรา 113 เพราะมาตรา 114 ใหม่เป็นเพียงบทสันนิษฐานของมาตรา 113 เท่านั้น และมีได้เป็นบทบัญญัติเอกเทศตั้งแต่ก่อนโดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าลูกหนี้และผู้ที่ได้ลากรอกแต่การนั้นรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ หากเกิดข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. ถ้าลูกหนี้ได้ทำนิติกรรมใดภายใน 1 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น
2. เป็นการให้โดยเสน่หา หรือลูกหนี้ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร (Undervalued)

กล่าวได้ว่าบทสันนิษฐานดังกล่าวอำนวยความสะดวกแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มากขึ้นกว่าเดิม โดยให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้รับโอนแทน

นอกจากนี้กฎหมายล้มละลายไทยได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2541 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเพิ่มเติมหมวด 3/1 อันได้แก่ มาตรา 90/1 ถึงมาตรา 90/90 เรื่องการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (Reorganization) เข้าไว้เป็นกระบวนการหนึ่งของกฎหมายล้มละลายด้วย เช่นเดียวกับคดีล้มละลาย การฟื้นฟูกิจการก็มีการร้องขอเพิกถอนนิติกรรมได้อยู่ 2 กรณีคือ

กรณีที่ 1 การเพิกถอนการฉ้อฉล (Fraudulent Transfer)

ตามมาตรา 90/40 นั้นเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 113 และมาตรา 114 ใหม่ในคดีล้มละลายที่กล่าวในข้างต้น กล่าวคือผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ตามมาตรา 237 ได้โดยทำเป็นคำร้อง ไม่จำเป็นต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งใหม่แยกต่างหากแต่ทำเป็นสาขาของคดีล้มละลายได้ โดยตามปกติผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ร้องนั้นมิหน้าที่ต้องนำสืบให้ได้ตามคำร้องของตนว่ามีกรณีฉ้อฉลเกิดขึ้น แต่มาตรา 90/40 กำหนดข้อสันนิษฐานไว้ว่าเป็นการกระทำที่ลูกหนี้และผู้ที่ได้ลากรอกแต่การนั้นรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ หากเกิดข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

1. ถ้าลูกหนี้ได้ทำนิติกรรมใดภายใน 1 ปีก่อนวันยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้น
2. เป็นการให้โดยเสน่หา หรือลูกหนี้ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร (Undervalued)

จะเห็นได้ว่าบทสันนิษฐานดังกล่าวอำนวยความสะดวกแก่ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งเป็นผู้ร้องมากขึ้นกว่าเดิม โดยให้ภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้รับโอนแทน

กรณีที่ 2 การเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหนี้ (Preference Transfer)

ตามมาตรา 90/41 นั้นเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 115 ในคดีล้มละลายที่กล่าวแล้วข้างต้น กล่าวคือผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดที่เกิดช่วงระยะเวลา 3 เดือนก่อนมีการยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้น และจะขยายระยะเวลา 3 เดือนนี้ครอบคลุมถึง 1 ปี ในกรณีที่การให้เปรียบนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคล

ภายในเพราะกฎหมายเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความใกล้ชิดกับลูกหนี้ย่อมมีโอกาสที่จะเข้าไปรับรู้กิจการของลูกหนี้ได้ ทั้งมีโอกาสชักย้ายถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้ได้ง่ายเช่นกัน³⁷

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายล้มละลายใหม่ไม่ว่ามาตรา 114 หรือเรื่องการฟื้นฟูกิจการ จึงเกิดปัญหาว่าตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 20 นี้ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่หรือไม่ ในเรื่องนี้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่ายคือ

ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า ไม่มีผลใช้บังคับแล้ว เนื่องจากเมื่อมีการแก้ไขมาตรา 114 อันทำให้เนื้อหาของบทบัญญัติเปลี่ยนไปโดยสิ้นเชิง สิ่งที่มาตราดังกล่าวประสงค์จะคุ้มครองได้เปลี่ยนไปในสาระสำคัญแล้ว หรือไม่มีเหลืออยู่แล้ว

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า ยังมีผลใช้บังคับอยู่ โดยยังไม่ถึงกับเสียไป เพราะเนื้อหาตามมาตรา 114 ใหม่ก็เป็นข้อสันนิษฐานที่ให้ถือว่าลูกหนี้และผู้ได้ลาภอกรู้ว่าการทำงานนิติกรรมเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ และเมื่อนำมาตรา 20 มาปรับใช้ ผลคือข้อสันนิษฐานตามมาตรา 114 ใหม่จะไม่ถูกนำมาใช้เนื่องจากได้ยกเว้นให้แล้ว แม้การโอนสินทรัพย์จากผู้จำ นายสินทรัพย์มายังนิติบุคคลเฉพาะกิจจะเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา 1 ปีก่อนมีการขอให้ล้มละลายหรือเป็นการโอน โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควรก็ตาม แต่ถ้าพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ว่ามีลักษณะนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้จริง ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 113 แม้ไม่ต้องด้วยข้อสันนิษฐานตามมาตรา 114 ก็ตาม³⁸

สำหรับผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 20 นี้ไม่มีผลใช้บังคับแล้วเช่นเดียวกับฝ่ายที่ 1 เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองไม่เหลืออยู่แล้วและกฎหมายล้มละลายนั้นก็เป็บบทบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด ฉะนั้นจะตีความให้มีผลประการอื่นอย่างฝ่ายที่ 2 ย่อมไม่ถูกต้อง นอกจากนี้การที่ฝ่ายที่ 2 ตีความว่าหากการโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจมีลักษณะขายขาดแล้วย่อมยกเว้นมิให้นำมาตรา 114 ใหม่มาใช้ ดังจะเห็นได้ว่าแม้เดิมมาตรา 113 และมาตรา 114 จะเป็นคนละเรื่องกัน แต่อันที่จริง ณ ขณะนี้มาตรา 114 ใหม่ก็เป็นเรื่องเดียวกับมาตรา 113 อันไม่ใช่บทบัญญัติเอกเทศดังแต่ก่อนแล้วจึงเท่ากับว่ายกเว้นมาตรา 113 ซึ่งไม่ถูกต้อง เพราะในประเด็นนี้เคยถูกคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วว่ามาตรา 113 นี้ไม่ควรยกเว้นให้ หากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้จริง โดยมีใช้มุ่งคุ้มครองผู้ลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่สนใจเจ้าหนี้เลยแต่อย่างใด ฉะนั้นผู้เขียนจึงเสนอว่ามาตรา 20 นี้ควรยกเลิกเสียทั้งในส่วนของการขายขาดและการเพิกถอนการโอนไปทั้งหมด และบัญญัติใหม่โดยให้อำนาจคณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด

³⁷ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 247-248.

³⁸ จันทิมา เพียรเวช, “การขายที่แท้จริง(True Sale)ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์,” วารสารนิติศาสตร์ 29 : 423-424.

ลักษณะการกระทำที่เป็นการฉ้อฉลเข้าหนี้ตามมาตรา 113 และมาตรา 90/40 หรือให้เปรียบเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 115 และมาตรา 90/41 เพื่อป้องกันปัญหาการตีความในเรื่องดังกล่าว โดยจะไม่ยกเว้นมาตราดังกล่าวเนื่องจากเห็นด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกา³⁹ และเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องนี้ก็พบว่ามิได้ยกเว้นมาตราดังกล่าวเช่นกัน⁴⁰

4.4 หลักการปลอดหรือห่างไกลการล้มละลาย (Bankruptcy Proof or Remoteness Entity)

หลักการปลอดหรือห่างไกลการล้มละลาย คือแนวคิดการจัดโครงสร้างนิติบุคคลเฉพาะกิจไม่ให้ล้มละลายหรือมีโอกาสล้มละลายน้อยที่สุด และแม้ว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะล้มละลาย นิติบุคคลเฉพาะกิจก็จะไม่ได้รับผลกระทบด้วย โดยประเทศไทยนั้นพบว่าตามพ.ร.ก.ฯ มาตรา 12 และมาตรา 13 ซึ่งกำหนดวิธีการ โครงสร้างนิติบุคคลเฉพาะกิจไว้โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจดังนี้

1. สามารถดำเนินการต่างๆ และเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่เพื่อโครงการใดโครงการหนึ่งตามที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. เท่านั้น

2. มีอำนาจรับโอนสินทรัพย์ และออกหลักทรัพย์จำหน่ายแก่ผู้ลงทุน

3. มีอำนาจทำสัญญากับบุคคลต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามโครงการที่ได้รับอนุมัติ

4. มีอำนาจก่อหนี้สินหรือภาระผูกพันตามที่ระบุไว้ในโครงการ

5. มีอำนาจลงทุนหาผลประโยชน์จากสินทรัพย์ที่รับโอนมาได้ตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. อนุญาต

6. นิติบุคคลเฉพาะกิจถูกห้ามมิให้กระทำการใด นอกจากที่กำหนดไว้ในโครงการที่ได้รับอนุมัติเท่านั้น เช่น ถูกห้ามประกอบธุรกิจอื่น, ถูกห้ามก่อหนี้หรือภาระผูกพันอื่น, ถูกห้ามนำกระแสรายได้ไปลงทุนหรือแสวงหาประโยชน์อย่างอื่น, ถูกห้ามจ่ายค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้ระบุไว้ในโครงการ, ถูกห้ามซื้อหรือรับชำระหนี้ด้วยสินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันการออกหลักทรัพย์ และถูกห้ามทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน แต่ข้อห้ามข้างต้นมีข้อยกเว้นที่อาจได้รับผ่อนผันจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้

อนึ่ง เหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้ก็เพื่อป้องกันมิให้นิติบุคคลเฉพาะกิจล้มละลายอันช่วยสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนว่าสามารถได้รับสิทธิต่าง ๆ เหนือกองสินทรัพย์นั้นอย่างครบถ้วนสมบูรณ์

³⁹ ूरายละเอียดข้างต้นในบทที่ 4 เริงจรดที่ 36

⁴⁰ ूरายละเอียดในบทที่ 3 หัวข้อที่ 1.2.2.3) และหัวข้อที่ 2.2.2.3)