

หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน
ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

นางสาวพิมพ์พันธ์ ทรงจำ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

DUTIES AND LIABILITIES OF PLAN ADMINISTRATOR
WITH RESPECT TO THE SECURITIES AND EXCHANGE ACT (NO.4) B.E. 2551

Miss Phimpaphan Songkham

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law Program in Finance and Tax Laws

Faculty of law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน
ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์
(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

โดย

นางสาวพิมพ์พันธ์ ทรงจำ

สาขาวิชา

กฎหมายการเงินและภาษีอากร

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ไกรสร บารมีอวยชัย)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ วสันต์ เทียนหอม)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ สุทธิชัย จิตรวาณิช)

พิมพ์พันธ์ ทรงขำ : หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามพระราชบัญญัติ
 หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551. (DUTIES AND LIABILITIES
 OF PLAN ADMINISTRATOR WITH RESPECT TO THE SECURITIES AND
 EXCHANGE ACT (NO.4) B.E. 2551)

อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ. สำเรียง เมฆเกรียงไกร, 177 หน้า.

จากการที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
 ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4)พ.ศ.2551 มาตรา 89/22 โดยให้นำ
 บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร ตามมาตรา 89/7 ถึง
 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ซึ่งการเพิ่มเติมดังกล่าวไม่
 สามารถอนุโลมใช้ได้ทุกกรณี ประกอบกับการที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติ
 หน้าที่ของผู้บริหารแผนให้มีความชัดเจน จึงมีความจำเป็นต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว
 เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและลดอุปสรรคในการฟื้นฟูกิจการ

ในการนี้ได้กระทำการโดยการศึกษาวิจัยถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบ
 ผู้บริหารแผน ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 โดย
 พิจารณาประกอบกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลาย และหลัก
 Fiduciary duties ของผู้บริหารแผนในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลียด้วย

จากการศึกษาพบว่า ในการอนุโลมใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น มีปัญหาในเรื่องขอบเขต
 การใช้บังคับโดยอนุโลม และการตีความในการอนุโลมใช้ เนื่องจากความแตกต่างในเรื่องแนวคิด
 ของการบริหารกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้ได้รับประโยชน์ (beneficiaries) และสถานการณ์ของ
 บริษัท และโดยที่กฎหมายล้มละลายเป็นบทกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับกับบริษัทที่ประสบปัญหา
 การมีหนี้สินล้นพ้นตัวเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ถือได้ว่าเป็นบท
 กฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับบริษัทจดทะเบียนทุกบริษัท ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางแก้ไข
 ปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางในการอนุโลมใช้และการตีความให้มีความสอดคล้องกับ
 แนวคิดตามกฎหมายล้มละลาย บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามที่
 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 กำหนดไว้

สาขาวิชา กฎหมายการเงินและภาษีอากร ลายมือชื่อนิติ.....

ปีการศึกษา.....2556..... ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5486236834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : PLAN ADMINISTRATOR / DUTIES / LIABILITIES / SECURITIES /
INSOLVENCY

PHIMPHAPHAN SONGKHAM: DUTIES AND LIABILITIES OF PLAN
ADMINISTRATOR WITH RESPECT TO THE SECURITIES AND EXCHANGE ACT
(NO.4) B.E. 2551. ADVISOR: ASSOC. PROF. SAMRIENG MEKKRIENGKRAI, 177 pp.

The Securities and Exchange Act B.E. 2535 has been amended by the Securities and Exchange Act (No. 4) B.E. 2551 in the Section 89/22, states to apply the provisions in relation to the duties and liabilities of directors and executive under Section 89/7 to 89/21 including the related penalty to Plan Administrator. Notwithstanding, such amendment can not apply to all cases and there are not the specific rules or procedures of the duties and liabilities of Plan Administrator also. Therefore, it is necessary to analyze the problem to enforce the law effectively and reduce obstacles to rehabilitation.

The researcher has studied the provisions with respect to the duties and liabilities of Plan Administrator in the Securities and Exchange Act (No.4) B.E. 2551 and compare to the provisions of the duties and liabilities of Plan Administrator in the Bankruptcy Law and the Fiduciary duties of the Plan Administrator in the United States, England and Australia also.

The study found that the applying of above provisions has problems with the provisions of the duties and liabilities of Plan Administrator scope of adaptations and interpretations. Due to differences in the concept of business management for the benefit of the beneficiaries and the situation of the companies. In Addition, the Bankruptcy Law is only applicable to the insolvent company but the Securities and Exchange Act can be considered as a general law is applicable to all listed companies. Therefore, the researcher has proposed solutions to above problems. With the procedure to adaptations and interpretations that comply with the duties and responsibilities of the Plan Administrator in the Bankruptcy Act B.E. 2483.

Field of Study : Finance and Tax Laws Student's Signature.....

Academic Year : 2013..... Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาของบุคคลหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร เป็นอย่างสูงที่ท่านได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความเมตตากรุณา เอาใจใส่ ให้ความรู้ คำปรึกษา รวมทั้งคำแนะนำในการศึกษาค้นคว้าและทำวิทยานิพนธ์ตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ไกรสร บารมีอวยชัย เป็นอย่างสูงที่ท่านได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ สุทธิชัย จิตรวานิช และท่านอาจารย์ วสันต์ เทียนหอม เป็นอย่างสูงที่ท่านได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนช่วยชี้แนะและให้ข้อคิดเห็นเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์พิเศษวิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ และท่านอาจารย์ ธวัชชัย พิทยโสภณ ที่ช่วยให้คำแนะนำในประเด็นต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร เป็นอย่างสูงที่เอาใจใส่และให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการการศึกษาค้นคว้าและทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้ให้กำลังใจทำให้การทำวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงในที่สุด

สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา และครอบครัว สำหรับความรักความห่วงใย กำลังใจและการสนับสนุนแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมาในทุกๆ เรื่อง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	6
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการฟื้นฟูกิจการ และหน้าที่ ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามกฎหมายล้มละลาย.....	7
2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ.....	7
2.1.1 วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพตาม ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL.....	8
2.1.2 แนวคิดและความเป็นมาของการฟื้นฟูกิจการ.....	15
2.1.3 วัตถุประสงค์ของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ.....	24
2.2 แนวคิดการจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ.....	27
2.3 หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามกฎหมายล้มละลาย.....	35
2.3.1 ประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.....	35
2.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	46
2.3.3 ประเทศอังกฤษ.....	51
2.3.4 ประเทศออสเตรเลีย.....	56
2.3.5 ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL.....	61
บทที่ 3 หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามหลัก Fiduciary duties.....	66
3.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลัก Fiduciary duties.....	66

	หน้า
3.1.1 ความหมายและที่มาของหลัก Fiduciary duties.....	66
3.1.2 หลักการทั่วไปของหลัก Fiduciary duties.....	69
3.1.3 หลัก Fiduciary duties ตามกฎหมายทรัสต์.....	74
3.1.4 แนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน.....	77
3.2 การอนุโลมใช้หน้าที่ และความรับผิดของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก Fiduciary duties ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.....	80
3.2.1 หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties.....	80
3.2.2 หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง.....	83
(1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง.....	83
(2) หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule).....	85
(3) ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง.....	88
3.2.3 หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต และไม่กระทำการอันเป็นการ ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท.....	90
(1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต.....	90
(2) บทสันนิษฐานการกระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้ง กับผลประโยชน์ของบริษัท.....	91
(3) หลักเกณฑ์การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัท หรือบริษัทย่อย.....	92
(4) การรายงานการมีส่วนได้เสีย.....	97
3.2.4 ความรับผิด.....	98
3.3 หน้าที่ และความรับผิดของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก Fiduciary duties ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	102
3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	102
3.3.2 ประเทศอังกฤษ.....	106
3.3.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	109
3.3.4 ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL.....	119

บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหา หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก	
Fiduciary duties ตามตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์	
(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.....	123
4.1 ปัญหาการอนุโลมใช้หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties	125
4.1.1 ปัญหาในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับโดยอนุโลม ในการพิจารณา	
มาตรฐานระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ตามพระราชบัญญัติ	
หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก และมาตรา 89/9.....	125
(1) การพิจารณามาตรฐานระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ	
ระมัดระวังตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ	
มาตรา 89/8 วรรคแรก.....	125
(2) ปัจจัยในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวัง	
ของผู้บริหารแผน มาตรา 89/9	131
(3) ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน	134
4.1.2 ปัญหาในเรื่องการตีความ ในการพิจารณาหน้าที่ตามหลักความ	
ซื่อสัตย์สุจริตในการกระทำการ “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ”	137
4.2 ปัญหาการอนุโลมใช้ในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้น.....	143
4.2.1 การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อย.....	144
4.2.2 ขอบเขตการอนุโลมใช้ การทำธุรกรรมของ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง”	
กับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนึ่ง.....	148
4.3 ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องการเปิดเผยข้อมูล.....	150
4.3.1 ประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการอนุโลมใช้บทบัญญัติ	
ในเรื่องการรายงานการมีส่วนได้เสีย.....	150
4.4 ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องบทกำหนดโทษ.....	153
4.4.1 ประเด็นปัญหาการตีความตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์	
และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10.....	156
4.4.2 ประเด็นปัญหาการตีความตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์	
และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300.....	157

	หน้า
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	159
5.1 บทสรุป.....	159
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	172
รายการอ้างอิง.....	174
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	177

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม หรือทุนนิยมเสรีที่ให้เสรีภาพแก่เอกชนในการประกอบธุรกิจ ใช้ประโยชน์จากสินค้าหรือบริการที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ที่สำคัญคือการมีระบบของการแข่งขันที่มีระบบราคาเป็นกลไกในการตัดสินปัญหาพื้นฐานสำคัญทางเศรษฐกิจ ได้แก่ ปัญหาว่าจะผลิตอะไร ปัญหาว่าจะผลิตอย่างไร และปัญหาเพื่อใคร ซึ่งราคาของปัจจัยการผลิต และสินค้าหรือบริการถูกกำหนดโดยอุปสงค์และอุปทานของสิ่งนั้นในตลาด โดยรัฐบาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเศรษฐกิจ จะมีหน้าที่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและการป้องกันประเทศ อย่างไรก็ตามระบบดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำอันเนื่องมาจากความสามารถที่แตกต่างกันในแต่ละบุคคลโดยพื้นฐาน ทำให้ความสามารถในการหารายได้ไม่เท่ากัน ผู้ที่มีความสามารถสูงกว่าจะเป็นผู้ได้เปรียบผู้ที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ ส่งผลให้ในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรือทุนนิยมเสรี ธุรกิจจึงมีการเกิดแล้วก็มีตายเป็นสภาพปกติ การเลิกกิจการของบริษัทจำนวนมาก มีสาเหตุมาจากบริษัทไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ถ้าบริษัทนั้นอยู่ในระบบตลาดเสรีและไม่สามารถแข่งขันในอุตสาหกรรมนั้นๆ ได้ การเลิกกิจการของบริษัทถือเป็นเรื่องปกติ เพราะในขณะหนึ่งขณะใดธุรกิจหรืออุตสาหกรรมจะมีรายใหม่เข้ามา และรายเก่าออกไปอยู่ตลอดเวลา โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าธุรกิจหรืออุตสาหกรรมนั้นมีการแข่งขันสูง นอกจากนั้นภาวะหนี้สินที่อยู่ในระดับสูงยังส่งผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจ กิจการส่วนใหญ่จึงอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวหรือหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน¹

จากหนี้สินที่เพิ่มขึ้นเป็นเท่าตัวและการไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ การฟื้นฟูกิจการหรือการปรับโครงสร้างของกิจการ(Reorganization) จึงเป็นกระบวนการหนึ่งที่ใช้สำหรับการแก้ไขปัญหาในกรณีที่กิจการประสบปัญหาทางการเงิน และมีลักษณะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว การฟื้นฟูกิจการนั้นไม่เพียงแต่เป็นการมุ่งให้กิจการหลุดพ้นจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวเท่านั้น แต่ยังเป็นกระบวนการที่ทำให้กิจการที่ยังมีมูลค่าทางเศรษฐกิจกลับมามีศักยภาพในการดำเนินกิจการเพื่อ

¹ไพโรจน์ วงศ์วิภานนท์ และคนอื่นๆ, บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพมหานคร: คณะผู้วิจัยฝ่ายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; คณะผู้วิจัยศาลล้มละลายกลาง, 2545), หน้า 5.

ทำกำไร และยังคงไว้ซึ่งธุรกิจนั้นต่อไป อันทำให้ลูกหนี้ เจ้าหนี้ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์จากการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ร่วมกัน

หลักการที่สำคัญประการหนึ่งของการฟื้นฟูกิจการ ก็คือเมื่อกิจการมีหนี้สินล้นพ้นตัว แสดงว่าในทางความเป็นจริงแล้วลูกหนี้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไป ส่งผลให้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน ดังนั้นตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยเมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและให้สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล โดยบุคคลที่มีอำนาจจัดการ กิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว ก็คือ ผู้บริหารแผน

ดังนั้น เมื่อผู้บริหารแผน คือบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองนักลงทุนในบริษัทจดทะเบียน ซึ่งมีการระดมทุนจากประชาชนเพื่อการดำเนินกิจการของบริษัท จึงมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน กรณีบริษัทจดทะเบียนเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตามหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) ขึ้นโดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 มาตรา 89/22 ให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ และผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึงมาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวคิดของการบริหารกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้ได้รับประโยชน์ (beneficiaries) ของกรรมการ หรือผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ และผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลายมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กรรมการ หรือผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ จะต้องมีความเป็นอิสระ โดยเฉพาะกรณีของกรรมการอิสระ และที่สำคัญต้องกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของ “บริษัทและผู้ถือหุ้น” ซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์ (beneficiaries)

ส่วนกรณีของผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลายนั้นนอกจากจะเปิดช่องให้ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกสรร โดยที่ประชุมเจ้าหนี้แล้ว จากแนวคิดที่ว่าเมื่อกิจการมีหนี้สินล้นพ้นตัวแสดงว่าในทางความเป็นจริงแล้วลูกหนี้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไป ส่งผลให้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้สิ้นสุดลง เจ้าหนี้ก็จะเป็นผู้ที่เข้ามามีบทบาทมากขึ้น โดยจะเห็นได้จากแนวคิดทางกฎหมายเรื่องการแบ่งปันหรือจัดสรรสิทธิให้แก่เจ้าหนี้กรณีที่เกิดการล้มละลาย ยึดแนวคิดที่มีหลักการว่า ผู้ถือหุ้นมีกรรมสิทธิ์ในบริษัทเป็นรายสุดท้าย หลังจากเจ้าหนี้และผู้เกี่ยวข้องอื่นๆ และหลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้ (Best Interest of the Creditor) นอกจากนั้น ตามข้อเสนอแนะในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ยังได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่ดีที่เกี่ยวกับการให้ความสำคัญกับเจ้าหนี้ไว้ในเรื่อง การ

ดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (equitable treatment) ต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน เรื่องการดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน และการยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อนด้วย ดังนั้น ตามกฎหมายล้มละลายผู้บริหารแผนจึงต้องจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของ “เจ้าหนี้” ซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์ (beneficiaries) ประกอบกับผู้บริหารแผนต้องบริหารกิจการภายใต้สถานการณ์ที่บริษัท มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือ ประสบภาวะทางการเงิน อันแตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มีวัตถุประสงค์ที่จะใช้กับบริษัทที่มีได้ประสบปัญหาทางการเงิน โดยจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์การนำหุ้นสามัญเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ จะมีการพิจารณาทั้งจากคุณสมบัติของหุ้นสามัญและคุณสมบัติของบริษัทที่ยื่นคำขอ ซึ่งในการพิจารณาจะดูจากผลการดำเนินงานของบริษัทที่จะต้องมีผลกำไรตามที่กำหนดไว้ด้วย แสดงให้เห็นว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่จะเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ จะต้องเป็นบริษัทที่มีผลประกอบการที่ดี ไม่ประสบปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งแตกต่างจากการที่บริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 นั้นลูกหนี้จะต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือ มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน และเป็นหนี้เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกัน เป็นจำนวนแน่นอนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท และมีเหตุสมควรและช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการ

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรณีที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้มีการบัญญัติมาตรา 89/22 โดยให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ และผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึงมาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับกับผู้บริหารแผนนั้น จึงไม่สามารถอนุโลมใช้ได้ทุกกรณี ประกอบกับการที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลัก Fiduciary duties ของบริษัทจดทะเบียนที่อยู่ระหว่างการฟื้นฟูกิจการให้มีความชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาการอนุโลมใช้ และการตีความ ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาการอนุโลมใช้หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

โดยจะเป็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับโดยอนุโลม ในการพิจารณามาตรฐานระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก ในเรื่อง “กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำ” ของผู้บริหารแผน ว่าผู้บริหารแผนควรมีระดับความระมัดระวังที่เท่ากันหรือควรจะต้องสูงกว่าเมื่อเทียบกับกรรมการบริษัท

และปัญหาปัจจัยในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวังของผู้บริหารแผน
มาตรา 89/9 ว่านอกจากปัจจัยในเรื่อง ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผนขอบเขตความรับผิดชอบ
คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผนแล้ว
ควรต้องคำนึงถึงปัจจัยในเรื่องอื่นด้วยหรือไม่

นอกจากนั้นในเรื่องคำตอบแทนของผู้บริหารแผนเนื่องจากยังไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติ
ถึงอัตราคำตอบแทนของผู้บริหารแผน หรือวิธีการจ่ายค่าทำแผนไว้อย่างชัดเจน จึงอาจทำให้เกิด
ปัญหาการโต้แย้งเรื่องคำตอบแทนของผู้บริหารแผนได้ ซึ่งอาจเป็นข้อสงสัยหรือเป็นประเด็นได้ว่า
ผู้บริหารแผนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่

ส่วนในเรื่องหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต ก็มีประเด็นปัญหาการตีความว่าการกระทำ
การโดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” นั้น ผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึง
ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ตามแผน
ฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary
duties หรือไม่

(2) ปัญหาการอนุโลมใช้ในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้น

โดยจะมีปัญหาในเรื่องการทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัท
ย่อยตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 ว่าการทำธุรกรรมระหว่าง
ผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยควรจะต้องได้รับอนุมัติจาก “ศาล” แทนการขออนุมัติ
จากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย และคำว่า “บุคคลที่มีความ
เกี่ยวข้อง” ในฐานะบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ รวมถึง “เจ้าหนี้ และคู่สมรส
บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

(3) ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องการเปิดเผยข้อมูล

ในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหาขอบเขตการอนุโลมใช้บทบัญญัติในเรื่องการรายงานการมีส่วน
ได้เสีย ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 ว่าผู้บริหารแผนมีหน้าที่
ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อ “เจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

(4) ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องบทกำหนดโทษ

มีประเด็นปัญหาการตีความคำว่า “ผู้ใด” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาด
หลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 และคำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของ
นิติบุคคลนั้น” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 รวมถึง ผู้บริหาร
แผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วย
หรือไม่ อันส่งผลให้ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสน

บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 และต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 274 ประกอบมาตรา 199

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

ศึกษาในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจในการตีความและบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว พร้อมทั้งเพื่อให้ทราบประเด็นปัญหาของการนำเอาบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ และผู้บริหารแผนมาอนุโลมใช้กับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ในทางปฏิบัติจากการเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว เพื่อจะได้กำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนให้มีความชัดเจน และสอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันจะส่งผลให้เป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

เนื่องจากการได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ซึ่งการเพิ่มเติมดังกล่าวไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนให้มีความชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้และการตีความตามกฎหมายที่มีการเพิ่มเติม จึงมีความจำเป็นต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและลดอุปสรรคในการฟื้นฟูกิจการ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 โดยพิจารณาประกอบกับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลาย และหลัก Fiduciary duties ของผู้บริหารแผนในต่างประเทศด้วย เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้และการตีความ ตามกฎหมายที่มีการเพิ่มเติมดังกล่าว และเพื่อเป็นแนวทางให้มีการนำมากำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลัก Fiduciary duties อันจะส่งผลให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

เป็นแบบการวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ บทความ รายงาน วิทยานิพนธ์ และเอกสารของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ รวมถึงการค้นคว้าข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตด้วย โดยการศึกษาค้นคว้าข้างต้นนั้น เกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวกับหน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก Fiduciary duties ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551) และกฎเกณฑ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.6.1 ก่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจ ในการตีความและบังคับใช้ในเรื่องหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลัก Fiduciary duties ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551

1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาของการนำเอาบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ และผู้บริหารแผนมาอนุโลมใช้กับหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ที่ชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางให้มีการนำมา กำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลัก Fiduciary duties อันจะส่งผลให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการฟื้นฟูกิจการ และหน้าที่ ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามกฎหมายล้มละลาย

2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ

เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ ตามกฎหมายแล้วถือว่าลูกหนี้ผิดนัด โดยในสภาพปกติทั่วไปถ้าเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่สามารถตกลงกันเองได้ เจ้าหนี้มีช่องทางบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้และถ้ามีหลักประกันการชำระหนี้ก็อาจจะฟ้องให้ศาลบังคับจำนองและถ้าลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ อาจนำไปสู่กระบวนการและผลลัพธ์ 2 ขั้นตอนที่สำคัญในทางวิชาการเรียกว่าเป็นการให้บริษัทเลิกกิจการ (liquidation) มีการขายทรัพย์สินหรืออาจจะให้ผู้สนใจมาซื้อบริษัทไปในฐานะองค์กรที่มีความต่อเนื่อง (going concern) กระบวนการนี้อาจรวมไปถึงการที่เจ้าหนี้อาจฟ้องให้ลูกหนี้อยู่ในสถานภาพล้มละลาย (bankruptcy)

ในระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่เวลาบริษัทมีปัญหาทางการเงิน ไม่สามารถชำระหนี้ได้ที่เรียกว่า financial distress และมีจำนวนมากหรือเป็นทั้งระบบ เช่น ปัญหาที่เกิดขึ้นกับบริษัทในประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ระบบเศรษฐกิจไม่เอื้ออำนวยให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้ และไม่คุ้มที่จะนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย อีกทั้งบริษัทจำนวนมากแม้จะมีปัญหาทางการเงิน บริษัทจำนวนมากยังมีมูลค่าทางเศรษฐกิจในระยะยาว เจ้าหนี้และลูกหนี้ในแทบทุกประเทศ จึงมักเลือกวิธีการหาข้อตกลงร่วมกันที่จะให้กิจการที่มีปัญหาทางการเงินได้รับการฟื้นฟูให้สามารถดำรงอยู่ได้ในระยะยาว ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น มีการปรับโครงสร้างหนี้หรือปรับโครงสร้างกิจการกันใหม่ ซึ่งกระบวนการนี้เรียกว่า การฟื้นฟูกิจการ (reorganization หรือ rehabilitation)

การล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการนั้น สามารถอธิบายได้โดยใช้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ และจะมีผลต่อพฤติกรรมของผู้เกี่ยวข้องทั้งก่อน (Expost) และหลัง (Exante) จากที่บริษัทต้องแก้ปัญหาการล้มละลายทางการเงิน โดยทั่วไปกฎหมายแทบทุกประเทศจะมีลักษณะที่เน้นขั้นตอนกระบวนการ (Procedural) แก้ปัญหา เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและความยุติธรรม กฎหมายที่ดีควรจะเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดการแก้ปัญหาที่รวดเร็ว เมื่อกระบวนการเข้าสู่ศาล เพราะการแก้ปัญหายังช้าเท่าไร มูลค่าสินทรัพย์ของบริษัทก็ยิ่งจะลดลงมากเท่านั้น โดยเฉพาะเมื่อปัญหาวิกฤตทางการเงินเป็นทั้งระบบ บุริมสิทธิของเจ้าหนี้ควรคงอยู่เหมือนเดิม สิทธิของเจ้าหนี้ควรได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน อำนาจของเจ้าหนี้เสี่ยงส่วนใหญ่ควรมิบทบาทที่ซ้าด โดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจแม้ว่า

คงต้องยอมรับความจริงว่า บทบาทของศาลและกฎหมายเป็นบทบาทในการวางกรอบ และเป็นเวทีที่เจ้าหนี้ลูกหนี้ทุกฝ่ายมาต่อรอง ให้ข้อเท็จจริงต่อหน้าผู้พิพากษาในมูลค่าของบริษัท กฎหมายที่ดีควรเป็นกฎหมายที่ลูกหนี้และฝ่ายบริหารควรมีวินัยในการดำเนินธุรกิจ เช่น กรณีมีการกู้เงินเจ้าหนี้เมื่อบริษัทมีปัญหาทางการเงิน กลไกของระบบตลาดเสรีและกฎหมายที่ดีจะต้องให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้มีแรงจูงใจที่จะปล่อยสินเชื่อ อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ดีก็ควรจะสร้างวินัยและสร้างวัฒนธรรม การให้สินเชื่ออย่างมีประสิทธิภาพ โดยการออกแบบกฎหมายที่มีการรับความเสี่ยงร่วมกัน (Risk Sharing) จึงมีความสำคัญในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เช่น แนวคิดใน Chapter 11 ในประเทศสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าถ้าให้ฝ่ายลูกหนี้มีบทบาท ทั้งในการยื่นฟื้นฟูและบริหารในช่วงแรกๆ ลูกหนี้อาจมีแรงจูงใจในการแก้ปัญหาแต่เนิ่นๆ นอกจากนี้ฝ่ายจัดการของลูกหนี้ที่มีข้อมูลและรู้ปัญหาของบริษัทก็น่าจะสร้างมูลค่าที่ดีให้แก่บริษัท อย่างไรก็ตาม กรณียกของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประชุมของเจ้าหนี้ก็ยังคงมีการเห็นชอบกับแผน อีกแนวคิดหนึ่งก็คือแนวคิดที่ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้มาก เป็นแนวคิดดั้งเดิมในยุโรปและประเทศอังกฤษ ศาลมักใช้ดุลยพินิจว่าจะให้เลิกหรือฟื้นฟูกิจการ และมักเลือกผู้บริหารบริษัทที่เรียกว่า Insolvency Practitioner เป็นไปได้ว่าในระบบนี้บริษัทจำนวนหนึ่งอาจต้องปิดกิจการไปแทนที่จะได้รับการฟื้นฟูกิจการอย่างไม่น่าจะเป็น ขณะเดียวกันระบบของประเทศไทยก็มีการวิจัยเชิงประจักษ์¹ ซึ่งเห็นว่าบริษัทจำนวนมากควรถูกปิดกิจการมากกว่าได้รับการฟื้นฟูกิจการซึ่งจะลดต้นทุนและเพิ่มประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เชื่อกันว่ากฎหมายไทยอยู่ตรงกลางระหว่าง 2 ระบบขั้นต้น โดยมีบางประเด็นให้สิทธิเจ้าหนี้มาก ขณะเดียวกันก็มีบางเรื่องที่ถูกหนี้ได้ประโยชน์ด้วย เช่น ความสามารถในการรักษาระดับทุนของบริษัท แม้จะมีปัญหาหนี้สินล้มฟื้นตัวทางกฎหมาย¹

2.1.1 วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ ตามข้อเสนอแนะของ UNCITRAL

ในขณะที่สภาพกิจการไม่สามารถดำรงอยู่ต่อไป ความจำเป็นที่จะต้องจัดการกับสินทรัพย์ที่เหลืออยู่ของกิจการจึงต้องมีมาตรการในการจัดการที่เหมาะสมและเป็นธรรม กฎหมายล้มละลายในยุคปัจจุบันมีวัตถุประสงค์ที่ยอมรับกันว่า กฎหมายล้มละลายต้องสอดคล้องกับแนวทางดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายล้มละลายจะต้องมีกระบวนการจัดการที่ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมและคาดหมายได้

¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-12.

ความคิดในเรื่องนี้ถือเป็นความคิดดั้งเดิมที่ใช้ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในเชิงการล้มละลาย (Liquidation) ในช่วงเวลาที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่ไม่เพียงพอชำระแก่เจ้าหนี้ทั้งหมดได้นั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดการทรัพย์สินที่ดี และกลไกนั้นจะต้องมีความแน่นอนและเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ ทั้งนี้เพราะการจัดการที่เป็นธรรมและแน่นอนจะทำให้เจ้าหนี้ได้ทราบว่าตนจะได้รับชำระหนี้ที่ให้แก่ลูกหนี้ไปอย่างไร ความชัดเจนในเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องดูสถานะของเจ้าหนี้ในกฎหมายหลายๆ ประเทศ

ความสำคัญของการจัดแบ่งทรัพย์สินอย่างเป็นทางการและมิกลไกที่ชัดเจนและแน่นอนแก่เจ้าหนี้จะทำให้เกิดความชัดเจนในการคำนวณต้นทุนในทางการค้า เพราะการให้สินเชื่อแก่ธุรกิจการค้าจำเป็นต้องคำนวณให้เห็นถึงต้นทุนในการดำเนินการที่ชัดเจน การที่กิจการที่ดำเนินอยู่จะประสบปัญหาความมีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นปัจจัยประการหนึ่ง ในทางธุรกิจที่ต้องคาดการณ์ไว้และการพิจารณาถึงความเสี่ยงในการที่จะได้รับคืนซึ่งทรัพย์สินในกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่สำคัญแก่เจ้าหนี้เป็นอย่างมาก กฎเกณฑ์ในเรื่องอัตราส่วนแบ่งและลำดับการชำระหนี้ต้องมีใช้เรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้ดุลยพินิจ กฎหมายในแต่ละประเทศจึงต้องมีการบัญญัติโดยชัดเจนเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายว่า จะมีการปฏิบัติต่อผู้ครุณิทุกฝ่ายอย่างไร จะนำทรัพย์สินของลูกหนี้มาแปรให้เป็นเงินเพื่อชำระแก่เจ้าหนี้ได้อย่างไรบ้าง รวมทั้งในกระบวนการนี้จะต้องสามารถคาดหมายได้ว่าจะได้รับชำระหนี้คืนในเงื่อนเวลาใดด้วย

(2) กฎหมายล้มละลายจะต้องมีกลไกในการทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สิน

ในแง่ของการบริหารจัดการของกฎหมายล้มละลายนั้นมีวิธีการที่จะต้องแสวงหาผลประโยชน์สูงสุดในสถานะที่กิจการมีปัญหาด้านหนี้สิน การจัดการในแง่ของการล้มละลายเพื่อแบ่งชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้เกิดความแน่นอนและเจ้าหนี้ไม่ต้องใช้กระบวนการบังคับชำระหนี้ในทางแพ่งกันทุกคน ทำให้ลดภาระค่าใช้จ่ายลงและยังลดปัญหาความสูญเสียในระหว่างกระบวนการบังคับชำระหนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายล้มละลายในทุกประเทศยังต้องมีกลไกที่สร้างขึ้นเป็นพิเศษเพื่อที่จะเพิ่มพูนกองทรัพย์สินด้วย ซึ่งอาจเป็นไปได้ในลักษณะการติดตามทวงถามทรัพย์สินที่ถูกยกย้ายจำหน่ายออกไปโดยทุจริต หรืออาจเป็นการติดตามการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ตั้งใจทำให้แก่เจ้าหนี้ที่ชอบพอกันจนทำให้มีลักษณะเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้บางราย หรือวิธีการอื่นๆ ก็ได้ แนวทางที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปก็คือ ในกระบวนการล้มละลายควรมีมาตรการในลักษณะนี้เพื่อเพิ่มพูนกองทรัพย์สินให้ได้มากที่สุดและมาตรการที่ยอมรับกันมากได้แก่การสร้างมาตรการทวงหนี้จากลูกหนี้ของลูกหนี้โดยไม่ต้องให้มีการฟ้องคดี การกำหนดวิธีการเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉล การกำหนดวิธีการเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น และกระบวนการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นภาระเกินควร

(3) กฎหมายล้มละลายจะต้องเปิดโอกาสให้มีการปรับโครงสร้างกิจการหรือฟื้นฟูกิจการในกรณีที่เหมาะสม

กระบวนการล้มละลาย (Liquidation) ภายใต้กฎหมายล้มละลาย แม้จะมีประโยชน์และทำให้เกิดความแน่นอนทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้โดยเร็ว แต่ในบางครั้งวิธีการดังกล่าวอาจไม่เหมาะสม หากว่ากิจการที่ต้องประสบปัญหาดังกล่าวยังมีโอกาสที่จะสามารถอยู่รอดต่อไปได้ เช่น ตัวกิจการเองอาจจะยังมีช่องทางในการกลับฟื้นคืนมาในอนาคตหรือตัวกิจการเองมีกำไรในการผลิตอยู่บ้างแต่ไม่สามารถจะนำผลกำไรที่ไม่มากไปชำระหนี้รวมถึงภาระดอกเบี้ยที่ทับถมกันมาเป็นต้น ในกิจการที่ยังอาจมีช่องทางที่จะอยู่รอดต่อไปได้นี้ หากนำกระบวนการล้มละลายหากนำกระบวนการล้มละลายในลักษณะการชำระบัญชีเข้ามาหยุดกิจการไปและนำทรัพย์สินมาแบ่งชำระหนี้ อาจก่อให้เกิดผลเสียขึ้นในทางเศรษฐกิจทั้งมหภาคและจุลภาค เพราะการหยุดกิจการที่ยังมีโอกาสดำเนินการต่อไปได้ย่อมจะเกิดความสูญเสียที่อาจมองไม่เห็นเด่นชัดในแง่ตัวเงิน แต่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ภาวะการตกงานเลิกจ้างของลูกจ้างในองค์กร ภาวะการสูญเสียภาษีอากรในทางอ้อมของประเทศ ภาวะที่ต้องไปจัดตั้งองค์กรใหม่แทนองค์กรเดิมที่ถูกชำระบัญชี ความสูญเสียในเชิงการลงทุนเพื่อพัฒนาแรงงานและอื่นๆ

ด้วยเหตุเช่นนี้ในหลายประเทศได้มีการพัฒนากฎหมายล้มละลายให้เปิดช่องทางภายใต้กระบวนการล้มละลายที่จะสามารถรักษากิจการในกลุ่มนี้ไว้ โดยสร้างมาตรการที่จะทำให้มีการปรับโครงสร้างของกิจการ (Reorganisation) การฟื้นฟูกิจการ (Rehabilitation) ขึ้น โดยจะเปิดโอกาสให้มีการปรับโครงสร้างหนี้ โครงสร้างทุน โครงสร้างการบริหารจัดการได้ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมาย และในระหว่างนี้รวมถึงหลังจากการล่องพ้นการดำเนินการตามกระบวนการตัวกิจการก็จะไม่ถูกชำระบัญชีไป ข้อสำคัญสำหรับการใช้กระบวนการปรับโครงสร้างกิจการคือ มาตรการนี้เหมาะสำหรับกิจการที่ยังมีช่องทางที่จะทำกำไรต่อไปในอนาคตเท่านั้น ไม่ใช่กระบวนการที่จะสามารถนำมาใช้ได้ในทุกกรณี

ในส่วนของ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Laws) นั้นได้ให้ความเห็นชอบต่อร่างข้อเสนอแนะในการออกกฎหมายล้มละลาย (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) ไว้ในการประชุมสมัยที่ 37 ที่นครนิวยอร์ก ระหว่างวันที่ 14-25 มิถุนายน 2547 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่ดีไว้ 9 ประการ คือ²

²วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิศิษฐ์สรอรรถ, 2547), หน้า 5-8.

(1) การสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

กฎหมายล้มละลายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการช่วยให้ประเทศต่างๆ สามารถบรรลุประโยชน์และหลีกเลี่ยงการรวมกันระหว่างระบบการเงินของประเทศกับระบบการเงินระหว่างประเทศ โดยกฎหมายและหน่วยงานดังกล่าวควรส่งเสริมในเรื่องการปรับปรุงโครงสร้างของธุรกิจที่สามารถดำรงอยู่ได้ และการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปิดกิจการและการโอนทรัพย์สินของธุรกิจที่ประสบความล้มเหลว และอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินทุนสำหรับการเริ่มต้นใหม่ของธุรกิจและการฟื้นฟูกิจการ รวมทั้งช่วยให้การประเมินความเสี่ยงของการให้สินเชื่อสามารถกระทำได้ ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ดังนั้นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายในเรื่องนี้จึงควรได้รับการดำเนินการเพื่อเสริมสร้างความแน่นอนในตลาดและส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

(2) การเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด

เนื่องจากการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุดจะช่วยให้มีการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยรวมได้มากยิ่งขึ้นและลดภาระของการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของกิจการ ดังนั้นผู้เข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายจึงควรมีแรงจูงใจอย่างมากในการดำเนินการให้ทรัพย์สินมีมูลค่าสูงสุด เพราะการบรรลุเป้าหมายนี้มักนำไปสู่การบรรลุความสมดุลของการกระจายความเสี่ยงระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในการบวนการล้มละลาย ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนธุรกรรมที่ผ่านมา สามารถทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันและเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการเอามูลค่าของทรัพย์สินกลับคืนมาเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทุกราย ในขณะเดียวกัน การเพิกถอนดังกล่าว สามารถทำลายความสามารถในการคาดการณ์ได้ถึงความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งมีความสำคัญต่อการตัดสินใจในการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างจุดมุ่งหมายที่ต่างกันของกระบวนการล้มละลาย ในทำนองเดียวกัน ก็มีความจำเป็นในการสร้างความสมดุลระหว่างการล้มละลายที่รวดเร็วกับการใช้ความพยายามในระยะยาวในการฟื้นฟูกิจการซึ่งอาจก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มแก่เจ้าหนี้ และความสมดุลระหว่างความต้องการเงินลงทุนใหม่เพื่อรักษาหรือเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินกับผลกระทบและต้นทุนของการลงทุนใหม่ที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียในปัจจุบัน รวมทั้งความสมดุลระหว่างบทบาทที่แตกต่างกันของผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลยพินิจของผู้แทนในคดีล้มละลายกับขอบเขตที่เจ้าหนี้สามารถต่อต้านการใช้ดุลยพินิจนั้น เพื่อคุ้มครองกระบวนการทางกฎหมาย และเพื่อให้เกิดมูลค่าสูงสุด

(3) การสร้างความสมดุลระหว่างการล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการ

วัตถุประสงค์หลักในเรื่องการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงสุดนั้น มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการบรรลุความสมดุลในกฎหมายล้มละลายระหว่างการล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการ โดยกฎหมายล้มละลายจำเป็นต้องสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ระหว่างการรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสั้นผ่านทางทางการล้มละลาย ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้มีประกันเลือก กับการรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของธุรกิจของลูกหนี้ โดยวิธีการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน และลูกหนี้เลือก การบรรลุซึ่งสมดุลดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อข้อพิจารณาทางด้านนโยบายสังคมอื่นๆ อาทิเช่น การสนับสนุนการพัฒนาของชนชั้นผู้ประกอบการและปกป้องการจ้างแรงงาน ทั้งนี้กฎหมายล้มละลายควรมีวัตถุประสงค์รวมถึงความเป็นไปได้ของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้เป็นทางเลือกแทนการล้มละลาย ซึ่งเจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ไม่น้อยกว่าในกรณีของการล้มละลาย โดยที่เจ้าหนี้ไม่สมัครใจ และคุณค่าของลูกหนี้ต่อสังคมและต่อเจ้าหนี้อาจเพิ่มพูนให้สูงค่าได้อย่างมากโดยการยินยอมให้ลูกหนี้ดำเนินกิจการต่อไป โดยการดำเนินการดังกล่าวตั้งอยู่บนทฤษฎีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ว่า การดำรงรักษาไว้ซึ่งองค์ประกอบที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อธุรกิจอาจทำให้ได้มูลค่าที่สูงกว่าการแยกจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวออกเป็นส่วนๆ โดยกฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้มีการแปลงรูปแบบของกระบวนการหนึ่งไปสู่อีกกระบวนการหนึ่งตามสภาวะการณ์ที่เหมาะสมด้วย เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ากระบวนการในกฎหมายล้มละลายจะไม่ถูกใช้ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ และมีวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ปัญหาทางการเงินของลูกหนี้

(4) การดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (equitable treatment) ต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน

วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้นตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าในกระบวนการทางกฎหมายโดยรวม เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยได้รับส่วนแบ่งการชำระหนี้ตามลำดับหนี้และส่วนได้เสียในหนี้ของตน วัตถุประสงค์หลักดังกล่าวนี้ ยอมรับว่าเจ้าหนี้ทุกรายไม่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน แต่ควรได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่สะท้อนถึงการต่อรองที่แตกต่างกันออกไป ที่มีระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม ประเด็นข้างต้นอาจไม่เป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เมื่อเป็นกรณีที่ไม่มีสัญญาเกี่ยวกับหนี้ โดยเฉพาะจะจงกับลูกหนี้ เช่น ในกรณีของผู้เรียกร้องค่าเสียหายในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม และหน่วยงานราชการด้านภาษี แม้ว่าการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันอาจจะถูกแก้ไข ดัดแปลงโดยนโยบายด้านสังคมเกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้ก่อน และการหลีกเลี่ยงให้แก่ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือผู้ส่วนได้เสียที่มีสิทธิในลำดับก่อน ตัวอย่างเช่นที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม

ก็ตามหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันก็ยังคงความสำคัญอยู่ โดยการดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่าการจัดลำดับการชำระหนี้ให้ก่อนของเจ้าหนี้ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกันมีผลต่อสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มในลักษณะเดียวกัน

ทั้งนี้ นโยบายว่าด้วยการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันครอบคลุมในหลายด้านของกฎหมายล้มละลาย รวมถึงการใช้วิธีการพักการดำเนินคดีหรือการระงับชั่วคราว การกำหนดเรื่องการระงับการกระทำและธุรกรรมและการฟื้นฟูมูลค่าของทรัพย์สินในคดีล้มละลาย การจัดกลุ่มของหนี้ วิธีการออกเสียงลงคะแนนในการฟื้นฟูกิจการและกลไกในการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ ดังนั้นกฎหมายล้มละลายควรแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับกลั่นแกล้งและความลำเอียงที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความยุ่งยากทางการเงิน โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น บัญญัติให้สามารถบอกล้างการกระทำและธุรกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่เท่าเทียมกันของเจ้าหนี้ได้

(5) การให้มีการแก้ไขปัญหาการล้มละลายด้วยวิธีการที่ทันต่อเหตุการณ์ มีประสิทธิภาพและเป็นกลาง

ปัญหาการล้มละลายควรได้รับการจัดการและแก้ไขในลักษณะที่เป็นระเบียบ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เพื่อหลีกเลี่ยงการสะดุดหยุดลงอย่างเกินควรของธุรกิจและกิจกรรมของลูกหนี้ และเพื่อลดค่าใช้จ่ายของการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายให้มีจำนวนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้ การบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและในเวลาอันเหมาะสมจะช่วยสนับสนุนวัตถุประสงค์ในการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด ในขณะที่ความเป็นกลางจะช่วยสนับสนุนเป้าหมายของการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน โดยกระบวนการทั้งหมดจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาด้วยความรอบคอบเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยไม่ทำให้ขาดความคล่องตัวในการดำเนินการ ในขณะเดียวกัน ควรให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่งกับการล้มละลาย ของธุรกิจที่ไม่อาจดำรงอยู่ต่อไปได้ และที่ไม่มีประสิทธิภาพ และความอยู่รอดของธุรกิจที่มีประสิทธิภาพและมีศักยภาพในการดำเนินต่อไปได้

การแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ด้วยความรวดเร็วและเป็นระเบียบสามารถส่งเสริมให้เกิดขึ้นได้ด้วยกฎหมายล้มละลายที่สามารถเข้าถึงกระบวนการล้มละลายได้ง่าย โดยการอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (objective criteria) โดยจัดให้มีวิธีการที่สะดวกในการระบุ เก็บ รักษา และเอาคืนซึ่งทรัพย์สินและสิทธิที่ควรนำมาใช้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งอำนวยความสะดวกต่อการเข้าร่วมของลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยให้มีความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จัดให้มีโครงสร้างที่เหมาะสมสำหรับการดูแลและบริหารกระบวนการล้มละลาย รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญและสถาบันต่างๆที่เกี่ยวข้อง และมีผลให้มีวิธีการแก้ไขภาวะและความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้อย่างมีประสิทธิภาพ

(6) การดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน

กฎหมายล้มละลายควรรักษาทรัพย์สินและขีดขวางการแยกทรัพย์สินของลูกหนี้ออกเป็น ส่วนๆ ก่อนเวลาที่เหมาะสมโดยเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดที่ทำการบังคับชำระหนี้ของตน เนื่องจากการ กระทำดังกล่าวมักจะเป็นการลดมูลค่าโดยรวมของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่สำหรับการชำระ หนี้ต่างๆ ที่ลูกหนี้มีและอาจขีดขวางการฟื้นฟูกิจการหรือการขายธุรกิจบนหลักการที่ให้ธุรกิจยังคง ดำเนินอยู่ต่อไป การพักการดำเนินคดีที่เจ้าหนี้ยื่นฟ้องทำให้ลูกหนี้มีเวลาในการดำเนินการต่างๆ และทำให้สามารถตรวจสอบสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้อย่างถูกต้องเหมาะสม และ สนับสนุนให้เกิดการเพิ่มมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินของลูกหนี้และการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ด้วยความเท่า เทียมกัน ทั้งนี้ อาจจำเป็นต้องมีกลไกบางประการในการสร้างความมั่นใจว่า การพักการดำเนินคดีไม่ กระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

(7) การสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ และเป็นกฎหมายที่ให้แรงจูงใจในการเก็บรวบรวมและกระจายข้อมูล

กฎหมายล้มละลายควรมีความโปร่งใสและคาดการณ์ได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ที่อาจจะให้กู้และ เจ้าหนี้สามารถเข้าใจการดำเนินการของกระบวนการล้มละลายและสามารถประเมินความเสี่ยง เกี่ยวกับฐานะของตนในฐานะเจ้าหนี้หากเกิดการล้มละลาย อันจะเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพใน ด้านความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ และส่งเสริมการให้กู้เงินและการลงทุนโดยมีอัตราค่าเสี่ยงภัยที่ ต่ำลง ทั้งนี้ ความโปร่งใสและการสามารถคาดการณ์ได้จะทำให้เจ้าหนี้สามารถได้รับความกระจ่าง เกี่ยวกับลำดับของการชำระหนี้ หลีกเลี่ยงข้อพิพาทโดยการให้รายละเอียดเกี่ยวกับสถานการณ์ซึ่ง สามารถใช้เป็นข้อมูลในการประเมินสิทธิและความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้อง และช่วยกำหนดขอบเขต ของการใช้ดุลยพินิจใดๆ การใช้กฎหมายล้มละลายในลักษณะที่ไม่อาจคาดการณ์ได้อาจเป็นการ ทำลายไม่เฉพาะต่อความเชื่อมั่นของผู้ที่ร่วมในกระบวนการล้มละลาย แต่ยังจะทำลายความเต็มใจ ของบุคคลดังกล่าวในการให้สินเชื่อและการตัดสินใจลงทุนก่อนการเกิดการล้มละลาย ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรระบุอย่างชัดเจนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอื่นที่อาจมีผลกระทบ ต่อการดำเนินกระบวนการล้มละลายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับ แรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์และสัญญา กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายที่กระทบต่อ อัตราแลกเปลี่ยน การหักบัญชีและการหักกลบลบหนี้ การแปลงหนี้เป็นทุน และแม้แต่กฎหมายว่า ด้วยครอบครัวและการสมรส

กฎหมายล้มละลายควรสร้างความมั่นใจว่า มีข้อมูลที่พอเพียงเกี่ยวกับสถานะการณ์ของ ลูกหนี้ ควรมีมาตรการที่ให้แรงจูงใจในการกระตุ้นให้ลูกหนี้เปิดเผยฐานะของตนและในกรณีที เหมาะสม มีบทกำหนดโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว การมีข้อมูลเช่นว่านี้จะทำให้ผู้ที่มิ

ความรับผิดชอบในการบริหารและดูแลกระบวนการล้มละลาย คือ ศาลหรือหน่วยงานด้านการปกครอง ผู้แทนในคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้สามารถประเมินสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้ และพิจารณากำหนดวิธีการแก้ไขที่มีความเหมาะสมที่สุด

(8) การยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อน

การยอมรับและการบังคับใช้ในกระบวนการล้มละลายซึ่งสิทธิต่างๆ ที่แตกต่างกันที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย จะสร้างความแน่นอนอนให้เกิดขึ้นในตลาด และสนับสนุนการให้สินเชื่อ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิและลำดับการชำระหนี้ก่อนสำหรับเจ้าหนี้มีประกัน การมีหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบันและเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลายมีความสำคัญในการทำให้ผู้ให้กู้สามารถคาดการณ์เกี่ยวกับสถานการณ์และทำให้เกิดความมั่นใจว่าจะมีการใช้หลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน และทำให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการล้มละลาย รวมทั้งทำให้ผู้เข้าร่วมในกระบวนการทุกรายสามารถใช้มาตรการที่เหมาะสมในการจัดการกับความเสียหายของตน โดยการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนควรอาศัยการต่อรองในทางการค้าเป็นเกณฑ์เท่าที่จะเป็นไปได้ และไม่สะท้อนถึงประเด็นทางด้านสังคมและการเมืองที่อาจบิดเบือนผลของการล้มละลาย ดังนั้นลำดับของการชำระหนี้ก่อนที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของอำนาจต่อรองในทางการค้าควรมีน้อยที่สุด

(9) การกำหนดกรอบของการล้มละลายข้ามชาติ³

เพื่อส่งเสริมการประสานงานระหว่างประเทศต่างๆ และอำนวยความสะดวกต่อการให้ความช่วยเหลือในการบริหารจัดการกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับกรณีการล้มละลายข้ามชาติ รวมถึงการรับรองกระบวนการล้มละลายในต่างประเทศ โดยการนำเอากฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติมาใช้

2.1.2 แนวคิดและความเป็นมาของการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อบุคคลใดเป็นลูกหนี้ ย่อมต้องมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนสมบูรณ์ก็จะไม่เกิดปัญหาใดๆ ทั้งสิ้น แต่หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจมีสิทธิตามกฎหมายที่จะฟ้องร้องบังคับคดีให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เมื่อฟ้องร้องจนชนะคดีแล้ว ลูกหนี้ยังไม่ยอมชำระหนี้ เจ้าหนี้สามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับคดียึด

³แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ = (UNCITRAL) (กรุงเทพมหานคร: กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, 2550). หน้า 11-14.

ทรัพย์สินลูกหนี้ที่ออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยในกรณีนี้หากลูกหนี้มีทรัพย์สินมากพอที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้ แม้จะทำให้เจ้าหนี้เสียเวลาในการฟ้องคดีบ้าง แต่ท้ายที่สุดเจ้าหนี้ก็ได้รับชำระหนี้

แต่อย่างไรก็ดี กรณีนี้จะเป็นปัญหาเกิดขึ้นทันทีในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เพราะมีความสามารถในการชำระหนี้ คือ ลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สิน โดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้นั้นมีเจ้าหนี้ย่อยหลายราย หากเจ้าหนี้รายใดฟ้องร้องคดีต่อศาล เมื่อเจ้าหนี้รายนั้นชนะคดีก็จะบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้รายอื่นเสียเปรียบได้ อีกทั้งลูกหนี้เองก็อาจเลือกนำทรัพย์สินของตนที่มีไม่พอชำระหนี้ ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง อันจะทำให้เจ้าหนี้รายอื่นเสียเปรียบได้ นอกจากนี้หากมองในอีกแง่หนึ่งกรณีที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินนั้น อาจเป็นสภาพการณ์ในช่วงเวลานั้นเท่านั้น หากลูกหนี้ได้รับโอกาสก็อาจสามารถฟื้นความสามารถในการประกอบกิจการได้ อันทำให้ในท้ายที่สุดสามารถมีทรัพย์สินมากพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้ครบถ้วน

จากสภาพการณ์ข้างต้นทำให้ประเทศต่างๆ ตรากฎหมายล้มละลายขึ้นมาเพื่อใช้แก้ปัญหาดังกล่าวข้างต้น โดยกฎหมายล้มละลายนั้นเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลาย หรือเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ร้องขอให้ศาลสั่งให้ตนเป็นบุคคลล้มละลาย เพื่อให้ศาลเข้ามาพิจารณาออกคำสั่งให้การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ชำระให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรม โดยเจ้าหนี้รายใดมีจำนวนหนี้มากก็จะได้รับการเฉลี่ยชำระหนี้มากตามส่วน เมื่อจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้วแม้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนจำนวนหนี้ที่มีอยู่ กฎหมายล้มละลายก็ถือว่าหนี้นั้นเป็นอันจบสิ้นกันไป เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้สร้างตัวใหม่

กฎหมายล้มละลายข้างต้นนี้ ทำให้เห็นแนวคิดในเบื้องต้นว่า เป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ให้ได้รับความเป็นธรรมในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่ขณะเดียวกันก็ให้ชีวิตใหม่แก่ลูกหนี้ด้วย

แม้กฎหมายล้มละลายจะคุ้มครองเจ้าหนี้และให้ประโยชน์แก่ลูกหนี้แล้ว การล้มละลายนั้นบางครั้งยังสร้างผลกระทบต่อสังคมด้วย เพราะกรณีที่ลูกหนี้รายใดตกเป็นบุคคลล้มละลาย ซึ่งส่งผลให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนตามจำนวนที่เป็นหนี้ หากเจ้าหนี้รายใดมีลูกหนี้หลายรายและลูกหนี้หลายรายนั้นต่างตกเป็นบุคคลล้มละลาย ย่อมทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน ส่งผลให้เจ้าหนี้จำเป็นต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายรายต่อไปก็ได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดสภาพการณ์ดังกล่าว จึงได้เกิดมีแนวความคิดหนึ่งในกฎหมายล้มละลาย คือ แทนที่จะให้บุคคลต้องล้มละลาย ก็ใช้มาตรการเพื่อเสริมสร้างให้บุคคลนั้นสามารถยังคงดำเนินกิจการต่อไปได้จึงเกิดเป็นแนวคิดของกฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ เพื่อฟื้นฟูกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน

แต่ยังอยู่ในสภาพที่สามารถจะฟื้นฟูให้กลับมาดำเนินธุรกิจแสวงหากำไรต่อไปได้ตามปกติ มิให้บริษัทเหล่านั้นต้องเลิกกิจการหรือล้มละลาย อันไม่เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยที่เห็นได้ชัดก็คือการเกิดสภาพการว่างงานและการขาดการใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ทางธุรกิจให้คุ้มค่า เพราะทรัพย์สินของบริษัทต้องถูกขายไปในราคาที่ไม่สมควรเพื่อประโยชน์ในการแบ่งชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ ซึ่งนับว่าเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง และที่แน่นอนที่สุดก็คือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ของบริษัท โดยเฉพาะเจ้าหนี้รายเล็กๆ หรือเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ที่อาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย และท้ายที่สุดก็คือผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ต้องสูญเสียเงินลงทุนไปโดยเปล่าประโยชน์⁴

ดังนั้น ในหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส แอฟริกาใต้ ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และสิงคโปร์ ต่างก็มีแนวคิดของกฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ อาทิเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวคิดของกฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการนั้น ได้มีการพัฒนาขึ้นมาจากแนวคิดของกฎหมายล้มละลาย ซึ่งแต่เดิมกฎหมายล้มละลายมีขึ้นมาเพื่อเป็นการลงโทษบรรดาลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้ได้และเป็นการกีดกันให้บุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวออกจากสังคม ต่อมากฎหมายล้มละลายได้มีความมุ่งหมายที่จะหาทางให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้ได้มากที่สุด และให้ความคุ้มครองช่วยเหลือแก่ลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากการเป็นบุคคลล้มละลายด้วย เนื่องจากสถานะเศรษฐกิจของประเทศที่ตกต่ำและด้อยมีบุคคลที่ได้รับผลกระทบในด้านปัญหาทางการเงินอยู่จำนวนมาก จึงทำให้เกิดแนวความคิดในเรื่องการฟื้นฟูลูกหนี้ (Rehabilitation or Fresh Start) ที่ให้ลูกหนี้ได้เริ่มต้นชีวิตใหม่เป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของกฎหมายล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเนื่องจากการขาดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมของกฎหมายล้มละลาย ในมลรัฐนิวยอร์กจึงได้พัฒนารูปแบบการจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ โดยมีการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ไปยังบริษัทใหม่ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจต่อไป แนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับในศาลสูงของสหรัฐ ในเวลาต่อมาและแนวคิดดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ใน Bankruptcy Act 1933 ด้วย ประกอบกับเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1933 เป็นช่วงที่ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำทั่วไป ธุรกิจต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกาประสบกับภาวะขาดทุน มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมและยังส่งผลกระทบต่อตลาดหุ้น นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาการว่างงาน จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเพื่อพยุงธุรกิจให้

⁴ สุธีร์ สุกนิษฐ์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 230.

ดำเนินต่อไปได้และทำให้เกิดการจ้างงานขึ้น จึงเป็นเหตุให้กฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เพื่อเป็นทางออกอีกทางหนึ่งด้วย อย่างไรก็ตามในระยะแรกแนวคิดและกระบวนการในการฟื้นฟูกิจการดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องและไม่สามารถแก้ไขปัญหาการล้มละลายของลูกหนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังจะเห็นได้จากในช่วงปี ค.ศ. 1970 มีธุรกิจจำนวนมากในสหรัฐอเมริกาต้องประสบกับปัญหาในการดำเนินกิจการหลายบริษัทต้องล้มละลายและเลิกกิจการ สภานิติบัญญัติของสหรัฐได้จัดตั้งคณะทำงานขึ้นปรับปรุงแก้ไขกฎหมายล้มละลาย เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาในส่วนของ การฟื้นฟูกิจการมีการแก้ไขปรับปรุงจนกระทั่ง ในปัจจุบันกระบวนการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้ Bankruptcy Code 1978⁵

แนวความคิดเรื่องการฟื้นฟูลูกหนี้ (Rehabilitation or Fresh Start) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายใน 3 หลักการใหญ่ๆ คือ 1) การกำหนดกรอบของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (Estate) 2) การอนุญาตให้ทรัพย์สินบางประเภทเป็นข้อยกเว้นไม่ตกเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะนำมาแบ่ง (Exemption) และ 3) การอนุญาตให้ลูกหนี้ปลดเปลื้องจากบรรดาเจ้าหนี้ (Discharge) เมื่อผ่านกระบวนการล้มละลายแล้ว

แนวความคิดเรื่องการฟื้นฟูลูกหนี้ของสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นแนวความคิดหลักในกฎหมายล้มละลาย ดังนั้นบทบัญญัติในกฎหมายจึงมีลักษณะที่เอื้ออำนวยและให้โอกาสลูกหนี้ในการเริ่มต้นชีวิตใหม่ โดยหลังจากการที่ลูกหนี้ได้ละทิ้งทรัพย์สินทั้งหมดแก่ทรัพย์สิน เพื่อที่จะนำทรัพย์สินนั้นมาจัดสรรแบ่งชำระให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ลูกหนี้ก็จะมีโอกาสในการเริ่มต้นทำสิ่งอื่น ตามหลักการฟื้นฟูลูกหนี้ถือว่าการเริ่มต้นใหม่ทางการเงินหลังจากที่ได้จัดการกับกองทรัพย์สินแล้วและได้จัดการกับหนี้ทั้งหมดด้วย ซึ่งเหตุผลหลักในการช่วยเหลือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ในพระราชบัญญัติล้มละลายนี้จัดว่าเป็นทฤษฎีทางศีลธรรมหนึ่งของกฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายล้มละลายนั้นพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุผลทางศีลธรรมที่จะช่วยเหลือลูกหนี้เพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้ คือ เพื่อช่วยเหลือบุคคลที่ตกอยู่ในสภาวะที่ถูกบีบบังคับทางการเงินซึ่งเหตุผลทางศีลธรรมของหลักการฟื้นฟูลูกหนี้ได้ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรมในการแบ่งสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งต้องขึ้นอยู่กับภาระกระทำของลูกหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้ด้วย โดยหลักการฟื้นฟูลูกหนี้ที่มุ่งที่จะคุ้มครองลูกหนี้ที่สุจริตในการกลับไปเริ่มชีวิตใหม่โดยหลุดพ้นจากนี้เดิม

⁵ดรณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 7.

ส่วนในประเทศอังกฤษกฎหมายล้มละลายได้เข้าสู่ประเทศอังกฤษในช่วงปี ค.ศ.1542 โดยมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันเป็นบุคคลล้มละลาย “Act Against Such Persons As Do Make Bankruptcy” กฎหมายล้มละลายฉบับนี้ใช้เฉพาะลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าและเป็นการฟ้องคดีโดยไม่สมัครใจเพียงอย่างเดียว หากลูกหนี้รายใดที่เป็นพ่อค้ามีพฤติกรรมตามที่กฎหมายกำหนด บรรดาเจ้าหนี้ก็จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อ Lord Chancellor เพื่อตั้งคณะกรรมการให้มีอำนาจรวบรวมทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้และขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้ตามจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละราย ฉะนั้น แนวคิดกฎหมายล้มละลายในยุคนี้จึงมีลักษณะที่ต้องการแต่จะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ให้ได้มากที่สุด โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชีพหรือไม่ ลูกหนี้เหล่านี้จึงไม่สามารถประกอบอาชีพใดๆ ได้เลยจนถึงเสมือนว่า “ตายในทางแพ่ง”

การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษอยู่ในช่วง ค.ศ. 1705 เป็นช่วงกฎหมายล้มละลายในยุคที่สอง เนื่องจากแนวความคิดเดิมนั้น วิธีการจัดการกับบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นเหตุให้บุคคลนั้นไม่สามารถที่จะกลับมาประกอบอาชีพใดๆ ได้อีกอันเป็นการสูญเสียทรัพยากรบุคคล ซึ่งบุคคลเหล่านี้ล้วนแต่เป็นพ่อค้าซึ่งทำกิจการค้าขาย จึงมีความสามารถในการประกอบอาชีพค้าขายโดยเฉพาะ หากกำจัดบุคคลเหล่านี้ออกจากสังคมจะทำให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจการค้า กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษจึงได้มีการบัญญัติให้มีการปลดหนี้ล้มละลายขึ้น (Discharge) โดยบทบัญญัติว่าด้วยการปลดหนี้ในขณะนั้น กำหนดนโยบายให้เป็นมาตรการเพื่อตอบแทนการให้ความร่วมมือของลูกหนี้ที่ยอมเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด ยอมสละทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้เจ้าหนี้ และปฏิบัติตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนด นอกจากนี้ยังสร้างแรงจูงใจให้กับลูกหนี้เพิ่มขึ้นไปอีก ด้วยการตอบแทนคืนให้ลูกหนี้ในอัตราร้อยละ 5 ของมูลค่าทรัพย์สินที่ลูกหนี้รวบรวมมาในคดีเพื่อประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ ในทางตรงกันข้าม หากพ่อค้าที่เป็นลูกหนี้รายใดไม่ให้ความร่วมมือในการรวบรวมทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้เจ้าหนี้ในคดี อาจจะได้รับโทษอย่างรุนแรงถึงขั้นตัดสินประหารชีวิต แนวคิดการปลดหนี้ล้มละลายดังกล่าวมุ่งหวังให้มีการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว สถานะของเจ้าหนี้ผู้ซึ่งไม่ได้รับการชำระหนี้ คู่สัญญาอื่นๆ ของลูกหนี้ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องรวมถึงตัวลูกหนี้จะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์และกระบวนการตามกฎหมายพิเศษ คือ กระบวนการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน Insolvency Act 1986 โดยกฎหมายพิเศษนี้จะคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยมีการรวบรวมสิทธิเรียกร้องที่พิพาททั้งหมดของเจ้าหนี้มาจัดลำดับชั้นของเจ้าหนี้ไว้ และมีกระบวนการที่จะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ให้ได้มากที่สุด เพื่อที่จะนำทรัพย์สินที่ได้มานั้นแบ่งสรรแก่บรรดาเจ้าหนี้

แม้ว่ากฎหมายล้มละลายในช่วงนี้จะผ่อนคลายความรุนแรงลงไปในเรื่องของการลงโทษลูกหนี้ แต่เนื่องจากระบบเศรษฐกิจที่มีความซับซ้อนมากขึ้น การที่จะทำธุรกิจการค้าย่อมต้องดำเนินไปด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง แต่ถึงแม้ผู้ประกอบการจะมีความพยายามจัดการต่อธุรกิจเพียงใดก็อาจมีเหตุปัจจัยต่างๆ ที่ทำให้ธุรกิจมีปัญหาเกิดขึ้นได้ แนวโน้มที่สูงขึ้นในภาวะที่มีการล้มเหลวทางเศรษฐกิจการเงินนั้นจะก่อให้เกิดความวุ่นวายและความเสียหายในทางธุรกิจได้ ดังนั้นจึงมีการพัฒนากฎหมายให้มีกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการที่จะจัดการกับสภาวะการล้มของการมีหนี้สินส่วนตัว คือ Insolvency Law โดยได้มีการพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ จากตอนแรกที่มีความรุนแรงและไม่ยืดหยุ่น เปรียบเสมือนเป็นการลงโทษต่อลูกหนี้ มาเป็นแนวคิดที่จะฟื้นฟูลูกหนี้ (Rehabilitation) แต่ก็ยังคงรักษาผลประโยชน์ของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายด้วย⁶

สำหรับประเทศออสเตรเลียนั้น กฎหมายล้มละลาย (Insolvency Law) มีการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปในช่วงระยะเวลาที่ยาวนาน เพื่อที่จะทำการตกลงกับลูกหนี้ที่หนี้สินส่วนตัว กล่าวคือ เป็นผู้ซึ่งไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของตนได้ ซึ่งลูกหนี้เหล่านั้นอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นบริษัท หรือนิติบุคคลก็ได้ โดยที่หลักการทั่วไปในการตกลงกับบุคคลธรรมดาผู้ซึ่งมีหนี้สินส่วนตัว กับบริษัทที่มีหนี้สินส่วนตัวนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมากในการปรับใช้กฎหมายในแต่ละกรณี ในส่วนของคำว่า “หนี้สินส่วนตัว (Insolvent)” นั้นต่อมาได้ถูกเรียกว่า “การล้มละลาย (Bankrupt)” และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ใน Bankruptcy Act 1966 (Cth) ในส่วนของการล้มละลายขององค์กรธุรกิจนั้น ได้มีการกำหนดคกฏเกณฑ์ขึ้น โดย external administration ซึ่งได้กำหนดไว้ใน Chapter 5 ของ Corporation Act 2001⁷ ในส่วนของการฟื้นฟูกิจการนั้น ในปี 1993 ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยหลักเกณฑ์ได้ถูกกำหนดอยู่ใน Part 5.3A หรือ Voluntary Administration ของ Corporation Act 2001 ซึ่งมีขั้นตอนที่ชัดเจนในเรื่องการฟื้นฟูกิจการอยู่ 2 ส่วน คือ ส่วนของการแต่งตั้งผู้บริหารแผน (administrator) และ ส่วนของการประชุมเจ้าหนี้ซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับอนาคตของบริษัท เมื่อหลักการฟื้นฟูกิจการได้ถูกกำหนดขึ้นในปี 1993 ก็ได้กลายเป็นเรื่องที่ได้รับการนิยมนำมาใช้ โดยจากข้อมูลของ Australian Securities and Investment Commission (ASIC) พบว่าในปี 2006 มีการขอฟื้นฟูกิจการทั้งหมด 2,678 ราย โดยวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการฟื้นฟูกิจการก็คือ การเพิ่มโอกาสของ

⁶ไพโรจน์ วงศ์วิภานนท์ และคนอื่นๆ, บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร: คณะผู้วิจัยฝ่ายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; คณะผู้วิจัยศาลล้มละลายกลาง, 2545), หน้า 25-27.

⁷Phillip Lipton and Abe Herzberg, Understanding company law, 14th ed. (Pyrmont, NSW: Lawbook Co., 2008), p. 588.

บริษัทหรือธุรกิจที่ยังคงดำเนินกิจการต่อไปได้ ให้บรรลุเป้าหมายในการชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ได้มากกว่าการที่ปล่อยให้กิจการล้มละลาย⁸

สำหรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการในประเทศไทยนั้น จากการที่ประเทศไทยต้องประสบปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา อันเป็นผลมาจากการถูกโจมตีค่าเงินบาท อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศตกต่ำเป็นประวัติการณ์ ตลาดทุนได้รับผลกระทบอย่างรุนแรง ทำให้เงินทุนไหลออกนอกประเทศเป็นจำนวนมาก รัฐบาลต้องสั่งปิดสถาบันการเงินหลายแห่ง เนื่องจากมีหนี้สินที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนมหาศาล ธุรกิจต่างๆ ได้รับผลกระทบกับอัตราแลกเปลี่ยนและขาดเงินทุนหมุนเวียนอย่างมาก สถาบันการเงินที่ยังดำรงอยู่ก็ระมัดระวังในการให้สินเชื่อเพราะเกรงว่าจะเกิดปัญหาหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ซ้ำซ้อนขึ้นอีก ธุรกิจรายได้ที่ยังแข็งแกร่งมีพื้นฐานดียังสามารถดำเนินการต่อไปได้ แต่ในขณะเดียวกันธุรกิจที่อาศัยเพียงสินเชื่อสถาบันการเงินย่อมขาดสภาพคล่องอย่างรุนแรงและต้องประสบปัญหาหนี้สินล้นพ้นตัว ส่งผลกระทบแก่ธุรกิจอื่นที่เป็นคู่ค้าอย่างเป็นลูกโซ่ ธุรกิจบางอย่างซึ่งนับเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมต่างประสบปัญหาทางการเงินจนถูกฟ้องล้มละลายไปอย่างน่าเสียดาย ผู้คนต้องว่างงาน ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอย่างมากมาย แม้ลูกหนี้อาจกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้มาแก้ไขปัญหาในกิจการในขณะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่หนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินไปแก้ปัญหานี้ก็อาจเป็นหนี้ที่ไม่อาจชำระได้ในคดีล้มละลายเมื่อเจ้าหนี้รู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัว ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 94(2) เดิมก่อนแก้ไขโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2542 มาตรา 25 จึงไม่มีเจ้าหนี้รายใดยอมให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินไปแก้ไขปัญหานี้ในกิจการจนในที่สุดลูกหนี้ก็ล้มละลายไปในที่สุด

เดิมทีประเทศไทยมีกฎหมายหลักที่กำหนดคกฏเกณฑ์ในการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งในระยะเริ่มต้นมีบทบัญญัติที่เน้นหนักไปในด้านการชำระบัญชี ไม่มีบทบัญญัติในส่วนของการฟื้นฟูกิจการอันเป็นแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ กล่าวคือกฎหมายล้มละลายมุ่งเน้นในเรื่องการฟ้องล้มละลายหรือการบังคับขายทรัพย์สินของลูกหนี้นำมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย แต่ในความเป็นจริงเจ้าหนี้จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้้น้อยมาก เนื่องจากลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินเป็นจำนวนมาก อีกทั้งหากเจ้าหนี้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น เป็นผู้รับจ้างหรือจำนำ ก็ย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ไปก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นๆ ต่อมาได้มีแนวคิดที่จะใช้กฎหมาย

⁸Ibid., pp. 593-594.

ล้มละลายเป็นเครื่องมือเยียวยาแก่ลูกหนี้⁹ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่สำคัญในกฎหมายล้มละลายโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ซึ่งได้ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ 18 ก ลงวันที่ 9 เมษายน 2541 เป็นการเพิ่มเติมในส่วนที่ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (Reorganization)¹⁰ อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย โดยเพิ่มหมวดที่ 3/1 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ มาตรา 90/1 ถึง มาตรา 90/90 เข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งส่วนใหญ่มีเนื้อหาสาระตามแบบอย่างกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ¹¹ ซึ่งเหตุผลแห่งความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายในส่วนนี้ก็คือ “เนื่องจากบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน โดยเฉพาะเมื่อลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราวอันควรได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากผู้ประสงค์ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการ แต่เนื่องจากมาตรา 94(2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติให้เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนขึ้นโดยรู้อยู่แล้วว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย อันเป็นเหตุให้ไม่มีสถาบันการเงินหรือเอกชนรายใดยินยอมให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราว ลูกหนี้จึงต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งๆ ที่กิจการของลูกหนี้อยู่ในสภาพที่จะฟื้นฟูได้หากได้รับความช่วยเหลือทางการเงิน สมควรที่จะมีบทบัญญัติคุ้มครองให้การช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสได้ฟื้นฟูกิจการได้ ซึ่งจะช่วยให้เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันมีโอกาสได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมด้วย อันจะเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจและการค้าของประเทศให้เจริญก้าวหน้าต่อไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”¹² เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็คือ การขาดมาตรการทางกฎหมายโดยเฉพาะ ในกฎหมายห้างหุ้นส่วนและบริษัทว่าด้วยการประนอมหนี้ (โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีล้มละลายเสียก่อน)

⁹พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล, การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยศาลล้มละลายกลาง (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อรรถยา มิถุนายน, 2547), หน้า 13-14.

¹⁰นันทพร ทับทิมศรี, “บทบาทของคณะกรรมการเจ้าหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 12.

¹¹พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล, การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยศาลล้มละลายกลาง, หน้า 14.

¹²สุธีร์ ศุภนิคย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556, หน้า 241-242.

หรือการปรับโครงสร้างขององค์กรธุรกิจใหม่ ทำให้บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน ไม่มีทางออก หรือได้รับการคุ้มครอง เพื่อจะแก้ปัญหาสิ่งที่ปรากฏชัดในระบบกฎหมายของเราก็คือการมีหลักการที่ว่าหากบริษัทตกอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้เพราะมีหนี้สินล้นพ้นตัว (มีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อความรับผิดในหนี้ทั้งหลาย) จะต้องล้มละลายเพียงอย่างเดียว ไม่ว่าจะเป็นการร้องขอให้ล้มละลายของผู้ชำระบัญชี หรือโดยการฟ้องของเจ้าหนี้ เมื่อสภาพการณเป็นเช่นนี้ ก็เป็นที่เห็นได้ชัดว่า เมื่อบริษัทใดประสบปัญหาทางการเงิน บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทนั้นย่อมไม่มีทางเลือกอื่นที่จะรักษาผลประโยชน์ของตน ก็ต้องดำเนินการฟ้องบริษัทนั้นเป็นคดีล้มละลายและการที่จะฟ้องบริษัทใดล้มละลายก็ไม่เป็นการยาก เพราะจำนวนหนี้ที่ใช้ฟ้องล้มละลายเดิมก่อนการแก้ไขมีจำนวนไม่มากเพียง 500,000 บาท เท่านั้น ทำให้เจ้าหนีรายย่อยของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินสามารถฟ้องล้มละลายได้ด้วยตนเอง หรือร่วมกันฟ้องกับเจ้าหนีรายอื่นๆ ได้โดยสะดวก การดำเนินการฟ้องคดีล้มละลายของเจ้าหนีรายย่อยๆ ดังกล่าวแล้วย่อมกระทบกระเทือนต่อเจ้าหนีรายใหญ่ที่อาจไม่ต้องการให้มีการฟ้องล้มละลายเพราะต้องการที่จะเข้าดำเนินการแก้ปัญหาของบริษัท แต่ก็ไม่อาจจะทำได้แล้ว จำเป็นที่จะต้องเข้าร่วมในกระบวนการในคดีล้มละลายต่อไปอย่างเดียวยังไม่มีทางเลือก จะเห็นได้ว่าเมื่อเจ้าหนีรายใดรายหนึ่งดำเนินการฟ้องคดีล้มละลายไปแล้ว เป็นอันว่าโอกาสในการที่จะฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้ก็จะหมดไป เพราะนับแต่นั้นต้องดำเนินการตามวิธีการในกฎหมายล้มละลายเท่านั้น ดังนั้นหากบรรดาเจ้าหนีต้องการที่จะให้โอกาสในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ บรรดาเจ้าหนีทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนีรายใหญ่หรือรายย่อยจะต้องทำความเข้าใจตกลงร่วมกันว่าจะต้องไม่มีเจ้าหนีรายใดฟ้องบริษัทลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายเสียก่อน ในบางครั้ง เพื่อให้เกิดการตกลงเช่นนี้ได้ จำเป็นที่เจ้าหนีรายใหญ่ทำการชำระหนี้ให้เจ้าหนีรายย่อยไปเสียก็มี เพื่อให้เหลือเจ้าหนีรายใหญ่เพียงไม่กี่รายที่จะทำให้มีการตกลงสะดวกขึ้น และการเข้าดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะไม่ประสบปัญหามากนัก วิธีการเหล่านี้เป็นวิธีการที่ใช้กันอยู่ เป็นการตกลงระหว่างกันเอง (informal agreement) ย่อมขาดหลักประกันหรือการคุ้มครองทางกฎหมาย โอกาสที่จะละเมิดข้อตกลงยอมเป็นไปได้ง่าย¹³ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่เสนอทางเลือกใหม่ให้แก่บุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวให้ไม่ต้องถูกฟ้องหรือร้องขอให้ล้มละลายแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่มีโอกาที่จะฟื้นฟูกิจการให้พ้นจากสภาวะของการมีหนี้สินล้นพ้นตัวกลับมามีความมั่นคงในการประกอบกิจการได้ตามปกติ¹⁴ เป็นการเพิ่มทางเลือกในการดำเนินการต่อบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวนอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ตามกฎหมายล้มละลาย

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 231-232.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 242.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการฟื้นฟูกิจการหรือการปรับโครงสร้างตามกฎหมายล้มละลายนั้นมิได้มีแนวความคิดที่ต่างไปจากการแก้ไขปัญหาในเชิงธุรกิจ ซึ่งการแก้ปัญหาจะขึ้นอยู่กับสภาพปัญหาที่แท้จริงของกิจการ โดยหากเป็นปัญหาทางการเงิน เช่น การขาดเงินหมุนเวียน ก็อาจต้องมีการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินหรือดำเนินการออกหุ้นกู้เพื่อนำเงินมาใช้ชั่วคราว หรืออาจต้องปรับโครงสร้างทุน โดยการเพิ่มทุนจากกลุ่มผู้ลงทุนเดิมหรือจากผู้ลงทุนใหม่ก็ได้

ดังนั้นการฟื้นฟูกิจการจึงเพียงแค่สร้างมาตรการเข้ามาช่วยเหลือหรือเพิ่มโอกาสให้สามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาเหล่านั้นได้ดีขึ้นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในกิจการที่มีฐานะการเงินหนี้สินล้นพ้นตัว แม้จะพยายามหาแนวทางแก้ไขปัญหาการขาดสภาพคล่องของกิจการก็จะทำได้อย่างยากลำบาก โดยการหาเม็ดเงินมาเสริมสภาพคล่องก็จะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากจะไม่ได้รับสินเชื่อเพราะเหตุความเสี่ยงในการให้สินเชื่อสูงมาก ในขณะที่เดียวกันก็จะประสบความยากลำบากในการเพิ่มทุนและลดทุนของกิจการเพราะเหตุความเสี่ยงในเชิงธุรกิจและปัญหาความยุ่งยากทางด้านกฎหมาย และการประนีประนอมหนี้กับเจ้าหนี้ก็เป็นไปได้ยากเพราะอาจไม่ได้รับการยอมรับจากเจ้าหนี้หรือผู้เกี่ยวข้องทุกคน โดยมาตรการของกฎหมายฟื้นฟูกิจการที่ช่วยลดอุปสรรคหรือปัญหาดังกล่าวได้ ก็คือการพักการบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) การทำแผนและการบริหารจัดการระหว่างการทำแผน แผนฟื้นฟูกิจการและมาตรการในการห้ามติ และบูรณสิทธิในเงินที่นำมาช่วยเหลือกิจการ¹⁵

2.1.3 วัตถุประสงค์ของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายของทุกประเทศมีความแตกต่างในปรัชญาหรือโลกทัศน์ ซึ่งมีมิติทางเศรษฐศาสตร์ในการให้ความสำคัญกับสิทธิและความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ และลูกหนี้อยู่ 2 แนวทางใหญ่ๆกฎหมายล้มละลายมี 2 กระบวนการ กระบวนการหนึ่ง คือ กระบวนการเลิกหรือปิดกิจการ (Liquidation) หรือล้มละลาย อีกกระบวนการหนึ่งก็คือ การฟื้นฟูกิจการ (Reorganization หรือ Rehabilitation)

โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย ก็คือ เพื่อแก้ปัญหาพฤติกรรมของปัจเจกชนแต่ละคนที่มุ่งแสวงหาความพอใจหรือความมั่งคั่งสูงสุดสำหรับตนเอง เนื่องจากกระบวนการทางกฎหมายในการแก้ปัญหา ความไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้ในทุกประเทศมักมีกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดแก่สังคม เจตจำนงเนื้อหาและกระบวนการทางกฎหมาย มีเหตุผลและที่มาในเชิงปรัชญาและวิธีการที่ให้

¹⁵วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 16-17.

ความสำคัญกับปัจจัยด้านประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และผลที่จะมีต่อระบบเศรษฐกิจมหภาค รวมทั้งความยุติธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเป็นสำคัญ การที่เจ้าหนี้อาจมีจำนวนมากราย และการที่เจ้าหนี้แต่ละรายมีเงื่อนไขและความสัมพันธ์กับลูกหนี้แตกต่างกัน เช่น เจ้าหนี้มีหลักประกันกับเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันก็ดี ทำให้เกิดความแตกต่างในบุริมสิทธิต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ ถ้าไม่มีกฎหมายเฉพาะมากำหนดคดีการเรื่องสิทธิของแต่ละฝ่าย เจ้าหนี้แต่ละรายเมื่อรู้ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรืออยู่ในภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvency) ก็จะมีแรงจูงใจให้เจ้าหนี้แต่ละคนรีบไปฟ้องบังคับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันหรือฟ้องศาลเพื่อชำระหนี้ ใครดำเนินการก่อนก็จะได้เงินไปก่อน มีความเป็นไปได้สูงที่การกระทำเช่นนี้จะไม่เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในทางเศรษฐกิจ มูลค่าสินทรัพย์ของบริษัทอาจจะตกลงมาก หรือถ้ากิจการของบริษัทจริงๆ มีอนาคต มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง ถ้าเจ้าหนี้ทุกคนร่วมมือกันฟื้นฟูกิจการบริษัท มากกว่าการใช้วิธีฟ้องบังคับชำระหนี้ในทางแพ่ง มูลค่าของบริษัทและการที่เจ้าหนี้ทุกรายจะได้หนี้คืนมา น่าจะมีค่าสูงกว่าการที่ปล่อยให้เจ้าหนี้แต่ละราย ดำเนินการฟ้องร้องทางกฎหมายเพื่อเอาหนี้คืนจากลูกหนี้ ปัญหาของการที่มีเจ้าหนี้จำนวนมากมีสิทธิในกองทรัพย์สินร่วมกัน เป็นปัญหาที่ทางวิชาการเรียกว่า “การมีกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สิน” (common pool problem) ตรรกของกฎหมายฟื้นฟูกิจการหรือกฎหมายล้มละลาย ก็คือการใช้อำนาจรัฐออกแบบกลไก หรือสถาบันทางสังคมให้มีการแก้ปัญหา corporate insolvency เป็นกระบวนการรวบรวมทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมดมาไว้ในคดีเดียวกันเพื่อความสะดวกแก่การพิจารณาคดีของศาลแทนที่จะไปฟ้องร้องเป็นรายคดี (collective action) ดังนั้น กฎหมายล้มละลายจึงมีวัตถุประสงค์ เพื่อแก้ปัญหาวุฒิตกรรรมของปัจเจกชนแต่ละคนที่มีมุ่งแสวงหาความพอใจหรือความมั่งคั่งสูงสุดสำหรับตนเอง

ส่วนวัตถุประสงค์ของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น เนื่องจาก แนวคิดเรื่องการฟื้นฟูกิจการนั้น อิงแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่ว่า ถ้ากิจการยังมีขีดความสามารถทางเศรษฐกิจในการสร้างรายได้สุทธิซึ่งรวมต้นทุนทางการเงินแล้ว หรือมี Economic Viability เศรษฐกิจหรือสังคมคงเสียหาย ถ้ากิจการนั้นต้องถูกปิดไปเพราะมีปัญหาล้มละลายทางการเงิน (Financial Insolvency) หรือล้มละลายทางกฎหมาย (Legal Insolvency) ซึ่งในทางปฏิบัติโดยสากลโลกมักจะหมายถึง การมีหนี้สินมากกว่าสินทรัพย์และ/หรือการไม่สามารถชำระหนี้ที่ก่อขึ้นได้ อันเนื่องมาจากปัญหาสภาพคล่องหรือขาดกระแสเงินสด เกณฑ์ทางกฎหมายนั้นมีแนวคิดในด้านประสิทธิภาพ หรือแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์อยู่ค่อนข้างมาก ซึ่งก็คือว่า การฟื้นฟูกิจการนั้นควรที่จะได้รับการเห็นชอบจากกระบวนการยุติธรรม ถ้าผลหรือมูลค่าของการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization Value) นั้นให้มูลค่าสูง

กว่ามูลค่าที่เกิดจากการปิดกิจการ (Liquidation Value) หรือจะกล่าวในอีกนัยหนึ่ง วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การทำให้กิจการที่กำลังฟื้นฟูมีมูลค่าสูงขึ้น

ความสำคัญของการที่มูลค่าทางเศรษฐกิจในกิจการที่ได้รับการฟื้นฟู ควรต้องสูงกว่ามูลค่าที่เกิดจากการให้ปิดกิจการ เพราะกฎหมายที่ดีจะต้องคำนึงและตอบสนองกลไกการจัดสรรทรัพยากรโดยตลาด ซึ่งระบบตลาดที่มีประสิทธิภาพจะเป็นตัวกำหนดการเข้าออก การดำรงอยู่ และการตามของธุรกิจ ถ้ากฎหมายมีกรอบซึ่งเพียงเอื้อต่อการให้กิจการได้รับการฟื้นฟูเพื่อตัวธุรกิจเอง เพียงเพื่อให้ธุรกิจไม่ปิดกิจการ โดยที่แท้จริงแล้วธุรกิจนั้นไม่ควรดำรงอยู่ได้ในเชิงประสิทธิภาพของระบบตลาด ประสิทธิภาพของกฎหมายก็จะขัดกับประสิทธิภาพในทางตลาดของเศรษฐศาสตร์ กรอบแห่งกฎหมายและดุลพินิจของศาลว่ากิจการควรได้รับการฟื้นฟู จึงมิใช่เรื่องง่าย นอกจากเหตุผลข้างต้นแล้วยังมีสาเหตุที่สำคัญอีกคือ เมื่อกิจการที่ได้รับการฟื้นฟูกิจการจะมีสิทธิประโยชน์ที่ลูกหนี้ได้รับจากการที่ธุรกิจเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เช่น การที่ไม่ถูกฟ้องร้อง หรือการที่ภาระหนี้สินที่ต้องชำระได้รับสิทธิที่จะหยุดพัก (Automatic Stay) หรือสิทธิของเจ้าหนี้บางฝ่ายที่พึงมี เช่น เจ้าหนี้มีประกันที่ต้องถูกจำกัด เหล่านี้ล้วนอธิบายถึงความสำคัญของการที่ธุรกิจควรหรือไม่ควรที่จะได้รับการฟื้นฟู ในทางปฏิบัติเราได้พบทั้งในต่างประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกาที่ลูกหนี้สามารถใช้กฎหมายซึ่งมีช่องโหว่หรือจากการบังคับใช้มาขอฟื้นฟูกิจการเพื่อปกป้องปัญหาชั่วคราว ประวิงการชำระหนี้ หรือหลีกเลี่ยงการถูกฟ้องล้มละลาย มากกว่าที่จะฟื้นฟูกิจการโดยสุจริต ในประเทศสหรัฐอเมริกามี ตัวอย่างเช่น บริษัทกำลังถูกฟ้องดำเนินละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคด้านผลิตภัณฑ์สินค้า แต่ไม่ได้มีปัญหาล้มละลายทางการเงิน หรือมีหนี้สินสิ้นพันตัวแต่ก็อาศัยช่องทางฟื้นฟูกิจการ Chapter 11 เป็นที่หลบภัย เป็นต้น

การฟื้นฟูกิจการก็คือ การที่เจ้าหนี้ทั้งหลายกำลังจะมาประมุลมูลค่าของบริษัท หรือซื้อหนี้ของตนเองกลับมา เพราะกำลังจะมีการปรับโครงสร้างทางการเงิน โครงสร้างทุนและหนี้ ในต่างประเทศมีการเปรียบเทียบการฟื้นฟูกิจการ ในเชิงแนวคิดว่าการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การที่กิจการนั้นเข้าสู่กระบวนการ Going Concern Liquidation ซึ่งหมายความว่า กิจการเปรียบเสมือนการถูกประมุลขายและตีราคาให้กับเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้กำลังตีราคาบริษัท ดังนั้นหัวใจของปัญหาจึงเป็นเรื่องของการตีมูลค่าบริษัท (Valuation) ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ หรือระหว่างเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้น หรือรวมทั้งเจ้าหนี้กับพนักงานบริษัท เช่น กรณีของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีจำกัด หรือ TPI ปัญหาหลักในเรื่องการตีมูลค่าบริษัทในกรณีการฟื้นฟูกิจการนั้น ก็คือ การที่เจ้าหนี้แต่ละรายและลูกหนี้มีอำนาจต่อรองและผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน อันจะทำให้แรงจูงใจและวิธีการแก้ปัญหาแตกต่างกัน เจ้าหนี้มีประกันมักประเมินมูลค่าบริษัทไว้ต่ำเพื่อตัวเองจะได้มีบทบาทสูง ลูกหนี้หรือผู้ถือหุ้น มักจะให้ค่าของบริษัทสูงกว่าความเป็นจริงเพื่อจะได้ส่วนแบ่งในบริษัท เป็นต้น

การออกแบบทางกฎหมายและกระบวนการกฎหมายเรื่องการฟื้นฟูกิจการจึงมีความสำคัญต่อทั้งประสิทธิภาพและความยุติธรรม เช่น กฎหมายที่เน้นความเสมอภาคและการมีส่วนร่วมของกลุ่มเจ้าหนี้สูง อาจจำเป็นต้องกำหนดเสียงข้างมากของทุกกลุ่ม หรือการไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้สามารถใช้อำนาจต่อรอง ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้อื่นๆ หรือกลุ่มต่างๆ ก็อาจจำเป็นที่จะต้องกำหนดเสียงข้างมากของทั้งจำนวนเจ้าหนี้และมูลหนี้ที่สูงมากไว้ แต่ก็อาจจะทำให้การเห็นชอบกับแผนจากที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งมีบทบาทในบางประเทศ เป็นไปได้ยากขึ้น เป็นต้น¹⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้นั้น หากให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดจะต้องให้เจ้าหนี้ส่วนใหญ่และลูกหนี้ตกลงร่วมมือกันเพื่อให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำรงอยู่ได้ เจ้าหนี้ย่อมได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรม แม้หากเจ้าหนี้ส่วนน้อยไม่เห็นด้วยแต่มาตรการทางกฎหมายย่อมบังคับให้ต้องผูกมัดตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งศาลมีคำสั่งเห็นชอบ การที่ศาลใช้ดุลยพินิจต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ศาลจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการบังคับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

2.2 แนวคิดการจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ

เมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดได้ กลไกในการจัดการทรัพย์สินจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ และกลไกที่คืบหน้าจะต้องมีความแน่นอนและเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้แต่ละรายด้วย โดยแนวความคิดในการบริหารจัดการจัดการทรัพย์สินโดยการฟื้นฟูกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีความคิดแตกต่างจากประเทศอังกฤษ และออสเตรเลียที่ให้ผู้ค้ำประกันเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ลูกหนี้ผู้บริหารเดิมยังคงเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งเรียกว่า “ Debtor in Possession ” และมีอำนาจในการดำเนินกิจการครอบครองจัดการทรัพย์สินของตนเองต่อไป แต่ศาลและกรรมการเจ้าหนี้สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมให้การดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นไปได้อย่างดี โดยลูกหนี้จะต้องทำรายงานถึงการดำเนินกิจการสภาพทางการเงินและสถานะของบริษัทให้ศาลทราบเพื่อที่ศาลและกรรมการเจ้าหนี้สามารถติดตามความเป็นไปของบริษัทได้ตลอดเวลา แนวความคิดนี้จะให้ความสำคัญต่อตัวลูกหนี้ การที่จะแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาบริหารกิจการของลูกหนี้ได้นั้น จะกระทำได้อีกถ้าศาลเห็นว่าลูกหนี้ไม่มีความเหมาะสม หรือ ไม่มีความสามารถ หรือ ไม่เชื่อสัตย์ต่อการบริหารกิจการ ศาลจึงจะ

¹⁶ไพโรจน์ วงศ์วิภานนท์ และคนอื่นๆ, บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบูรณ์, หน้า 8-10.

แต่งตั้งทรัสต์เข้ามาบริหารกิจการแทนลูกหนี้ ซึ่งจะเป็นบุคคลที่มีประสบการณ์และความชำนาญในด้านการบริหารทางธุรกิจ และเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการของลูกหนี้¹⁷

ในส่วนของระบบการจัดการทรัพย์สินในการฟื้นฟูกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินในประเทศอังกฤษ และออสเตรเลีย จะเป็นระบบการเปลี่ยนตัวผู้บริหารบริษัทเป็นการชั่วคราว โดยหลักการของระบบนี้จะมีการโอนอำนาจการบริหารการจัดการกิจการและอำนาจการครอบครอง ควบคุมดูแลทรัพย์สินของบริษัทให้แก่บุคคลภายนอกที่ศาลจะเป็นผู้แต่งตั้ง บุคคลผู้นี้ย่อมจะต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถในการบริหารการจัดการบริษัทเป็นอย่างดี บุคคลผู้นี้จะอยู่ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของศาลที่จะต้องดำเนินการภายใต้การควบคุมดูแลของศาล และในขณะเดียวกันก็มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วย โดยจะมีอำนาจในการบริหารกิจการและการจัดการทรัพย์สินของบริษัท และมีฐานะเป็นตัวแทนของบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในสัญญาใดๆ ที่บริษัททำกับบุคคลภายนอก และในการควบคุมจัดการทรัพย์สินของบริษัทนั้นจะมีอำนาจโดยสมบูรณ์ เช่น อาจจะดำเนินการจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทเพื่อนำมาเป็นการดำเนินการฟื้นฟูก็ได้ หรืออาจจะดำเนินการกู้ยืมเงินจากบุคคลภายนอกเพื่อนำมาใช้ในการจัดการได้ และเมื่อมีปัญหาที่สามารถที่จะขอความเห็นชอบจากศาลก่อนการดำเนินการใดๆ ก็ได้ และหากดำเนินการบริหารผิดพลาดจนเกิดความเสียหายต่อบริษัท ศาลมีอำนาจถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ และอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

จะเห็นได้ว่า ผู้บริหารเดิมของบริษัทหมดอำนาจการบริหารการจัดการทรัพย์สินของบริษัทโดยสิ้นเชิง จะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการฟื้นฟูแต่อย่างใด ประเด็นปัญหาของการจัดการทรัพย์สินตามระบบนี้ คือ การที่จะต้องสรรหามหาบุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถเข้ารับหน้าที่บริหารบริษัทเพื่อดำเนินการฟื้นฟู ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่าย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดการยอมรับในบุคคลดังกล่าวฝ่ายบริษัทลูกหนี้และเจ้าหนี้บางประเทศสร้างระบบให้มีการคัดเลือกตัวบุคคลที่ได้มีการเสนอชื่อมาพร้อมคำร้องขอเพื่อให้ศาลแต่งตั้งและให้มีการเสนอชื่อใหม่เข้ามาได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม หากศาลไม่สามารถจะแต่งตั้งบุคคลใดได้ ย่อมเป็นการยกคำร้องขอให้มีการฟื้นฟูได้ในตัว ระบบการเปลี่ยนตัวผู้บริหารนี้จะเป็นอย่างชั่วระยะเวลาของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการเท่านั้น ดังนั้นเมื่อการฟื้นฟูกิจการสิ้นสุดลง อำนาจการบริหารและอำนาจการครอบครองควบคุมการจัดการทรัพย์สินย่อมสิ้นสุดลง จึงต้องมีการโอนกิจการดังกล่าวคืนให้แก่ผู้บริหารชุดใหม่ของบริษัทต่อไป จะเห็นได้ว่า

¹⁷ คารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 7-8.

แนวความคิดของการดำเนินการตามระบบนี้ก็คือ เห็นว่าเมื่อบริษัทประสบปัญหาจึงจำเป็นต้องให้บุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถที่ดีกว่าเข้าบริหารแทน¹⁸

ส่วนประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/20 จะเห็นได้ว่า ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการทำให้เกิดการพักการใช้อำนาจ (suspended) ในการบริหารจัดการของผู้บริหารของลูกหนี้ชั่วคราว อันทำให้ในช่วงดังกล่าวผู้บริหารของลูกหนี้ไม่สามารถใช้อำนาจในการบริหารกิจการของลูกหนี้ได้¹⁹ โดยบุคคลที่มีอำนาจจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว ได้แก่

(1) ผู้บริหารแผนชั่วคราว หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กล่าวคือ ตามตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/20 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ศาลสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแต่ยังไม่มีคำสั่งผู้ทำแผน โดยผู้บริหารชั่วคราวนี้ศาลอาจแต่งตั้งจากผู้บริหารของลูกหนี้เองก็ได้ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในระหว่างที่ยังแต่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวไม่ได้ อำนาจจัดการกิจการและทรัพย์สินนี้จะตกเป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งอำนาจจัดการชั่วคราวนี้จะสิ้นสุดลงเมื่อศาลมีคำสั่งผู้ทำแผน โดยผู้บริหารแผนชั่วคราว หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มีอำนาจเรียกให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินและเอกสารของกิจการของลูกหนี้ส่งมอบแก่ตนด้วย²⁰

ในการตั้งผู้บริหารชั่วคราวนั้น แม้ว่ากฎหมายจะเปิดโอกาสให้เป็นดุลยพินิจของศาลที่จะตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือจะตั้งผู้บริหารของลูกหนี้เป็นผู้บริหารชั่วคราวก็ได้ แต่การที่ศาลจะตั้งบุคคลใดเป็นผู้บริหารชั่วคราวนั้นจะต้องพิจารณาถึงกิจการของลูกหนี้ที่จะต้องดำเนินการต่อไป หากว่าผู้บริหารเดิมของลูกหนี้มิได้กระทำการทุจริตหรือกระทำผิดอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับการบริหารกิจการของลูกหนี้ การขาดทุนหรือความเสียหายเกิดจากปัจจัยภายนอก หรือปัญหาต่างๆยังเกิดขึ้นทั้งๆที่ลูกหนี้หรือผู้บริหารลูกหนี้ได้ใช้ความรู้ความสามารถอย่างเต็มที่แล้ว เมื่อผู้บริหารลูกหนี้เป็นบุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับตัวลูกหนี้อยู่แล้ว หากศาลได้ตั้งผู้บริหารของลูกหนี้เป็นผู้บริหาร

¹⁸ สุธีร์ ศุภนิคย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556, หน้า 235-236.

¹⁹ เอื้อน ชุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: Pholsiam, 2555), หน้า 66.

²⁰ สุธีร์ ศุภนิคย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556, หน้า 252-253.

ชั่วคราวตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ก็น่าจะทำให้การบริหารกิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง

หากศาลจะตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้บริหารชั่วคราวของลูกหนี้ บุคคลอื่นนั้นน่าจะต้องมาจากการเสนอของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ กฎหมายไม่ได้มุ่งให้ศาลไปสรรหามุขมาเป็นผู้บริหารชั่วคราวของลูกหนี้เอง และก่อนออกคำสั่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้บริหารชั่วคราวจะต้องปรากฏชัดว่าบุคคลดังกล่าวนั้นยินยอมเป็นผู้บริหารชั่วคราวของลูกหนี้แล้ว

ในการตั้งผู้บริหารชั่วคราวนั้น ผู้บริหารชั่วคราวมีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้การกำกับของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จนกว่าจะมีการตั้งผู้ทำแผน ในการกำกับดูแลเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะกำหนดอำนาจหน้าที่รวมทั้งสั่งให้ผู้บริหารชั่วคราวทำคำชี้แจงในเรื่องบัญชี เรื่องการเงินหรือเรื่องใดๆ เกี่ยวกับการจัดการกิจการและทรัพย์สินหรือจะสั่งให้กระทำการหรือมิให้กระทำการใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ ตามมาตรา 90/20 วรรคสอง

ในกรณีที่ศาลไม่อาจมีคำสั่งแต่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวได้ กฎหมายได้บัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ชั่วคราว กล่าวคือ รอศาลมีคำสั่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวได้นั้นเอง สถานะของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 91 จึงมิได้มีฐานะเป็นผู้บริหารชั่วคราวของลูกหนี้แต่อย่างใด²¹

(2) ผู้ทำแผน กรณีศาลตั้งผู้ทำแผนแล้ว ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/25 กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้และตั้งผู้ทำแผนแล้ว อำนาจในการบริหารและจัดการกิจการและทรัพย์สิน (managerial power) ของลูกหนี้ซึ่งเคยเป็นผู้บริหารของลูกหนี้จะโอนไปยังผู้ทำแผนโดยผลของกฎหมาย โดยในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้นผู้ทำแผนมีอำนาจในการเข้าไปครอบครองดูแลกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายและประโยชน์ของลูกหนี้ ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อให้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้สำเร็จลุล่วง ผู้ทำแผนจึงมีอำนาจแต่งตั้งทนายความเพื่อฟ้องคดีได้²² หรือกรณีของการให้ความยินยอมในการรับโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ถือเป็นการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนที่จะให้ความยินยอมได้²³ และเมื่อมาตรา 90/25 ให้นำบทบัญญัติมาตรา 90/12 (9) มาใช้บังคับแก่ผู้ทำแผนโดยอนุโลม หมายความว่า การกระทำของผู้ทำแผนที่นอกเหนือจากการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินคดีดำเนินการต่อไปได้หรืออยู่นอกเหนือกรอบธรรมดาการค้าแล้ว ผู้ทำแผนจะต้อง

²¹ เอียน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 74-75.

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 5178-5179/2548

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4339/2550

ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน โดยกรณีที่เกี่ยวข้องอยู่ในกรอบธรรมดาการค้าขาย เช่น ลูกหนี้ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้าตามปกติ ย่อมถือได้ว่าเป็นกิจการที่ดำเนินการภายใต้กรอบธรรมดาการค้าขาย แต่ถ้าหากว่าลูกหนี้ต้องการจะขายอาคารสำนักงานของลูกหนี้ การขายอาคารสำนักงานต้องถือว่าอยู่นอกกรอบธรรมดาการค้าขาย หรือการจ่ายค่ามัดจำที่ผู้ทำแผนซื้อมาเพื่อใช้ในโรงงานของลูกหนี้ เป็นหนี้ค่าใช้จ่ายในการจัดกิจการ เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยไม่ต้องขอรับชำระหนี้ตามวิธีการของกฎหมายที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/62 (1) ถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเช่นกัน หรือการที่ผู้ทำแผนดำเนินการต่อเนื่องตามปกติในทางธุรกิจต่อจากผู้บริหารของลูกหนี้ที่ดำเนินการค้างไว้ ก็ถือว่าเป็นการดำเนินการตามการค้าปกติด้วย

ส่วนหน้าที่อื่นๆ ของผู้ทำแผน ได้แก่ หน้าที่ในการออกไปรับรองสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ตาม มาตรา 90/27 วรรคสาม หน้าที่ในการโต้แย้งคำขอรับชำระหนี้ ตามมาตรา 90/29 อำนาจในการขอออกค้ำประกันในสำนวนทวงหนี้ตามมาตรา 90/39 และมีอำนาจขอให้เพิกถอนการถือฉลและการกระทำอันเป็นการให้เปรียบ ตามมาตรา 90/40 และมาตรา 90/41 ท้ายสุดก็คือหน้าที่ที่จะต้องจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเพื่อเสนอต่อที่ประชุมเจ้าหนี้²⁴ ซึ่งโดยปกติแล้วในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการจะไม่ใช้กระบวนการที่ผู้ทำแผนจะดำเนินการไปเพียงลำพัง เพราะการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการย่อมมุ่งถึงความสำเร็จที่จะให้ผู้ทำแผนได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ ผู้ทำแผนจึงจำเป็นต้องปรึกษาหารือกับกลุ่มเจ้าหนี้อย่างไม่เป็นทางการและเจรจาต่อรองแนวทางของแผนฟื้นฟูกิจการก่อนที่จะมีการประชุมกับเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาแผนตามที่กฎหมายกำหนด โดยขั้นตอนในการเจรจามักจะเป็นขั้นตอนที่ใช้ระยะเวลาสั้น โดยบางประเด็นหากยังไม่ได้ข้อสรุปอาจจะต้องใช้เวลายาวกว่าระยะเวลา 5 เดือน เนื่องจากมีเจ้าหนี้หลายกลุ่มและแนวความคิดของเจ้าหนี้ก็มักจะแตกต่างกัน แต่ผู้ทำแผนต้องส่งแผนฟื้นฟูกิจการภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด แล้วใช้มาตรการในเชิงขอแก้ไขแผนช่วยให้บรรลุข้อตกลงได้

ในเรื่องคุณสมบัติของผู้ทำแผนนั้น โดยทั่วไปแล้วผู้ทำแผนจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในหลายด้านเพื่อที่จะทำให้แผนฟื้นฟูกิจการของธุรกิจที่ประสบปัญหาสามารถผ่านพ้นปัญหาได้ ความเข้าใจในเชิงการเงิน กฎหมาย การค้าและอื่นๆ กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้สามารถตั้งคณะบุคคลหรือนิติบุคคลขึ้นเป็นผู้ทำแผนได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ทำแผนมีความสามารถที่หลากหลายด้วย แต่เดิมนั้นยังไม่มีกรออกกฎกระทรวงในเรื่องคุณสมบัติของผู้ทำแผน จึงเป็นไปตามกลไกของตลาดคือ กำหนดให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียในการฟื้นฟูกิจการคัดเลือกโดยใช้กระบวนการคัดเลือกตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยมีศาลเป็นผู้แต่งตั้งตามที่เห็นสมควร ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้ใช้อำนาจตามมาตรา 90/16 ออกกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนด

²⁴ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 67-69.

คุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 โดยผลของกฎกระทรวงดังกล่าว บุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเป็นผู้ทำแผนได้นั้นจะต้องจดทะเบียนไว้ต่อคณะกรรมการและจะต้องวางหลักประกันในการทำงานด้วย อย่างไรก็ตาม กฎกระทรวงดังกล่าวไม่ใช่บังคับในกรณีที่ลูกหนี้หรือผู้บริหารลูกหนี้ได้รับการเสนอชื่อให้เป็นผู้ทำแผน²⁵ อย่างไรก็ตามไม่ว่าผู้ทำแผนจะเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับการรับเลือก หรือเป็นตัวผู้บริหารลูกหนี้เองก็มีผลในด้านการจัดการบริหารเหมือนกันตรงที่ว่า การบริหารจัดการนั้นจะต้องเป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้การดูแลของศาล

(3) ผู้บริหารแผน ในกรณีที่แผนฟื้นฟูได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาลและได้มีการตั้งผู้บริหารแผนแล้ว โดยรายละเอียดจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

จะเห็นได้ว่าเมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล โดยบุคคลที่มีอำนาจจัดกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว ก็คือ ผู้บริหารแผนชั่วคราว ผู้ทำแผน และผู้บริหารแผนซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยจุดประสงค์ในการบริหารจัดการทรัพย์สินในการฟื้นฟูกิจการก็คือการดำเนินการเพื่อเพิ่มมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สิน โดยมีจุดมุ่งหมายให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ แสดงว่าเมื่อกิจการของลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ในทางความเป็นจริงแล้วลูกหนี้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไปส่งผลให้ลูกหนี้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน

ดังนั้น ภายหลังจากที่ลูกหนี้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินแล้ว เจ้าหนี้จึงเป็นบุคคลหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในกระบวนการฟื้นฟูเป็นอย่างมาก โดยจะเห็นได้จากแนวคิดทางกฎหมายเรื่องการแบ่งปันหรือจัดสรรสิทธิให้แก่เจ้าหนี้กรณีที่เกิดการล้มละลาย ยึดแนวคิดที่มีหลักการว่า ผู้ถือหุ้นมีกรรมสิทธิ์ในบริษัทเป็นรายสุดท้าย หลังจากเจ้าหนี้และผู้เกี่ยวข้องอื่นๆ เช่น พนักงานบริษัท องค์กรรัฐที่เก็บภาษีได้รับสิทธิก่อน สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เป็นต้น สิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายยึดหลักการสิทธิตามลำดับสมบุรณ์ (absolute priority rule) โดยมีหลักการว่า สิทธิดังกล่าวของเจ้าหนี้เมื่อบริษัทมีปัญหา เช่น อยู่ในสภาพทางการเงินที่ล้มละลายแล้ว จะไม่แตกต่างกับสิทธิที่เจ้าหนี้พึงมีอยู่ก่อนหน้านั้น เมื่อบริษัทยังไม่มีปัญหาทางการเงิน โดยทั่วไปจะมีการจัดลำดับก่อนหลังในสิทธิของเจ้าหนี้²⁶

นอกจากแนวคิดในเรื่องการแบ่งปันหรือจัดสรรสิทธิให้แก่เจ้าหนี้กรณีที่เกิดการล้มละลายที่กล่าวมาแล้ว ยังมีหลักหนึ่งที่มีความสำคัญในการฟื้นฟูกิจการคือ หลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้

²⁵วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 78.

²⁶ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์ และคนอื่นๆ, บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบุรณ์, หน้า 8.

(Best Interest of the Creditor) ซึ่งหลักนี้ปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/58 ในการที่ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนเมื่อได้พิจารณาถึง เงื่อนไขที่ว่า เมื่อดำเนินการตามแผนสำเร็จแล้ว จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ เจ้าหนี้ต้องได้รับชำระหนี้อย่างน้อยเท่ากับมูลค่าในการชำระบัญชีในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย ในส่วนของเจ้าหนีที่มีประกันนั้น จะต้องพิจารณาแยกออกเป็นสองส่วนคือ ส่วนที่เป็นหนี้ที่มีหลักประกัน (secured creditor) และหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน (unsecured creditor) แต่อย่างไรก็ตาม หากมีประเด็นโต้แย้งว่าในการที่ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการนั้น เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายหรือไม่ นั้น ในการวิเคราะห์เพื่อวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ศาลจะต้องเปรียบเทียบจำนวนเงินที่เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายและในกรณีที่เจ้าหนี้จะได้รับเนื่องจากการฟื้นฟูกิจการตามแผน โดยการเปรียบเทียบดังกล่าวนี้จะต้องเปรียบเทียบจำนวนเงินที่เจ้าหนี้จะได้รับ ณ วันเดียวกัน กล่าวคือ ใช้วันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนเป็นเกณฑ์ ในกรณีนี้ศาลจะต้องวิเคราะห์ว่าภายใต้สถานการณ์สมมติ ถ้าศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายในวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนแล้ว ทรัพย์สินของลูกหนี้นั้นจะต้องมีการจัดสรรแบ่งส่วนตามกฎหมายล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับชำระหนี้เป็นจำนวนเท่าใด

ขั้นตอนในการวิเคราะห์ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้จำนวนเท่าใด หากศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย (Liquidation Analysis) มีดังนี้

(1) รวบรวมสินทรัพย์ที่ลูกหนี้อยู่ทั้งหมด ทั้งส่วนที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิเรียกร้อง สินทรัพย์ที่นำมาคำนวณในการขายเช่นนี้ย่อมรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างด้วย เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา ชื่อการค้า ความลับทางการค้า เป็นต้น

(2) ดำเนินการตามหลักการชำระบัญชี เช่น จะต้องหักค่าใช้จ่ายในการดำเนินการออกก่อน

(3) กระจายส่วนแบ่งต่างๆ ให้แก่เจ้าหนี้ ตามหลักการแบ่งทรัพย์สิน ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงสิทธิของเจ้าหนีที่มีประกันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนและลำดับบุริมสิทธิตามมาตรา 130 ด้วย²⁷

โดยที่การฟื้นฟูกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินจำเป็นจะต้องได้รับความร่วมมือจากบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ มาตรการต่างๆ ที่กำหนดขึ้นจึงมีลักษณะเป็นการไม่ให้เจ้าหนี้ทำการขัดขวางหรือก่อความยุ่งยากจนทำให้การฟื้นฟูไม่อาจจะทำได้ ซึ่งมาตรการที่ว่าย่อมมีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบรรดาเจ้าหนี้ รวมทั้งอาจจะต้องยอมรับถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นด้วย อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ทั้งหลายก็จะได้ประโยชน์จากการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้ในท้ายที่สุด นั่นคือ การได้รับชำระหนี้แม้จะต้องยึด

²⁷ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 204-205.

กำหนดเวลาออกไป

บรรดาเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ บรรดาเจ้าหน้าที่ก่อนการฟื้นฟูและบรรดาเจ้าหน้าที่เกิดขึ้นเมื่อมีการดำเนินการตามแผนฟื้นฟู

สำหรับบรรดาเจ้าหน้าที่ก่อนการฟื้นฟูถูกกำหนดบทบาทไว้ดังนี้ คือ

(1) เมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้มีการฟื้นฟู บรรดาเจ้าหน้าที่ไม่อาจจะใช้สิทธิของตนเพื่อการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้หรือบังคับเอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันการบังคับคดี และหากกำลังดำเนินการบังคับคดี ก็จะต้องหยุดดำเนินการหรือฟ้องล้มละลาย หรือเรียกคืนทรัพย์สินจากบริษัทอันเกิดจากสัญญาต่างๆที่ทำไว้กับบริษัท

(2) การเป็นผู้อนุมัติแผนฟื้นฟู เจ้าหน้าที่ทั้งหลายถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในความอยู่รอดของบริษัท การให้การอนุมัติแผนเป็นการรักษาผลประโยชน์อย่างหนึ่งของเจ้าหน้าที่เพราะในแผนการฟื้นฟูอาจจะมีผลเป็นการจำกัดหรือขัดผลประโยชน์บางอย่างในหนี้ของตนก็ได้ หรือบางกรณีอาจจะเป็นการให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่กลุ่มหนึ่งมากเกินไป หรือวิธีการดำเนินการตามแผนมีความล่าช้าไม่มีความรัดกุมพอ อาจเกิดความเสียหายในการลงมือออกเสียงของบรรดาเจ้าหน้าที่ เช่น กลุ่มของเจ้าหน้าที่มีประกัน กลุ่มของเจ้าหน้าที่บุริมสิทธิหรือกลุ่มของเจ้าหน้าที่ไม่มีประกันก็ได้ ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหน้าที่แต่ละกลุ่มต่างก็ได้รับผลประโยชน์ของตนได้อย่างเต็มที่

(3) กรรมการเจ้าหน้าที่ที่ประชุมเจ้าหน้าที่อาจตั้งคณะกรรมการเจ้าหน้าที่จำนวน 3-7 คน เพื่อสอดส่องดูแลการปฏิบัติงานตามแผนได้ ตามมาตรา 90/55 กล่าวคือ ในกรณีที่มีเจ้าหน้าที่จำนวนมาก การมีกรรมการเจ้าหน้าที่ย่อมเป็นสิ่งจำเป็น โดยกรรมการเจ้าหน้าที่จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายในการควบคุมดูแลให้การดำเนินงานตามแผนฟื้นฟูเป็นไปด้วยดี อันเป็นการเข้ารักษาผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ทั้งหลายนั่นเอง บทบาทของกรรมการเจ้าหน้าที่อาจจะเริ่มตั้งแต่การให้คำปรึกษาในการดำเนินการจัดทำแผน เป็นที่ปรึกษาแก่บริษัทลูกหนี้ในการดำเนินกิจการในกรณีที่หากไม่มีการดำเนินการตามแผน กรรมการเจ้าหน้าที่อาจร้องต่อศาลให้มีการยกเลิกการฟื้นฟูกิจการได้ เป็นต้น

ส่วนบรรดาเจ้าหน้าที่ที่เกิดขึ้นภายหลังเมื่อมีการดำเนินการตามแผนฟื้นฟู บรรดาเจ้าหน้าที่เหล่านี้ย่อมจะได้รับการชำระหนี้ตามปกติของการดำเนินธุรกิจของบริษัทขณะที่กำลังดำเนินการตามแผนฟื้นฟู แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าหน้าที่เหล่านี้จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ เช่น เจ้าหน้าที่ให้สินเชื่อเพื่อการฟื้นฟู ทั้งนี้หากการฟื้นฟูไม่ประสบผลสำเร็จและต้องล้มละลาย เจ้าหน้าที่เหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองให้ได้รับการชำระหนี้ก่อนบรรดาเจ้าหน้าที่ก่อนการฟื้นฟูการที่มีมาตรการนี้ก็เพื่อจะทำให้เจ้าหน้าที่ที่เข้ามาภายหลังเกิดความมั่นใจในการดำเนินธุรกิจร่วมกับบริษัทที่

กำลังดำเนินการฟื้นฟู²⁸

2.3 หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ตามกฎหมายล้มละลาย

2.3.1 ประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483

จากที่กล่าวมาข้างต้น ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการซึ่งทำให้เกิดการพักการใช้อำนาจในการบริหารจัดการกิจการของผู้บริหารของลูกหนี้ชั่วคราว อันทำให้ผู้บริหารของลูกหนี้ไม่สามารถใช้อำนาจในการบริหารกิจการของลูกหนี้ได้ และเมื่อศาลตั้งผู้ทำแผนแล้ว อำนาจในการบริหารและจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งเคยเป็นผู้บริหารของลูกหนี้จะโอนไปยังผู้ทำแผนโดยผลของกฎหมาย และเมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนก็จะส่งผลให้แผนฟื้นฟูกิจการสามารถนำไปปฏิบัติได้ โดยจะมีผู้บริหารแผนเป็นผู้ดำเนินการ และแผนฟื้นฟูกิจการนี้จะผูกมัดเจ้าหน้าที่อาชญากรรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการไม่ว่าเจ้าหน้าที่นั้นจะเห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการด้วยหรือไม่

ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารแผนไว้โดยกำหนดให้เป็นผู้ที่จะดำเนินการให้แผนฟื้นฟูกิจการเป็นไปตามแผนงานที่วางไว้ ซึ่งการเข้ามาเป็นผู้บริหารแผนนั้น กฎหมายเปิดช่องให้ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ เพราะจะต้องมีการระบุว่าจะให้ใครเป็นผู้บริหารแผนไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ จึงทำให้เห็นว่าการกฎหมายให้ความสำคัญแก่ผู้บริหารแผนมาก

จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/16 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่วางระเบียบในเรื่องคุณสมบัติและการขึ้นทะเบียนผู้บริหารแผนในลักษณะเช่นเดียวกับผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนจะต้องเป็นผู้ที่จดทะเบียนไว้กับคณะกรรมการ หลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ เนื่องจากการฟื้นฟูกิจการในปัจจุบันมีความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุม กำกับ ดูแลที่ดี มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้ เพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ

²⁸ สุธีร์ ศุนิษฐ์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556, หน้า 238-239.

โดยกฎกระทรวงฉบับนี้ได้กำหนดให้ ผู้บริหารแผน หมายความว่า ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ ตามกฎกระทรวงข้อ 1 แต่กฎกระทรวงนี้ไม่ใช่บังคับแก่กรณีที่ลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ฟื้นฟูกิจการ และไม่ใช้บังคับกับผู้บริหารของลูกหนี้ คือ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจดำเนินกิจการของลูกหนี้ที่อยู่ในวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ โดยบุคคลดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งจากศาลให้เป็นผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผน ตามกฎกระทรวงข้อ 2

ในส่วนของการจดทะเบียนผู้บริหารแผนนั้น ตามกฎกระทรวงข้อที่ 11 และ 12 ได้กำหนดว่า บุคคลซึ่งจะได้รับการตั้งให้เป็นผู้บริหารแผนในคดีเรื่องหนึ่งเรื่องใดจะต้องเป็นบุคคลที่ได้จดทะเบียนไว้ต่อคณะกรรมการตามที่กำหนดในกฎกระทรวงนี้ โดยจะต้องยื่นคำขอตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด พร้อมแสดงหลักฐานรับรองในด้านคุณสมบัติ และในการพิจารณาคณะกรรมการอาจแจ้งให้ผู้ขออนุญาตมาชี้แจงหรือส่งเอกสารหลักฐานอื่นเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร และภายในเวลาที่กำหนดไว้ได้

ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าว เรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณาผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ” อันประกอบด้วยอธิบดีกรมบังคับคดีทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ผู้แทนสภาพนายความ ผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสมาคมธนาคารไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และกรรมการอื่นอีกไม่เกินหกคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความเชี่ยวชาญในด้านบัญชี ด้านธุรกิจ ด้านการเงินหรือด้านกฎหมาย เป็นกรรมการ และผู้อำนวยการสำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ กรมบังคับคดีทำหน้าที่เป็นกรรมการและเลขานุการคณะกรรมการ และตามกฎกระทรวงนี้กรรมการจะต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ไม่เป็นผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนและไม่เป็นกรรมการหรือผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการจัดการของสถาบันการเงินใด และอาจพ้นจากตำแหน่งได้หากกระทำการบกพร่องหรือไม่สุจริตต่อหน้าที่หรือหย่อนความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ ตามกฎกระทรวงข้อ 3 ข้อ 4 ข้อ 5 และ ข้อ 6

ในเรื่องของคุณสมบัติของผู้บริหารแผนนั้น ตามกฎกระทรวงนี้จะแบ่งออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ ตามลักษณะของผู้บริหารแผน กล่าวคือ

1) กรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดาและบุคคลทุกคนในคณะบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎกระทรวงข้อ 15 ดังนี้

- (1) จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย
 - (2) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอจดทะเบียน
 - (3) สำเร็จการศึกษาอย่างน้อยระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่าและมีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจไม่น้อยกว่าสามปี
 - (4) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี และไม่เป็นผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต
 - (5) ไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
 - (6) ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาให้จำคุกในขณะยื่นคำขอ
 - (7) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
 - (8) ไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์
- 2) กรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงข้อ 16 ดังนี้
- (1) มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงาน
 - (2) มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจรับจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้อื่น
 - (3) มีสายงานที่รับผิดชอบงานด้านการบริหารธุรกิจและจะต้องมีผู้ปฏิบัติงานเต็มเวลาไม่น้อยกว่าสามคนซึ่งเป็นคนสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวทั้งหมดจะต้องมีความรู้อย่างน้อยระดับปริญญาตรี โดยมีประสบการณ์ในการทำงานตามเป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงานไม่น้อยกว่าสามปี และอย่างน้อยหนึ่งคนจะต้องมีความรู้ทางการบริหารธุรกิจ
 - (4) ผู้บริหารของนิติบุคคลนั้นจะต้องมีจริยธรรมและมีความสามารถหรือมีประสบการณ์ในธุรกิจที่จะดำเนินการ มีความซื่อสัตย์สุจริต ไม่มีประวัติเคยถูกไล่ออก ปลดออก ให้ออก หรือต้องคดีเนื่องจากกระทำทุจริต ทำงานอันส่อไปในทางไม่สุจริต หรือบริหารงานหรือกระทำการอื่นใด อันเป็นเหตุให้เกิดการทำความผิดตามกฎหมายหรือที่เป็นความผิดร้ายแรงอันแสดงถึงการขาดความรับผิดชอบหรือขาดความรอบคอบในการบริหารงาน
 - (5) มีหลักเกณฑ์และแนวทางการปฏิบัติงานที่รัดกุมและเชื่อถือได้
- ในการเป็นผู้บริหารแผนนั้น ตามกฎกระทรวงข้อ 17 ข้อ 18 และ ข้อ 20 กำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผนจะต้องวางหลักประกันเพื่อชดเชยความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้บริหารแผนต่อสำนักฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ ตามจำนวนที่กำหนดไว้ใน

กฎกระทรวง โดยหลักประกันอาจเป็น เงินสด หนังสือค้ำประกันจากธนาคารหรือบริษัทเงินทุนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย หรือหลักประกันอื่นตามที่คณะกรรมการอนุญาตก็ได้

การสิ้นสุดทางทะเบียนของผู้บริหารแผนนั้น ตามกฎกระทรวง ข้อ 23 กำหนดว่า ผู้บริหารแผนอาจถูกถอดชื่อจากทะเบียนได้ ถ้าถึงแก่ความตาย นิติบุคคลซึ่งเป็นผู้บริหารแผนเลิกกิจการ ผู้บริหารแผนยื่นคำขอถอดชื่อตนออกจากทะเบียน ผู้บริหารแผนขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามข้อใดข้อหนึ่งตามที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ การหมดวาระและไม่มี การต่ออายุ หรือถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่า จะนำมาซึ่งความเสียหายเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

ซึ่งอาจสรุปได้ว่าลักษณะที่สำคัญของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่จะต้อง มี คือ ต้องเป็นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์ และไม่เคยมีประวัติเกี่ยวกับการฉ้อฉล หรือไม่สุจริต มีความเป็นกลางและมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ และมีความสามารถในด้านการจัดการทรัพย์สิน

นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎกระทรวงกำหนดและจะต้องดำเนินการจดทะเบียนแล้ว ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ยังได้กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

(1) หน้าที่ของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ

1.1 การดำเนินการให้เป็นไปตามแผน

ผู้ทำแผนจะต้องจัดทำแผนและส่งแผนแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ภายใน 3 เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งแต่งตั้งผู้ทำแผนในราชกิจจานุเบกษา ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/43 โดยแผนฟื้นฟูจะต้องมีรายละเอียด ดังนี้

1) เหตุผลที่ทำให้มีการฟื้นฟูกิจการ

2) รายละเอียดแห่งสินทรัพย์ หนี้สินและภาระผูกพันต่าง ๆ ของลูกหนี้ในขณะที่ศาลสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

3) หลักการและวิธีการฟื้นฟูกิจการ โดยกำหนดถึง

(1) ขั้นตอนของการฟื้นฟูกิจการ

(2) การชำระหนี้ การยึดกำหนดเวลาชำระหนี้ การลดจำนวนหนี้ลง และการจัดกลุ่มเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 90/42 ทวิ ได้แก่

(ก) เจ้าหนี้มีประกันแต่ละรายที่มีจำนวนหนี้มีประกันไม่น้อยกว่า ร้อยละสิบห้าของจำนวนหนี้ทั้งหมดที่อาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ ให้จัดเป็นรายละกลุ่ม

(ข) เจ้าหนี้มีประกันที่ไม่อยู่ใน (ก)

(ค) เจ้าหนี้ไม่มีประกัน อาจจัดได้เป็นหลายกลุ่ม โดยให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันที่มีสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือทำนองเดียวกันอยู่ในกลุ่มเดียวกัน

(ง) เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ คือ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เมื่อเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนแล้ว เพราะมีกฎหมายหรือสัญญากำหนดไว้ เช่นนั้น ตามมาตรา 130 ทวิ อีกกลุ่มหนึ่ง

ทั้งนี้สิทธิของเจ้าหนี้ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน เว้นแต่เจ้าหนี้ที่ได้รับการปฏิบัติที่เสียเปรียบในกลุ่มนั้นจะให้ความยินยอมเป็นหนังสือ ตามมาตรา 90/42 ตี

(3) การลดทุนและเพิ่มทุน

(4) การก่อหนี้และระดมเงินทุน รวมตลอดถึงแหล่งของเงินทุนและเงื่อนไขแห่งหนี้สินและเงินทุนนั้น

(5) การจัดการและการหาประโยชน์จากทรัพย์สินของลูกหนี้

(6) เงื่อนไขการจ่ายเงินปันผลและประโยชน์อื่นใด

4) การไถ่ถอนหลักประกันในกรณีที่มีเจ้าหนี้มีประกันและความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน

5) แนวทางแก้ปัญหาในกรณีขาดสภาพคล่องชั่วคราวระหว่างการปฏิบัติตามแผน

6) วิธีปฏิบัติในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนหนี้

7) ชื่อ คุณสมบัติ หนังสือยินยอมของผู้บริหารแผน และคำตอบแทน โดยนำความในมาตรา 90/6 วรรคสอง มาใช้บังคับเกี่ยวกับผู้บริหารแผนโดยอนุโลม

8) การแต่งตั้งและการพ้นตำแหน่งของผู้บริหารแผน

9) ระยะเวลาดำเนินการตามแผน ซึ่งไม่เกิน 5 ปี อย่างไรก็ตาม หากได้มีการดำเนินการตามแผนแล้ว อาจมีการแก้ไขแผนโดยขยายระยะเวลาดำเนินการตามแผนได้ไม่เกิน 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

10) การไม่ยอมรับทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญา ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญามีภาระเกินกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 90/41 ทวิ

เมื่อได้รับแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่นัดประชุมเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิออกเสียง ตามมาตรา 90/30 โดยเร็วที่สุด เพื่อลงมติว่าจะยอมรับแผนหรือไม่ หรือจะแก้ไขอย่างไร

เมื่อที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติยอมรับแผนแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงานมติที่ประชุมเจ้าหนี้ในการพิจารณายอมรับแผน เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าเห็นชอบด้วยแผนหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากคำชี้แจงของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้ทำแผน รวมทั้งข้อคัดค้านของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิออกเสียง

ตามมาตรา 90/58 ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนเมื่อได้พิจารณาถึง

1) แผนมีรายการครบถ้วนตามมาตรา 90/42 เว้นแต่ศาลเห็นว่าข้อที่หายไปมิใช่สาระสำคัญ

2) ข้อเสนอในการชำระหนี้

(1) ไม่ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้ในกลุ่มเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน

(2) เป็นไปตามลำดับที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าด้วยการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

เว้นแต่เจ้าหนี้จะให้ความยินยอม

3) เมื่อการดำเนินการตามแผนสำเร็จจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย

เมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน และได้แจ้งคำสั่งนั้นแก่ผู้บริหารแผนและผู้ทำแผนแล้ว ให้บรรดาสิทธิและอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนตกเป็นของผู้บริหารแผนตั้งแต่ผู้บริหารแผนได้ทราบคำสั่งศาลต่อไป²⁹

จะเห็นได้ว่า ในการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนนั้นมิได้จำกัดอยู่ในกรอบเฉพาะกรอบทางการค้าปกติเหมือนเช่นผู้ทำแผนเท่านั้น แต่ยังสามารถดำเนินการได้หลายประการตามที่แผนกำหนด ซึ่งแผนอาจกำหนดกรอบดูแลอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารแผนในลักษณะอื่นๆ ด้วยก็ได้ ที่พบเห็นอาจเป็นการกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากกลุ่มบุคคลใดก่อน เช่น การต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะกรรมการเจ้าหนี้ก่อน ในกรณีที่ต้องการหาผู้ลงทุนรายใหม่ เป็นต้น ซึ่งในเรื่องนี้ก็เป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อกฎหมายที่จะกระทำได้นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่ผู้บริหารแผนจะต้องบริหารกิจการในระยะยาวซึ่งมักเกิดขึ้นได้ในกรณีที่แผนเป็นแผนการปรับโครงสร้างหนี้มากกว่าการปรับโครงสร้างกิจการ ก็จะต้องกำหนดในเรื่องการปฏิบัติงานของผู้บริหารแผนให้ละเอียด แต่หากแผนเป็นการปรับโครงสร้างกิจการในระยะสั้น เช่น การหาผู้ลงทุนรายใหม่เข้ามาจัดการกิจการ แผนอาจไม่กำหนดรายละเอียดเรื่องนี้ให้มากก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการโต้แย้งเรื่องอำนาจของผู้บริหารแผนในคดีกรณีเช่นนี้ไม่เกิดขึ้นมากนัก เนื่องจากผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการมักจะมาขออนุญาตต่อศาลในการกระทำใดๆ ที่ไม่แน่ใจว่า

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 261-266.

ตนเองมีอำนาจกระทำเช่นนั้น ได้หรือไม่ และเป็นกรณีที่เข้าใจกันว่าอำนาจของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ในเวลาการบริหารจัดการดังเช่นในภาวะปกติ หรือ (day-to-day business) เท่านั้น³⁰

1.2 ผู้บริหารแผนมีหน้าที่จะต้องบริหารงานตามความสามารถของบุคคลอันประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำ

เนื่องด้วยเป็นการทำงานที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกรรมการของบริษัท และในการดำเนินงานนี้จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบดูแลของบุคคลหลายฝ่าย คือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กรรมการเจ้าหนี้ และผู้บริหารลูกหนี้เดิม โดยมีศาลเป็นผู้ชี้ขาดกรณีที่เกิดปัญหา และศาลมีอำนาจถอดถอนผู้บริหารแผนและแต่งตั้งผู้บริหารแผนชั่วคราวรองที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติตั้งผู้บริหารแผนคนใหม่ได้ โดยรายละเอียดจะกล่าวต่อไปในเรื่องของความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ

1.3 การกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องส่งรายงานการดำเนินการตามแผนต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อให้ตรวจสอบและให้เจ้าหนี้ทั้งหลายทราบทุกรอบสามเดือน ตามมาตรา 90/66³¹

1.4 เพื่อให้แผนฟื้นฟูกิจการสามารถดำเนินการได้สำเร็จต่อไปได้ ผู้บริหารแผนอาจดำเนินการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ ตามมาตรา 90/63

แผนฟื้นฟูกิจการที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบนั้น เป็นการกำหนดทิศทางและแนวทางให้ผู้บริหารแผนทำหน้าที่บริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่หากสถานการณ์ที่แปรเปลี่ยนไปซึ่งอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยต่างๆ ทั้งภายในและภายนอกองค์กรของลูกหนี้หรืออาจเกิดขึ้นจากข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการนั่นเอง ที่เป็นอุปสรรคทำให้การบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่อาจดำเนินการไปได้โดยราบรื่นและอาจทำให้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จตามแผน การแก้ไขแผนเพื่อให้สอดคล้องเหมาะสมต่อสถานการณ์ต่าง ๆ นั้น ย่อมเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการสำเร็จลุล่วงไปได้ นอกจากนั้นหากดำเนินการตามแผนมาจนใกล้ครบกำหนดระยะเวลาตามแผน แต่ยังไม่อาจบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ให้บรรลุผลสำเร็จตามแผนได้

ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดช่องให้ผู้บริหารแผนสามารถดำเนินการแก้ไขแผนได้ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของผู้บริหารแผนที่จะต้องทบทวนประเมินผลในระหว่างบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ตามแผน หากพบว่าเกิดปัญหาอุปสรรคที่จะส่งผลกระทบต่ออย่างนัยสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการแล้ว ผู้บริหารแผนขอที่จะเสนอขอแก้ไขแผน โดยการยื่นข้อเสนอขอแก้ไขแผนต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้รับข้อเสนอขอแก้ไขแผนพร้อมด้วยสำเนาจากผู้บริหารแผนแล้ว ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นัดประชุมเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิออกเสียงโดยเร็วที่สุด

³⁰ คารณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 33.

³¹ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3, หน้า 102-103.

เพื่อปรึกษาลงมติว่าจะยอมรับข้อเสนอขอแก้ไขแผนหรือไม่หรือจะแก้อย่างไร โดยให้ส่งสำเนาข้อเสนอแก้ไขแผนและแจ้งกำหนดวัน เวลา สถานที่ และหัวข้อประชุมไปยังเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิออกเสียง ลูกหนี้ และผู้บริหารแผน กับให้โฆษณากำหนดการประชุมดังกล่าวในหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายอย่างน้อยหนึ่งฉบับล่วงหน้าก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่าสิบวัน

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนมาประชุมไม่ได้เพราะมีเหตุผลพิเศษ ให้แจ้งขอเลื่อนการประชุมต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก่อนวันประชุม เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยทำให้แจ้งล่วงหน้าไม่ได้

ถ้าผู้บริหารแผนไม่มาประชุม ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ถามที่ประชุมเจ้าหนี้ว่าจะให้เลื่อนการพิจารณาขอแก้ไขแผนไปหรือไม่ ถ้าที่ประชุมมีมติให้เลื่อน ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เลื่อนการพิจารณาข้อเสนอขอแก้ไขแผนได้ตามที่เห็นสมควร โดยแจ้งกำหนดวันเวลาดนัดประชุมใหม่ต่อที่ประชุม และให้ถือว่าเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือผู้ทำแผนซึ่งไม่ได้มาประชุมได้ทราบนัดแล้ว (นำมาตรา 90/44 มาใช้บังคับโดยอนุโลม)

เจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือผู้บริหารแผนอาจขอแก้ไขข้อเสนอขอแก้ไขแผนดังกล่าว โดยยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ล่วงหน้าก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่าสามวัน (นำมาตรา 90/45 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม)

ในกรณีที่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้เป็นผู้ขอ ต้องส่งสำเนาคำขอแก้ไขข้อเสนอขอแก้ไขแผนให้ผู้บริหารแผนทราบล่วงหน้าก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่าสามวันด้วย (นำมาตรา 90/45 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม) อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าการขอแก้ไขข้อเสนอขอแก้ไขแผนของผู้บริหารแผนโดยเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ นั้น จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้บริหารแผนยินยอมด้วย ตามมาตรา 90/63 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย³²

การขอแก้ไขแผนจะต้องขอแก้ไขก่อนแผนดำเนินการเป็นผลสำเร็จ เมื่อมีการดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามแผนแล้ว จะต้องมีการรายงานศาลเพื่อยกเลิกการฟื้นฟูกิจการต่อไป การแก้ไขแผนโดยขอขยายระยะเวลาดำเนินการตามแผน ให้ทำได้ไม่เกิน 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี เว้นแต่ในกรณีที่เห็นได้ชัดว่าแผนได้ดำเนินมาใกล้สำเร็จแล้ว ผู้บริหารแผนจะขอขยายระยะเวลาต่อไปอีกก็ได้ ตามที่เห็นสมควร ตามมาตรา 90/63 วรรคสอง

ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบข้อเสนอขอแก้ไขแผนนั้น เมื่อที่ประชุมเจ้าหนี้ลงมติยอมรับข้อเสนอแผนแล้ว ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงานมติของที่ประชุมเจ้าหนี้ที่ยอมรับข้อเสนอขอแก้ไขแผนต่อศาลโดยเร็ว เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งว่าจะเห็นชอบด้วยข้อเสนอขอแก้ไขแผนนั้นหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาข้อเสนอขอแก้ไขแผนเป็นการด่วน และให้

³²พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล, การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ โดยศาลล้มละลายกลาง, หน้า 155-157.

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีเวลาในการส่งแจ้งความให้ผู้บริหารแผน ลูกหนี้ และเจ้าหนี้ทั้งหลายทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วัน ตามมาตรา 90/56 ประกอบมาตรา 90/63 ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่นั้น ศาลอาจพิจารณาจากคำชี้แจงของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารแผน และข้อคัดค้านของลูกหนี้และเจ้าหนี้ซึ่งไม่ได้ลงมติดยอมรับข้อเสนอแก้ไขแผนนั้น ตามมาตรา 90/57 ประกอบ 90/63

จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดตัวบุคคลที่จะดำเนินการในการขอแก้ไขแผนหลังศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนไว้อย่างชัดเจนว่า ให้เป็นอำนาจของผู้บริหารแผน เพราะผู้บริหารแผนเป็นบุคคลที่มีหน้าที่และความรับผิดชอบจะต้องดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จตามแผน บุคคลอื่นจะดำเนินการขอแก้ไขแผนเองไม่ได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้บริหารแผน แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้มอบอำนาจในการขอแก้ไขแผนให้แก่ผู้บริหารแผนอย่างเต็มที่ เพราะผู้บริหารแผนมีหน้าที่หลักในการที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ³³

1.5 เพื่อการปฏิบัติการให้เป็นแนวทางตามแผน ผู้บริหารแผนอาจร้องขอทำหรือแก้ไขข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิของลูกหนี้ก็ได้ มาตรา 90/64

(2) ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ

เมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน ผู้บริหารแผนย่อมมีสิทธิและอำนาจหน้าที่จัดการกิจการและทรัพย์สิน รวมทั้งดำเนินการค้าตามปกติภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการด้วยความสุจริต รวมทั้งประสานความร่วมมือกับศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้ ผู้บริหารของลูกหนี้ และผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย การฟื้นฟูกิจการจึงจะสำเร็จได้ เป็นผลให้ศาลมีคำสั่งให้ยกเลิกการฟื้นฟูกิจการในที่สุด

แต่ในกรณีที่ผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามแผน หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตก่อความเสียหายแก่เจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนนี้ รวมถึงกรณีการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ด้วย หรือขาดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ. 2545 ซึ่งไม่ใช่บังคับกรณีที่ลูกหนี้หรือผู้บริหารลูกหนี้ได้รับแต่งตั้งจากศาลให้เป็นผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนแล้ว หรือมีเหตุอื่นที่ไม่สมควรเป็นผู้บริหารแผนต่อไป เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงาน คือการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหนังสือรายงานต่อศาล ซึ่งในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้มีคำขอ

³³ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 230-232.

ศาลอาจสั่งให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่ง หรือมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควร มาตรา 90/67³⁴

จะเห็นได้ว่าแม้จะเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่หรือเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ภายใต้ขอบที่กฎหมายกำหนดผู้บริหารแผนก็ต้องรับผิดชอบนี้ หากจัดการทรัพย์สินโดยไม่สุจริตก่อความเสียหายแก่ลูกหนี้แล้วนอกจากศาลอาจสั่งให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่งได้แล้ว ผู้บริหารแผนยังอาจต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ในเรื่องละเมิด หากผู้บริหารแผนจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจตนา หรือโดยประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิของลูกหนี้ โดยในเรื่องของค่าเสียหายนั้น โจทก์จะต้องนำสืบถึงจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จะให้ผู้บริหารแผนชดเชย แต่ถ้านำสืบไม่ได้ศาลอาจกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องมีความรับผิดชอบตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแก่ลูกหนี้หรือตามสมควรแก่พฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งพฤติการณ์แห่งละเมิดนั้น หมายถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้บริหารแผนว่าเป็นอย่างไร หรือมีความประมาทเลินเล่อมากน้อยเพียงใด ตามมาตรา 438 และการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายตามมาตรา 438 นั้น มีอยู่ด้วยกัน 3 วิธี คือ 1) การกำหนดค่าเสียหายเป็นการลงโทษ คือ การกำหนดค่าเสียหายให้มากกว่าความเป็นจริงหรือสูงกว่าปกติ เพื่อลงโทษผู้บริหารแผนที่ทำละเมิด 2) การกำหนดค่าเสียหายน้อยกว่าความจริง เนื่องจากผู้เสียหายมีส่วนก่อให้เกิดความเสียหาย และผู้เสียหายไม่ช่วยบรรเทาความเสียหาย 3) การกำหนดค่าเสียหายโดยประมาณ ในกรณีที่โจทก์นำสืบค่าเสียหายไม่ได้³⁵

ส่วนในเรื่องของความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนต่อบุคคลภายนอก แม้ว่าตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มิได้มีการบัญญัติให้ผู้บริหารแผนมีสถานะเป็นตัวแทนของลูกหนี้ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวการ ให้ทำงานให้ การทำงานของตัวแทนที่ทำตามอำนาจนั้นจะมีผลต่อสถานะทางกฎหมายของตัวการที่มีผลต่อบุคคลภายนอก คือ ตัวการต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกในงานที่ตัวแทนทำแทนส่วนตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เว้นแต่จะเป็นการทำโดยที่ไม่มีอำนาจ³⁶ แต่เมื่อศาลได้แจ้งคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนให้ผู้บริหารแผนทราบแล้ว ผู้บริหารแผนจึงมี

³⁴พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล, การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยศาลล้มละลายกลาง, หน้า 161.

³⁵เฟิ่ง เฟิ่งนิต, คำอธิบาย(ฉบับย่อ)ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและพ.ร.บ.ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 , พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพระมงกุฎเกล้า, 2546), หน้า 149-155.

³⁶จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน, ตัวแทนค้าต่าง, นายหน้า, เจ้าพนักงาน, รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 4.

สถานะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกรอบของแผนฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นการที่ผู้บริหารแผนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก หรือกระทำการก่อหนี้ขึ้นกับบุคคลภายนอก แล้วไม่ชำระหนี้ หากเป็นการกระทำตามแผนฟื้นฟูกิจการ การกระทำดังกล่าวย่อมผูกพันลูกหนี้เสมือนลูกหนี้เป็นตัวละคร ส่งผลให้เจ้าหนี้ในหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนนี้ สามารถฟ้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้ และกรณีดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสถานะพักการชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(4) ³⁷ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้บริหารแผนไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

ภายหลังจากที่แผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล และศาลได้มีการตั้งผู้บริหารแผนแล้ว ให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ และบรรดาสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้นั้น ในกรณีที่ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการกระทำการเกินขอบอำนาจที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ได้กำหนดโทษทางอาญาของผู้บริหารแผนไว้ โดยถือว่าลูกหนี้และเจ้าหนี้เป็นผู้เสียหายในความผิดดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. กรณีที่ผู้บริหารแผนฝ่าฝืน มาตรา 90/12(9) กล่าวคือ กระทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้ำตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/82

2. กรณีที่ผู้บริหารแผนฝ่าฝืน มาตรา 90/19 วรรคสาม กล่าวคือ ในการพิจารณาของศาลและการประชุมเจ้าหนี้ทุกครั้ง ให้ผู้บริหารแผนไปศาล เพื่อไปประชุมและตอบคำถามของศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ลูกหนี้ ผู้บริหารแผนชั่วคราว หรือเจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของตน ในกรณีเช่นนี้ผู้บริหารแผนจะเสนอความเห็นอย่างหนึ่งอย่างใดต่อศาลหรือที่ประชุมก็ได้ เว้นแต่ผู้บริหารแผนร้องขอต่อศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ อาจจะอนุญาตให้ผู้บริหารแผนไม่ต้องไปศาลหรือไม่ไปประชุมเจ้าหนี้ในนัดใดก็ได้แล้วแต่กรณี หากไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ตามมาตรา 90/83

3. เนื่องจากผู้บริหารแผนเป็นผู้มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ จึงย่อมต้องรับรู้ข้อมูลในกิจการของลูกหนี้ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามอำนาจและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในหมวด 3/1 อันเป็นเรื่องกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งข้อมูล

³⁷ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 226.

หรือกิจการนั้นเป็นกิจการหรือข้อมูลก็ตามปกติวิสัยของลูกหนี้ที่ได้รับการฟื้นฟูกิจการ ไม่ควรจะเปิดเผย

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้บริหารแผนนำข้อมูลไปเปิดเผยไม่ว่าด้วยประการใด ๆ อาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ เว้นแต่เป็นการกระทำตามหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการตามหมวด 3/1 ดังกล่าว ตามมาตรา 90/87

4. กรณีที่ผู้บริหารแผน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หรือกระทำการฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งหมวด 3/1 โดยมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ตามมาตรา 90/88

2.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าระบบการฟื้นฟูกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือ ระบบที่ให้ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจบริหารกิจการของบริษัทด้วยตนเอง (Debtor in Possession) โดยศาลและกรรมการเจ้าหนี้จะเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมให้การดำเนินการฟื้นฟูเป็นไปด้วยดี และมีอำนาจในการแต่งตั้งทรัสต์ ซึ่งต้องเป็นผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียในการจัดการกิจการ ให้เข้าบริหารจัดการบริษัทของลูกหนี้ก็ได้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบริษัทลูกหนี้ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความสามารถหรือซื่อสัตย์ต่อการบริหารและการจัดการทรัพย์สิน

ดังนั้น หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการบริหารฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) หน้าที่และความรับผิดชอบของ ทรัสต์

แม้ว่ากรณีที่จะมีการแต่งตั้งทรัสต์เป็นผู้ดำเนินการบริหารฟื้นฟูกิจการนั้นจะเป็นไปได้ยาก แต่ผู้มีส่วนได้เสียหรือ United State trustee ซึ่งเป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่ถูกแต่งตั้งขึ้นโดย Attorney General ซึ่งหน้าที่หลักของ United State trustee ก็คือการแต่งตั้งคณะผู้ทำงานที่เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการล้มละลาย ก็สามารถร้องขอให้มีการแต่งตั้งทรัสต์ได้ ในระยะเวลา ก่อนที่จะมีการยอมรับแผน อย่างไรก็ตาม United State trustee มิใช่ผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจหรือพิจารณาเกี่ยวกับการล้มละลาย เลือกหรือควบคุมดูแลทรัสต์ และในกรณีของการฟื้นฟูกิจการ Chapter 11 United State trustee ก็ไม่สามารถทำหน้าที่เป็นทรัสต์ได้³⁸

ศาลโดยปราศจากการร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียหรือ United State trustee และหลังจากที่มีการแจ้งและพิจารณาไต่สวนแล้ว เห็นว่าลูกหนี้กระทำการฉ้อฉล ไม่สุจริต ไม่มีความสามารถ หรือ

³⁸ David G. Epstein, *Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell*, 5th ed., (St.Paul, Minn.: West Pub. co., 1995), p. 142.

บริหารงานผิดพลาดอย่างร้ายแรง หรือการแต่งตั้งทรัสต์เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผู้ถือหลักประกัน หรือประโยชน์อื่นใดในทรัพย์สิน ศาลจะต้องมีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์ ตาม 11 U.S.C. § 1104(a)³⁹ หรือในกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียมีคำร้องขอไม่เกินกว่า 30 วันภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์ตาม 11 U.S.C. § 1104(a) United State trustee จะต้องเรียกประชุมเจ้าหนี้เพื่อเลือกบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสีย (disinterested person) เป็นทรัสต์⁴⁰ กล่าวคือ ต้องมีใช้บุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ ผู้ถือหลักประกัน หรือผู้ที่เป็นคนวงใน และภายใน 2 ปีก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องขอจะต้องไม่ทำหน้าที่เป็นกรรมการหรือพนักงานของบริษัท หรือเป็นลูกจ้างของลูกหนี้ นอกจากนั้นจะต้องไม่มีผลประโยชน์ในทางที่จะทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือ เจ้าหนี้ หรือผู้ถือหลักทรัสต์เสียเปรียบ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์หรือผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อม หรือด้วยเหตุอื่นใด⁴¹ จะเห็นได้ว่าทรัสต์จะต้องมีคุณสมบัติที่สำคัญคือเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในการจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้

ก. หน้าที่ของทรัสต์⁴²

1. หน้าที่ในการจัดทำและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ แม้ว่าใน Chapter 11 จะไม่ได้กำหนดให้การจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเป็นหน้าที่เฉพาะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ แต่ได้กำหนดให้สิทธิลูกหนี้ในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการก่อน โดยฝ่ายอื่นๆ ก็สามารถเสนอแผนการฟื้นฟูกิจการได้เช่นกัน ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็น ทรัสต์ ผู้มีส่วนได้เสีย คณะกรรมการเจ้าหนี้ ผู้ถือหุ้นมีประกัน เจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้นมีประกัน และทรัสต์ตามสัญญา ก็สามารถเสนอแผนฟื้นฟูได้ โดยมีเงื่อนไขว่า 1) เป็นกรณีที่มีการแต่งตั้งทรัสต์ 2) ลูกหนี้ไม่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการภายใน 120 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ และ 3) ลูกหนี้ไม่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการให้ได้รับการยอมรับจากเจ้าหนี้ กลุ่มต่างๆ และผู้มีส่วนได้เสียซึ่งถูกลดสิทธิภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการ ภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ⁴³

2. รับผิดชอบทรัพย์สินทั้งหมดที่ได้รับมา⁴⁴

³⁹United States Courts, **Reorganization Under the Bankruptcy Code** [online], 15th August 2013.

www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx

⁴⁰11 U.S.C. section 1104(b)

⁴¹11 U.S.C. section 101(14)

⁴²11 U.S.C. section 1106

⁴³ดารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 38.

⁴⁴11 U.S.C. section 704 (2)

3. พิจารณา ตรวจสอบข้อเรียกร้อง และคัดค้านการใช้สิทธิในมูลหนี้ที่ไม่ถูกต้อง⁴⁵
4. เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น ทรัสต์จะต้องจัดหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ และผู้บริหารของลูกหนี้เมื่อมีการเรียกร้องจากผู้มีส่วนได้เสีย⁴⁶
5. หน้าที่ในการรวบรวมและจัดทำภาวะภัยที่เกิดขึ้น รายงานประจำทศวรรษของการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ และรายงานการรับและจ่ายเงินและข้อมูลอื่นๆ ตามที่ United State Trustee หรือศาลร้องขอ โดย ทรัสต์ ต้องยื่นต่อศาลและ United State Trustee และหน่วยงานของรัฐ เมื่อธุรกิจของลูกหนี้ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการได้ตามกฎหมาย⁴⁷
6. จัดทำรายงานสรุป และยื่นสรุปบัญชี ในการบริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ต่อศาลและ United State Trustee⁴⁸
7. ถ้ากรณีทีลูกหนี้บุคคลซึ่งถูกแต่งตั้งโดยลูกหนี้ ทำหน้าที่เป็นผู้บริหารของ employee benefit plan ทรัสต์ก็ต้องทำหน้าที่นั้นต่อ⁴⁹
8. หากลูกหนี้ยังมีได้กระทำการยื่นเอกสารรายชื่อเจ้าหนี้และรายการที่ศาลกำหนดรวมถึงตารางทรัพย์สินและหนี้สิน ตารางรายรับรายจ่ายในปัจจุบัน และรายการแสดงสถานะทางการเงินของกิจการลูกหนี้ต่อศาลแล้ว ทรัสต์จะต้องดำเนินการดังกล่าวแทนลูกหนี้⁵⁰ เนื่องจากโดยปกติแล้วลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะต้องมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลของตนเอง⁵¹
9. เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น ทรัสต์ จะต้องตรวจสอบ และบริหารจัดการทรัพย์สินและความรับผิดชอบของบริษัทลูกหนี้ ด้วยความประสงค์ในความต่อเนื่องของธุรกิจและเป็นไปตามแผนที่กำหนดไว้⁵²
10. หน้าที่ในการตรวจสอบทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ และแจ้งไปยังคณะกรรมการเจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้นมีประกันทรัสต์ตามสัญญาและบุคคลใดๆ ตามที่ศาลกำหนด ซึ่งถือเป็นหน้าที่เฉพาะของทรัสต์⁵³ เนื่องจากในกรณีที่มีการแต่งตั้งลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ถือได้ว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีสถานะเดียวกันกับกิจการ จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดที่จะต้องมี

⁴⁵ 11 U.S.C. section 704 (5)

⁴⁶ 11 U.S.C. section 704 (7)

⁴⁷ 11 U.S.C. section 704 (8)

⁴⁸ 11 U.S.C. section 704 (9)

⁴⁹ 11 U.S.C. section 704 (11)

⁵⁰ 11 U.S.C. section 1106(a) (2)

⁵¹ 11 U.S.C. section 521 (1)

⁵² 11 U.S.C. section 1106 (a)(3)

⁵³ 11 U.S.C. section 1106 (a)(4)

บุคคลภายนอกเข้ามาตรวจสอบกิจการ ดังนั้นกฎหมายจึงมิได้กำหนดให้ลูกหนี้ที่ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ดังกล่าว โดยหน้าที่ในการตรวจสอบลูกหนี้มีรายการดังต่อไปนี้ 1) การยื่นรายงานของการตรวจสอบลูกหนี้ในเรื่องการกระทำต่างๆ ทรัพย์สิน ความรับผิดชอบและสถานะทางการเงิน การดำเนินธุรกิจ ผลของความต่อเนื่องของธุรกิจ และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการฉ้อฉล ทุจริต ไม่มีความสามารถ การจัดการโดยผิดพลาดหรือมีความบกพร่องในการจัดการกิจการของลูกหนี้ หรือมีเหตุการณ์ฟ้องร้องกองทรัพย์สินของลูกหนี้ 2) ส่งสำเนารายงานตามข้อ 1) ไปยังคณะกรรมการเจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้นมีประกัน ทรัสต์ตามสัญญา และบุคคลใดตามที่ศาลกำหนด⁵⁴

11. เมื่อลูกหนี้ขอเปลี่ยนหรือยกเลิกกระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อศาล ทรัสต์ต้องรายงานการกระทำดังกล่าวต่อศาล⁵⁵

12. ยื่นขอคืนภาษีและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการขอคืนภาษี กรณีที่ลูกหนี้มิได้ยื่นขอคืนภาษีตามที่กฎหมายกำหนด โดยที่ทรัสต์ไม่ต้องรับผิดชอบ⁵⁶

13. หลังจากที่แผนได้รับความเห็นชอบแล้ว ทรัสต์จะต้องยื่นรายงานที่จำเป็นหรือเอกสารตามคำสั่งศาลต่อศาล⁵⁷

14. หน้าที่ในการยื่นหลักทรัพย์อันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ กล่าวคือ ในการสนับสนุนกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ผู้ให้บริการสาธารณะ (utility service) หรือสาธารณูปโภคจะไม่อาจปฏิเสธการให้บริการได้ แม้ว่าลูกหนี้จะมีได้ชำระค่าบริการก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ รวมถึงไม่อาจปฏิเสธการให้บริการนั้นแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ แต่ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือทรัสต์ จะต้องให้ประกันอย่างเพียงพอโดยการวางเงินประกันตามความเหมาะสมได้ ซึ่งหากผู้ให้บริการเห็นว่ามีภาระการประกันที่ไม่เพียงพอ ก็ต้องร้องขอต่อศาลให้พิจารณา ก่อน โดยจะระงับการให้บริการทันทีได้⁵⁸

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีภาระแต่งตั้งทรัสต์ ศาลสามารถแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (Examiner) และ United States trustee ก็สามารแต่งตั้งบุคคลซึ่งได้รับการอนุมัติจากศาลเป็นผู้ตรวจสอบ ผู้ตรวจสอบ (Examiner) ได้ โดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 1104(b) ว่า 1) เป็นกรณีที่ไม่มีภาระแต่งตั้งทรัสต์ 2) การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (Examiner) ถูกร้องขอโดยผู้มีส่วนได้เสีย และ 3) หนี้ของลูกหนี้

⁵⁴ ดารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 39.

⁵⁵ 11 U.S.C. section 1106 (a)(5)

⁵⁶ 11 U.S.C. section 1106 (a)(6)

⁵⁷ 11 U.S.C. section 1106 (a)(7)

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

จะต้องไม่เกินกว่าจำนวนที่กำหนด หรือ การแต่งตั้งเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผู้ถือหลักทรัพย์ หรือผลประโยชน์อื่นใดในทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยบทบาทของผู้ตรวจสอบ (Examiner) นั้นแตกต่างจากทรัสต์ เนื่องจากผู้ตรวจสอบ (Examiner) ไม่มีหน้าที่ในการจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่จะเป็นเพียงผู้ตรวจสอบความสามารถและความซื่อสัตย์สุจริตของลูกหนี้ และทำการเสนอรายงานการตรวจสอบต่อศาล อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบทบาทระหว่าง ผู้ตรวจสอบ (Examiner) กับทรัสต์ ยังคงมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนอยู่⁵⁹

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่า จากรายงานของวุฒิสภา ฉบับที่ 95-989 ระบุว่าหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของทรัสต์ คือ การดำเนินการจัดการทรัพย์สินหรือกิจการตามอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ได้รับตาม Bankruptcy Act มาตรา 47a (มาตรา 75(a) ตามฉบับเดิม) และหน้าที่หลักของทรัสต์ก็คือการเก็บรวบรวมเงิน ทรัพย์สินของลูกหนี้ และกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้มีส่วนได้เสีย นอกจากนี้ทรัสต์จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในทรัพย์สินทั้งหมดที่ได้รับมาในการจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ และจะต้องตรวจสอบกิจการทางการเงินของลูกหนี้ ทรัสต์จะต้องรับผิดชอบในการจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ และกิจการของลูกหนี้ในกรณีที่มีการร้องขอโดยผู้มีส่วนได้เสียด้วย

ข. ความรับผิดชอบของทรัสต์

กล่าวคือ กรณีที่ทรัสต์จัดการทรัพย์สินผิดพลาด อาจถูกฟ้องร้องให้มีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ โดยลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ซึ่งมีผลประโยชน์ได้เสียในกองทรัพย์สินเหล่านั้น และมีองค์กรวิชาชีพ United State Trustee ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของ ทรัสต์ ในด้านวิชาชีพ เว้นแต่ในกรณีที่ ทรัสต์ กระทำการภายในขอบอำนาจตามกฎหมาย เช่น การกระทำการในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ แม้ว่าการจัดการนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมาย ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ก็ไม่สามารถฟ้องให้ ทรัสต์ รับผิดชอบได้หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาลล้มละลาย⁶⁰

(2) หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการหรือพนักงานกรณิบริษัทได้รับอนุญาตให้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession)

ก. หน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

⁵⁹David G. Epstein, Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell, 5th ed., pp. 337-338.

⁶⁰ดร.ณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 59.

ตาม 11 U.S.C. มาตรา 1107 กำหนดไว้ว่า ให้นำหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เป็นไปตามหน้าที่ของ ทรัสต์ ที่กล่าวถึงข้างต้น เว้นแต่หน้าที่ของ ทรัสต์ ตาม 11 U.S.C. มาตรา 1106 (a) (2) (3) และ (4) กล่าวคือ การตรวจสอบทรัพย์สินและกิจการของตนเอง และแจ้งไปยังคณะกรรมการเจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้นมีประกันทรัสต์ตามสัญญาและบุคคลใดๆ ตามที่ศาลกำหนด⁶¹ เพราะถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีสถานะเดียวกันกับกิจการ

ข. ความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ไม่ได้มีการกำหนดไว้โดยตรงเช่นเดียวกันกับกรณีของทรัสต์ แต่เนื่องจากลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ก็ถือว่าเป็นผู้แทนกองทรัพย์สิน และมีอำนาจบริหารจัดการกองทรัพย์สินของตนเองเช่นเดียวกันกับทรัสต์เช่นกัน ดังนั้นกรณีที่จัดการทรัพย์สิน โดยทุจริต จึงอาจถูกฟ้องร้องให้มีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้⁶²

2.3.3 ประเทศอังกฤษ

ผู้บริหารแผน (administrator) คือ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อทำหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัท ในช่วงเวลาที่กระบวนการฟื้นฟูกิจการมีผลบังคับ โดยผู้บริหารแผน (administrator) ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยศาลเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งขึ้นโดยศาลเองหรือภายหลังจากที่มีคำสั่งศาลในกรณีตำแหน่งผู้บริหารแผน (administrator) วางลง กล่าวคือ กรณีที่ผู้บริหารแผน (administrator) เสียชีวิต หรือการลาออกจากตำแหน่งหรือกรณีอื่นใด เมื่อตำแหน่งว่างลงผู้ที่ทำหน้าที่ในการร้องขอให้มีการแต่งตั้งผู้บริหารแผน (administrator) เข้ามาแทนที่คนเดิม คือ 1) ผู้บริหารแผน (administrator) อื่นที่ยังคงอยู่ หรือ 2) ถ้าไม่มีผู้บริหารแผน (administrator) อื่นแล้ว ก็ให้คณะกรรมการเจ้าหนี้ ที่แต่งตั้งขึ้นตาม Insolvency Act มาตรา 26 เป็นผู้ร้องขอ หรือ 3) ในกรณีที่ไม่มีผู้บริหารแผน (administrator) อื่นและไม่มีความเห็นของเจ้าหนี้ ก็ให้บริษัทหรือกรรมการบริษัท หรือเจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ร้องขอ⁶³

คุณสมบัติของผู้บริหารแผน (administrator) ก็คือ ผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะกระทำการเป็นผู้ที่มีความชำนาญในการจัดการกิจการที่ล้มละลาย โดยมี

⁶¹ 11 U.S.C. section 1107

⁶² 11 U.S.C. section 323(b)

⁶³ Hamish Anderson, *Administrators: part II of the Insolvency Act 1986*, (London : Sweet & Maxwell, 1987), p. 71.

หลักการสำคัญที่จะชี้ให้เห็นถึงคุณสมบัติของผู้บริหารแผน (administrator) ก็คือ จะต้องเป็นบุคคลที่เป็นปัจเจกบุคคล (individual) และได้รับมอบอำนาจให้เป็น insolvency practitioner โดยต้องอยู่ภายใต้ Insolvency Practitioner Rule 1986 และภายใต้การควบคุมของ Secretary of State ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่มีความซื่อสัตย์สุจริต มีคุณสมบัติของผู้มีวิชาชีพในองค์กรวิชาชีพ ซึ่งในประเทศอังกฤษจะมีสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพผู้มีหนี้สินส่วนตัว (Insolvency Practitioner Association) ซึ่งจะมี Secretary of State ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งถอดถอนจากการเป็นผู้มีวิชาชีพ และจะต้องไม่เป็นผู้ป่วยภายใต้ความหมายของ Mental Health Act 1983 โดยสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผน (administrator) เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติอย่างหนึ่ง ก็คือ การที่ผู้บริหารแผน (administrator) เป็นบุคคลซึ่งเป็นหรือเคยกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทที่ล้มละลายซึ่งปฏิบัติหน้าที่ไม่มีความเหมาะสมในการที่จะบริหารจัดการกิจการของบริษัท

นอกจากนั้นผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องไม่เป็นผู้ที่กระทำการอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of interest) โดย Secretary of State จะเป็นผู้กำหนดคกกฎเกณฑ์การใช้อำนาจของผู้บริหารแผน (administrator)⁶⁴

(1) หน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator)

1. ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ในการควบคุมจัดการทรัพย์สินของบริษัทตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตามแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือตามคำสั่งศาล กล่าวคือ ผู้บริหารแผนจะเข้ากระทำการเป็นตัวแทนของบริษัทโดยอาจกระทำการเท่าที่จำเป็นหรือตามความเหมาะสมสำหรับการจัดการทรัพย์สินของบริษัท เช่น การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทภายใต้ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด นอกจากนั้นผู้บริหารแผน (administrator) ยังมีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริษัท การเรียกประชุมเจ้าหนี้ถ้ามีการร้องขอโดยเจ้าหนี้ หรือศาล⁶⁵ อย่างไรก็ตามในกรณีที่แผนฟื้นฟูกิจการยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการยอมรับแผน การจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของลูกหนี้จะต้องอยู่ภายใต้คำสั่งศาล โดยเมื่อภายหลังจากที่แผนได้รับความเห็นชอบแล้ว ผู้บริหารแผน (administrator) ก็จะสามารถจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการได้⁶⁶

⁶⁴Ibid., pp. 68-70.

⁶⁵Andrew R. Keay and Peter Walton, *Insolvency law: corporate and personal* (Harlow: Longman, 2003), pp.114-117.

⁶⁶Insolvency Act section 17(2)

2. หน้าที่ในการจัดทำแผนและเสนอรายการแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือให้บริษัทสามารถดำรงอยู่ได้หรือส่งผลดีต่อเจ้าหนี้ดีกว่าการที่บริษัทเลิกกิจการ⁶⁷ โดยมีระยะเวลา 3 เดือนนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการซึ่งศาลอาจมีอำนาจในการขยายกำหนดเวลาอ้างกล่าวได้⁶⁸ จะเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่พื้นฐานที่สำคัญของผู้บริหารแผน (administrator)

3. หน้าที่ในการจัดเตรียมเอกสารทางบัญชี และยื่นรายการทางบัญชีที่จำเป็นของบริษัทลูกหนี้ต่อ ศาล นายทะเบียนบริษัท เจ้าหนี้ คณะกรรมการเจ้าหนี้ ภายใน 2 เดือน

4. หน้าที่แจ้งหรือรับข้อมูลเกี่ยวกับกิจการและการจัดการทรัพย์สิน ต่อผู้มีส่วนได้เสีย กล่าวคือ มีหน้าที่ในการรับคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สิน (Statement of affairs) การออกหมายนัดประชุมเจ้าหนี้ของบริษัทลูกหนี้ เมื่อมีการร้องขอโดยเจ้าหนี้ซึ่งมีจำนวนหนี้ 1 ใน 10 ของจำนวนหนี้ทั้งหมด หรือเมื่อศาลมีคำสั่ง⁶⁹ นอกจากนั้นยังมีหน้าที่ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้หลุดพ้นจากระบวนการจัดการทรัพย์สินของศาล

5. ผู้บริหารแผน (administrator) อาจทำการร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องที่มีความสำคัญหรือเฉพาะเจาะจง อันเกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินหรือกิจการหรือในการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัท

จะเห็นได้ว่า ข้อจำกัดอำนาจของผู้บริหารแผน (administrator) คือ ต้องจัดการงานและดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ภายใต้ขอบเขตหรือประเภทธุรกิจซึ่งได้กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์หรือข้อบังคับของบริษัทลูกหนี้ ดังนั้นในกรณีที่ไม่แน่ใจว่าตนเองมีอำนาจกระทำการตามกฎหมายหรือไม่อาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งในกรณีใดกรณีหนึ่ง เสมือนเป็นการขอความเห็น หรือเปิดโอกาสให้นำกระบวนการทางศาลมาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของตน

(2) ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน (administrator)

ตามที่ Insolvency Act มาตรา 14(5) บัญญัติว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator) ถือว่าเป็นการกระทำการเป็นตัวแทนของบริษัท โดยที่จะต้องกระทำการโดยสุจริต แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ก็ตาม แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผน (administrator) มิใช่ถือว่าเป็นเพียงตัวแทนทั่วไปของบริษัทเท่านั้น แต่เป็นตัวแทนของบริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ใน

⁶⁷Ibid., p.102.

⁶⁸Insolvency Act section 23(1)

⁶⁹ดร.ณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 37.

การปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นผู้บริหารแผน จากที่กล่าวมาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน (administrator) ดังต่อไปนี้

ก. ความรับผิดในสัญญา (Liability in contract)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าผู้บริหารแผน (administrator) มีสถานะเป็นตัวแทนของบริษัท แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผน (administrator) ไม่จำเป็นต้องรับผิดเป็นส่วนตัวในสัญญา เว้นแต่เป็นการกระทำการที่เกินขอบอำนาจ (ultra vires) อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมักจะไม่ได้เกิดเหตุการณ์ที่เป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจเกิดขึ้น เนื่องจาก Insolvency Act มาตรา 232 ได้บัญญัติให้การกระทำของผู้บริหารแผน (administrator) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷⁰ แม้ว่าภายหลังจะพบว่ามีการแต่งตั้งผู้บริหารแผน (administrator) คุณสมบัติ หรืออำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 14(1) หรือที่กำหนดไว้ใน Schedule 1 มีข้อบกพร่องตามกฎหมายก็ตาม ก็ถือว่าการกระทำของผู้บริหารแผน (administrator) ที่ได้กระทำไปแล้วมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายที่กว้างจึงครอบคลุมถึงการเข้าทำสัญญาของผู้บริหารแผน (administrator) โดยปราศจากอำนาจ ดังนั้นความรับผิดของผู้บริหารแผน (administrator) จึงขึ้นอยู่กับถ้อยคำหรือเงื่อนไขในสัญญาเป็นสำคัญ หมายความว่าในกรณีที่ข้อสัญญาเขียนไว้ชัดเจนว่าผู้บริหารแผน (administrator) ต้องร่วมรับผิดชอบในมูลหนี้ใดๆ ที่เกิดขึ้นตามสัญญานั้น ผู้บริหารแผน (administrator) จึงต้องมีความรับผิดเป็นการส่วนตัว นอกจากนี้กฎหมายได้กำหนดให้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือผู้บริหารแผน (administrator) ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในกรณีที่ผู้ให้บริการสาธารณูปโภคประเภทต่างๆ กำหนดเงื่อนไขการให้บริการเอาไว้ เมื่อผู้บริหารแผน (administrator) ร้องขอให้มีการให้บริการในสาธารณูปโภคนั้น ผู้ให้บริการอาจกำหนดให้ผู้บริหารแผน (administrator) ต้องประกันการจ่ายเงินหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการให้บริการนั้น ดังนั้น หากมีการผิดสัญญาการให้บริการสาธารณูปโภค ผู้บริหารแผน (administrator) ก็อาจต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวจากการที่เข้าประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้นในฐานะผู้ค้ำประกัน

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดในมูลหนี้ตามสัญญา ซึ่งผู้บริหารแผน (administrator) เป็นผู้กระทำขึ้นนั้นรวมถึงมูลหนี้ตามสัญญาจ้างแรงงาน ที่ผู้บริหารแผน (administrator) ว่าจ้างมานั้น ถือเป็นค่าใช้จ่ายในกองทรัพย์สินของลูกค้าหนี้เมื่อผู้บริหารแผน (administrator) พ้นจากตำแหน่ง

ข. ความรับผิดในทางละเมิด (Liability in tort)

แม้ว่ากฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษ มิได้กำหนดความรับผิดของผู้บริหารแผน (administrator) ในมูลหนี้ละเมิดไว้โดยตรง ดังนั้นในกรณีที่ผู้บริหารแผน (administrator) ใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแล้วก่อความเสียหายให้แก่บุคคลภายนอก ย่อมต้องรับผิดในมูลหนี้

⁷⁰Hamish Anderson, *Administrators: part II of the Insolvency Act 1986*, pp. 76-77.

ละเมิด หากผู้บริหารแผน (administrator) ได้กระทำการครบองค์ประกอบความผิดในทางละเมิดแล้ว ผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ไม่ว่าจะได้กระทำในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นใคร จะเป็นบริษัทลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือบุคคลใดๆก็ตาม อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบในมูลหนี้ละเมิดนั้นจะผูกพันบริษัทลูกหนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ให้สัตยาบันหรือรับอำนาจในการกระทำของผู้บริหารแผน (administrator) ไว้

นอกจากนั้นผู้บริหารแผน (administrator) ยังอาจจะต้องมีความรับผิดชอบในตนเองเกี่ยวกับกรรมการบริษัทที่อาจจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในกรณีที่มีคำสั่งหรือการดำเนินการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย แม้ว่ากรรมการจะไม่ได้กระทำการนั้นโดยตรง เนื่องจากถือว่าการกระทำ และผู้บริหารแผน (administrator) เป็นผู้ที่มีอำนาจกระทำการจัดการกิจการทั้งปวงของบริษัท ถือเป็นการรับผิดชอบในตำแหน่งหน้าที่ในการจัดการ (managerial position) แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบในทางละเมิดดังกล่าวก็ยังคงต้องมีการพิสูจน์ถึงการกระทำและการละเว้นกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ใช่เกิดความรับผิดชอบเพราะเพียงแต่มีตำแหน่งทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือผู้บริหารแผน (administrator) อาจพ้นจากความรับผิดชอบในมูลหนี้ละเมิดได้เมื่อศาลมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผน (administrator) หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ นอกจากนี้ผู้บริหารแผน (administrator) ยังมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ หากผู้บริหารแผน (administrator) ได้กระทำละเมิดในระหว่างกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นจึงถือว่ามีกระบวนการทางกฎหมายเข้ามาเยียวยาความเสียหายหรือความบกพร่องที่เกิดจากการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator)

ค. ความรับผิดทางอาญา

เช่นเดียวกับความรับผิดทางละเมิด กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษก็มีได้บัญญัติความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารแผน (administrator) ไว้โดยตรง แต่ได้มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ในกรณีที่ผู้บริหารแผน (administrator) ผ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ

1) การขาดคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner แต่ยังคงกระทำการในฐานะเช่นนั้นอยู่

2) การไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีเหตุอันสมควร คือ การไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลไปยังบริษัทลูกหนี้ที่อนุญาตให้จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่นายทะเบียนบริษัทภายใน 14 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว การไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ในการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการแก่นายทะเบียนและบุคคลที่ระบุในคำสั่ง และการ

ไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ที่ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกระบวนการฟื้นฟูกิจการภายในเวลาที่กำหนด

3) การขาดคุณสมบัติในการกระทำการเป็นกรรมการบริษัทตาม Company Director Disqualification Act 1986 และศาลมีคำสั่งชี้ขาดแล้วว่าขาดคุณสมบัติ แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน (administrator) อยู่

4) การไม่ทำการจัดทำและส่งแผนฟื้นฟูกิจการต่อนายทะเบียนบริษัท และเจ้าหน้าที่เท่าที่ทราบทั้งหมด ไม่จัดทำสำเนารายการแผนฟื้นฟูกิจการก่อนการประชุมเจ้าหนี้ และการไม่ส่งสำเนารายการของแผนฟื้นฟูกิจการไปยังสมาชิกของบริษัทลูกหนี้ ภายในระยะเวลา 3 เดือน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ⁷¹

2.3.4 ประเทศออสเตรเลีย

ตาม Corporations Act 2001 กำหนดว่า บริษัทอาจจะแต่งตั้งผู้บริหารแผน (administrator) ถ้าคณะกรรมการบริษัทเห็นว่า บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือเป็นไปได้ที่จะมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรืออาจจะมีหนี้สินล้นพ้นตัวในอนาคต และผู้บริหารแผนนั้นควรที่จะถูกแต่งตั้งขึ้นมา โดยในการแต่งตั้งนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁷²

โดยบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องมีความเป็นสุจริตซื่อสัตย์ (liquidator) ที่ได้รับการขึ้นทะเบียน⁷³ กล่าวคือ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับปริญญาบัตรหรือ ประกาศนียบัตรจากมหาวิทยาลัยหรือสถาบันที่กำหนดไว้ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้รับการรับรองจาก Australian Securities and Investments Commission (ASIC) โดยต้องศึกษาในหลักสูตรการบัญชีไม่น้อยกว่า 3 ปี และในกฎหมายพาณิชย์รวมถึงกฎหมายบริษัทไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือเป็นผู้ที่ ASIC เห็นว่ามีประสบการณ์เทียบเท่ากับบุคคลที่จบการศึกษาข้างต้น⁷⁴

ที่สำคัญผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ไม่เป็นพนักงาน เจ้าหนี้ หรือผู้สอบบัญชีของบริษัทลูกหนี้ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้จะถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้บริหารแผน (administrator) ตาม Corporations Act มาตรา 448C โดยปราศจากการได้รับคำสั่งจากศาล โดย

⁷¹ ธารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 55-58.

⁷² Corporations Act 2001 section 436A

⁷³ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed., p. 634.

⁷⁴ Corporations Act 2001 section 1282(2)

มาตรา 448C มีพื้นฐานมาจาก มาตรา 532 ซึ่งระบุให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้างต้นขาดคุณสมบัติการเป็นผู้ชำระบัญชี (liquidator) เช่นกัน⁷⁵ การขาดคุณสมบัติยังรวมถึงบุคคลซึ่งมีความขัดกันผลประโยชน์ (Conflicts of Interest) กล่าวคือ เป็นการขัดกันผลประโยชน์ระหว่างผลประโยชน์ของตนเองและผลประโยชน์ของบริษัทลูกหนึ่ง⁷⁶ นอกจากนี้ ผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องไม่เป็นบุคคลที่มีหนี้สินส่วนตัว หรือเป็นบุคคลล้มละลายด้วย⁷⁷

ตาม Corporations Amendment (Insolvency) Act 2007 ได้มีการกำหนดเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัทลูกหนึ่งภายใน 24 เดือนก่อนที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน (administrator) และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆ จากบริษัทลูกหนึ่ง ตาม มาตรา 436DA ซึ่งการชี้แจงข้อมูลข้างต้นจะต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ในจดหมายนัดประชุมเจ้าหน้าที่ครั้งแรก เพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน (administrator) หรือไม่ หรือบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกรรมการของบริษัทหรือไม่ โดยการชี้แจงความสัมพันธ์ดังกล่าว เป็นไปตาม มาตรา 60 (declaration of relevant relationships)⁷⁸

(1) หน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator)

1. ควบคุมจัดการการดำเนินงานของบริษัท

หน้าที่ในการควบคุมจัดการการดำเนินงานของบริษัทนั้น ถือได้ว่าเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของผู้บริหารแผน (administrator) โดยผู้บริหารแผน (administrator) มีหน้าที่ในการจัดการกิจการทรัพย์สิน ระบุหรือจำหน่ายทรัพย์สินหรือกิจการของบริษัทลูกหนึ่ง และกระทำการอื่นใดหรือใช้สิทธิที่บริษัทหรือพนักงานของบริษัทสามารถกระทำได้ถ้าบริษัทลูกหนึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้การฟื้นฟูกิจการ⁷⁹

ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator) ภายใต้การฟื้นฟูกิจการนั้น ผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบริษัทในการดำเนินการดังกล่าว⁸⁰ และเมื่อ

⁷⁵ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed., p. 634.

⁷⁶ Ibid., p. 682.

⁷⁷ Corporations Act 2001 section 448D

⁷⁸ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed., p. 634.

⁷⁹ Corporations Act 2001 section 437A

⁸⁰ Corporations Act 2001 section 437B

บริษัทอยู่ภายใต้การฟื้นฟูกิจการ ไม่มีบุคคลใดนอกจากผู้บริหารแผน (administrator) ที่จะทำหน้าที่เป็นพนักงานบริษัท เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้บริหารแผน (administrator)⁸¹

นอกจากนั้นผู้บริหารแผน (administrator) ยังมีหน้าที่ที่เพิ่มเติมเข้ามาในการบริหารจัดการกิจการของบริษัท คือ หน้าที่ในการถอดถอนกรรมการบริษัท หรือแต่งตั้งบุคคลใดเป็นกรรมการบริษัท และกระทำการในนามของบริษัท ในการจัดทำเอกสารหรือดำเนินการอื่นใดที่จำเป็นสำหรับการบริหารกิจการภายใต้การฟื้นฟูกิจการ⁸²

2. การจัดการกับหลักประกันในทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้

เมื่อทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้อยู่ภายใต้การบังคับหลักประกันแบบลอย (floating charge) หรือหลักประกันทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ภายใต้การฟื้นฟูกิจการมีการเคลื่อนไหวอย่างอิสระ มีการเพิ่มสูงขึ้น ผู้บริหารแผน (administrator) สามารถที่จะจัดการกับหลักประกันในทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ได้ทันที แม้ว่าจะส่งผลเสียกับผลประโยชน์ของผู้ถือหลักประกันก็ตาม⁸³

3. การจำหน่ายจ่ายโอนกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้

เนื่องจากการแต่งตั้งผู้บริหารแผน (administrator) จะเป็นการระงับอำนาจหน้าที่ของพนักงานของบริษัทลูกหนี้เดิมเป็นการชั่วคราว ดังนั้นผู้บริหารแผน (administrator) อาจทำการจำหน่ายจ่ายโอนกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ โดยมีต้องมีการเรียกประชุมทั่วไปของสมาชิก ดังปรากฏตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Brash Holding Ltd v Shafir* (1994) 12 ACLC 619 และนอกจากนั้นผู้บริหารแผน (administrator) ยังมีอำนาจในการยกเลิกสัญญาจ้างแรงงานของลูกจ้างของบริษัทลูกหนี้ได้ด้วย ตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Australian Liquor, Hospitality & Miscellaneous Workers' Union v Terranora Lakes Country Club Ltd* (1996) 14 ACLC 1200

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน (administrator) ในเรื่องดังกล่าว ก็เพื่อที่จะปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกัน ผู้ให้เช่า และเจ้าของทรัพย์สิน ระหว่างระยะเวลาที่สิทธิในการบังคับใช้ของบุคคลเหล่านั้นถูกแทนที่ด้วยผู้บริหารแผน (administrator)⁸⁴ อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้น ที่ทำให้การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถกระทำได้ คือ การจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในทางปกติของธุรกิจ หรือการที่ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์

⁸¹Corporations Act 2001 section 437C(1)

⁸²Corporations Act 2001 section 442A

⁸³Corporations Act 2001 section 442B

⁸⁴*Ibid.*, pp. 636-637.

อักษรจากคู่สัญญาที่ถือหลักประกัน เจ้าของ ผู้ให้เช่า หรือการได้รับอนุญาตจากศาลก่อนการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน⁸⁵

4. การตรวจสอบบริษัทลูกหนี้

ภายหลังจากที่ผู้บริหารแผน(administrator)ได้รับการแต่งตั้ง ผู้บริหารแผน(administrator) จะต้องทำการตรวจสอบสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้และสถานการณ์ทางการเงินของบริษัท ตาม มาตรา 438A(a) บนพื้นฐานของการตรวจสอบนี้ ผู้บริหารแผน(administrator) จะต้องจัดทำความคิดเห็นที่เป็นกระบวนการในเชิงของอนาคตที่ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้หรือบริษัทลูกหนี้ ซึ่งทางเลือกก็คือทั้งบริษัทลูกหนี้และเจ้าหนี้ควรจะเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการดังกล่าว หรือกรณีของการทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการฟื้นฟูกิจการของบริษัท หรือการที่บริษัทลูกหนี้เลิกกิจการ ตาม มาตรา 438A(b) เหตุผลก็เนื่องจากการที่กฎหมายได้กำหนดให้มีการจำกัดระยะเวลาที่สั้น อันทำให้ผู้บริหารแผน(administrator) ไม่สามารถทำการตรวจสอบบริษัทลูกหนี้ให้สำเร็จลุล่วงและละเอียดรอบคอบเหมือนกับกรณีของการเป็นผู้ชำระบัญชีได้ ดังเช่นในคดีของ Hagenvale Pty Ltd v Depela Pty Ltd.(1995) 13 ACLC 885 และจากคดีของ Deputy Commissioner of Taxation v Pddam Pty (1996) 14 ACLC 659 ที่แสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้อำนาจหน้าที่ของผู้บริหารแผน(administrator)ในการตรวจสอบทรัพย์สินที่ในทางปฏิบัติไม่สามารถทำได้

ดังนั้น เพื่อให้การตรวจสอบบริษัทลูกหนี้สามารถทำได้ ผู้บริหารแผน(administrator) จะต้องทำการแจ้งต่อกรรมการของบริษัทให้ทำการส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับบริษัททั้งหมดให้กับผู้บริหารแผน(administrator) ซึ่งเอกสารนั้นรวมถึงเอกสารทางบัญชีด้วย ซึ่งกรรมการบริษัทลูกหนี้จะต้องส่งมอบรายการทรัพย์สิน และแจ้งสถานการณ์ทางการเงินให้กับผู้บริหารแผน(administrator) ภายใน 7 วันหลังจากที่ผู้บริหารแผน(administrator) เข้ามามีหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สิน นอกจากนี้กรรมการบริษัท จะต้องส่งมอบเอกสารอื่นเพิ่มเติมตามที่ผู้บริหารแผน(administrator) ร้องขอด้วย⁸⁶

5. หน้าที่ตาม Bankruptcy Act 1966

ตาม Bankruptcy Act 1966 ยังกำหนดหน้าที่ของผู้บริหารแผนเกี่ยวกับ debt agreement ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ให้ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดการตาม debt agreement ตามที่ลูกหนี้

⁸⁵ Corporations Act 2001 section 442C(2)

⁸⁶ Ibid., p. 635.

ร้องขอ และให้ข้อมูลต่อเจ้าหนี้ผู้ที่เป็กลุ่มสัญญาใน debt agreement และได้ทำการร้องขอข้อมูลดังกล่าว⁸⁷

เนื่องจากผู้บริหารแผนต้องดูแลจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ ดังนั้นเมื่อลูกหนี้มีหนี้ค้างชำระ 3 เดือนเกี่ยวกับ debt agreement ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งแก่เจ้าหนี้แต่ละรายเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเหตุการณ์ดังกล่าว ภายใน 10 วันนับตั้งแต่วันที่มืเหตุดังกล่าว นอกจากนั้นในกรณีที่มีหนี้ค้างชำระ 6 เดือนเกี่ยวกับ debt agreement ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งแก่ Official Receiver ภายใน 10 วันนับตั้งแต่วันที่มืเหตุดังกล่าวด้วย

นอกจากการแจ้งดังกล่าวแล้ว ผู้บริหารแผนจะต้องเก็บรักษาบัญชีเงินฝากธนาคาร และรายการบัญชีต่างๆที่เกี่ยวกับ debt agreement และในระหว่างปีงบประมาณผู้บริหารแผนจะต้องรายงานผลเกี่ยวกับการดำเนินงานของกิจการระหว่างปี แก่ Inspector-General ภายใน 35 วันหลังจากวันสิ้นสุดปีงบประมาณ⁸⁸

จะเห็นได้ว่า ในการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนนั้น ผู้บริหารแผนต้องบริหารกิจการเพื่อประโยชน์สูงสุดของเจ้าหนี้ ในการที่จะให้บริษัทสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

(2) ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน

1. ความรับผิดชอบในหนี้ ตาม Corporations Act 2001

ผู้บริหารแผน(administrator) จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ที่เกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็หนี้ที่เกิดขึ้นจากการบริการ การซื้อสินค้า หรือการเช่าทรัพย์สิน การชำระเงิน หรือยืมเงินต่างๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการเข้าทำธุรจิกระหว่างบุคคลภายนอกกับบริษัทลูกหนี้ นอกจากนั้น ผู้บริหารแผน(administrator) จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในการชำระค่าเช่าทรัพย์สินก่อนที่จะมีการแต่งตั้ง โดยความรับผิดชอบนี้จะเกิดขึ้น 7 วันหลังจากที่ได้รับแต่งตั้งเป็ผู้บริหารแผน(administrator) ซึ่งระหว่างระยะเวลาดังกล่าวผู้บริหารแผน(administrator) สามารถระทำการประเมินสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้ในเบื้องต้นเพื่อที่จะตัดสินใจว่าจะทำการเช่าทรัพย์สินต่อหรือไม่ ถ้าหากตัดสินใจที่จะยกเลิกการเช่าทรัพย์สิน ผู้บริหารแผน(administrator) ก็มืต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในการชำระค่าเช่าที่เกิดขึ้น และในกรณีที่ผู้พิทักษ์ทรัพย์ถูกแต่งตั้งขึ้น หรือผู้กล่าวหาหรือตัวแทน เข้าควบคุมจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ศาลอาจให้ผู้บริหารแผน(administrator) หลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้⁸⁹

⁸⁷ Bankruptcy Act 1966 section 185LA

⁸⁸ Bankruptcy Act 1966 section 185LB-185LF

⁸⁹ Ibid., p. 638.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้บริหารแผน(administrator) อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในกรณีข้างต้นระหว่างการจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ผู้บริหารแผน(administrator) ก็มีสิทธิที่จะเรียกค่าชดเชย สำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นตาม มาตรา 443A(1) หรือเงินที่จ่ายไปตาม Income Tax Assessment Act 1936 หรือหนี้ที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยสุจริต ปราศจากการประมาทเลินเล่อ ในการบริหารจัดการกิจการ ทรัพย์สิน หรือการปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นผู้บริหารแผน(administrator) และการเรียกค่าชดเชยสำหรับค่าตอบแทนที่ถูกกำหนดขึ้นโดยการตกลงระหว่างผู้บริหารแผน(administrator) กับคณะกรรมการเจ้าหนี้ หรือมติที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือโดยคำสั่งศาล ตาม มาตรา 449E⁹⁰

2. ความรับผิดชอบตาม Bankruptcy Act 1966

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนฝ่าฝืนหน้าที่ และ Inspector-General หรือ เจ้าหนี้ผู้เป็นคู่สัญญาใน debt agreement ร้องขอ ศาลอาจสั่งให้ผู้บริหารแผน(administrator) ทำการเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ถอดถอนผู้บริหารแผน หรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น จะเห็นได้ว่าผู้บริหารแผน(administrator) จะถูกควบคุมโดยศาลด้วย⁹¹ นอกจากนั้นผู้บริหารแผน(administrator) อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการของบริษัท⁹² อย่างไรก็ตามอาจได้รับการชดเชย นอกเหนือจากทรัพย์สินของบริษัท หากผู้บริหารแผน(administrator) ได้กระทำการโดยสุจริตและมิได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ⁹³

2.3.5 ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL

ในเรื่องของหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL นั้น ได้ถูกกำหนดไว้ในเรื่องของผู้แทนในคดีล้มละลาย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ของผู้แทนในคดีล้มละลาย

โดยทั่วไปแล้วหน้าที่ของผู้แทนในคดีล้มละลาย ก็คือการดำเนินการกระบวนการในการปกป้องกองทรัพย์สิน ก่อให้เกิดมูลค่าสูงสุดแก่กองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และหน้าที่ในการจัดการจำหน่ายสินทรัพย์ในกองทรัพย์สินให้ได้ราคาดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และอาจรวมถึงหน้าที่ต่างๆ ดังต่อไปนี้

⁹⁰Corporations Act 2001 section 443D

⁹¹Bankruptcy Act 1966 section 185ZCA

⁹²Bankruptcy Act 1966 section 443A(1)

⁹³ Bankruptcy Act 1966 section 443DCA

1. การเข้าควบคุมสินทรัพย์ที่เป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และข้อมูลทางธุรกิจของลูกหนี้โดยเร็ว
2. การเป็นผู้แทนของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย
3. การจัดหาเงินทุนหลังการเริ่มกระบวนการฯ
4. การใช้สิทธิทางศาล ทางอนุญาโตตุลาการ และทางการดำเนินกระบวนการที่ดำเนินอยู่เพื่อประโยชน์ของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย
5. การจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับเกี่ยวกับลูกหนี้ สินทรัพย์และหนี้สินของลูกหนี้ และธุรกรรมต่างๆ ในอดีต (โดยเฉพาะที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงเวลาที่ต้องสงสัย) รวมถึงการตรวจสอบลูกหนี้ และบุคคลภายนอกที่มีการติดต่อทำธุรกรรมกับลูกหนี้
6. การดำเนินการต่างๆ ที่จำเป็นในการป้องกัน และดำรงไว้ซึ่งสินทรัพย์ของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และธุรกิจของลูกหนี้ รวมทั้งการป้องกันการจำหน่ายสินทรัพย์โดยมิชอบ และการใช้อำนาจในการยกเลิกเพิกถอนธุรกรรม
7. การจดทะเบียนสิทธิในกองทรัพย์สินฯ ในกรณีที่การจดทะเบียนดังกล่าวจำเป็นต้องทำเพื่อให้สิทธิในกองทรัพย์สินมีความสมบูรณ์เหนือผู้ซื้อบุคคลภายนอกที่สุจริต
8. การแต่งตั้ง และการกำหนดค่าตอบแทนผู้สอบบัญชี ทนายความ และผู้ประกอบการวิชาชีพอื่นที่อาจมีความจำเป็นในการช่วยเหลือผู้แทนในคดีล้มละลายในการปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ
9. การตรวจสอบบรรดาสัญญาที่ยังไม่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญาว่าจะทำการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปหรือไม่
10. การจัดการเกี่ยวกับพนักงานลูกจ้าง และสิทธิต่างๆ รวมทั้งสิทธิในเงินบำเหน็จบำนาญ
11. การรับรู้มูลค่ากองทรัพย์สินในคดีล้มละลายในกรณีของการล้มละลาย
12. การตรวจสอบ และรับรองสิทธิเรียกร้อง และการดำรงไว้ซึ่งบัญชีรายการสิทธิเรียกร้องที่มีการตรวจสอบ และรับรองแล้วให้เป็นปัจจุบัน
13. การให้ข้อมูลรายละเอียดการดำเนินกระบวนการฯ แก่ศาล และบรรดาเจ้าหนี้ตามช่วงเวลาที่กำหนด ข้อมูลดังกล่าวจะรวมถึงรายละเอียดสินทรัพย์ที่มีการขายระหว่างช่วงเวลาที่เกี่ยวข้อง ราคา ค่าใช้จ่ายในการขาย และข้อมูลที่ศาลอาจร้องขอ หรือที่คณะกรรมการเจ้าหนี้อาจร้องขอตามสมควร หลักฐานการรับเงิน และใบสำคัญการจ่ายเงิน และสินทรัพย์คงเหลือที่ต้องบริหารจัดการ เป็นต้น
14. การเข้าร่วมการประชุมเจ้าหนี้
15. การดำเนิน และการบริหารจัดการธุรกิจต่อไปในการฟื้นฟูกิจการ และในการชำระบัญชีในกรณีที่ธุรกิจถูกขายบนหลักการว่าเพื่อให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป

16. การจัดเตรียม หรือการให้ความช่วยเหลือในการจัดเตรียมแผนฟื้นฟูกิจการ หรือเอกสารรายงานสาเหตุที่ไม่อาจไม่อาจดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ (ในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายมีหน้าที่ในการนี้) ในกรณีการฟื้นฟูกิจการ

17. การกำกับดูแลการอนุมัติแผนฟื้นฟูกิจการ และการดำเนินการตามแผนในกรณีที่ถูกกำหนดให้ต้องทำ

18. การจัดการแบ่งส่วนในดอกผลที่เกิดจากการรับรู้มูลค่าของกองทรัพย์สินในการล้มละลาย และการยกเลิกกองทรัพย์สินโดยทันทีอย่างมีประสิทธิภาพ และโดยเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องฝ่ายต่างๆ ในคดี

19. การยื่นรายงานฉบับสมบูรณ์ และรายงานการบัญชีการบริหารจัดการกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายให้แก่ศาล หรือบรรดาเจ้าหนี้ตามที่มีการกำหนดเอาไว้ และ

20. การอื่นใดที่บรรดาเจ้าหนี้หรือศาลอาจส่งต่อให้ผู้แทนในคดีล้มละลายเป็นผู้ดำเนินการ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การฟื้นฟูกิจการเป็นกรณีที่ลูกหนี้ที่มีอำนาจในการดำเนินการ และไม่มี การแต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลาย หน้าที่ประการต่างๆ ข้างต้นจะดำเนินการโดยลูกหนี้ ภายใต้ระดับการกำกับดูแลที่แตกต่างกันโดยศาล และบรรดาเจ้าหนี้⁹⁴

(2) ความรับผิดชอบของผู้แทนในคดีล้มละลาย

1. ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL นั้นได้เสนอแนะให้ผู้แทนในคดีล้มละลายที่ต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้แทนในคดีล้มละลาย โดยในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบนั้น ควรต้องพิจารณาด้วยว่าผู้แทนในคดีล้มละลายมีการทำหน้าที่ ด้วยความรอบคอบและตาม ทักษะที่ผู้แทนในคดีล้มละลายต้องมีในการทำหน้าที่หรือไม่เพียงใดและนอกจากนั้นยังมีความ จำเป็นต้องคำนึง ถึงความยากลำบากในการทำหน้าที่ ระดับความเหมาะสมของค่าตอบแทนที่มีความ จำเป็นที่จะต้องสามารถดึงดูดผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้แทนในคดีล้มละลายด้วย

2. ในส่วนความรับผิดชอบทางแพ่งเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันไม่สุจริตของผู้แทนในคดีล้มละลาย ควรคำนึงถึงว่าผู้แทนในคดีล้มละลายนั้นได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาอย่างไร รวมถึงลักษณะของการแต่งตั้งด้วย เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพในภาคเอกชนซึ่งอยู่คนละข้างกับทาง ราชการ

โดยแนวทางหนึ่งอาจได้แก่การกำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลายปฏิบัติตามมาตรฐานที่ ไม่ได้เข้มงวดไปกว่าที่ควรคาดหมายได้ในการปฏิบัติต่อลูกหนี้ที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจตามปกติ

⁹⁴แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง สหประชาชาติ = (UNCITRAL), หน้า 187-189.

การค้าในขณะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเช่นเดียวกับวิญญูชนทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในบางประเทศอาจกำหนดมาตรฐานของวิญญูชนที่สูงกว่ากรณีข้างต้น เนื่องจากผู้แทนในคดีล้มละลายมิได้เป็นผู้จัดการทรัพย์สินของตนเอง แต่เป็นทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลอื่น

อีกแนวทางหนึ่งได้แก่การคาดหมายว่าผู้แทนในคดีล้มละลายจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตด้วยวัตถุประสงค์ที่สมควร

ส่วนแนวทางอื่นๆอาจเป็นการกำหนดมาตรฐานในการทำหน้าที่ที่ต้องมีการพิจารณาความเพิกเฉยในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย

3. อาจกำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลายต้องวางเงินประกันหรือทำประกันเพื่อคุ้มครองความเสียหายในกองทรัพย์สิน หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่

4. เรื่องความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้แทนในคดีล้มละลาย ซึ่งข้อดีของการให้มีการรับผิดชอบส่วนตัวก็คือ ทำให้เกิดความแน่นอนสำหรับเจ้าหนี้ทางการค้าของลูกหนี้ และผู้แทนในคดีล้มละลายอาจทำหน้าที่ในการตรวจสอบหนี้สินที่เกิดขึ้นอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ข้อเสียก็คือ อาจเกิดการดำเนินธุรกิจต่อไปโดยปราศจากแรงจูงใจได้หากมีความเสี่ยงที่อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในจำนวนที่สูงเกินกว่าค่าตอบแทนที่จะได้รับเป็นจำนวนมาก

ดังนั้นทางแก้ประการหนึ่ง คือ การกำหนดให้ความรับผิดชอบอยู่แก่เฉพาะกองทรัพย์สินเท่านั้น แทนที่จะตกแก่ทรัพย์สินส่วนตัวของผู้แทนในคดีล้มละลาย

5. ความรับผิดชอบของผู้แทนในคดีล้มละลายอันเกิดจากการทำละเมิดของลูกหนี้ ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับระดับการควบคุมที่ผู้แทนในคดีล้มละลายที่มีต่อกิจกรรมต่างๆของลูกหนี้ ภายใต้กฎหมายบางฉบับ ผู้แทนในคดีล้มละลายอาจต้องรับผิดชอบในการทำละเมิดของลูกหนี้ในระหว่างการทำหน้าที่

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่สมควรให้ผู้แทนในคดีล้มละลายต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้แทนในคดีล้มละลาย เช่น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

6. กรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายได้ดำเนินการไปในฐานะผู้แทนดังกล่าวอย่างเป็นทางการ อาจต้องมีการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนและความสับสนที่อาจเกิดขึ้น กรณีสมควรที่จะกำหนดให้เป็นศาลเดียวกับที่เป็นผู้แต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลายในกรณีที่ศาลมีหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลาย⁹⁵

7. ในกรณีที่ ผู้แทนในคดีล้มละลายฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนภายใต้กฎหมายล้มละลาย ขาดความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่หรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ไม่เปิดเผยความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การกระทำการอันผิดกฎหมาย หรือด้วยเหตุอื่นๆ ที่ไม่ร้ายแรงเท่าเหตุ

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192-193.

ข้างต้น การถอดถอนอาจเป็นไปตามคำตัดสินของศาล ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการเองหรือตามคำร้องของผู้มีส่วนได้เสีย หรือการตัดสินใจโดยสมควรตามเสียงข้างมากของเจ้าหน้าที่ไม่มีประกัน และในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์การทางวิชาชีพหรือหน่วยงานกำกับดูแล อาจถูกถอดถอนโดยผลของการสอบสวน ซึ่งอาจยังส่งผลให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือการอนุญาตอีกด้วย จะเห็นได้ว่า การถอดถอนเป็นมาตรการตอบโต้ผู้แทนในคดีล้มละลาย จึงสมควรที่ผู้แทนในคดีล้มละลายจะมีสิทธิในการรับรู้และต่อสู้ข้อกล่าวหาที่มีต่อตน⁹⁶

⁹⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

บทที่ 3

หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามหลัก Fiduciary duties

3.1.แนวคิดเกี่ยวกับหลัก Fiduciary duties

3.1.1 ความหมายและที่มาของ หลัก Fiduciary duties

ตามหลักกฏคดีของประเทศอังกฤษ ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจให้กระทำในนามผู้อื่นหรือเพื่อผู้อื่นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประการซึ่งเรียกว่า “หน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ” (fiduciary duties) โดยหน้าที่นี้ตอนแรกใช้กับทริสต์ ดังนั้น คำว่า “fiduciary” จึงมาจากกฎหมายในเรื่องทริสต์ซึ่ง “ทริสต์” ในที่นี้หมายถึงกองทรัพย์สิน ในหลายกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตัวเองได้ เช่นต้องไปออกรบหรือเสียชีวิตไปแล้ว จึงต้องโอนทรัพย์สินไปให้คนอื่นจัดการให้แทน โดยเจ้าของมักจะกำหนดแนวทางการจัดการทรัพย์สินและบุคคล เช่น ทายาท ที่จะได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นเอาไว้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้จัดการทรัพย์สินปฏิบัติ

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องด้วยบริษัทเอกชนกลายเป็นบริษัทที่มีอำนาจครอบครองระบบเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลานาน กฎหมายบริษัทจึงได้รับการพัฒนาให้มีอิสระในการบริหารจัดการบริษัทมากขึ้น โดยในบางรัฐในสหรัฐอเมริกามีการห้ามมิให้รัฐนำเงินมาลงทุนในบริษัทเอกชน ดังนั้นบริษัทเอกชนจะต้องหาทุนจากภาคเอกชนในการขยายธุรกิจ ซึ่งตลาดสำหรับทุนภาคเอกชนนั้นเป็นตลาดที่โดยส่วนใหญ่แล้วจะไม่มีกฎเกณฑ์ในการควบคุม และผู้เริ่มก่อการบางคนได้ทำการหลอกลวงผู้ถือหุ้น ทำให้การฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวนำไปสู่หลักการใหม่ โดยที่กฎหมายบริษัทนั้นได้นำหลักการของกฎหมายทริสต์มาอนุโลมใช้ ทำให้พนักงานและกรรมการของบริษัทถูกอนุมานว่าเป็นทริสต์ ซึ่งถูกห้ามมิให้กระทำการที่เกี่ยวข้องกับตนเอง และต้องไม่ได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมาย

กฎหมายบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอาหลักในเรื่อง fiduciary มาจากกฎหมายในเรื่องทริสต์ โดยในปี ค.ศ. 1891 ได้มีกรณีที่ กรรมการและพนักงานของบริษัททำการซื้อหุ้นในราคาที่เท่ากับมูลค่าของหุ้น (par value) โดยที่ทราบว่ามีมูลค่ามากกว่านั้น ในคดีนี้ศาลสูงสุดของรัฐแคนซัสมีคำสั่งว่า “กรรมการและพนักงานของบริษัทเป็นทริสต์ของผู้ถือหุ้น และในการกระทำนั้นเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง มิได้ทำเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมคือผู้ถือหุ้น จึงพิพากษาให้ถือว่าการกระทำของกรรมการและพนักงานดังกล่าวเป็นการกระทำผิดหน้าที่” และในปี ค.ศ. 1889 กรรมการและพนักงานของธนาคารแห่งหนึ่งละเลยหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมกิจการของธนาคาร ในขณะที่ธนาคารประสบปัญหาเนื่องจากการปล่อยสินเชื่อที่มีการ

ข้อผลและขาดความระมัดระวังในการให้สินเชื่อ ศาลสูงของรัฐเวอร์จิเนียได้กล่าวว่า “ระดับของความไว้วางใจและหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างสูงของกรรมการและพนักงานของบริษัทนั้นบ่อยครั้งที่ศาลถือว่าเป็นหน้าที่ของทรัสต์ และกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและพนักงานของบริษัทกับผู้ถือหุ้นว่าเป็นทรัสต์

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายบริษัทก็มีความแตกต่างจากกฎหมายในเรื่องของทรัสต์ เนื่องจากผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดการกิจการบริษัทมีอำนาจโดยตรงในการจัดการใช้ทรัพย์สินของบริษัท โดยที่มิได้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในความเป็นเจ้าของตามกฎหมายของทรัพย์สินเหล่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการของบริษัทยังมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในการจัดการทรัพย์สินมากกว่าทรัสต์ เนื่องจากมีการเปิดช่องไว้ในวันวัตถุประสงค์ของบริษัท ในขณะที่ทรัสต์มีอำนาจจำกัดแก่เพียงที่กำหนดไว้ในเอกสารการแต่งตั้งทรัสต์เท่านั้น¹

จะเห็นได้ว่า คำว่า “fiduciary” ได้มีการกล่าวไว้อย่างมากมาย เกี่ยวกับการกระทำการเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น และ “fiduciary” ก็เป็นบริบทที่ถูกกำหนดและประยุกต์ใช้ในหลากหลายความสัมพันธ์ เมื่อทรัสต์มีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ “Fiduciary duties” ต่อผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) ต่อมาในประเทศอังกฤษศาลจึงได้นำมาใช้กับกรรมการบริษัทด้วย เพราะเห็นว่ากรรมการเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจให้เข้าดูแลทรัพย์สินและจัดการงานของบริษัท คล้ายกับทรัสต์ผิดกันแต่เพียงว่าทรัพย์สินยังคงเป็นของบริษัทอยู่ไม่ได้เป็นของกรรมการ และด้วยความจำเป็นทางการค้า กรรมการมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจได้กว้างกว่าทรัสต์มาก บุคคลอื่นๆ ซึ่งเชื่อว่าเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจและต้องมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ได้แก่ ตัวแทน คือ ผู้ที่มีตำแหน่งสูงสุดในบริษัท หุ่นส่วนผู้จัดการ และพนักงาน ก็มีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ “Fiduciary duties” ต่อบริษัทเช่นกัน²

เมื่อ “fiduciary” ถูกประยุกต์ใช้ในหลากหลายความสัมพันธ์ ดังนั้นขอบเขตของอำนาจหน้าที่จึงต้องถูกกำหนดไว้อย่างหลากหลาย ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันไป ซึ่งผู้พิพากษา Frankfurter ได้กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้อย่างดีในความเห็นของคดี SEC v. Chenery Corp., 318 U.S. 80 (1943)³ กล่าวคือ ในคดีนี้ จำเลยเป็นพนักงาน กรรมการ ซึ่งมีอำนาจควบคุมของ Federal Water Service Corporation (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า Federal) ผ่านทางบริษัทแม่ โดยที่ Federal นั้นเป็นบริษัท Holding company โดยจดทะเบียนภายใต้ Public Utility Holding

¹Tamar Frankel, *Fiduciary law* (New York: Oxford University Press, c2011), pp. 96-97.

²โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วน บริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงและเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), หน้า 395.

³Joseph Shade, *Business associations in a nutshell*, 3rd ed. (St. Paul, MN: West, c2010), pp. 183-184.

Company Act of 1935 เมื่อ Federal ได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ฝ่ายผู้บริหารของ Federal ก็ยื่นขอและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ โดยในช่วงเวลาซึ่งต่อเนื่องกับการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการที่เสนอโดยฝ่ายบริหารของ Federal จำเลยได้ซื้อซึ่งหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท (Federal) โดยวิธีการ over-the-counter ผ่านนายหน้า ในราคาต่ำกว่าราคาในมูลค่าทางบัญชีของหุ้นสามัญ ถ้าแผนฟื้นฟูกิจการได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวจะต้องถูกเปลี่ยนเป็นหุ้นสามัญภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการที่มีการเสนอ ซึ่งจะทำให้จำเลยได้รับหุ้นมากกว่า ร้อยละ 10 ของหุ้นสามัญในบริษัทใหม่ โดยจำเลยได้ยอมรับอย่างเปิดเผยว่าวัตถุประสงค์ของการขายหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวก็เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบริษัท อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ไม่สามารถอนุมัติแผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าวได้ตราบดที่จำเลยยังถือครองหุ้นบุริมสิทธิอยู่ แม้ว่าจะไม่พบว่าจำเลยกระทำการฉ้อฉลหรือขาดการเปิดเผยข้อมูล แต่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เห็นว่า จำเลยเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciaries) และอยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างเป็นธรรม (Duty of fair dealing) ดังนั้นจะต้องไม่ทำการขายหุ้นในขณะที่แผนยังมิได้รับการอนุมัติ จะเห็นว่าหน้าที่ของผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจ (fiduciaries) ดังกล่าวอยู่ในฐานะเช่นเดียวกันกับกรณีของทรัสต์ดี เช่นกัน⁴

โดยสรุปแล้ว Fiduciary duties ก็เหมือนกับหน้าที่ตามกฎหมายอื่นๆ ซึ่งสามารถออกแบบและแสดงออกมาโดยมาตรฐานและหลักปฏิบัติ หรือการกำหนดเป็นกฎระเบียบเฉพาะ หรือทั้งสองอย่าง Fiduciary duties จึงมีจุดประสงค์เพื่อลดความเสี่ยงของผู้ที่มอบความไว้วางใจในสองเรื่อง คือ 1) เกี่ยวกับความเสี่ยงจากการทุจริตต่อหน้าที่ของผู้ที่รับมอบอำนาจ และความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สิน 2) เกี่ยวกับความเสียหายของผู้ที่มอบความไว้วางใจจากการกระทำอันเป็นความผิดในการบริการของผู้ที่รับมอบอำนาจและความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สิน ซึ่งบริการนี้โดยปกติจะต้องดำเนินการโดยผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ และบ่อยครั้งก็ยากที่จะประเมินได้ว่าความไม่เชี่ยวชาญเป็นอย่างไร และนั่นก็คือความเสี่ยงของผู้ที่มอบความไว้วางใจ⁵

⁴Cornell University Law School, *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation et al.* [online], 25 th August 2013. www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80

⁵Tamar Frankel, *Fiduciary law*, p. 107.

3.1.2 หลักการทั่วไปของ หลัก Fiduciary duties

หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) นั้นแบ่งเป็นหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty)

หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตเป็นหน้าที่ที่สนับสนุนวัตถุประสงค์หลักของหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เนื่องจากเป็นหน้าที่ที่ตัวยังมิให้ผู้ได้รับความไว้วางใจกระทำการที่เป็นการเบียดบังหรือกระทำการอื่นใดอันเป็นความผิดต่อทรัพย์สินหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ที่มอบความไว้วางใจให้กับตน หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำการในทางที่ผิดต่อทรัพย์สินหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ที่มอบความไว้วางใจให้กับตน และเป็นเครื่องเตือนใจว่าทรัพย์สินหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ที่มอบความไว้วางใจให้แก่ตนมิได้เป็นของตนเองในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ

หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้น เป็นหน้าที่ที่มีความเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการกระทำการเป็นตัวแทนของตัวการด้วย แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน ความเกี่ยวข้องก็คือ หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของตัวแทนนั้นอยู่ที่ผลของการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีได้ถูกผูกมัดโดยหลักการของกฎหมายสัญญาหรือกฎหมายในเรื่องละเมิด ซึ่งผลก็คือ ทั้งการกำหนดนิยามและการสนับสนุนหลักการการใช้สิทธิตามกฎหมายนั้น ก็จะถูกกำหนดจากการกระทำการโดยสุจริตของตัวแทน กล่าวคือ ตัวแทนที่ได้รับผลประโยชน์จากบุคคลคลที่สาม แม้ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตัวการ ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต ยิ่งไปกว่านั้น ตัวแทนจะต้องไม่กระทำการใดที่แสดงให้เห็นว่าตนเป็นคู่สัญญาของตัวการเนื่องจากการกระทำที่เป็นการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ระหว่างตัวการกับตัวแทน ตัวอย่างเช่น ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจถูกห้ามมิให้กระทำการซื้อทรัพย์สินของผู้ที่มอบความไว้วางใจให้แก่ตนได้แม้ว่าจะเป็นการซื้อขายในตลาดหรือเป็นการซื้อในราคาที่สูงกว่าราคาตลาดก็ตาม การห้ามกระทำการได้ถูกนำมาใช้กับกรณีที่ทรัสต์ด้วย ซึ่งการกระทำการของทรัสต์นั้นทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการควบคุมเสียงส่วนใหญ่ในบริษัท ศาลได้มีคำสั่งว่าทรัสต์มีผลประโยชน์ส่วนตนในการที่ได้มาซึ่งอำนาจในการเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมบริษัท หรือเป็นผู้ถือหุ้นที่มีเสียงข้างมาก ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) ดังนั้นหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจก็คือการต้องกระทำการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์

หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองมุมมอง มุมมองแรกคือ การกระทำการเพื่อประโยชน์ของผู้ที่มอบความไว้วางใจ (entrustor) ให้ดูแลทรัพย์สินแต่เพียงฝ่ายเดียว และมุมมองที่สอง คือ การห้ามผู้ที่ได้รับมอบความไว้วางใจกระทำการอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ (conflict of interest) ของผู้ที่มอบความไว้วางใจ (entrustor) ในกรณีนี้การห้าม

กระทำการดังกล่าวยังขยายความไปถึงการที่มีผลประโยชน์ขัดกันภายใต้สถานการณ์ซึ่งไม่มีอยู่มาก่อน เช่น การที่นายความรับลูกความใหม่ ซึ่งลูกความนั้นมีผลประโยชน์ขัดกันกับลูกความที่มีอยู่ขณะนั้นของพวกเขา เป็นต้น

หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้นจะเกี่ยวกับการได้รับมอบหมายอำนาจและความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อยึดถือตามหน้าที่ดังกล่าวแล้วจะจำนวนมีหน้าที่ที่เพิ่มเติมขึ้นมาอีก ดังนี้

ก. หน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำสั่งแนะของการได้รับมอบหมายอันเนื่องมาจากการที่ได้รับมอบอำนาจและความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สิน

หน้าที่นี้ต้องการให้ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ที่มอบความไว้วางใจในสองสถานการณ์ โดยสถานการณ์แรก คือ กรณีที่ผู้ที่มอบความไว้วางใจระบุรายละเอียดงาน (Job description) ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจไว้ หรือเป็นกรณีที่ตัวแทนได้รับมอบอำนาจตามที่ตัวการได้ระบุไว้ โดยตัวแทนจะไม่สามารถกระทำการนอกเหนืออำนาจที่ตัวการระบุไว้ เช่น การซื้อสิ่งของหรือจ่ายเงินออกไปในจำนวนที่มากกว่าที่ตัวการกำหนดไว้ เป็นต้น ซึ่งก็เช่นเดียวกับกรณีของทราสตีที่อาจไม่สามารถลงทุนในกองทุนที่นอกเหนือจากที่ตราสารระบุไว้ได้ ส่วนสถานการณ์ที่สอง คือ กรณีที่ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจได้ระบุรายละเอียดงานของตนเองเอาไว้ ในสถานการณ์นี้ถ้าผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะปฏิบัติงานของคุณไว้อย่างไม่ชัดเจนและระบุไว้อย่างกว้างๆ การออกกฎหมายหรือกฎระเบียบที่จำกัดอำนาจหน้าที่ หรือระบุอำนาจหน้าที่ไว้เฉพาะเจาะจงอาจจะเป็นการแทรกแซงหรือรบกวนการตัดสินใจหรืออำนาจหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจได้⁶

ข. หน้าที่ที่ต้องกระทำการโดยสุจริต (good faith) ในการให้บริการ

เมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจต้องเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจหรือดุลยพินิจของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ และการใช้อำนาจหน้าที่จึงอาจจะถูกตีความได้ในหลายทาง ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่โดยทั่วไปของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจว่าจะต้องกระทำการโดยสุจริต โดยที่ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะต้องกระทำการที่เชื่อได้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้อง และจะต้องไม่มีการกระทำที่เป็นการหาช่องโหว่ของกฎหมายเพื่อให้ตนสามารถกระทำการได้

ค. หน้าที่ที่จะไม่กระทำการมอบหมายหน้าที่ที่ตนได้รับความไว้วางใจให้กระทำให้แก่บุคคลอื่น

เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้นเป็นหน้าที่ที่เฉพาะเจาะจงของแต่ละบุคคล ที่ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจและการมีทักษะความรู้

⁶Ibid., pp. 121-122.

ในระดับที่ค่อนข้างสูง การเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจึงถูกจำกัดในเรื่องของความเป็นอิสระในการมอบหมายหน้าที่ของตนให้กับบุคคลอื่นรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะหาบุคคลอื่นมาช่วยตนเองในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ เช่น เลขานุการ นักวิจัย หรือบริษัทที่ให้การบริการในลักษณะที่คล้ายกันกับการปฏิบัติหน้าที่ของตนที่ได้รับอนุญาต อย่างเช่น คณะกรรมการบริษัทอาจจะมอบหมายให้บุคคลอื่นทำหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทได้ หรือที่เรียกว่า CEO ภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการจะต้องมีสิทธิที่จะลบไล้งอำนาจหน้าที่ของ CEO และมีสิทธิที่จะไล่หรือเลิกจ้าง CEO ได้ ในกรณีของทรัสต์ที่มีการโอนหน้าที่ของตนให้แก่ผู้รับมอบอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของทรัสต์โดยปราศจากการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้รับมอบอำนาจ อาจต้องรับผิดชอบถ้าผู้รับมอบอำนาจกระทำการอันเป็นการผิดกฎหมาย⁷

ง. หน้าที่ที่จะต้องรายงานและเปิดเผยข้อมูลต่อผู้ที่มีความไว้วางใจ

กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจมีหน้าที่ต้องรายงานและเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้กับผู้ที่มีความไว้วางใจทราบ โดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำบัญชี รวมถึงกำหนดระยะเวลาในการชำระหนี้ของลูกหนี้ด้วย

จ. หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ที่มีความไว้วางใจด้วยความเป็นธรรม⁸

(2) หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of care)

หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้น เป็นหน้าที่ที่กำหนดให้ผู้ได้รับความไว้วางใจนั้นจะต้องกระทำการด้วยความระมัดระวังและต้องกระทำอย่างเต็มความสามารถด้วย กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและมีประสิทธิภาพ ซึ่งหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังนั้นเกี่ยวข้องกับคุณภาพของการปฏิบัติหน้าที่ โดยให้ความสนใจกับขอบเขตของการตัดสินใจหรือดุลยพินิจของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจซึ่งขึ้นอยู่กับทักษะความชำนาญในการปฏิบัติหน้าที่ และเกี่ยวข้องกับการปล่อยปละละเลย ขาดความเอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งตรงกันข้ามกับหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นการทุจริตในหน้าที่ของผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจ

โดยที่ หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังเป็นหน้าที่เกี่ยวกับคุณลักษณะและความระมัดระวังในการแสดงออกซึ่งการให้บริการของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ดังนั้น จึงมีมาตรฐานของความระมัดระวังดังนี้

⁷Ibid., pp. 129- 130.

⁸Ibid., pp. 106-108.

ก. ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจควรจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยทักษะในระดับของผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ

โดยทั่วไปแล้วคุณภาพของการบริการหรือการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้นสามารถประเมินได้จากการพิจารณาผลของการปฏิบัติหน้าที่ และเปรียบเทียบกับผลของการปฏิบัติหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญอื่นที่ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายกัน

ข. การกระทำของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะถูกประเมินผลโดยขั้นตอนที่ว่า การกระทำของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจได้รับการลงมติยอมรับการกระทำนั้น

กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจะต้องเอาใจใส่กับภารกิจที่อยู่ในมือ ต้องสละเวลาในการที่จะให้บริการหรือปฏิบัติหน้าที่ และใช้ทักษะความสามารถที่ตนมีให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้

ค. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังอาจได้รับผลกระทบ จากความเสี่ยงตามที่กฎหมายกำหนดไว้กับผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ

โดยที่ หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัทนั้นวัดได้จาก “ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง” แทนที่การวัดจาก “ความประมาทเลินเล่อ” ซึ่งมีมาตรฐานสูงกว่า เหตุผลส่วนใหญ่ก็เนื่องจาก การตัดสินใจของกรรมการบริษัทนั้นยากที่จะคาดการณ์ได้ ยิ่งไปกว่านั้น การกำหนดหน้าที่ที่มีความเข้มงวดมากจะส่งผลถึงความรับผิดชอบส่วนตัวที่อาจต้องมีการชดเชยเงินด้วย อันทำให้เกิดความเสียหายอย่างมาก การที่ต้องรับผิดชอบดังกล่าวส่งผลให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถพิเศษที่จะเข้าเป็นคณะกรรมการในการบริหารงานของบริษัท ปัญหาดังกล่าวนำไปสู่การที่ศาลและผู้ออกกฎหมายปรับลดให้ระดับหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังมีความเข้มงวดน้อยลง

ดังนั้น แม้ว่าหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังจะเป็นหน้าที่ที่ควบคุมดูแลการกระทำของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจในการให้บริการหรือในการจัดการกิจการของบริษัท ศาลก็ได้มีการปรับลดระดับในการเข้าแทรกแซงการตัดสินใจของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ トラบดีที่การตัดสินใจของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเหล่านั้นไม่นำไปสู่การกระทำที่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ (conflict of interest) ของผู้ที่มีมอบความไว้วางใจ และตราบดีที่ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจยังมีการเอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองอยู่ ซึ่งเท่ากับว่าผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเหล่านั้นได้รับการปกป้องจากความรับผิดชอบตามกฎหมาย ถ้าการตัดสินใจของพวกเขาไม่ส่งผลร้ายต่อผู้ที่มีมอบความไว้วางใจให้

ง. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังอาจได้รับผลโดยมาตรฐานที่คาดหวังตามสมควรของคู่สัญญา และข้อจำกัดในการตัดสินใจของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ

มาตรฐานของความระมัดระวังนั้น อาจจะได้รับผลจากการคาดการณ์ตามสมควรของกลุ่มสัญญา ที่สะท้อนอยู่ในสัญญาที่ทำระหว่างกัน ดังนั้นค่าธรรมเนียมหรือค่าว่าจ้างที่ผู้ได้รับความไว้วางใจได้รับจากและจำนวนของทรัพย์สินที่ผู้ได้รับความไว้วางใจต้องบริหารจัดการ จะส่งผลถึงระดับของหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง เช่น ค่าธรรมเนียมที่ผู้ได้รับความไว้วางใจเป็นจำนวน 50 ดอลลาร์ก็จะมีระดับของหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังต่ำกว่า กรณีที่ได้รับค่าธรรมเนียมเป็นเงินจำนวน 500,000 ดอลลาร์ อย่างไรก็ตาม ผู้ได้รับความไว้วางใจก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ในระดับของความระมัดระวังและใช้ความรู้ความสามารถของตน ในระดับที่ตามสมควร

หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังนั้นยังอาจได้รับผลจากข้อจำกัดในการตัดสินใจของผู้ได้รับความไว้วางใจด้วย ซึ่งข้อจำกัดเหล่านั้นรวมถึงระดับของการควบคุมที่ผู้ได้รับความไว้วางใจได้ปฏิบัติโดยปกติในแต่ละกรณีด้วย โดยเฉพาะคุณภาพของการปฏิบัติหน้าที่หรือการบริการที่สามารถอธิบายได้ และในช่วงเวลาที่คุณภาพของการปฏิบัติหน้าที่หรือการบริการสามารถประเมินได้ และหาข้อบกพร่องได้ นอกจากนี้มาตรฐานของหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง ยังอาจได้รับผลจากการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่หรือการบริการของผู้ได้รับความไว้วางใจ ตัวอย่างเช่น ถ้าที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญจริงสำคัญเกี่ยวกับกิจการของผู้มอบความไว้วางใจ หรือกรณีที่ที่ปรึกษาสามารถที่จะได้มาหรือค้นพบข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญได้โดยง่าย แต่ก็ได้เอาใจใส่กับเรื่องดังกล่าว กรณีนี้อาจจะถือว่าที่ปรึกษาปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง ในทางตรงกันข้าม ถ้าการได้มาซึ่งข้อเท็จจริงนั้น ได้มาจากการใช้ความพยายามอย่างสุดความสามารถ อาจถือได้ว่าที่ปรึกษานั้น มิได้ปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลักความระมัดระวัง

จ. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงโดยขึ้นอยู่กับความแตกต่างของกฎหมายที่ใช้บังคับ เช่น กฎหมายทรัสต์ กฎหมายบริษัท กฎหมายตัวแทน กฎหมายสัญญา และกฎหมายหลักทรัพย์ เป็นต้น

กฎหมายในแต่ละเรื่องสามารถที่จะทำการประยุกต์ใช้กับหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของผู้ได้รับความไว้วางใจได้ ซึ่งกฎหมายเหล่านั้นรวมถึงกฎหมายทรัสต์ กฎหมายบริษัท กฎหมายตัวแทน กฎหมายสัญญา และกฎหมายหลักทรัพย์ ที่ได้มีการกำหนดหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังไว้เช่นกัน หรืออาจมีการกล่าวถึงโดยนัยไว้ในสัญญาในเรื่องของการที่คู่สัญญาต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าเมื่อหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ศาลอาจจะ

ปฏิเสธที่จะขยายหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนอกเหนือจากที่กล่าวไว้อย่างชัดเจนในคัมภีร์กฎหมาย

จ. การประเมินของศาลในเรื่องของทักษะความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ได้รับความไว้วางใจ

ศาลอาจจะประเมินการปฏิบัติหน้าที่หรือการกระทำของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจที่เป็นผู้ซึ่งมีทักษะความรู้ความเชี่ยวชาญ กับผู้เชี่ยวชาญอื่นที่อยู่ในขอบเขตหรือระดับเดียวกับผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ กล่าวคือ เมื่อมีข้อโต้แย้งในเรื่องของทักษะความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ได้รับความไว้วางใจ โดยเฉพาะเมื่อมีการนำเรื่องดังกล่าวมาสู่ศาล คู่ความแต่ละฝ่ายก็จะนำผู้เชี่ยวชาญของตนเข้ามา ในกรณีนี้ศาลก็อาจหาผู้เชี่ยวชาญที่เป็นบุคคลที่สามเข้ามาตัดสินว่าผู้เชี่ยวชาญของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ เพียงใด⁹

3.1.3 หลัก Fiduciary duties ตามกฎหมายทรัสต์

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า หลัก Fiduciary duties นั้นมาจากกฎหมายในเรื่องทรัสต์ โดย “ทรัสต์” ในที่นี้หมายถึง กองทรัสต์สินในหลายกรณีที่เจ้าของทรัสต์สินไม่สามารถจัดการทรัสต์สินของตนเองได้ เช่น ต้องไปออกรบหรือเสียชีวิตไปแล้ว จึงต้องโอนทรัสต์สินไปให้คนอื่นจัดการให้แทน โดยเจ้าของมักจะกำหนดแนวทางจัดการทรัสต์สิน และบุคคล เช่น ทายาท ที่จะได้รับประโยชน์จากทรัสต์สินนั้นเอาไว้ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้จัดการทรัสต์สินปฏิบัติ โดยผู้ที่มีอำนาจในการจัดการทรัสต์สินนั้น ก็จะเรียกว่า ทรัสต์ตี ตามศัพท์แปลว่าผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ที่เรียกแบบนี้ เนื่องจาก ทรัสต์ตี มีชื่อเป็นเจ้าของทรัสต์สินแต่ต้องจัดการทรัสต์สินนั้นเพื่อคนอื่น¹⁰ ที่เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นแนวความคิดและหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ได้แบ่งแยกสิทธิในทรัสต์สิน ดังนี้

(1) สิทธิในทรัสต์สินที่เรียกว่า Legal Interest ซึ่งเป็นกรณีที่ทรัสต์ตีมีสิทธิตามกฎหมายเหนือทรัสต์สินในกองทรัสต์ โดยมีอำนาจจำหน่ายโอนและจัดการทรัสต์สินในกองทรัสต์ตามกรอบที่สัญญาทรัสต์กำหนดไว้ แต่ไม่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากทรัสต์สิน

(2) สิทธิในทรัสต์สินที่เรียกว่า Equitable Interest ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้รับประโยชน์ไม่มีสิทธิตามกฎหมายเหนือทรัสต์สินในกองทรัสต์ แต่เป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์จากทรัสต์สินในกองทรัสต์ตามกฎหมาย

⁹Ibid., pp. 169-174.

¹⁰สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2548). หน้า 9.

ทั้งนี้ แม้ทรัพย์สินในกองทรัสต์จะเป็นสิทธิตามกฎหมายของทรัสต์ แต่ทรัสต์จะต้องแยกทรัพย์สินดังกล่าวออกจากทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสต์ ทรัสต์ไม่สามารถใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองได้ไม่ว่ากรณีใด เว้นแต่ตามสัญญาทรัสต์จะกำหนดให้ทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วย

ดังนั้น ทรัสต์ ในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจให้ถือสิทธิในทรัพย์สินเพื่อจัดการประโยชน์ให้แก่ผู้อื่น ทรัสต์จึงถูกกำหนดหน้าที่ที่จะต้องจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และด้วยความระมัดระวัง หากมีการจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายและสัญญาทรัสต์กำหนด ทรัสต์ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ทรัพย์สินในกองทรัสต์หรือผู้รับประโยชน์ แล้วแต่ว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินในกองทรัสต์หรือเกิดขึ้นแก่ผู้รับประโยชน์¹¹

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศแรกของโลกที่มีการใช้ทรัสต์ มาเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สิน โดยผู้สร้างระบบทรัสต์ประสงค์จะนำทรัสต์มาแก้ไขข้อจำกัดบางประการในการถือครองทรัพย์สินของตนเองตลอดจนการบริหารทรัพย์สินนั้นต่อไป แสดงให้เห็นว่าสาเหตุที่เป็นปัจจัยบังคับให้เกิดมีทรัสต์ขึ้นมานั้น มีที่มาจากข้อจำกัดการโอนทรัพย์สิน เมื่อโอนแล้วเจ้าของเดิมจะไม่มีสิทธิใดๆ ทั้งสิ้นกับทรัพย์สินที่โอนไปแล้ว แม้ว่าจะมีข้อตกลงระหว่างกันเป็นอย่างไร ก็ไม่มีผลบังคับ จนในที่สุดศาลในประเทศอังกฤษได้มีการนำหลัก Equity มาทดแทนหลักกฎหมายทรัพย์สินแบบดั้งเดิม ซึ่งทำให้หลักกฎหมายทรัสต์กับหลัก Equity มีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด¹²

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ทรัสต์ถูกแต่งตั้งขึ้นโดยเจตนาของความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจในทรัพย์สิน โดยผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้นมีชื่อทางกฎหมายว่า ทรัสต์ โดยทรัสต์นี้อาจจะเป็นบุคคล หรือองค์กรไม่ว่าจะเป็น บัณฑิตบุคคล บริษัท หรือหน่วยงานราชการ ที่สามารถกระทำการเป็นทรัสต์ได้ โดยการดูแลจัดการทรัพย์สินของทรัสต์นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งก็คือ ผู้รับผลประโยชน์ (beneficiary) ดังนั้น ความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ จึงได้มีการกำหนดหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจไว้สำหรับทรัสต์ เพื่อผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ จะเห็นได้ว่าหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความ

¹¹ พันไมล์ ชาราสุข, “กฎหมายทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน: ศึกษาธุรกรรมที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน,” (วิทยานิพนธ์ปริญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 12.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 7 และ 10-11.

ไว้วางใจ (Fiduciary duties) จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ¹³

ในเรื่องของหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหน้าที่ของทรัสต์ที่จะต้องจัดการกองทรัสต์ด้วยความสุจริต โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวัตถุประสงค์และผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) และเป็นไปตามหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁴ กล่าวคือ ทรัสต์ควรจะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่จะเป็นเพื่อประโยชน์ในกองทรัสต์และผู้ที่มีส่วนได้เสียในทรัสต์ นอกจากนี้ทรัสต์จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) ด้วย กล่าวคือ ต้องจัดการทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว¹⁵ โดยหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้ เป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของการเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจในการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และหน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่โดยธรรมชาติแล้วต้องมีในความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ เนื่องจากความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ และไม่ได้ได้มาจากถ้อยคำที่เป็นคำที่เฉพาะเจาะจงในเรื่องทรัสต์ หลักการของความซื่อสัตย์สุจริตนั้น ได้ขยายผลไปถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจทั้งหมด ไม่ใช่แต่เฉพาะทรัสต์เท่านั้น อย่างไรก็ตามหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตในเรื่องของทรัสต์นั้น ได้มีมาตรฐานที่เข้มงวดมาก เช่น ในคดี *Magruder v. Drury*, 235 U.S. 106 (1914) ในคดีนี้พบว่าเมื่อทรัสต์เข้าเป็นหุ้นส่วนในค่านายหน้าจากการขายอสังหาริมทรัพย์ที่ตนทำหน้าที่จัดการอยู่ โดยเป็นการลงทุนในกองทุนทรัสต์ โดยผ่านทางกรเป็นหุ้นส่วนในทรัสต์ แม้ว่าค่านายหน้าที่ทรัสต์ได้รับไม่ได้เกินกว่าค่านายหน้าที่บุคคลอื่นได้รับก็ตาม ก็ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต เนื่องจากโดยหลักการของการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้นกำหนดว่าทรัสต์จะต้องไม่มีส่วนได้เสียใดๆ ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์ นอกจากหลักการดังกล่าวจะใช้กับทรัสต์แล้ว หลักการในเรื่องของหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตในสถานการณ์ของการเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้น ยังได้ขยายความไปถึงการบริหารจัดการกิจการของหุ้นส่วนบริษัทหรือกรรมการบริษัทอีกด้วยที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต¹⁶

แนวความคิดเกี่ยวกับทรัสต์ตามกฎหมายไทยนั้นเป็นไปอย่างจำกัด การจัดตั้งทรัสต์จะต้องเป็นการจัดตั้งเพื่อดำเนินการในขอบเขตเฉพาะเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นการจัดตั้งทรัสต์

¹³ Robert L. Mennell, *Wills and trusts in a nutshell* (St. Paul.: West Pub. Co., 1979), p. 178.

¹⁴ Uniform Trust Code 130.650 UTC 801

¹⁵ Uniform Trust Code 130.655 UTC 802 (1)

¹⁶ Robert L. Mennell, *Wills and trusts in a nutshell*, pp. 288-289 and 295.

เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน โดยกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทรัสต์ จะมีกฎหมายหลัก คือ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ส่วนการบังคับตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และนิติสัมพันธ์พื้นฐานของทรัสต์ จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องสัญญา¹⁷

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้มีการกำหนดหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ไว้ด้วย โดยกำหนดให้ทรัสต์มีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อาจประกาศกำหนดรายละเอียดของการทำหน้าที่ดังกล่าวได้ ทั้งนี้ สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีข้อความยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีที่ทรัสต์ไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยเจตนาไม่สุจริตหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมิได้¹⁸

นอกจากนั้น ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ยังห้ามมิให้ทรัสต์กระทำการใดอันเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์ของกองทรัสต์ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทรัสต์เองหรือประโยชน์ของผู้อื่น เว้นแต่เป็นการเรียกค่าตอบแทนในการทำหน้าที่เป็นทรัสต์ หรือทรัสต์แสดงให้เห็นว่าได้จัดการกองทรัสต์สินในลักษณะที่เป็นธรรมและได้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนอย่างเพียงพอแล้ว โดยผู้รับประโยชน์ที่ได้ทราบข้อมูลดังกล่าวมิได้แสดงการคัดค้าน ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อมูลและการคัดค้านดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ประกาศกำหนด¹⁹

3.1.4 แนวคิดเรื่องการความเป็นอิสระของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน

โดยที่ในกิจการขนาดเล็ก หรือกิจการครอบครัว ส่วนมากเจ้าของเงิน กิจการ และผู้บริหารจัดการมักรวมอยู่ในบุคคลเดียวกัน ดังนั้น สิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริหารจัดการก็มักจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของเงิน ครอบครัว และกิจการไปด้วยโดยปริยาย

¹⁷ พันไมล์ ธาราสุข, “กฎหมายทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน: ศึกษาธุรกรรมที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน,” หน้า 25.

¹⁸ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาตรา 30

¹⁹ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาตรา 31

แต่เมื่อกิจการมีการระดมทุนจากประชาชน หรือบุคคลภายนอกเข้ามาด้วย ลักษณะการบริหารจัดการก็จำเป็นต้องเปลี่ยนไป ในความเป็นบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน บทบาทของเจ้าของเงิน บริษัท และผู้จัดการ ล้วนแยกจากกัน เจ้าของเงินหรือผู้ถือหุ้นไม่ได้เป็นผู้บริหารกิจการโดยตรง แต่แต่งตั้งกรรมการเป็นผู้แทนเพื่อบริหารบริษัทในรูป “คณะกรรมการ”

คณะกรรมการในฐานะผู้แทนของผู้ถือหุ้น จึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการดูแลให้ผู้จัดการบริหารกิจการให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นเจ้าของเงิน และเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการนั้น โดยกรรมการทุกคนในฐานะส่วนหนึ่งของคณะกรรมการ ต้องมีความรับผิดชอบต่อหน้าที่นี้อย่างเท่าเทียม

หน้าที่หลักของคณะกรรมการบริษัทนั้นแบ่งได้เป็น 2 ด้าน คือ

(1) การกำหนดทิศทาง นโยบาย และกลยุทธ์ทางธุรกิจของบริษัท เพื่อให้มั่นใจว่า บริษัทจะดำเนินงานไปในทิศทางที่คณะกรรมการเห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ถือหุ้น และ

(2) การติดตามการดำเนินงานของฝ่ายจัดการเพื่อตรวจสอบถ่วงดุล (Check and Balance)

เนื่องจากคณะกรรมการต้องเป็นผู้รับผิดชอบผลการดำเนินงานของบริษัทต่อผู้ถือหุ้น ดังนั้นจึงต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลของคณะกรรมการ เช่น การจัดให้มีการทำบัญชีที่ถูกต้อง ครบถ้วน มีระบบการรายงานปัญหา จัดให้มีระบบการควบคุมภายใน การประเมินผลการดำเนินงาน และกำหนดค่าตอบแทนผู้บริหาร และการเสนอรายการหรือความเห็นต่อผู้ถือหุ้นให้อนุมัติการทำรายการด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์สุจริต โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัทเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม การที่คณะกรรมการจะสามารถทำหน้าที่สองด้านที่กล่าวมาได้เป็นอย่างดี ประสิทธิภาพนั้น นอกจากจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ประสบการณ์ในธุรกิจเพียงพอแล้ว สิ่งที่สำคัญอย่างหนึ่งก็คือต้องมีความเป็น “อิสระ” เพียงพอที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลการดำเนินงานของฝ่ายจัดการด้วย ดังนั้นกระบวนการสรรหาและแต่งตั้งกรรมการจึงควรจะต้องให้ผู้ถือหุ้นสามารถเสนอ และเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสม นำไปวางใจมาดำรงตำแหน่งกรรมการได้ อย่างน้อยตามสัดส่วนการถือหุ้น ที่สำคัญการสรรหาควรทำให้ได้บุคคลที่เป็นอิสระ และมีคุณสมบัติเหมาะสมมาดำรงตำแหน่งกรรมการ

“อิสระ” ในที่นี้หมายถึง อิสระจากผู้ถือหุ้นใหญ่ (ถือหุ้นไม่เกิน 5%) และผู้บริหาร ซึ่งในบริษัททั่วไป ผู้ถือหุ้นใหญ่ก็มักจะเป็นกรรมการหรือส่งตัวแทนเข้ามาเป็นกรรมการและผู้บริหารด้วย เพื่อดูแลจัดการทรัพย์สินของบริษัท และโดยธรรมชาติกรรมการหรือผู้บริหารที่มีส่วนเป็นเจ้าของบริษัทมักจะมี ความผูกพันและแรงจูงใจที่จะสร้างมูลค่าหรือผลตอบแทนให้บริษัทมากกว่า กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก ซึ่งอาจจะได้ค่าตอบแทนเป็นเพียงเบี้ยประชุมกรรมการ

อย่างไรก็ตาม การที่มีกรรมการไม่อิสระแต่เพียงแบบเดียว ก็อาจมีความเสี่ยงเพราะ การที่ผู้บริหารสามารถดำเนินการทุกอย่างได้ โดยไม่ถูกตรวจสอบอาจทำให้ผู้บริหารมิได้ระมัดระวังในการทำหน้าที่เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเท่าที่ควร และอาจมีกรณีที่ผู้บริหารมีความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทซึ่งผู้บริหารได้ส่วนแบ่งตามสัดส่วนการถือหุ้น กับประโยชน์ส่วนตัวที่ผู้บริหารได้ประโยชน์ทั้งจำนวน จนทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้ถือหุ้นภายนอก

ดังนั้น จึงควรมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นอิสระเข้ามาช่วยถ่วงดุลด้วย เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้ผู้ถือหุ้นรายอื่น ทั้งนี้ ประกาศคณะกรรมการ ก.ล.ต. และข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนดให้บริษัทต้องมีกรรมการที่เป็นอิสระไม่น้อยกว่า 3 คน เพื่อทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) โดยมีหน้าที่ คือ

- 1) สอบทานให้บริษัทมีรายงานทางการเงินที่ถูกต้องและน่าเชื่อถือ
- 2) สอบทานความเพียงพอและความมีประสิทธิภาพของระบบควบคุมภายใน
- 3) สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง
- 4) พิจารณาคัดเลือกและเสนอค่าตอบแทนผู้สอบบัญชี
- 5) ดูแลให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับรายการที่เกี่ยวข้องโยงกันที่ถูกต้องครบถ้วน
- 6) ดำเนินการอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการบริษัทมอบหมาย และ
- 7) จัดทำรายงานคณะกรรมการตรวจสอบเสนอต่อคณะกรรมการ และเปิดเผยในรายงานประจำปี

อย่างไรก็ตาม การที่คณะกรรมการตรวจสอบจะทำหน้าที่ข้างต้นได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น การดำเนินงานของกรรมการตรวจสอบควรจะต้องเป็นอิสระจากผู้บริหารและผู้ถือหุ้นใหญ่เพียงพอที่จะกล้าตรวจสอบ ซักถามประเด็นที่อาจเป็นข้อสงสัย

นอกจากนี้ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 15 ข้อของตลาดหลักทรัพย์ฯ ยังแนะนำว่า กรรมการที่เป็นอิสระนี้ควรมีไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งคณะด้วย โดยทั้งนี้ ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 15 ข้อของตลาดหลักทรัพย์ฯ ไม่ได้ห้ามการที่บุคคลเดียวจะทำทั้งสองหน้าที่ เพียงแต่ให้แนวทางว่า ไม่ว่าจะเลือกวิธีใด ก็ไม่ควรให้คนใดคนหนึ่งมีอำนาจโดยไม่จำกัด และต้องสามารถแยกบทบาทได้ว่าในขณะที่ตนกำลังสวมหมวกใบไหนและทำหน้าที่ของหมวกใบนั้นให้ดีที่สุด²⁰

²⁰ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1 หน้า 22-29.

3.2 การนำหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารบริษัท ภายใต้หลัก Fiduciary duties ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน

ตามที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มเติม มาตรา 89/22 โดยให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึง มาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดย อนุโลมกับผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลาย และในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคล ให้ หมายความรวมถึงกรรมการและผู้บริหารที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้นด้วย โดยอาจแบ่งประเด็นการ พิจารณาหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนดังต่อไปนี้

3.2.1 หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 บัญญัติไว้ว่า “ในการ ดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความ ระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าในการดำเนินกิจการของบริษัท ภายใต้การฟื้นฟูกิจการ ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการบริหารกิจการของบริษัท ลูกหนี้ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไป ตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือ หุ้น

ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนก็มีหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ในฐานะผู้ที่ได้รับความ ไว้วางใจ เช่นเดียวกันกับกรรมการและผู้บริหารของบริษัท โดยในการอนุโลมใช้ มาตรา 89/7 นั้น แบ่งเป็นประเด็นพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) กรณีการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์ สุจริต

เนื่องจากตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บริหารแผนไว้ โดยกำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ที่ต้องดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผน ฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ เมื่อผู้ทำแผนจัดทำแผนและส่งแผนแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ภายใน 3

เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งแต่งตั้งผู้ทำแผนในราชกิจจานุเบกษา ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/43 แล้วเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่นัดประชุมเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิออกเสียง ตามมาตรา 90/30 โดยเร็วที่สุด เมื่อที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติยอมรับแผนแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงานมติที่ประชุมเจ้าหนี้ในการพิจารณายอมรับแผน เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าเห็นชอบด้วยแผนหรือไม่ เมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน และได้แจ้งคำสั่งนั้นแก่ผู้บริหารแผนและผู้ทำแผนแล้ว ทั้งสิทธิและอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนก็จะตกเป็นของผู้บริหารแผน

ผู้บริหารแผนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผน โดยในการบริหารกิจการนั้นมิได้จำกัดอยู่ในกรอบเฉพาะกรอบทางการค้าปกติ แต่ยังสามารถดำเนินการได้หลายประการตามที่แผนกำหนด ซึ่งแผนอาจกำหนดกรอบดูแลอำนาจหน้าที่ให้ผู้บริหารแผนต้องหารือหรือได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้ก่อนก็ได้

2) ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่จะต้องบริหารงานตามความสามารถของบุคคลอันประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำ โดยการดำเนินงานนี้จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบดูแลของบุคคลหลายฝ่าย คือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กรรมการเจ้าหนี้ และผู้บริหารลูกหนี้เดิม โดยมีศาลเป็นผู้ชี้ขาดกรณีที่เกิดปัญหา

3) ผู้บริหารแผนจะต้องส่งรายงานการดำเนินการตามแผนต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อให้ตรวจสอบ และให้เจ้าหนี้ทั้งหลายทราบทุกกรอบสามเดือน ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/66

4) ผู้บริหารแผนที่จะต้องทบทวนประเมินผลในระหว่างบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ตามแผน หากพบว่าเกิดปัญหาอุปสรรคที่จะส่งผลกระทบต่อผลการฟื้นฟูกิจการแล้ว ผู้บริหารแผนสามารถที่จะเสนอขอแก้ไขแผนได้

5) ผู้บริหารแผนจะต้องร้องขอเพื่อทำหรือแก้ไขข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทลูกหนี้ มาตรา 90/64 เพื่อให้การปฏิบัติการเป็นไปในแนวทางตามแผนฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้นในการอนุโลมใช้ ผู้บริหารแผนจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 กำหนดไว้ โดยเฉพาะหน้าที่ที่ต้องดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่หลักของผู้บริหารแผนด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามหลัก Fiduciary duties

(2) กรณีการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้บริหารแผนไว้ เช่นกัน ดังนั้นในการอนุโลมใช้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายของผู้บริหารแผนนั้น นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ แล้วผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย ล้มละลายด้วย ไม่ว่าจะปฏิบัติตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ และตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการ จัดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ด้วย เว้น แต่เป็นกรณีที่ผู้บริหารลูกหนี้ คือ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจดำเนินกิจการของลูกหนี้ที่อยู่ใน วันที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการเป็นผู้บริหารแผน กฎกระทรวงดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับ

(3) กรณีการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท

เนื่องจาก ผู้บริหารแผน หมายถึง ผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ตามแผนฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นหน้าที่หลักของผู้บริหารแผนก็คือ การดำเนินการให้เป็นไปตามแผน ฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าในการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนนั้น มิได้จำกัดอยู่ใน กรอบเฉพาะกรอบทางการค้าปกติเท่านั้น แต่ยังสามารถดำเนินการได้หลายประการตามที่แผน กำหนดซึ่งในบางครั้งอาจอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท และอาจไม่เป็นไปตามข้อบังคับ ของบริษัทก็ได้ เช่น แผนฟื้นฟูกิจการอาจกำหนดให้ผู้บริหารแผนสามารถทำการขายทรัพย์สินของ ลูกหนี้ โดยไม่ต้องขออนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ และการ ขายทรัพย์สินดังกล่าว อาจเป็นการกระทำที่นอกเหนือกรอบทางการค้าปกติของบริษัทลูกหนี้ กล่าวคือเป็นการกระทำที่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทลูกหนี้

ในกรณีดังกล่าว เมื่อนำมาอนุโลมใช้จึงต้องพิจารณา พระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/64 กล่าวคือ เมื่อผู้บริหารแผนเห็นว่า วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทไม่เป็นไปตามแผน ฟื้นฟูกิจการที่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ผู้บริหารแผนก็มีหน้าที่ที่จะต้องแก้ไขวัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท เพื่อให้สอดคล้องกับแผนฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการที่ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท ก็คือ กรณีที่จะต้องดำเนินการบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการนั่นเอง

(4) กรณีการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุม ผู้ถือหุ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากผู้บริหารแผนมีหน้าที่หลักที่จะต้องดำเนินการตามแผน ฟื้นฟูกิจการ ที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบ ส่งผลให้การที่ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตาม มติคณะกรรมการ หรือมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้น จะต้องพิจารณาถึงข้อกำหนดที่กำหนดไว้ใน แผนฟื้นฟูกิจการด้วย เนื่องจากแผนฟื้นฟูกิจการอาจมีการกำหนดกรอบในการดูแลควบคุมอำนาจ หน้าที่ให้ผู้บริหารแผนต้องทำหรือหรือได้รับความเห็นชอบจากบุคคลอื่นนอกจากคณะกรรมการ

หรือผู้ถือหุ้นได้ ตัวอย่างเช่น บางกรณีผู้บริหารแผนอาจต้องได้รับความเห็นชอบจากมติที่ประชุมเจ้าหน้าที่ก่อน

ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนควรจะต้องพิจารณาข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการก่อนว่าในเรื่องที่กระทำการนั้น มีการกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะกรรมการ ที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือที่ประชุมเจ้าหน้าที่ เพื่อที่ผู้บริหารแผนจะได้ปฏิบัติตามมติที่ประชุมในเรื่องนั้นๆ

3.2.2 หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง

ตามปกติแล้วในกรณีของกรรมการบริษัทนั้น การที่บริษัทประสบภาวะขาดทุนยังไม่ถือว่ากรรมการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังและรอบคอบ ดังนั้นกรณีที่กรรมการจะต้องรับผิดชอบเพราะเหตุว่าบริษัทขาดทุน ก็เฉพาะการขาดทุนนั้นเกิดขึ้นเพราะความบกพร่องของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ เช่น บริษัททำกิจการซื้อสินค้าจากต่างประเทศ และมีความผันผวนในอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา แต่ทางกรรมการอาจจะเลยไม่ทำการป้องกันความเสี่ยงโดยการทำสัญญาซื้อเงินตราต่างประเทศล่วงหน้า เป็นผลให้บริษัทต้องรับภาระในอัตราแลกเปลี่ยนที่สูงขึ้น²¹

ดังนั้น เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่ผู้บริหารแผนบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ภายใต้การฟื้นฟูกิจการ แต่ไม่สามารถทำให้กิจการของบริษัทลูกหนี้ดำรงอยู่ได้ หรือการปฏิบัติตามแผนไม่สำเร็จ และต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ผู้บริหารแผนจะรับผิดชอบเพราะเหตุว่าบริษัทลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ก็ต่อเมื่อการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้นเกิดขึ้นเพราะความบกพร่องของผู้บริหารแผนในการปฏิบัติหน้าที่

ในเรื่องหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง นั้นสามารถแบ่งประเด็นพิจารณาดังนี้

1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังกรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน มีประเด็นในการพิจารณามาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนดังนี้

²¹ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด พร้อมด้วยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม-ปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 56.

ก. ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่โดยมีมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง คือ “ต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำ”

เนื่องจากตามตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้บริหารแผนไว้ไว้แต่เป็นกรณีของผู้บริหารลูกหนี้เดิม กล่าวคือ

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดาและบุคคลทุกคนในคณะบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎกระทรวงข้อ 15 คือ ต้องสำเร็จการศึกษาอย่างน้อยระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่าและมีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจไม่น้อยกว่าสามปี และต้องไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

ส่วนในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎกระทรวงข้อ 16 คือ 1) ต้องมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงาน 2) มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจรับจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้อื่น 3) มีสายงานที่รับผิดชอบงานด้านการบริหารธุรกิจและจะต้องมีผู้ปฏิบัติงานเต็มเวลา และผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวทั้งหมดจะต้องมีความรู้อย่างน้อยระดับปริญญาตรี โดยมีประสบการณ์ในการทำงานตาม เป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงานไม่น้อยกว่าสามปี และอย่างน้อยหนึ่งคนจะต้องมีความรู้ทางการบริหารธุรกิจ 4) ผู้บริหารของนิติบุคคลนั้นจะต้องมีจริยธรรมและมีความสามารถหรือมีประสบการณ์ในธุรกิจที่จะดำเนินการ ไม่มีประวัติที่มีการกระทำอันเป็นความผิดร้ายแรงอันแสดงถึงการขาดความรับผิดชอบหรือขาดความรอบคอบในการบริหารงาน และมีหลักเกณฑ์และแนวทางการปฏิบัติงานที่รัดกุมและเชื่อถือได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น การที่กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติทั้งทางด้านการศึกษาและประสบการณ์อย่างชัดเจน แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้เดิมจะต้องมีมาตรฐานความระมัดระวังเทียบเท่ากับผู้มีวิชาชีพ

ดังนั้น ในการอนุ โลมใช้มีปัญหาคอขวดการอนุ โลมใช้ที่ต้องพิจารณาว่าในการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนควรมีระดับความระมัดระวังที่เท่ากันหรือควรจะต้องสูงกว่าเมื่อเทียบกับกรรมการบริษัท และการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนที่เป็นผู้บริหารลูกหนี้เดิมกับบุคคลภายนอกที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้เดิมควรพิจารณามาตรฐานการพิจารณาที่เท่ากันหรือไม่ โดยจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

ข. ต้องเทียบเคียงมาตรฐานโดยคำนึงถึง “สถานการณ์อย่างเดียวกัน”

ในการอนุโลมใช้กับกรณีของผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่า “สถานการณ์อย่างเดียวกัน” คือ การที่ผู้บริหารแผนจะต้องกระทำการบริหารกิจการภายใต้สถานการณ์ที่บริษัทมี ปัญหาทางการเงิน หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว อันเป็นการบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สิน ภายใต้ สถานการณ์ที่แตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท

2) หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจ ของคุณมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้น ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ รับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อ ประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่อง ที่ตัดสินใจนั้น”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าการที่จะพิจารณาว่าผู้บริหารแผนได้ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง รอบคอบหรือไม่นั้น ดูได้จากการตัดสินใจทางธุรกิจว่าผู้บริหาร แผนนั้นได้ตระหนักถึงสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อ โดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไป เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

ตามที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า ผู้บริหารแผนมีหน้าที่หลักที่จะต้องดำเนินการ บริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งตามพระราชบัญญัติ ล้มละลายฯ มาตรา 90/43 กำหนดให้แผนฟื้นฟูจะต้องมีการกำหนดวิธีการและหลักการในการ ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์จากการชำระหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ เนื่องจาก ตามมาตรา 90/30 ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนก็ต่อเมื่อการดำเนินการตามแผนจะทำให้ เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย อย่างไรก็ตาม อาจ มีประเด็นข้อโต้แย้งระหว่างผู้บริหารลูกหนี้เดิมกับผู้บริหารแผนได้ เนื่องจากบางกรณีการที่ ผู้บริหารแผนปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้หรือผู้ถือ หุ้นแต่เพียงฝ่ายเดียวนั้น อาจส่งผลให้บริษัทต้องเสียหาย

ดังนั้น ในการอนุโลมใช้ในเรื่องว่า ผู้บริหารแผนได้ตัดสินใจกระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผล “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” หรือไม่นั้น มีประเด็นปัญหาในเรื่องการตีความที่ต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties หรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

2) ผู้บริหารแผนจะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ

ในการอนุโลมใช้นั้น แม้ว่าตามกฎหมายล้มละลาย ในการฟื้นฟูกิจการจะกำหนดให้ผู้บริหารลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชี้แจงรายละเอียดแห่งทรัพย์สิน หนี้สินและภาระผูกพันต่างๆ เพื่อให้ผู้ทำแผนพิจารณาประกอบเพื่อจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/43 และเมื่อแผนได้รับความเห็นชอบจากศาล ผู้บริหารแผนก็มีหน้าที่ที่จะต้องบริหารกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตาม เมื่อสถานการณ์ของบริษัทลูกหนี้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากทั้งปัจจัยภายในองค์กร เช่น มีความขัดแย้งระหว่างผู้บริหารแผนกับผู้บริหารแผนและพนักงานของบริษัทลูกหนี้ หรือเกิดจากปัจจัยภายนอก เช่น เกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจในระดับโลก อันเป็นอุปสรรคทำให้การบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่อาจดำเนินการไปได้ โดยราบรื่นและอาจทำให้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จตามแผน ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/63 จึงกำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ในการแก้ไขแผนเพื่อให้สอดคล้องเหมาะสมต่อสถานการณ์ต่างๆที่เปลี่ยนแปลงไป

ดังนั้น การอนุโลมใช้หน้าที่ที่จะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอนั้น จึงเป็นกรณีที่ต้องอนุโลมใช้กับกรณีที่ผู้บริหารแผนจะต้องดำเนินการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ โดยการที่ผู้บริหารแผนจะตัดสินใจแก้ไขแผนไปในทิศทางใดนั้นจะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ซึ่งต้องขึ้นอยู่กับ การได้รับเอกสารและข้อมูลที่เพียงพอจากผู้บริหารของบริษัทลูกหนี้ด้วย โดยเฉพาะกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลภายนอก ที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้เดิม เนื่องจากผู้บริหารแผนที่เป็นบุคคลภายนอก เป็นบุคคลที่เข้ามาจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ภายหลังที่บริษัทประสบปัญหาการมีหนี้สินล้มฟื้นตัวแล้ว จึงไม่อาจทราบถึงปัญหา หรือข้อมูลของบริษัทลูกหนี้ได้ หากไม่ได้รับการเปิดเผยข้อมูลจากผู้บริหารลูกหนี้เดิมอย่างเพียงพอ อันอาจทำให้การตัดสินใจผิดพลาดได้

ดังนั้น ในการตัดสินใจในการที่ผู้บริหารแผนจะต้องดำเนินการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลภายนอก ที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้เดิม ผู้บริหารแผน

จึงควรมีเอกสารและข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่จะต้องใช้ในการประกอบการตัดสินใจอย่างเพียงพอ และนำเชื่อถือ และอาจใช้สิทธิในการซักถามและขอข้อมูลหรือเอกสารเพิ่มเติมจากผู้บริหารลูกหนี้เดิมก่อนที่จะมีการตัดสินใจ

3) ผู้บริหารแผนจะต้องตัดสินใจ โดยที่ตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

การมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนนั้น แม้ว่ากฎหมายจะได้มีการวางระเบียบในเรื่องคุณสมบัติและการขึ้นทะเบียนผู้บริหารแผนในลักษณะเช่นเดียวกับผู้ทำแผน ที่จะต้องเป็นผู้ที่จดทะเบียนไว้กับคณะกรรมการตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนผู้ทำแผน และผู้บริหารแผน พ.ศ.2545 และต้องเป็นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์ ไม่เคยมีประวัติเกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือไม่สุจริต มีความเป็นกลางและมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งมีความสามารถในการจัดการทรัพย์สิน และการบริหารกิจการต้องเป็นไปตามที่แผนกำหนดไว้ และต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่า ระเบียบดังกล่าวมิได้มีการกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องมีคุณสมบัติความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เพราะระเบียบดังกล่าวมิได้บังคับกับกรณีที่ผู้บริหารแผนนั้นเป็นลูกหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้ ประกอบกับกฎหมายล้มละลายก็เปิดช่องให้เจ้าหนี้สามารถเลือกผู้บริหารแผนได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท ที่มาจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต้องมีคุณสมบัติความเป็นอิสระโดยเฉพาะกรณีของกรรมการอิสระ ต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้ส่วนเสียกับการตัดสินใจของทีมบริหาร

การที่ผู้บริหารแผนมีส่วนได้เสียโดยตรง คือ การที่ผู้บริหารแผนมีส่วนได้เสียโดยตรงในการทำสัญญากับบริษัท เช่น นาย A เป็นผู้บริหารแผนของบริษัทลูกหนี้และเป็นเจ้าของที่ดิน ได้ทำสัญญากับบริษัทลูกหนี้ที่ตนเป็นผู้บริหารแผนอยู่ ให้บริษัทลูกหนี้เช่าที่ดินเป็นระยะเวลา 30 ปี โดยเก็บค่าเช่าล่วงหน้าในจำนวนที่มาก และค่าเช่ามีอัตราที่สูงเกินจริง ถือว่านาย A เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในการตัดสินใจ

การที่ผู้บริหารแผนมีส่วนได้เสียโดยอ้อม คือ การที่ผู้บริหารแผนมิได้เข้าทำสัญญากับบริษัทลูกหนี้โดยตรง แต่ได้รับประโยชน์จากการที่บริษัทลูกหนี้ได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก เช่น บริษัทลูกหนี้ ซึ่งมีนาย A เป็นผู้บริหารแผน ได้ตกลงทำสัญญาว่าจ้างบริษัท C ดำเนินการก่อสร้างอาคาร และตกแต่งเพิ่มเติมบริเวณอาคารของบริษัทลูกหนี้ โดยบริษัท C ได้ทำการซื้อสินค้า อุปกรณ์ที่ใช้ในการก่อสร้าง และตกแต่งบริเวณอาคารจากบริษัท D ที่นาย A เป็นกรรมการบริษัทอยู่ ถือว่านาย A เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยอ้อมในการตัดสินใจ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในการตัดสินใจทางธุรกิจหลายกรณีต้องทำไปแม้จะมีข้อมูลไม่ครบถ้วน กรณีจะถือว่าเป็นการตัดสินใจทางธุรกิจที่ได้ใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น ต้องดูตามสถานการณ์ เนื่องจากในบางกรณีการไม่ตัดสินใจก็อาจส่งผลให้บริษัทเสียหายเหมือนกันหรือมากกว่าการที่ตัดสินใจ ดังนั้นควรต้องใช้หลักการทั้ง 3 เรื่องประกอบกันและเลือกตัดสินใจในทางที่เห็นว่าดีที่สุด อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ไม่เร่งด่วน ผู้บริหารเสนอให้มีสิทธิซักถาม หรือขอให้หาข้อมูลเพิ่มเติมและอาจขอให้เลื่อนการตัดสินใจออกไปด้วยได้²²

3) ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 บัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคน ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
- (2) ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
- (3) คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังนั้น ต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ประกอบด้วย

ก. ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผน

ในเรื่องการพิจารณาถึงตำแหน่งของผู้บริหารแผนนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามีความแตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท กล่าวคือ กรณีของกรรมการบริษัทนั้นมีการปฏิบัติหน้าที่เป็นคณะ ดังนั้นกรรมการบางคนจึงไม่ได้เข้าทำงานเป็นประจำ และมีความรับผิดชอบในตำแหน่งหน้าที่ที่แตกต่างกันในแต่ละคน จึงทำให้การพิจารณาดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ดำรงอยู่ ณ เวลานั้นมีความซับซ้อนที่ต้องมีการพิจารณาโดยละเอียดถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละคน

แต่ในส่วนของผู้บริหารแผนนั้น โดยหลักแล้วต้องมีหน้าที่ในการบริหารงานให้เป็นไปตามแผน จึงทำให้ผู้บริหารแผนมีตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทที่มีความรับผิดชอบในการบริหารกิจการทั้งหมดของบริษัท

²² สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1, หน้า 11-12.

ข. ขอบเขตความรับผิดชอบ

กล่าวคือ ผู้บริหารแผนต้องบริหารกิจการให้เป็นไปตามแผนที่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ซึ่งการบริหารกิจการตามแผนฟื้นฟูกิจการนั้น บางกรณีอาจนอกเหนือจากกรณีที่เป็นทางการค้าปกติของบริษัทลูกหนี้ก็ได้ ดังนั้นขอบเขตความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน จึงกว้างกว่าขอบเขตความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในกรณีปกติ

ค. ในเรื่องคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์

กรณีผู้บริหารแผนได้มีการวางระเบียบในเรื่องคุณสมบัติและการขึ้นทะเบียนผู้บริหารแผนในลักษณะเช่นเดียวกับผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนจะต้องเป็นผู้ที่จดทะเบียนไว้กับคณะกรรมการ ตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 เว้นแต่ผู้บริหารแผนนั้นเป็นลูกหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้

โดยในเรื่องคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ของผู้บริหารแผนในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลภายนอก ที่มีชื่อผู้บริหารลูกหนี้เดิมนั้น จากที่กล่าวมาข้างต้น ในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดาและบุคคลทุกคนในคณะบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎกระทรวงข้อ 15 คือ ต้องสำเร็จการศึกษาอย่างน้อยระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่าและมีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจไม่น้อยกว่าสามปี

ส่วนในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎกระทรวงข้อ 16 คือ ต้องการประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงาน ประกอบธุรกิจรับจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้อื่น และมีสาขานที่รับผิดชอบงานด้านการบริหารธุรกิจและจะต้องมีผู้ปฏิบัติงานเต็มเวลา และผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวทั้งหมดจะต้องมีความรู้อย่างน้อยระดับปริญญาตรี โดยมีประสบการณ์ในการทำงาน เป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงานไม่น้อยกว่าสามปี และอย่างน้อยหนึ่งคนจะต้องมีความรู้ทางการบริหารธุรกิจ

จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างจากกรรมการบริษัท กล่าวคือ มีการกำหนดระดับการศึกษาและประสบการณ์ที่ชัดเจน กว่ากรณีของกรรมการบริษัทที่กำหนดแต่เพียงว่า กรรมการตรวจสอบควรจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจธุรกิจ และมีความรู้ทางบัญชีและการเงินเพียงพอ โดยบริษัทอาจมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหา เพื่อทำหน้าที่แสวงหาและกลั่นกรองบุคคลที่เหมาะสมที่จะเข้ามาเป็นกรรมการก่อนที่จะมีการเสนอชื่อให้คณะกรรมการหรือให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นแต่งตั้ง²³

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37.

ง. วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ก็คือ เพื่อดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ เพื่อให้บริษัทลูกหนี้สามารถดำรงอยู่ได้ ไม่ต้องเลิกกิจการ เพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สิน อันก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่าการที่ให้บริษัทล้มละลาย

ในการอนุโลมใช้เรื่องปัจจัยที่ต้องใช้ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังของผู้บริหารแผนนั้น มีประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของการอนุโลมใช้ว่า นอกจากปัจจัยในเรื่อง ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผน ขอบเขตความรับผิดชอบ คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผนแล้ว ควรต้องคำนึงถึงปัจจัยในเรื่องอื่นด้วยหรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดใน บทที่ 4

3.2.3 หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต และไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

(1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/10 บัญญัติไว้ว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและผู้บริหารต้อง

- (1) กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ
- (2) กระทำกรที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม และ
- (3) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ”

ในเรื่องที่ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้น แม้ว่าตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ จะมีได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตก็ตาม แต่ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/67 ก็ได้กำหนดโทษสำหรับผู้บริหารแผนที่กระทำการโดยทุจริตเอาไว้

นอกจากนั้นตามกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผน และผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนที่มีให้ผู้บริหารลูกหนี้เดิมไว้ว่า กรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดา และบุคคลทุกคนในคณะบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมายกระทรวงข้อ 15 ในเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตว่า ผู้บริหารแผนจะต้องไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี และไม่เป็นผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต และในกรณี

ที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกระทรวงข้อ 16 คือ ผู้บริหารของนิติบุคคลนั้นจะต้องมีจริยธรรมและมีความสามารถหรือมีประสบการณ์ในธุรกิจที่จะดำเนินการ มีความซื่อสัตย์สุจริต ไม่มีประวัติเคยถูกไล่ออก ปลดออก ให้ออก หรือต้องคดีเนื่องจากกระทำทุจริต ทำงานอันส่อไปในทางไม่สุจริต หรือบริหารงานหรือกระทำการอื่นใดอันเป็นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดตามกฎหมายหรือที่เป็นความผิดร้ายแรงอันแสดงถึงการขาดความรับผิดชอบหรือขาดความรอบคอบในการบริหารงาน

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายล้มละลายข้างต้นมิได้มีการบัญญัติถึงมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของผู้บริหารแล้ว ดังนั้นในการนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/10 มาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนจึงมีประเด็นพิจารณา ดังนี้

ก. กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

ในเรื่องของกระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญนั้น เช่นเดียวกับกรณีการตัดสินใจทางธุรกิจของผู้บริหารแผนที่กำลังถึงข้างต้น จึงมีประเด็นปัญหาในเรื่องความชัดเจนของการอนุโลมใช้บทบัญญัติเช่นกัน ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

ข. กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม

ในกรณีที่เป็นกรรมการบริษัท จะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของบริษัท แต่เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนแล้ว นอกจากจะพิจารณาวัตถุประสงค์ของบริษัทแล้ว ควรต้องพิจารณาที่แผนฟื้นฟูกิจการด้วย เพราะผู้บริหารแผนต้องดำเนินการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ และในกรณีที่ผู้บริหารแผนเห็นว่าวัตถุประสงค์ของบริษัทลูกหนี้ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกับแผนฟื้นฟูกิจการ ก็อาจขอแก้ไขข้อบังคับหรือวัตถุประสงค์ของบริษัทลูกหนี้ได้

ค. ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

ในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์นี้ หมายถึง กรณีผู้บริหารแผนมีผลประโยชน์ขัดกัน ระหว่างผลประโยชน์กับบริษัทกับผลประโยชน์ส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ของตัวเองโดยตรงหรือประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ตัวเองมีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ประโยชน์ของพี่น้อง ญาติ หรือของบริษัทที่ผู้บริหารแผนมีส่วนได้เสีย พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้บัญญัติบทสันนิษฐานไว้ในมาตรา 89/11 ดังจะกล่าวต่อไป

(2) บทสันนิษฐานการกระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท

มาตรา 89/11 “การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัท

ได้รับความเสียหาย ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

(1) การทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง โดยไม่เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือมาตรา 89/13

(2) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว หรือ

(3) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด”

กล่าวคือ เมื่อผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง มีการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทลูกหนี้ หรือบริษัทย่อยโดยมิได้ เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือมาตรา 89/13 ในเรื่องการทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทหรือบริษัทย่อย หรือในกรณีที่ผู้บริหารแผนใช้ข้อมูลของบริษัทที่ยังมิได้มีการเปิดเผย ที่ตนได้ล่วงรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ทำแผน หรือใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ตัวอย่างเช่น ผู้บริหารแผนของบริษัทลูกหนี้ซึ่งประกอบกิจการอสังหาริมทรัพย์ได้รับข้อเสนอจากบุคคลภายนอกที่จะขายที่ดินให้แก่บริษัท แต่ผู้บริหารแผนเห็นว่าที่ดินแปลงที่บุคคลภายนอกเสนอมิทำเลดี ราคาเหมาะสม จึงได้ทำการซื้อไว้เอง

ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้ผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท

(3) หลักเกณฑ์การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทหรือบริษัทย่อย

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 บัญญัติว่า

“กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องจะกระทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เว้นแต่ธุรกรรมดังกล่าวจะเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ธุรกรรมที่เป็นข้อตกลงทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่วิญญูชนจะพึงกระทำกับคู่สัญญาทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน ด้วยอำนาจต่อรองทางการค้าที่ปราศจากอิทธิพลในการที่ดินมีสถานะเป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี และเป็นข้อตกลงทางการค้าที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหรือเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการอนุมัติไว้แล้ว

(2) การให้กู้ยืมเงินตามระเบียบสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง

(3) ชุกรกรรมที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของบริษัทหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็น (ก) บริษัทย่อยที่บริษัทเป็นผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทย่อย หรือ

(ข) บริษัทย่อยที่กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องถือหุ้นหรือมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่เกินจำนวน อัตรา หรือมีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

(4) ชุกรกรรมในประเภทหรือที่มีมูลค่าไม่เกินจำนวนหรืออัตราที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ในการประกาศกำหนดตาม (3) (ข) หรือ (4) คณะกรรมการกำกับตลาดทุนอาจกำหนดให้ ชุกรกรรมที่กำหนดต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการด้วยก็ได้

มิให้นำความในมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทหรือบริษัทย่อย”

เมื่อมีการอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าโดยหลักแล้ว ผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง จะทำธุรกรรมกับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนึ่งได้ เมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว อย่างไรก็ตามต้องอยู่บนหลักการที่ว่าผู้ที่มีส่วนได้เสียในการทำธุรกรรมดังกล่าว จะต้องไม่เป็นผู้อนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

ในเรื่องการที่ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้น เนื่องจากตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยเมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนึ่งเป็นอันสิ้นสุดลงและให้สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนึ่งระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล ประกอบกับการทำธุรกรรมใดๆ ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ต้องเป็นไปในทิศทางที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล

จะเห็นได้ว่า ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมดูแลการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนมากขึ้น โดยตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่ลูกหนึ่งจะทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนึ่งสามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว จะต้องขออนุญาตจากศาลในการดำเนินการดังกล่าว

ดังนั้น จึงมีประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของการนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 มาอนุโลมใช้ว่า การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยควรจะต้องได้รับอนุญาตจาก “ศาล” แทนการขออนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 89/1 หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) เป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงกรรมการของนิติบุคคลนั้นด้วย

โดย “อำนาจควบคุมกิจการ” หมายความว่า การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าเพราะเหตุอื่นใด หรือการมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

2) คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้บริหารแผน หรือของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคล ให้รวมถึงคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการบริษัทของนิติบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้

เมื่อนำมาปรับใช้กับผู้บริหารแผน ในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคล “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” จะต้องรวมถึงคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการของบริษัทที่ทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผนด้วย

3) นิติบุคคลที่ บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ หรือกรรมการของนิติบุคคลที่บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้มีอำนาจควบคุมอยู่ หรือนิติบุคคลที่ คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้บริหารแผนหรือของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้มีอำนาจควบคุมกิจการ หรือนิติบุคคลที่ คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการบริษัทของนิติบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้มีอำนาจควบคุมกิจการ

4) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

นอกจากนั้น ยังรวมถึงบุคคลที่กระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลงว่า หากบริษัทลูกหนี้ทำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าว ผู้บริหารแผนหรือบุคคลตาม 1)

หรือ 2) จะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้นด้วย

ในเรื่องของ การทำธุรกรรมของ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” กับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนี้ได้ ที่จะทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วนั้น มีประเด็นเรื่องของการขอเขตการอนุโลมใช้คำว่า รวมถึง “เจ้าหนี้ และคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดใน บทที่ 4

แต่อย่างไรก็ตาม การทำธุรกิจก็เป็นไปไม่ได้ที่จะรอให้ที่ประชุมอนุมัติทุกกรณี กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นธุรกรรมที่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ธุรกรรมที่เป็นข้อตกลงทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่วิญญูชนจะพึงกระทำกับคู่สัญญาทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน ด้วยอำนาจต่อรองทางการค้าที่ปราศจากอิทธิพลในการที่ตนมีสถานะเป็นผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี และเป็นข้อตกลงทางการค้าที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหรือเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการบริษัทอนุมัติไว้แล้ว กล่าวคือ จะเป็นกรณีที่ได้รับการอนุมัติเป็นรายครั้งหรือเป็นหลักการจากคณะกรรมการบริษัท

ตัวอย่างเช่น บริษัทลูกหนี้ประกอบกิจการห้างสรรพสินค้า และตัวผู้บริหารแผนของบริษัทลูกหนี้ซื้อสินค้าที่วางขายอยู่ในลักษณะเช่นเดียวกับลูกค้าทั่วไป

(2) การให้กู้ยืมเงินตามระเบียบสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง

(3) ธุรกรรมที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของบริษัทหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็น

(ก) บริษัทย่อยที่บริษัทเป็นผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทย่อย หรือ

(ข) บริษัทย่อยที่ผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องถือหุ้นหรือมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่เกินจำนวนอัตราหรือมีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

(4) ธุรกรรมในประเภทหรือที่มีมูลค่าไม่เกินจำนวนหรืออัตราที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนอาจกำหนดให้ธุรกรรมตามข้อ (3) ข และ (4) ต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการก่อนทำธุรกรรมดังกล่าวด้วยก็ได้

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 บัญญัติว่า

“ในกรณีมีเหตุสมควร โดยพิจารณาจากผลของธุรกรรมที่มีนัยสำคัญต่อบริษัทหรือความสัมพันธ์ของธุรกรรมกับธุรกิจปกติของบริษัท ให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนมีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้

(1) การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมดังกล่าวต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไป หรือในหนังสือนัดประชุมคณะกรรมการหรือหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น

(2) จำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

(3) หลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง”

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 เมื่อมีการอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน เป็นการให้อำนาจคณะกรรมการกำกับตลาดทุนในการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ โดยเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่อง การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมดังกล่าวต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไปหรือในหนังสือนัดประชุมคณะกรรมการหรือหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น จำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว และหลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง

ในเรื่องนี้ มีประเด็นปัญหาเช่นเดียวกันกับการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 ในเรื่องขอบเขตของการนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 มาอนุโลมใช้ว่า ในการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ของคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ในเรื่องจำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว และหลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง นั้นควรจะอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน

หรือไม่ กล่าวคือ ควรให้ศาลเป็นผู้อนุญาต แทนการอนุโลมใช้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

(4) การรายงานการมีส่วนได้เสีย

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 บัญญัติว่า

“กรรมการและผู้บริหารต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทหรือบริษัทย่อย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจึงมีหน้าที่ต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เมื่อกิจการมีหนี้สินล้มละลายแล้ว ลูกหนี้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไป ส่งผลให้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้สิ้นสุดลง เจ้าหนี้ก็จะเข้ามามีบทบาทมากขึ้น เนื่องจากเจ้าหนี้เป็นผู้รับผลประโยชน์ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ดังจะเห็นได้จากตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/63 กำหนดให้ ผู้บริหารแผนต้องส่งรายงานการดำเนินการตามแผนต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เพื่อให้ตรวจสอบและให้เจ้าหนี้ทั้งหลายทราบทุกรอบสามเดือน

ดังนั้น การอนุโลมใช้บทบัญญัติในเรื่องการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 มีประเด็นในเรื่องการตีความว่า คำว่า “บริษัท” ควรต้องหมายความรวมถึงการที่ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อ “เจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

นอกจากหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ที่กล่าวถึงข้างต้น ตามตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ยังกำหนดให้นำบทบัญญัติในส่วนของเลขานุการของบริษัท มาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนด้วย กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/15 ผู้บริหารแผนต้องจัดให้มีเลขานุการบริษัทเพื่อรับผิดชอบดำเนินการดังต่อไปนี้ในการจัดทำและเก็บรักษาเอกสาร ทะเบียนกรรมการ หนังสือนัดประชุมคณะกรรมการ รายงานการประชุมคณะกรรมการ และรายงานประจำปีของบริษัท หนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น และรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น จัดเก็บรักษารายงานการมีส่วนได้เสียที่รายงานโดยกรรมการหรือผู้บริหาร หรือรายงานโดยผู้บริหารแผน และดำเนินการอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ในกรณีที่เลขานุการบริษัทพ้นจากตำแหน่งหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้ผู้บริหารแผน แต่งตั้งเลขานุการบริษัทคนใหม่ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่เลขานุการบริษัทคนเดิมพ้นจาก ตำแหน่งหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ และให้ผู้บริหารแผนมีอำนาจมอบหมายให้กรรมการคนใดคน หนึ่งปฏิบัติหน้าที่แทนในช่วงเวลาดังกล่าว และให้ผู้บริหารแผนแจ้งชื่อเลขานุการบริษัทต่อ สำนักงานภายในสิบวันนับแต่วันที่จัดให้มีผู้รับผิดชอบในตำแหน่งดังกล่าว และให้แจ้งให้ สำนักงานทราบถึงสถานที่เก็บเอกสารด้วย

นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/16 ยัง กำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ตรวจสอบรายงานการมีส่วนได้เสียของเลขานุการบริษัทภายใน เจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับเอกสาร และต้องดูแลการจัดเก็บเอกสารของบริษัทด้วย ตาม พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/17

3.2.4 ความรับผิดชอบ

โดยที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ให้นำบทบัญญัติใน ส่วนของบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้กับผู้บริหารแผนด้วย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ความรับผิดชอบกรณีฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และ ความซื่อสัตย์สุจริต

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 เมื่อนำมาอนุโลมใช้ กับผู้บริหารแผน มีหลักว่าในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของ บริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น จนเป็นเหตุให้ตนเอง หรือบุคคลที่มี ความเกี่ยวข้องได้ประ โยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้ผู้บริหารแผนรับผิดชอบในการ ส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้ และในกรณีที่บริษัทไม่ฟ้องผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิฟ้องได้ตาม เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/19 และผู้บริหารแผนยังอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 และมาตรา 86 ได้ โดยทั้งนี้จะต้องฟ้องภายใน 1 ปี นับแต่วันที่บริษัท ทราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกิน 2 ปีนับแต่วันฝ่าฝืน

และผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือ ประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท ตามพระราชบัญญัติ หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2

นอกจากนั้น อาจต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กรณีที่กระทำการบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจตนา หรือโดยประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/67 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามแผน หรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตก่อความเสียหายแก่เจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนนี้ รวมถึงกรณีการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ด้วย หรือขาดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ. 2545 หรือมีเหตุอื่นที่ไม่สมควรเป็นผู้บริหารแผนต่อไป เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอ โดยทำเป็นคำร้องต่อศาล หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้มีคำขอ ศาลอาจสั่งให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่ง หรือมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควร

นอกจากนั้น ตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 โดยใช้บังคับกับผู้บริหารแผนที่ไม่ใช่ผู้บริหารลูกหนี้ ซึ่งตามกฎกระทรวงข้อ 23 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้บริหารแผนขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามข้อใดข้อหนึ่งตามกฎกระทรวง กล่าวคือ เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีและเป็นผู้ไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต ผู้บริหารแผนอาจถูกถอดชื่อจากทะเบียนได้

กรณีผู้บริหารแผนมิได้จัดให้มีเลขานุการบริษัท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/15 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคหนึ่ง และกรณีที่ผู้บริหารแผนมิได้แต่งตั้งเลขานุการบริษัทคนใหม่ตามที่ มาตรา 89/15 วรรคสองกำหนด ผู้บริหารแผนต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคสอง

ดังนั้น เมื่อผู้บริหารแผนฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต อาจต้องส่งคืนประโยชน์ที่ได้รับให้แก่บริษัท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 และยังคงต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายไหมทดแทนตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 และมาตรา 86 และอาจมีโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ และต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2

นอกจากนั้น ผู้บริหารแผนยังอาจพ้นจากตำแหน่ง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/67 หรืออาจถูกถอดชื่อจากทะเบียน กรณีเป็นผู้บริหารแผนที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้ ตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟู กิจการ พ.ศ.2545 และยังอาจต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ด้วย

ในเรื่องความรับผิดชอบฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบนั้น เมื่อนำมาอนุโลม ใช้กับผู้บริหารแผน อาจทำให้ผู้บริหารแผนที่ 1) กระทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่มีโทษทางอาญาต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ และ 2) ผู้บริหารแผนที่ไม่ไปศาลหรือไม่ไปประชุมเจ้าหนี้ โดยไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ได้ขออนุญาตจากศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารแผนอาจมีโทษทางอาญา ระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/19 วรรค 3 ผู้บริหารแผนที่กระทำการดังกล่าวเมื่อนำมาอนุโลมใช้อาจถือได้ว่าฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 ด้วย

(2) ความรับผิดชอบกรณีการกระทำการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง

ความรับผิดชอบกรณีการกระทำการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริงนั้น เป็นกรณีที่ผู้บริหารแผนต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนให้บริษัททราบ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 ซึ่งหากผู้บริหารแผนละเลยไม่กระทำการดังกล่าว อาจต้องรับผิดชอบ มาตรา 281/3 ระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาท ตลอดเวลาที่ยังมีได้มีการรายงานการมีส่วนได้เสีย

นอกจากนั้น โดยที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ได้บัญญัติให้นำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20 มาอนุโลมใช้ ส่งผลให้ในกรณีที่ผู้บริหารแผนที่ละเลยไม่จัดทำและส่งงบการเงินและรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 หรือแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ

ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบ และชดเชยค่าเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการซื้อขายหลักทรัพย์ อันเนื่องจากการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า

โดยตำแหน่งหน้าที่ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงความแท้จริงของข้อมูลหรือการขาดข้อมูลที่ควรต้องแจ้งนั้น ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20

และตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/17 กำหนดให้บริษัทต้องจัดให้มีระบบการเก็บรักษาเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสดงข้อมูลตาม มาตรา 89/20 รวมทั้งดูแลให้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวให้ถูกต้องครบถ้วนและสามารถตรวจสอบได้

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน กรณีที่ผู้บริหารแผนมิได้ดำเนินการให้บริษัทมีระบบดังกล่าว ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/6

อีกทั้ง ผู้บริหารแผนอาจต้องรับโทษทางอาญา ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/87 ในหมวด 3/1 คือ กรณีที่ผู้บริหารแผนนำข้อมูลไปเปิดเผยไม่ว่าด้วยประการใด ๆ อาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ เว้นแต่เป็นการกระทำตามหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ประเด็นปัญหาการตีความ คำว่า “ผู้ใด” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 รวมถึง ผู้บริหารแผน ด้วยหรือไม่ กล่าวคือ ผู้บริหารแผนมีหน้าที่เปิดเผยเอกสารต่อผู้ถือหุ้นหรือประชาชนทั่วไปตามที่บัญญัติในหมวด 3/1 ในการบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์หรือไม่ อันส่งผลให้กรณีแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนั้น ยังมีประเด็นในเรื่องการตีความ คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 รวมถึง ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วยหรือไม่ อันส่งผลให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 274 ประกอบ มาตรา 199 และอาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 4

(3) ความรับผิดชอบกรณีกระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริต

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/21 ในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย หรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือคณะกรรมการ ก็จะนำมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นมิได้

และในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการโดยทุจริต อาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าว ต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2

อย่างไรก็ตาม ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/88 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หรือกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งหมวด 3/1 โดยมีมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

จะเห็นได้ว่า กรณีผู้บริหารแผนกระทำการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ที่อาจต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/21 แต่หากเป็นกรณีประมาทเลินเล่อ อาจต้องรับผิดชอบ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่กล่าวข้างต้น

3.3 หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก Fiduciary duties ในกฎหมายต่างประเทศ

3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบที่ให้ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจบริหารกิจการของบริษัทด้วยตนเอง กล่าวคือบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะอยู่ในฐานะที่เรียกว่า Debtor in Possession ซึ่งจะมีอำนาจในการครอบครองจัดการทรัพย์สินด้วยตนเองต่อไป เว้นแต่ศาลเห็นว่าบริษัทลูกหนี้ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความสามารถหรือข้อขัดข้องต่อการบริหารและการจัดการทรัพย์สิน ศาลจะแต่งตั้ง ทรัสต์ดี ให้เข้าบริหารจัดการบริษัทแทน

(1) ระดับของมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ ตามหลัก Fiduciary duties ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แบ่งเป็นการพิจารณาตามสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

ก. มาตรฐานหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ(Fiduciary duties) ของบริษัทลูกหนี้ กรณีลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession)

กรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) มีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ใน 2 กรณี คือ

1. มาตรฐานความไว้วางใจของเจ้าหน้าที่บริษัท

ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties เช่นเดียวกับกรรมการของบริษัท โดยหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจประกอบด้วยสองหน้าที่ คือ

ก. หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต

ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องไม่กระทำการเพื่อประโยชน์ของตนเอง และไม่สามารถกระทำการที่ขัดกันกับผลประโยชน์ของบริษัท อีกทั้งจะต้องไม่กระทำการอันไม่เหมาะสมด้วย

ตัวอย่างกรณีของการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในกรณีการฟื้นฟูกิจการ 1) CEO ของบริษัทลูกหนี้เป็นที่ปรึกษาของลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ถือตัวรายใหญ่ที่สุดด้วย โดยได้รับเงิน 1 ล้านเหรียญต่อปีจากการเป็นที่ปรึกษาดังกล่าว การที่กรรมการหรือพนักงานในบริษัทลูกหนี้ไม่ทำการติดตาม หรือกระทำการอันเป็นการหลีกเลี่ยง ข้อโต้แย้งที่มีต่อผู้ค้าประกันซึ่งเป็นบุคคลภายนอก เป็นต้น

ข. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง

หน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามหลักความระมัดระวังนี้ก็คือหน้าที่ที่จะต้องปกป้องและเพิ่มมูลค่าสินทรัพย์ของบริษัท ไม่ใช่การทำลายทรัพย์สินของบริษัท ต้องจัดการงานของบริษัทด้วยความระมัดระวัง ภายใต้หลักการของการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

มาตรฐานการตัดสินใจทางธุรกิจ(Business Judgment Rule) ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในการฟื้นฟูกิจการที่เหมือนกับกรณีของกรรมการ หรือพนักงานในสถานการณ์ปกตินั้น ทำให้เมื่อบริษัทลูกหนี้ตัดสินใจกระทำการใดโดยมีเหตุผลชัดเจน ศาลย่อมไม่อาจคัดค้านได้

อย่างไรก็ตามมีการเสนอว่า การประยุกต์ใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ นอกจากศาลได้มีการพิจารณาถึงความ เป็นเหตุเป็นผลของคำสั่งที่กระทำไป ซึ่งไม่เพียงแต่การพิจารณาในระดับของกรรมการและ

พนักงานภายใต้สถานการณ์โดยทั่วไปเท่านั้นที่ต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท แต่ยังคงมีการเสนอว่าควรจะต้องมีระดับของมาตรฐานที่สูงขึ้นหากนำมาใช้ภายใต้สถานการณ์ของการฟื้นฟูกิจการ

2. มาตรฐานความไว้วางใจในมาตรฐานของทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The common law trustee standard)

เป็นมาตรฐานอีกระดับหนึ่งที่เพิ่มเติมขึ้นจากหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในมาตรฐานของกรรมการ หรือพนักงานบริษัท โดยจะต้องมีหน้าที่ที่เข้มงวดในหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่แห่งความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีหน้าที่เพิ่มเติมดังนี้ 1) หน้าที่ในการจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานทั้งหลายภายในระยะเวลาที่เหมาะสม 2) หน้าที่ในการรักษาประโยชน์โดยเป็นกลาง 3) หน้าที่ในการรักษาทรัพย์สิน 4) หน้าที่ต่อผู้และบังคับสิทธิเรียกร้อง และ 5) หน้าที่ในการจัดกิจการงานด้วยความระมัดระวัง และความชำนาญ

สิ่งเหล่านี้เป็นหน้าที่ที่เพิ่มเติมขึ้นมาภายใต้มาตรฐานทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยมาตรฐานนี้ถือว่าเข้มงวดยิ่งกว่ามาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท โดยลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวกับมูลค่าของทรัพย์สินหรือธุรกรรมที่มีผลกระทบต่อกิจการด้วย²⁴

ตามคำพิพากษาของศาลในคดี Ford Motor Credit, 680 F.2d at 461-63 มีการตัดสินว่าหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ จะถูกตัดสินว่าเป็นมาตรฐานเดียวกับ ทรัสต์ คือ ถ้าลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ กระทำการโดย “ประมาท” ทำให้ทรัพย์สินของบริษัทเสียหาย ถือว่าเป็นการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties เพราะการปกป้องทรัพย์สินของบริษัทเป็นหน้าที่พื้นฐานของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในกระบวนการบริหารจัดการภายใต้การฟื้นฟูกิจการ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีที่ ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำการ โดยประมาท แม้ว่ามีใช้การกระทำโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ก็อาจต้องรับผิดชอบ

อนึ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในคดี Lange v. Schropp ศาลพิพากษาว่า เมื่อลูกหนี้ในกรณี Debtor in Possession มีหน้าที่ในการควบคุมและจัดการทรัพย์สิน จึงต้องมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เช่นกัน เนื่องจากลูกหนี้ดังกล่าวมิใช่ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอีกต่อไป แต่เป็นผู้ที่ได้รับความ

²⁴ ธานี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 47-48.

ไว้วางใจที่ต้องทำเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ดังนั้น ในคดีนี้ หนี้ส่วนในห้างหุ้นส่วนที่ล้มละลาย กระทำการเป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่มีหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินของกิจการที่ล้มละลาย (Debtor in Possession) จะต้องจัดการธุรกิจในฐานะที่เป็นตัวแทนในการจัดการทรัพย์สินของกิจการที่ล้มละลาย กล่าวคือ ต้องไม่จัดการทรัพย์สินเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ส่วนตน เมื่อนำหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจประกอบด้วย 2 หน้าที่ คือ หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง และหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต โดยหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังต้องการให้ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจกระทำการตัดสินใจด้วยความสุจริตซึ่งถือว่าเป็นคุณลักษณะในการกระทำการที่เป็นไปตามจุดประสงค์ของธุรกิจ

ข. มาตรฐานหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ กรณีทรัสต์

กล่าวคือ เมื่อศาลเห็นว่าบริษัทลูกหนี้ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความสามารถหรือซื่อสัตย์ต่อการบริหารและการจัดการทรัพย์สิน ศาลจะแต่งตั้ง ทรัสต์ ให้เข้าบริหารจัดการบริษัทแทน ดังนั้น ทรัสต์จะต้องปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เหมือนกับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) โดยมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The common law trustee standard) กำหนดไว้ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น²⁵

นอกจากนั้น ตามคำพิพากษาในคดี Hall v. Perry ทรัสต์ จะต้องกระทำการด้วยความเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน เพื่อผู้รับผลประโยชน์ทุกฝ่ายด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่า มาตรฐานของทรัสต์จะมีความเข้มงวดมากกว่ามาตรฐานของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession)

อย่างไรก็ตาม State Law อนุญาตให้มีการอนุมัติให้การกระทำซึ่งมีการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ระหว่างบริษัทกับทรัสต์ และในเรื่องของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) และข้อจำกัดความรับผิดชอบสำหรับการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังนั้นจะไม่บังคับใช้กับกรณีของทรัสต์²⁶

ในกรณีค่าตอบแทนค่าตอบแทนของทรัสต์นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ 1) ในกรณีที่เงื่อนไขในสัญญาทรัสต์มิได้ระบุค่าตอบแทนไว้ ทรัสต์มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามสมควรแก่พฤติการณ์ และ 2) ในกรณีที่เงื่อนไขในสัญญาทรัสต์ได้ระบุค่าตอบแทนไว้ ทรัสต์มีสิทธิที่จะ

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

²⁶ American Bankruptcy Institute, **Fiduciary duties During the chapter 11 case** [online], 27th August 2013. http://www.abiworld.org/committees/newsletters/young/vol7num2/The_Importance_of_Understanding_Fiduciary_Duties.pdf

ได้รับคำตอบแทนตามที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถปรับเพิ่มหรือลดคำตอบแทนได้ ถ้าศาลเห็นว่า หน้าที่ของทรัสต์มีความแตกต่างในสาระสำคัญจากหน้าที่ตอนที่ได้รับการแต่งตั้ง หรือคำตอบแทนที่กำหนดไว้นั้นสูงหรือต่ำเกินสมควร²⁷

(2) ความรับผิดชอบของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) และทรัสต์ ภายใต้อำนาจ Fiduciary duties

เนื่องจากทรัสต์เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของกิจการเสมือนเป็นเจ้าของหนี้ ในกิจการของบริษัทลูกหนี้ ดังนั้นหากทรัสต์บริหารจัดการกิจการของลูกหนี้โดยผิดพลาดหรือ โดยทุจริตก็อาจถูกเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ฟ้องร้องได้ ดังนั้นทรัสต์จึงต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้²⁸ และอาจถูก ฟ้องร้องให้มีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้²⁹

อย่างไรก็ตามสถานะของทรัสต์ดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการ ฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) ด้วย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟู กิจการ (Debtor in Possession) มีสิทธิอำนาจ หน้าที่ดังเช่นกรณีของทรัสต์ ดังนั้นหากลูกหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจัดการทรัพย์สินในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการ เจ้าหนี้หรือผู้มี ส่วนได้เสียอื่นๆ จึงมีสิทธิฟ้องลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ โดยจะเห็นได้จากมีแนวคำ วินิจฉัยของศาลกำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีความรับผิดชอบ เมื่อจัดการทรัพย์สินหรือ การตัดสินใจมีความบกพร่อง น้อยลง โดยผิดกฎหมาย หรือมีผลประโยชน์ส่วนตน เนื่องจากลูกหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) ในการปฏิบัติตาม กฎหมาย³⁰

3.3.2 ประเทศอังกฤษ

เนื่องจากผู้บริหารแผน (administrator) ได้กระทำการเป็นตัวแทนของบริษัท และกระทำการช่วยเหลือบริษัทในการกระทำการทุกอย่างเท่าที่จำเป็นหรือที่เป็นประโยชน์สำหรับการบริหาร จัดการกิจการของบริษัท และทรัพย์สินของบริษัท และผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตน

²⁷Uniform Trust Code 130.635 UTC 708

²⁸คารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณี ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 54.

²⁹11 U.S.C section 323(b)

³⁰คารณี แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณี ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 59.

ตามแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือตามคำสั่งของศาล นอกจากนั้น ผู้บริหารแผนยังเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล จึงต้องตกอยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความสุจริต มีความเป็นอิสระ กระทำการด้วยความยุติธรรม ซื่อสัตย์สุจริต และจะต้องไม่กระทำการไปในทางเสื่อมเสียหรือกระทำการโดยมิชอบ³¹

1. หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

เมื่อผู้บริหารแผน (administrator) เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) ให้กระทำการเป็นตัวแทนของบริษัทและเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล จึงต้องอยู่ภายใต้หลัก Fiduciary duties โดยมีมาตรฐานของการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัท³²

ดังนั้นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน จึงเทียบเคียงได้กับกรรมการบริษัทในกรณีดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ที่ต้องกระทำการโดยสุจริต (Duty of loyalty and good faith)

เมื่อนำหน้าที่ของกรรมการบริษัทตาม Company Act 2006 มาตรา 172 มาเทียบเคียงอาจกล่าวได้ว่า ผู้บริหารแผนต้องกระทำการด้วยความสุจริตอันเป็นการส่งเสริมให้บริษัทประสบผลสำเร็จ และการส่งเสริมนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสมาชิกทั้งหมด โดยพิจารณาถึงผลลัพธ์ของการตัดสินใจที่จะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ในระยะยาว พิจารณาถึงผลประโยชน์ของพนักงานบริษัท ลูกจ้างของบริษัท ผลกระทบของการดำเนินกิจการต่อสิ่งแวดล้อม ความพึงพอใจของบริษัทในการรักษาไว้ซึ่งชื่อเสียงให้อยู่ในมาตรฐานในการจัดการกิจการที่สูง และผู้บริหารแผนต้องกระทำการต่อสมาชิกของบริษัททุกคนอย่างเท่าเทียมกัน นอกจากนั้น หน้าที่ที่กำหนดไว้นั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหรือกฎระเบียบที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ด้วย

จะเห็นได้ว่าผู้บริหารแผนจะต้องกระทำการเพื่อรักษาผลประโยชน์ทั่วไปแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง ดังนั้นกล่าวโดยทั่วไปคือ ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจต่อเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต

³¹Vanessa Finch, *Corporate insolvency law: perspectives and principles*, 2nd ed. (Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2009), pp. 383-384.

³²คารณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต,” หน้า 44.

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่แสดงให้เห็นได้ว่าผู้บริหารแผนกระทำการหรือมีวัตถุประสงค์ไปในทางที่ไม่เป็นธรรม ก่อความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน หรือไม่กระทำการตามหน้าที่โดยเร็ว หรือมีประสิทธิภาพตามสมควรเท่าที่จะทำได้ เจ้าหน้าที่อาจยื่นคำร้องต่อศาล ซึ่งจากคำตัดสินในคดี RE Charnley Davies Ltd. คำร้องจะต้องแสดงให้เห็นว่า 1) มีการใช้เงินหรือทรัพย์สินโดยผิดวัตถุประสงค์ มีการยึดถือเงินหรือทรัพย์สินไว้ 2) ต้องมีการรับผิดชอบต่อเงินหรือทรัพย์สินของบริษัท 3) ฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความไว้วางใจ (Fiduciary duties) หรือหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องกับบริษัท 4) มีการกระทำอันเป็นความผิด³³

(2) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง และทักษะความชำนาญ (Duty to exercise reasonable care, skill and diligence)

เมื่อนำหน้าที่ของกรรมการบริษัทตาม Company Act 2006 มาตรา 174 มาเทียบเคียงอาจกล่าวได้ว่า ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและทักษะตามสมควร โดยความหมายของคำว่าความระมัดระวัง และทักษะความชำนาญ นั้นจะต้องเป็นไปตามวิญญูชนซึ่งมีความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์โดยทั่วไปในการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับผู้บริหารแผน และความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์โดยทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่ต้องมีการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน

(3) หน้าที่ที่ต้องหลีกเลี่ยงการกระทำอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Duty to avoid conflicts of interest)

เมื่อนำหน้าที่ของกรรมการบริษัทตาม Company Act 2006 มาตรา 174 ถึง 177 มาเทียบเคียงอาจกล่าวได้ว่า ผู้บริหารแผนจะต้องหลีกเลี่ยงเหตุการณ์ซึ่งอาจทำให้ตนได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่เป็นการขัดหรือแย้งหรือเป็นไปได้ที่จะขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

อย่างไรก็ตาม การทำธุรกรรมหรือสถานการณ์ที่อาจขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทของผู้บริหารแผนนั้น อาจไม่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ถ้าพิจารณาแล้วว่าสถานการณ์หรือธุรกรรมดังกล่าวไม่เป็นการก่อให้เกิดการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท หรือถ้าการกระทำนั้นได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการของบริษัทแล้ว

นอกจากนั้นผู้บริหารแผนต้องไม่ได้มาซึ่งผลประโยชน์จากบุคคลภายนอก อันเนื่องมาจากการเป็นผู้บริหารแผน เว้นแต่ พิจารณาแล้วว่าผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากบุคคลภายนอกดังกล่าวไม่เป็นการก่อให้เกิดการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

³³ Andrew R. Keay and Peter Walton, *Insolvency law: corporate and personal*, pp. 114-115.

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในธุรกรรมหรือข้อตกลงที่ถูกเสนอต่อบริษัท ผู้บริหารแผนจะต้องทำการเปิดเผยลักษณะและขอบเขตของผลประโยชน์ที่ตนได้รับต่อคณะกรรมการบริษัท โดยอาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือแจ้งในเวลาที่มีการประชุมคณะกรรมการ

ในเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนนั้นอยู่ภายใต้ Insolvency Rules 1986 โดยอัตราของค่าตอบแทนนั้นจะคำนวณโดยการอ้างอิงถึงระยะเวลาที่ใช้ในการจัดการกิจการ ซึ่งโดยหลักการแล้วอัตราค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนจะถูกกำหนดโดยคณะกรรมการเจ้าหนี้ ซึ่งในกรณีที่ผู้บริหารแผนหรือเจ้าหนี้ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดว่าตอบแทนดังกล่าว ผู้บริหารแผนหรือเจ้าหนี้ที่ไม่เห็นด้วยสามารถยื่นคำขออุทธรณ์ต่อศาลเพื่อให้ทำการพิจารณาค่าตอบแทนได้³⁴

2. ความรับผิดชอบหลัก Fiduciary duties

เนื่องจากผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่ต้องกระทำการ โดยสุจริตต่อเจ้าหนี้ของบริษัท และยังมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล (Officer of court) ด้วย ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลและตามหลักจริยธรรมที่ถูกกำหนดขึ้นใน Ex Parte James ((1874) LR 9 Ch App 609)³⁵ กล่าวคือผู้บริหารแผนพึงมีหน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความสุจริตและยุติธรรมอย่างยิ่ง

ดังนั้น ในการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties จากคำพิพากษาของศาลในคดี RE Chamley Davies Ltd. พบว่า เนื่องจากผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่ต้องกระทำการ โดยสุจริตต่อเจ้าหนี้ของบริษัท ดังนั้นในการลงโทษ ศาลจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจอย่างกว้างที่จะมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนกระทำการใดๆ ก็ได้ โดยศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนทำการชดใช้เงินหรือทรัพย์สินคืนให้แก่เจ้าหนี้ หรือจ่ายผลประโยชน์ หรือให้เงินค่าเสียหายเพื่อเป็นการชดเชยการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ หรือการกระทำการที่ไม่สมควร³⁶

3.3.3 ประเทศออสเตรเลีย

เนื่องจาก Corporate Law Economic Reform Program Act 1999 (Cth) ได้กำหนดคำนิยามของ “พนักงานของบริษัท (officer of the corporation)” ใน Corporations Act 2001 มาตรา 9 เพิ่มขึ้น โดยได้กำหนดให้ “พนักงานของบริษัท (officer of the corporation)” หมายถึง กรรมการ

³⁴David Milman and Chris Durrant, *Corporate insolvency: law and practice*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 24.

³⁵Andrew R. Keay and Peter Walton, *Insolvency law: corporate and personal*, p. 116.

³⁶Ibid., p. 115.

บริษัท หรือเลขานุการบริษัท บุคคลซึ่งกระทำการหรือมีส่วนในการตัดสินใจทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของกิจการของบริษัท บุคคลที่สามารถกระทำการอันส่งผลสำคัญต่อการเงินของบริษัท หรือบุคคลซึ่งปฏิบัติตามคำสั่งหรือความต้องการของกรรมการของบริษัท ผู้พิทักษ์ทรัพย์ (receiver) ผู้ชำระบัญชี (liquidator) และที่สำคัญ “พนักงานของบริษัท (officer of the corporation)” ยังหมายความถึง ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ (administrator) ของบริษัท อีกด้วย โดยวัตถุประสงค์หนึ่งของการกำหนดคำนิยามดังกล่าว ก็เพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและพนักงานของบริษัท (officer) ตามคำนิยามของ Corporations Act 2001 มาตรา 9 ภายใต้ Chapter 2D ของ Corporations Act 2001³⁷

ดังนั้น เมื่อผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ (administrator) รวมอยู่ในคำนิยามของคำว่า “พนักงานของบริษัท (officer of the corporation)” ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 9 แล้ว จึงมีหน้าที่ที่ต้องกระทำตาม Corporations Act 2001 ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ของผู้บริหารแผนฟื้นฟู ตามหลัก Fiduciary duties

จากคำนิยามของคำว่า “พนักงาน (officer)” ใน มาตรา 9 ดังกล่าว ที่ให้หมายความรวมถึงผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการด้วยนั้น ส่งผลให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องทำตามหลัก Fiduciary duties ซึ่งเป็นหน้าที่โดยทั่วไป ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวถูกกำหนดไว้ใน Corporations Act 2001 มาตรา 180 ถึง มาตรา 184 โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ก. หน้าที่ที่ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและขยันขันแข็ง (Care and diligence) ตาม civil obligation กล่าวคือ

1. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ของตนเองในระดับของความระมัดระวังที่เป็นไปตามมาตรฐานของวิญญูชน (reasonable person) ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในบริษัทหรือมีความรับผิดชอบอยู่ในบริษัทเหมือนกันกับผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการในสถานการณ์ที่บริษัทตกอยู่ในสถานะเดียวกัน³⁸

วัตถุประสงค์ของการกำหนดว่าเป็นไปตามมาตรฐานของวิญญูชน (reasonable person) แสดงให้เห็นว่าระดับที่ชัดเจนของมาตรฐานของความระมัดระวังซึ่งเทียบจากวิญญูชน (reasonable person) ที่จะใช้ในแต่ละกรณีนั้น ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของบริษัท การดำรงตำแหน่งและความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการที่ต้องมีความรับผิดชอบในการบริหารกิจการของบริษัท โดยข้อเท็จจริงที่วิญญูชน (reasonable person) จะใช้ในการตัดสินใจในการประกอบ

³⁷H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay, Ford's principles of corporations law, 11 th ed (Australia: LexisNexis Butterworths, 2003), p. 314.

³⁸Corporations Act 2001 section 180(1)

กิจการว่าเสี่ยงต่ออันตรายหรือไม่ในเรื่องของมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังนั้น จะพิจารณาจากความรุนแรงของสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ความร้ายแรงของความเสียหายที่เป็นผลจากสถานการณ์ที่มีความรุนแรงนั้น และค่าใช้จ่าย ความยากและความไม่สะดวกในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น

นอกจากในเรื่องมาตรฐานของวิญญูชน (reasonable person) แล้ว Corporations Act 2001 มาตรา 180(1) ยังแสดงให้เห็นว่า สถานการณ์ของบริษัท (corporation's circumstances) และตำแหน่งและความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ก็เป็นอีกสองปัจจัยที่จะใช้ในการพิจารณาระดับของความระมัดระวังด้วย โดยเงื่อนไขในเรื่องสถานการณ์ของบริษัท (corporation's circumstances) นั้น ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1992

ส่วนเรื่องของตำแหน่งและความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการนั้น แสดงให้เห็นว่ามาตรฐานของการใช้ความระมัดระวัง การใช้ทักษะความรู้ความสามารถที่จะใช้การเทียบเคียงจากมาตรฐานของวิญญูชน (reasonable person) นั้น จะขึ้นอยู่กับความเปลี่ยนแปลงจากบริษัทหนึ่งไปอีกรายหนึ่งและขึ้นอยู่กับประเภทของการดำรงตำแหน่ง และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการด้วย ซึ่งในที่นี้จะยกตัวอย่างจากกรณีของกรรมการบริษัทเพื่อให้เกิดความชัดเจน ตัวอย่างเช่น ในกรณีของกรรมการบริษัท ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานของคณะกรรมการบริษัทซึ่งมีหน้าที่ความรับผิดชอบที่พิเศษซึ่งติดมากับตำแหน่งประธาน โดยตำแหน่งประธานนั้นผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องมีระดับมาตรฐานของความระมัดระวังที่สูงกว่ากรรมการที่มีอำนาจในการจัดการบริษัท

คำว่า “หน้าที่ความรับผิดชอบ (responsibilities)” นั้น ได้มีการกล่าวไว้ในคดี ASIC v Rich (2003) NSWSC 85 ว่าคือ ข้อเท็จจริงที่ได้ทำการจัดการในการดำเนินกิจการของบริษัท โดยไม่จำกัดแค่หน้าที่ที่ต้องทำตามกฎหมายเท่านั้น จะเห็นได้ว่าหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทนั้น เกี่ยวข้องกับการพิจารณาในเรื่องของการได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ที่มีความสำคัญในบริษัทหรือในคณะกรรมการของบริษัท และแนวทางหรือวิธีการทำงานที่เกิดขึ้นจริงในบริษัทรวมถึงประสบการณ์ทำงานและทักษะความรู้ความสามารถของกรรมการบริษัทด้วย³⁹ จึงอาจเทียบเคียงได้ว่าหน้าที่ความรับผิดชอบ (responsibilities) ของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการนั้น ไม่จำกัดเพียงแค่หน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการในบริษัทด้วย

³⁹ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 354-356.

2. หลักวินิจฉัยทางการค้า (Business judgment rule)

การวินิจฉัยทางการค้า ที่จะถือว่าผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการได้ตัดสินใจโดยใช้ความระมัดระวังตามที่ในกฎหมายคอมมอนลอว์และตามหลักความเป็นธรรมโดยทั่วไปแล้วนั้น เมื่อผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการได้ตัดสินใจตามหลักดังนี้

(1) กระทำการตัดสินใจด้วยความสุจริตและเป็นไปตามตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม และ

(2) ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนที่สำคัญ ภายใต้อการตัดสินใจ และ

(3) ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการระลึกละเอินอยู่เสมอว่าการตัดสินใจของตนกระทำด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่ามีความเหมาะสม และ

(4) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลได้ว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (the best interests of the corporation)⁴⁰

โดยที่ การวินิจฉัยทางการค้า (Business judgment) หมายถึงการตัดสินใจใดๆ ที่เป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท⁴¹ แต่ไม่รวมถึงการใช้อำนาจของกรรมการในการออกหุ้นหรือจ่ายเงินปันผล

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่สำคัญในเรื่องของหลักวินิจฉัยทางการค้าก็คือ ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการต้องกระทำการตัดสินใจเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ หรือเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งวิญญูชนในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ

หลักวินิจฉัยทางการค้า (Business judgment rule) ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 180(2) และ 180(3) ดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้รับหลักการมาจากหลักวินิจฉัยทางการค้า ของ American Law Institute (ALI) ดังนั้น ข้อคิดเห็นที่เกิดจาก ALI จึงอาจจะใช้ในการตีความหลักวินิจฉัยทางการค้า ใน Corporations Act 2001 ได้ กล่าวคือ ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 180(3) กำหนดว่าการวินิจฉัยทางการค้า (Business judgment) หมายถึงการตัดสินใจใดๆ ที่เป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท นั้น ALI เห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จะต้องกำหนดการคุ้มครองในกรณีที่ไม่มีการกระทำที่เป็นการวินิจฉัยทางการค้าเกิดขึ้น

ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 180(2) ที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการระลึกละเอินอยู่เสมอว่าการตัดสินใจของตนกระทำด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่ามีความเหมาะสมนั้น ALI ให้

⁴⁰Corporations Act 2001 section 180(2)

⁴¹Corporations Act 2001 section 180(3)

ข้อสังเกตว่า “ความเชื่อโดยสุจริตว่ามีความเหมาะสม (reasonably believe to be appropriate)”
อาจวัดจาก

- 1) ความสำคัญของการวินิจฉัยทางการค้าที่ได้ทำไป
- 2) ระยะเวลาที่ได้รับทราบข้อมูล
- 3) ต้นทุนในการทำให้ได้มาซึ่งข้อมูล
- 4) ความเชื่อถือของผู้บริหารแผนในการแสวงหาข้อมูลและการนำเสนอ
- 5) สภาพกิจการของบริษัทในเวลาที่ได้ทำการตัดสินใจ

นอกจากนั้น การที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องตัดสินใจโดยเชื่ออย่างมีเหตุผลได้ว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (rationally believes that the judgment is in the best interests of the corporation) นั้น คำว่า “เชื่ออย่างสมเหตุสมผล (rationally believes)” มีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะขยายขอบเขตของการตัดสินใจให้กว้างกว่าคำว่า “reasonable” อันเป็นการปกป้องผู้บริหารแผนจากความรับผิดชอบสำหรับการวินิจฉัยทางการค้าที่อาจจะถูกโต้แย้งว่าอยู่นอกขอบเขตของคำว่า “reasonable” อย่างไรก็ตาม Corporations Act 2001 ก็ได้กำหนดขอบเขตให้แคบลงกว่า ALI คือ ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการต้องกระทำตัดสินใจเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสิ่งสำคัญ หรือเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งวิญญูชนในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำด้วย⁴²

ตามคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลีย⁴² ได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นบรรทัดฐาน (Australian case law) ที่ว่า การตัดสินใจของกรรมการบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยทางการค้า เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของศาล ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติของคณะกรรมการบริษัทกับผู้พิพากษาว่าไม่เหมาะสมที่ศาลจะเข้าไปพิจารณาถึงคุณธรรมของการวินิจฉัยทางการค้า

ซึ่งเหตุผลหลักของหลักวินิจฉัยทางการค้า ที่ผู้บริหารแผนฝ่าฝืนการจะใช้ในการป้องกันตนเองจากความรับผิดชอบส่วนตัวก็คือ

- 1) กิจกรรมที่มีความเสี่ยงและเกี่ยวกับการลงทุนทางการเงินนั้นผู้บริหารแผนได้กระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต
- 2) การวินิจฉัยทางการค้าที่ดีนั้น ผู้บริหารแผนจะต้องกระทำที่เป็นไปตามหลักความระมัดระวัง (duty of care) และ
- 3) ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ดีขึ้นโดยการสนับสนุนในเรื่องของความเล็งในการตัดสินใจ กล่าวคือ ผู้บริหารแผนจะต้องแสดงให้เห็นถึงความ

⁴²H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay, *Ford's principles of corporations law*, 11 th ed, pp. 355-357.

เสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการตัดสินใจต่อผู้ถือหุ้น โดยเป็นการทำให้ผู้บริหารแผน รับผิดชอบต่อการพิจารณาตัดสินใจที่ผิดพลาดเท่านั้น⁴³

ข. หน้าที่ที่ต้องกระทำด้วยความสุจริต (Good faith) ตาม civil obligation

กล่าวคือ ผู้บริหารแผนต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม⁴⁴ หน้าที่ที่ต้องกระทำด้วยความสุจริตนั้น แบ่งเป็นหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (Duty to act in good faith in the best interests of the corporation)

คำว่า “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (The best interests of the corporation)” กับ “เพื่อประโยชน์ของบริษัท (The interests of the corporation)” นั้น จากคำพิพากษาของศาลในคดี *Whitehouse v. Carlton Hotel Pty Ltd* (1987) 162 CLR 285 at 293 แสดงให้เห็นว่าทั้งสองคำไม่มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญแต่ประการใด⁴⁵

ในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทนั้น เนื่องจากไม่มีคำพิพากษาของศาลที่กล่าวถึงผู้บริหารแผนไว้โดยตรง ผู้วิจัยจึงได้อ้างอิงถึงกรณีของกรรมการบริษัท กล่าวคือ ศาลได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี *Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* (1951) Ch286 ว่าหน้าที่ที่ต้องกระทำโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทนั้นต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์โดยรวมทั้งหมดของบริษัท” (the company as a whole) ซึ่งเท่ากับว่าต้องทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้นทุกกลุ่ม และเนื่องจากบริษัทนั้นมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายกลุ่ม ดังนั้นจึงมีผู้อื่นเกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยรวมทั้งหมดของบริษัทด้วย โดยในคำพิพากษาของศาลในคดี *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd* (No2) (1987)6 ACLC 154 พิพากษาว่ากรรมการบริษัทควรจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของทั้งผู้ถือหุ้นในปัจจุบันหรือที่จะเป็นผู้ถือหุ้นในอนาคตและเพื่อประโยชน์ของบริษัทในฐานะที่เป็นหน่วยธุรกิจด้วย แม้ว่าสิ่งนั้นอาจจะไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในระยะสั้นของผู้ถือหุ้น หรือในคำพิพากษาของศาลในคดี *Hurley v BGH Nominees Pty Ltd* (No2) (1984) 37 SASR 499 ที่พิพากษาว่า ในกรณีที่บริษัทปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์ กรรมการของบริษัททรัสต์ก็ต้องทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) ของทรัสต์

⁴³Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 364-365.

⁴⁴Corporations Act 2001 section 181(1)

⁴⁵H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay, *Ford's principles of corporations law*, 11 th ed, p. 321.

แสดงให้เห็นว่า ความหมายของ คำว่า “บริษัท (the corporation หรือ the company)” รวมถึงบุคคลดังนี้ 1) สมาชิกในปัจจุบันของบริษัท 2) สมาชิกในอนาคต 3) เจ้าหนี้ 4) ผู้รับผลประโยชน์ภายใต้การจัดการดูแลทรัพย์สินของทรัสต์ โดยทรัสต์ และ 5) พนักงาน ลูกจ้าง ลูกค้า คู่สัญญา และสังคม

ในส่วนของ การพิจารณาถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ นั้น เมื่อบริษัทประสบปัญหาทางการเงิน ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพิ่มมากขึ้น⁴⁶ กล่าวคือ เมื่อบริษัทตกเป็นผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือ ใกล้จะล้มละลาย ตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Nicholson v. Permakraft (NZ) Ltd (1985) 1 NZLR 242* พิพากษาว่า นอกจากกรรมการของบริษัท จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วย⁴⁷ และกรณีที่กรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือกระทำการอันกระทบกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ อาจถือว่าฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

ดังนั้น ในกรณีของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ แม้จะไม่มีคำพิพากษากำหนดชัดเจนว่าในการบริหารกิจการของบริษัท นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วยนั้น แต่จากคำพิพากษาของศาลในคดี *Re Spargold Enterprises Pty Ltd (subject to deed of company arrangement) (1999) 32 ACSR 363* ที่ได้วางหลักไว้ว่าผู้บริหารแผนและผู้ชำระบัญชี มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อเจ้าหนี้ทั้งหมดและต้องกระทำด้วยความเสมอภาคยุติธรรม เว้นแต่ว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือมีข้อตกลงกำหนดไว้ว่าให้ปฏิบัติแตกต่างกัน⁴⁸ จากคำพิพากษาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วย และตามรายงานของ Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs เรื่อง *Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors* ได้อธิบายไว้ว่า ในขณะที่กรรมการบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท พร้อมกับ การพิจารณาถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอื่นด้วย มิได้หมายความว่ากระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

⁴⁶ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 302-303.

⁴⁷ H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay, *Ford's principles of corporations law*, 11th ed, pp. 326-327.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1203.

นอกจากนี้ ตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd* (1986) 4 NSWLR 722 ได้พิพากษาว่า ในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัวกรรมการบริษัทกระทำการโดยมิได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ด้วยนั้น อันถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ ผู้ถือหุ้นของบริษัทไม่สามารถให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการเพื่อให้กรรมการพ้นผิดได้

และในกรณีที่พบว่ากรรมการของบริษัทกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตาม Chapter 2D ใน Corporations Act 2001 ตามคำพิพากษาของศาลในคดี *Spies v R* (2000) HCA 43 เจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะนำคดีแพ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาความเสียหายที่กรรมการได้กระทำขึ้นได้ด้วยตัวเอง อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้มีสิทธิทางอ้อม เนื่องจากหน้าที่ตามหลักความไว้วางใจถูกควบคุมโดยบริษัท ดังนั้นบริษัทเท่านั้นที่จะมีสิทธิยื่นฟ้องกรรมการบริษัทต่อศาลได้ เมื่อบริษัทเลิกกิจการ ผู้ชำระบัญชีก็สามารถที่จะฟ้องกรรมการต่อศาลเพื่อให้กรรมการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้⁴⁹

(2) การปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (Duty to act for a proper purpose)

กล่าวคือ ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนและใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม ผู้บริหารแผนอาจจะกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่นี้ เมื่อเชื่อโดยสุจริตว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดโดยรวมทั้งหมดของบริษัท (the company as a whole) หรือแม้ว่าผู้บริหารแผนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไม่เหมาะสมนั้น ก็อาจจะมีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวได้เช่นกัน

โดยการปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมนั้น ศาลจะพิจารณาสองเรื่อง คือ วัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบอำนาจมาให้ปฏิบัติกับวัตถุประสงค์ซึ่งเกิดขึ้นจริงจากการปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตามในกรณีที่เกิดความไม่ชัดเจนของการปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมศาลอาจจะเข้าไปแทรกแซงการจัดการของฝ่ายบริหารภายในบริษัทได้ โดยการคัดค้านการกระทำที่ศาลเห็นว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม⁵⁰

(3) การใช้ตำแหน่งหน้าที่ (Use of position)

กล่าวคือ ผู้บริหารแผนจะต้องไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือสร้างความเสียหายให้กับบริษัท⁵¹

⁴⁹Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 377-378.

⁵⁰*Ibid.*, p. 310.

⁵¹Corporations Act 2001 section 182

(4) การใช้ข้อมูล (Use of Information)

กล่าวคือ บุคคลใดที่ได้รับข้อมูลมาในฐานะที่ตนเป็นผู้บริหารแผน จะต้องไม่ใช่ข้อมูลที่ได้รับมาในขณะที่เป็นผู้บริหารแผนหรือเคยเป็นผู้บริหารแผน เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ส่วนตน หรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท⁵²

(5) การไม่กระทำการอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of interest)

หน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of interest) นั้น เป็นหน้าที่ที่อยู่ภายใต้การบังคับโดย Corporations Act 2001 ด้วย โดยเฉพาะหน้าที่ที่กำหนดให้ผู้บริหารแผน ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท การปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม การไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือสร้างความเสียหายให้กับบริษัท และการไม่ใช่ข้อมูลที่ได้รับมาในขณะที่เป็นผู้บริหารแผนหรือเคยเป็นผู้บริหารแผน เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ส่วนตน หรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท หน้าที่เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการควบคุมมิให้ผู้บริหารแผนกระทำการอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท โดยหน้าที่ที่ต้องกระทำตามหลัก Fiduciary duties ในเรื่องนี้เกี่ยวกับการที่ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมต่อบริษัท

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ที่ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่ตนเองมีผลประโยชน์นั้น ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 191 ถึง 196 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทเท่านั้นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลที่ตนเองมีผลประโยชน์ต่อบริษัท โดยการทำธุรกรรมที่ตนมีผลประโยชน์นั้น จะไม่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเมื่อกรรมการได้เปิดเผยผลประโยชน์ส่วนตนที่มีนัยสำคัญที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทและได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตามการเปิดเผยแต่เฉพาะข้อมูลที่มีนัยสำคัญ โดยไม่มีการเปิดเผยในรายละเอียดนั้น อาจไม่เพียงพอ ดังนั้นกรรมการจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง เพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาว่าจะให้การอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าวหรือไม่

นอกจากนั้นใน Chapter 2E ของ Corporations Act 2001 ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทในบริษัทมหาชน และบุคคลหรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ (related party) บริษัทมหาชนเท่านั้น ไม่ใช่บังคับกับกรณีของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ Chapter 2E กำหนดขึ้นมาเพื่อปกป้องผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชน โดยการกำหนดให้ต้องมีการได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนที่บริษัทจะให้ผลประโยชน์ทางการเงินต่อกรรมการและบุคคลหรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ (related party) ดังกล่าว โดยบุคคลหรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ

⁵² Corporations Act 2001 section 183

(related party) อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือหน่วยธุรกิจไม่ว่าจะเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนก็ได้ นอกจากนั้นยังรวมถึงทรัสต์ของทรัสต์ด้วย นอกจากตัวกรรมการบริษัทมหาชนแล้ว ยังรวมถึงคู่สมรส บิดามารดา บุตร ของกรรมการบริษัทมหาชน หรือของกรรมการบริษัทของบริษัทที่มีอำนาจควบคุมบริษัทที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องด้วย⁵³

ข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือ การที่ Corporations Act 2001 ไม่ได้กำหนดให้ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ที่ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่ตนเองมีผลประโยชน์ และหน้าที่ตาม Chapter 2E ที่กล่าวถึงข้างต้น อาจเป็นเพราะว่า ตาม Corporations Act มาตรา 448C ได้กำหนดคุณสมบัติที่สำคัญของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการว่า จะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ ไม่เป็นพนักงาน เจ้าหน้าที่ หรือผู้สอบบัญชีของบริษัทลูกหนี้ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ รวมถึงต้องไม่เป็นบุคคลซึ่งมีความขัดกันผลประโยชน์ (Conflicts of Interest) ระหว่างผลประโยชน์ของตนเองและผลประโยชน์ของบริษัทลูกหนี้ด้วย ตาม Corporations Amendment (Insolvency) Act 2007 ยังเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัทก่อนที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน (administrator) และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนี้ ตาม Corporation Act 2001 มาตรา 436DA ซึ่งผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการต้องแสดงต่อเจ้าหน้าที่ ในเวลาที่เท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้ภายหลังจากที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้ง และในจดหมายนัดประชุมเจ้าหน้าที่ครั้งแรก โดยในการประชุมเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เจ้าหน้าที่อาจพิจารณาแล้วว่า จะถอดถอนผู้บริหารแผนหรือมีการตั้งผู้บริหารแผนใหม่หรือไม่

ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการนั้นจะอาจถูกกำหนดโดยการตกลงกันระหว่างผู้บริหารแผนกับคณะกรรมการเจ้าหนี้ (ถ้ามี) หรือโดยมติของที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือโดยศาลกรณีที่ไม่มีทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้น ในกรณีที่ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการนั้นจะอาจถูกกำหนดโดยการตกลงกันระหว่างผู้บริหารแผนกับคณะกรรมการเจ้าหนี้ (ถ้ามี) หรือโดยมติของที่ประชุมเจ้าหนี้ศาลอาจทำการตรวจสอบ ยืนยัน เพิ่ม หรือลดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนได้ นอกจากนั้นผู้บริหารแผนจะต้องจัดเตรียมรายงานที่สามารถแสดงให้เห็นถึงการประเมินค่าตอบแทนต่อเจ้าหนี้หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้ แม้ว่าค่าตอบแทนดังกล่าวจะอยู่ในจำนวนที่พอสมควรแก่เหตุแล้วก็ตาม⁵⁴

นอกจากการจัดเตรียมรายงานดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้บริหารแผนต้องแสดงข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาค่าตอบแทน ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าว เช่น คุณภาพและความยากของงาน

⁵³ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 325-326.

⁵⁴ Corporations Act 2001 section 449E

ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ของบริษัท เป็นต้น⁵⁵

(2) ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนฟื้นฟู ตามหลัก Fiduciary duties

1. ความรับผิดชอบทางแพ่ง

ผู้บริหารแผนที่กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง และตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต ดังที่กล่าวถึงข้างต้น ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 180 ถึง 183 อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่ง โดยศาลอาจสั่งให้ผู้บริหารแผนต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำของตนได้⁵⁶

2. ความรับผิดชอบทางอาญา

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการโดยขาดความระมัดระวัง ประมาทเลินเล่อ กระทำการด้วยเจตนาทุจริต และมีได้กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือมิได้กระทำการตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม หรือกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในเรื่องการใช้ตำแหน่งหน้าที่ (Use of position) หรือการใช้ข้อมูล (Use of Information) อาจต้องรับโทษทางอาญาด้วย⁵⁷

3.3.4 ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL

(1) หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

แม้ว่าข้อเสนอแนะของ UNCITRAL จะมีได้มีการกำหนดถึงหน้าที่ของผู้แทนล้มละลายตามหลัก Fiduciary duties ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการเสนอแนะว่า ผู้แทนในคดีล้มละลายควรต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสม มีความรู้ทางกฎหมายทั้งกฎหมายล้มละลาย กฎหมายทางการเงิน การเงิน และธุรกิจด้วย นอกจากนี้ต้องมีประสบการณ์ที่มากพอในเชิงพาณิชย์ทางการเงิน และการบัญชี

นอกเหนือจากการมีความรู้ และประสบการณ์ที่กำหนดแล้ว ผู้แทนในคดีล้มละลายควรต้องมีลักษณะเฉพาะตัวบางประการด้วย เช่น ความน่าเชื่อถือ ความเป็นกลาง ความเป็นอิสระ และทักษะในการบริหารจัดการที่ดี ความน่าเชื่อถือของผู้แทนในคดีล้มละลายอาจพิจารณาได้จากชื่อเสียง การไม่มีประวัติการทำผิดทางอาญา หรือด้านการเงิน หรือในบางมตรัฐอาจถึงกับกำหนดให้ต้องไม่มีประวัติการตกเป็นบุคคลล้มละลาย หรือไม่ถูกถอดถอนจากตำแหน่งบริหาร

⁵⁵ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 640.

⁵⁶ Corporations Act 2001 section 1317E

⁵⁷ Corporations Act 2001 section 184

ของหน่วยงานราชการ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วลักษณะดังกล่าวน่าจะเพียงพอที่จะเป็นเหตุในการตัดสิทธิผู้ที่ได้รับการพิจารณาแต่งตั้งเป็นผู้แทนในคดีล้มละลาย

ที่สำคัญความขัดแย้งทางผลประโยชน์เป็นองค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่ง ที่เป็นลักษณะเฉพาะตัวของผู้แทนในคดีล้มละลาย กล่าวคือ ผู้แทนในคดีล้มละลายจะต้องมีความเป็นอิสระจากผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องในการทำหน้าที่ ไม่ว่าจะในเชิงเศรษฐกิจ ความสัมพันธ์ฉันญาติมิตร หรือในลักษณะอื่นใด

ดังนั้นกฎหมายล้มละลายจึงควรจะกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลความขัดแย้งทางผลประโยชน์ทั้งที่มีอยู่ และที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตให้ผู้ที่ได้รับการเสนอแต่งตั้งเป็นผู้แทนในคดีล้มละลายเมื่อมีการเริ่มกระบวนการล้มละลาย และผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้แทนในคดีล้มละลายต้องปฏิบัติตามอย่างต่อเนื่องจนตลอดกระบวนการล้มละลาย และกฎหมายควรกำหนดด้วยว่าผู้แทนในคดีล้มละลายต้องเปิดเผยข้อมูลแก่ใคร โดยกรณีอาจแตกต่างกันตามขั้นตอนในการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลาย และสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์อาจแตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับ

ความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้นอาจเกิดจากความสัมพันธ์ในอดีตในลักษณะต่างๆ มากมายที่มีกับลูกหนี้ ความเป็นเจ้าของของลูกหนี้ในอดีต ความสัมพันธ์ทางธุรกิจในอดีต หรือในปัจจุบันกับลูกหนี้ รวมถึงการเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมที่ทำกับลูกหนี้ที่อาจต้องถูกตรวจสอบในกระบวนการล้มละลาย และการเป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ของลูกหนี้ จะเห็นได้ว่าความสัมพันธ์เหล่านี้อาจเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์เกิดขึ้นได้

ในบางมลรัฐที่ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ดังกล่าวจะตัดสิทธิในการได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้แทนในคดีล้มละลาย หรือทำให้ผู้ที่ได้รับเสนอแต่งตั้งหมดสิทธิในการทำหน้าที่ต่อไป ในมลรัฐอื่นๆ หรือบุคคลอื่นๆ อาจยังคงได้รับการแต่งตั้ง ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องมีการเปิดเผยความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยที่ข้อมูลที่เปิดเผยสามารถแสดงถึงความน่าเชื่อถือ และสามารถให้ประเมินความเป็นกลาง หรือการขาดความเป็นอิสระในสถานการณ์ที่มีการเปิดเผยได้ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส ความแน่นอน และความน่าเชื่อถือในกระบวนการล้มละลาย กฎหมายล้มละลายจึงควรกำหนดระดับของความสัมพันธ์ที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ รวมทั้งกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ที่จะทำให้บุคคลถูกตัดสิทธิในการได้รับการแต่งตั้ง

โดยทั่วไปแล้วศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่ามีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ หรือการขาดความเป็นอิสระเกิดขึ้นหรือไม่

ในส่วนของ การพิจารณาจำนวนค่าตอบแทนของผู้แทนในคดีล้มละลายนั้น นอกจากค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่เกิดขึ้นในการบริหารจัดการกองทรัพย์สินแล้ว ผู้แทนในคดีล้มละลายยังมีสิทธิ

ในการได้รับค่าตอบแทนในการทำหน้าที่เช่นกัน ค่าตอบแทนดังกล่าวควรมีความเหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับคุณสมบัติของผู้แทนในคดีล้มละลาย และหน้าที่การงานที่ต้องปฏิบัติ และควรมีความเหมาะสมกับระดับความเสี่ยง และผลตอบแทนที่ได้รับ เพื่อเป็นการจูงใจแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีคุณสมบัติเหมาะสม

วิธีการในการคำนวณค่าตอบแทนมีหลายวิธี โดยอาจกำหนดโดยอิงกับระดับค่าธรรมเนียมที่ได้รับอนุมัติล่วงหน้าที่กำหนดโดยหน่วยงานราชการ หรือสมาคมทางวิชาชีพ กำหนดโดยการพิจารณาขององค์กรฝ่ายเจ้าหนี้ ศาล หรือองค์กรบริหารอื่นๆ หรือคณะกรรมการที่มีหน้าที่เฉพาะ กำหนดโดยพิจารณาจากเวลาตามสมควรที่ผู้แทนในคดีล้มละลาย ที่ใช้ไปในการบริหารจัดการกองทรัพย์สิน หรืออาจกำหนดให้ขึ้นอยู่กับอัตราร้อยละของสัดส่วนสินทรัพย์ของกองทุนที่มีการรับรู้ หรือที่มีการจัดสรร หรือทั้งสองกรณี โดยคำนวณ ณ เวลาที่สิ้นสุดกระบวนการเมื่อสินทรัพย์ถูกจำหน่าย และมีการกำหนดมูลค่าแล้ว กรณีนี้อาจมีการกำหนดเป็นอัตราร้อยละที่แน่นอน และรวมถึงมีข้อกำหนดในการปรับเพิ่มหรือลดเป็นกรณีๆ ไป

ในบางมลรัฐ บรรดาเจ้าหนี้ หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้ อาจต้องเข้าไปมีบทบาทในการกำหนด หรืออนุมัติค่าตอบแทน โดยคำนึงถึงองค์ประกอบต่างๆ เช่น ความยุ่งยากซับซ้อนของคดี ลักษณะโดยทั่วไป และระดับของความรับผิดชอบของผู้แทนในคดีล้มละลาย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะค่าตอบแทนของผู้แทนในคดีล้มละลายจะถูกกำหนดขึ้นอย่างไร อาจมีกรณีที่มีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องมีการทบทวนขั้นตอนในการพิจารณาถึงความไม่พึงพอใจของทั้งผู้แทนในคดีล้มละลายเอง หรือตัวลูกหนี้

ในกรณีที่ค่าตอบแทนถูกกำหนดโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ ศาลจะมีอำนาจในการทบทวนจำนวนค่าตอบแทนที่กำหนดในคำร้องของผู้แทนในคดีล้มละลาย อัตราร้อยละของค่าตอบแทน หรือจำนวนเจ้าหนี้ แต่ในกรณีที่ค่าธรรมเนียมถูกกำหนดโดยศาลในเบื้องต้นจะมีแนวทางที่ต่างกัน โดยกฎหมายบางแห่งอนุญาตให้ผู้แทนในคดีล้มละลายยื่นอุทธรณ์ต่อคำสั่งดังกล่าวได้ ในขณะที่บางแห่งไม่อนุญาต บางแห่งอาจกำหนดว่าลูกหนี้ไม่อาจยื่นคำร้องขอให้มีการทบทวนด้วยซ้ำ ในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายถูกกำหนดให้ต้องเป็นสมาชิกขององค์กรทางวิชาชีพ หรือได้รับอนุญาต องค์กรทางวิชาชีพหรือหน่วยงานผู้ให้การอนุญาตอาจต้องมีอำนาจในการทบทวนค่าธรรมเนียมที่บรรดาสมาชิกของตนกำหนดขึ้น และอาจกำหนดให้มีกลไกในการระงับข้อพิพาทอย่างไม่เป็นทางการขึ้นด้วย

(2) ความรับผิดชอบของผู้แทนในคดีล้มละลายตามหลัก Fiduciary duties

กรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนภายใต้กฎหมายล้มละลาย การขาดความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่หรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การไม่เปิดเผยความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การกระทำการอันผิดกฎหมาย หรือด้วยเหตุอื่น ๆ ที่ไม่ร้ายแรงเท่าเหตุข้างต้น ศาลอาจถอดถอนผู้แทนในคดีล้มละลายไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลสั่งการเอง หรือมีคำสั่งตามคำร้องของผู้มีส่วนได้เสีย หรือการตัดสินใจโดยสมควรตามเสียงข้างมากของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน และในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์การทางวิชาชีพหรือหน่วยงานกำกับดูแล อาจถูกถอดถอนโดยผลของการสอบสวน ซึ่งอาจยังส่งผลให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือการอนุญาตอีกด้วย

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะนำเอาแนวทางใดมาใช้ เนื่องจากการถอดถอนจัดว่าเป็นมาตรการตอบโต้ผู้แทนในคดีล้มละลาย จึงเป็นการสมควรที่ผู้แทนในคดีล้มละลายจะมีสิทธิในการรับรู้และต่อสู้ข้อกล่าวหาที่มีต่อตน⁵⁸

⁵⁸แนวทางกรร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ = (UNCITRAL), หน้า 187-192.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหา หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ภายใต้หลัก

Fiduciary duties ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นเมื่อบริษัทเกิดจากการระดมทุนจากประชาชนหรือบุคคลภายนอกเข้ามา เจ้าของเงินหรือผู้ถือหุ้นจะมีผู้ที่ทำหน้าที่บริหารกิจการโดยตรง แต่จะมีการตั้ง “กรรมการ” บริษัทเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้แทนในการบริหารกิจการของบริษัท

แต่เมื่อบริษัทประสบปัญหาทางการเงิน ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ หรือมีทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ จนกระทั่งการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ส่งผลให้อำนาจหน้าที่ในการบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของผู้บริหารลูกหนี้หรือกรรมการบริษัทสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล โดยบุคคลที่มีอำนาจจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้วก็คือ “ผู้บริหารแผน”

จะเห็นได้ว่า แม้ว่า ทั้ง “กรรมการ” และ “ผู้บริหารแผน” ต่างก็เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciaries) ให้เป็นผู้ที่มีอำนาจในการบริหารและจัดการทรัพย์สินของบริษัท ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลัก Fiduciary duties เหมือนกัน แต่เนื่องจากความแตกต่างกันของผู้รับประโยชน์ (beneficiaries) กล่าวคือ “กรรมการ” ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้น ส่วน “ผู้บริหารแผน” ต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเจ้าหนี้

ประกอบกับการสรรหาและแต่งตั้งกรรมการบริษัทนั้นเอื้อให้ผู้ถือหุ้นสามารถเสนอและเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสม นำไว้วางใจมาดำรงตำแหน่งกรรมการได้ และมีส่วนของกรรมการอิสระ ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุล และมีความเป็นอิสระจากผู้บริหารและผู้ถือหุ้นใหญ่ จึงทำให้ได้กรรมการที่มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

แต่ในกรณีของผู้บริหารแผนนั้นเปิดช่องให้เจ้าหนี้โดยที่ประชุมเจ้าหนี้เป็นผู้เลือกสรร เพราะจะต้องมีการระบุดำเนินการผู้บริหารแผนไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ และแผนฟื้นฟูกิจการนั้นจะต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล ส่งผลให้ผู้บริหารแผนไม่มีความเป็นอิสระที่แท้จริง แม้ว่าจะมีการกำหนดคุณสมบัติและการขึ้นทะเบียนผู้บริหารแผนไว้ในกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ. 2545 แต่กฎกระทรวงดังกล่าวก็มีได้ระบุว่าผู้บริหารแผนจะต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระอย่างชัดเจน ประกอบกับกฎกระทรวงดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับผู้บริหารลูกหนี้ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารแผนด้วย

นอกจากนั้นพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ จะใช้กับบริษัทที่มีได้ ประสบปัญหาทางการเงิน โดยจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์การนำหุ้นสามัญเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จะมีการพิจารณาทั้งจากคุณสมบัติของหุ้นสามัญและคุณสมบัติของบริษัทที่ยื่นคำขอ ซึ่งในการพิจารณาจะดูจากผลการดำเนินงานของบริษัทด้วย กล่าวคือ มีกำไรสุทธิในระยะเวลา 2 ปี หรือ 3 ปี ล่าสุดก่อน ยื่นคำขอรวมกันมากกว่าหรือเท่ากับ 50 ล้านบาท โดยในปีล่าสุดก่อนยื่นคำขอ มีกำไรสุทธิมากกว่าหรือเท่ากับ 30 ล้านบาท และมีกำไรสุทธิในงวดสะสมก่อนยื่นคำขอ หรือมี Market Capital มากกว่า 5,000 ล้านบาท และมีผลการดำเนินงานต่อเนื่องมากกว่าหรือเท่ากับ 3 ปี โดยอยู่ภายใต้การจัดการของผู้บริหาร ส่วนใหญ่ชุดเดียวกันมากกว่าหรือเท่ากับ 1 ปี ก่อนการยื่นคำขอ เพื่อให้ผลการดำเนินงาน ที่ปรากฏสามารถสะท้อนให้เห็นถึงความสามารถในการบริหารงานของผู้บริหารชุดดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่จะเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้ จะต้องเป็นบริษัทที่มีผลประกอบการที่ดี ไม่ประสบปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งแตกต่างจากการที่บริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 นั้นลูกหนี้จะต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือ มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน และเป็นหนี้เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกัน เป็นจำนวนแน่นอนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท และมีเหตุสมควร และช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการ¹

จากความแตกต่างกันของแนวคิดที่กล่าวข้างต้นทั้งหมด การที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มเติม มาตรา 89/22 โดยให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึง มาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลาย นั้น จึงไม่สามารถอนุโลมใช้ได้ทุกกรณี ประกอบกับการที่ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลัก Fiduciary duties ของบริษัทจดทะเบียนที่อยู่ระหว่างการฟื้นฟูกิจการให้มีความชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในขอบเขตการอนุโลมใช้ และการตีความกฎหมาย อันเป็นปัญหาในทางปฏิบัติได้

โดยแนวทางในการอนุโลมใช้นั้น เนื่องจากกฎหมายล้มละลายเป็นบทกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับกับบริษัทที่ประสบปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัวเท่านั้น แต่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ

¹ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, หลักเกณฑ์การนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ [ออนไลน์], 5 กันยายน 2556. แหล่งที่มา www.set.or.th/th/products/listing/criteria_p1.html

ตลาดหลักทรัพย์ถือได้ว่าเป็นบทกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับบริษัทจดทะเบียนทุกบริษัท เมื่อนำมาอนุโลมใช้ จึงเป็นไปตามหลักการที่ว่า “กฎหมายพิเศษมาก่อนกฎหมายทั่วไป”²

ดังนั้นในการอนุโลมใช้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึง มาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับผู้บริหารแผน จึงต้องมีความสอดคล้องกับแนวคิดตามกฎหมายล้มละลายในเรื่อง บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 กำหนดไว้ด้วย

4.1 ปัญหาการอนุโลมใช้หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

โดยที่ ผู้บริหารแผนเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินและกิจการของบริษัท เช่นเดียวกับกรรมการและผู้บริหารของบริษัท ดังนั้นจึงควรต้องนำหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties มาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนด้วย อย่างไรก็ตามการอนุโลมใช้มีประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

4.1.1 ปัญหาในเรื่องขอบเขตการใช้บังคับโดยอนุโลม ในการพิจารณามาตรฐานระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก และมาตรา 89/9

(1) การพิจารณามาตรฐานระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังกรรมการและผู้บริหาร ต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน”

ในกรณีของกรรมการบริษัท การที่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ใช้คำว่า “กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำ ” แสดงให้เห็นว่า กรรมการต้องบริหารงานและใช้ความระมัดระวังอย่างนักธุรกิจที่ประกอบธุรกิจในลักษณะเดียวกัน และเนื่องจากกรรมการบริษัทปฏิบัติงานเป็นคณะจึงมีตำแหน่งและหน้าที่ความรับผิดชอบ ความรู้ความสามารถประสบการณ์ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ตามมาตรา 89/9 จึงต้องกำหนดให้การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังต้องคำนึงถึงตำแหน่ง ขอบเขตความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละคน และคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งด้วย ส่งผลให้กรรมการแต่ละคนในบริษัทเดียวกันอาจมีความรับผิดชอบที่แตกต่างกัน

² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 129.

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และเหมาะสมกับการนำมาพิจารณามาตรฐานระดับความระมัดระวังของ กรรมการบริษัท แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ในเรื่องการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน

ตัวอย่างเช่น บริษัท A ประกอบกิจการนำเข้าและส่งออกเคมีเกษตร ประสบปัญหา การมีหนี้สินล้นพ้นตัวจนต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย โดยเจ้าหนี้รายใหญ่เป็นเจ้าหนี้ ต่างประเทศ และสาเหตุที่ทำให้บริษัท A ประสบกับปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัว ก็คือ ความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา และผู้บริหารของบริษัท A ก็มีได้มีมาตรการหรือการกระทำใดที่จะรองรับ ความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราที่จะเกิดขึ้น

โดยในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการของบริษัท A ศาลได้แต่งตั้งให้ บริษัท B เป็นผู้บริหารแผน โดยบริษัท B เป็นบริษัทต่างประเทศ ที่รับจัดการบริหารทรัพย์สินของผู้อื่น และเป็นที่ปรึกษาทางการเงิน และบริษัทที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลว่ามีความชำนาญในด้านการเงิน

ภายหลังจากที่บริษัท B เข้าบริหารจัดการกิจการของบริษัท A บริษัท B ได้ทำการสั่งซื้อสินค้าจากต่างประเทศ เป็นจำนวนมากกว่าสภาพคล่องทางการเงินของบริษัท A จนทำให้บริษัท A ต้องผิขุดตกลงในการซื้อขาย และเสียดำปรับเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะเป็นการรองรับกับความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ทำให้บริษัท A เสียหายอย่างมาก

หรือ จากตัวอย่างข้างต้น ในกรณีศาลได้แต่งตั้งให้ผู้บริหารลูกหนี้เดิม คือ บริษัท A เป็นผู้บริหารแผน และผู้บริหารลูกหนี้ซึ่งมีฐานะเป็นผู้บริหารแผน ได้ทำการสั่งซื้อสินค้าจากต่างประเทศ เป็นจำนวนมากกว่าสภาพคล่องทางการเงินของบริษัท A จนทำให้บริษัท A ต้องผิขุดตกลงในการซื้อขาย และเสียดำปรับเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะเป็นการรองรับกับความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา ทำให้บริษัท A เสียหายอย่างมาก

ตามตัวอย่างดังกล่าวทั้งสองกรณี หากมีการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก จะต้องนำมาตรฐานของ “กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำ” เมื่อพิจารณาระดับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง เท้ากับกรรมการบริษัทแล้ว อาจถือได้ว่า บริษัท B และผู้บริหารลูกหนี้เดิมของบริษัท A ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังแล้ว อันทำให้บริษัท B และผู้บริหารลูกหนี้เดิมของบริษัท A ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น และการกระทำดังกล่าวส่งผลให้บริษัทลูกหนี้ได้รับความเสียหายด้วย

กรณีดังกล่าว แตกต่างกับคำพิพากษาของศาลในคดี Ford Motor Credit Company โจทก์ กับ Robert L. Weaver, John C. Weaver and Sons and Weaver Farms จำกัด

โดยศาลคดีนี้ได้แต่งตั้งให้ Robert L. Weaver เป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) โดย FMCC เป็นเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งมีส่วนได้เสียในหลักประกันในรถแทรกเตอร์ โดยคำร้องระบุที่อยู่ของ FMCC เป็น P.O. Box 219, Cleveland, Mississippi ซึ่งโดยแท้จริงแล้วเป็นที่อยู่ของ CFT โดยที่อยู่ของ FMCC ที่ถูกต้องคือ P.O. Box 4685, Greenville, Mississippi. ส่งผลให้ศาลส่งหนังสือบอกกล่าวแก่ FMCC ผิดทำให้ FMCC ได้รับความเสียหาย โดย FMCC ได้ฟ้องให้ Robert L. Weaver ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) รับผิดชอบจากการโดยจงใจ หรือฝ่าฝืนหน้าที่ ตามหลัก fiduciary duties โดยการขาดความรอบคอบระมัดระวังในการทำหน้าที่เป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องทรัพย์สินของ Weaver Farm ศาลตัดสินว่า เมื่อลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่เช่นเดียวกับทรัสตี โดยเฉพาะการมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องทรัพย์สินที่ตนครอบครองอยู่เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ เมื่อทรัสตีต้องรับผิดชอบจากการโดยจงใจ หรือฝ่าฝืนหน้าที่ ตามหลัก fiduciary duties โดยการขาดความรอบคอบระมัดระวังในการทำหน้าที่ หลักการดังกล่าวก็ควรที่จะต้องบังคับใช้กับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการด้วย

ประเด็นดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ. 2545 มีการกำหนดให้ผู้บริหารแผนที่เป็นบุคคลภายนอก ซึ่งไม่ใช่ลูกหนี้หรือผู้บริหารลูกหนี้ที่ได้รับแต่งตั้งจากศาลให้เป็นผู้บริหารแผน มีคุณสมบัติของผู้บริหารแผน คือ ในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลธรรมดา และคณะบุคคล ซึ่งบุคคลธรรมดาและบุคคลทุกคนในคณะบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติในเรื่องการศึกษาที่ต้องสำเร็จการศึกษาอย่างน้อยระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่าและมีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ในการบริหารธุรกิจไม่น้อยกว่าสามปี ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการ เห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ³

ส่วนกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคลจะต้องมีคุณสมบัติ คือ มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาทางด้านการบริหารงาน หรือการประกอบธุรกิจรับจัดการและทรัพย์สินของผู้อื่น และมีสายงานที่รับผิดชอบงานด้านการบริหารธุรกิจและจะต้องมีผู้ปฏิบัติงานเต็มเวลาไม่น้อยกว่าสามคนซึ่งเป็นคนสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และผู้ปฏิบัติงานดังกล่าวทั้งหมดจะต้องมีความรู้อย่างน้อยระดับปริญญาตรี โดยมีประสบการณ์ในการทำงานตาม เป็นที่

³กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ข้อที่ 15

ปริญญาทางด้านการบริหารงานไม่น้อยกว่าสามปี และอย่างน้อยหนึ่งคนจะต้องมีความรู้ทางการบริหารธุรกิจ

ประกอบกับตามกฎหมายล้มละลายกำหนดว่า ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่จะต้องบริหารงานตามความสามารถของบุคคลอันประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำ⁴

ดังนั้น ในการอนุโลมใช้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าในการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนควรต้องมีระดับความระมัดระวังที่เท่ากันหรือควรจะต้องสูงกว่าเมื่อเทียบกับกรรมการบริษัท

โดยที่ ระดับของความระมัดระวังนั้น ตามหลักกฎหมายในเรื่องการรับฝากทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659 ได้มีการกำหนดมาตรฐานระดับความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์ไว้ 3 ระดับ คือ

1) ระดับความระมัดระวังเสมือนเป็นกิจการของตัวเอง กรณีนี้เป็นการรับฝากทรัพย์โดยไม่มีบำเหน็จ ผู้รับฝากทรัพย์มีมาตรฐานความระมัดระวังเหมือนเช่นเคยปฏิบัติในกิจการของตนเอง กล่าวคือ การใช้ความระมัดระวังเสมือนเป็นกิจการของตัวเอง

2) ระดับความระมัดระวังเสมือนวิญญูชนจะพึงปฏิบัติโดยพฤติการณ์ กรณีนี้เป็นการรับฝากทรัพย์โดยมีบำเหน็จ โดยระดับความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์จะสูงขึ้นถึงระดับวิญญูชนที่พึงปฏิบัติในพฤติการณ์เช่นนั้น รวมทั้งใช้ฝีมือพิเศษเฉพาะที่จะพึงใช้ฝือนั้น

3) ระดับความระมัดระวังเสมือนผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือ เป็นการใช้กับการรับฝากทรัพย์ที่ผู้รับฝากทรัพย์มีวิชาชีพเฉพาะ อันเป็นระดับความระมัดระวังที่สูงที่สุด

ซึ่งจะเห็นได้ว่าระดับความระมัดระวังเสมือนผู้มีวิชาชีพ จะมีระดับของความระมัดระวังที่สูงกว่าระดับความระมัดระวังเสมือนวิญญูชน

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของต่างประเทศในเรื่อง การพิจารณาระดับมาตรฐานความระมัดระวัง ในเรื่อง “ กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการเช่นนั้นจะพึงกระทำ ” ของผู้บริหารแผนอาจสรุปได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่ากรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) มีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ใน 2 กรณี คือ 1) มาตรฐานความไว้วางใจของ

⁴กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ข้อที่ 16

เจ้าหน้าที่บริษัท กล่าวคือ มีระดับความระมัดระวังเช่นเดียวกับกรรมการบริษัทในสถานการณ์ปกติ และ 2) มาตรฐานความไว้วางใจในมาตรฐานของทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The common law trustee standard) เป็นมาตรฐานอีกระดับหนึ่งที่เพิ่มเติมขึ้นจากหน้าที่ของลูกหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และถือว่าเข้มงวดยิ่งกว่ามาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัทที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ในมาตรฐานของกรรมการ หรือพนักงานบริษัท โดยเฉพาะจะต้องมีหน้าที่ที่เข้มงวดในเรื่องของซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่แห่งความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้น ส่วนมาตรฐานหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ กรณีทรัสต์มีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ ตามที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The common law trustee standard) กำหนดไว้ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น⁵

อย่างไรก็ตาม ในระยะหลัง ได้มีคำวินิจฉัยให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีมาตรฐานเช่นเดียวกันกับทรัสต์ อันถือว่าเป็นมาตรฐานที่เข้มงวดมากขึ้น ตามคำพิพากษาในคดี Ford Motor Credit, 680 F.2d at 461-63

ประเทศอังกฤษ แม้จะมีการนำหน้าที่ของกรรมการบริษัทตาม Company Act 2006 มาตรา 174 มาเทียบเคียงกับผู้บริหารแผน โดยผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและทักษะตามสมควร โดยความหมายของคำว่าความระมัดระวัง และทักษะความชำนาญ นั้นจะต้องเป็นไปตามวิญญูชนซึ่งมีความรู้ ทักษะความชำนาญ และประสบการณ์โดยทั่วไป ในการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับผู้บริหารแผน ก็ตาม แต่โดยที่กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ จะต้องเป็นบุคคลที่เป็นปัจเจกบุคคล (individual) และได้รับมอบอำนาจให้เป็น insolvency practitioner โดยต้องอยู่ภายใต้ Insolvency Practitioner Rule 1986 ภายใต้การควบคุมของ Secretary of State ซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่มีความซื่อสัตย์สุจริต มีคุณสมบัติของผู้มีวิชาชีพในองค์กรวิชาชีพซึ่งในประเทศอังกฤษ⁶

แสดงให้เห็นว่า ผู้บริหารแผนในประเทศอังกฤษเมื่อนำวิญญูชนมาเทียบเคียง จะต้องนำบุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพเดียวกันกับผู้บริหารแผนมาเทียบเคียง มิได้ใช้การเทียบเคียงกับกรณีของกรรมการบริษัททั่วไป ดังนั้นผู้บริหารแผนในประเทศอังกฤษจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพ

ประเทศออสเตรเลีย มีการกำหนดว่าผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ของตนเองในระดับของความระมัดระวังที่เป็นไปตามมาตรฐานของวิญญูชน

⁵คาร์นิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 47-48.

⁶Hamish Anderson, *Administrators: part II of the Insolvency Act 1986*, pp. 68-70.

(reasonable person) ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในบริษัทหรือมีความรับผิดชอบอยู่ในบริษัทเหมือนกันกับผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการในสถานการณ์ที่บริษัทตกอยู่ในสถานะเดียวกัน

แต่โดยที่โดยบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน จะต้องมีความคุณสมบัติเป็นผู้ชำระบัญชี (liquidator) ที่ได้รับการขึ้นทะเบียน กล่าวคือ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตหรือ ประกาศนียบัตรจากมหาวิทยาลัยหรือสถาบันที่กำหนดไว้ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้รับการรับรองจาก Australian Securities and Investments Commission (ASIC) โดยต้องศึกษาในหลักสูตรการบัญชีไม่น้อยกว่า 3 ปี และในกฎหมายพาณิชย์รวมถึงกฎหมายบริษัทไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือเป็นผู้ที่ ASIC เห็นว่ามีประสบการณ์เทียบเท่ากับบุคคลที่จบการศึกษาข้างต้น และที่สำคัญผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้⁷

ดังนั้น ผู้บริหารแผนในประเทศออสเตรเลียเมื่อนำวิญญูชนมาเทียบเคียง จะต้องนำบุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพเดียวกันกับผู้บริหารแผนมาเทียบเคียง มิได้ใช้การเทียบเคียงกับกรณีของกรรมการบริษัททั่วไป แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนในประเทศออสเตรเลียจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพ

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับการที่กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติทั้งทางด้านการศึกษาและประสบการณ์อย่างชัดเจน และกฎหมายล้มละลายที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่จะต้องบริหารงานตามความสามารถของบุคคลอันประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำ แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนที่มีชื่อผู้บริหารลูกหนี้เดิม จะต้องมีความระมัดระวังเทียบเท่ากับผู้มีวิชาชีพ

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าในการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 ในเรื่องพิจารณามาตรฐานระดับของความระมัดระวังของผู้บริหารแผน ควรต้องพิจารณามาตรฐานระดับของความระมัดระวังของผู้บริหารแผนในระดับของ “ผู้ประกอบวิชาชีพ” กล่าวคือ ผู้บริหารแผนไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้บริหารลูกหนี้เดิม หรือบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติตามที่กฎกระทรวงกำหนด จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่ากรรมการในกรณีปกติ

จากตัวอย่างข้างต้น ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังของบริษัท B และผู้บริหารเดิมของ บริษัท A เมื่อพิจารณาในฐานะผู้มีวิชาชีพแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวัง อันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties

⁷ Corporations Act 2001 section 1282(2)

(2) ปัจจัยในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวังของผู้บริหารแผน
มาตรา 89/9

(1) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 บัญญัติไว้
ว่า “ในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและ
ความระมัดระวังหรือไม่ ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

- 1) ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
- 2) ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่
กำหนดโดยกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
- 3) คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการ
แต่งตั้ง”

ปัจจัยในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวังของผู้บริหารแผนถูก
กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 ซึ่งเมื่อนำมาอนุโลมใช้
กับกรณีของผู้บริหารแผนนั้น มีข้อสังเกตที่ต้องมีการพิจารณาเพิ่มเติมเฉพาะในกรณีของผู้บริหาร
แผนว่านอกจากปัจจัยในเรื่อง ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผนขอบเขตความรับผิดชอบ
คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผนแล้ว
ควรต้องคำนึงถึงปัจจัยในเรื่องอื่นด้วยหรือไม่ อย่างไร

ประเด็นปัญหาในเรื่องปัจจัยในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวัง
นั้น พิจารณาจากตัวอย่างกรณีของ คดีหมายเลขแดงที่ พ.8/2543 บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัล
ไทย จำกัด (มหาชน) ลูกหนี้กับ บริษัท เอ็กเฟคทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด หรือ อีพีแอล

คดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า มีเหตุอื่นที่ไม่สมควรให้บริษัท เอ็กเฟคทีฟ
แพลนเนอร์ส จำกัด หรือ อีพีแอล เป็นผู้บริหารแผนต่อไปหรือไม่ โดยได้มีการกล่าวอ้างว่า
ตามแผนกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องจำหน่ายทรัพย์สินที่มีใช้ทรัพย์สินหลักและนำเงินประมาณ
200 ล้านบาทหรือสหรัฐ มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2544 แต่ผู้บริหารแผนไม่
สามารถขายได้ภายในกำหนด ผู้บริหารแผนไม่มีความชำนาญในการบริหารกิจการและทรัพย์สิน
ของลูกหนี้ เป็นเหตุให้ขาดทุนมากขึ้น ผลประกอบการของลูกหนี้ก่อนหักดอกเบี้ยภาษีและค่าเสื่อม
ราคาหรือ EBITDA ต่ำลงกว่าที่ประมาณการในแผน ผู้บริหารแผนผลิตน้ำมันไม่ได้ตามแผน โดยลด
กำลังการผลิตต่ำกว่า 125,000 บาร์เรลต่อวัน ซึ่งเป็นปริมาณที่เหมาะสมตามประมาณการในแผน
ทำให้ลูกหนี้ไม่มีรายได้เพียงพอต่อการชำระหนี้ตามแผน และผู้บริหารแผนเบิกค่าใช้จ่ายเป็นจำนวน
สูงเกินควรอันไม่จำเป็นต่อการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้

ทางผู้บริหารแผน หรือ อีพีแอล ได้กล่าวอ้างว่าการที่ผู้บริหารแผนไม่สามารถบริหารกิจการลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนได้นั้น เนื่องจากความถดถอยทางด้านอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลกอันเกิดจากเหตุวินาศกรรมที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นปัจจัยให้ผลประกอบการของลูกหนี้ไม่เป็นไปตามแผน

ในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่า เหตุการณ์ดังกล่าวมีผลกระทบต่อประเทศไทยไม่มากนักและไม่ถึงกำหนดให้ความต้องการน้ำมันและผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมน้อยลง จึงอยู่การผลิตในแต่ละวันจะต้องมีการวางแผนการผลิตที่มีประสิทธิภาพอันเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญ แต่ที่สำคัญเมื่อเฉลี่ยในแต่ละวันแล้วก็ไม่ควรผลิตต่ำกว่าประมาณการในแผน เป็นหน้าที่ของผู้บริหารแผนจะต้องหาทางให้ได้มาซึ่งเงินทุนหมุนเวียนอย่างเพียงพอ มิใช่แก้ตัวว่าเกิดจากภาวะปัจจัยต่างๆ ซึ่งน่าจะมิใช่สาเหตุที่แท้จริง

นอกจากนั้น ผู้บริหารแผนได้อ้างว่า ผู้บริหารแผนได้พยายามกู้เงินจากเจ้าหนี้อื่นนอกจากคณะกรรมการเจ้าหนี้ แต่ไม่มีผู้ใดให้กู้เพราะสถาบันการเงินเหล่านั้นไม่เชื่อถือในสถานะการเงินของลูกหนี้ ปัจจัยในความไม่แน่นอนในอนาคตของลูกหนี้ ผลของการที่ลูกหนี้ฟ้องผู้บริหารแผนเป็นคดีในศาลและการที่ลูกหนี้ขัดขวางการดำเนินการตามแผนของผู้บริหารแผน กล่าวคือ การดำเนินงานตามแผนงาน ถูกขัดขวางโดยผู้บริหารชุดเดิม จะสังเกตได้จาก การที่อดีตผู้บริหารได้ฟ้องร้อง ผู้บริหาร และพนักงานของผู้บริหารแผนถึง 35 คดี ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้บริหารแผนไม่สามารถดำเนินการตามแผน เป็นเหตุให้บริษัทลูกหนี้ขาดทุนมากขึ้น

ในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่า แม้ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่ศักยภาพของลูกหนี้ที่มีกระบวนการผลิตและจำหน่ายที่มีประสิทธิภาพ ยังสามารถที่จะดำเนินธุรกิจต่อไปได้ หากผู้บริหารแผนจะใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการขอรหัสคดเงินกู้จากบรรดาเจ้าหนี้ที่เข้าร่วมแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงินซึ่งเข้าเป็นผู้ถือหุ้นส่วนทุนของลูกหนี้ถึงร้อยละ 75 อยู่แล้ว ก็น่าจะมีการให้กู้เงินเต็มวงเงินได้ ส่วนการที่นายประชัย ผู้บริหารลูกหนี้ ดำเนินคดีต่อผู้บริหารแผนหลายคดีมีผลต่อภาพพจน์ของลูกหนี้ นั้น หากผู้บริหารแผนมีการประชาสัมพันธ์ที่ดี รวมทั้งปรับปรุงผลประกอบการทำให้ EBITDA สูงขึ้นให้อยู่ในระดับเป็นที่น่าพอใจของสถาบันการเงิน ก็น่าจะได้รับการสนับสนุนให้กู้ยืมได้บ้าง

อย่างไรก็ตาม ปรากฏชัดว่ามีความขัดแย้งอย่างสูงระหว่างผู้บริหารของลูกหนี้กับคณะกรรมการเจ้าหนี้ซึ่งมีจำนวนหนึ่งส่วนใหญ่ การที่ที่ประชุมเจ้าหนี้จะมีมติเลือกผู้บริหารแผนคนใหม่แต่หากไม่เป็นที่ยอมรับของลูกหนี้แล้ว โอกาสที่ลูกหนี้จะฟื้นฟูกิจการได้เป็นผลสำเร็จอาจเกิดขึ้นได้ยาก ที่ประชุมเจ้าหนี้จึงควรมีมติตั้งผู้บริหารแผนคนใหม่จากผู้ที่ได้รับการยอมรับของลูกหนี้ด้วย

จึงมีคำสั่งให้ บริษัท เอ็กเฟ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด พ้นจากตำแหน่งผู้บริหารแผน ให้แต่งตั้งลูกหนี้และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้บริหารแผนชั่วคราว จนกว่าจะตั้งผู้บริหารแผน คนใหม่⁸

จะเห็นได้ว่า เมื่อนำ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 มาอนุโลมใช้กับกรณีของ บริษัท เอ็กเฟ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด ที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ เป็นไปตามแผนได้ กล่าวคือ ตามแผนกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องจำหน่ายทรัพย์สินที่มีใช้ ทรัพย์สินหลักและนำเงินประมาณ 200 ล้านบาทหรือสหรัฐ มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2544 แต่ผู้บริหารแผนไม่สามารถขายได้ภายในกำหนด เป็นเหตุให้ขาดทุนมากขึ้น การ กระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่นั้น

หากการอนุโลมใช้ศาลพิจารณาเพียงแก่ ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผน ขอบเขตความรับผิดชอบ คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ วัตถุประสงค์ของการ แต่งตั้งผู้บริหารแผนแล้ว การที่อีพีแอลจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทที่พีไอแล้วขาดทุนนั้น อาจแสดงให้เห็นว่า อีพีแอล ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง อัน ทำให้ผู้บริหารลูกหนี้มีคำร้องขอถอดถอนผู้บริหารแผน และเมื่อศาลเห็นว่าผู้บริหารแผนฝ่าฝืนการ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง ก็อาจส่งผลให้มีการเปลี่ยนตัวผู้บริหารแผน อันทำให้การดำเนินการตามแผนเกิดความล่าช้า และนำไปสู่การล้มละลายได้

ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการของประเทศออสเตรเลีย ที่กล่าวว่า มาตรฐาน ของความระมัดระวังซึ่งเทียบจากวิญญูชน (reasonable person) ที่จะใช้ในแต่ละกรณีนั้น จะขึ้นอยู่กับ “สถานการณ์ของบริษัท” โดยจะพิจารณาจากความรุนแรงของสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ความ ร้ายแรงของความเสียหายที่เป็นผลจากสถานการณ์ที่มีความรุนแรงนั้น ค่าใช้จ่าย ความยากและความ ไม่สะดวกในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น⁹

ในกรณีดังกล่าวหากศาลพิจารณาประกอบกับหลักการของประเทศออสเตรเลีย พิจารณาจากความรุนแรงของสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ความร้ายแรงของความเสียหายที่เป็นผลจาก สถานการณ์ที่มีความรุนแรงนั้น ค่าใช้จ่าย ความยากและความไม่สะดวกในการจะกระทำการ บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่า ในการบริหารจัดการกิจการและการดำเนินการให้ เป็นไปตามแผนของ บริษัท เอ็กเฟ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด มีความยากและไม่สะดวกในการ

⁸พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล, การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยศาล ล้มละลายกลาง, หน้า 163-174.

⁹H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay, Ford's principles of corporations law, 11 th ed, p. 355.

คำเนินการ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นความถดถอยทางด้านอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลกอันเกิดจากเหตุวินาศกรรมที่ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการที่ลูกหนี้ฟ้องผู้บริหารแผนเป็นคดีในศาลและการที่ลูกหนี้ขัดขวางการดำเนินการตามแผนของผู้บริหารแผน โดยการฟ้องร้องผู้บริหาร และพนักงานของผู้บริหารแผนถึง 35 คดี ดังนั้น อาจถือได้ว่าบริษัท เอ็กเพ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 แล้ว

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าปัจจัยที่ต้องมีการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังของผู้บริหารแผนนั้นควรต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่าย ความยากและความไม่สะดวกในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ตามหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลีย

(3) ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน

ในเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนนั้น ตามข้อเสนอแนะของ UNCITRAL กล่าวไว้ว่าค่าตอบแทนควรมีความเหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับคุณสมบัติของผู้แทนในคดีล้มละลาย และหน้าที่การงานที่ต้องปฏิบัติ และควรมีความเหมาะสมกับระดับความเสี่ยง และผลตอบแทนที่ได้รับ เพื่อเป็นการจูงใจแก่ผู้ประกอบวิชาชีพที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ดังนั้น ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนจึงถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวังด้วย

อย่างไรก็ตามพบว่ามีการโต้แย้งในเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน คือ คำสั่งศาลล้มละลายกลาง ตอนที่ 24 และ 26 เรื่องฟื้นฟูกิจการ (ชั้นคัดค้านการกระทำของผู้บริหารแผน และขอให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่ง) คดีหมายเลขดำที่ พ.2/2543 คดีหมายเลขแดงที่ พ.8/2543 วันที่ 8 เมษายน 2548

คดีนี้ผู้บริหารของลูกหนี้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนและตัวแทนของผู้บริหารแผนคืนเงินของลูกหนี้ที่ใช้จ่ายไประหว่างบริหารแผนแก่ลูกหนี้และระงับการใช้จ่ายเงินและการกระทำที่ไม่เกี่ยวกับการค้าปกติและไม่อยู่ในแผนฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากผู้บริหารแผนใช้จ่ายเงินของลูกหนี้เกินกว่าที่ระบุในแผน และก่อภาระในทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่จำเป็นและไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจปกติของลูกหนี้เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยใช้จ่ายเงินเป็นค่าตอบแทนคณะผู้บริหารแผนรวมเป็นเงิน 42,709,677.43 บาท เป็นการสูงเกินควร โดยจ่ายเงินค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนของคณะผู้บริหารแผน คือ พล.อ.มงคล อัมพรพิสิฏฐ์ ในฐานะประธานคณะผู้บริหารแผนฯ เดือนละ 1,000,000 บาท ไม่รวมค่าสวัสดิการอื่นๆ ส่วนคณะกรรมการคนอื่นๆ

คือ นายพละ สุขเวช นายปรกรณ์ มาลากุล ณ อุรุยา นายทง พิทยะ และนายอริย์ วงศ์อารยะ รายละ 750,000 บาทต่อเดือน

ในขณะที่นายประชัย เลี้ยวไพรัตน์ นายประมวล เลี้ยวไพรัตน์ และนายประทีป เลี้ยวไพรัตน์ รายละ 1,500,000 บาท ต่อเดือน นางอรพิน เลี้ยวไพรัตน์ เดือนละ 1,000,000 บาท นายสมชาย สกุลสุวรรณ์ เดือนละ 1,500,000 บาท นายประกิต ประทีปะเสน เดือนละ 500,000 บาท รวมเดือนละ 7,500,000 บาท และค่าตอบแทนที่กำหนดในแผนเดิม เดือนละ 13,470,000 บาท

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าค่าตอบแทนของคณะผู้บริหารแผนเป็นจำนวนที่เหมาะสมแก่ความรู้ความสามารถและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนแล้ว

จากการศึกษาพบว่ายังไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติถึงอัตราค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน หรือวิธีการจ่ายค่าทำแผนไว้ แต่มีการระบุไว้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/42 (7) ว่าผู้ทำแผนจะต้องมีการระบุค่าใช้จ่าย และค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนรวมไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการด้วย การที่กฎหมายมิได้ระบุหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าตอบแทนผู้บริหารไว้ให้ชัดเจน อาจทำให้เกิดปัญหาการโต้แย้งเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน ซึ่งอาจเป็นข้อสงสัยหรือเป็นประเด็นได้ว่าผู้บริหารแผนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่

เนื่องจากตามข้อเสนอแนะของ UNCITRAL ได้กล่าวไว้ว่า ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนควรมีความเหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับคุณสมบัติของผู้แทนในคดีล้มละลาย และหน้าที่การงานที่ต้องปฏิบัติ และควรมีความเหมาะสมกับระดับความเสี่ยง และผลตอบแทนที่ได้รับ เพื่อเป็นการจูงใจแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีคุณสมบัติเหมาะสม เท่านั้น

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายและหลักการที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของของศาลต่างประเทศในเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน อาจสรุปได้ว่า

ประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าค่าตอบแทนของทรัสต์นั้น ในกรณีที่เงื่อนไขในสัญญาทรัสต์มิได้ระบุค่าตอบแทนไว้ ทรัสต์มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามสมควรแก่พฤติการณ์ แต่หากในสัญญาทรัสต์ได้ระบุค่าตอบแทนไว้ ทรัสต์มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนตามที่กำหนดไว้

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถปรับเพิ่มหรือลดค่าตอบแทนได้ถ้าศาลเห็นว่า หน้าที่ของทรัสต์มีความแตกต่างในสาระสำคัญจากหน้าที่ตอนที่ได้รับการแต่งตั้ง หรือค่าตอบแทนที่กำหนดไว้นั้นสูงหรือต่ำเกินสมควร¹⁰

ประเทศอังกฤษ ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนนั้นอยู่ภายใต้ Insolvency Rules 1986 โดยอัตราของค่าตอบแทนนั้นจะกำหนด โดยการอ้างอิงถึงระยะเวลาที่ใช้ในการจัดการกิจการ

¹⁰ Uniform Trust Code 130.635 UTC 708

ในกรณีที่ผู้บริหารแผนหรือเจ้าหนี้ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดค่าตอบแทนดังกล่าว ผู้บริหารแผนหรือเจ้าหนี้ที่ไม่เห็นด้วยสามารถยื่นคำขออุทธรณ์ต่อศาลเพื่อให้ทำการพิจารณา ค่าตอบแทนได้¹¹

ประเทศออสเตรเลีย ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการนั้นอาจถูกกำหนด โดยการตกลงกันระหว่างผู้บริหารแผนกับคณะกรรมการเจ้าหนี้ หรือโดยมติของที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือโดยศาล

อย่างไรก็ตาม ศาลอาจทำการตรวจสอบ ยืนยัน เพิ่ม หรือลดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนได้ โดยพิจารณาจากคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหนี้ของบริษัท¹²

ในเรื่องของการกำหนดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนนั้น แม้ว่าในทางปฏิบัติการ กำหนดอัตราค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนนั้นจะกระทำได้ยาก แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าควรมี การกำหนดกรอบการพิจารณาค่าตอบแทน เพื่อลดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องค่าตอบแทนอันอาจ ส่งผลกระทบต่อการการบริหารกิจการตามแผนฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดกรอบในการกำหนดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน โดยพิจารณาถึงคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของ กิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหนี้ของบริษัท อันเป็นแนวทางตามกฎหมาย ประเทศออสเตรเลีย นอกเหนือจากการพิจารณาจากความรู้ความสามารถและหน้าที่ความ รับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามที่ศาลวินิจฉัยในคดีข้างต้น

ข้อสังเกต อีกประการหนึ่งก็คือ ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลีย ล้วนแต่ให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการพิจารณาค่าตอบแทน ปรับเพิ่มหรือลด ค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนได้

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรแก้ไขกฎหมายล้มละลายด้วย โดยให้ศาลมีอำนาจพิจารณาเพิ่ม หรือลดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนได้ โดยพิจารณาตามคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขต ของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรม เจ้าหนี้ของบริษัทตามที่กล่าวมาข้างต้น

เมื่อนำกรอบการกำหนดค่าตอบแทนที่ผู้วิจัยเสนอข้างต้นมาปรับใช้ โดยการ เปรียบเทียบกับกิจการที่มีลักษณะทั่วไป กับกิจการของบริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) หรือทีพีไอ ตามคำสั่งศาลล้มละลายกลาง ตอนที่ 24 และ 26 เรื่องฟื้นฟูกิจการ (ชั้นคัดค้าน

¹¹ David Milman and Chris Durrant, *Corporate insolvency: law and practice*, 3rd ed., p. 24.

¹² Corporation Act 2001 section 449E

การกระทำของผู้บริหารแผน และขอให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่ง) จะทำให้การปรับใช้กรอบค่าตอบแทนผู้บริหารแผนมีความชัดเจนมากขึ้น

กล่าวคือ ในกรณีของการบริหารกิจการของบริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) หรือทีพีไอ ที่กล่าวถึงข้างต้น เปรียบเทียบกับ บริษัท A ประกอบกิจการเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มีหนี้เงินต้นกับธนาคารจำนวน 50 ล้านบาท

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ของบริษัททีพีไอ แล้ว ผู้บริหารแผนควรจะต้องมีค่าตอบแทนในการบริหารกิจการของลูกหนี้มากกว่าบริษัท A

4.1.2 ปัญหาในเรื่องการตีความ ในการพิจารณาหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต ในการกระทำการ “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ”

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง บัญญัติว่า “การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยคนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

และ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/10 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและผู้บริหารต้อง

(1) กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม และ

(3) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ”

การที่มีการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) มาตรา 89/10 ส่งผลให้ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของผู้บริหารแผนนั้น มีหน้าที่ประการหนึ่ง ก็คือ การที่จะต้องกระทำการโดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ”

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในเรื่องแนวคิดการจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ แสดงให้เห็นว่า เมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล และภายหลังจากที่ลูกหนี้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินแล้ว เจ้าหนี้ก็จะเป็นบุคคลหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในกระบวนการฟื้นฟูเป็นอย่างมาก โดยจะเห็นได้จากแนวคิดทางกฎหมายเรื่องการแบ่งปันหรือจัดสรรสิทธิให้แก่เจ้าหนี้กรณีที่เกิดการล้มละลาย โดยยึดแนวคิดที่มีหลักการว่า ผู้ถือหุ้นมีกรรมสิทธิ์ในบริษัทเป็นรายสุดท้าย หลังจากเจ้าหนี้และผู้เกี่ยวข้องอื่นๆ¹³ นอกจากนี้ยังมีหลักหนึ่งที่มีความสำคัญในการฟื้นฟูกิจการคือ หลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้ (Best Interest of the Creditor) ซึ่งหลักนี้ปรากฏอยู่ใน พระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/58 กล่าวคือ ในการที่ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนเมื่อได้ศาลพิจารณาว่า เมื่อดำเนินการตามแผนสำเร็จแล้ว จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลาย¹⁴

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้บริหารแผนคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้หรือบริษัทลูกหนี้ หรือผู้ถือหุ้นเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจทำให้บริษัทเสียหาย ซึ่งไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น

จากแนวคิดและหลักการข้างต้นแสดงให้เห็นว่าตามกฎหมายล้มละลาย ในการบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ผู้บริหารแผนจะต้องทำเพื่อประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่น รวมถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ด้วย ดังนั้นเมื่อมีการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง และ มาตรา 89/10 จึงมีประเด็นในเรื่องการตีความที่น่าพิจารณาว่า ผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ และการปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties หรือไม่

¹³ไพโรจน์ วงศ์วิภานนท์ และคนอื่นๆ, บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบูรณ์, หน้า 8.

¹⁴เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 204.

ตัวอย่างเช่น กรณี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5682/2548 คดีระหว่าง ผู้ร้องขอ บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ที่ 1 และบริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด ที่ 2 และผู้บริหารลูกหนี้ นายประชัย เลี้ยวไพรัตน์ และนายประมวล เลี้ยวไพรัตน์ และลูกหนี้ บริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด

คดีสืบเนื่องมาจาก เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2543 ศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ และตั้ง บริษัท เอ็กเพ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด เป็นผู้ทำแผน ต่อมาวันที่ 15 ธันวาคม 2543 ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน โดยมีผู้ทำแผนเป็นผู้บริหารแผน และเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2546 ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ บริษัท เอ็กเพ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด ออกจากตำแหน่งผู้บริหารแผน ต่อมาวันที่ 28 กรกฎาคม 2546 ศาลมีคำสั่งตั้งกระทรวงการคลังเป็นผู้บริหารแผนแทนคนใหม่ คดีถึงที่สุด

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รายงานว่า ผู้บริหารแผนคนใหม่เสนอขอแก้ไขแผนตามคำร้องฉบับลงวันที่ 29 กันยายน 2547 ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ต่อมาผู้บริหารของลูกหนี้ยื่นคำคัดค้านว่า ผู้บริหารแผนคนใหม่ไม่ได้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ

ประเด็น แนวทางในการปรับโครงสร้างทุน โดยการลดทุนและเพิ่มทุนตามข้อเสนอขอแก้ไขแผนไม่เป็นธรรมต่อลูกหนี้และผู้ถือหุ้นเดิม โดยผู้บริหารแผนได้เสนอขอแก้ไขแผนที่ให้ขายหุ้นของบริษัท ทีพีไอ โพลีน จำกัดที่ลูกหนี้ถืออยู่ให้เจ้าหนี้ตามแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงินที่ให้เจ้าหนี้มีสิทธิซื้อก่อน

ศาลเห็นว่า กรณีเป็นการจัดการทรัพย์สินอันมิใช่ทรัพย์สินหลักที่ลูกหนี้มีอยู่ และข้อเสนอให้เจ้าหนี้มีสิทธิซื้อก่อนเฉพาะกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ผู้บริหารแผนจัดหานั้นเสนอซื้อหุ้นทั้งหมดในราคาที่ต่ำกว่าต้นเงินหนี้ที่มีวิธีการชำระพิเศษส่วนที่ 1 (250 ดอลลาร์สหรัฐ) เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่สมควร¹⁵

และตัวอย่าง กรณี บริษัท ประสิทธิภาพ จำกัด(มหาชน) กับ บริษัท ไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอรัปอเรท ริสตรัคเจอร์ จำกัด ผู้บริหารแผน

โดยที่ บริษัท ประสิทธิภาพ จำกัด(มหาชน) ประสบปัญหาหนี้สินจนต้องเข้าสู่กระบวนการปรับโครงสร้างหนี้ โดยนายประสิทธิ์ อุไรรัตน์ ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร บริษัท ประสิทธิภาพ ได้ว่าจ้าง ไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ส เป็นที่ปรึกษาทางการเงิน พร้อมกับจัดทำ

¹⁵วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2555), หน้า 354-358.

แผนเพื่อเสนอต่อศาลล้มละลายกลาง อีกทั้งบริษัทไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอร์ปอเรท ริสตรัคเจอร์ริง จำกัด ยังได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารแผนฟื้นฟู

แต่ต่อมาเกิดความขัดแย้งระหว่างตระกูลอุไรรัตน์กับผู้บริหารแผน โดยนายอาทิตย์ อุไรรัตน์ กรรมการ บริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด(มหาชน) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายกลาง ขอให้ปลด บริษัทไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอร์ปอเรท ริสตรัคเจอร์ริง จำกัด ออกจากการเป็นผู้บริหารแผน โดยระบุว่า มีพฤติการณ์ไม่เหมาะสม กระทำการทุจริต ก่อให้เกิดความเสียหายต่อลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยเฉพาะการเอื้อประโยชน์ให้กลุ่มของนายวิชัย ทองแดง เข้าซื้อหุ้นจากเจ้าหนี้บางราย พร้อมทั้งแต่งตั้งนายวิชัยเข้าเป็นกรรมการบริหาร บริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด(มหาชน) ในวันที่ 16 กรกฎาคม 2546 ผู้บริหารแผนก็มีการเปลี่ยนแปลงกรรมการของลูกหนี้ โดยนำผู้บริหารของโรงพยาบาลเปาโล ซึ่งเป็นคู่แข่งทางธุรกิจเข้ามาเป็นกรรมการในบริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด(มหาชน) ถือว่าไม่ปฏิบัติตามแผนฟื้นฟูและต่อเจตนาเอื้อประโยชน์ให้เกิดการยึดกิจการ

นอกจากนั้น ที่ผ่านมากลุ่มผู้ถือหุ้นเดิมนำโดยนายประสิทธิ์ อุไรรัตน์ ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาถึง 2 ครั้ง เนื่องจากเห็นว่าผู้บริหารแผนมีการกระทำโดยไม่ชอบ มีการจ้างที่ปรึกษาซ้ำซ้อน และบริหารงานผิดพลาด สร้างประโยชน์ให้พวกพ้องในการจัดซื้อเวชภัณฑ์และติดตั้งคอมพิวเตอร์ ทำให้ลูกหนี้เสียหาย และพยายามหน่วงเหนี่ยวการขอเข้าไปตรวจสอบภายในในการกระทำที่ไม่สุจริต และมีความพยายามที่จะถดถอย นายประสิทธิ์ ทั้งที่เป็นผู้ก่อตั้ง และกรรมการลูกหนี้

ขณะเดียวกันทาง บริษัทไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอร์ปอเรท ริสตรัคเจอร์ริง จำกัด ก็ได้ยื่นคัดค้านว่า ได้บริหารแผนและตั้งคณะกรรมการลูกหนี้ชุดใหม่อย่างถูกต้อง พร้อมทั้งยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายกลางให้มีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากการบริหารแผนได้ครบตามเงื่อนไขแล้ว ซึ่งศาลได้มีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการของ บริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด (มหาชน) ตามคำร้อง

ต่อมา นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ ได้ยื่นอุทธรณ์เพื่อคัดค้านคำสั่งดังกล่าวต่อศาลฎีกา จนกระทั่งเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2548 ศาลฎีกาได้มีคำสั่งให้ยกคำสั่งศาลล้มละลายกลางในส่วนที่เกี่ยวกับคำร้องขอ ให้ยกเลิกการฟื้นฟูกิจการและคำร้องขอให้ปลดผู้บริหารแผนของลูกหนี้ โดยให้นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ ยื่นคำร้องใหม่เพื่อให้ศาลล้มละลายกลางดำเนินการไต่สวนใหม่¹⁶

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าว ทั้งสองกรณีมีประเด็นปัญหาว่า หากนำกฎหมายหลักทรัพย์ในเรื่องหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) ของกรรมการและผู้บริหาร

¹⁶“อุไรรัตน์” VS “ทองแดง” เปิดสมรภูมิชิง “พญาไท” รอบใหม่”, มติชนรายวัน (21 พฤศจิกายน 2548): 20.

มานูโลมใช้ จะถือว่าผู้บริหารแผน คือ กระทรวงการคลังและบริษัทไพรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอรัปอเรทริสตรัคเจอร์ริง จำกัด ไม่ได้กระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทหรือไม่ อันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และความระมัดระวัง

หากมีการตีความว่า การกระทำ “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” หมายถึง กรณีต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น ตามแนวคิดของกฎหมายหลักทรัพย์ ก็อาจส่งผลให้การดำเนินการตามแผนไม่สำเร็จ เนื่องจากบริษัทลูกหนี้นี้อาจไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ ดังนั้นการที่ให้เจ้าหนี้มีสิทธิซื้อหุ้นในกรณีของทีพีไอ หรือการให้นายวิชัย ทองแดง เข้าซื้อหุ้นจากเจ้าหนี้บางราย จึงทำให้กิจการของลูกหนี้บรรลุตามแผนได้

และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่ามีแนวคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผน ตามหลัก Fiduciary duties ผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties หรือไม่ โดยมีแนวทางดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวทางคำพิพากษาของศาลในคดี Lange v. Schropp ที่พิพากษาว่า เมื่อลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Debtor in Possession) มีหน้าที่ในการควบคุมและจัดการทรัพย์สิน จึงต้องมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เช่นกัน และเนื่องจากลูกหนี้ดังกล่าวมิใช่ผู้ที่มีกรรมสิทธิในทรัพย์สินอีกต่อไป แต่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจึงต้องไม่จัดการทรัพย์สินเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ส่วนตนและต้องทำเพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ด้วย¹⁷

ประเทศอังกฤษ เมื่อนำหน้าที่ของกรรมการบริษัทตาม Company Act 2006 มาตรา 172 มาเทียบเคียงอาจกล่าวได้ว่า ผู้บริหารแผนต้องกระทำการด้วยความสุจริตอันเป็นการส่งเสริมให้บริษัทประสบผลสำเร็จ และการส่งเสริมนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสมาชิกทั้งหมดอย่างเท่าเทียมกัน แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจทั้งต่อเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายในการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต

ประเทศออสเตรเลีย แม้ว่าจะไม่มีคำพิพากษากำหนดชัดเจนว่าในการบริหารกิจการของบริษัท นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วยนั้น แต่จากคำพิพากษาของศาลในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทของ

¹⁷ดรณิ แสงนิล, “ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต,” หน้า 47.

กรรมการบริษัท คดี Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd (1951) Ch286 พิพากษาว่าหน้าที่ที่ต้องกระทำโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทนั้นต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์โดยรวมทั้งหมดของบริษัท” (the company as a whole)

และในคดี Re Spargold Enterprises Pty Ltd (subject to deed of company arrangement) (1999) 32 ACSR 363 ก็ได้วางหลักไว้ว่าผู้บริหารแผนและผู้ชำระบัญชี มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อเจ้าหนี้ทั้งหมดและต้องกระทำด้วยความเสมอภาคยุติธรรม เว้นแต่ว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือมีข้อตกลงกำหนดไว้ว่าให้ปฏิบัติแตกต่างกัน นอกจากนั้นคดี Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (1986) 4 NSWLR 722 ได้พิพากษาว่า ในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัวกรรมการบริษัทกระทำโดยมิได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ด้วยนั้น ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ และผู้ถือหุ้นของบริษัทไม่สามารถให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการเพื่อให้กรรมการพ้นผิดได้

ตามรายงานของ Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs เรื่อง Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors ได้อธิบายไว้ว่า ในขณะที่กรรมการบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท พร้อมกับการพิจารณาถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอื่นด้วย มิได้หมายความว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท นอกจากนั้น ความหมายของคำว่า “บริษัท (the corporation หรือ the company)” ตาม Corporations Act 2001 มาตรา 181(1) ยังรวมถึงเจ้าหนี้ด้วย

แสดงให้เห็นว่า ความหมายของ คำว่า “บริษัท (the corporation หรือ the company)” รวมถึงบุคคลดังนี้ 1) สมาชิกในปัจจุบันของบริษัท 2) สมาชิกในอนาคต 3) เจ้าหนี้ 4) ผู้รับผลประโยชน์ภายใต้การจัดการดูแลทรัพย์สินของทรัสต์ โดยทรัสต์ และ 5) พนักงาน ลูกจ้าง ลูกค้า คู่สัญญา และสังคม¹⁸

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนตามหลักการของประเทศออสเตรเลีย นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทและผู้มีส่วนได้เสียอื่นด้วย

จากแนวการจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ และหลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้ (Best Interest of the Creditor) ตามกฎหมายล้มละลาย ที่กำหนดว่าผู้บริหารแผน

¹⁸ Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding company law*, 14th ed, pp. 377-378.

จะต้องบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ และตามวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น ประกอบกับแนวคิดตามกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาแล้วนั้น

ผู้วิจัยเห็นว่าในการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ มาตรา 89/8 วรรคสอง และมาตรา 89/10 ที่ผู้บริหารแผนจะต้องกระทำการ โดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” ควรตีความในแนวทาง ดังต่อไปนี้

1) ผู้บริหารแผนควรจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่น และคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วยนอกเหนือจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น เนื่องจากคำว่า “บริษัท” รวมถึงผู้มีส่วนได้เสียทุกคน

2) การที่ผู้บริหารแผนคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้หรือของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่น ซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนมาตรา 89/8 วรรคสอง และมาตรา 89/10 หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของบริษัทโดยรวมทั้งหมดของบริษัท” (the company as a whole) ตามแนวทางของคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลีย

ดังนั้น เมื่อนำแนวทางข้างต้นมาเทียบเคียงใช้กับกรณีของ กระทรวงการคลัง และบริษัทไฟรซ์ วอเตอร์เฮาส์ คอร์ปอเรท รีสตรัคเจอร์ จำกัด หากเป็นการกระทำเพื่อทำให้บริษัทลูกหนี้สามารถประกอบกิจการต่อไปได้และเป็นการดำเนินการตามแผนฟื้นฟู ก็ถือว่าเป็นการกระทำการโดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งในกรณีของผู้บริหารแผนเป็นบุคคล ซึ่งเป็นผู้บริหารลูกหนี้เดิม ก็คือ ต้องแบ่งแยกบทบาทระหว่างกรเป็นกรรมการบริษัทและการเป็นผู้บริหารแผน เพราะเมื่อปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้บริหารแผนแล้ว ในการปฏิบัติหน้าที่ควรจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทและผู้มีส่วนได้เสียคนอื่นด้วย

4.2 ปัญหาการอนุโลมใช้ในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้น

เนื่องจาก อำนาจหน้าที่ในการจัดการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล และบทบาทของเจ้าหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่เพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการลงมติ

ยอมรับแผนและการเสนอผู้บริหารแผน ส่งผลให้ศาลต้องเข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลการดำเนินงานของผู้บริหารแผนด้วย

ดังนั้นในการอนุโลมใช้บทบาทของผู้ถือหุ้นจึงควรลดลง และควรต้องให้ศาลเข้ามา มีบทบาทมากขึ้น

โดยในเรื่องดังกล่าว สามารถแบ่งประเด็นพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

4.2.1 การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อย

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 บัญญัติว่า

“กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องจะกระทำธุรกรรมกับบริษัท หรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เว้นแต่ ธุรกรรมดังกล่าวจะเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ธุรกรรมที่เป็นข้อตกลงทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่วิญญูชนจะพึงกระทำ กับคู่สัญญาทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน ด้วยอำนาจต่อรองทางการค้าที่ปราศจากอิทธิพล ในการที่ตนมีสถานะเป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี และเป็นข้อตกลงทางการค้าที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหรือเป็นไปตามหลักการที่ คณะกรรมการอนุมัติไว้แล้ว

(2) การให้กู้ยืมเงินตามระเบียบสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง

(3) ธุรกรรมที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของบริษัทหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็น

(ก) บริษัทย่อยที่บริษัทเป็นผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบของหุ้นที่จำหน่าย ได้แล้วทั้งหมดของบริษัทย่อย หรือ

(ข) บริษัทย่อยที่กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องถือหุ้นหรือมีส่วน ได้เสียอยู่ด้วย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่เกินจำนวน อัตรา หรือมีลักษณะตามที่ คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

(4) ธุรกรรมในประเภทหรือที่มีมูลค่าไม่เกินจำนวนหรืออัตราที่คณะกรรมการ กำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ในการประกาศกำหนดตาม (3) (ข) หรือ (4) คณะกรรมการกำกับตลาดทุนอาจกำหนดให้ ธุรกรรมที่กำหนดต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการด้วยก็ได้

มิให้นำความในมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาใช้บังคับ กับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทหรือบริษัทย่อย”

ในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตกรณีการมีผลประโยชน์ขัดหรือ แย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interest) ของผู้บริหารแผนเกี่ยวกับการทำธุรกรรม

ระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อย นั้นเมื่อมีการอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนทั้งหมด อาจทำให้เกิดประเด็นปัญหา และข้อสังเกต เกี่ยวกับ “การขออนุมัติจากที่ประชุมของผู้ถือหุ้น” ว่าการทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยควรจะต้องได้รับอนุญาตจาก “ศาล” แทนการขออนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่ลูกหนี้จะทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว จะต้องขออนุญาตจากศาลในการดำเนินการดังกล่าว

ตัวอย่างเช่น บริษัท A มีนาย ก และคนสนิทของนาย ก เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ของบริษัท ต่อมาศาลมีคำสั่งแต่งตั้งนาย ก ผู้บริหารเดิมของบริษัท A เป็นผู้บริหารแผน โดยในการจัดการกิจการของบริษัทนั้น นาย ก ในฐานะของผู้บริหารแผนต้องการทำสัญญาเช่าพื้นที่เพื่อเป็นคลังเก็บสินค้าของบริษัท โดยพื้นที่ดังกล่าว มีนาย ก และนาง ข ภรรยาของนาย ก เป็นเจ้าของร่วมกัน และเป็นการทำสัญญาเช่าพื้นที่เป็นระยะเวลา 30 ปี และเก็บค่าเช่าล่วงหน้าเป็นเงินจำนวนมาก

กรณีดังกล่าว เป็นการที่ นาย ก ในฐานะผู้บริหารแผน และนาง ข ในฐานะบุคคลที่เกี่ยวข้อง เข้าทำธุรกรรมกับบริษัท A ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 นาย ก จะทำธุรกรรมได้ก็ต่อเมื่อ ขออนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งก็คือคนสนิทของตนเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะได้รับอนุมัติจากผู้ถือหุ้นก็ตาม กรณีอาจมีการโต้แย้งจากเจ้าหนี้ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงได้ว่า ผู้บริหารแผนกระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า เมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้ เป็นอันสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล และภายหลังจากที่ลูกหนี้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินแล้ว เจ้าหนี้ก็จะเป็นบุคคลหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในกระบวนการฟื้นฟูเป็นอย่างมาก อาทิเช่น การลงมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ เมื่อได้รับแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่นัดประชุมเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิออกเสียง โดยเร็วที่สุดเพื่อลงมติว่าจะยอมรับแผนหรือไม่ หรือจะแก้ไขอย่างไร ซึ่งในแผนจะต้องระบุชื่อผู้บริหารแผน ค่าตอบแทนด้วย ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/44

และที่สำคัญการทำธุรกรรมใดๆ ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ต้องเป็นไปในทิศทางที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล โดยแผนฟื้นฟูกิจการจะระบุหลักการและวิธีการฟื้นฟูกิจการซึ่งจะกำหนดถึง การก่อหนี้และระดมเงินทุน รวมถึงตลอดถึงแหล่งของเงินทุนและเงื่อนไขแห่งหนี้สินและเงินทุนนั้น และการจัดการและการหาประโยชน์จากทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งในการระบุหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว อาจมีการกำหนดให้การทำธุรกรรมบางอย่างมีเงื่อนไขที่จะต้องขออนุมัติจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้และผู้ถือหุ้นจะมีบทบาทในการบริหารกิจการลดลง และศาลจะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมดูแลการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนมากขึ้น ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่ลูกหนี้จะทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว จะต้องขออนุญาตจากศาลในการดำเนินการดังกล่าว

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องการทำธุรกรรม ที่ผู้บริหารแผนมีผลประโยชน์นั้น จะไม่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเมื่อกรรมการได้เปิดเผยผลประโยชน์ส่วนตนที่มีนัยสำคัญที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทและได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น¹⁹ นั้น ไม่น่าสนใจกับผู้บริหารแผน แสดงให้เห็นว่าบทบาทของผู้ถือหุ้นในเรื่องนี้ได้ถูกปรับลดลง และตาม Corporations Act 2001 กำหนดว่าผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน (administrator) จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัท และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆ จากบริษัทลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ ในเวลาที่เท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้ภายหลังจากที่ได้รับการแต่งตั้ง และในจดหมายนัดประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก โดยในการประชุมเจ้าหนี้ดังกล่าว เจ้าหนี้อาจพิจารณาลงมติว่าจะถอดถอนผู้บริหารแผนหรือมีการตั้งผู้บริหารแผนใหม่หรือไม่²⁰

อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจที่จะตัดสิทธิผู้บริหารแผนที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผนแล้วได้ ถ้าพบว่าบุคคลคนนั้นขาดคุณสมบัติความเป็นอิสระและความเป็นกลางแม้ว่าการขาดคุณสมบัตินั้นจะนอกเหนือจากข้อกำหนดที่กำหนดไว้ตาม Corporation Act 2001 มาตรา 448C โดยหลักการนี้เป็นไปตามแนวคำพิพากษาของศาลในคดีระหว่าง Commonwealth of Australia v Irving กล่าวคือ Irving ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารแผนของบริษัทลูกหนี้ โดยก่อนที่จะได้รับแต่งตั้ง Irving รู้จักกับ Townsend ซึ่งเป็นกรรมการของบริษัทลูกหนี้ โดย Townsend

¹⁹Corporation Act 2001 section 191-196

²⁰Corporation Act 2001 section 436DA and 448C

เคยเป็นนายความให้กับ Irving ในอดีต นอกจากนั้นทั้งสองคนยังเป็นเพื่อนกันด้วย คดีนี้ศาลตัดสินว่า ศาลตัดสินถอดถอน Irving ออกจากการเป็นผู้บริหารแผนของบริษัทลูกหนึ่ง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการของกฎหมายล้มละลายและหลักการของประเทศออสเตรเลียดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีการทำธุรกรรมของผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือบริษัทย่อย จะทำได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจาก “ ศาล ” เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9)

ดังนั้น ในเรื่องของการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง นั้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 บัญญัติว่า “ในกรณีมีเหตุสมควร โดยพิจารณาจากผลของธุรกรรมที่มีนัยสำคัญต่อบริษัทหรือความสัมพันธ์ของธุรกรรมกับธุรกิจปกติของบริษัท ให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนมีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้

(1) การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมดังกล่าวต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไป หรือในหนังสือนัดประชุมคณะกรรมการหรือหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น

(2) จำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

(3) หลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง”

จะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ เฉพาะในเรื่องจำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว และหลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายที่กล่าวข้างต้น

ผู้วิจัยเห็นว่า เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มิให้นำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 มาอนุโลมใช้กับกรณีของผู้บริหารแผน เนื่องจากในการพิจารณาเรื่องการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องควรต้องขออนุญาตจากศาลแทนการขออนุญาตจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

4.2.2 ขอบเขตการอนุโลมใช้ การทำธุรกรรมของ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” กับ บริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนี้

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 มีประเด็นในเรื่องของขอบเขตการอนุโลมใช้ด้วยว่า การทำธุรกรรมของ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” กับบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนี้ ที่จะทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วนั้น “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” ในฐานะบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ รวมถึง “เจ้าหนี้ และคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

ตัวอย่าง ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งบริษัท B เป็นผู้บริหารแผนของบริษัท A โดยการเสนอของที่ประชุมเจ้าหนี้ โดยบริษัท B มีนาง ค เป็นกรรมการผู้มีอำนาจ และเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัท โดยนาง ค เป็นภรรยาของ นาย ง ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท

โดยในการจัดการกิจการของบริษัทนั้น บริษัท B ในฐานะของผู้บริหารแผน ต้องการทำสัญญาเช่าพื้นที่เพื่อเป็นคลังเก็บสินค้าของบริษัท โดยพื้นที่ดังกล่าว มีนาย ง เป็นเจ้าของที่ดิน และเป็นการทำสัญญาเช่าพื้นที่เป็นระยะเวลา 30 ปี และเก็บค่าเช่าล่วงหน้าเป็นเงินจำนวนมาก

กรณีดังกล่าว เป็นการที่ นาย ง ในฐานะเจ้าหนี้ เข้าทำธุรกรรมกับบริษัท A ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 นั้นหาก คำว่า “บุคคลที่เกี่ยวข้อง” ไม่อนุโลมใช้กับเจ้าหนี้ด้วย กรณีอาจส่งผลให้เจ้าหนี้รายอื่นของบริษัท หรือผู้ถือหุ้นของบริษัทมีการโต้แย้งในเรื่องการกระทำอันเป็นการขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทลูกหนี้กับผู้บริหารแผน

ตามที่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/1 กำหนดว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ 1) เป็นบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงกรรมการของนิติบุคคลนั้นด้วย 2) คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้บริหารแผน หรือของบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ และในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นนิติบุคคล ให้รวมถึงคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการบริษัทของนิติบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับผู้บริหารแผน ในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นนิติบุคคล “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” จะต้องรวมถึงคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการของบริษัทที่ทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผนด้วย 3) นิติบุคคลที่ บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้ หรือกรรมการของนิติบุคคลที่บุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนี้มีอำนาจควบคุมอยู่ หรือนิติบุคคลที่ คู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้บริหารแผนหรือของบุคคล

ที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนึ่งมีอำนาจควบคุมกิจการ หรือนิติบุคคลที่ คู่สมรส บุตร หรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการบริษัทของนิติบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทลูกหนึ่งมีอำนาจควบคุมกิจการ และ4) บุคคลอื่นที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับ ตลาดทุนประกาศกำหนด นอกจากนั้น ยังรวมถึงบุคคลที่กระทำการด้วยความเข้าใจหรือความตกลง ว่า หากบริษัทลูกหนึ่งทำธุรกรรมที่ให้ประโยชน์ทางการเงินแก่บุคคลดังกล่าว ผู้บริหารแผนหรือ บุคคลตาม 1) หรือ 2) จะได้รับประโยชน์ทางการเงินด้วย ให้ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสำหรับการทำธุรกรรมนั้นด้วย

โดย “อำนาจควบคุมกิจการ” หมายความว่า

- 1) การถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวน สิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
- 2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคล หนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่าเพราะเหตุอื่นใด
- 3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของ กรรมการทั้งหมด ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

จะเห็นได้ว่า ตามที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/1 กำหนดเรื่อง “อำนาจควบคุมกิจการ” เอาไว้นั้น หมายถึง ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมกิจการ แต่เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ตามหลักการที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อกิจการมีหนี้สินสิ้นพันตัวแสดง ว่าในทางความเป็นจริงแล้วลูกหนึ่งไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไป ส่งผลให้อำนาจในการจัดการ กิจการและทรัพย์สินของลูกหนึ่งสิ้นสุดลง โดยบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารกิจการและจัดการ ทรัพย์สินของบริษัทก็คือผู้บริหารแผน และเจ้าหนี้ก็จะเป็นผู้ที่เข้ามามีบทบาทมากขึ้นในฐานะ ผู้รับผลประโยชน์

ดังนั้น ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้จึงเป็นบุคคลหนึ่งที่จะเข้ามามีอำนาจใน การควบคุมและบริหารกิจการแม้มิใช่การบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่ง โดยตรง เพราะเป็นหน้าที่ของผู้บริหารแผน แต่ก็เป็นผู้มีอำนาจควบคุมกิจการโดยอ้อม โดยเฉพาะ การเป็นผู้ที่ต้องลงมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการที่กำหนดแนวทางการบริหารกิจการและทรัพย์สิน ของผู้บริหารแผน

จากประเด็นในเรื่องของขอบเขตการอนุโลมใช้คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” รวมถึง “เจ้าหนี้ และคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากหลักการและบทบัญญัติตามกฎหมายล้มละลายข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” จึงควรบังคับใช้กับ “เจ้าหนี้” ด้วย ส่งผลให้ เมื่อเจ้าหนี้ และคู่สมรส

บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้ จะทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อย
ของลูกหนี้ได้ ต้องมีการขออนุญาตจากศาลก่อน

4.3 ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องการเปิดเผยข้อมูล

จากที่กล่าวข้างต้น เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของ
ลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลงและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิ
ในการได้รับเงินปันผล ประกอบกับบทบาทของเจ้าหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีมากขึ้น
เนื่องจากเจ้าหนี้คือผู้รับผลประโยชน์ และเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่สำคัญ โดยในการอนุโลมใช้ในเรื่อง
การเปิดเผยข้อมูลควรคำนึงถึงเจ้าหนี้ด้วย ดังนั้นจึงมีประเด็นพิจารณา ดังนี้

4.3.1 ประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตการอนุโลมใช้บทบัญญัติในเรื่องการรายงาน
การมีส่วนได้เสีย

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 บัญญัติว่า

“กรรมการและผู้บริหารต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตน
หรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของ
บริษัทหรือบริษัทย่อย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุน
ประกาศกำหนด”

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจึงมีหน้าที่ต้องรายงานให้
บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่
เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทลูกหนี้หรือบริษัทย่อย

การอนุโลมใช้บทบัญญัติในเรื่องการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสีย
ของผู้บริหารแผนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 นั้น มี
ประเด็นในเรื่องการตีความว่า คำว่า “บริษัท” ควรต้องหมายความรวมถึงการที่ผู้บริหารแผนมีหน้าที่
ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อ “เจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

ตัวอย่างเช่น กรณี บริษัท ประสิทธิ์พัฒนา จำกัด(มหาชน) กับ บริษัท ไพรัช
วอเตอร์เฮาส์ คอร์ปอเรท รีสตรัคเจอร์ จำกัด ผู้บริหารแผน

กรณีที่นายประสิทธิ์ อุไรรัตน์ ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาถึง 2 ครั้ง เนื่องจากเห็นว่า
ผู้บริหารแผนมีการกระทำโดยไม่ชอบ มีการสร้างประโยชน์ให้พวกพ้องในการจัดซื้อเวชภัณฑ์และ
ติดตั้งคอมพิวเตอร์ และมีการจ้างที่ปรึกษาซ้ำซ้อน²¹

²¹“อุไรรัตน์” VS “ทองแดง” เปิดสมรภูมิชิง “พญาไท” รอบใหม่”, หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน 28, 10117
(21 พฤศจิกายน 2548): 20.

หากเพิ่มเติมข้อเท็จจริงว่า บริษัท ไพรซ์ วอเตอร์ เฮาส์ คอรัปอเรทริสตรัคเจอร์ จำกัด ผู้บริหารแผน เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทคอมพิวเตอร์ หรือบริษัทที่ปรึกษา ที่ตนได้ว่าจ้างดังกล่าว จะถือได้ว่า บริษัท ไพรซ์ วอเตอร์ เฮาส์ คอรัปอเรทริสตรัคเจอร์ จำกัด เป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งมีหน้าที่ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อบริษัท

อย่างไรก็ตาม การรายงานต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นอาจไม่เพียงพอที่จะลดปัญหาการเกิดข้อโต้แย้งได้ เพราะเจ้าหน้าที่ของบริษัทอาจฟ้องถึงการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่สำคัญในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อพิจารณาจากหลักการของกฎหมายล้มละลายที่ ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจหน้าที่ในการจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้เป็นอันสิ้นสุดลง และสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ก็ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผลและบทบาทของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่มีมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น

ประกอบกับ หลักกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ตาม Corporations Act 2001 กำหนดว่า ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัทลูกหนี้ และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนี้ โดยในการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ ในเวลาที่เท่าที่จะสามารถปฏิบัติได้ภายหลังจากที่ได้รับการแต่งตั้ง และในจดหมายนัดประชุมเจ้าหน้าที่ครั้งแรก โดยในการประชุมเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เจ้าหน้าที่อาจพิจารณาถามได้ว่า จะถอดถอนผู้บริหารแผนหรือมีการตั้งผู้บริหารแผนใหม่หรือไม่²²

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานต่อ “เจ้าหน้าที่” ของบริษัทด้วย

จากตัวอย่างข้างต้น การที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องรายงานการมีส่วนได้เสียต่อทั้งบริษัท คือ ผู้ถือหุ้น และเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วยนั้น จะช่วยลดปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่องการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนในการบริหารกิจการได้

²² Corporation Act 2001 section 436DA and 448C

เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ได้บัญญัติให้นำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20 มาอนุโลมใช้ ส่งผลให้ในกรณีที่ผู้บริหารแผนทีละเลยไม่จัดทำและส่งงบการเงินและรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 หรือแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ

ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการซื้อขายหลักทรัพย์ อันเนื่องจากการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าโดยตำแหน่งหน้าที่ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงความแท้จริงของข้อมูลหรือการขาดข้อมูลที่ควรต้องแจ้งนั้น ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20

แสดงให้เห็นว่า ในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลนั้นรวมถึงเรื่องการบริหารแผนมีหน้าที่ต้องจัดทำและส่งงบการเงินและรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วย

นอกจากนั้น ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/17 บริษัทต้องจัดให้มีระบบการเก็บรักษาเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสดงข้อมูลตามมาตรา 89/20 รวมทั้งดูแลให้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวให้ถูกต้องครบถ้วนและสามารถตรวจสอบได้ภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่าห้าปีนับแต่วันที่มีการจัดทำเอกสารหรือข้อมูลดังกล่าว โดยการเก็บรักษาเอกสารและหลักฐานดังกล่าว รวมถึงการเก็บรักษาด้วยระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบอื่นใดที่สามารถเรียกดูได้โดยไม่มี การเปลี่ยนแปลงข้อความด้วย

ข้อสังเกตประการหนึ่ง เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งการทำธุรกรรมของผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือบริษัทย่อย และการรายงานการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนนั้นไม่ใช่บังคับกับผู้บริหารแผน โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทเท่านั้นที่ต้องกระทำการดังกล่าว

ผู้วิจัยเห็นว่า เหตุผลประการหนึ่งที่กฎหมายของประเทศออสเตรเลียไม่บังคับใช้หลักการดังกล่าวกับผู้บริหารแผน เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนเอาไว้แล้วว่าจะต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ รวมถึงต้องไม่เป็นบุคคลซึ่งมีความขัดกันผลประโยชน์ (Conflicts of Interest) ระหว่างผลประโยชน์ของตนเองและผลประโยชน์ของบริษัทลูกหนี้ นอกจากนี้ ตาม Corporations Act 2001 ยังเพิ่มเติมอีกว่า ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัทลูกหนี้ และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือ

คำตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนี้ โดยในการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งต่อ เจ้าหนี้ในเวลาที่เหมาะสมที่จะสามารถปฏิบัติได้ภายหลังจากที่ได้รับการแต่งตั้ง และในจดหมายนัด ประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก โดยในการประชุมเจ้าหนี้ดังกล่าว เจ้าหนี้อาจพิจารณาลงมติว่าจะถอดถอน ผู้บริหารแผนหรือมีการตั้งผู้บริหารแผนใหม่หรือไม่

ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติที่ผู้บริหารแผนต้องมีความเป็นอิสระนั้น แม้ว่าตามกฎกระทรวงว่า ด้วยการจดทะเบียนผู้ทำแผนและผู้บริหารแผน พ.ศ.2545 จะได้มีการวางระเบียบในเรื่องคุณสมบัติ และการขึ้นทะเบียนผู้บริหารแผน ที่จะต้องเป็นผู้ที่จดทะเบียนไว้กับคณะกรรมการตามหลักเกณฑ์ ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนผู้ทำแผนและผู้บริหารแผน พ.ศ.2545 และต้องเป็นบุคคลที่มีความ ซื่อสัตย์ ไม่เคยมีประวัติเกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือไม่สุจริต มีความเป็นกลางและมีความ ระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งมีความสามารถในด้านการจัดการทรัพย์สิน และการบริหาร กิจการต้องเป็นไปตามที่แผนกำหนดไว้ และต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ก็ตาม

แต่จะเห็นได้ว่า ระเบียบดังกล่าวมิได้มีการกำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องมีคุณสมบัติความ เป็นอิสระอย่างแท้จริง เพราะระเบียบดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับกรณีที่ผู้บริหารแผนนั้นเป็นลูกหนี้หรือ ผู้บริหารของลูกหนี้ ประกอบกับกฎหมายล้มละลายก็เปิดช่องให้เจ้าหนี้สามารถเลือกผู้บริหารแผน ได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท ที่มาจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต้องมีคุณสมบัติความ เป็นอิสระโดยเฉพาะกรณีของกรรมการอิสระ ที่ต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้ส่วนเสียกับการตัดสินใจของทีมงานบริหาร

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ควรออกหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผน ให้มี ความชัดเจน ตามแนวทางของประเทศออสเตรเลีย คือ “ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัท ลูกหนี้ก่อนที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือ คำตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนี้ โดยในการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งต่อ เจ้าหนี้ในจดหมายนัดประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก” เพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณาลงมติว่าบุคคล ดังกล่าวจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผนหรือไม่

4.4 ปัญหาการอนุโลมใช้เรื่องบทกำหนดโทษ

เมื่อพิจารณา ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/20 จะเห็นได้ว่า ภายหลังจากที่ศาล มีคำสั่งฟื้นฟูกิจการทำให้เกิดการพักการใช้อำนาจ (suspended) ในการบริหารจัดการของผู้บริหารของลูกหนี้ชั่วคราว อันทำให้ในช่วงดังกล่าวผู้บริหารของลูกหนี้ไม่สามารถใช้อำนาจใน

การบริหารกิจการของลูกหนี้ได้²³ ผู้บริหารแผนจึงเป็นบุคคลที่มีอำนาจจัดกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว ดังนั้นจึงควรต้องมีการอนุโลมใช้บทกำหนดโทษกับผู้บริหารแผนด้วย

โดยที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ให้นำบทบัญญัติในส่วนของบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้กับผู้บริหารแผนด้วยนั้น โดยในการอนุโลมใช้แบ่งเป็นประเด็นพิจารณาดังนี้

(1) ความรับผิดชอบฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต

เมื่อผู้บริหารแผนฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ กล่าวคือ กระทำการจำหน่ายจ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ไม่ไปศาลหรือไม่ไปประชุมเจ้าหนี้ โดยไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ได้รับอนุญาตจากศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต

กรณีดังกล่าว ผู้บริหารแผนอาจต้องส่งคืนประโยชน์ที่ได้รับให้แก่บริษัท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 และยังคงต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสินไหมทดแทนตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 และมาตรา 86

และตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2 วรรคหนึ่ง ผู้บริหารแผนอาจมีโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท

นอกจากนั้น ผู้บริหารแผนยังอาจพ้นจากตำแหน่ง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/67 หรืออาจถูกถอดชื่อจากทะเบียน กรณีเป็นผู้บริหารแผนที่มีชื่อผู้บริหารลูกหนี้ ตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ข้อ 23 และยังคงต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นอกจากนั้น ยังอาจต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ด้วย

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/15 ผู้บริหารแผนต้องจัดให้มีเลขานุการบริษัทเพื่อรับผิดชอบดำเนินการในการจัดทำและเก็บรักษาเอกสาร เก็บรักษารายงานการมีส่วนได้เสียที่รายงาน โดยกรรมการ ผู้บริหาร หรือผู้บริหารแผน และดำเนินการอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

²³ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 66.

ดังนั้น กรณีที่ผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เลขานุการบริษัทพ้นจากตำแหน่งหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ และผู้บริหารแผนมิได้แต่งตั้งเลขานุการบริษัทคนใหม่ตามที่ มาตรา 89/15 วรรคสองกำหนด ผู้บริหารแผนต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคสอง

(2) ความรับผิดชอบกรณีกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยทุจริต

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/21 ในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย หรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือคณะกรรมการ ก็ให้นำมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนหลุดพ้นมิได้

และในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการ โดยทุจริต อาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2 วรรค 2 และอาจต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/88 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

(3) ความรับผิดชอบกรณีการกระทำการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 กำหนดให้ผู้บริหารแผนต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนให้บริษัททราบ ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้างต้น ผู้บริหารแผนควรรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อเจ้าหน้าที่ ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียที่สำคัญด้วย

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้บริหารแผนมิได้รายงานการมีส่วนได้เสียของตนให้บริษัทและเจ้าหน้าที่ทราบ ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 281/3 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้มีการรายงานการมีส่วนได้เสีย

และตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/17 กำหนดให้บริษัทต้องจัดให้มีระบบการเก็บรักษาเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสดงข้อมูลตามมาตรา 89/20 รวมทั้งดูแลให้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวให้ถูกต้องครบถ้วนและสามารถตรวจสอบได้

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน กรณีที่ผู้บริหารแผนมิได้ดำเนินการให้บริษัทมีระบบดังกล่าว ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละ

หนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/6

นอกจากนั้น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/87 ในหมวด 3/1 ผู้บริหารแผนอาจต้องรับโทษทางอาญา คือ กรณีที่ผู้บริหารแผนนำข้อมูลไปเปิดเผยไม่ว่าด้วยประการใด ๆ อาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ เว้นแต่เป็นการกระทำตามหน้าที่หรือเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตาม การอนุโลมใช้ในเรื่องความรับผิดชอบกรณีการกระทำการเปิดเผยข้อมูลหรือปกปิดข้อความจริงของผู้บริหารแผนนั้นมีประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

4.4.1 ประเด็นปัญหาการตีความตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 กำหนดว่า

“ผู้ใดมีหน้าที่เปิดเผยเอกสารต่อผู้ถือหุ้นหรือประชาชนทั่วไปตามที่บัญญัติในหมวด 3/1 การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหาการตีความ คำว่า “ผู้ใด” รวมถึง ผู้บริหารแผน ด้วยหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ในการตรวจสอบบริษัทลูกหนึ่งด้วย กล่าวคือ ภายหลังจากที่ผู้บริหารแผนได้รับการแต่งตั้ง ผู้บริหารแผนจะต้องทำการตรวจสอบสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนึ่งและสถานะการเงินของบริษัทตาม Corporations Act 2001 มาตรา 438A(a) โดยบนพื้นฐานของการตรวจสอบนี้ ผู้บริหารแผนจะต้องจัดทำความคิดเห็นที่เป็นกระบวนการในเชิงของอนาคตด้วย เมื่อพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ในการจัดทำและส่งงบการเงินรายไตรมาสที่ผู้สอบบัญชีได้สอบทานแล้ว งบการเงินประจำงวดการบัญชีที่ผู้สอบบัญชีตรวจสอบและแสดงความเห็นแล้ว และรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัท อีกทั้งยังต้องมีหน้าที่ในการรายงานการเปิดเผยข้อมูลอื่นใดเกี่ยวกับบริษัทตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ และตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 ที่ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนให้บริษัทและเจ้าหน้าที่ทราบ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประกอบกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 และมาตรา 89/14 ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า “ผู้ใด” ตาม

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 จึงหมายความว่ารวมถึง ผู้บริหาร
แผนด้วย

ส่งผลให้ ในกรณีที่ผู้บริหารแผนแสดงข้อความในงบการเงินและผลการดำเนินงานของ
บริษัทอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญต่อสำนักงาน
คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ อาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือ
ปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.4.2 ประเด็นปัญหาการตีความตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ
มาตรา 300

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 กำหนดว่า

“ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 268 มาตรา 269 มาตรา 270 มาตรา 271 มาตรา 272
มาตรา 273 มาตรา 274 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 281 มาตรา 281/6 มาตรา 281/9 มาตรา
281/10 มาตรา 284 มาตรา 286 มาตรา 290 มาตรา 292 มาตรา 296 มาตรา 297 มาตรา 298 หรือ
มาตรา 299 เป็นนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติ
บุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มี
ส่วนในการกระทำความผิดนั้น”

กล่าวคือ ในเรื่องนี้มีประเด็นปัญหาการตีความ คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการ
ดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” รวมถึง ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติ
หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วยหรือไม่ อันส่งผลให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน
หนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตาม
พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 274 ประกอบ มาตรา 199

ตัวอย่างเช่น นาย ก เป็นผู้บริหารแผนที่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท A
โดย นาย ก มิได้ดูแลจัดการให้บริษัท A ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด
หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ ไม่นำส่งงบการเงินไตรมาสที่ 2 ประจำปี 2554

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่าผู้บริหารแผนมีหน้าที่ใน
การควบคุมจัดการการดำเนินงานของบริษัท กล่าวคือ มีหน้าที่ในการจัดการกิจการ ทรัพย์สิน ระวัง
หรือจำหน่ายทรัพย์สินหรือกิจการของบริษัททุกหนี้ และกระทำการอื่นใดหรือใช้สิทธิที่บริษัทหรือ
พนักงานของบริษัทสามารถกระทำได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นหน้าที่โดยทั่วไปของผู้บริหารแผน²⁴ และใน

²⁴ Corporations Act 2001 section 437A

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนภายใต้การฟื้นฟูกิจการนั้น ผู้บริหารแผนจะต้องทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบริษัทในการดำเนินการดังกล่าว²⁵

ประกอบกับจากหลักการตามกฎหมายล้มละลาย จะเห็นได้ว่าภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการทำให้เกิดการพักการใช้อำนาจในการบริหารจัดการกิจการของผู้บริหารของลูกหนี้ชั่วคราว อันทำให้ในช่วงดังกล่าวผู้บริหารของลูกหนี้ไม่สามารถใช้อำนาจในการบริหารกิจการของลูกหนี้ได้²⁶ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/20 ผู้บริหารแผนจึงเป็นบุคคลที่มีอำนาจจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 รวมถึง ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วย

จากตัวอย่างข้างต้น เมื่อตีความว่าผู้บริหารแผน คือ บุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล ตามมาตรา 300 ส่งผลให้ นาย ก ต้องรับผิดชอบ ระวังโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56, 199, 274 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 300

²⁵ Corporations Act 2001 section 437B

²⁶ เอื้อน ขุนแก้ว, คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, หน้า 66.

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อบริษัทประสบปัญหาทางการเงินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว คือ บริษัทมีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สิน ส่งผลให้บริษัทอาจเลือกนำทรัพย์สินของตนที่มีไม่พอชำระหนี้มาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งอันจะทำให้เจ้าหนี้รายอื่นเสียเปรียบ นอกจากนั้นหากมองในอีกแง่หนึ่งการที่บริษัทมีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินนั้น อาจเป็นสภาพการณ์ในช่วงเวลานั้นเท่านั้น หากบริษัทได้รับโอกาสก็อาจสามารถฟื้นความสามารถในการประกอบกิจการได้ อันทำให้ในท้ายที่สุดสามารถมีทรัพย์สินมากพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้ครบถ้วน จากสภาพการณ์ข้างต้นทำให้ประเทศต่างๆ ตรากฎหมายล้มละลายขึ้นมาเพื่อใช้แก้ปัญหาดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายล้มละลายจะคุ้มครองเจ้าหนี้และให้ประโยชน์แก่ลูกหนี้แล้ว แต่บางครั้งการล้มละลายนั้นได้สร้างผลกระทบต่อสังคมด้วย เพราะกรณีที่ลูกหนี้รายใดตกเป็นบุคคลล้มละลาย ซึ่งส่งผลให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนตามจำนวนที่เป็นหนี้ ส่งผลให้เจ้าหนี้นั้นอาจต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายรายต่อไปก็ได้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดสภาพการณ์ดังกล่าว จึงได้เกิดมีแนวคิดของกฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการขึ้น

การฟื้นฟูกิจการหรือการปรับโครงสร้างของกิจการ(Reorganization) จึงเป็นกระบวนการหนึ่งที่ใช้สำหรับการแก้ไขปัญหาในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาทางการเงินหรือเมื่อบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยวัตถุประสงค์ของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น

โดยหลักการสำคัญประการหนึ่งของการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ เรื่องของอำนาจหน้าที่ในการจัดการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้ที่จะต้องสิ้นสุดลง เนื่องจากในทางความเป็นจริงแล้วลูกหนี้ไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินอีกต่อไปส่งผลให้ไม่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน ดังนั้นบุคคลที่มีอำนาจในการจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ ผู้บริหารแผน

ตามกฎหมายของต่างประเทศ ในเรื่องการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีความคิดแตกต่างจากประเทศอังกฤษ และออสเตรเลียที่ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่ศาลจะเป็นผู้แต่งตั้ง กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ลูกหนี้ผู้บริหารเดิมยังคงเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ แต่ถ้าศาล

เห็นว่าลูกหนี้ไม่มีความเหมาะสม หรือไม่มีความสามารถ หรือไม่ซื่อสัตย์ต่อการบริหารกิจการ ศาล จึงจะแต่งตั้งทรัสต์เข้ามาบริหารกิจการแทนลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าในทุกประเทศให้ความสำคัญกับเรื่องของคุณสมบัติของผู้บริหารแผน คือ นอกจากจะเป็นบุคคลที่มีประสบการณ์และความชำนาญในด้านการบริหารทางธุรกิจแล้ว ยังต้องเป็นบุคคลที่มีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ และเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการของลูกหนี้ ด้วย

ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารแผนไว้โดยจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการที่กำหนดไว้ ซึ่งการเข้ามาเป็นผู้บริหารแผนนั้น กฎหมายเปิดช่องให้ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกสรรโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ และในกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลที่มีใช่ผู้บริหารลูกหนี้ จะต้องมีความซื่อสัตย์และจะต้องทำการขึ้นทะเบียน ตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผน และผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 โดยต้องเป็นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์ ไม่เคยมีประวัติเกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือไม่สุจริต มีความเป็นกลางและมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ รวมทั้งมีความสามารถในด้านการจัดการทรัพย์สิน

จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้บริหารแผน เป็นบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้นจึงต้องมีหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลัก Fiduciary duties ซึ่งมาจากกฎหมายในเรื่องทรัสต์ โดยหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) นั้นแบ่งเป็นหน้าที่คือ 1) หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty) และ 2) หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care)

เพื่อเป็นการคุ้มครองนักลงทุนในบริษัทจดทะเบียน ซึ่งมีการระดมทุนจากประชาชนเพื่อการดำเนินกิจการของบริษัท จึงมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน กรณีบริษัทจดทะเบียนเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตามหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) ขึ้น โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 มาตรา 89/22 ให้นำบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ และผู้บริหารตามมาตรา 89/7 ถึงมาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความแตกต่างกันของผู้รับประโยชน์ (beneficiaries) ของกรรมการบริษัท และผู้บริหารแผน กล่าวคือ “กรรมการ” ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้น ส่วน “ผู้บริหารแผน” ต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเจ้าหนี้ โดยตามกฎหมายล้มละลายเมื่อศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้วอำนาจหน้าที่ในการจัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้

เป็นอันสิ้นสุดลงและให้สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ระงับลงเช่นกัน เว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล เจ้าหนี้ก็จะเป็นผู้บุคคลที่เข้ามามีบทบาทมากขึ้น จะเห็นได้จากแนวคิดทางกฎหมายเรื่องการแบ่งปันหรือจัดสรรสิทธิให้แก่เจ้าหนี้กรณีที่เกิดการล้มละลาย ยึดแนวคิดที่มีหลักการว่า ผู้ถือหุ้นมีกรรมสิทธิ์ในบริษัทเป็นรายสุดท้าย หลังจากเจ้าหนี้และผู้เกี่ยวข้องอื่นๆ และหลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้ (Best Interest of the Creditor) ประกอบกับผู้บริหารแผนต้องบริหารกิจการภายใต้สถานการณ์ที่บริษัท มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือประสบภาวะทางการเงิน อันแตกต่างจากกรณีของกรรมการบริษัท

ดังนั้น เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนทั้งหมดโดย จึงอาจทำให้เกิดประเด็นปัญหาและข้อสังเกตในบางประเด็นได้ โดยในเรื่องนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาประกอบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย

ในการดำเนินกิจการของบริษัทภายใต้การฟื้นฟูกิจการ ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 หน้าที่หลักของผู้บริหารแผนก็คือ หน้าที่ที่ต้องดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต และต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายบริษัท และกฎหมายหลักทรัพย์แล้ว ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายล้มละลายด้วย ส่วนในเรื่องที่ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัทนั้น หมายถึง การที่ผู้บริหารแผนต้องดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการนั่นเอง และกรณีที่ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นผู้บริหารแผนควรจะต้องพิจารณาถึงข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการด้วย

หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ของผู้บริหารแผน ถูกกำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าในการดำเนินกิจการของบริษัทภายใต้การฟื้นฟูกิจการ ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

โดยในการอนุโลมใช้ ผู้บริหารแผนจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 กำหนดไว้ โดยเฉพาะหน้าที่ที่ต้องดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้เป็นไป

ตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่หลักของผู้บริหารแผนด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามหลัก Fiduciary duties

การอนุโลมใช้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายของผู้บริหารแผนนั้น นอกจากผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ แล้วผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายล้มละลายด้วย ไม่ว่าจะปฏิบัติตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ และตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้บริหารลูกหนี้ คือ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจดำเนินกิจการของลูกหนี้ที่อยู่ในวันที่ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการเป็นผู้บริหารแผน กฎกระทรวงดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับ

การที่ผู้บริหารแผนต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท ก็คือกรณีที่จำเป็นต้องดำเนินการบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการนั่นเอง เนื่องจากเมื่อผู้บริหารแผนเห็นว่า วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทไม่เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ผู้บริหารแผนก็มีหน้าที่ที่จะต้องแก้ไขวัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท เพื่อให้สอดคล้องกับแผนฟื้นฟูกิจการตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/64

นอกจากนั้นกรณีการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนควรจะต้องพิจารณาข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการก่อนว่าในเรื่องที่กระทำการนั้น มีการกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะกรรมการ ที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ เพื่อที่ผู้บริหารแผนจะได้ปฏิบัติตามมติที่ประชุมในเรื่องนั้นๆ

หน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ของผู้บริหารแผน แบ่งได้ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง สามารถแบ่งประเด็นพิจารณาดังนี้

ก. มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก เมื่อนำมาอนุโลมใช้ อาจกล่าวได้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง ผู้บริหารแผนต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน คือ การที่ต้องกระทำการบริหารกิจการภายใต้สถานการณ์ที่บริษัทมีปัญหาทางการเงิน หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว

ซึ่งในเรื่องนี้ในการอนุโลมใช้มีปัญหาขอบเขตการอนุโลมใช้ที่ต้องพิจารณาว่าในการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนควรต้องมีระดับความระมัดระวังที่เท่ากันหรือควรจะต้องสูงกว่าเมื่อเทียบกับกรรมการบริษัท

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับการที่กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติทั้งทางด้านการศึกษาและประสบการณ์อย่างชัดเจน และกฎหมายล้มละลายที่กำหนดให้ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ที่จะต้องบริหารงานตามความสามารถของบุคคลอันประกอบวิชาชีพจะต้องกระทำ แสดงให้เห็นว่าผู้บริหารแผนที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้เดิม จะต้องมีความระมัดระวังที่เทียบเท่ากับผู้มีวิชาชีพ

ผู้วิจัยเห็นว่าในการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 ในเรื่องพิจารณามาตรฐานระดับของความระมัดระวังของผู้บริหารแผน ควรพิจารณามาตรฐานระดับของความระมัดระวังของผู้บริหารแผนในระดับของ “ผู้ประกอบการวิชาชีพ” กล่าวคือผู้บริหารแผนไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้บริหารลูกหนี้เดิม หรือบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติตามที่กฎกระทรวงกำหนด จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่ากรรมการในกรณีปกติ

ข. หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจกล่าวได้ว่าการที่จะพิจารณาว่าผู้บริหารแผนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง รอบคอบหรือไม่นั้น ดูได้จากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจว่าผู้บริหารแผนนั้นได้ตระหนักถึงสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

ในการอนุโลมใช้ในเรื่องว่า ผู้บริหารแผนได้ตัดสินใจกระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผล “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” หรือไม่นั้นมีประเด็นปัญหาในเรื่องการตีความที่ต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties หรือไม่

จากแนวคิดการจัดการทรัพย์สินตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ และหลักประโยชน์ที่ดีที่สุดของเจ้าหนี้ (Best Interest of the Creditor) ตามกฎหมายล้มละลาย ที่กำหนดว่าผู้บริหารแผนจะต้องบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นผู้รับ

ผลประโยชน์ และตามวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ คือ การสร้างมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถที่จะดำเนินกิจการต่อไปได้ และเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนมากขึ้น ประกอบกับแนวคิดตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลีย

ผู้วิจัยเห็นว่าในการอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง และมาตรา 89/10 ที่ผู้บริหารแผนจะต้องกระทำการโดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” ควรตีความในแนวทาง ดังต่อไปนี้

1) ผู้บริหารแผนควรจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่น และคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัทด้วยนอกเหนือจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัท เนื่องจากคำว่า “บริษัท” รวมถึงผู้มีส่วนได้เสียทุกคน

2) การที่ผู้บริหารแผนคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้หรือของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่น ซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนมาตรา 89/8 วรรคสอง และมาตรา 89/10 หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ของบริษัทโดยรวมทั้งหมดของบริษัท” (the company as a whole) ตามแนวทางของคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลีย

2) ผู้บริหารแผนจะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ

การอนุโลมใช้หน้าที่จะต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ นั้น จึงเป็นกรณีที่ต้องอนุโลมใช้กับกรณีที่ผู้บริหารแผนจะต้องดำเนินการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น ในการตัดสินใจในการที่ผู้บริหารแผนจะต้องดำเนินการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้บริหารแผนเป็นบุคคลภายนอก ที่มีผู้บริหารลูกหนี้เดิม ผู้บริหารแผนจึงควรมีเอกสารและข้อมูลที่เพียงพอที่จะต้องใช้ในการประกอบการตัดสินใจอย่างเพียงพอ และน่าเชื่อถือ และอาจใช้สิทธิในการซักถามและขอข้อมูลหรือเอกสารเพิ่มเติมจากผู้บริหารลูกหนี้เดิม ก่อนที่จะมีการตัดสินใจ

3) ผู้บริหารแผนจะต้องตัดสินใจโดยที่ตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

ค. ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความระมัดระวังนั้น ต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ประกอบด้วย

1) ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผน

ในส่วนของผู้บริหารแผนนั้น โดยหลักแล้วต้องมีหน้าที่ในการบริหารงานให้ เป็นไปตามแผน จึงทำให้ผู้บริหารแผนมีตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทที่มีความรับผิดชอบใน การบริหารกิจการทั้งหมดของบริษัท

2) ขอบเขตความรับผิดชอบ

ผู้บริหารแผนต้องบริหารกิจการให้ เป็นไปตามแผนที่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ซึ่งการบริหารกิจการตามแผนพื้นฟูกิจการนั้น บางกรณีอาจนอกเหนือจากกรณีที่เป็นทาง การค้าปกติของบริษัทลูกหนี้ก็ได้ ดังนั้นขอบเขตความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน จึงกว้าง กว่าขอบเขตความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในกรณีปกติ

3) คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์

กรณีของผู้บริหารแผนมีความแตกต่างจากกรรมการบริษัท กล่าวคือ มีการกำหนด ระดับการศึกษา และประสบการณ์ที่ชัดเจน กว่ากรณีของกรรมการบริษัท โดยกำหนดไว้ ตามหลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผน และผู้บริหารแผนพื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545

4) วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผน

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ก็คือ เพื่อดำเนินการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ให้ เป็นไปตามแผนพื้นฟูกิจการ เพื่อให้ บริษัทลูกหนี้สามารถดำรงอยู่ได้ ไม่ต้องเลิกกิจการ เพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สิน อันก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่าการที่ ให้บริษัทล้มละลาย

ในการอนุโลมใช้เรื่องปัจจัยที่ต้องใช้ในการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ รับผิดชอบและความระมัดระวังของผู้บริหารแผนนั้น มีประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของการ อนุโลมใช้ว่า นอกจากปัจจัยในเรื่อง ตำแหน่งในบริษัทของผู้บริหารแผนขอบเขตความรับผิดชอบ คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งผู้บริหารแผนแล้ว ควรต้องคำนึงถึงปัจจัยในเรื่องอื่นด้วยหรือไม่

ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการของประเทศออสเตรเลีย ที่กล่าวว่า มาตรฐานของ ความระมัดระวังซึ่งเทียบจากวิญญูชน (reasonable person) ที่จะใช้ในแต่ละกรณีนั้น จะขึ้นอยู่กับ “สถานการณ์ของบริษัท” โดยจะพิจารณาจากความรู้แรงของสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ความ ร้ายแรงของความเสียหายที่เป็นผลจากสถานการณ์ที่มีความรู้แรงนั้น และค่าใช้จ่าย ความยากและ ความไม่สะดวกในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าปัจจัยที่ต้องมีการพิจารณาเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ และความระมัดระวังของผู้บริหารแผนนั้นควรต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่าย ความยากและความไม่สะดวก ในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ตามหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลีย

นอกจากนั้นในเรื่องค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดกรอบในการ กำหนดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน โดยพิจารณาถึงคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของ ความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ ของบริษัท อันเป็นแนวทางตามกฎหมายประเทศออสเตรเลีย นอกเหนือจากการพิจารณาจากความรู้ ความสามารถและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน

โดยในการนี้ควรมีการปรับแก้กฎหมายล้มละลาย ให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการพิจารณา ค่าตอบแทน ปรับเพิ่มหรือลดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน โดยพิจารณาถึงคุณภาพและความยาก ของงาน ขอบเขตของ ความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะ หรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ของบริษัท

(2) หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต และไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับ ผลประโยชน์ของบริษัท

ก. มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/10 เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับ ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ดังนี้

1) กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

ในเรื่องของกระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญนั้นเช่นเดียวกับ กรณีการตัดสินใจทางธุรกิจของผู้บริหารแผนที่กล่าวถึงข้างต้น จึงมีประเด็นปัญหาในเรื่องการ ตีความที่ต้องพิจารณาว่า การปฏิบัติหน้าที่ตามแผนฟื้นฟูผู้บริหารแผนควรต้อง “คำนึงถึง ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นของบริษัท” ด้วยหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ตามแผน ฟื้นฟูกิจการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลัก Fiduciary duties หรือไม่ เช่นกัน

2) กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม

เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผนแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่านอกจากจะพิจารณาวัตถุประสงค์ ของบริษัทแล้ว ควรต้องพิจารณาที่แผนฟื้นฟูกิจการด้วย

3) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

ในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์นี้ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้บัญญัติบทสันนิษฐานไว้ในมาตรา 89/11 กล่าวคือ เมื่อผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง

มีการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทลูกหนึ่ง หรือบริษัทย่อย โดยมีได้ เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือ มาตรา 89/13 ในเรื่องการทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัท หรือบริษัทย่อย หรือในกรณีที่ผู้บริหารแผนใช้ข้อมูลของบริษัทที่ยังมิได้มีการเปิดเผย ที่ตนได้ล่วงรู้มาจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ทำแผน หรือใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นผลให้ผู้บริหารแผน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท

หลักเกณฑ์การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัท หรือบริษัทย่อยตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 เมื่อมีการอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน มีหลักเกณฑ์การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัท หรือบริษัทย่อย คือ โดยหลักแล้วผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องจะทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อยได้ เมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การทำธุรกิจก็เป็นไปไม่ได้ที่จะรอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติทุกกรณี กฎหมายจึงกำหนดข้อยกเว้นธุรกรรมที่เข้าข้อยกเว้นไว้ด้วย อย่างไรก็ตามต้องอยู่บนหลักการที่ว่าผู้ที่มีส่วนได้เสียในการทำธุรกรรมดังกล่าวจะต้องไม่เป็นผู้อนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

ในเรื่องการที่ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้นมีประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของการนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 มาอนุโลมใช้ว่า การทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อยจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลแทนการขออนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายล้มละลาย

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีการทำธุรกรรมของผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือบริษัทย่อย จะทำได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจาก “ศาล” เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่ลูกหนึ่งจะทำการจำหน่ายจ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนึ่งสามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว จะต้องขออนุญาตจากศาลในการดำเนินการดังกล่าว

เมื่อการทำธุรกรรมของผู้บริหารแผนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือบริษัทย่อย จะทำได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจาก “ศาล” ดังนั้น ในเรื่องที่ทำให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่อง การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรม หลักเกณฑ์

การลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และการประชุมผู้ถือหุ้น ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 จึงไม่จำเป็นต้องอนุมัติใช้กับกรณีของผู้บริหารแผน

และในเรื่องของ การทำธุรกรรมของ “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” กับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อยของบริษัทลูกหนึ่งได้ ที่จะทำได้เมื่อได้รับอนุญาตจากศาลของบริษัทแล้วนั้น มีประเด็นเรื่องของการขอเบ็ดการอนุมัติใช้ด้วยว่า รวมถึง “เจ้าหนี้ และคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากหลักการและบทบัญญัติตามกฎหมายล้มละลาย ที่ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้จึงเป็นบุคคลหนึ่งที่จะเข้ามามีอำนาจในการควบคุมและบริหารกิจการแม้มิใช่การบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งโดยตรง เพราะเป็นหน้าที่ของผู้บริหารแผน แต่ก็เป็นผู้มีอำนาจควบคุมกิจการ โดยอ้อม โดยเฉพาะการเป็นผู้ที่ต้องลงมติดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่กำหนดแนวทางการบริหารกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารแผน

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” จึงควรบังคับใช้กับ “เจ้าหนี้” ด้วย ส่งผลให้ เมื่อเจ้าหนี้ และคู่สมรส บุตรหรือบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของเจ้าหนี้ จะทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อยของลูกหนึ่งได้ ต้องมีการขออนุญาตจากศาลก่อน

4) การรายงานการมีส่วนได้เสีย

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 เมื่อนำมาอนุมัติใช้กับผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจึงมีหน้าที่ต้องรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทหรือบริษัทย่อย

การอนุมัติใช้บทบัญญัติในเรื่องการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 มีประเด็นในเรื่องการตีความว่า คำว่า “บริษัท” ควรต้องหมายความรวมถึงการที่ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนต่อ “เจ้าหนี้” ด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากหลักการของกฎหมายล้มละลายแล้ว และหลักกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ตาม Corporations Act 2001 ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานต่อ “เจ้าหนี้” ของบริษัทด้วย

นอกจากนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ควรออกหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผนให้มีความชัดเจน ตามแนวทางของประเทศออสเตรเลีย คือ “ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผนจะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัท

ลูกหนี้ก่อนที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนี้ โดยในการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ในจดหมายนัดประชุมเจ้าหน้าที่ครั้งแรก หรือในทันทีที่สามารถปฏิบัติได้ภายหลังการแต่งตั้ง” เพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหน้าที่พิจารณาลงมติว่าจะถอดถอนหรือแต่งตั้งผู้บริหารแผนใหม่

ความรับผิดชอบของผู้บริหารแผน

ในส่วนของความรับผิดชอบเมื่อผู้บริหารแผนมิได้ปฏิบัติตามหลัก Fiduciary duties นั้น ได้มีการนำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 ถึง 89/21 และ มาตรา 281/2 มาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน จึงแบ่งเป็นความรับผิดชอบ ดังต่อไปนี้

(1) ความรับผิดชอบกรณีฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต

เมื่อผู้บริหารแผนฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต อาจต้องส่งคืนประโยชน์ที่ได้รับให้แก่บริษัท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 และยังคงอาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 และมาตรา 86 และอาจมีโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ และต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2

นอกจากนั้น ผู้บริหารแผนยังอาจพ้นจากตำแหน่ง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/67 หรืออาจถูกถอดชื่อจากทะเบียน กรณีเป็นผู้บริหารแผนที่มีใช้ผู้บริหารลูกหนี้ ตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 และยังคงต้องรับผิดชอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ด้วย

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/15 ผู้บริหารแผนต้องจัดให้มีเลขานุการบริษัทเพื่อรับผิดชอบดำเนินการในการจัดทำและเก็บรักษาเอกสาร เก็บรักษารายงานการมีส่วนได้เสียที่รายงาน โดยกรรมการ ผู้บริหาร หรือผู้บริหารแผน และดำเนินการอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ดังนั้น กรณีที่ผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เลขานุการบริษัทพ้นจากตำแหน่งหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ และผู้บริหารแผนมิได้แต่งตั้งเลขานุการบริษัทคนใหม่ตามที่ มาตรา 89/15 วรรคสองกำหนด ผู้บริหารแผนต้องระวาง

โทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละสามพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/4 วรรคสอง

ในเรื่องความรับผิดชอบฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบนั้น เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน อาจทำให้ผู้บริหารแผนที่ 1) กระทำการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/12(9) ที่มีโทษทางอาญาต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือทั้งปรับทั้งจำ และ 2) ผู้บริหารแผนที่ไม่ไปศาลหรือไม่ไปประชุมเจ้าหนี้ โดยไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ได้รับอนุญาตจากศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารแผนอาจมีโทษทางอาญา ระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/19 วรรค 3 ผู้บริหารแผนที่กระทำการดังกล่าวเมื่อนำมาอนุโลมใช้อาจถือได้ว่าฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 ด้วย

(2) ความรับผิดชอบการกระทำการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง

ความรับผิดชอบการกระทำการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริงนั้น เป็นกรณีที่ผู้บริหารแผนต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนให้บริษัททราบ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 ดังนั้น ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบ ตามมาตรา 281/3 กรณีฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว

และตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/17 กำหนดให้บริษัทต้องจัดให้มีระบบการเก็บรักษาเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการแสดงข้อมูลตามมาตรา 89/20 รวมทั้งดูแลให้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวให้ถูกต้องครบถ้วนและสามารถตรวจสอบได้ เมื่อนำมาอนุโลมใช้กับผู้บริหารแผน กรณีที่ผู้บริหารแผนมิได้ดำเนินการให้บริษัทมีระบบดังกล่าว ผู้บริหารแผนอาจต้องระวางโทษ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/6

โดยที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/22 ได้บัญญัติให้นำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20 มาอนุโลมใช้ ส่งผลให้ในกรณีที่ผู้บริหารแผนที่ละเลยไม่จัดทำและส่งงบการเงินและรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 หรือแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จ ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบ และชดเชยค่าเสียหายต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการซื้อขายหลักทรัพย์

อันเนื่องจากการเปิดเผยข้อมูล หรือปกปิดข้อความจริง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าโดยตำแหน่งหน้าที่ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงความแท้จริงของข้อมูลหรือการขาดข้อมูลที่ควรต้องแจ้งนั้น ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/20 และผู้บริหารแผนอาจต้องรับโทษทางอาญา ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/87 ในหมวด 3/1 ด้วย

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียประกอบกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 และมาตรา 89/14 ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า“ผู้ใด” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 หมายความว่ารวมถึง ผู้บริหารแผนด้วย ส่งผลให้ ในกรณีที่ผู้บริหารแผนแสดงข้อความในงบการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัท อันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ อาจต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

และ คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ประกอบกับพระราชบัญญัติล้มละลายฯ มาตรา 90/20 คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” จึงรวมถึง ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วย เนื่องจาก ตามกฎหมายล้มละลาย ที่ผู้บริหารแผนจึงเป็นบุคคลที่มีอำนาจจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้ หลังจากศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการแล้ว อันส่งผลให้ผู้บริหารแผนอาจต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 274 ประกอบ มาตรา 199 และมาตรา 300

(3) ความรับผิดชอบกรณีกระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริต

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/21 ในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย หรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือคณะกรรมการ ก็จะนำมากล่าวอ้างเพื่อให้เห็นหลุดพ้นมิได้ และในกรณีที่ผู้บริหารแผนกระทำการโดยทุจริต อาจต้องรับโทษทางอาญา ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2

5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้มีการศึกษาข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าในการนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา ตามมาตรา 89/7 ถึง มาตรา 89/21 รวมทั้งบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับผู้บริหารแผนตามกฎหมายล้มละลาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความและการใช้บังคับ อันเป็นการป้องกันมิให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องหน้าที่ตามหลัก Fiduciary duties ของผู้บริหารแผน แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนและเฉพาะเจาะจงในกรณีของผู้บริหารแผนนั้นเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะและข้อสังเกต เพื่อให้ศาลและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องใช้ในการตีความ ดังต่อไปนี้

(1) การอนุโลมใช้ต้องมีความสอดคล้องกับแนวคิดตามกฎหมายล้มละลาย บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้บริหารแผนตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 และตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ด้วย กำหนดไว้ด้วย

(2) ในการพิจารณามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของผู้บริหารแผนในเรื่อง “กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการเช่นนั้นจะพึงกระทำ” ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 ควรต้องพิจารณามาตรฐานระดับของความระมัดระวังของผู้บริหารแผนไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้บริหารลูกหนี้เดิม หรือบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติตามที่กฎกระทรวงกำหนด ในระดับของ “ผู้ประกอบการวิชาชีพ” ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในระดับที่สูงกว่ากรรมการและผู้บริหารบริษัท

(3) บัญญัติในการพิจารณามาตรฐานและระดับความระมัดระวังของผู้บริหารแผน มาตรา 89/9 ควรต้องคำนึงถึงค่าใช้จ่าย ความยากและความไม่สะดวกในการจะกระทำการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

(4) เรื่องค่าตอบแทนผู้บริหารแผน ควรกำหนดกรอบในการกำหนดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผน โดยพิจารณาถึงคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่า และลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วย นอกจากนั้นควรแก้ไขกฎหมายล้มละลาย โดยให้ศาลมีอำนาจพิจารณาเพิ่มหรือลดค่าตอบแทนของผู้บริหารแผนได้ โดยพิจารณาตามคุณภาพและความยากของงาน ขอบเขตของความรับผิดชอบ มูลค่าและลักษณะของกิจการหรือทรัพย์สิน และลักษณะหรือพฤติกรรมเจ้าหน้าที่ของบริษัทตามที่กล่าวมาข้างต้น

(5) การอนุโลมใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง และมาตรา 89/10 ที่ผู้บริหารแผนจะต้องกระทำการโดยสุจริต “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” ควรตีความในแนวทาง ที่ผู้บริหารแผนควรจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อื่นทุกคน และคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วยนอกเหนือจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัท และการกระทำดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอันเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมายด้วย

(6) ในการทำธุรกรรมระหว่างผู้บริหารแผนกับบริษัทลูกหนึ่งหรือบริษัทย่อยตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 จะทำได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุญาตจาก “ศาล”

(7) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/12 คำว่า “บุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง” ควรหมายความรวมถึง “เจ้าหน้าที่” ด้วย

(8) ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มิให้นำพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/13 มาอนุโลมใช้กับกรณีของผู้บริหารแผน

(9) การรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของผู้บริหารแผนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/14 ผู้บริหารแผนมีหน้าที่ต้องรายงานต่อ “เจ้าหน้าที่” ของบริษัทด้วย

(10) ควรออกหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารแผน ในกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ.2545 ให้มีความชัดเจน คือ ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้บริหารแผน จะต้องชี้แจงว่าตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทในการเป็นพนักงานบริษัทลูกหนึ่งก่อนที่จะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารแผน และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการได้รับค่าชดเชยหรือค่าตอบแทนใดๆจากบริษัทลูกหนึ่งโดยในการแต่งตั้งผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนจะต้องแจ้งต่อ เจ้าหน้าที่ในจดหมายนัดประชุมเจ้าหน้าที่ครั้งแรก หรือในทันทีที่สามารถปฏิบัติได้ภายหลังการแต่งตั้ง

(11) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/10 คำว่า “ผู้ใด” หมายความรวมถึง ผู้บริหารแผนด้วย

(12) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 300 คำว่า “บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” รวมถึง ผู้บริหารแผนที่ฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 56 ด้วย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน, ตัวแทนค้าต่าง, นายหน้า, เจ้าทำของ, รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติธรรม, 2547.
- คารณี แสงนิล. ความรับผิดชอบทางอาญาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. หลักเกณฑ์การนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ [ออนไลน์]. 2551. แหล่งที่มา: http://www.set.or.th/th/products/listing/criteria_p1.html [5 กันยายน 2556]
- นันทพร ทับทิมศรี. บทบาทของคณะกรรมการเจ้าหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ = (UNCITRAL). กรุงเทพมหานคร: กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, 2550.
- พันไมล์ ธาราสุข. กฎหมายทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน: ศึกษาธุรกรรมที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- ไพโรจน์ วงศ์วิภานนท์ และคนอื่นๆ. บทบาทของกฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายต่อระบบเศรษฐกิจไทย: รายงานฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: คณะผู้วิจัยฝ่ายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; คณะผู้วิจัยศาลล้มละลายกลาง, 2545.
- พิชัย นิลทองคำ และกมล ชีรเวชพลกุล. การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยศาลล้มละลายกลาง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อททยา มิเลินเนียม, 2547.
- พิเศษ เสตเสถียร. หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด พร้อมด้วยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม-ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.

- เพ็ง เพ็งนิตติ. คำอธิบาย (ฉบับย่อ) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและพ.ร.บ.ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิพระมงกุฎเกล้า, 2546.
- วิหามหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2555.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิศิษฐ์สรอรรถ, 2547.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2548.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547. พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม 2556. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วน บริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 7 ปรับปรุงและเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547.
- “อุไรรัตน์” VS “ทองแดง” เปิดสมรภูมิชิง “พญาไท” รอบใหม่. มติชนรายวัน (21 พฤศจิกายน 2548): 20.
- เอื้อน ขุนแก้ว. คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: Pholsiam, 2555.

ภาษาอังกฤษ

- American Bankruptcy Institute. Fiduciary duties During the chapter 11 case [Online]. 2009.
Available from: http://www.abiworld.org/committees/newsletters/young/vol7num2/The_Importance_of_Understanding_Fiduciary_Duties.pdf [2013, August 27]
- Andrew R. Keay and Peter Walton. Insolvency law: corporate and personal. Harlow: Longman, 2003.
- Cornell University Law School. Securities and Exchange Commission v Chenery Corporation et al [Online]. Available from: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/318/80> [2013, August 5]
- David G. Epstein. Bankruptcy and other debtor-creditor laws in a nutshell. 5th ed. St.Paul, Minn.: West Pub. co., 1995.
- David Milman and Chris Durrant. Corporate insolvency: law and practice. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- H.A.J. Ford, R.P. Austin and I.M. Ramsay. Ford's principles of corporations law. 11th ed. Australia: LexisNexis Butterworths, 2003.
- Hamish Anderson. Administrators: part II of the Insolvency Act 1986. London : Sweet & Maxwell, 1987.
- Joseph Shade. Business associations in a nutshell. 3rd ed. St. Paul, MN: West, c2010.
- Phillip Lipton and Abe Herzberg. Understanding company law. 14th ed. Pyrmont, NSW: Lawbook Co., 2008.
- Robert L. Mennell. Wills and trusts in a nutshell. St. Paul.: West Pub. Co., 1979.
- Tamar Frankel. Fiduciary law. New York: Oxford University Press, c2011.
- United States Courts. Reorganization Under the Bankruptcy Code [Online]. 2011. Available from: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx> [2013, August 15]
- Vanessa Finch. Corporate insolvency law: perspectives and principles. 2nd ed. Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2009.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพิมพ์พันธ์ ทรงขำ เกิดเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2526 ที่จังหวัดลำปาง จบการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 6 จากโรงเรียนบุญวาทย์วิทยาลัย สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2549 และเข้าศึกษาในหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2554

ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย บริษัท โซตัส อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด