

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการในประเทศไทย

(ศึกษาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ..) พ.ศ.)

บทนี้เป็นการวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของไทยตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย โดยพิจารณาในเรื่องของหลักการ แนวความคิดทางกฎหมาย และผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้มีการสร้างมาตรการทางกฎหมายขึ้นเพื่อเอื้อต่อการฟื้นฟูกิจการเช่นเดียวกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศต่าง ๆ เช่น การให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคำขอฟื้นฟูกิจการในการใช้ดุลพินิจและมีคำสั่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ การสร้างข้อจำกัดสิทธิของบุคคลต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ การคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการ การให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ รวมถึงการใช้การพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดเป็นทางออกสำหรับกรณีที่การฟื้นฟูกิจการไม่ประสบความสำเร็จและลูกหนี้มีแนวโน้มที่จะตกเป็นบุคคลล้มละลาย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงการนำมาตราการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้มาใช้ในทางปฏิบัติแล้ว พบว่ามาตรการบางเรื่องอาจไม่สามารถนำมาใช้ให้บรรลุผลในทางปฏิบัติได้ ทั้งนี้เนื่องจากความไม่ชัดเจนของมาตรการดังกล่าว อีกทั้งมาตรการบางเรื่องที่กำหนดไว้ไม่สอดคล้องกับสภาพความจริงของระบบกฎหมายของไทย ซึ่งผลจากการสร้างมาตรการที่ไม่ชัดเจนและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นไปดังกล่าวข้างต้นนี้ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเกิดขึ้นและการดำเนินต่อไปของกระบวนการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย อีกทั้งยังส่งผลในเรื่องประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวด้วย ซึ่งหากพิจารณาถึงปัญหาและข้อจำกัดต่าง ๆ ของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายนี้แล้ว จะพบว่ามีข้อที่ต้องพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

5.1. การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้

ในการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มีการสร้างข้อจำกัดต่าง ๆ แก่ผู้เกี่ยวข้องเช่นเดียวกับในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอื่น ๆ และเจ้าหนี้ก็เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวด้วย โดยในมาตรา 90/9 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดห้ามเจ้าหนี้อุปถัมภ์เจ้าหนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สิน ห้ามเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ ห้ามเจ้าหนี้มีประกันหรือเจ้าของทรัพย์สินบังคับชำระหนี้หรือเรียกคืนทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ รวมถึงห้ามเจ้าหนี้ที่บังคับชำระหนี้ได้เองตามกฎหมายยึดหรือขายทรัพย์สินของลูกหนี้

สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือเมื่อกฎหมายสร้างมาตรการซึ่งมีสภาพบังคับในการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ไว้แล้วกฎหมายได้สร้างมาตรการในการให้ความคุ้มครองหรือการรักษาผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ไว้เพียงพอหรือไม่ หากพิจารณามาตรการในการคุ้มครองเจ้าหนี้ผู้ถูกจำกัดสิทธิตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้ว พบว่ามีข้อกำหนดในการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ไว้ดังนี้

(1) การคุ้มครองอันเนื่องมาจากการถูกจำกัดสิทธิ

มาตรา 90/9 วรรคสองแห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดไว้ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าไปในที่ทำการของลูกหนี้เพื่อตรวจสอบทรัพย์สิน ดวงตรา สมุดบัญชี หรือเอกสารของลูกหนี้ ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สอบสวนลูกหนี้ ออกหมายเรียกลูกหนี้มาสอบสวน ตามมาตรา 16 (1) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 หรือร้องขอให้ศาลมีคำสั่งอื่นใดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ตามที่ศาลเห็นสมควร

(2) การคุ้มครองในการได้รับชำระหนี้ตามสิทธิ

มาตรา 90/33 (ข) วรรคสอง ซึ่งเป็นขั้นตอนของการเสนอขอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามแผนมีข้อกำหนดไว้ว่าในกรณีที่แผนฟื้นฟูกิจการกำหนดให้มีการลดจำนวนหนี้ของเจ้าหนี้รายใดลงจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้รายนั้น ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้โดยเป็นหลักประกันว่าผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้มีอยู่เดิมจะไม่ถูกทำให้ลดน้อยลงไป อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในมาตรา 90/49 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการเห็นชอบด้วยแผนของศาล พบว่าในวรรคสองของมาตรา 90/49 มีข้อยกเว้นโดยในกรณีที่เหตุผลอันสมควรเป็นพิเศษแม้แผนฟื้นฟูกิจการไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 90/33 ก็ตามแต่หากรายการที่ขาดไปไม่ใช่สาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ หรือแม้ว่าเจ้าหนี้และลูกหนี้จะตกลงกันไม่ได้ก็ตาม ศาลมีอำนาจสั่งเห็นชอบด้วยแผนโดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ที่เสียเปรียบก็ได้

ข้อกำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะ “มีคำสั่งอื่นใดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ตามที่ศาลเห็นสมควร” ในกรณีที่มีการร้องขอจากผู้ถูกจำกัดสิทธิตามมาตรา 90/9 วรรคสอง และการกำหนดให้ศาลมีอำนาจ “กำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ที่เสียเปรียบ” ในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบในแผนฟื้นฟูกิจการกรณีที่เจ้าหนี้ที่เสียเปรียบไม่ยินยอมด้วยกับข้อเสนอชำระหนี้ตามแผน ตามมาตรา 90/33 (ข) วรรคสอง ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรมว่าขอบเขตของการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ดังกล่าวมีเพียงใดนั้นอาจไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ผู้ถูกจำกัดสิทธิได้อย่างเพียงพอ

นอกจากนี้หากพิจารณาหลักการสำคัญของการฟื้นฟูกิจการที่ต้องดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปตามปกติ ซึ่งอาจมีการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้เพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการคุ้มครองเจ้าหนี้ที่ถูกจำกัดสิทธิหรือเจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ อันจะนำมาซึ่งความร่วมมือและความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการในการให้ความคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการ ในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษและสิงคโปร์จะเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ไว้เช่นเดียวกับของไทย แต่มาตรการและแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบมีความชัดเจนมากกว่า โดยในกรณีของเจ้าหนี้มีประกัน กฎหมายของประเทศทั้งสองต่างกำหนดไว้ทำนองเดียวกันว่า¹ ในกรณีที่การฟื้นฟูกิจการมีการโอน หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งเป็นหลักประกันการชำระหนี้ของเจ้าหนี้แล้ว ทรัพย์สินใด ๆ ที่ได้มาแทนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม จะต้องนำมาเป็นหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ผู้ทรงหลักประกันนั้นแทนทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันซึ่งได้ถูกโอนหรือจำหน่ายไป หรือในกรณีที่มีการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันไป เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ผู้ทรงหลักประกันตามมูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้คนอื่น หรือในกรณีที่การฟื้นฟูกิจการหรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ต้องได้รับความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว² ก็มีข้อกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการร้องขอต่อศาลเพื่อขอความคุ้มครอง โดยได้กำหนดแนวทางที่ศาลจะดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ดังกล่าวไว้ด้วย เช่น การวางระเบียบหรือกำหนดวิธีปฏิบัติในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นอีก การกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการละเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย กำหนดให้การดำเนินการบางอย่างของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องมีการประชุมเจ้าหนี้เพื่อขอความเห็นชอบ หรือศาลอาจสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ดังกล่าวก็ได้

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาที่มีการให้ความคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้โดยกำหนดให้ผลประโยชน์ใด ๆ ที่ถูกจำกัดภายใต้ "Automatic Stay" หรือ กรณีที่มีการใช้ให้เข้า จำหน่าย หรือก่อภาระผูกพันขึ้นแก่ทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้หลักประกัน หรือทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนแล้ว จะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ หรือ "Adequate Protection" และได้กำหนดหลักการของการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอไว้ โดยกำหนดให้มีการชำระเงินให้แก่เจ้าหนี้สำหรับมูลค่าของผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่ลดลง หรือการกำหนดให้จัดหาหลักประกันเพื่อทดแทนหรือเพิ่มเติมหลักประกันเดิมที่ถูกจำหน่ายหรือมีมูลค่าลดลง อันเนื่องมาจากการที่ทรัพย์สินได้ถูกใช้ ให้เข้า จำหน่าย หรือเนื่องมาจากการก่อภาระผูกพันขึ้นในลำดับที่เหนือกว่าลำดับของเจ้าหนี้มีประกันที่มีอยู่ก่อน หรือการคุ้มครองด้วยวิธีการอื่นใดซึ่งทำให้เจ้าหนี้ไม่มีข้อสงสัยในเรื่องของความเท่าเทียมกันของผลประโยชน์ที่มีอยู่เดิมกับการให้ความคุ้มครองที่ให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าว นอกจากนี้หากเจ้าหนี้พิสูจน์ได้ว่าผลประโยชน์ของตนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอแล้วศาลมีอำนาจกำหนดให้ผลประโยชน์ในส่วนที่ขาดไปนั้น

¹ Insolvency Act 1986 S.15(4)-(5) and The Companies (Amendment) Act 1987 S.227H(4)-(5)

² Insolvency Act 1986 S.27(1),(2),(4) and The Companies (Amendment) Act 1987 S.227R(1)-(3)

³ 11 U.S.C. S.361

เป็นหนี้ในส่วนของการใช้จ่ายในการบริหารซึ่งหนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิ และในขั้นตอนของการจัดทำข้อเสนอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ หากเจ้าหนี้ไม่ยินยอมหรือไม่ยอมรับข้อเสนอดังกล่าวแล้ว ในแผนฟื้นฟูกิจการจะต้องกำหนดให้ผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับจากแผนฟื้นฟูกิจการต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้นั้นจะได้รับจากลูกหนี้ในกรณีที่มีการชำระบัญชี⁴

หากพิจารณาในด้านหลักการหรือแนวคิดในทางทฤษฎีแล้ว การให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ถือเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้เนื่องจากถือว่าเป็นการยอมรับถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ ก่อนเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้การคุ้มครองเจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการก็เป็นมาตรการที่สำคัญซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศต่าง ๆ

การที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ อาจก่อให้เกิดผลดังต่อไปนี้

(1) ทำให้เจ้าหนี้ไม่ให้ความร่วมมือและไม่เข้าร่วมในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้เพราะการให้ความร่วมมือของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าหนี้มั่นใจว่าการฟื้นฟูกิจการจะให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้มากกว่าการจัดการทรัพย์สินด้วยวิธีการอื่น⁵ ซึ่งความร่วมมือของเจ้าหนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้การฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้นและดำเนินต่อไปได้ อันเป็นการเพิ่มโอกาสของความสำเร็จให้แก่การฟื้นฟูกิจการ

(2) การไม่คุ้มครองสิทธิหรือผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้มีอยู่เดิมตามกฎหมายอื่นนั้นถือเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของบทบัญญัติของกฎหมายอื่น อันมีผลในเรื่องความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในเรื่องหลักประกันการชำระหนี้ ซึ่งจะส่งผลต่อเนื่องไปถึงการค้าขาย และการลงทุนที่จะเกิดขึ้นในประเทศด้วย

(3) การไม่คุ้มครองสิทธิหรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ อาจส่งผลให้เกิดปัญหาแก่บรรดาเจ้าหนี้ที่ถูกจำกัดสิทธิด้วย เนื่องจากการจำกัดสิทธิของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยเฉพาะการจำกัดสิทธิในการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้นั้นอาจส่งผลให้เจ้าหนี้เกิดปัญหาการขาดสภาพคล่องด้วย

⁴ 11 U.S.C. S.1129(7)(A)

⁵ Mark J. Roe, "Bankruptcy and Debt : A New Model for Corporate Reorganization," Columbia Law Review 83 (April 1983) : 539.

ดังนั้นการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้จึงเป็นหลักการที่สำคัญที่ต้องมีในร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ให้ชัดเจนในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

- (1) กำหนดให้มีการจัดหาหลักประกันเพิ่มหรือให้หลักประกันอื่นเพื่อชดเชยหลักประกันเดิมสำหรับการถูกจำกัดสิทธิ การใช้ ขาย ให้เช่า ก่อภาระผูกพัน หรือการดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน
- (2) กำหนดให้มีการจ่ายเงินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ในจำนวนเท่ากับมูลค่าที่ลดลงของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันอันเนื่องมาจากการถูกจำกัดสิทธิ การใช้ ขาย ให้เช่า ก่อภาระผูกพัน หรือการดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน
- (3) กำหนดให้มูลค่าที่ลดลงของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันอันเนื่องมาจากการถูกจำกัดสิทธิ การใช้ ขาย ให้เช่า ก่อภาระผูกพัน หรือการดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน เป็นหนี้อันมีบุริมสิทธิในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน หรือค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ แล้วแต่กรณี
- (4) ให้การรับรองสิทธิหรือประโยชน์ชั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะได้รับจากการฟื้นฟูกิจการนั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่าสิทธิหรือประโยชน์ใด ๆ ที่เจ้าหนี้จะได้รับจากลูกหนี้หากลูกหนี้ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายในเวลานั้น
- (5) ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการร้องขอต่อศาลเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของตนได้ในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นมูลเหตุสำคัญที่ทำให้เจ้าหนี้ันเกิดปัญหาการขาดสภาพคล่องหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว

การหาหลักประกันเพิ่ม การให้หลักประกันทดแทน การชำระเงินแก่เจ้าหนี้ การให้บุริมสิทธิ การรับรองผลประโยชน์ชั้นต่ำที่เจ้าหนี้จะได้รับ รวมถึงการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการร้องขอต่อศาลเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิตามแนวทางดังกล่าวข้างต้นนอกจากแสดงให้เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติล้มละลายยอมรับและการคำนึงถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ในกฎหมายอื่นแล้ว ยังเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ได้มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของลูกหนี้เพียงฝ่ายเดียว แต่ได้คำนึงถึงสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ด้วย ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเป็นสิ่งที่จะช่วยให้ความมั่นใจและความร่วมมือจากเจ้าหนี้ในการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้หลักเกณฑ์ตามแนวทางดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ทำให้มาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วย สำหรับในด้านการทำงานของศาล การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนจะช่วยในการทำงานของศาล ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลชัดเจนและเป็นธรรมมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาข้อเสนอดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าผู้เขียนมุ่งคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกันเป็นสำคัญ ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกันเสมอไม่ว่าในคดีแพ่งหรือในคดีล้มละลาย โดยในคดี

ล้มละลายเจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิที่จะเลือกบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้ของตนได้ โดยไม่ต้องเข้าสู่การขอชำระหนี้หรือขอแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ดังนั้นหากกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ไม่ได้มีการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันให้เท่ากับหรือให้มากกว่าที่เจ้าหนี้มีประกันได้รับในการดำเนินคดีล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้มีประกันอาจไม่เข้าร่วมในการฟื้นฟูกิจการ และเลือกที่จะให้ลูกหนี้เข้าสู่การดำเนินคดีล้มละลาย สำหรับเจ้าหนี้ไม่มีประกันจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้ไม่มีประกันจะได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนหรือในบางกรณีอาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีฟื้นฟูกิจการแล้ว การฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันมากกว่า เพราะโอกาสที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันจะได้รับชำระหนี้มีมากกว่าเนื่องจากการฟื้นฟูกิจการเป็นการจัดการและบริหารกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้ลูกหนี้มีทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้การให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเจ้าหนี้ไม่มีประกันจึงมีน้อยกว่าการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกัน

สำหรับการให้ความสำคัญคุ้มครองเจ้าหนี้จากการถูกจำกัดสิทธิตามมาตรา 90/9 นี้ มีข้อพิจารณาอีกประการคือ การกำหนดขอบเขตของข้อจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขของความเป็นสาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการว่ามีขอบเขตเพียงใด เนื่องจากกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้สามารถหลุดพ้นจากข้อจำกัดสิทธิได้หากว่าทรัพย์สินที่เจ้าหนี้จะบังคับตามสิทธิไม่ได้เป็นสาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการ แต่ในทางปฏิบัติแล้วโอกาสที่ศาลจะกำหนดว่าทรัพย์สินใดไม่เป็นสาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการนั้นมีอยู่น้อยมาก ทำให้ทรัพย์สินต่าง ๆ ทั้งหมดถูกรวบรวมไว้ภายใต้ข้อจำกัดสิทธิตามมาตรา 90/9 ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ

- (1) ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจไม่สามารถบริหารทรัพย์สินได้อย่างมีประสิทธิภาพ
- (2) ก่อให้เกิดภาระแก่ลูกหนี้ในการที่จะต้องให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ที่ถูกจำกัดสิทธิซึ่งเป็นการเพิ่มภาระและค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น
- (3) สิทธิของเจ้าหนี้จะถูกกระทบอย่างไม่สมเหตุสมผล กล่าวคือ เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแม้จะมีการให้ความสำคัญคุ้มครองเจ้าหนี้เพียงพอก็ตาม แต่หากไม่กระทบสิทธิของเจ้าหนี้เลยนั้นย่อมเป็นผลดีมากกว่า

ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติล้มละลายจึงควรพิจารณาในเรื่องของการกำหนดขอบเขตของสิ่งที่เป็นสาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการให้ชัดเจน ทั้งนี้นอกจากเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้แล้ว ยังเป็นการลดภาระและค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นกับลูกหนี้ด้วย โดยกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีประโยชน์หรือมีความสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการอย่างไร ในขณะที่เดียวกันก็เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ได้พิสูจน์ว่าทรัพย์สินนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการฟื้นฟูกิจการหรือมีทรัพย์สินอื่นที่จะเป็นประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการมากกว่าทรัพย์สินดังกล่าว ซึ่งเรื่องนี้หากเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา จะพบว่ามีการเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ผู้ถูกจำกัดสิทธิสามารถร้องขอเพื่อปลดเปลื้องการถูกจำกัดสิทธิตาม Automatic Stay ได้ หากผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของเจ้าหนี้นั้นไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ หรือกรณีที่เป็นกรณจำกัดสิทธิในการดำเนินการใด ๆ ต่อทรัพย์สิน ถ้าหากลูกหนี้ไม่มีส่วนของความเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นและทรัพย์สินนั้นไม่ใช่สิ่งจำเป็นต่อ

การฟื้นฟูกิจการ⁶ ทั้งนี้ได้กำหนดให้เจ้าหนี้หรือผู้ที่ร้องขอเพื่อปลดเปลื้องข้อจำกัดสิทธิจะต้องมีภาระในการพิสูจน์ว่าลูกหนี้ไม่ได้เป็นผู้มีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นแล้ว และกำหนดให้ผู้คัดค้านการขอปลดเปลื้องข้อจำกัดสิทธิมีภาระต้องพิสูจน์ในประเด็นอื่น ๆ⁷

สำหรับการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ในการได้รับชำระหนี้ตามสิทธินั้นได้แก่ การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนที่ศาลใช้พิจารณาให้ความเห็นชอบตลอดจนกำหนดแนวทางในการคุ้มครองเจ้าหนี้ที่เสียเปรียบ โดยนอกจากพิจารณารายการต่าง ๆ ในแผนฟื้นฟูกิจการแล้วศาลควรพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องของการเสนอแผน ข้อเสนอในแผนว่าเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ ตลอดจนให้ศาลพิจารณาความสุจริตในการจัดทำและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการด้วย

(2) ความเหมาะสมของค่าใช้จ่ายหรือค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่บุคคลใด ๆ เพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่ผู้บริหารเดิมของลูกหนี้ บุคคลต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องพิเศษกับลูกหนี้

(3) การเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ของผู้ที่มีส่วนร่วมดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการภายหลังจากที่ศาลให้ความเห็นชอบในแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว โดยเปิดเผยถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ยังคงปฏิบัติหน้าที่อยู่ตลอดจนค่าตอบแทนที่บุคคลเหล่านั้นได้รับจากลูกหนี้

(4) แผนฟื้นฟูกิจการนั้นได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการหรือในกรณีที่เจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการไม่ให้ความเห็นชอบ แผนฟื้นฟูกิจการต้องกำหนดให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่าจำนวนที่จะได้รับหากลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายในเวลานั้น

(5) แผนฟื้นฟูกิจการต้องไม่มีความเป็นไปได้ที่จะมีการชำระบัญชีลูกหนี้หรือทำให้ลูกหนี้ต้องเข้าสู่การดำเนินคดีล้มละลาย หรือต้องมีการดำเนินการฟื้นฟูกิจการอีกในภายหลัง

(6) กรณีที่มีแผนฟื้นฟูกิจการที่ได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้มากกว่าหนึ่งแผน ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจตัดสินในการยอมรับแผน โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เจ้าหนี้จะได้รับจากแผนฟื้นฟูกิจการเป็นสำคัญ

⁶ 11 U.S.C. Section 362(d)

⁷ 11 U.S.C. Section 362(g)

5.2. การแบ่งชั้นของเจ้าหน้าที่ในแผนผังฟูจิกการ

การพิจารณาในเรื่องการแบ่งชั้นของเจ้าหน้าที่ในแผนผังฟูจิกการนั้น เป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งชั้นเจ้าหน้าที่เพื่อการชำระหนี้หรือการจัดลำดับการชำระหนี้ และการแบ่งชั้นเจ้าหน้าที่เพื่อการพิจารณาแผนผังฟูจิกการ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

5.2.1 การแบ่งชั้นเจ้าหน้าที่เพื่อการชำระหนี้

ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดลำดับการชำระหนี้ไว้ เฉพาะกรณีที่มีการยกเลิกการฟื้นฟูฟูจิกการ โดยมาตรา 90/65(3) กำหนดให้ค่าตอบแทนของผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราวและหนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อนขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูฟูจิกการของลูกหนี้ ยกเว้นหนี้ละเมิดนั้น เป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้โดยให้อยู่ในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 253 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการจัดลำดับการชำระหนี้เฉพาะหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างการฟื้นฟูฟูจิกการ หรือหนี้ที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูฟูจิกการเท่านั้น สำหรับเจ้าหน้าที่มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการฟื้นฟูฟูจิกการนั้นตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ได้กำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวไว้ และสำหรับมาตรา 90/33 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายซึ่งกำหนดเกี่ยวกับรายการชั้นต่ำที่ต้องมีในแผนผังฟูจิกการโดยกำหนดให้หลักการและวิธีการฟื้นฟูฟูจิกการต้องมีรายการเกี่ยวกับวิธีการชำระหนี้ไว้⁸ นั้น บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดลำดับการชำระหนี้ไว้ ดังนั้นจึงอาจเกิดปัญหาได้ว่าลำดับชั้นของการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่มูลหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการฟื้นฟูฟูจิกการนั้นมีหลักเกณฑ์เช่นไร ซึ่งในกรณีดังกล่าวหากต้องนำบทบัญญัติตามมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 เรื่องการจัดลำดับการชำระหนี้หรือบุริมสิทธิในคดีล้มละลายมาใช้ในการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าว เจ้าหนีดังกล่าวจะถูกจัดอยู่ในลำดับชั้นที่ 8 คือเป็นหนี้อื่น ๆ ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับสุดท้าย และเจ้าหนี้แต่ละรายจะได้รับชำระหนี้โดยเฉลี่ยกันตามส่วน ซึ่งการนำหลักเกณฑ์การจัดลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายมาใช้กับเจ้าหนี้ตามแผนผังฟูจิกการนั้น อาจทำให้เกิดผลดังนี้

(1) การบริหารทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากหลักการสำคัญของการฟื้นฟูฟูจิกการเป็นเรื่องของการบริหารในเชิงธุรกิจ อีกทั้งเจ้าหนี้แต่ละรายก็ย่อมมีความสำคัญและได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูฟูจิกการที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจต้องมีการจัดลำดับการชำระหนี้ใหม่เพื่อให้สามารถบริหารทรัพย์สินและหนี้สินได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้บางรายที่มีความสำคัญหรือได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูฟูจิกการ นอกจากนี้ยังอาจทำให้เจ้าหนีดังกล่าวไม่ร่วมมือในการฟื้นฟูฟูจิกการ

⁸ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/33 (3)(ข)

ดังนั้น ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดลำดับการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ไว้ให้ชัดเจน เนื่องจากหากพิจารณาถึงการจัดลำดับการชำระหนี้ หรือการเกิดขึ้นของบุริมสิทธิตามกฎหมายของไทยแล้ว จะพบว่าบุริมสิทธิ์จะเกิดขึ้นได้ก็โดยผลของกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตามการกำหนดลำดับการชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการนั้นควรกำหนดไว้เพียงหลักการในการจัดลำดับการชำระหนี้เท่านั้นทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถบริหารทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ได้คล่องตัวและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การจัดลำดับการชำระหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นควรมีแนวทางดังต่อไปนี้

1) กำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งชั้นของเจ้าหนี้

โดยที่เจ้าหนี้แต่ละรายต่างก็มีความสำคัญและได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงควรมีการแบ่งเจ้าหนี้ดังกล่าวออกจากกัน โดยในการจัดแบ่งเจ้าหนี้นั้นควรพิจารณาถึงความสำคัญและสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องที่มีต่อการฟื้นฟูกิจการ

การพิจารณาในเรื่องความสำคัญของสิทธิเรียกร้องที่มีต่อการฟื้นฟูกิจการเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการหรือการบริหารทรัพย์สินและหนี้สินในทางธุรกิจ ได้แก่ เจ้าหนี้รายย่อย ที่มีเจ้าหนี้จำนวนมากแต่มีมูลค่ารวมของหนี้สินต่อลูกหนี้เพียงเล็กน้อยอาจกำหนดให้มีการชำระหนี้ก่อนเพื่อลดความยุ่งยากและค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูกิจการต้องแยกเจ้าหนี้ดังกล่าวไว้ประเภทหนึ่ง ในขณะที่เจ้าหนี้บางรายเป็นเจ้าหนี้รายใหญ่มีจำนวนไม่กี่รายแต่ลูกหนี้จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือของเจ้าหนี้ดังกล่าวในการฟื้นฟูกิจการก็อาจกำหนดให้หลักประกันใด ๆ เพิ่มเติมแก่เจ้าหนี้กลุ่มดังกล่าว หรืออาจมีการผ่อนชำระหนี้เป็นงวด ๆ ให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าว เพื่อให้เจ้าหนี้รู้สึกว่าการฟื้นฟูกิจการนั้นให้ประโยชน์แก่สิทธิเรียกร้องของตน อันส่งผลให้เจ้าหนี้นั้นยอมให้ความร่วมมือในการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับการพิจารณาในเรื่องสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้อง ได้แก่ การพิจารณาในเรื่องสิทธิเรียกร้องที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน โดยสิทธิเรียกร้องที่จะถือว่ามีสาระสำคัญเหมือนกันนั้น ได้แก่ สิทธิเรียกร้องต่อทรัพย์สินอย่างเดียวกันในระดับเท่ากัน เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันในทรัพย์สินชนิดเดียวกันและอยู่ในลำดับเท่ากัน หรือกรณีของเจ้าหนี้ร่วม เป็นต้น และกำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่อยู่ในชั้นเดียวกันต้องมีสาระสำคัญเหมือนกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหนี้แต่ละรายจะมีสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องเหมือนกันก็ตาม แต่เจ้าหนี้ดังกล่าวอาจมีความสำคัญและมีบทบาทต่อการฟื้นฟูกิจการแตกต่างกัน ดังนั้นหลักการสำคัญของการแบ่งชั้นเจ้าหนี้ก็คือไม่ควรกำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่มีสาระสำคัญเหมือนกันต้องอยู่ในชั้นเดียวกันเสมอ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวและเกิดประโยชน์สูงสุดในการฟื้นฟูกิจการ สำหรับการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้บางรายโดยไม่เป็นธรรม อาจทำได้โดยกำหนดให้การจัดชั้นของสิทธิเรียกร้องที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไว้คนละชั้นต้องแสดงผลที่เหมาะสมในการจัดชั้นดังกล่าวด้วย และให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบถึงความเหมาะสมดังกล่าว

2) การกำหนดหลักปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ในแต่ละชั้น

การแบ่งชั้นเจ้าหนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างและความสำคัญของเจ้าหนี้แต่ละรายที่มีต่อการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตามการแบ่งชั้นเจ้าหนี้จะไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่เจ้าหนี้ได้เลยหากไม่มีการกำหนดวิธีปฏิบัติที่เหมาะสมต่อเจ้าหนี้เหล่านั้น ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ในแต่ละชั้น จึงเป็นสิ่งที่จะช่วยทำให้ความเป็นธรรมที่ให้แก่เจ้าหนี้เป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1) การปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ในชั้นเดียวกัน

การแบ่งชั้นของเจ้าหนี้ไม่ว่าจะโดยพิจารณาจากสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องหรือพิจารณาจากความสำคัญของเจ้าหนี้ที่มีต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็ตาม เมื่อได้กำหนดให้เจ้าหนี้ใดอยู่ในชั้นเดียวกันก็แสดงว่าเจ้าหนี้ทุกคนในชั้นนั้นมีสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องเหมือนกัน หรือมีความสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการเท่ากัน ดังนั้นสิ่งที่เจ้าหนี้ทุกคนในชั้นเดียวกันจะได้รับจึงต้องเป็นสิ่งที่เสมอภาคและเท่าเทียมกัน (pari passu) กล่าวคือหากมีการให้ความคุ้มครองหรือให้สิทธิประโยชน์ใด ๆ แก่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งแล้วเจ้าหนี้คนอื่น ๆ ในชั้นนั้นก็จะต้องได้รับด้วย หรือหากผลประโยชน์หรือทรัพย์สินใด ๆ ที่กำหนดไว้สำหรับเจ้าหนี้ในชั้นนั้น ๆ ไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ทุกคนได้เต็มตามจำนวนของสิทธิเรียกร้อง หรือในกรณีที่ต้องมีการแบ่งชำระหนี้เพียงบางส่วนให้กับเจ้าหนี้ในชั้นใดแล้ว ก็ควรเป็นไปโดยเสมอภาคโดยเฉลี่ยตามสัดส่วน (pro rata) ของสิทธิเรียกร้องและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้แต่ละรายในชั้นนั้น

อย่างไรก็ตามการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ในชั้นเดียวกันก็อาจกระทำได้หากได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ที่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่าเจ้าหนี้อื่นในชั้นนั้น ๆ การจัดผลประโยชน์ของเจ้าหนี้อย่างเสมอภาคตามหลัก pari passu นี้ เป็นหลักการสำคัญในกฎหมายล้มละลายในการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้⁹ ซึ่งเป็นการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้ว่าจะได้รับการปฏิบัติโดยเสมอภาคและเท่าเทียมกับเจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน หลักการดังกล่าวจำเป็นต้องกำหนดให้ชัดเจนในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการเพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้ว่าจะได้รับความคุ้มครองไม่น้อยไปกว่าการคุ้มครองในคดีล้มละลาย

2.2) การปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ต่างชั้น

มีสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์บางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ประเภทอื่น ตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้มีประกันย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เจ้าหนี้ที่มีปริมสิทธิย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือสิทธิในระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนที่จะจัดสรรส่วนแบ่งทุนให้กับผู้ถือหุ้น ซึ่งลำดับชั้นต่าง ๆ เหล่านี้เกิดขึ้นโดยมีกฎหมายรอง

⁹ Roy M. Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, p.59.

รับ และกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการก็ควรต้องยอมรับถึงลำดับชั้นต่าง ๆ ที่เจ้าหนี้มีอยู่ตามกฎหมายอื่นด้วย ดังนั้นในการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ที่อยู่ต่างชั้นจึงต้องพิจารณาถึงลำดับชั้นของสิทธิของเจ้าหนี้ด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วในการชำระหนี้ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าให้เต็มจำนวนก่อนแล้วจึงชำระให้เจ้าหนี้ในลำดับถัดลงมา (absolute priority) หากเจ้าหนี้ในลำดับชั้นที่สูงกว่าไม่ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนเต็มตามจำนวนแล้ว เจ้าหนี้ลำดับถัดมาก็จะไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้

อย่างไรก็ตาม การยกเว้นหลักการดังกล่าวนี้ย่อมสามารถทำได้หากเจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนได้ให้ความยินยอมหรือมีการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในลำดับที่สูงกว่าอย่างเพียงพอ ตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้มีประกันยินยอมให้นำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของตนให้กับเจ้าหนี้รายย่อยไปบางส่วนก่อนก็ได้ หรืออาจยินยอมที่จะรับชำระหนี้เพียงบางส่วนโดยแบ่งชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้สามัญไปบางส่วนก็ได้ สำหรับในกรณีที่เจ้าหนี้ดังกล่าวไม่ให้ความยินยอม แต่แผนจำเป็นต้องมีการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ในลำดับถัดไปบางส่วนเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายควรคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวสำหรับส่วนที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้ไว้ด้วย ซึ่งอาจทำได้โดยการให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันสำหรับสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ในส่วนที่ยังไม่ได้รับการชำระหนี้ เป็นต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับในคดีล้มละลายแล้ว ลำดับการชำระหนี้ในคดีล้มละลายจะเคร่งครัดมาก การยกเว้นหรือการไม่ชำระหนี้ตามลำดับชั้นนั้นจะทำได้เฉพาะเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบเท่านั้น แต่สำหรับในการฟื้นฟูกิจการนอกจากความยินยอมของเจ้าหนี้แล้ว การยกเว้นหลักการชำระหนี้ตามลำดับชั้นก็อาจทำได้หากเจ้าหนี้ที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากในคดีล้มละลายทรัพย์สินของลูกหนี้จะถูกรวบรวมและจำหน่ายไปโดยไม่มีการบริหารทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้นทรัพย์สินของลูกหนี้จึงไม่มีโอกาสเพิ่มขึ้นจากเดิม ในขณะที่การฟื้นฟูกิจการไม่ได้มุ่งที่การจำหน่ายทรัพย์สินแต่เป็นเรื่องของการจัดการการบริหารทรัพย์สิน ดังนั้นทรัพย์สินของลูกหนี้จึงยังมีโอกาสเพิ่มขึ้นและเจ้าหนี้ที่ยังไม่ได้รับชำระหนี้ก็ยังมีโอกาสได้รับชำระหนี้สำหรับส่วนที่ขาดไป

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือการชำระหนี้ที่ไม่เป็นไปตามลำดับชั้นในการฟื้นฟูกิจการนั้นโดยทั่วไปมักเป็นกรณีระหว่างเจ้าหนี้กับเจ้าหนี้ด้วยกันเท่านั้น สำหรับกรณีของผู้ถือหุ้น โดยหลักแล้วจะไม่มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งก่อนเจ้าหนี้ หากเจ้าหนี้ทั้งหลายไม่ได้รับชำระหนี้เต็มตามจำนวนหนี้ก็จะไม่ให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁰ เว้นแต่กรณีที่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะได้มีส่วนช่วยเหลือหรือทำประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการโดยได้สร้างมูลค่าใหม่ (new value) ให้เกิดขึ้นแก่กิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้¹¹ ผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็จะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ และอาจมีสิทธิได้รับ

¹⁰ Charles R. Sterbach, "Absolute Priority and The New Value Exception : A Practitioner's Primer", *Commercial Law Journal* 9 (Summer 1994) : 178.

¹¹ Ibid., 185.

ชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้บางราย จากทรัพย์สินในส่วนที่ตนเป็นผู้ทำให้เกิดมูลค่าที่เพิ่มขึ้นนั้น ซึ่งหลักในเรื่องนี้ปรากฏชัดในการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าหลักดังกล่าวจะไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมายแต่เป็นหลักการที่ศาลยอมรับและถือปฏิบัติกันอยู่

5.2.2 การแบ่งชั้นเจ้าหนี้เพื่อการพิจารณาแผน

ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อยอมรับหรือปฏิเสธแผนฟื้นฟูกิจการเกี่ยวกับผู้มีสิทธิออกเสียง การออกเสียง และมติในการยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการไว้โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(1) มาตรา 90/24 กำหนดให้เจ้าหนี้ที่มีสิทธิออกเสียงในการประชุมเจ้าหนี้คือเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้และคำขอชำระหนี้ไม่มีข้อโต้แย้งแล้ว สำหรับเจ้าหนี้มีประกันจะสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้เมื่อได้สละทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ดังกล่าวสามารถยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้เต็มตามจำนวนหนี้¹² หรือเมื่อเจ้าหนี้ดังกล่าวได้ตราค้ำทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแล้วจะสามารถยื่นขอรับชำระหนี้ส่วนที่ยังขาดอยู่ได้

(2) มาตรา 90/37 กำหนดว่ามติของที่ประชุมเจ้าหนี้ที่ยอมรับแผนจะต้องเป็นมติพิเศษคือต้องประกอบด้วยเจ้าหนี้ฝ่ายข้างมากและมีจำนวนหนี้ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนหนี้ทั้งหมดของเจ้าหนี้ซึ่งเข้าประชุมและได้ออกเสียงในที่ประชุม¹³

จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติล้มละลายให้ความสำคัญกับเจ้าหนี้ที่มีสิทธิออกเสียงไว้อย่างเท่าเทียมกันโดยไม่ได้แบ่งแยกประเภทของเจ้าหนี้ และไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกเสียงของเจ้าหนี้มีประกันที่ถูกจำกัดสิทธิตามมาตรา 90/9 ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการออกเสียงของเจ้าหนี้มีประกันจึงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับในคดีล้มละลายคือต้องสละหลักประกันก่อนจึงจะสามารถออกเสียงได้เต็มจำนวน นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายยังกำหนดให้มติดการให้ความเห็นชอบในแผนฟื้นฟูกิจการต้องเป็นมติพิเศษ ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกเสียงของเจ้าหนี้ในการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการไว้เช่นนั้นอาจทำให้เกิดผลดังต่อไปนี้

(1) ทำให้มติยอมรับแผนของที่ประชุมเจ้าหนี้ที่ออกมาไม่ใช่สิ่งที่แสดงถึงการรักษาผลประโยชน์และการให้ความเป็นธรรมต่อบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้มีประกันที่ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการได้มีโอกาสออกเสียงในที่ประชุมเจ้าหนี้หรือการกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันออกเสียงได้เฉพาะในส่วนที่เกินกว่ามูลค่าของหลักประกันทั้งที่เจ้าหนี้ดังกล่าวไม่สามารถใช้สิทธิของตนที่มีต่อทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในขณะนั้นได้เลย

¹² ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/20 กำหนดให้นำมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 6

(2) ทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการของกฎหมายในเรื่องของเจ้าหนี้มีประกันและการให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เนื่องจากในกระบวนการฟื้นฟูกิจการเจ้าหนี้มีประกันอาจถูกจำกัดสิทธิในการบังคับชำระหนี้เฝ้ากับทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน และแนวทางที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการอาจกระทบต่อเจ้าหนี้มีประกันด้วยดังนั้นเจ้าหนี้มีประกันจึงควรมีส่วนในการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการด้วย นอกจากนี้โดยหลักแล้วเจ้าหนี้มีประกันต้องได้รับการคุ้มครองและการปฏิบัติที่ดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่หากพิจารณาในเรื่องการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้วจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองและการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้มีประกันนั้นอยู่ในลำดับที่เท่ากันหรือน้อยกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

(3) สร้างอุปสรรคต่อลูกหนี้ในการเจรจาต่อรองหรือขอความเห็นชอบ เนื่องจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีเจ้าหนี้เข้ามาเกี่ยวข้องจำนวนมาก สิทธิเรียกร้องและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ดังกล่าวย่อมมีที่มาและมีสาระสำคัญที่แตกต่างกัน การเจรจาหรือการจัดการใด ๆ เพื่อให้เจ้าหนี้เหล่านั้นเห็นชอบร่วมกันทั้งหมดหรือให้เจ้าหนี้ส่วนมากยอมรับหรือให้ความเห็นชอบย่อมทำได้ยาก และหากปรากฏว่าที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่มีมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการก็ย่อมเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกคำสั่งอนุญาตให้ฟื้นฟูกิจการหรือมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดซึ่งทำให้การฟื้นฟูกิจการต้องสิ้นสุดลง อันเป็นการปิดโอกาสในการช่วยเหลือเยียวยาลูกหนี้และทำให้ลูกหนี้ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายในที่สุด

นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้บางรายมีข้อโต้แย้งหรือขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมมีผลต่อเจ้าหนี้ทั้งหมด ดังจะเห็นได้จากมาตรา 90/40 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายในกรณีที่มีการขอแก้ไขแผนหากเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญและมีผู้ร้องขอให้เลื่อนการพิจารณาแผนออกไป ก็ต้องเรียกประชุมเจ้าหนี้ทั้งหมดอีกครั้ง ซึ่งทำให้การดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องล่าช้าออกไปและเกิดภาระเรื่องค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น

เพื่อให้การลงมติของที่ประชุมเจ้าหนี้เป็นสิ่งที่แสดงถึงความต้องการของเจ้าหนี้อย่างแท้จริง จึงควรกำหนดให้พิจารณามติของที่ประชุมเจ้าหนี้โดยถือตามเสียงส่วนใหญ่ของเจ้าหนี้ที่อยู่ในชั้นเดียวกันเป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติล้มละลายควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการไว้ ดังนี้

1) กำหนดให้มีการออกเสียงโดยพิจารณาตามลำดับชั้นของเจ้าหนี้ที่จัดลำดับไว้เพื่อการชำระหนี้ และให้ถือเอามติเสียงข้างมากหรือมติพิเศษของเจ้าหนี้ในชั้นใด มีผลผูกพันเจ้าหนี้ทุกคนที่อยู่ในชั้นนั้น ๆ แม้ว่าเจ้าหนี้ดังกล่าวจะไม่ออกเสียงยอมรับก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากเจ้าหนี้ที่อยู่ในชั้นเดียวกันนั้นเป็นเจ้าหนี้ที่มีสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ที่เหมือนกัน ดังนั้นหากเจ้าหนี้ส่วนใหญ่

* 11 U.S.C. S.1126(c) กำหนดให้มติยอมรับแผนของเจ้าหนี้ในแต่ละชั้นจะต้องประกอบด้วยคะแนนเสียงของเจ้าหนี้ที่มีจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง และมีจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของหนี้ในชั้นนั้น ๆ ที่ได้ออกเสียงยอมรับแผน

ในชั้นนั้น ๆ ยอมรับข้อเสนอในแผนฟื้นฟูกิจการ ก็แสดงว่าข้อเสนอในแผนมีการจัดการกับสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ดังกล่าวได้เหมาะสมในระดับที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายจนเกินสมควร¹⁴

2) มีการแบ่งแยกเจ้าหนี้ชั้นที่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการ และเจ้าหนี้ที่ไม่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการ โดยกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการมีสิทธิในการออกเสียงเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในแผน ไม่ว่าเจ้าหนี้ดังกล่าวจะเป็นเจ้าหนี้มีประกันหรือเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกันก็ตาม สำหรับเจ้าหนี้ที่ไม่ได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการก็ควรกำหนดให้ถือว่าเจ้าหนี้ในชั้นดังกล่าวยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการโดยไม่ต้องให้เจ้าหนี้ดังกล่าวออกเสียง

จะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการยอมรับแผนของที่ประชุมเจ้าหนี้โดยแบ่งชั้นเจ้าหนี้ นอกจากจะทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องในการฟื้นฟูกิจการแล้ว ยังทำให้การเจรจาและการจัดการกับสิทธิเรียกร้องและผลประโยชน์ของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายนั้นทำได้ง่ายขึ้นเนื่องจากการเจรจากับเจ้าหนี้เป็นกลุ่ม ๆ และเจ้าหนี้ในกลุ่มก็มีผลประโยชน์หรือสิทธิเรียกร้องที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งความพอใจหรือความต้องการของเจ้าหนี้เหล่านั้นก็จะไปในแนวทางเดียวกัน ทำให้โอกาสที่แผนจะได้รับการยอมรับจากที่ประชุมเจ้าหนี้มีมากขึ้น¹⁵ หรือในกรณีที่เจ้าหนี้บางชั้นต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อเสนอตามแผนในส่วนของตน ก็สามารถนัดประชุมเฉพาะเจ้าหนี้ในชั้น ๆ นั้นได้โดยไม่ต้องเรียกประชุมเจ้าหนี้ทั้งหมด นอกจากนี้การแบ่งชั้นเจ้าหนี้ยังมีประโยชน์ในเรื่องของการจัดส่งข้อมูลให้แก่เจ้าหนี้เพื่อประกอบการพิจารณาในการยอมรับแผนด้วย โดยทำให้สามารถจัดส่งเฉพาะข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหนี้ในชั้นนั้น ๆ ได้ เจ้าหนี้ที่อยู่ต่างชั้นกันไม่จำเป็นต้องได้ข้อมูลเหมือนกันทั้งหมดก็ได้หากข้อมูลดังกล่าวไม่ใช่สาระสำคัญที่เจ้าหนี้ในชั้นนั้น ๆ จำเป็นต้องใช้เพื่อประกอบการพิจารณา ทำให้สามารถประหยัดค่าใช้จ่ายในการจัดทำข้อมูลเพื่อจัดส่งให้แก่เจ้าหนี้ได้อีกทางหนึ่ง แต่สิ่งที่ต้องระมัดระวังก็คือข้อมูลที่จัดส่งให้แก่เจ้าหนี้ที่อยู่ในชั้นเดียวกันจะต้องเป็นข้อมูลที่เหมือนกันเสมอ

อย่างไรก็ตาม ในการแบ่งชั้นของเจ้าหนี้และการกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้แต่ละชั้นตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นการแบ่งชั้นของเจ้าหนี้โดยพิจารณาถึงสาระสำคัญของสิทธิเรียกร้องและความสำคัญของเจ้าหนี้ที่มีต่อการฟื้นฟูกิจการเท่านั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเจ้าหนี้มีสถานะอื่นนอกเหนือจากความเป็นเจ้าหนี้ ซึ่งอาจทำให้เจ้าหนี้ดังกล่าวได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรมแล้ว เจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ในสถานะอื่นด้วยอาจได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากเจ้าหนี้อื่นที่มีความสำคัญและสืบบทบาทในการฟื้นฟูกิจการ หรือได้รับผลกระทบจากแผนฟื้นฟูกิจการเหมือนกันก็ได้ ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

¹⁴ Richard F. Broude, Reorganizations under Chapter 11 of the Bankruptcy Code, p.9-5.

¹⁵ Ibid.,

5.3. เจ้าหนี้ที่รู้ข้อมูลภายในหรือเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้

การให้ความคุ้มครองหรือการให้สิทธิใด ๆ แก่เจ้าหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายนั้นเป็นการให้ความคุ้มครองหรือให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ทุก ๆ รายโดยไม่ได้มีการพิจารณาถึงสถานะและความสัมพันธ์ของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ ดังจะเห็นได้จากการที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษสำหรับบุคคลที่มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับลูกหนี้

หากพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงแล้วจะพบว่าเจ้าหนี้บางรายนั้นมีความสัมพันธ์หรือมีความเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ในสถานะอื่นด้วย ซึ่งความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวข้องกับลูกหนี้เหล่านั้นหากเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่ทำให้เจ้าหนี้อยู่ในสถานะที่ได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น ๆ แล้ว ความสัมพันธ์ดังกล่าวย่อมไม่ถูกนำมาพิจารณาเป็นพิเศษ แต่ในบางครั้งความสัมพันธ์ของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ อาจส่งผลให้เจ้าหนี้อยู่ในสถานะที่ได้เปรียบเจ้าหนี้คนอื่นอย่างไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเจ้าหนี้ผู้นั้นอยู่ในสถานะที่มีโอกาสรู้ข้อมูลความเป็นไปต่าง ๆ ของลูกหนี้ได้มากกว่าเจ้าหนี้คนอื่น ๆ หรืออาจอยู่ในสถานะที่สามารถควบคุมการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ได้ด้วย โดยอาจเป็นผู้ถือหุ้น ผู้บริหาร ผู้มีอำนาจครอบงำจัดการกิจการของลูกหนี้ไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อม หรือเป็นผู้ที่กระทำการเป็นตัวแทนของลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้ที่อยู่ในสถานะดังกล่าวย่อมเป็นผู้ที่มีโอกาสรู้ข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับลูกหนี้ได้ดีกว่าเจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องเป็นพิเศษกับลูกหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่รู้กันภายในและยังไม่ได้มีการเปิดเผย แล้วได้มีการนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้อื่น หรือในบางกรณีเจ้าหนี้ดังกล่าวอาจเป็นต้นเหตุหรือมีส่วนในการทำให้ลูกหนี้ต้องประสบกับปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือขาดสภาพคล่อง ดังนั้นการให้ความคุ้มครองการให้สิทธิ หรือการกำหนดวิธีปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ในกรณีดังกล่าว จึงควรกำหนดไว้พิเศษแตกต่างเจ้าหนี้อื่น

ในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับผู้ที่อยู่ในสถานะที่จะได้เปรียบบุคคลอื่น ๆ โดยพิจารณาจากลักษณะความสัมพันธ์ที่บุคคลเหล่านั้นมีต่อลูกหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะที่มีโอกาสรู้ข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับลูกหนี้ได้ดีกว่าบุคคลอื่น ๆ และได้กำหนดลักษณะความสัมพันธ์ที่มีต่อลูกหนี้ซึ่งอาจรู้ข้อมูลภายในไว้¹⁶ โดยกำหนดให้ กรรมการของลูกหนี้ ผู้บริหารของลูกหนี้ บุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของลูกหนี้ ห้างหุ้นส่วนซึ่งลูกหนี้ในฐานะเป็นหุ้นส่วนสามัญ บุคคลที่เป็นหุ้นส่วนของลูกหนี้ ตัวแทนของลูกหนี้ บริษัทในเครือของลูกหนี้รวมถึงผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นผู้รู้ข้อมูลภายในของบริษัทในเครือของลูกหนี้ และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหุ้นส่วนทั่วไป กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีอำนาจครอบงำลูกหนี้ อยู่ในฐานะที่เป็นผู้รู้ข้อมูลภายใน (insider) ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นว่าผู้รู้ข้อมูลภายในตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้นจะกำหนดขอบเขตไว้กว้างมาก สำหรับเจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ก็อาจถูกถือว่าเป็นบุคคลที่รู้ข้อมูลภายในได้เช่นกัน หากว่าเจ้าหนี้ผู้นั้นเป็นผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ เจ้าหนี้ดังกล่าวถูกถือว่าเป็นหุ้นส่วนของลูกหนี้ (general partner of the debtor) หรือกรณี

¹⁶ 11 U.S.C. Section 101 (31)(B)

ที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอยู่ในสถานะที่เป็นกรรมการหรือผู้บริหารของลูกหนี้ นอกจากนี้แม้ว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์โดยตรงกับลูกหนี้ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็อาจถูกกำหนดให้เป็นผู้รู้ข้อมูลภายในก็ได้หากเจ้าหน้าที่นั้นเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับหุ้นส่วนทั่วไป กรรมการ ผู้บริหารหรือบุคคลที่มีอำนาจครอบงำลูกหนี้

ข้อกำหนดสำหรับการปฏิบัติต่อบุคคลที่รู้ข้อมูลภายในที่แตกต่างจากบุคคลอื่น ๆ หรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ โดยทั่วไปก็คือ กำหนดให้มีการเปิดเผยส่วนได้เสียที่บุคคลดังกล่าวได้รับในการฟื้นฟูกิจการไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ โดยกำหนดให้เปิดเผยสาระสำคัญเกี่ยวกับบุคคลที่รู้ข้อมูลภายในที่ยังคงปฏิบัติหน้าที่หรือได้รับคำตอบแทนในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และให้เปิดเผยคำตอบแทนที่บุคคลดังกล่าวได้รับด้วย¹⁷ โดยถือว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ศาลจะใช้พิจารณาในการสั่งยื่นแผน นอกจากนี้ในการเพิกถอนการให้เปรียบสำหรับผู้รู้ข้อมูลภายในนั้นจะมีช่วงระยะเวลาซึ่งอาจถูกเพิกถอนนานกว่าการเพิกถอนการให้เปรียบในกรณีทั่วไป โดยกำหนดให้ระยะเวลาการเพิกถอนนั้นอยู่ระหว่าง 90 วันและ 1 ปี ก่อนยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการ ในขณะที่การเพิกถอนการให้เปรียบที่ลูกหนี้กระทำต่อเจ้าหน้าที่อื่น ๆ จะต้องกระทำภายใน 90 วันนับแต่วันยื่นคำขอ¹⁸

ดังนั้นเพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมและเพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้ความสัมพันธ์หรือความเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ในการแสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตแล้ว ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายควรกำหนดหลักเกณฑ์ สำหรับเจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ไว้เป็นพิเศษ ดังนี้

(1) กำหนดขอบเขตหรือคำนิยามของเจ้าหน้าที่ที่รู้ข้อมูลภายใน หรืออยู่ในสถานะที่อาจรู้ข้อมูลภายในไว้ให้ชัดเจน โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นเป็นเจ้าหน้าที่อยู่ในฐานะเป็นผู้รู้ข้อมูลภายใน

- 1.1) เป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจจัดการกิจการของลูกหนี้ ทั้งนี้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม
- 1.2) เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของลูกหนี้
- 1.3) เป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของลูกหนี้ หรือเป็นตัวแทนของลูกหนี้
- 1.4) เป็นบริษัทในเครือของลูกหนี้ หรือผู้รู้ข้อมูลภายในของบริษัทในเครือนั้น
- 1.5) เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลตาม 1.1) 1.2) 1.3) หรือ 1.4)

¹⁷ 11 U.S.C. Section 1129 (5)(B)

¹⁸ 11 U.S.C. Section 547 (b)(4)(B)

(2) กำหนดวิธีปฏิบัติสำหรับเจ้าหน้าที่ที่รู้ข้อมูลภายใน โดยได้แก่

2.1) กำหนดให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวต้องระบุสถานะและความสัมพันธ์ที่มีต่อลูกหนี้ในการยื่นขอรับชำระหนี้

2.2) กำหนดให้รายงานผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่ได้รับจากลูกหนี้ในช่วงระยะเวลาที่มีนัยสำคัญก่อนการฟื้นฟูกิจการ รวมถึงผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่ได้รับเนื่องจากหรือในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ

(3) กำหนดระยะเวลาสำหรับการเพิกถอนการโอนหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งรวมถึงการให้หลักประกันในหนี้หรือสิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว ที่ลูกหนี้ได้กระทำให้ขึ้นอันเป็นผลให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวได้เปรียบแก่เจ้าหน้าที่อื่น ๆ โดยเพิ่มระยะเวลาในการเพิกถอนมากกว่าการเพิกถอนในกรณีทั่วไป

(4) กำหนดข้อจำกัดหรือข้อห้ามสำหรับเจ้าหน้าที่ดังกล่าวในการทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หากมีการคัดค้านหรือโต้แย้งการทำหน้าที่ดังกล่าวจากเจ้าหน้าที่อื่น ๆ

(5) การจำกัดสิทธิของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวในการร่วมพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการในกรณีที่เห็นว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่สุจริตหรือมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในเรื่องที่พิจารณา

ในการจำกัดสิทธิของเจ้าหน้าที่ผู้รู้ข้อมูลภายในสำหรับการทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ไม่ควรกำหนดเป็นข้อห้ามเด็ดขาด ทั้งนี้เพราะ ในบางกรณีแม้เจ้าหน้าที่จะเป็นผู้รู้ข้อมูลภายในแต่หากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวสุจริตและเป็นผู้มีความรู้ความสามารถก็ควรอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวเข้ามามีส่วนร่วมและมีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นจึงควรเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่อื่น ๆ ซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียโดยตรงเป็นผู้พิจารณาตัดสินถึงความเหมาะสมในการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่รู้ข้อมูลภายในนั้น

5.4. ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นผู้มีบทบาทและมีความสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการอย่างมาก เนื่องจากในช่วงเวลาที่มีการฟื้นฟูกิจการ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเป็นผู้กำหนดแนวทางในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นผู้ใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้น เป็นต้น หากพิจารณาตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะประกอบด้วย ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราว รวมถึงการกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทำหน้าที่ดำเนินการฟื้นฟูกิจการชั่วคราวในกรณีที่ยังไม่ได้มีการแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หรือกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการในประเทศอื่น ๆ จะไม่มีการแบ่งแยกหน้าที่ความรับผิดชอบดังเช่นในกฎหมายไทย ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะทำหน้าที่ทั้งหมดคนเดียว ตั้งแต่การจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการและการบริหารกิจการของลูกหนี้ไปตามแนวทางที่กำหนดไว้ในแผน สำหรับกรณีที่การดำเนินการบาง

เรื่องที่ต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้เฉพาะทาง หรือผู้มีวิชาชีพโดยเฉพาะ ก็จะมีข้อกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถแต่งตั้งบุคคลผู้มีความรู้หรือผู้มีวิชาชีพเข้ามาเป็นผู้ช่วยได้¹⁹

สำหรับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น มีข้อที่ต้องพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ คือ เรื่องคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ การกำหนดสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และการกำหนดขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยแยกพิจารณา ดังนี้

(1) คุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

มาตรา 90/33 วรรคสอง แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผน ซึ่งแนวคิดในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษและสิงคโปร์ อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างของกฎหมายไทยกับกฎหมายอังกฤษและสิงคโปร์ก็คือ ในมาตรา 90/5 วรรคสอง และมาตรา 90/33 (7) แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายเปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้หากมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดและได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล ในขณะที่กฎหมายอังกฤษและสิงคโปร์ไม่ยินยอมให้ลูกหนี้หรือผู้บริหารเดิมของลูกหนี้ทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ สำหรับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา นั้นจะมีแนวคิดในเรื่องคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่แตกต่างจากประเทศอื่น เนื่องจากในสหรัฐอเมริกา ลูกหนี้จะเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือที่เรียกว่า “debtor in possession” การแต่งตั้งบุคคลภายนอกคือ trustee เข้ามาทำหน้าที่ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะกระทำได้เฉพาะกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีความสามารถหรือไม่สุจริตเท่านั้น ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีผลสืบเนื่องมาจากการจงใจให้ลูกหนี้เสนอคำขอฟื้นฟูกิจการนั่นเอง

แนวคิดเกี่ยวกับการจัดหาผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการทั้งของสหรัฐอเมริกาและของอังกฤษต่างก็มีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ การให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปนั้นมีข้อดีคือลูกหนี้เป็นผู้ที่มีความรู้และเข้าใจเกี่ยวกับกิจการและรูปแบบของการดำเนินธุรกิจอยู่แล้วทำให้ไม่ต้องเสียเวลาในการศึกษากิจการและการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม การให้ลูกหนี้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็อาจมีปัญหาในเรื่องของความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ซึ่งอาจทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่สำหรับการกำหนดให้บุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นก็มีข้อดีในเรื่องความรู้ความสามารถและความเป็นกลางในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวอาจต้องใช้เวลาเพื่อศึกษาแนวทางหรือรูปแบบการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ และอาจไม่เข้าใจถึงธุรกิจของลูกหนี้ได้อย่างแท้จริง

¹⁹ 11 U.S.C. S.327 and S.1107, Insolvency Act 1986 Schedule 1(4) and The Companies (Amendment) Act 1987 Schedule 11(d)

หากพิจารณาถึงหลักการในการแต่งตั้งและการกำหนดคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษแล้ว จะพบว่าใน Insolvency Act 1986 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งตั้ง Administrator ไว้โดยกำหนดให้บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็น Administrator ได้จะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติในการทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioner* ซึ่งต้องเป็นบุคคลธรรมดา²⁰ และเป็นสมาชิกของสมาคมผู้มีวิชาชีพซึ่งเป็นสมาคมที่ได้รับการรับรองโดยเลขาธิการรัฐที่ดูแลในเรื่องการค้าและอุตสาหกรรม หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นสมาชิกของสมาคมผู้มีวิชาชีพดังกล่าว บุคคลดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากเลขาธิการรัฐให้ทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioner²¹ นอกจากนี้บุคคลที่จะทำหน้าที่ Insolvency Practitioner ต้องไม่เป็นบุคคลล้มละลาย หรือเป็นบุคคลมีคุณสมบัติต้องห้ามในการทำหน้าที่เป็นกรรมการหรือผู้บริหาร และต้องไม่เป็นบุคคลวิกลจริต โดยสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพที่ Insolvency Practitioner เป็นสมาชิกอยู่ หรือเลขาธิการรัฐที่ให้ความเห็นชอบจะออกใบรับรองคุณสมบัติว่าบุคคลนั้นเหมาะสมและสมควรทำหน้าที่ดังกล่าว และเป็นบุคคลที่ได้ผ่านการฝึกอบรมและมีประสบการณ์ในงานที่เกี่ยวกับเรื่องความล้มละลายแล้วอย่างเพียงพอ²² นอกจากนี้การทำหน้าที่ของ Insolvency Practitioner ให้กับกิจการใดนั้น Insolvency Practitioner ต้องมีความเป็นอิสระจากกิจการนั้น ๆ โดยห้ามเข้าไปทำหน้าที่ Insolvency Practitioner ให้กับกิจการที่ตนเอง หุ้นส่วน หรือสมาชิกคนใดคนหนึ่งของสมาคมที่ตนเป็นสมาชิกอยู่เข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้สอบบัญชี กรรมการผู้บริหาร หรือเจ้าหน้าที่ในช่วงเวลา 3 ปีก่อนการเริ่มต้นของการล้มละลาย²³

สำหรับตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายของไทยซึ่งมีการกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ ขณะเดียวกันก็ยังให้โอกาสลูกหนี้เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้หากมีคุณสมบัติและได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวของไทยนั้น หากมีการวางมาตรการในเรื่องคุณสมบัติทั่วไปและการป้องกันเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้อย่างรัดกุมแล้ว ก็ย่อมทำให้การฟื้นฟูกิจการโดยมีลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในเรื่องคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดคุณสมบัติ

* ได้แก่บุคคลที่ทำหน้าที่เป็น Liquidator, Administrator, Administrative receiver (ในกรณีที่มีการแต่งตั้งโดยเจ้าหนี้ floating charge) และ Supervisor (ในกรณีที่มีการทำ Voluntary arrangement)

²⁰ Insolvency Act 1986 S. 390(1)

²¹ Insolvency Act 1986 S. 390(2)

²² Insolvency Act 1986 S. 390(2)(a)

²³ Robert R. Pennington, Pennington's Corporate Insolvency Law, p.7-8.

ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ สิ่งที่ต้องพิจารณานอกเหนือไปจากคุณสมบัติเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว ก็คือคุณสมบัติในเรื่องความรู้ความสามารถของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งหากพิจารณากฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษหรือสิงคโปร์แล้วจะพบว่าผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะได้แก่ผู้สอบบัญชี

สำหรับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าบุคคลที่มีคุณสมบัติในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการนั้นได้แก่

(1) บุคคลที่มีคุณสมบัติหรือได้รับความเห็นชอบให้เป็นปรึกษาทางการเงิน ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำ วางแผน และจัดเตรียมในการปรับปรุงโครงสร้างกิจการของลูกหนี้สำหรับการขออนุญาตออกและเสนอขายหลักทรัพย์ หรือเพื่อนำหลักทรัพย์ของกิจการเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

(2) บุคคลที่ผ่านการสอบมาตรฐานนักวิเคราะห์ (Chartered Financial Analyst : CFA) ซึ่งคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวนอกจากคุณวุฒิทางการศึกษาแล้ว ยังต้องมีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวกับงานวิจัยข้อมูล หรือการจัดการลงทุน ด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าบุคคลดังกล่าวจะสามารถทำหน้าที่ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการได้ดีกว่าผู้สอบบัญชี สำหรับผู้บริหารแผนนั้นอาจมีคุณสมบัติที่แตกต่างจากผู้ทำแผนก็ได้ เนื่องจากเป็นการดำเนินการตามแนวทางที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้ประสบการณ์ในด้านการบริหารก็เป็นสาระสำคัญที่ต้องพิจารณาสำหรับคุณสมบัติของผู้บริหารแผน

(2) การกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

หากพิจารณาถึงผู้ที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายจะเห็นได้ว่า ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว โดยในควบคุมดูแลศาลอาจควบคุมดูแลโดยตรงหรืออาจควบคุมโดยพิจารณาจากคำร้องขอของผู้เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม โดยที่ในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลในการมีคำสั่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการไว้อย่างมาก ดังนั้นในการควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของศาลอาจไม่สามารถทำได้อย่างใกล้ชิดและรัดกุมเท่าที่ควร ซึ่งอาจเป็นช่องทางให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ ดังนั้นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ป้องกันการกระทำอันไม่สุจริตของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในขณะเดียวกันเพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลในการทำหน้าที่ดังกล่าว จึงควรกำหนดกลไกในการกำกับดูแลผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการดังต่อไปนี้

2.1) กำหนดให้การทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องมีใบอนุญาตโดยเฉพาะ (license) ดังเช่นกรณีของการเป็นผู้สอบบัญชี หรือผู้จัดการกองทุนส่วนบุคคล ทั้งนี้เพื่อเป็นการตรวจสอบคุณสมบัติในเบื้องต้นของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

2.2) กำหนดให้มีสมาคมของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการและกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องเป็นสมาชิกของสมาคมดังกล่าว เพื่อให้สมาคมทำหน้าที่ควบคุมและกำหนดจรรยาบรรณหรือแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งจะสามารถควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ใกล้ชิดมากกว่า

2.3) ในกรณีที่ผู้บริหารของลูกหนี้ หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้บริหารของลูกหนี้ ทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ จะต้องกำหนดให้บุคคลดังกล่าวแสดงข้อเท็จจริงที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งทางผลประโยชน์พร้อมกับข้อปฏิบัติเพื่อป้องกันหรือลดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น และในกรณีที่มีการคัดค้านหรือโต้แย้งจากเจ้าหนี้คนอื่น ๆ แล้วห้ามบุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

2.4) ในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นนิติบุคคล²⁴ นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องกำหนดชื่อของบุคคลธรรมดาที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และบุคคลที่ถูกลงชื่อจะต้องมีคุณสมบัติในการดำเนินการเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการด้วย นอกจากนี้นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ตนเสนอชื่อมาด้วย

สำหรับในอังกฤษนั้นการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของ Insolvency Practitioner จะกระทำโดยการกำหนดให้ Insolvency Practitioner ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในคู่มือการปฏิบัติงานที่ออกโดยเลขาธิการรัฐที่ดูแลในเรื่องการค้าและอุตสาหกรรม ร่วมกับสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพที่ได้รับการรับรอง โดยคู่มือการปฏิบัติงานนี้จะไม่ผลบังคับทางกฎหมายโดยตรง แต่การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในคู่มือย่อมทำให้บุคคลนั้นถูกเพิกถอนความเห็นชอบ หรือไม่ต่ออายุการให้ความเห็นชอบในการทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioner ได้²⁵ นอกจากนี้เมื่อมีการแต่งตั้ง Insolvency Practitioner คนใดให้ปฏิบัติหน้าที่แล้ว Insolvency Practitioner ต้องจัดหาหลักประกันความรับผิด (bond) ที่ออกโดยบริษัทประกันภัย โดยบริษัทประกันภัยจะร่วมรับผิดกับ Insolvency Practitioner ในความเสียหายที่เกิดจากการไม่จัดการทรัพย์สินหรือการจัดการทรัพย์สินไม่ถูกต้อง แต่ความรับผิดของบริษัทประกันภัยจะไม่ครอบคลุมถึงความรับผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากความประมาท

²⁴ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/5 วรรคสอง กำหนดไว้ว่าผู้ทำแผนอาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือคณะบุคคลก็ได้ การที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้นิติบุคคลสามารถทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถได้นั้นเป็นแนวคิดที่แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษซึ่ง Insolvency Act 1986 section 388(1)(a) กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือ Administrator จะต้องเป็น Insolvency Practitioners และใน section 389(1) กำหนดให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioners ได้ ดังนั้นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษจึงต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น

²⁵ Robert R. Pennington, Pennington's Corporate Insolvency Law, p.7.

เงินเหลือของ Insolvency Practitioner หรือการไม่จัดการทรัพย์สินหรือการจัดการทรัพย์สินที่ไม่ถูกต้องของทีมงานของ Insolvency Practitioner²⁶

อย่างไรก็ตามหลักการเรื่องการประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมาใช้ในประเทศไทยนั้นอาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการของไทย เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อคนที่มีคุณสมบัติไม่ยอมเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และยังมีผลในเรื่องค่าธรรมเนียมการเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งเป็นการสร้างภาระในเรื่องค่าใช้จ่ายให้แก่ลูกหนี้

(3) สถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย²⁷ กำหนดแต่เพียงให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นผู้จัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ จำหน่ายจ่ายโอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือการดำเนินการต่าง ๆ ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นการกระทำในสถานะใด ซึ่งการกำหนดสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็น เนื่องจากทำให้ทราบความสัมพันธ์และความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นระหว่างลูกหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และบุคคลภายนอก

หากพิจารณากฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาในเรื่องสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการพบว่า ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งก็คือผู้บริหารของลูกหนี้ จะทำหน้าที่อยู่ 2 ส่วนคือ การทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้แทนของลูกหนี้ตามกฎหมายทั่วไป และในอีกฐานะหนึ่งเป็นผู้แทนของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ทั้งนี้เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีข้อกำหนดไว้ว่าเมื่อมีการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการหรือคำขออื่นใดภายใต้ Bankruptcy Code แล้ว จะมีผลให้เกิดกองทรัพย์สินของลูกหนี้แยกต่างหากจากตัวลูกหนี้²⁸ กองทรัพย์สินดังกล่าวมีสถานะที่กฎหมายรับรอง ดังนั้นหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้บริหารลูกหนี้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงมีทั้งความรับผิดชอบต่อลูกหนี้ที่เป็นกิจการ และความรับผิดชอบต่อกองทรัพย์สิน ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษและสิงคโปร์ ที่กำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ทำหน้าที่ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ คือ Administrator และ Judicial Manager โดยกฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นตัวแทนของลูกหนี้²⁹ แต่ในเรื่องของ

²⁶ Robert R. Pennington, Pennington's Corporate Insolvency Law, p.8.

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/14 มาตรา 90/15 วรรคสอง มาตรา 90/19 และมาตรา 90/50

²⁸ 11 U.S.C S.541(a)

²⁹ Insolvency Act 1986 S. 14(5) and The Companies (Amendment) Act 1987 S.227I(1)(a)

ความรับผิดชอบตามกฎหมายอังกฤษและสิงคโปร์จะกำหนดไว้ต่างกัน โดยสิงคโปร์กำหนดให้ Judicial Manager ต้องรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้หรือความรับผิดใด ๆ ที่ Judicial Manager ก่อขึ้น³⁰ การยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนในสัญญา³¹ ในขณะที่ Administrator นั้นไม่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวเนื่องจากทำการในฐานะเป็นตัวแทนของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Judicial Manager จะต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่ Judicial Manager ก็จะได้รับขีดจำกัดเงินจากทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลหรืออยู่ในอำนาจจัดการของ Judicial Manager³²

ในเรื่องสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายควรกำหนดสถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการให้ชัดเจน โดยกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการทำการในฐานะตัวแทนของลูกหนี้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษและสิงคโปร์ เนื่องจากในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นไม่ได้เข้าสวมอำนาจหน้าที่ทั้งหมดของลูกหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีขอบเขตอำนาจตามที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายศาลและแผนฟื้นฟูกิจการกำหนดไว้เท่านั้น ในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการประสงค์จะดำเนินการใด ๆ นอกขอบเขตอำนาจที่มีอยู่จะต้องเป็นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น ไม่ควรกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีฐานะเป็นผู้แทนของลูกหนี้ เพราะการเป็นผู้แทนจะมีผลทำให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจกระทำการใด ๆ ได้เท่ากับที่ลูกหนี้สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย ซึ่งอำนาจดังกล่าวอาจเกินกว่าขอบเขตที่จำเป็นต้องใช้ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายไม่ควรกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้สินหรือความรับผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และควรนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม สำหรับเหตุผลที่กำหนดให้ Judicial Manager ต้องรับผิดชอบส่วนตัวที่ว่า “การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวไว้มีผลทำให้กระบวนการ Judicial Management มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จในการดำเนินธุรกิจมากขึ้น เนื่องจากบุคคลที่สามารถติดต่อกับลูกหนี้ ยินดีที่จะให้สินเชื่อมากกว่าถ้าเขาสามารถเรียกให้ตัวแทนชำระเงินได้”³³ ก็ตาม แต่ในด้านของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแล้วการกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้หรือความรับผิดใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่อาจทำให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถและมีคุณสมบัติไม่ยอมเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากมีความเสี่ยงที่ต้อง

³⁰ The Companies (Amendment) Act 1987 S.227I(1)(b)

³¹ The Companies (Amendment) Act 1987 S.227I(2)

³² The Companies (Amendment) Act 1987 S.227I(4)

³³ Andrew Hicks & Walter Woon, The Company Act of Singapore An Annotation, p.480.

รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแม้ว่าจะให้สามารถไล่เบี้ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ก็ตาม นอกจากนี้ยังอาจส่งผลให้ค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสูงขึ้น เนื่องจากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องคำนวณความเสี่ยงรวมเข้าไปในค่าตอบแทนดังกล่าวด้วย ทำให้ลูกหนี้มีค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น สำหรับการจูงใจแก่ผู้ที่ติดต่อกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น มาตรา 90/65 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายก็กำหนดให้หนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ในลำดับหนึ่ง ซึ่งเป็นลำดับเดียวกับบุริมสิทธิในค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เป็นมาตรการหนึ่งที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายใช้เพื่อจูงใจผู้ติดต่อกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

(4) ขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้กำหนดขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้ ดังสรุปได้ดังนี้

- 4.1) อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้³⁴
- 4.2) อำนาจในการใช้สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นยกเว้นสิทธิในเงินปันผล³⁵
- 4.3) การจำหน่ายจ่ายโอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้³⁶
- 4.4) เรียกให้บุคคลผู้ที่มีทรัพย์สิน หรือเอกสารใด ๆ ของลูกหนี้อยู่ในความครอบครองให้ส่งมอบหรือชี้แจงเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือเอกสารดังกล่าว³⁷
- 4.5) ร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนการฉ้อฉล³⁸
- 4.6) ร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งตั้งข้อบังคับ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิ³⁹

³⁴ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/14 มาตรา 90/19 และมาตรา 90/50

³⁵ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/15

³⁶ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/15 วรรคสอง

³⁷ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/30

³⁸ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/32

หากพิจารณาขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้วจะเห็นได้ว่าอำนาจในการดำเนินการทั่วไปนั้นยังไม่ครอบคลุมเท่าที่ควร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษและสิงคโปร์⁴⁰ ซึ่งได้กำหนดอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้อย่างละเอียดและครอบคลุมอำนาจโดยทั่วไป ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดขอบเขตอำนาจไว้ในลักษณะกว้าง ๆ ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายนี้ แม้จะมีข้อดีในเรื่องของการตีความก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแล้ว จะเห็นว่าเป็นการให้อำนาจเพื่อทำหน้าที่ในกรณีพิเศษ ไม่ใช่อำนาจที่มีอยู่ในกฎหมายทั่วไป ซึ่งอำนาจที่ให้แก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็มีทั้งอำนาจที่เป็นของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยเฉพาะ และอำนาจซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมายของบุคคลอื่น เช่น อำนาจของกรรมการ หรือผู้ถือหุ้น โดยในกรณีดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการใช้อำนาจของกรรมการ หรือผู้ถือหุ้น ที่มีอยู่ในกฎหมายทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติในลักษณะที่เป็น การจำกัดสิทธิของบุคคลอื่นอันเป็นบทยกเว้นของกฎหมายทั่วไปจะต้องกำหนดให้ชัดเจนและต้องตีความอย่างแคบ⁴¹ นอกจากนี้การที่กำหนดอำนาจไว้กว้าง ๆ อาจทำให้เกิดปัญหาหรือข้อโต้แย้งในเรื่องขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ ซึ่งคู่กรณีต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเพื่อตัดสินชี้ขาด ทำให้ต้องเสียเวลาในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการทำให้เกิดความล่าช้า และเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ศาลอีก ดังนั้นจึงควรกำหนดอำนาจที่เป็นอำนาจทั่ว ๆ ไปไว้ให้ชัดเจน สำหรับอำนาจอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ อำนาจโดยทั่วไปควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนในแผนฟื้นฟูกิจการ หรือให้ศาลเป็นผู้กำหนดให้เป็นกรณี ๆ ไป

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงขอบเขตอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นได้ทุกอย่างยกเว้นสิทธิในเงินปันผล ซึ่งการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในช่วงเวลาที่มีการฟื้นฟูกิจการนั้น มีขึ้นเพื่อให้การดำเนินการฟื้นฟูกิจการดำเนินไปอย่างรวดเร็วและป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างเจ้าหน้าที่กับผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ เนื่องจากหากการดำเนินการบางอย่างต้องมีการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อขอมติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือในข้อบังคับแล้ว อาจเกิดความล่าช้า และหากการดำเนินการดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นอาจไม่ให้ความเห็นชอบซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

³⁹ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/55

⁴⁰ Insolvency Act 1986 Schedule 1 and The Companies (Amendment) Act 1987 Schedule 11

* ดูรายละเอียดเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่องอำนาจหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในภาคผนวก ข

⁴¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : ภาพพิมพ์, 2526), หน้า 72.

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือการให้อำนาจแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวอยู่ในขอบเขตที่จำเป็นสำหรับการดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นนั้นสามารถแยกได้เป็น 3 ส่วน คือสิทธิในการใช้อำนาจครอบงำจัดการ สิทธิในการได้รับผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน และสิทธิที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิของตน

สิทธิในการใช้อำนาจครอบงำจัดการ ได้แก่ สิทธิในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ สิทธิในการเรียกประชุม เข้าร่วมประชุมและออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ส่วนสิทธิในการได้รับผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล สิทธิที่จะโอนหุ้น สิทธิที่จะซื้อหุ้นเพิ่มทุน และสำหรับสิทธิที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิของตน ได้แก่ สิทธิในการฟ้องกรรมการที่ก่อความเสียหายแก่บริษัท สิทธิในการขอเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ที่ขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัท เป็นต้น

หากพิจารณาวัตถุประสงค์ในการสร้างข้อจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นและการให้อำนาจแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการโดยทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการมุ่งจำกัดสิทธิการใช้อำนาจครอบงำกิจการของผู้ถือหุ้นเพื่อลดอุปสรรคในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ สำหรับสิทธิในการได้รับประโยชน์ทางทรัพย์สินเหล่านี้เป็นสิ่งที่ไม่มีผลกระทบหรือเป็นอุปสรรคต่อการฟื้นฟูกิจการโดยตรง ดังนั้นสิทธิดังกล่าวจึงยังคงเป็นของผู้ถือหุ้นอยู่ในเวลาที่มีการฟื้นฟูกิจการ และสิทธิของผู้ถือหุ้นในการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบของกรรมการหรือผู้บริหาร ก็เป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นจำเป็นต้องมี เพราะแม้ว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเข้ามาจัดการกิจการและทรัพย์สินต่าง ๆ ของลูกหนี้แทนกรรมการหรือผู้บริหารเดิมก็ตาม แต่ก็ยังมีหน้าที่บางประการที่ยังเป็นของกรรมการหรือผู้บริหารเดิมซึ่งหน้าที่ในส่วนนั้นกรรมการหรือผู้บริหารเดิมก็มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น

ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้สิทธิในทางกฎหมายทั้งหมดของผู้ถือหุ้นทั้งหมดยกเว้นเฉพาะสิทธิในการได้รับเงินปันผลตกเป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผน แล้วแต่กรณีนั้น นอกจากเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่เกินขอบเขตและความจำเป็นในการฟื้นฟูกิจการแล้ว ยังเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นที่เกินขอบเขตที่จำเป็นในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการด้วย แม้ว่าการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะช่วยทำให้การฟื้นฟูกิจการดำเนินไปโดยสะดวกและรวดเร็วก็ตาม แต่การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมก็เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องพิจารณาควบคู่ไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของผู้ถือหุ้นในปัจจุบันซึ่งมีสถานะเป็นนักลงทุน ที่มุ่งหวังประโยชน์ในทางทรัพย์สินมากกว่าการใช้อำนาจครอบงำจัดการกิจการ

(5) การแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ตามมาตรา 90/11 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดวิธีการในการแต่งตั้งผู้ทำแผนไว้ 2 วิธีคือ ให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลตามที่ผู้ร้องขอเสนอมา หรืออีกวิธีคือให้ที่ประชุมเจ้าหนี้เป็นผู้เลือกผู้ทำแผนและให้ศาลเป็นผู้ให้ความเห็นชอบอีกครั้ง ในการแต่งตั้งผู้ทำแผนโดยให้ศาลแต่งตั้งผู้ทำแผนตามที่ผู้ร้องขอเสนอนั้นมีข้อจำกัดคือศาลจะต้องตั้งบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอเสนอชื่อมาเท่านั้น เนื่องจากในมาตรา 90/11 วรรคหนึ่งตอนท้ายกำหนดไว้ว่า “...ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบุคคลที่ผู้ร้องขอเสนอไม่

สมควรเป็นผู้ทำแผนที่ดี หรือลูกหนี้ เจ้าหนี้ผู้คัดค้านเสนอชื่อบุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผนด้วยก็ดี ให้ศาลแจ้งคำสั่งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เรียกประชุมเจ้าหนี้ทั้งหลายโดยเร็วที่สุดเพื่อพิจารณาเลือกว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้ทำแผน” ดังนั้นศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ทำแผนโดยไม่ต้องมีการเรียกประชุมเจ้าหนี้ได้ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอเสนอชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ทำแผนมาพร้อมกับคำขอ และไม่มีลูกหนี้หรือเจ้าหนี้คัดค้านบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอเสนอชื่อมา อีกทั้งศาลเห็นสมควรให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นผู้ทำแผนได้ สำหรับในกรณีอื่น ๆ ศาลต้องเรียกประชุมเจ้าหนี้เพื่อเลือกผู้ทำแผน แสดงให้เห็นว่าตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายศาลไม่มีอำนาจคัดเลือกและแต่งตั้งผู้ทำแผนได้เอง ศาลมีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งผู้ทำแผนได้โดยจำกัดเฉพาะบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการเสนอมาหรือเป็นบุคคลที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติแต่งตั้งเท่านั้น ซึ่งเป็นอำนาจในการตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลที่ถูกเสนอชื่อหรือถูกแต่งตั้งจากที่ประชุมเจ้าหนี้

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการในประเทศอังกฤษและสิงคโปร์พบว่าประเทศดังกล่าวต่างกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง Administrator⁴² หรือ Judicial Manager⁴³ นอกจากนี้ในสิงคโปร์ยังมีข้อกำหนดไว้ชัดเจนว่าแม้ผู้ยื่นคำขอเสนอชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมาพร้อมกับคำขอฟื้นฟูกิจการก็ตาม แต่ศาลไม่ผูกพันที่จะต้องตั้งบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอเสนอชื่อนั้นเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ศาลมีอำนาจตั้งบุคคลอื่นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้⁴⁴ และสำหรับในสหรัฐอเมริกาในกรณีที่มีการแต่งตั้ง trustee เพื่อดำเนินการฟื้นฟูกิจการ United States Trustee จะเป็นผู้แต่งตั้งแล้วเสนอให้ศาลให้ความเห็นชอบอีกครั้ง⁴⁵

การที่ร่างพระราชบัญญัติล้มละลายของไทยกำหนดข้อจำกัดการใช้อำนาจของศาลในการพิจารณาให้ความเห็นชอบผู้ทำแผนไว้เฉพาะบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการเสนอชื่อมา หรือบุคคลที่ที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติแต่งตั้งเท่านั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินการ ซึ่งจากขั้นตอนในการแต่งตั้งผู้ทำแผนโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายพบว่าเป็นขั้นตอนที่ต้องใช้ระยะเวลาอย่างน้อยไม่ต่ำกว่า 7 วัน เนื่องจากต้องมีการแจ้งล่วงหน้าก่อนวันประชุมไม่น้อยกว่า 7 วัน และต้องมีค่าใช้จ่ายในการลงโฆษณา มีการแจ้งไปยังลูกหนี้และเจ้าหนี้ตามบัญชีรายชื่อที่เสนอต่อศาลรวมถึงการแจ้งไปยังเจ้าหนี้อื่น ๆ เท่าที่ทราบด้วย และหากที่ประชุมเจ้าหนี้เลือกผู้ทำแผนไม่ได้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ยกเลิกคำสั่งอนุญาตให้ฟื้นฟูกิจการ หรือมีคำสั่งให้เรียกประชุมเจ้าหนี้อีกครั้ง ซึ่งหากเรียกประชุมเจ้าหนี้อีกครั้งก็ต้องดำเนินการกระบวนกรในการแจ้งล่วงหน้า การลงโฆษณา และแจ้งไปยังลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่าง ๆ อีกครั้ง หรือหากที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติเลือกผู้ทำแผนได้แต่ศาลไม่เห็นชอบด้วยก็จะต้องมีกร

⁴² Insolvency Act 1986 S. 13(1)-(2)

⁴³ The Companies (Amendment) Act 1987 S.22B(3)(b)

⁴⁴ The Companies (Amendment) Act 1987 S.227B(3)(b)

⁴⁵ 11 U.S.C. S.1104(c)

เรียกประชุมเจ้าหนี้อีกครั้ง⁴⁶ จะเห็นได้ว่าการประชุมเจ้าหนี้เพื่อตั้งผู้ทำแผนนั้นต้องใช้ระยะเวลาประมาณ 1 เดือน ซึ่งขัดต่อกลไกสำคัญของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการให้ได้ผลที่จะต้องรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย⁴⁷

หากเปรียบเทียบอำนาจในการให้ความเห็นชอบผู้ทำแผนของไทยกับการให้ความเห็นชอบผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของศาลในสหรัฐอเมริกา จะพบว่าอำนาจของศาลในเรื่องดังกล่าวมีความใกล้เคียงกัน กล่าวคือ มีการแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมาแล้ว และศาลเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง แต่ในสหรัฐอเมริกาผู้ที่ทำหน้าที่แต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการคือ United States Trustee ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ การแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดย United States Trustee จึงมีขั้นตอนและใช้เวลาน้อยกว่าการแต่งตั้งโดยที่ประชุมเจ้าหนี้

ขั้นตอนการแต่งตั้งผู้ทำแผนตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 90/11 อาจทำให้เกิดความล่าช้าและเป็นอุปสรรคการฟื้นฟูกิจการ จึงควรพิจารณาขั้นตอนในการตั้งผู้ทำแผนจากที่ประชุมเจ้าหนี้ โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลในการแต่งตั้งผู้ทำแผน เพราะตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายมีการแบ่งแยกการดำเนินการในส่วนของการจัดทำแผนและการบริหารแผน โดยผู้ทำแผนมีเพียงหน้าที่ในการทำแผนเพื่อเสนอต่อที่ประชุมเจ้าหนี้เท่านั้น และในขั้นตอนของการพิจารณาแผนของที่ประชุมเจ้าหนี้ก็สามารถใช้สิทธิของตนในการเลือกผู้บริหารแผนได้อยู่แล้ว ดังนั้นการให้อำนาจศาลในการแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ทำแผนจะทำให้การฟื้นฟูกิจการดำเนินไปได้เร็วขึ้นและเสียค่าใช้จ่ายน้อยลง

5.5. การเข้าสู่การฟื้นฟูกิจการ

วัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการก็คือการเข้าไปแก้ไขเยียวยาปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงิน หรือกรณีหนี้สินล้มพันตัวของลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้โดยไม่ต้องเลิกกิจการหรือล้มละลาย ดังนั้นหากสามารถเริ่มกระบวนการได้เร็ว หรืออยู่ในช่วงเริ่มต้นของปัญหาแล้ว โอกาสที่จะแก้ไขเยียวยากิจการได้สำเร็จก็มีมากขึ้น⁴⁸ แต่หากพิจารณาตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้ว จะเห็นได้ว่ายังขาดมาตรการที่เป็นตัวกระตุ้นให้มีการเข้าสู่การฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน นอกจากนี้ตามมาตรา 90/2 แห่งร่างพระราช

⁴⁶ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/11 และมาตรา 90/12

⁴⁷ Mark J. Roe, "Bankruptcy and Debt : A New Model for Corporate Reorganization," *Columbia Law Review* 83 (April 1983) : 529.

⁴⁸ A.Jay Cristol, "การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่องและการบังคับคดีล้มละลาย," บรรยาย ณ ห้องประชุมสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 5-6 พฤศจิกายน 2539

บัญญัติล้มละลายยังกำหนดให้การมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้เป็นเงื่อนไขของการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการ สิ่งเหล่านี้อาจมีผลในเรื่องความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสถานะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้นอยู่ในขั้นที่ยากเกินกว่าจะเยียวยาหรือแก้ไขให้กลับคืนสู่สภาพปกติแล้ว ลูกหนี้ก็อาจต้องเข้าสู่การล้มละลายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ในเรื่องมาตรการที่จะกระตุ้นให้ลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นของปัญหานั้น หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ แล้วจะเห็นได้ว่าประเทศดังกล่าวต่างมีมาตรการที่จะกระตุ้นให้ลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน แม้ว่ามาตรการที่ทั้งสองประเทศนำมาใช้จะมีพื้นฐานจากแนวคิดที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงก็ตาม แต่ก็ถือเป็นมาตรการที่ประสบความสำเร็จในการนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

แนวคิดของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการเข้าสู่การฟื้นฟูกิจการไม่ควรกำหนดข้อจำกัดใด ๆ ที่จะเป็นการลงโทษลูกหนี้หรือผู้บริหารลูกหนี้⁴⁹ เนื่องจากการจำกัดสิทธิหรือเพิกถอนอำนาจการจัดการของผู้บริหารลูกหนี้นั้นเป็นสิ่งที่ทำให้ลูกหนี้พยายามหลีกเลี่ยงต่อการเข้ารับการฟื้นฟูกิจการ จากแนวคิดดังกล่าวนี้เองที่ทำให้กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐกำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือที่เรียกว่า “debtor in possession” สำหรับการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นถือว่าเป็นบทยกเว้นที่จะนำมาใช้เฉพาะกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีความสามารถ หรือไม่สุจริตเท่านั้น⁵⁰ นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการก่อนเจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ⁵¹ สำหรับเงื่อนไขในการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการนั้นกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการสหรัฐไม่ได้กำหนดให้การมีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นเงื่อนไขสำหรับการยื่นขอฟื้นฟูกิจการโดยลูกหนี้ซึ่งเป็นการยื่นคำขอด้วยความสมัครใจ สิ่งเหล่านี้ถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ช่วยกระตุ้นให้ลูกหนี้เข้ารับการฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นที่ประสบปัญหาทางการเงิน

ในขณะที่แนวคิดของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษ กลับตรงกันข้ามกับของสหรัฐ เนื่องจากอังกฤษไม่ยอมรับแนวคิดที่จะให้ผู้บริหารลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไป ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้เท่านั้น⁵² ลูกหนี้และผู้บริหารของลูกหนี้จะถูกจำกัดอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตามอังกฤษก็สามารถกระตุ้นให้ลูกหนี้เข้ารับการฟื้นฟูกิจการตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินได้เช่นกัน โดยในอังกฤษมีบทบัญญัติที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของกรรมการ

⁴⁹ Ibid.,

⁵⁰ 11 U.S.C. S.1104(a)(1)

⁵¹ 11 U.S.C. S.1121

⁵² Insolvency Act 1986 S.19(2)(a)

หรือผู้บริหารของลูกหนี้ที่จะบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งหากกรรมการหรือผู้บริหารของลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามแล้วก็จะมีความผิดและต้องรับผิดชอบส่วนตัวในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้อันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และการกระทำที่ถือว่าการกรรมการหรือผู้บริหารของลูกหนี้ได้พยายามป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายที่จะเกิดแก่เจ้าหนี้ก็คือการยื่นคำขอเพื่อฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ในกรณีที่ปรากฏว่าลูกหนี้ผู้นั้นอยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือมีความเป็นไปได้ว่าลูกหนี้ผู้นั้นอาจตกอยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁵³

จะเห็นได้ว่ามาตรการที่นำมาใช้เพื่อกระตุ้นให้ลูกหนี้เข้ารับการฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระยะเริ่มต้นที่ลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินนั้นมีทั้งการใช้มาตรการจูงใจและการใช้มาตรการบังคับ โดยสหรัฐอเมริกาเน้นเลือกที่จะใช้มาตรการในการจูงใจ ในขณะที่อังกฤษจะใช้มาตรการบังคับ

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติล้มละลายแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีทั้งมาตรการที่จูงใจและมาตรการบังคับ กล่าวคือเมื่อมีการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการแล้วลูกหนี้จะเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับที่ประชุมเจ้าหนี้ ศาล และข้อกำหนดในเรื่องคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งก็ไม่ได้ให้ความมั่นใจแก่ลูกหนี้และผู้บริหารของลูกหนี้ว่าการฟื้นฟูกิจการจะไม่มี การจำกัดสิทธิและไม่มี การเพิกถอนอำนาจที่ผู้บริหารเดิมมีอยู่ ซึ่งหากผู้บริหารลูกหนี้รู้สึกว่าจะต้องถูกจำกัดหรือถูกเพิกถอนอำนาจในการจัดการแล้ว ก็ย่อมหลีกเลี่ยงไม่เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการโดยอาจมีการปกปิดหรือแสดงข้อมูลเท็จเกี่ยวกับสถานะทางการเงินที่แท้จริงของตนก็ได้ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือกฎหมายที่มีอยู่สามารถป้องกันหรือลู่โทษผู้บริหารที่หลีกเลี่ยงการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการได้หรือไม่เพียงใด

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 กำหนดหน้าที่ของกรรมการไว้ว่าในการประกอบกิจการของบริษัทนั้นกรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง และในมาตรา 1169 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องกรรมการเพื่อเรียกรื้อค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่กรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 77 กำหนดให้กรรมการมีอำนาจหน้าที่จัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และมาตรา 85 กำหนดให้การดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแม้ว่าจะกำหนดหน้าที่ของกรรมการในการดำเนินกิจการของบริษัท และให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ในการรักษาผลประโยชน์ของตนก็ตาม แต่หากจะนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาใช้เพื่อบังคับให้ผู้บริหารของลูกหนี้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการแล้ว ก็ต้องมีการตีความว่าการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นความเอื้อเฟื้อสอดส่องซึ่งบุคคลค้าขายจะต้องพึงกระทำ และถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ซึ่งการตีความดังกล่าวอาจมีข้อโต้แย้ง และเป็นภาระแก่ผู้

⁵³ Roy M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, p.204.

กล่าวอ้างอันได้แก่ ผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ ที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการที่ผู้บริหารของลูกหนี้ละเลยไม่ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นการละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของกรรมการ อีกทั้งยังต้องพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายที่เกิดจากการละเลยไม่ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการนั้นด้วย ซึ่งทำให้การบังคับให้ผู้บริหารลูกหนี้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระบแรกทีลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินไม่ได้ผลเท่าที่ควร

สำหรับการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการโดย เจ้าหน้าที่ หรือผู้ถือหุ้นของลูกหนี้นั้น บุคคลดังกล่าวอาจไม่รู้ข้อมูลเกี่ยวกับสถานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้ได้ดีเท่ากับผู้บริหารของลูกหนี้ การยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการโดยบุคคลดังกล่าวจึงอาจเป็นการยื่นคำขอในช่วงเวลาที่ลูกหนี้ประสบปัญหาจนยากต่อการฟื้นฟูกิจการให้หลุดพ้นจากสภาวะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ ในขณะที่การยื่นคำขอโดยผู้บริหารของลูกหนี้ซึ่งรู้ข้อมูลและสถานะทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้ ซึ่งได้ยื่นคำขอตั้งแต่ในช่วงแรกที่เกิดปัญหาทางการเงินย่อมทำให้การฟื้นฟูกิจการมีโอกาสประสบความสำเร็จได้มากกว่า ดังนั้นจึงควรกำหนดมาตรการที่จะกระตุ้นให้ลูกหนี้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการโดยอาจเลือกใช้มาตรการในการจูงใจ หรือมาตรการบังคับ หรือใช้ทั้งสองมาตรการควบคู่กันไปได้

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเลือกใช้มาตรการใดก็จำเป็นต้องมีการวางระบบให้รัดกุมและสอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่เดิมด้วย กล่าวคือ หากประเทศไทยเลือกใช้มาตรการในการจูงใจที่จะให้สิทธิผู้บริหารลูกหนี้ในการทำหน้าที่เป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปก็ต้องมั่นใจว่าขั้นตอนอื่น ๆ ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นสามารถป้องกันการบริหารงานโดยไม่สุจริตหรือการกระทำของลูกหนี้ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการได้ และหากจะเลือกใช้มาตรการบังคับแล้วก็ต้องมีกฎหมายมารองรับหรือกำหนดความผิดแก่ผู้บริหารของลูกหนี้ที่การเพิกเฉยหรือละเลยในการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการเสียตั้งแต่ในระยะแรกที่รู้ว่าลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่งอาจครอบคลุมไปถึงการกำหนดให้ผู้บริหารที่เพิกเฉยต่อการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการนี้เป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นกรรมการหรือผู้บริหารในกิจการอื่น ๆ โดยอาจกำหนดให้เป็นการขาดคุณสมบัติตลอดไปหรือกำหนดให้ขาดคุณสมบัติในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งก็ได้

นอกจากนี้ การที่มาตรา 90/2 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้การมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้เป็นเงื่อนไขในการเสนอคำขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้นั้นแม้ว่าจะเป็นเงื่อนไขที่สอดคล้องกับเงื่อนไขในการยื่นฟ้องลูกหนี้ในคดีล้มละลายก็ตาม แต่เงื่อนไขดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากสภาวะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้นบางครั้งอาจถึงขั้นที่ลูกหนี้ประสบปัญหาอย่างรุนแรงซึ่งทำให้การฟื้นฟูกิจการต้องใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายมากและโอกาสประสบความสำเร็จก็มีน้อยหรืออาจถึงขั้นที่ยากต่อการฟื้นฟูให้กิจการของลูกหนี้กลับคืนมาเป็นปกติได้

หากพิจารณาการฟ้องลูกหนี้ในคดีล้มละลาย เหตุผลของการกำหนดให้การมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้เป็นเงื่อนไขของการอนุญาตให้เข้าสู่คดีล้มละลายเนื่องจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินการในคดีล้มละลายก็คือการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาจัดสรรชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย หากลูกหนี้ไม่อยู่ในสภาวะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว ก็แสดงว่าทรัพย์สินของลูกหนี้พอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกคน ซึ่งเจ้าหนี้แต่ละคนสามารถใช้สิทธิในคดีแพ่งได้ทั่วไปอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องเข้ามาสู่กระบวนการในคดีล้มละลาย และเจ้าหนี้แต่ละรายก็ไม่ควรถูกจำกัดสิทธิที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายอื่น ดังนั้นการมีหนี้

สินล้นพ้นตัวจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญของการเข้าสู่การดำเนินคดีล้มละลาย ในขณะที่วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการก็คือการเข้าไปแก้ไขเยียวยาปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงิน หรือการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินธุรกิจได้ต่อไป โดยเหตุที่กฎหมายทั้งสองมีวัตถุประสงค์ที่ต่างกันเช่นนี้ การนำเอาเงื่อนไขความมีหนี้สินล้นพ้นตัวในคดีล้มละลายมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการอาจเป็นอุปสรรคต่อการฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้นจึงควรพิจารณาเงื่อนไขในการเข้ารับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ โดยเฉพาะในส่วนของ การยื่นคำขอด้วยความสมัครใจของลูกหนี้ ควรกำหนดให้ลูกหนี้สามารถเข้ารับการฟื้นฟูกิจการได้เร็วขึ้น โดยไม่ต้องรอให้ลูกหนี้อยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งอาจกำหนดให้ลูกหนี้พิสูจน์ให้เห็นว่าหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดไปแล้วจะทำให้ลูกหนี้ประสบปัญหาในเรื่องการขาดสภาพคล่องทางการเงิน ลูกหนี้ก็สามารถยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการได้ หรืออาจให้ลูกหนี้เข้ารับการฟื้นฟูกิจการได้โดยไม่มีเงื่อนไขดังเช่นในสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการได้โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ เลยนั้นอาจเกิดปัญหาในเรื่องการยื่นคำขอโดยไม่ได้มีความตั้งใจที่จะฟื้นฟูกิจการอย่างจริงจัง โดยอาจใช้การยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการเป็นเครื่องมือในการต่อรองหรือประวิงการชำระหนี้ออกไปซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมต่อบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งหากจะกำหนดให้ลูกหนี้สามารถยื่นคำขอได้โดยไม่มีเงื่อนไขแล้ว ก็จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการใช้สิทธิดังกล่าวโดยไม่สุจริต มาตรการดังกล่าวอาจทำได้โดยกำหนดเงื่อนไขที่เคร่งครัดและรัดกุมในการถอนคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ หรือการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่มีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือไม่มีความจริงใจในการฟื้นฟูกิจการ และควรกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลในการพิจารณาถึงความเหมาะสมและเจตนาที่แท้จริงของผู้เสนอคำขอ

5.6. การเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้ว

มาตรา 90/32 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีอำนาจขอให้ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการขอให้ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลดังกล่าวจะต้องกระทำภายใน 1 ปีนับแต่เวลาที่บุคคลดังกล่าวได้รู้ต้นเหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอนหรือภายใน 10 ปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมนั้น

ข้อที่ต้องพิจารณาก็คือหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 237 นั้นสามารถเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้วภายใต้กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ในส่วนที่ว่าด้วยผลของการล้มละลายเกี่ยวกับกิจการที่ได้กระทำไปแล้ว ก็มีบทบัญญัติที่ให้เจ้าพนักงานเพิกถอนการฉ้อฉลไว้ด้วยเช่นกัน โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถเพิกถอนการฉ้อฉลได้ 2 ทางคือ การเพิกถอนการฉ้อฉล

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 113 และการเพิกถอนการฉ้อฉลตามกฎหมายล้มละลายซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 114 โดยความแตกต่างระหว่างมาตรา 113 และ 114 อยู่ที่ระยะเวลาที่ลูกหนี้ได้อोनหรือได้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ยังแตกต่างกันในเรื่องภาวะการพิสูจน์ และเรื่องอายุความในการร้องขอให้เพิกถอน นอกจากการเพิกถอนการฉ้อฉลตามมาตรา 113 และมาตรา 114 แล้วในพระราชบัญญัติล้มละลายยังมีบทบัญญัติในเรื่องการเพิกถอนการให้เปรียบตามมาตรา 115 ด้วย

การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 237 หรือ การเพิกถอนการฉ้อฉลภายใต้มาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับการเพิกถอนการฉ้อฉลภายใต้มาตรา 114 และการเพิกถอนการเพิกถอนการให้เปรียบตามมาตรา 115 แล้วมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) การเพิกถอนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีช่วงเวลาในการเพิกถอน 1 ปีนับแต่วันที่รู้ หรือ 10 ปีนับแต่วันที่ได้อานัติกรรมดังกล่าว ในขณะที่มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายนั้นพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถเพิกถอนได้ภายใน 10 ปีนับแต่วันที่ได้อานัติกรรมดังกล่าวขึ้น เนื่องจากในมาตรา 114 ไม่ได้กำหนดอายุความในการเพิกถอนไว้จึงต้องนำอายุความทั่วไปมาใช้⁵⁴

(2) การเพิกถอนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้กล่าวอ้างจะต้องเป็นผู้รับภาวะการพิสูจน์ โดยหากมีการกล่าวอ้างและลูกหนี้หรือผู้เกี่ยวข้องปฏิเสธแล้ว ก็จะเป็นหน้าที่ของฝ่ายที่กล่าวอ้าง อันได้แก่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน เป็นผู้มีการภาวะการพิสูจน์ ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ถึงความไม่สุจริตของลูกหนี้ โดยเฉพาะเมื่อลูกหนี้ตั้งใจที่จะฉ้อฉลแล้ว ลูกหนี้อย่อมทำได้แนบเนียน จนผู้กล่าวอ้างไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้กล่าวอ้างมักเป็นผู้แพคดี⁵⁵ ในขณะที่มาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายนั้นภาวะการพิสูจน์จะตกอยู่ที่ลูกหนี้ หรือผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์ในการที่จะต้องพิสูจน์ต่อศาลว่าการโอนหรือการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายมีการกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างไว้ก่อนแล้ว

(3) การเพิกถอนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการเพิกถอนการกระทำความผิดกรรมที่ได้กระทำโดยฉ้อฉล โดยไม่ได้พิจารณาช่วงเวลาที่ได้มีการกระทำความผิดกรรมนั้น ๆ ในขณะที่มาตรา 114 นั้นการเป็นการเพิกถอนการโอนหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้กระทำในระหว่างเวลา 3 ปีก่อนการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 606-607/2525

⁵⁵ อโนชา ชีวิตโสภณ, หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำนิติกรรมและลักษณะของนิติกรรมที่จะเพิกถอนของไทย, (วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527) หน้า 171.

(4) การเพิกถอนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครอบคลุมถึงการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบเจ้าหนี้ด้วยหรือไม่⁵⁶ มี 2 ความเห็น

ความเห็นแรกเห็นว่า การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถเพิกถอนการให้เปรียบเทียบเจ้าหนี้ได้ด้วย เนื่องจากเป็นการกระทำที่ทำให้เจ้าหนี้อื่นเสียเปรียบเหมือนกัน แม้ว่ากรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ในลักษณะที่ให้เปรียบเทียบนี้คนใดคนหนึ่งนั้นจะเป็นการลดจำนวนหนี้สินของลูกหนี้ลงก็ตาม แต่การชำระหนี้ดังกล่าวย่อมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้คนอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการชำระหนี้นั้นลูกหนี้ได้กระทำในช่วงเวลาที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว

ความเห็นที่สองเห็นว่า การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ครอบคลุมถึงการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบเจ้าหนี้ เนื่องจากสิทธิของเจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้โดยการให้เปรียบเทียบนั้นเป็นสิทธิที่เจ้าหนี้ดังกล่าวจะพึงมีได้ตามกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นหากการชำระหนี้ทำไปตามมูลหนี้ที่แท้จริงและไม่มีการสมยอมกันแล้วย่อมเพิกถอนไม่ได้

เมื่อพิจารณาถึงการเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้วภายใต้กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย กับการเพิกถอนการฉ้อฉลและการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบในคดีล้มละลายแล้ว จะเห็นได้ว่าการเพิกถอนการฉ้อฉลภายใต้มาตรา 114 และการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบเจ้าหนี้ตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายให้ประโยชน์แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ได้มากกว่าเนื่องจากไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ และมีอายุความในการเพิกถอนได้ถึง 10 ปีนับแต่วันที่ได้มีการโอนหรือการกระทำนั้นขึ้น โดยไม่ถูกจำกัดอายุความ 1 ปีนับแต่วันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้รู้ นอกจากนี้การใช้การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ และแม้ว่าการเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะครอบคลุมการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบก็ตาม แต่ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ต้องมีภาระการพิสูจน์ นอกจากนี้อายุความในการเพิกถอนก็ถูกจำกัดอายุความในเวลา 1 ปีนับแต่วันที่รู้ หรือ 10 ปีนับแต่วันที่ได้อำนาจนิติกรรมดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการรวบรวมทรัพย์สินในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็ได้

แม้ว่าการรวบรวมทรัพย์สินในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการกับในกฎหมายล้มละลายจะมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันก็ตาม แต่การรวบรวมทรัพย์สินในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการก็มีความสำคัญและมีผลต่อความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการด้วยเช่นกัน ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ในการเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจทำให้ไม่สามารถรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เท่าที่ควร ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนการฉ้อฉลและการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบในคดีล้มละลายมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการด้วย

⁵⁶ สมบูรณ์ ฐิติการพานิช, ปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ว่าด้วยการเพิกถอนการให้เปรียบเทียบเจ้าหนี้, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538) หน้า 22.

สำหรับการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนการฉ้อฉลและการเพิกถอนการให้เปรียบในคดีล้มละลายมาใช้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการโดยอาศัย มาตรา 90/2 วรรค 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายซึ่งกำหนดให้กระบวนการพิจารณาส่วนใดที่มีได้บัญญัติไว้ในหมวดนี้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติในหมวดอื่นแห่งพระราชบัญญัติล้มละลายมาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในกรณีนี้ เนื่องจากตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย ในหมวด 3 ทวิ ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้วสำหรับการฟื้นฟูกิจการไว้โดยเฉพาะในส่วนที่ 5/1 แล้ว ซึ่งทำให้ตีความไปได้ว่าภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ประสงค์ให้ใช้หลักเกณฑ์การเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น อย่างไรก็ตามหากในหมวด 3 ทวิไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมที่ได้กระทำไปแล้ว ก็สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนการฉ้อฉลและการเพิกถอนการให้เปรียบในคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาใช้บังคับใช้ในการฟื้นฟูกิจการได้ตามมาตรา 90/2 วรรคห้า

5.7. ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ

ตามมาตรา 90/65(3) แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกำหนดให้คำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการมีผลให้ค่าตอบแทนของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และหนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับ 1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือมีบุริมสิทธิในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกัน

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการในประเทศอื่น ๆ นั้น เราจะพบว่าหลักการตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายของไทยเป็นแนวทางเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษและสิงคโปร์ ซึ่งกำหนดให้หนี้หรือความรับผิดชอบใด ๆ ที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก่อขึ้นในช่วงเวลาที่ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ที่อยู่ในความครอบครองหรืออยู่ภายใต้อำนาจจัดการของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ก่อนเจ้าหนี้อื่น อย่างไรก็ตามในสิงคโปร์กำหนดให้ความรับผิดชอบดังกล่าวมีบุริมสิทธิเหนือกว่าค่าตอบแทนของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการด้วย⁵⁷

สำหรับในกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาที่มีข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวเช่นกัน โดยกำหนดสิทธิพิเศษเพื่อมุ่งใจแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินในการฟื้นฟูกิจการไว้อย่างมาก ได้แก่การกำหนดให้บุริมสิทธิในฐานะที่เป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับ

⁵⁷ Insolvency Act 1986 S.19(5) and The Companies (Amendment) Act 1987 S. 227(1)(b),(c)

หนึ่ง⁵⁸ นอกจากนี้หากยังไม่สามารถหาแหล่งเงินทุนมาช่วยเหลือได้อีกก็จะกำหนดให้มีบุริมสิทธิในลำดับที่เหนือกว่าค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร⁵⁹ และที่สำคัญบุริมสิทธิดังกล่าวครอบคลุมถึงในกรณีที่ลูกหนี้ล้มละลายด้วย กล่าวคือหากลูกหนี้ต้องเข้าสู่การชำระบัญชีภายใต้ Chapter 7 แล้ว บุริมสิทธิดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่เพียงแต่จะถูกกำหนดให้เป็นบุริมสิทธิในลำดับที่ถัดจากบุริมสิทธิในค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารภายใต้ Chapter 7⁶⁰ และในกรณีที่มาตรการดังกล่าวยังไม่สามารถหาแหล่งเงินทุนที่จะนำมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการได้อีก ก็กำหนดให้เจ้าหนี้ยดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกันโดยนาร์พียลิสของลูกหนี้มาเป็นหลักประกันการชำระหนี้⁶¹ หรือกำหนดให้เจ้าหนี้ยดังกล่าวเป็นเจ้าหนี้ที่มีประกันโดยอยู่ในลำดับรองจากเจ้าหนี้ที่มีประกันคนก่อน⁶² และหากยังไม่สามารถหาแหล่งเงินทุนได้อีกก็กำหนดให้นาร์พียลิสที่อยู่ภายใต้หลักประกันของเจ้าหนี้ก่อนการฟื้นฟูกิจการนั้น ไปเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน โดยอาจกำหนดให้อยู่ในลำดับที่เท่ากันหรือสูงกว่าเจ้าหนี้คนก่อนก็ได้⁶³ อย่างไรก็ตามในกรณีกำหนดให้มีเจ้าหนี้ยมาร่วมเฉลี่ยในทรัพย์สินในลำดับเดียวกับหรือในลำดับที่สูงกว่าเจ้าหนี้คนก่อนนั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้คนก่อนอย่างเพียงพอด้วย

ข้อแตกต่างของการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา กับของอังกฤษ สิงคโปร์ และไทย ก็คือ การให้สิทธิพิเศษของสหรัฐอเมริกาจะจำกัดขอบเขตเฉพาะการให้ความช่วยเหลือทางการเงินเท่านั้น ในขณะที่การให้สิทธิพิเศษของอังกฤษ สิงคโปร์ และไทย ไม่จำกัดเฉพาะการช่วยเหลือทางการเงิน แต่จะพิจารณาจากผู้ที่ก่อหนี้และประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งเจ้าหนี้ที่จะได้รับสิทธิพิเศษนั้นอาจไม่ใช่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินก็ได้

นอกจากนี้หากพิจารณาในเรื่องขอบเขตของบุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษที่ให้แก่ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ ในสหรัฐอเมริกาคำหนดให้สิทธิพิเศษของผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินที่อยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ยที่มีบุริมสิทธิในค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารจะได้รับการรับรองในกรณีที่ลูกหนี้เข้าสู่การล้มละลายหรือการชำระบัญชีด้วย ในขณะที่ขอบเขตของบุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษที่ให้แก่ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษ สิงคโปร์ และของไทย จะไม่ได้รับการรับรองในคดีล้มละลาย ดังนั้นเมื่อลูกหนี้เข้าสู่การล้มละลายแล้ว ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการก็จะถูกจัดลำดับใหม่ตามบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ในคดีล้มละลาย

⁵⁸ 11 U.S.C. S.364(a)

⁵⁹ 11 U.S.C. S.364(c)(1)

⁶⁰ 11 U.S.C. S.364(b)

⁶¹ 11 U.S.C. S.364(c)(2)

⁶² 11 U.S.C. S.364(c)(3)

⁶³ 11 U.S.C. S.364(d)(1)

ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายของไทย เมื่อมีการยกเลิกการฟื้นฟูกิจการแล้ว ไม่ว่าจะแผนการฟื้นฟูกิจการจะสำเร็จหรือไม่ก็ตาม เจ้าหนี้ในหนี้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะมีสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น โดยกำหนดให้มีบุริมสิทธิในลำดับ 1 อย่างไรก็ตาม หากลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จ และศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดและพิพากษาให้ล้มละลายในที่สุดแล้ว บุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษที่เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการก็จะสิ้นสุดลง เนื่องจากในคดีล้มละลายมีการจัดลำดับบุริมสิทธิไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว บุริมสิทธิที่กำหนดไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นจะไม่นำมาใช้ในคดีล้มละลาย⁶⁴ ดังนั้นในคดีคดีล้มละลายเจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการจะอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ในหนี้อื่น ๆ ในลำดับที่ 8 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลดังต่อไปนี้

(1) มาตรการดังกล่าวไม่สามารถจูงใจให้เกิดความร่วมมือโดยการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันทำให้การฟื้นฟูกิจการไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากไม่สามารถหาแหล่งเงินทุนที่จะนำมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการซึ่งทำให้ลูกหนี้ต้องล้มละลายไปในที่สุด

(2) ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการอาจหาทางออกสำหรับกรณีดังกล่าวด้วยการทำให้ตนเองอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน โดยเรียกทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือ หากทรัพย์สินดังกล่าวของลูกหนี้เป็นทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันหรือเป็นหลักประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เดิมอยู่ก่อนแล้ว ได้แก่กรณีที่ถูกหนี้ได้จำนองทรัพย์สินอันหนึ่งเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้จำนองหลายคน ซึ่งจะถือลำดับผู้รับจำนองเรียงตามวันและเวลาที่จดทะเบียน ผู้รับจำนองคนก่อนจะได้รับการชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนองคนหลัง⁶⁵ ด้วยเหตุนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ก็จะเป็นเจ้าหนี้มีประกันในทรัพย์สินดังกล่าวโดยอยู่ในลำดับรองจากเจ้าหนี้มีประกันคนก่อน ข้อจำกัดของผู้ที่เป็นเจ้าหนี้มีประกันในลำดับรองก็คือจะบังคับหลักประกันให้เสียหายแก่เจ้าหนี้มีประกันคนก่อนไม่ได้ และจะมีสิทธิได้รับชำระเงินเฉพาะส่วนที่เหลือจากการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้มีประกันคนก่อน⁶⁶ การเป็นเจ้าหนี้ลำดับรองอาจไม่จูงใจให้มีการให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการได้เท่าที่ควร ลูกหนี้อาจต้องไถ่ถอนหลักประกันเพื่อทำให้ทรัพย์สินนั้นปลอดภาระผูกพันแล้วนำไปวางเป็นประกันแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งทำให้เงินทุนที่ลูกหนี้จะนำมาใช้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการลดน้อยลง

ด้วยเหตุนี้การให้บุริมสิทธิหรือสิทธิประโยชน์แก่เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 90/65(3) แห่งร่างพระราชบัญญัติล้มละลายอาจไม่เพียงพอที่จะจูงใจให้มีการ

⁶⁴ ปรีชา พานิชวงศ์, กฎหมายลักษณะล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2529), หน้า 402.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 730

⁶⁶ ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ คำประกัน จำนอง จำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 74.

ช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ และอาจเป็นอุปสรรคต่อความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการก็ได้ เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าควรดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) กำหนดสิทธิพิเศษที่ให้แก่ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากการให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการในกรณีอื่น

(2) กรณีที่เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ควรกำหนดบุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษที่ให้แก่เจ้าหนีดังกล่าวมีผลในคดีล้มละลายด้วย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินมีบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ในคดีล้มละลายนั้นอาจไม่เหมาะสมเมื่อพิจารณาจากบุริมสิทธิตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ทั้งนี้เนื่องจาก เมื่อเปรียบเทียบจำนวนเงินที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ตามบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ในลำดับที่ 1 ถึง 7 กับจำนวนเงินที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแล้วจำนวนเงินที่ต้องชำระตามลำดับบุริมสิทธิดังกล่าวเป็นเงินจำนวนเพียงเล็กน้อย และเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นทั้งสิ้น ซึ่งหากกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินอยู่ในลำดับที่ 1 แล้ว เจ้าหนีลำดับอื่น ๆ อาจไม่ได้รับชำระหนี้เลยก็ได้ นอกจากนี้หากพิจารณาบุริมสิทธิในคดีล้มละลายแล้วจะมีบุริมสิทธิบางประเภทที่ใช้เฉพาะบุคคลธรรมดา เช่นว่าบุริมสิทธิในลำดับที่ 1 ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้ที่ตาย ลำดับที่ 3 ค่าทำศพลูกหนี้ที่ติดตามฐานานุกรม ซึ่งบุริมสิทธิดังกล่าวย่อมไม่เกิดขึ้นกับลูกหนี้ที่เข้ารับการฟื้นฟูกิจการเนื่องจากลูกหนี้ดังกล่าวเป็นนิติบุคคล สำหรับบุริมสิทธิในลำดับที่ 2 และลำดับที่ 4 ก็เป็นค่าใช้จ่าย และค่าธรรมเนียมในการจัดการและรวบรวมทรัพย์สิน และบุริมสิทธิในลำดับที่ 5 ซึ่งเป็นค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความนั้น ก็เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายซึ่งเป็นการกระทำที่เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินได้รับประโยชน์ด้วย ดังนั้นจึงควรมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะกำหนดบุริมสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินก็ควรกำหนดให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนีบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ถึง 5 ส่วนจะให้สิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหนี้ค่าภาษีอากร และหนี้ค่าจ้างเสมียน คนใช้หรือคนงานของลูกหนี้ หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับนโยบายของทางการว่าประสงค์จะรักษาผลประโยชน์ที่เป็นรายได้ของรัฐไว้หรือไม่ และต้องการให้ความคุ้มครองแก่คนงานหรือลูกจ้างของลูกหนี้เพียงใด อย่างไรก็ตามในที่สุดแล้วบุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินนั้นควรจะต้องอยู่ในลำดับที่เหนือกว่าเจ้าหนี้อื่น ๆ ในลำดับที่ 8 คือจะต้องมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ

(3) การให้ทรัพย์สินเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ควรกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถสร้างภาระผูกพันแก่ทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้ภาระผูกพันของเจ้าหนี้มีประกันที่เกิดก่อนการฟื้นฟูกิจการได้โดยกำหนดให้ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินเป็นเจ้าหนี้มีประกันในลำดับที่เท่ากันหรือลำดับที่สูงกว่าเจ้าหนี้คนก่อน อย่างไรก็ตาม โดยที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเจ้าหนี้มีประกัน การกำหนดลำดับของเจ้าหนี้มีประกันในกรณีนี้จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในเรื่องการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้คนก่อนอย่างเพียงพอด้วย

5.8. อำนาจในการใช้ดุลพินิจของศาลที่พิจารณาคำขอฟื้นฟูกิจการ

ตามร่างพระราชบัญญัติล้มละลายได้ให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคำขอฟื้นฟูกิจการไว้หลายประการด้วยกัน เช่น การให้ศาลมีอำนาจสั่งแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเว้นข้อจำกัดสิทธิ การสั่งคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบจากการฟื้นฟูกิจการ⁶⁷ การสั่งยืนยันแผนฟื้นฟูกิจการ⁶⁸ การให้ศาลมีอำนาจในการสั่งยกเลิกคำสั่งอนุญาตให้ฟื้นฟูกิจการ หรือสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดในกรณีที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่มีมติยอมรับแผน⁶⁹ หรือกรณีที่ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่งโดยที่การฟื้นฟูกิจการยังไม่แล้วเสร็จ หากที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่สามารถแต่งตั้งผู้บริหารแผนคนใหม่ได้ ศาลมีอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลเป็นผู้บริหารแผน หรือสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดก็ได้⁷⁰ รวมถึงอำนาจของศาลในการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ขยายระยะเวลาตามแผน⁷¹ ซึ่งในการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลเป็นเรื่องที่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจและมีคำสั่งอย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงสภาพปัจจุบันของระบบศาลของไทย หรือความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับการดำเนินธุรกิจการค้าแล้ว พบว่าปัจจุบันศาลไทยยังเป็นศาลรวมโดยไม่ได้มีการแบ่งแยกเป็นศาลเฉพาะเรื่อง ดังนั้นผู้พิพากษาจึงต้องพิจารณาดตัดสินคดีทุกคดีที่ขึ้นสู่ศาล ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาขาดความชำนาญในคดีเฉพาะเรื่อง นอกจากนี้บทบาทของศาลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับระบบเศรษฐกิจหรือระบบธุรกิจนั้นมีอยู่น้อยมาก ในขณะที่การฟื้นฟูกิจการนั้นไม่ใช่เรื่องการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายเพียงอย่างเดียว กระบวนการฟื้นฟูกิจการต้องอาศัยศาสตร์ในสาขาอื่น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ การพิจารณาถึงความเป็นไปได้ของแผนฟื้นฟูกิจการ การพิจารณาถึงความเหมาะสมในการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แต่ละราย เรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ต้องอาศัยหลักทางบัญชีและเศรษฐศาสตร์ ซึ่งโดยสถานะของศาลในปัจจุบัน การให้ศาลเข้าไปใช้ดุลพินิจและมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นเชิงธุรกิจหรือศาสตร์ในสาขาอื่น ๆ อาจทำให้การใช้อำนาจของศาลในเรื่องดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ตามกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการได้เต็มที่

อย่างไรก็ตาม การให้ศาลเข้าไปมีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการเป็นสิ่งที่พบในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของทุกประเทศ โดยต่างยอมรับว่าศาลเป็นสถาบันที่เหมาะสมที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องในการฟื้นฟูกิจการ ศาลจะช่วยสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้เกี่ยวข้อง ดังนั้นการให้ศาลเข้าไปมีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นสิ่งจำเป็น ในต่างประเทศบทบาทของศาลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากศาลได้เข้าไปมีบทบาทในทางเศรษฐกิจอยู่แล้ว ดังเช่นในสิงคโปร์ศาลอยู่ในสถานะเป็น Board of Trade หรือในสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งแยกศาลพิเศษเฉพาะเรื่องทำให้ผู้พิพากษามีความ

⁶⁷ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/9

⁶⁸ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/49

⁶⁹ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/39 วรรคสอง

⁷⁰ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/58

⁷¹ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/61

เชี่ยวชาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นพิเศษ แต่โดยที่สภาพของศาลไทยไม่ได้เป็นเช่นนั้น ดังนั้นการสร้างเครื่องมือหรือปัจจัยเพื่อช่วยในการทำหน้าที่ของศาลในการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งอาจทำได้

(1) กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของศาล เนื่องจากโดยสภาพที่เป็นอยู่ของระบบกฎหมายไทย การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษายังมีข้อจำกัดและยังไม่เชี่ยวชาญเท่ากับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในระบบ Common Law ดังนั้นการกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจจะช่วยให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมเป็นธรรมและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

(2) กำหนดให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง เช่น ผู้เชี่ยวชาญทางเศรษฐศาสตร์ บัญชี หรือผู้บริหาร เข้ามาเป็นผู้ช่วยในการพิจารณาให้ความเห็นต่อศาล