

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการและการช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวคิดของการฟื้นฟูกิจการและเหตุผลในการบัญญัติหลักเกณฑ์การฟื้นฟูกิจการในศาล (Formal process) ตลอดจนแนวคิดในการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จและลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย สิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายในการขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินลูกหนี้จะได้รับชำระหนี้อย่างไร ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์และแนวความคิดซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปของนานาประเทศในการจัดประเภทสิทธิของหนี้ที่เกิดขึ้นเพื่อประกอบการพิจารณาว่า กฎหมายควรจัดให้หนี้แต่ละประเภทได้รับชำระหนี้ในฐานะใด อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคิดเรื่องการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ก่อหนี้ขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการเพื่อช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ให้สามารถดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปได้ ว่าแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายควรให้สิทธิแก่เจ้าหนีhdังกล่าวในลักษณะใด

2.1 แนวคิดและวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการ

การฟื้นฟูกิจการเป็นกระบวนการที่พัฒนามาจากประสบการณ์ทางด้านการค้าของระบบทุนนิยมในการประกอบธุรกิจนั้น เรื่องของกำไรหรือขาดทุนเป็นเรื่องปกติ และทุกกิจการล้วนแต่มีปัญหาให้ต้องแก้ไขแทบทั้งสิ้น สิ่งที่พบได้เสมอคือ ในกรณีที่กิจการประสบปัญหาขาดทุน บริษัทเหล่านี้จะพยายามแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นด้วยตัวเองในระดับหนึ่งก่อน ไม่ว่าจะเป็นการหาตลาดเพิ่ม หรือการพยายามหาแหล่งเงินทุนเพื่อให้กิจการนั้นอยู่รอด ด้วยเหตุนี้ การที่ธุรกิจต้องประสบปัญหาขาดทุนหรือมีปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงินจึงเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ตามวงจรของระบบเศรษฐกิจ

ในกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินการต่อไปได้ เพียงแต่ประสบปัญหาทางการเงินหรือวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจชั่วคราว แต่กลับส่งผลให้ลูกหนี้ต้องเลิกกิจการหรือล้มละลายไปย่อมก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย กล่าวคือ ทำให้ลูกหนี้ต้องสูญเสียกิจการที่สร้างมา ส่วนเจ้าหนี้ก็อาจไม่ได้รับชำระหนี้ หรือได้รับชำระหนี้เพียงบางส่วน ในขณะที่ผลกระทบต่อเศรษฐกิจจากการปิดกิจการนั้นก่อให้เกิดภาวะการว่างงานขึ้น และถ้าธุรกิจของลูกหนี้เป็นกิจการขนาดใหญ่และมีแรงงานเป็นจำนวนมาก ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ในขณะเดียวกันทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ถูกจำหน่ายไปในราคาที่ไม่เหมาะสมเพียงเพื่อประโยชน์ในการแบ่งชำระให้กับเจ้าหนี้เท่านั้น ดังนั้นหากลูกหนี้ยังมีโอกาสหรือศักยภาพในการดำเนินธุรกิจต่อ แนวความคิดในการฟื้นฟูกิจการจึง

เกิดขึ้นเพื่อรักษากิจการของลูกหนี้ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ เพราะการฟื้นฟูกิจการย่อมจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และสังคมส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้กิจการนั้นต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการไปในที่สุด

คำว่า การฟื้นฟูกิจการ โดยทั่วไปมีความหมายอยู่ 3 นัย¹ คือ

1. การปรับโครงสร้างหนี้ ใช้สำหรับกิจการที่มีปัญหาหนี้สินมาก คือ สัดส่วนของหนี้ต่อทุนมีจำนวนสูง หรือมีปัญหาขาดความสามารถในการชำระหนี้ ซึ่งอาจต้องมีการปรับโครงสร้างหนี้ หรือยืดเวลาการชำระหนี้ หรือลดหนี้ หรือดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวกับทางบัญชีซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์หรือหนี้
2. การปรับโครงสร้างทุน เกิดจากกรณีที่กิจการประสบปัญหาขาดทุน ทำให้ทุนหรือสัดส่วนของผู้ถือหุ้นมีจำนวนลดลงอย่างมาก จึงมีความจำเป็นต้องขอความช่วยเหลือทางการเงินเพื่อรักษากิจการไว้ ด้วยเหตุนี้ ในการปรับโครงสร้างหลายๆ อย่าง จะพบว่ามีการปรับโครงสร้างทุนหรือสัดส่วนของผู้ถือหุ้นในบริษัท มีการลดทุน มีการเพิ่มทุน หรือมีการหาผู้ร่วมลงทุนรายใหม่
3. การปรับโครงสร้างกิจการ กรณีนี้จะไม่แตกต่างจากแนวความคิดในการปรับโครงสร้างกิจการในทางการค้า กล่าวคือ การหามาตรการที่จะทำให้กิจการนั้นสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ เช่น กิจการใดที่บริษัทไม่มีความสามารถก็ขายไป ส่วนกิจการใดที่บริษัททำเป็นหลักก็ต้องรักษาไว้

โดยปกติ กฎหมายฟื้นฟูกิจการจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการปรับโครงสร้างหนี้ โครงสร้างทุน หรือโครงสร้างกิจการ จนกว่ากิจการนั้นจะประสบปัญหาอย่างมากถึงขนาดมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือ เมื่อประเมินราคาสินทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว สินทรัพย์ดังกล่าวอาจมีไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ทั้งหมดให้กับเจ้าหนี้ได้

ทั้งนี้ โดยลักษณะของการฟื้นฟูกิจการจะมีการพัฒนารูปแบบมาจากการตกลงระหว่างภาคเอกชนด้วยกัน กล่าวคือ เป็นการแสดงเจตนาประนีประนอมระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยต่างฝ่ายต่างประนีประนอมกันภายใต้ข้อตกลงที่สร้างความพึงพอใจให้แก่กันทั้งสองฝ่าย เพื่อ

¹ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย", สรรพากรสาส์น ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2543) หน้า 9-10.

จะได้มีโอกาสในการทำธุรกิจร่วมกันอีกในคราวต่อไป ทั้งนี้ หมายความว่าธุรกิจของลูกหนี้ยังสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ตามปกติ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า² การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มาจากกรอบความคิดที่จะให้โอกาสแก่กิจการได้ฟื้นฟูโดยไม่ต้องล้มละลายในขณะที่กิจการดังกล่าวมีหนี้สินมากกว่าสินทรัพย์หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยอาศัยหลักการว่ามูลค่าของบริษัทที่ได้จากการฟื้นฟูกิจการจะมีมูลค่าสูงกว่าการให้กิจการของลูกหนี้ต้องล้มละลาย เนื่องจากสัดส่วนของผู้ถือหุ้นหรือทุนมีฐานะติดลบ ด้วยเหตุนี้ รูปแบบของการฟื้นฟูกิจการจึงแตกต่างจากความตกลงร่วมกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของการจัดการหนี้ส่วนบุคคล (Private restructuring) การปรับโครงสร้างหนี้ด้วยความสมัครใจระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (Voluntary workout) การปรับโครงสร้างหนี้แบบไม่เป็นทางการ โดยอาศัยหน่วยงานในการทำหน้าที่เป็นคนกลาง (Informal reorganization)³ การฟื้นฟูกิจการดังกล่าวเรียกว่า “การฟื้นฟูกิจการนอกศาลหรือการฟื้นฟูกิจการในทางธุรกิจ” (Informal process) ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วยตนเอง ในการทำข้อตกลงนี้ รัฐจะพยายามไม่เข้ามาแทรกแซงหรือเข้ามาแทรกแซงให้น้อยที่สุด โดยรัฐจะทำหน้าที่เพียงกำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์พื้นฐานให้เจ้าหนี้และลูกหนี้นำไปปรับใช้ หรืออาจจัดให้มีองค์กรหรือหน่วยงานขึ้นเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทระหว่างภาคเอกชนด้วยกัน

แต่โดยลักษณะของการฟื้นฟูกิจการนอกศาล ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ในการจำกัดหรือตัดสิทธิของเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ในระหว่างที่มีการเจรจาฟื้นฟูกันนอกศาล มิให้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล อีกทั้งยังไม่มีบทลงโทษกับบุคคลที่ไม่ให้ความร่วมมือ ทำให้การฟื้นฟูกิจการระหว่างภาคเอกชนด้วยตนเองต้องประสบปัญหาที่เกิดขึ้นหลายประการ ซึ่งเป็นอุปสรรคสำคัญในการกีดขวางความสำเร็จของการตกลงระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการขาดความร่วมมือจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือปัญหาจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ ซึ่งก่อให้เกิดมุมมองทางธุรกิจของลูกหนี้ในแง่ลบจากบรรดาเจ้าหนี้และผู้ให้เงินทุนทั้งหลาย ดังนั้น การหาเงินทุนเข้ามาเพื่อเสริมสภาพคล่องของกิจการจึงเป็นไปด้วยความยากลำบาก เนื่องจากผู้เข้ามาให้ความช่วยเหลือในกิจการที่ประสบปัญหาเกิดความไม่มั่นใจในสถานะของตนว่า การให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้จะได้รับชำระหนี้กลับคืนมาหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกิจการขนาดใหญ่ที่มี

² ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์, “ปริศนาค่าสังศาลให้เจ้าหนี้ตั้งกระทรวงการคลังเป็นผู้บริหารแผน”, วารสารข่าวกฎหมายใหม่ รายปักษ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 12 วันที่ 16 กันยายน 2546 หน้า 50.

³ ศศิอนงค์ จงกลณี, “การพักบังคับชำระหนี้ ในการฟื้นฟูกิจการ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544. หน้า 13.

เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก การตกลงระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ด้วยกันเองเป็นเรื่องที่ทำได้ยากยิ่ง ในทางปฏิบัติ เพราะในกรณีที่มีหนี้สินเป็นจำนวนมาก ฝ่ายลูกหนี้แทบจะไม่เหลืออำนาจต่อรอง ใดๆ หากฝ่ายเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งหรือสิทธิในการฟ้องคดีล้มละลาย ซึ่งเจ้าหนี้สามารถเลือกกระทำได้นี้เนื่องจากเป็นสิทธิที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่เมื่อฟ้องร้องแล้วเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้หรือไม่ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ส่วนปัญหาอีกประการหนึ่งคือ หากเจ้าหนี้ส่วนใหญ่ตกลงที่จะให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปตามปกติ เพื่อหาเงินมาชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ที่มีอยู่ ในขณะที่เจ้าหนี้ส่วนน้อยไม่เห็นด้วยกับเงื่อนไขหรือสัญญาที่เจ้าหนี้ส่วนมากตกลง กรณีนี้เจ้าหนี้ส่วนน้อยก็มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลได้เช่นกัน ทำให้การฟื้นฟูกิจการนอกศาลไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์เท่าที่ควร นอกจากนี้ การให้ความช่วยเหลือในกิจการที่ประสบปัญหายังประสบปัญหากับอุปสรรคทางด้านข้อกฎหมาย เช่น การเพิ่มทุนหรือลดทุน ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการทางกฎหมายที่ยุ่งยากและซับซ้อน

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นจากกรณีที่มีการฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2542 จึงได้สร้างหลักประกันทางกฎหมายให้กับเจ้าหนี้ที่จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ให้เกิดความมั่นใจว่า หนี้ที่ก่อขึ้นจะได้รับชำระคืน* เนื่องจากเมื่อครั้งประกาศใช้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ขึ้นเป็นครั้งแรก ได้มีบทบัญญัติมาตรา 94 (2) กำหนดว่า เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนขึ้นโดยรู้อยู่แล้วว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่มีสิทธิยื่นขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ทำให้ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินในระยะแรกไม่สามารถดำเนินธุรกิจของตนต่อไปได้ เนื่องจากมีบทกฎหมายที่เป็นการตัดช่องทางที่จะให้บุคคลอื่นเข้ามาให้ความช่วยเหลือในกิจการของลูกหนี้ และท้ายที่สุดลูกหนี้ดังกล่าวก็ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งๆ ที่หากมีการให้ความช่วยเหลือในกิจการนั้นตั้งแรกแล้ว ลูกหนี้ก็อาจมีโอกาสรื้อสร้างกำไรจากการดำเนินธุรกิจนั้นต่อไปได้ อันจะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมโดยรวมมากกว่าที่จะปล่อยให้ธุรกิจนั้นต้องล้มละลายลง แต่ปัจจุบันปัญหาดังกล่าวสามารถแก้ไขได้ในระดับหนึ่ง คือ การก่อกำหนดไว้ในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการสามารถ

* ในการประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 เรื่องร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่....) พ.ศ..... ครั้งที่ 1 (69/2541) เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2541 ได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 คือ การเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย ซึ่งแต่เดิมกฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนขึ้นทั้งที่รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวจะไม่สามารถขอรับชำระหนี้ได้ตามมาตรา 94 (2) ปัจจุบันได้มีการแก้ไขให้เจ้าหนี้สามารถนำเงินไปช่วยลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวให้สามารถดำเนินกิจการของตนต่อไปได้ โดยกำหนดให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ และแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับลำดับบุริมสิทธิในคดีล้มละลายให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น....

กระทำได้ โดยกฎหมายได้บัญญัติรับรองสิทธิให้ตามมาตรา 94 (2) แต่หนี้ที่ก่อขึ้นจะได้รับบุริมสิทธิในคดีล้มละลายหรือไม่ กรณีนี้เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องพิจารณาตามลักษณะหนี้ที่ก่อขึ้นว่ากฎหมายบัญญัติให้หนี้ดังกล่าวได้รับบุริมสิทธิในการขอรับชำระหนี้อย่างไร ทั้งนี้ หลักเกณฑ์เบื้องต้นที่ต้องศึกษาก่อนว่าหนี้ที่ก่อขึ้นจะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่ อย่างไร สิ่งสำคัญที่ต้องศึกษาเป็นลำดับแรกคือ แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการจำแนกสิทธิของเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายว่ามีการจัดแบ่งเจ้าหนี้แต่ละประเภทโดยอาศัยเหตุผลหรือแนวคิดใด

2.2 แนวคิดในการจำแนกสิทธิขอรับชำระหนี้

สำหรับการจำแนกประเภทสิทธิหรือการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้แต่ละประเภทจะมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบกฎหมายล้มละลาย เพราะกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศจะต้องจัดสรรสิทธิของเจ้าหนี้ให้เกิดความเป็นธรรมและให้เป็นที่ยอมรับของเจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายให้มากที่สุด ซึ่งแนวความคิดในการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ประเภทต่างๆ จะมีพื้นฐานหรือแนวความคิดในการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ของแต่ละประเทศแตกต่างกัน แต่โดยหลักพื้นฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายจะประกอบด้วยเหตุผลและแนวคิดในการปฏิบัติต่อสิทธิดังกล่าวต่อไปนี้ อยู่เบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ของนานาประเทศ

2.2.1 หลักทั่วไป

การเกิดความแตกต่างและการแก่งแย่งผลประโยชน์ระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน มักเกิดขึ้นบ่อยครั้งในกระบวนการล้มละลาย โดยส่วนใหญ่เจ้าหนี้จะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้โดยอาศัยผลทางกฎหมายหรือความสัมพันธ์ทางสัญญากับลูกหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะล้มละลาย นอกจากนี้ ยังมีเจ้าหนี้ที่ไม่ต้องมีการตกลงกับลูกหนี้ เช่น องค์กรที่มีอำนาจเรียกเก็บภาษี (ซึ่งบ่อยครั้งจะเกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลาย) และสิทธิเรียกร้องในมูลละเมิด (ซึ่งโดยทั่วไปจะมีจำนวนน้อย)

สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นจะถูกควบคุมโดยกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เจ้าหนี้ส่วนมากจะมีฐานะคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับประเภทแห่งสิทธิในการขอรับชำระหนี้ กล่าวคือ สิทธิของเจ้าหนี้จะอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกันหรือเป็นสิทธิตามสัญญา ส่วนเจ้าหนี้บางราย

⁴ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Working Group (Insolvency Law) (n.p.2001), pp.62-66.

อาจมีสิทธิเรียกร้องดีกว่าหรือมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้ส่วนมาก แม้กระทั่งเจ้าหนี้ในลำดับชั้นเดียวกันเองก็ยังมี การแก่งแย่งสิทธิระหว่างกัน เช่น การมีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันยอมนเป็นหลักประกันที่ดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่น สาเหตุที่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากกฎหมายล้มละลายโดยทั่วไปได้จัดประเภทของเจ้าหนี้จากการอ้างอิงจากสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้เหล่านั้นมี ทั้งนี้ วิธีการดังกล่าวมิได้มีลักษณะขัดกับวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันแต่อย่างใด เพราะการพัฒนาหลักเกณฑ์การจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้เหล่านี้จะต้องพิจารณาว่า สิ่งใดจะเข้าถึงความสมดุลย์มากกว่ากันระหว่างความชอบธรรมตามกฎหมายกับสิทธิทางการค้าของเจ้าหนี้ ซึ่งการพิจารณานี้จะอาศัยพื้นฐานของความยุติธรรมโดยมิได้พิจารณาถึงเหตุผลทางการค้าของเจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน และในเวลาเดียวกันการให้สิทธิดังกล่าวยังต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน การรักษาไว้ซึ่งการคาดหมายในทางการค้าที่ชอบด้วยกฎหมาย และการสร้างให้มีการคาดหมายถึงความสัมพันธ์ในทางธุรกิจด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ยังมีข้อจำกัดในการขยายเป้าหมายดังกล่าวให้บรรลุผล คือ การก่อให้เกิดความสมดุลจะต้องพิจารณาจากกฎหมายล้มละลายว่า ระหว่างวัตถุประสงค์ที่เปิดให้ภาคเอกชนมีการแข่งขันกันกับการพิจารณาแนวนโยบายของรัฐในด้านอื่นๆ ในการขยายผลประโยชน์ของรัฐให้เพิ่มขึ้นมากกว่าผลประโยชน์ของภาคเอกชน ทำให้ในบางครั้งมิได้พิจารณาการให้ความสำคัญถึงมูลเหตุจูงใจในทางการค้าโดยปกติ เพราะต้องการให้ผลประโยชน์ของรัฐในบางกรณีได้รับบุริมสิทธิ ในขณะที่ความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติต่อสิทธิที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกันอาจไม่ได้รับการพิจารณา สำหรับเหตุผลทางด้านนโยบายในการสร้างบุริมสิทธิดังกล่าวให้เป็นที่ยอมรับจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายอย่างชัดเจนในกรณีที่มีได้มีการปฏิบัติต่อสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ให้เท่าเทียมกัน วิธีการให้บุริมสิทธิดังกล่าวอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีองค์ประกอบในเรื่องความโปร่งใส และการเป็นที่คาดหมายได้ในสิทธิประเภทเดียวกันรวมทั้งเรื่องการแบ่งทรัพย์สินด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดประเภทสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดว่าเจ้าหนี้ประเภทใดบ้างที่จะมีสิทธิลงมติ รวมทั้งวิธีการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิในการลงมติ (ตามลำดับชั้นของเจ้าหนี้สำหรับหนี้ในส่วนที่ขาดหายไป) และเพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้ประเภทสิทธิเรียกร้องของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายที่ก่อขึ้นมีความแตกต่างกันในการขอรับชำระหนี้ ทั้งนี้ กฎหมายบางประเทศได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องที่มีจำนวนแน่นอนบางกรณีไม่ได้รับการยอมรับในกระบวนการล้มละลายบนพื้นฐานของแนวนโยบายแห่งรัฐนั้น เช่น หนี้ภาษีต่างประเทศ ค่าพิพาทษาที่ได้มาโดยการฉ้อฉลหลอกลวง เบี้ยปรับทางแพ่ง ค่าปรับทางอาญาและหนี้การพนัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการพิจารณาเรื่องบุริมสิทธิในการแบ่งทรัพย์สินตามกระบวนการชำระบัญชี ดังนั้น การกำหนดให้มี

การสร้างหลักทั่วไปในการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้จึงเกิดขึ้น นอกจากนี้ การจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ยังขึ้นอยู่กับลักษณะของหนี้ดังกล่าวด้วยว่าเป็นหนี้ทางการค้าหรือเป็นหนี้ที่มาจากความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ ซึ่งบ่อยครั้งได้ส่งผลกระทบต่อรัฐในการสร้างทางเลือกที่จะให้ความสำคัญในผลประโยชน์ของประเทศด้วยเหมือนกัน

2.2.2 การแบ่งประเภทสิทธิในการขอรับชำระหนี้

โดยทั่วไปกฎหมายล้มละลายของทุกประเทศจะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในคดีล้มละลายแตกต่างกัน แต่โดยหลักทั่วไปจะประกอบด้วยเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันหรือเจ้าหนี้สามัญ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายในบางประเทศได้กำหนดให้กรณีของลูกจ้างเป็นกลุ่มเจ้าหนี้ประเภทหนึ่งแยกต่างหากจากกลุ่มเจ้าหนี้ประเภทอื่นๆ ด้วย

1. เจ้าหนี้มีประกัน (Secured creditors)

กฎหมายล้มละลายส่วนใหญ่จะกำหนดให้สิทธิเรียกร้องแบบมีหลักประกันกับสิทธิเรียกร้องแบบไม่มีหลักประกันมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวิธีการที่จะใช้ปฏิบัติต่อผลประโยชน์ในหลักประกันนั้นตามกระบวนการล้มละลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเวลาที่มีการยื่นคำร้องขอให้มีการพักบังคับชำระหนี้ ในกรณีที่กฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถนำหลักประกันแยกต่างหากจากกระบวนการล้มละลายได้ ซึ่งเจ้าหนี้รายนั้นจะไม่มีสิทธิเรียกร้องในส่วนของหนี้ที่ขาดหายไป เว้นแต่เจ้าหนี้มีประกันจะยอมสละหลักประกันของตน หรือในกรณีที่มีหลักประกันมูลค่าต่ำกว่ามูลหนี้ (เช่น มูลหนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องมีมูลค่ามากกว่าหลักประกันที่เจ้าหนี้พึงมี) กรณีนี้เจ้าหนี้มีประกันจะใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้ส่วนที่ขาดหายไปได้ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน ในกรณีที่หลักประกันซึ่งถูกยึดไว้มีความจำเป็นต้องขายเพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ (Going concern) หรือเพื่อการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันดังกล่าวย่อมมีสิทธิในหนี้จำนวนนั้น โดยสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับการยอมรับในช่วงเวลาแรก ซึ่งจะมีความยากลำบากในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้ถูกต้องในช่วงเวลาของการเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการ

ในหลายประเทศได้ตระหนักถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่จะต้องให้บุริมสิทธิในลำดับแรกในการได้รับชำระหนี้คืนจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันหรือการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลาย วิธีการแบ่งทรัพย์สินให้กับเจ้าหนี้มีประกันขึ้นอยู่กับวิธีการที่จะใช้ในการคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันในระหว่างที่มีการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลาย ในกรณีที่ผลประโยชน์ของหลักประกันได้รับการคุ้มครองโดยการรักษามูลค่าของหลักประกันไว้ เจ้าหนี้มี

ประกันโดยทั่วไปย่อมได้รับบุริมสิทธิในมูลหนี้ที่มีหลักประกัน ซึ่งการให้บุริมสิทธิดังกล่าวจะพิจารณาเฉพาะจำนวนหนี้ที่มีหลักประกันเท่านั้น หรืออีกกรณีหนึ่งคือ ในกรณีที่ผลประโยชน์ในหลักประกันของเจ้าหนี้ได้รับความคุ้มครองโดยการกำหนดมูลค่าส่วนแบ่งในหลักประกันของสิทธิเรียกร้องนั้นนับแต่เวลาที่มีการเริ่มต้นกระบวนการ โดยทั่วไปเจ้าหนี้จะได้รับบุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าวตามกระบวนการล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวกับมูลค่าของทรัพย์สินนั้น

แต่ในบางครั้งกฎหมายล้มละลายได้จัดให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ เช่น หนี้ค่าจ้างแรงงานที่ค้างชำระ หนี้ภาษีอากรและหนี้ในมูลละเมิด อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าการกำหนดข้อยกเว้นในการไม่ให้บุริมสิทธิในลำดับแรกสำหรับเจ้าหนี้มีประกันนั้นจะต้องมีข้อจำกัดที่กำหนดไว้อย่างแน่นอนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้คืนของเจ้าหนี้มีประกัน ดังนั้นจึงมีความพยายามที่จะให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของหนี้ไม่มีประกันและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายให้อยู่ในลำดับถัดมา แต่อาจมีกรณียกเว้นในการไม่ให้บุริมสิทธิลำดับแรกแก่เจ้าหนี้มีประกันเพราะมีการกำหนดให้ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายได้รับบุริมสิทธิก่อน ด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้มีประกันจึงมีสิทธิต่างจากเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับโดยตรงจากกระบวนการจำหน่ายทรัพย์สินสุทธิทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง และเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องมีส่วนร่วมในค่าใช้จ่ายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้มีประกันดังกล่าวยังคงมีส่วนร่วมในค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับหลักประกันนั้น เช่น ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารในส่วนที่เกี่ยวกับการดูแลรักษาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือในกรณีที่ผู้แทนของลูกหนี้ที่ล้มละลายได้เสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษามูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน จึงมีเหตุอันสมควรที่จะให้หักค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในฐานะค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารได้ ข้อยกเว้นนี้ยังเกี่ยวข้องกับการให้บุริมสิทธิกับการเงินที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลาย ซึ่งจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกันในบุริมสิทธิใดๆ ที่จะได้รับต้องมีความชัดเจนในเวลาที่ได้รับเงินช่วยเหลือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้มีประกันก่อน

2. เจ้าหนี้เพื่อการบริหาร (Administrative creditors)

บ่อยครั้งที่กระบวนการล้มละลายต้องการความช่วยเหลือจากผู้เชี่ยวชาญในด้านต่างๆ เช่น ผู้แทนของลูกหนี้ที่ล้มละลาย และผู้ให้คำแนะนำลูกหนี้หรือผู้แทนของลูกหนี้ที่ล้มละลาย ค่าใช้จ่ายเหล่านี้มักเกิดขึ้นโดยคณะกรรมการเจ้าหนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการธุรกิจ ตลอดจนการดำเนินกระบวนการล้มละลายให้เป็นผลสำเร็จ รวมทั้งหนี้บางส่วนหรือหนี้ทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลาย เช่น หนี้ของลูกจ้าง ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และ

หนึ่งอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน ค่าใช้จ่ายของกระบวนการล้มละลายนี้บ่อยครั้งจะได้รับบุริมสิทธิในฐานะหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าหนี้ไม่มีหลักประกัน และได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากหนี้อื่นๆ กล่าวคือ มีการรับรองว่าหนี้ดังกล่าวจะได้รับชำระคืนให้แก่ฝ่ายที่ได้ออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายไป

อย่างไรก็ดี ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารมีส่วนสำคัญยิ่งที่จะกระทบกระเทือนมูลค่าทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย ในขณะที่การให้สิทธิเพิ่มขึ้นในหนี้ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดรูปแบบของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น วิธีการพิจารณาที่จะให้ค่าใช้จ่ายใดได้รับสิทธิเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารในจำนวนที่น้อยที่สุดได้จึงเป็นสิ่งที่ควรกระทำยิ่ง ส่วนสิ่งที่กฎหมายล้มละลายควรจัดให้มี คือ การกำหนดให้มีความแน่นอนแต่มีขอบเขตที่ยืดหยุ่นได้เกี่ยวกับการอนุญาตให้ค่าใช้จ่ายใดเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ทั้งนี้ ขอบเขตดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย การอนุญาตให้ค่าใช้จ่ายที่มีขึ้นเพื่อเพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สินและเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกคนหรือไม่จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายที่มีเหตุผลและความจำเป็นเท่านั้น แต่ต้องหมายรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายด้วย สำหรับค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นจะประเมินจากการอ้างอิงจากจำนวนทรัพย์สินที่มีอยู่ในกระบวนการล้มละลายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการมีค่าใช้จ่ายนั้น

ทั้งนี้ วิธีการที่ใช้ในการประเมินค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจะมีความแตกต่างกัน สำหรับวิธีการแรก คือ การร้องขออำนาจศาลก่อนที่จะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายนั้นขึ้น หรือการขออำนาจศาลในการก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่นอกเหนือจากกรอบของการทำธุรกิจโดยปกติ ส่วนวิธีการที่สอง คือ การจัดให้มีการประเมินค่าใช้จ่ายจากบรรดาเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อสร้างความโปร่งใสให้เกิดขึ้นกับกระบวนการ สำหรับวิธีการนี้ จะใช้ศาลเป็นที่พึ่งเฉพาะกรณีที่มีเจ้าหนี้ไม่เห็นชอบในการประเมินนั้น หรืออีกความหมายหนึ่ง คือ จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเฉพาะกรณีที่ยังมีเจ้าหนี้โต้แย้งเท่านั้น เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาเฉพาะกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น

3. เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Priority or preferential creditors)

บ่อยครั้งที่กฎหมายล้มละลายยอมรับว่าต้องมีการให้บุริมสิทธิแก่จำนวนหนี้ที่แน่นอน (โดยมากเป็นหนี้ไม่มีหลักประกัน) ซึ่งเป็นหนี้ที่จะได้รับบุริมสิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ เช่น เจ้าหนี้ไม่มีประกันซึ่งไม่มีบุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าว (หรือมีบุริมสิทธิเพียงบางส่วน) การให้บุริมสิทธิเหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อหลักการได้รับชำระหนี้คืนในอัตราส่วนที่เป็นธรรม (pari passu) และโดยหลักในการให้สิทธิเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน กล่าวคือ จะเป็นการลดจำนวนทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะแบ่งสรร

ให้กับเจ้าหน้าที่ที่เหลืออยู่ในกระบวนการ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ที่ได้รับผลกระทบจากการมีเจ้าหน้าที่บูรณสิทธิย่อมมีความกระตือรือร้นในการตรวจสอบการอ้างถึงจำนวนหนี้ที่จะได้บูรณสิทธิของเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

วิธีการที่แตกต่างกันถูกนำมาใช้ตามประเภทของหนี้ ประเทศต่างๆ จะมีการกำหนดประเภทของบูรณสิทธิแตกต่างกัน แต่การให้บูรณสิทธิสองประเภทที่ใช้กันอย่างแพร่หลายคือ การให้บูรณสิทธิในเงินเดือนของลูกจ้างและผลประโยชน์อื่นๆ (เช่น ประกันสังคมและสิทธิเรียกร้องในเงินบำนาญ) ซึ่งโดยทั่วไปในการให้บูรณสิทธิแก่หนี้ประเภทนี้ก็เพราะต้องการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ในการช่วยเหลือลูกจ้างให้อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหน้าที่ไม่มีหลักประกันในกระบวนการล้มละลาย และอีกกรณีหนึ่งคือ หนี้เกี่ยวกับภาษีอากรของรัฐ การให้บูรณสิทธิในหนี้ภาษีอากรสามารถประนีประนอมกับการบังคับใช้กฎหมายภาษี ทั้งนี้ การสร้างรูปแบบในการให้ความช่วยเหลือในผลประโยชน์ของรัฐ เช่น หนี้ภาษีจะทำลายหลักเกณฑ์การชำระหนี้ที่มีอยู่เดิมและส่งผลกระทบต่อหลักล้มละลายที่กำหนดให้บูรณสิทธิเพื่อสนับสนุนผลประโยชน์ของรัฐโดยเฉพาะ

สำหรับกฎหมายล้มละลายยุคใหม่จะมีลักษณะสำคัญในการลดจำนวนประเภทของการให้บูรณสิทธิ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงการยอมรับของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดในการปฏิบัติต่อบุรณสิทธิเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศกลับมีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนประเภทของหนี้ที่จะได้รับบูรณสิทธิให้มากขึ้น ในการรักษาไว้ซึ่งจำนวนของประเภทบูรณสิทธิที่แตกต่างกันสำหรับหนี้ประเภทต่างๆ เท่าที่มีอยู่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการพิจารณาวัตถุประสงค์พื้นฐานของกระบวนการล้มละลาย และความยุ่งยากในการสร้างกระบวนการที่มีประสิทธิภาพให้บังเกิดผลเนื่องจากหลักดังกล่าวได้สร้างความไม่เท่าเทียมกันให้แก่เจ้าหน้าที่ และในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็ได้สร้างความยุ่งยากในการเตรียมแผนฟื้นฟูกิจการ นอกเหนือจากนี้ ยังต้องคำนึงอยู่เสมอว่าการให้บูรณสิทธิแก่เจ้าหน้าที่เป็นการเพิ่มขึ้นของจำนวนหนี้ เพราะเจ้าหน้าที่บูรณสิทธิมิได้ทำให้จำนวนทรัพย์สินที่มีอยู่สำหรับเจ้าหน้าที่เพิ่มจำนวนขึ้น แต่เป็นเพียงผลประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่อีกกลุ่มหนึ่งได้รับซึ่งเจ้าหน้าที่กลุ่มอื่นต้องถือเป็นค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นกับพวกเขา ด้วยเหตุนี้ จำนวนประเภทของบูรณสิทธิที่มากขึ้น จะก่อให้เกิดโอกาสที่เจ้าหน้าที่ประเภทอื่นเรียกร้องให้มีการปฏิบัติที่ดีขึ้นเหมือนกับการปฏิบัติต่อเจ้าหน้าที่บูรณสิทธิ และท้ายที่สุดอาจทำให้มีเจ้าหน้าที่จำนวนมากได้รับการดูแลในฐานะเจ้าหน้าที่บูรณสิทธิ ในขณะที่ผลประโยชน์ซึ่งตกอยู่กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก็กลับต้องลดจำนวนลงหรือหมดไป

แต่บูรณสิทธิบางประเภทก็เป็นเรื่องที่ดีที่จะกำหนดให้สิทธินั้นอยู่นอกเหนือกระบวนการของกฎหมายล้มละลายมากกว่าที่จะกำหนดให้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายล้มละลาย

ทั้งนี้ เพื่อความสำเร็จในการบรรลุวัตถุประสงค์ของสังคม ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ ปัญหาเรื่องนี้และการมีหนี้สินส่วนตัว ในกรณีที่มีหลักเรื่องบุริมสิทธิรวมอยู่ในกฎหมาย ล้มละลายหรือการให้บุริมสิทธิตามกฎหมายอื่นอันจะส่งผลกระทบต่อการจัดการตามกฎหมาย ล้มละลายนั้น มีประเด็นให้พิจารณาว่าบุริมสิทธิเหล่านั้นจะต้องมีลักษณะที่ชี้ให้เห็นถึงความ ชัดเจน หรือมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลาย การกระทำดังกล่าวจึงจะช่วยให้แน่ใจได้ว่า หลักเกณฑ์การให้บุริมสิทธิอย่างน้อยที่สุดยังมีความแน่นอน โปร่งใส และเป็นที่ยอมรับได้ว่าจะ มีผลกระทบต่อสถานะของเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องอย่างไรบ้าง อีกทั้งยังช่วยผู้ให้กู้ยืมเงินใช้เป็นหลักใน การประเมินความเสี่ยงที่เขาจะได้รับจากการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง

4. เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน (Ordinary unsecured creditors)

เมื่อเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสิทธิที่พึงมีแล้ว หลังจากนั้น จึงจะมีการแบ่งชำระหนี้ในอัตราส่วนที่เป็นธรรม (pro rata) ให้แก่เจ้าหนี้สามัญหรือ เจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน แต่การแบ่งชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ในลำดับเดียวกันนี้ ในบางครั้งนั้นบาง ประเภทก็ได้รับการปฏิบัติในฐานะหนี้ด้อยสิทธิ ซึ่งบางประเทศได้กำหนดให้หนี้ด้อยสิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เงินรางวัล ค่าปรับทางแพ่ง หรือค่าปรับทางอาญา เงินที่กู้ยืมมาจากผู้ถือหุ้นและ ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากการยื่นคำร้องขอเข้าสู่กระบวนการของหนี้ไม่มีหลักประกัน ในขณะที่หนี้บางประเภทซึ่งจัดอยู่ในประเภทของหนี้สามัญหรือหนี้ไม่มีหลักประกันกลับได้รับการ ปฏิบัติในฐานะหนี้ประเภทอื่นนอกเหนือจากสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้สามัญหรือไม่มีหลักประกัน

5. ลูกจ้าง (Employees)

ลูกจ้างเป็นส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจ สิทธิของลูกจ้างบ่อยครั้งที่ต้องแข่งขัน กับสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่น ในการจัดลำดับสิทธิของลูกจ้างมีแนวโน้มที่จะแตกต่างระหว่างการเป็น เจ้าของกิจการหรือผู้จัดการและผู้ให้กู้ยืมเงินหรือเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับลูกหนี้ สิทธิของ ลูกจ้างตั้งอยู่บนพื้นฐานของผลงานที่พวกเขาทำในการจะได้รับเงินค่าจ้าง หรืองานที่ได้ต้องมี ประสิทธิภาพ ลูกจ้างเหล่านั้นจึงจะได้ทำงานต่อไป ลักษณะดังกล่าวมีความจำเป็นในคดี ล้มละลาย และกฎหมายล้มละลายบางประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญของลูกจ้างจึงกำหนดให้ หนี้ค่าจ้างแรงงานได้รับบุริมสิทธิสำหรับหนี้ค่าจ้างที่ค้างชำระเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ บางประเภท

ในกรณีที่ค่าจ้างของลูกจ้างได้รับความคุ้มครองโดยกองทุนพิเศษสำหรับลูกจ้าง การจัดการตามกระบวนการล้มละลายดูเหมือนจะมีได้เปลี่ยนแปลงไปแต่ประการใด เว้นแต่

สิทธิเรียกร้องในกองทุนดังกล่าวได้ประกันหนี้ค่าจ้างนอกเหนือจากการขอรับชำระหนี้ของลูกจ้างในคดีล้มละลายไว้ หรือในกรณีที่สิทธิเรียกร้องของลูกจ้างมิได้รับบุริมสิทธิเช่นเดียวกับที่ลูกจ้างพึงได้รับจากการปฏิบัติโดยทั่วไปของกองทุนสำหรับการใช้สิทธิเช่นเดียวกับสิทธิของลูกจ้าง กล่าวคือสิทธิของลูกจ้างอย่างน้อยที่สุดจะต้องประกอบด้วยความแน่นอนของจำนวนเงินที่ลูกจ้างจะได้รับที่แสดงให้เห็นถึงระยะเวลาที่ลูกจ้างจะได้รับชำระหนี้ค่าจ้างที่แน่นอน

6. เจ้าของกิจการ (Owners)

กฎหมายล้มละลายหลายประเทศยอมรับหลักทั่วไปว่า เจ้าของธุรกิจไม่ควรเป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สิน จนกว่าเจ้าหนี้ทั้งหมดจะได้รับชำระหนี้โดยครบถ้วนแล้ว ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการแบ่งชำระหนี้ให้กับเจ้าของกิจการ การแบ่งทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องจัดสรรตามประเภทของหุ้นที่ระบุไว้ตามกฎหมายบริษัทหรือกฎหมายการจัดตั้งบริษัท

7. เจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ (Related party creditors)

เจ้าหนี้ประเภทนี้ต้องให้ความสำคัญในการพิจารณาเป็นพิเศษ กล่าวคือ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลในครอบครัวหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจ การปฏิบัติกับบุคคลดังกล่าวเป็นพิเศษจะถูกคาดหมายได้ว่าคู่กรณีดังกล่าวได้รับการปฏิบัติที่เหนือกว่าบุคคลอื่น ทั้งนี้ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ย่อมมีแนวโน้มที่จะทราบตั้งแต่แรกว่าสถานะทางการเงินของลูกหนี้กำลังประสบปัญหา ในขณะที่พวกเขากลับไม่ได้ถูกจัดให้เป็นเจ้าหนี้ประเภทหนี้ที่ไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องพิจารณาให้เหมาะสมว่าบุคคลเหล่านี้ควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกับการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อื่นหรือได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษหรือไม่ เช่น การปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อายนี้ในฐานะ เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ และให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องจากการลงมติกับเจ้าหนี้อื่นๆ ในการให้ความเห็นชอบในแผนหรือในประเด็นต่างๆ ที่สำคัญ

2.2.3 สิทธิที่จะได้รับสำหรับผู้ให้ความช่วยเหลือระหว่างฟื้นฟูกิจการ

สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจะให้ความสำคัญที่สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและสิทธิของเจ้าหนี้บุริมสิทธิเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ จากการตรวจสอบในทางปฏิบัติเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายของนานาประเทศได้เชื่อมโยงแสดงให้เห็นว่า หลักการชำระหนี้ตามสัดส่วนของมูลหนี้มิได้มีประเทศใดนำหลักนี้มาใช้โดยเคร่งครัด ในทางตรงข้าม เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ตามระดับหรือ

ลำดับชั้นของสิทธิเรียกร้อง ซึ่งโดยทั่วไปพบว่าสิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้จะประกอบด้วยลำดับชั้นอย่างน้อย 6 อันดับ⁵ ดังนี้

1. เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Super-priority creditors)
2. เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Priority creditors)
3. เจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน (Pari passu creditors)
4. เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ (Deferred creditors)
5. ผู้ถือหุ้นของบริษัท (Equity shareholders)
6. เจ้าหนี้ที่ไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ (Expropriated creditors)

สำหรับประเภทของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิ คือ เจ้าหนี้ผู้ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน (หรืออาจมากกว่านั้นขึ้นอยู่กับทรัพย์สินของลูกหนี้) และเป็นบุคคลที่สามารถอยู่นอกกระบวนการล้มละลายได้ในความหมายว่า บุคคลดังกล่าวสามารถนำทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อย่างเป็นอิสระจากการบังคับใช้หลักการชำระหนี้ตามสัดส่วนหนี้ กล่าวคือ เจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิสามารถแยกตัวออกจากกระบวนการล้มละลายได้ โดยส่วนใหญ่ในการจัดกลุ่มของเจ้าหนี้ประเภทนี้สามารถแบ่งประเภทเจ้าหนี้ได้เป็น 6 ประเภท คือ

1. เจ้าหนี้ที่มีหลักทรัพย์เป็นประกัน (Secured creditors)
2. เจ้าหนี้ที่มีสิทธิหักกลบลบหนี้ (Creditors with a set-off)
3. เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อโดยมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินนั้น (Title finance creditors)
4. การเอาทรัพย์สินจากเจ้าของไปโดยผิดกฎหมาย (Owners wrongfully deprived of their property)
5. เจ้าหนี้ที่ใช้สิทธิเรียกร้องจากบุคคลภายนอกได้โดยตรง (Creditors with a direct action)
6. เจ้าหนี้ที่มีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Creditors with rights of rescission)

⁵ Philip R Wood, Principles of international insolvency (London : Sweet & Maxwell, 1995)

สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะเป็นสิทธิที่มีบุริมสิทธิสูงสุดในการขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย ทั้งนี้ เจ้าหนี้ดังกล่าวยังมีสิทธินอกเหนือจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มีการจำหน่ายไป ทั้งนี้ หลักประกันจะปรากฏในกระบวนการล้มละลายก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ต้องการเรียกร้องหนี้เพิ่มขึ้นจากหลักประกันนั้น หลักประกันจะมีผลสมบูรณ์ระหว่างคู่กรณี แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นไร้ประโยชน์ กฎหมายล้มละลายจะต้องพักหรือทำให้อ่อนลงหรือทำให้หลักประกันนั้นมีบุริมสิทธิน้อยลงตามวิธีการที่กฎหมายจะสร้างขึ้น ด้วยเหตุนี้ จุดมุ่งหมายในการสร้างกฎหมายล้มละลายจึงมีความสำคัญมากกว่าการเริ่มต้นที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกัน

จุดประสงค์และนโยบายในการให้ความคุ้มครองสิทธิที่มีหลักประกัน คือ การให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย เนื่องจากการมีข้อจำกัดของลำดับชั้นหรือการล้มละลายแบบลูกโซ่ การใช้หลักประกันในการขอเงินทุน เช่น เงินลงทุนในกิจการ หลักประกันจะช่วยลดต้นทุนในการขอสินเชื่อ ดังเช่นกรณีส่วนล้ามูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันตามราคาตลาด บุคคลใดเป็นผู้ชำระเงินเพื่อทรัพย์สินนั้น บุคคลนั้นก็ควรเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว หลักประกันสนับสนุนให้เกิดการลดความเสี่ยงทางภาคธุรกิจ ด้วยเหตุนี้ ธนาคารจะรู้สึกมั่นใจถ้ามีหลักประกันไว้ในการควบคุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการทำโครงการขอกู้เงิน (Finance Project) ดังนั้น หลักประกันจึงเป็นการแลกเปลี่ยนอย่างเป็นทางการขอสินเชื่อ

ส่วนอุปสรรคสำคัญในการมีหลักประกัน คือ ข้อขัดข้องทางด้านประวัติศาสตร์เสียเป็นส่วนมาก โดยการนำหลักการเดิมกลับมาใช้ใหม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ยังคงหลักการเดิมไว้ได้แก่ ความอคติในการปิดกั้นการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ ซึ่งถูกรบวงงโดยความคิดแบบเก่าโดยการให้กู้ยืมเงินด้วยอัตราดอกเบี้ยสูง และการให้กู้ยืมในปัจจุบันได้แสดงออกในรูปของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือการป้องกันข้อโต้แย้งในการหลอกลวงเรื่องสินทรัพย์ เช่น ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองเป็นจำนวนมาก แต่เป็นเจ้าของทรัพย์สินจริงๆ จำนวนน้อย ด้วยเหตุนี้บ่อยครั้งที่เจอการทำบัญชีแสดงการครอบครองทรัพย์สิน (ซึ่งขาดประสิทธิภาพเพราะไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ) หรือการจดทะเบียนอย่างเปิดเผย เจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันจะได้รับชำระหนี้้น้อยมากหรือแทบจะไม่มีโอกาสเลยตามกระบวนการของกฎหมายล้มละลาย และด้วยเหตุนี้จึงมีลักษณะของการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายล้มละลาย แม้ว่าการกระทบสิทธิของเจ้าหนี้มีหลักประกันโดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องแรงจูงใจในการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองลูกจ้างที่ยังไม่ได้รับค่าจ้าง และเจ้าหนี้ก็จำนวนหนึ่ง แต่การมีหลักประกันก็ยังกระทบต่อความปลอดภัยของธุรกรรมทางการค้า เนื่องจากความเสี่ยงในเรื่องบุริมสิทธิที่เกิดขึ้น เช่น ผู้ซื้อสินค้า หรือกรณีเจ้าหนี้มีประกันสามารถทำให้กิจการต้องปิดลงด้วยการขายทรัพย์สินที่จำเป็นของกิจการนั้น เช่น โรงงาน

นอกจากนี้ ยังมีเรื่องนโยบายของรัฐที่เข้มงวด แต่ทั้งนี้ตัวเลือกรักก็ต้องถูกสร้างขึ้น และแนวโน้มระหว่างประเทศดูเหมือนจะสนับสนุนให้เกิดหลักประกัน ซึ่งบางครั้งก็ตัดสินใจลำบากว่า ควรจะให้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันถูกพักไว้ในกระบวนการช่วยเหลือลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้มพันตัว แบบเป็นทางการหรือไม่ อย่างไร

สำหรับความหมายของคำว่าหลักประกัน จะประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

1. เจ้าหนี้สามารถบังคับให้ขายทรัพย์สินนั้นได้ตลอดจนถึงการใช้กระบวนการที่จะได้รับชำระหนี้ที่มีประกันได้ก่อนเจ้าหนี้อื่น
2. ลูกหนี้สามารถยืนยันที่จะปลดสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันได้โดยการชำระหนี้คืนตามจำนวนหนี้ที่เป็นประกันนั้น

ในความเป็นจริงกลับเกิดความยุ่งยากในการใช้ศัพท์เฉพาะต่างๆ เป็นจำนวนมาก เช่น การจำนอง การจำนำ ภาระติดพัน สิทธิยึดเหนี่ยว การโอนผู้ดูแลผลประโยชน์ การโอนสิทธิ ความยุ่งยากนี้เริ่มเพิ่มมากขึ้นด้วยความตั้งใจของคนรุ่นเก่าที่ต้องการให้หลักประกันซึ่งมีการโอนกรรมสิทธิ์จากลูกหนี้ไปสู่เจ้าหนี้แล้ว และต่อมาต้องการให้กรรมสิทธิ์โอนกลับคืนไปยังลูกหนี้เมื่อหนี้ตามหลักประกันได้ชำระครบถ้วนแล้ว แต่ในการพิจารณาของศาลส่วนใหญ่จะจำแนกเป็นการโอนแบบเด็ดขาดกับกรณีการให้เช่าแบบลิสซิ่ง เช่น การขายและซื้อคืน การให้สินเชื่อตามสัญญา ลิสซิ่ง ซึ่งมีหลายลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกับการจำนอง นอกจากนี้ยังมีประเด็นเรื่องการแบ่งประเภทการพิจารณาคดีของศาล (Jurisdiction classification) ตามประเทศที่มีแนวความคิดเห็น ด้วยกับไม่เห็นด้วยในเรื่องหลักประกันว่ามีผลแตกต่างกันอย่างไรในการบัญญัติกฎหมาย

ในขณะที่เจ้าหนี้อุบัติสิทธิจะได้รับชำระหนี้เป็นลำดับสองภายหลังจากเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้อุบัติสิทธิได้รับชำระหนี้โดยครบถ้วนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว เจ้าหนี้ในลำดับนี้จะประกอบด้วย

1. เจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลาย (Expenses of the insolvency proceeding)
2. เจ้าหนี้ภาษี (Taxes)
3. ค่าตอบแทนของลูกจ้าง (Employee remuneration)
4. หนี้อื่นๆ (Other)

ในเรื่องนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีของเจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลาย (Expenses of the insolvency proceeding) ซึ่งในชั้นนี้จะรวมถึงค่าตอบแทนของผู้บริหารตามกระบวนการล้มละลาย ค่าทนายความ ค่าบำเหน็จของตัวแทน ค่าบำเหน็จของผู้ขายทอดตลาด ค่าจ้างแรงงาน ค่าใช้จ่ายในด้านสาธารณูปโภคของอาคาร ค่าประกันภัย ค่าใช้จ่ายในการฝากและจำหน่ายสินค้า ค่าจ้างตามสัญญาของผู้ชำระบัญชี และค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี ในประเทศอังกฤษค่าใช้จ่ายต่างๆ เหล่านี้จะแบ่งเป็น 16 อันดับ ตามที่บัญญัติไว้ใน Insolvency Act 1986 ss 115, 116; IR 1986, r 4.218 ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะแบ่งประเภทของค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารออกเป็น 6 อันดับตามที่บัญญัติไว้ใน Bankruptcy Code 1978 ss 507, ss 726. โดยค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลายจำต้องมาเป็นอันดับหนึ่ง เพราะผู้บริหารลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่ได้ทำงานโดยไม่หวังผลตอบแทน นอกเหนือจากนี้ การบริหารจัดการผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจากความแน่ใจของผู้บริหารว่าจะได้รับค่าตอบแทนจากการบริหารกิจการนั้น ซึ่งแตกต่างจากการตัดสินใจให้ค่าใช้จ่ายของกฎหมายล้มละลายไม่ได้รับการดูแลเหมือนกับค่าใช้จ่ายของรัฐบาลที่เกิดขึ้นในรูปของผู้เสียภาษีอากรกรณีที่มีกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ในชั้นนี้บุริมสิทธินี้บ่อยครั้งที่จะขยายสิทธิให้กว้างออกไปรวมถึงสัญญาที่ก่อขึ้นภายหลังการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับสิทธิตามกฎหมายที่จะเป็นแรงจูงใจให้เกิดการให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการจำเป็นอย่างมากที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม และจากการศึกษาพบว่าสิทธิของที่จะจูงใจเจ้าหนี้ให้ช่วยเหลือลูกหนี้จะอยู่ในรูปของเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Super-priority creditors) หรือเจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Priority creditors) แต่อาจมีบางกรณีที่ยุทธศาสตร์บางประเทศบัญญัติให้สิทธิเจ้าหนี้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการมากกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งสองประเภท

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ปัญหาแรกที่ลูกหนี้ต้องเผชิญ คือ การขาดสภาพคล่องทางการเงิน ไม่ว่าจะเป็นการขาดเงินสดหมุนเวียนในกิจการ หรือการไม่มีเงินสดในการซื้อสินค้ามาจำหน่ายหรือการซื้อวัตถุดิบมาใช้ในการผลิต เพราะผู้ขายสินค้าจะไม่ยอมให้ลูกหนี้มีสินเชื่ออีกต่อไป เนื่องจากเกรงว่าจะไม่ได้รับชำระหนี้คืน เพราะสถานะของเจ้าหนี้ทางการค้าจะมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ซึ่งสิทธิในการขอรับชำระหนี้ตามกระบวนการล้มละลายแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เลย ทำให้โอกาสในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เป็นไปด้วยความยากลำบากเพราะขาดแรงจูงใจสำหรับผู้ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้น การเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จอีกทางหนึ่ง คือ การกระตุ้นให้กิจการสามารถหาเงินช่วยเหลือเพื่อนำไปใช้ในเวลาที่ขาดสภาพคล่องได้ ด้วยเหตุนี้ การเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้รายใหม่สามารถให้สินเชื่อแก่กิจการ และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นนั้นมีฐานะดีกว่าเจ้าหนี้เดิมเพื่อเป็นแนวทางในการลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้รายใหม่ เพราะเป็นเรื่องที่ปฏิเสธได้ยากว่า หากกิจการใดที่ประสบปัญหาการขาดสภาพคล่องแล้วไม่ได้รับความช่วยเหลือโดยเร็ว กิจการที่เข้าสู่การฟื้นฟูดังกล่าวย่อมมีโอกาสสูงที่ต้องล้มละลายไป

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายในหลายประเทศจึงมีนโยบายที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่เข้ามาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้มากขึ้นน้อยแตกต่างกัน ในบางประเทศ กฎหมายอาจให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่ดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิม ในขณะที่กฎหมายบางประเทศอาจให้สิทธิหลังจากเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้ ปัญหาในด้านการหาแหล่งเงินทุนจะได้รับการแก้ไขโดยการให้บุริมสิทธิแก่เงินช่วยเหลือก้อนใหม่และกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายการเพิ่มทุนและลดทุน⁶

ในการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ได้มีความเห็นสนับสนุนแนวคิดดังกล่าวว่า บรรดาเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการย่อมได้รับชำระหนี้จากการดำเนินธุรกิจโดยปกติของบริษัทในขณะที่กำลังดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าหนี้เหล่านี้จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ เช่น เจ้าหนี้ที่ให้สินเชื่อเพื่อการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ หากการฟื้นฟูกิจการไม่ประสบผลสำเร็จและลูกหนี้ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย สิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวจะต้องได้รับความคุ้มครองในการได้รับชำระหนี้ก่อนบรรดา เจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการ การมีมาตรการนี้จะทำให้เจ้าหนี้ที่เข้ามาในภายหลังเกิดความมั่นใจในการดำเนินธุรกิจร่วมกับบริษัทที่กำลังดำเนินการฟื้นฟูกิจการ⁷ และอีกความเห็นหนึ่ง คือ กระบวนการการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มีความจำเป็นต้องมีมาตรการในการคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ให้คงอยู่ให้มากที่สุดเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงต้องมีบทบัญญัติจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด ตลอดจนเพื่อประโยชน์ในการมีทรัพย์สินไว้ใช้ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ นอกจากนี้ ยังมีความจำเป็นในการสร้างมาตรการจูงใจให้เจ้าหนี้รายใหม่ยอมให้

⁶ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทวิศิษฐ์สรอรรถ, 2543), หน้า 20.

⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 230.

ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการและมาตรการอื่นๆ ที่จะเป็นปัจจัยเอื้อให้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ประสบความสำเร็จได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸

ในขณะที่เดียวกันแนวคิดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการได้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศด้วย โดยมีองค์ระหว่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าและประเมินผลในเชิงวิชาการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และผลกระทบของการนำหลักกฎหมายล้มละลายไปใช้ในแต่ละประเทศ ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของรายงานหรือการประชุมทางวิชาการ โดยประเด็นดังกล่าวได้มีองค์ระหว่างประเทศให้ความสำคัญในการศึกษาเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ดังต่อไปนี้

1. ธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank หรือ ADB) ได้จัดทำรายงานเรื่อง Law and Policy Reform at the Asian Development Bank ซึ่งในรายงานดังกล่าวได้มีการวิจัยเรื่อง Insolvency Law Reforms in The Asian and Pacific Region ซึ่งในหัวข้อนี้ได้มีการวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในภูมิภาคเอเชียรวมทั้งประเทศไทย และได้มีการกล่าวถึงปัญหาการให้ความช่วยเหลือทางการเงินว่า⁹ ในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายล้มละลายใดที่เป็นระบบในกลุ่มประเทศ Regional Technical Assistance for Insolvency Law Reform (TA No. 5795-REG) หรือ RETA ซึ่งกำหนดให้มีการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอด้วยการบัญญัติกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีเงินสดไว้ใช้จ่ายในกิจการอย่างเร่งด่วนเพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ กรณีนี้จึงต้องมีการสนับสนุนกลุ่มประเทศที่ยังต้องการความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในภูมิภาคนี้ให้มากขึ้น แม้ว่าในขณะนี้จะยังไม่มียุทธศาสตร์ใดๆ สำหรับการให้ความคุ้มครองในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการอย่างไม่เป็นทางการหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการนอกศาล (Informal Process) กรณีนี้จะเป็นประโยชน์อย่างมากและถือเป็นส่วนหนึ่งของการให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในภูมิภาคนี้เพื่อก่อให้เกิดแรงจูงใจในการสร้างความเป็นไปได้ในการขยายบทบาทปฏิบัติการให้ความคุ้มครองไปจนถึงกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่อยู่นอกศาล

⁸ ไกรสร บารมีอวยชัย, "การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย", เอกสารประกอบการเสวนาโต๊ะกลม เรื่อง "วิพากษ์การปรับโครงสร้างหนี้เพื่อการฟื้นฟูกิจการ" คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (18 มกราคม 2544) เนื่องในโอกาสงานรำลึกถึง ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร (เอกสารอัดสำเนา) หน้า 6.

⁹ Asian Development Bank (ADB), Law and Policy Reform at the Asian Development Bank (n.p.2000), p.62

นอกจากนี้ ในรายงานของ ADB ยังได้กล่าวถึงการนำหลักกฎหมายล้มละลายที่ดี (The Good Practice Standard) มาปรับใช้ โดยหลักกฎหมายล้มละลายที่ดีที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ หลักเกณฑ์ที่ 5.6 ซึ่งกำหนดว่า “กฎหมายควรมีบทบังคับและจัดให้มีรูปแบบที่สอดคล้องกับตามความต้องการในทางการค้า โดยการจัดให้มีบูรณสิทธิเพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในการหาแหล่งเงินทุนที่จำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจต่อ รวมถึงกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้มีความต้องการเงินทุนอย่างเร่งด่วนในระหว่างที่มีกระบวนการให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ (Rescue process)”¹⁰ โดยตารางข้างล่างนี้เป็นการแสดงผลในภาคปฏิบัติที่มีการนำหลักกฎหมายล้มละลายที่ดี คือ หลักเกณฑ์ที่ 5.6 มาปรับใช้ในระบบกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศในภูมิภาคเอเชียหรือไม่ อย่างไร

ผลลัพธ์ในการปฏิบัติตามหลักกฎหมายล้มละลายที่ดีในกลุ่มประเทศ RETA	
ประเทศ	A = นำมาใช้ทั้งหมด P = นำมาใช้บางส่วน N = ไม่นำมาใช้เลย
ฮ่องกง, จีน	N
อินเดีย	N
อินโดนีเซีย	N
ญี่ปุ่น	N
เกาหลี	P
มาเลเซีย	N
ปากีสถาน	N
ฟิลิปปินส์	N
สิงคโปร์	P
ไต้หวัน, จีน	N
ไทย	P

จากตารางดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มีประเทศที่นำหลักกฎหมายล้มละลายที่ดี 5.6 มาปรับใช้เพียงสามประเทศเท่านั้น คือ ประเทศสิงคโปร์ เกาหลี และไทย โดยการจัดให้มีบทบัญญัติที่เป็นไปได้ในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางการเงินที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี จะมีก็แต่

¹⁰ Ibid., p.37.

กฎหมาย Judicial management ของประเทศสิงคโปร์เท่านั้นที่จัดให้มีการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินด้วยการให้บุริมสิทธิในการชำระหนี้สินกรณีที่ถูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

นอกจากนี้ ในรายงานของ ADB ยังมีประเด็นเรื่องการเริ่มต้นบริหารจัดการลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกัน¹¹ ซึ่งหัวข้อดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อแผนฟื้นฟูกิจการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันและความเป็นไปได้ในการใช้ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันในการจัดหาแหล่งเงินทุน โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้มีเรื่องความต้องการเงินทุนอย่างเร่งด่วนของลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งมีนัยสำคัญว่า ในการศึกษากฎหมายของภูมิภาคเอเชียภายใต้ RETA 5795 แสดงให้เห็นว่า ปัญหาของการจัดให้มีการมีความจำเป็นในด้านเงินทุนอย่างเร่งด่วนสำหรับบริษัทที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ปัญหาบางอย่างที่เกิดขึ้น คือ มีระบบกฎหมายล้มละลายอยู่น้อยมากที่มีทั้งบทบัญญัติลงโทษและบทบัญญัติคุ้มครองในการชำระหนี้เงินกู้ยืมภายหลังที่มีการเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการบริหารจัดการลูกหนี้แบบเป็นทางการหรือกระบวนการในชั้นศาล (Formal process)

ในส่วนของธุรกรรมการขอกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ประเด็นนี้มีความจำเป็นเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นไปได้ในการกำหนดให้มีหลักประกันเพิ่มขึ้น หรือการเพิ่มขึ้นของสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันเดิมเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ให้กู้ยืมเงินรายใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายล้มละลายควรจัดให้มีรูปแบบของบุริมสิทธิที่มีหลักประกัน (Secured Priority) สำหรับผู้ให้กู้ยืมเงินรายใหม่หรือไม่ เพราะการให้บุริมสิทธิดังกล่าวแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมเป็นอย่างมาก

ข้อถกเถียงในประเด็นนี้เป็นที่ยุติว่า กรณีของธุรกรรมการขอกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน มีลักษณะโดยชัดแจ้งว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อระบบธุรกรรมที่มีหลักประกัน และยังเป็นปัญหาว่าจะกระทบหรือทำลายหลักการเดิมที่เคยวางไว้และเป็นการสร้างความไม่แน่นอนเกิดขึ้นในระบบล้มละลายให้เกิดขึ้น ในขณะที่ยังมีหลักเกณฑ์สนับสนุนนโยบายพื้นฐานทั่วไปที่ลูกหนี้ที่มีความตั้งใจจริงที่จะฟื้นฟูกิจการควรได้รับโอกาสที่จะมีเม็ดเงินใหม่ และหากหลักประกันเช่นว่านั้นมีความจำเป็นสำหรับการขอกู้ยืมเงินใหม่ที่เกิดขึ้น กรณีดังกล่าวก็จะมีข้อสนับสนุนน้อยมากที่จะให้มีการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำธุรกรรมในลักษณะนี้

¹¹ Ibid., p.99.

ในกรณีที่ต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้หลักประกันสำหรับการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน การบัญญัติกฎหมายจะต้องกำหนดให้กระตือรือร้นของเจ้าหนี้มีประกันเต็มให้น้อยที่สุด และความจำเป็นที่จะให้บริมสิทธินั้นเกิดขึ้นรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่กรณีที่มีข้อตกลงยินยอมของเจ้าหนี้มีประกันเต็ม หรือโดยคำสั่งศาลภายหลังที่มีการตรวจสอบผลกระทบบทที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิประโยชน์ของเจ้าหนี้ที่มีหลักประกันเต็มอย่างระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้ว

2. องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) ได้เข้าร่วมประชุมกับ The World Bank, Australian Treasury/AusAID และ APEC ในหัวข้อเรื่อง Insolvency System in Asia : An Efficiency Perspective เมื่อวันที่ 29-30 พฤศจิกายน 2542 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กำหนดนโยบายอาวุโสและผู้เชี่ยวชาญจากกลุ่มประเทศเอเชียที่มีสมาชิกของ OECD และกลุ่มประเทศสมาชิก OECD รายงานผลการพัฒนาระบบล้มละลายที่ผ่านมา ตลอดจนมีการซักถามและให้คำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการที่จะทำให้กฎหมายล้มละลายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สำหรับแนวคิดในการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการได้มีการจัดทำรายงานเพื่อเสนอหลักเกณฑ์และแนวทางในการปฏิบัติต่อสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือดังกล่าวขององค์กรระหว่างประเทศขึ้น คือ The World Bank ได้จัดทำรายงานเรื่องหลักเกณฑ์และแนวทางสำหรับระบบล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและการแบ่งประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ขึ้น โดยกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญทั้งหมด 35 หลักเกณฑ์ และหลักในเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการให้สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้นั้น จะปรากฏรายละเอียดอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ 18

การมีระบบล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและการแบ่งประเภทสิทธิของเจ้าหนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญต่อการมีเสถียรภาพทางการเงิน ในเรื่องนี้ ธนาคารโลกได้ทำงานร่วมกับองค์กรต่างๆ ในการพัฒนาระบบล้มละลายและสิทธิของเจ้าหนี้ โดยหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่จะนำไปใช้เป็นแนวทางในการปฏิรูประบบล้มละลายและเป็นบรรทัดฐานให้กับประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งหลักเกณฑ์และแนวทางนี้ได้ผ่านการกลั่นกรองจากนานาประเทศที่มีผลงานในทางปฏิบัติที่ดีที่สุดบนพื้นฐานแนวคิดของระบบล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและการแบ่งประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ โดยรายงานฉบับนี้จะเน้นเรื่องการอธิบาย การรวบรวมปัญหา และนโยบายในการสร้างทางเลือกที่หลากหลายเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นของประเทศกำลังพัฒนา

สำหรับหลักเกณฑ์ล้มละลายตามรายงานของ The World Bank จะมุ่งให้ความสำคัญกับการล้มละลายของนิติบุคคลเป็นสำคัญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุหัวข้อที่เกี่ยวกับการใช้พัฒนาหลักเกณฑ์สำหรับธนาคารและการสร้างกระบวนการล้มละลายให้มีความเป็นระบบมากขึ้น ซึ่งปัญหานี้จะนำไปเป็นหัวข้อในการประชุมกับองค์กรระหว่างประเทศอื่นๆ รวมทั้งกองทุนระหว่างประเทศต่อไปด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์และแนวทางนี้จะนำไปใช้กับกลุ่มประเทศที่อยู่ในการทดลองการประเมินเกี่ยวกับโครงการพัฒนา Reports on the Observance of Standards and Codes (ROSC) ซึ่งกำลังใช้หลักเกณฑ์แบบเดียวกันนี้เป็นพื้นฐานเหมือนกันทั้งหมด นอกจากนี้ธนาคารโลกยังได้ร่วมมือกับ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) และหน่วยงานอื่นๆ ในการพัฒนาชุดคู่มือนี้ให้มีความละเอียดและชัดเจนมากขึ้น เพื่อเป็นแนวทางในการนำหลักเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวนี้ไปปรับใช้

ทั้งนี้ การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ 18¹² เรื่องการบริหารจัดการธุรกิจให้มีความมั่นคงและยั่งยืน กล่าวคือ กฎหมายควรจัดให้มีรูปแบบที่หลากหลายในการให้บริริมสิทธิแต่ละประเภท ทั้งนี้ รูปแบบในการจัดหาเงินทุนจะต้องสอดคล้องกับความต้องการในการทำธุรกิจของลูกหนี้ เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ในกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนในระหว่างที่มีกระบวนการให้ความช่วยเหลือ รวมทั้งต้องมีการให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมด้วย ปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับกระบวนการให้ความช่วยเหลือ คือ บ่อยครั้งที่ลูกหนี้มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่ต้องมีเงินสดเพื่อนำมาใช้จ่ายหมุนเวียนในการชำระหนี้ค่าสินค้าและบริการที่จำเป็น เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินการต่อและรักษาไว้ซึ่งธุรกิจของลูกหนี้ได้ในกรณีที่มิขอเสนอขอความช่วยเหลือจากลูกหนี้ จึงมีความจำเป็นบ่อยครั้งที่ต้องหาเงินทุนมาช่วยให้ธุรกิจลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ในขณะที่กฎหมายล้มละลายจะล้มเหลวในเรื่องการจัดให้มีการหาแหล่งเงินทุนหมุนเวียนที่จำเป็นนี้แม้แต่ในประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายสามารถจัดให้มีการหาเงินทุนได้โดยการให้อำนาจที่จะใช้เงินสดนั้นด้วยการจำหน่ายหรือการให้หลักประกัน หรือการได้รับเงินทุนเข้ามาใหม่โดยการให้ความมั่นใจและการสร้างมาตรการป้องกันในการชำระเงินดังกล่าวคืน ซึ่งกฎหมายสามารถแก้ปัญหาเหล่านี้ได้หลายวิธี เช่น การตระหนักถึงความจำเป็นที่จะขอความช่วยเหลือทางด้าน

¹² The World Bank , Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems (n.p.2001), p.48.

การเงินด้วยการให้อำนาจที่จะหาเงินทุนได้โดยการสร้างบุริมสิทธิในการชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ หรือกระบวนการในการให้หลักประกันหรือการแทนที่สิทธิยึดเหนี่ยวหรือการให้หลักประกันเพิ่มเติม ถูกนำมาใช้เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ให้กู้ว่าจะได้รับชำระหนี้คืน และบ่อยครั้งที่การให้ความคุ้มครองเช่นนี้ไม่เหมาะสมสำหรับผู้ให้เงินทุนรายใหม่ เพราะมีการจำกัดวิธีการใช้เงินทุนดังกล่าว ควบคู่กันด้วย

หากกล่าวถึงหลักเรื่องบุริมสิทธิแล้ว เราสามารถจำแนกได้เป็นหลายประเภท แต่บุริมสิทธิที่ดีที่สุด คือ บุริมสิทธิที่สามารถยึดหยุ่นและปรับเข้ากับการบริหารงานในภาคปฏิบัติได้ เป็นอย่างดี ตัวอย่างเช่น ในระบบกฎหมายล้มละลายบางระบบ คู่กรณีผู้ให้กู้ยืมเงินแก่ธุรกิจ ภายหลังจากการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนเหนือ เจ้าหนี้คนอื่นทั้งหมด ในการให้บุริมสิทธิลักษณะนี้จะมีผลกระทบเพิ่มขึ้นต่อกองทรัพย์สินทั้งหมดของ ลูกหนี้ ส่วนรูปแบบอื่นในการให้บุริมสิทธิสำหรับการทวงจ่ายเงินหรือสินค้าจะได้รับบุริมสิทธิใน หนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร กล่าวคือ เจ้าหนี้จะได้รับบุริมสิทธิในการขอรับชำระหนี้ในลำดับที่ เหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน แต่ไม่มีสิทธิเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเกี่ยวกับ หลักประกันที่อยู่ภายใต้สิทธิเรียกร้องนั้น และวิธีการที่ยืดหยุ่นคือ การอนุญาตให้ผู้ให้กู้หรือผู้ให้ สินเชื่อทางการค้าได้รับสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันจากทรัพย์สินทั้งที่มีหลักประกันและไม่มี หลักประกันของลูกหนี้ ในบางเหตุการณ์ ผู้ทรงสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันหรือสิทธิยึดเหนี่ยวใน ลำดับแรกสามารถได้รับช้อยกเว้นในบางกรณี ในบางประเทศได้สร้างทางเลือกต่างๆ ไว้ทั้งหมด เพื่ออำนวยความสะดวกความจำเป็นในลักษณะพิเศษนี้หรือพฤติการณ์ที่จำเป็นในการทำงานเดียวกัน อีกทั้งหลักเกณฑ์ที่ 18 นี้ จะอนุญาตให้มีบุริมสิทธิสำหรับการให้ความช่วยเหลือทางการเงินที่มี พื้นฐานยึดหยุ่นในลักษณะที่พิจารณาได้จากตลาดที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ ถ้าศาลรวม เรื่องการให้บุริมสิทธิสำหรับการให้กู้ยืมเงินเข้ากับหลักประกันที่ก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันของ เจ้าหนี้ และไม่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันสำหรับสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็น หลักประกันแล้ว ศาลสามารถอนุญาตให้มีการให้ความช่วยเหลือทางการเงินดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ในการขยายวิธีการแก้ปัญหาในการกระทบสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน หรือเจ้าหนี้คนอื่นที่ มีสิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นอยู่ก่อน หลักเกณฑ์ที่ 18 จะต้องอธิบายให้ได้ว่าภายหลังจาก พิจารณาข้อเสนอโดยทั่วไปในการสนับสนุนให้มีการเจรจาต่อรองทางการค้าแล้ว กรณีนี้ได้มีการให้ การคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่สิทธิของผู้มีส่วนได้เสียและบุริมสิทธิอื่นแล้ว การให้สิทธิประเภทนี้จึง ต้องมีความระมัดระวังและสร้างวิธีการให้เกิดความสมดุลย์ให้มากที่สุด

กฎหมายฟื้นฟูกิจการในรูปแบบใหม่กำหนดให้แผนฟื้นฟูกิจการอยู่ภายใน ขอบเขตที่เป็นประโยชน์มากขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการนอกศาล

(Informal workout) กล่าวคือผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะมีข้อจำกัดมากขึ้น ในขณะที่อำนาจทั้งหมดในการตัดสินใจถึงอนาคตของบริษัทลูกหนึ่งจะตกอยู่กับเจ้าหนี้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้รวมไปถึงอำนาจในการตัดสินใจเพิ่มทุน ลดทุน และการแปลงหนี้เป็นทุนด้วย

3. UNCITRAL¹³ (United Nations Commission on International Trade Law) ได้จัดทำรายงานเรื่อง Working Group 5 (Insolvency Law) ขึ้น โดยกำหนดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการอยู่ในหัวข้อของการจัดหาเงินทุนภายหลังการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การให้โอกาสในการดำเนินธุรกิจต่อในกิจการที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นเรื่องสำคัญอย่างมากสำหรับการฟื้นฟูกิจการ และหากขยายกรอบออกไปอีกคือ การชำระบัญชีด้วยการขายธุรกิจ ในลักษณะที่ธุรกิจยังดำเนินการต่อ ในกรณีที่ต้องมีการรักษาไว้ซึ่งการทำธุรกิจ ลูกหนี้มีความจำเป็นต้องมีเงินสดไว้ใช้จ่ายในกิจการ เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้โดยนำเงินนั้นมาใช้ชำระหนี้เป็นค่าสินค้าและค่าบริการที่จำเป็น ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีแหล่งเงินทุนอย่างเพียงพอสำหรับความจำเป็นที่ต้องใช้เงินสดหมุนเวียน กฎหมายล้มละลายได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการให้กู้ยืมเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการ โดยกำหนดให้มีอำนาจในการขอกู้ยืมเงินและการให้บุริมสิทธิสำหรับการชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ ประเด็นสำคัญคือ ขอบเขตในการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจูงใจให้ Insolvency representative สามารถเสนอวิธีการที่เป็นไปได้แก่เจ้าหนี้ในการขอสินเชื่อ ส่วนการเพิ่มวิธีการแก้ปัญหาที่จะกระทบสิทธิที่มีอยู่เดิมของเจ้าหนี้มีประกันหรือผู้ทรงสิทธิประโยชน์อื่นในทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติที่กำหนดให้สามารถจัดหาเงินทุนนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ต่อความต้องการทั่วไปในการสนับสนุนให้เกิดการเจรจาต่อรองที่จะให้สินเชื่อเพื่อให้ธุรกิจนั้นสามารถดำเนินต่อไปได้ ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิและบุริมสิทธิของเจ้าหนี้รวมทั้งการทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ให้สินเชื่อรายเดิมที่มีอยู่ให้น้อยที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

อย่างไรก็ตาม การให้กู้ยืมเงินภายหลังการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการดูเหมือนจะมีข้อจำกัดของจำนวนแหล่งเงินทุน โดยบุคคลที่จะให้กู้ยืมเงินในกรณีแรกคือ บุคคลที่ให้กู้ยืมเงินในช่วงเวลาก่อนการฟื้นฟูกิจการ คือ บุคคลที่มีความสัมพันธ์อันดีกับลูกหนี้และธุรกิจของลูกหนี้ และอาจทรงรองจ่ายเงินช่วยเหลือก่อนใหม่เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้มากขึ้นในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิ

¹³ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Working Group (Insolvency Law) (n.p.2001), pp.55-58.

เรียกร้องที่เจ้าหนี้เหล่านี้มีอยู่ และในบางครั้งเจ้าหนี้ดังกล่าวอาจได้รับส่วนที่เป็นมูลค่าเพิ่มจากอัตราที่สูงขึ้นของหนี้ที่ให้อัยมจำนวนใหม่นั้น ส่วนกรณีที่สอง คือ ผู้ให้อัยมใหม่นี้มิได้มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้มาก่อนที่จะมีการฟื้นฟูกิจการ และบุคคลดังกล่าวจะมีเพียงมูลเหตุจูงใจจากการคาดการณ์ความเป็นไปได้ในกิจการลูกหนี้ที่จะได้รับผลตอบแทนกลับมาในอัตราที่สูงขึ้นเท่านั้น สำหรับการจูงใจผู้ให้อัยมรายใหม่ทั้งสองประเภทนี้ คือ การปฏิบัติต่อหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่เป็นพิเศษและมีความแน่นอน ในขณะที่ผู้ให้อัยมเดิมยังมีมูลเหตุจูงใจเพิ่มขึ้นในการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีกับลูกหนี้ รวมทั้งความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับลูกหนี้ นอกจากนี้ ยังสร้างความมั่นใจว่าหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขการให้อัยมเงินเดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการจะไม่เปลี่ยนแปลงไป

ในส่วนของวิธีการที่แตกต่างกันสามารถกำหนดจูงใจให้มีการให้สินเชื่อภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการได้รวมทั้งการทำให้มีหลักประกันในการชำระหนี้คืน การให้หลักประกันสามารถจัดให้มีได้ทั้งในทรัพย์สินที่ยังไม่มีภาระผูกพันหรือการให้สิทธิประโยชน์ในหลักประกันนั้นในฐานะหนี้บุริมสิทธิลำดับสองหรือหนี้บุริมสิทธิในลำดับรองในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อน ในกรณีนี้วิธีการข้างต้นยังไม่เพียงพอหรือไม่ได้จัดให้มีขึ้น กฎหมายล้มละลายบางประเทศได้กำหนดให้การชำระหนี้ดังกล่าวคืนได้รับบุริมสิทธิอยู่เหนือเจ้าหนี้รายอื่นๆ ซึ่งบุริมสิทธินี้รวมถึงบุริมสิทธิในหนี้เพื่อการบริหาร ซึ่งมีฐานะดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน แต่บุริมสิทธิดังกล่าวไม่มีสิทธิเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเกี่ยวกับหลักประกันที่เจ้าหนี้รายนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือการให้บุริมสิทธิสูงสุดในหนี้เพื่อการบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ในหนี้เพื่อการบริหาร สำหรับวิธีการอื่นนอกเหนือจากนี้ คือ การจัดให้ผู้ให้อัยมเงินหรือผู้ให้สินเชื่อภายหลังกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้รับบุริมสิทธิในลำดับที่เหนือกว่าบรรดาเจ้าหนี้ที่มีอยู่ทั้งหมด รวมถึงเจ้าหนี้มีประกันด้วย (หรือในบางครั้งเรียกว่า Priming lien) ในประเทศที่มีการให้บุริมสิทธิที่เหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหมดรวมถึงเจ้าหนี้มีประกันนั้น การให้บุริมสิทธิดังกล่าวแทบจะไม่ขอความยินยอมจากเจ้าหนี้มีประกันในกรณีที่มีการเข้ามาแทนที่ในการตัดสินใจว่าจะขอสินเชื่อหรือไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าศาล หรือ Insolvency representative หรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ในระบบกฎหมายบางประเทศได้จัดให้มีทางเลือกดังกล่าวไว้ทั้งหมด

โดยทั่วไปการก่อให้เกิดสินเชื่อทางการค้าแบบไม่มีหลักประกันเป็นสิ่งจำเป็นที่เกิดขึ้นไม่ว่าในกรณีใดที่มีการอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อ ซึ่งกฎหมายล้มละลายหลายประเทศกำหนดให้ Insolvency representative เป็นผู้สามารถขอสินเชื่อแบบไม่มีหลักประกันได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากศาลหรือจากเจ้าหนี้ ในขณะที่กฎหมายล้มละลายบางประเทศกำหนดให้การก่อสินเชื่อต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลหรือจากเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขบางประการสำหรับกรณีที่ได้รับบุริมสิทธิแตกต่างกัน เช่น บุริมสิทธิในหนี้เพื่อการบริหาร แต่กฎหมาย

บางประเทศจัดให้ Insolvency representative มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบ ในขณะที่กฎหมายประเทศอื่นอาจกำหนดให้การได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากเจ้าหนี้จะมีเฉพาะเงื่อนไขบางประเภทในการให้บริมสิทธิเท่านั้น

ทั้งนี้ UNCITRAL ได้มีข้อสรุปและข้อเสนอแนะในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

1. วัตถุประสงค์ของการจัดให้มีการให้ความช่วยเหลือทางการเงินจะสังเกตได้ว่า ความต้องการความช่วยเหลือทางการเงินที่จำเป็นจะมีขึ้นในช่วงเวลาที่แตกต่างกันซึ่งถูกกำหนดโดยเงื่อนไขของกฎหมายเกี่ยวกับระยะเวลาที่แตกต่างกันในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตัวอย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ หรือก่อนการให้ความเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการ หรือในช่วงเวลาที่มีการให้ความเห็นชอบในแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว หรือเฉพาะช่วงเวลาต่อมาที่มีการกำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อมาคือ การให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการแล้วไม่ควรนำมาใช้กับกรณีที่มีการชำระบัญชีโดยการขายธุรกิจที่ได้มีการดำเนินกิจการต่อ

2. กฎหมายล้มละลายควรพิจารณาถึงความจำเป็นในการขอกู้ยืมเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการ และการให้อำนาจในการขอกู้ยืมเงินควรจะให้อำนาจทั้งในกรณีของการชำระบัญชีโดยการขายธุรกิจ ในลักษณะที่ธุรกิจนั้นยังดำเนินการอยู่และในกรณีของการฟื้นฟูกิจการ

3. ในกรณีที่ Insolvency representative พิจารณาแล้วเห็นว่า การขอสินเชื่อเพิ่มเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ Insolvency representative หรือลูกหนี้สามารถขอสินเชื่อดังกล่าวได้ รวมทั้งสามารถจัดให้มีหลักประกันอยู่เหนือหนี้นั้นได้

4. การสนับสนุนให้มีบทบัญญัติของการให้สินเชื่อ กฎหมายล้มละลายจะต้องอนุญาตให้ Insolvency representative ให้บริมสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการในหนี้ที่จะได้รับชำระคืนในลำดับที่เหนือกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน (คือในฐานะหนี้บริมสิทธิในด้านการบริหาร) หรือได้รับชำระหนี้ในฐานะเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร (คือหนี้บริมสิทธิสูงสุดในด้านการบริหาร)

5. การให้หลักประกันแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการจะถูกสร้างขึ้นให้อยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่บริมสิทธิดังกล่าวจะไม่มีฐานะเหนือกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิมในทรัพย์สินเดียวกัน เว้นแต่ Insolvency representative จะได้รับความยินยอมหรือข้อตกลงที่เป็นหนังสือในการยอมรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากผู้ทรงสิทธิในหลักประกันเดิมที่มีอยู่ก่อน

ในขณะที่หากพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวคิดเรื่องการชำระหนี้ให้เท่าเทียมกัน และบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ (Equality of Distribution and Creditor Priority)¹⁴ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในกฎหมายล้มละลาย กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกันจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ดังที่ศาลสูง (Supreme Court) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า หลักของกฎหมายล้มละลาย คือ การแบ่งให้เท่าเทียมกัน และถ้ามีสิทธิเรียกร้องใดได้รับการปฏิบัติที่เหนือกว่าสิทธิเรียกร้องของบุคคลอื่น วัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่ดีกว่านั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

ทั้งนี้ หลักเรื่องความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้มิได้นำมาใช้ในกฎหมายล้มละลายเพียงลำพัง แต่หลักนี้ได้ใช้เป็นหลักพื้นฐานสำหรับหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่จะให้บุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภท* ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้และหลักบุริมสิทธินี้ ถ้าหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกัน เพราะหลักบุริมสิทธิก็มีหลักความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้เป็นส่วนประกอบหนึ่ง ในการสนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อย่างเท่าเทียมกัน เพราะที่มาแห่งสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายมีความแตกต่างกัน กฎหมายจึงต้องปฏิบัติต่อสิทธิที่มาแตกต่างกันนี้ให้มีความแตกต่างกันด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีเพื่อรักษากิจการของลูกหนี้ให้สามารถดำเนินต่อไป และหลักเรื่องบุริมสิทธินี้เองที่จะทำให้กิจการของลูกหนี้อยู่รอดได้ เพราะคงไม่มีเจ้าหนี้รายใดที่เข้ามาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้แล้ว สิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนจะอยู่ในฐานะเดียวกันหรือเท่ากับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้บุริมสิทธิจึงมีความสำคัญอย่างมากต่อการดำเนินธุรกิจต่อและการฟื้นฟูกิจการ สำหรับบทบัญญัติเรื่องการให้บุริมสิทธิมีตัวอย่างเช่น ลูกจ้างมีแรงจูงใจที่จะทำงานเพื่อสนับสนุนให้ธุรกิจดำเนินต่อไป** ผู้ส่งสินค้าหรือผู้ให้บริการเกิดความมั่นใจที่จะขายสินค้าหรือให้บริการแก่ธุรกิจนั้น ต่อ จากตัวอย่างดังกล่าวจึงสามารถอธิบายได้ว่าในเวลาเดียวกันทำไมจึงต้องให้บุริมสิทธิแก่หนี้ที่เกิดขึ้น

ด้วยเหตุนี้ หลักเรื่องบุริมสิทธิจึงมีลักษณะเดียวกับหลักเกณฑ์อื่นๆ ในเรื่องล้มละลาย อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องบุริมสิทธิมิได้อธิบายไว้เพียงเท่านั้น แต่โครงสร้างและการอธิบายข้อโต้แย้งเหล่านี้สามารถประนีประนอมเข้าหากันได้ ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้จะถูกใช้

¹⁴ Donald R. Korobkin, "Rehabilitating Values : A jurisprudence of bankruptcy", *Columbia Law Review*, (Vol. 91 May, 1991 No.4), pp.780-781.

* อนุมาตรา 503 (b), 503 (a) ใน 11 U.S.C. (1988)

** อนุมาตรา 507 a (3) (pre-petition claims); มาตรา 507 (a) (1), 503 (b) (post-petition claims)

เป็นหลักพื้นฐานต่อสิทธิเรียกร้องอื่นทั้งหมดในการให้บุริมสิทธิอย่างระมัดระวัง กล่าวคือ หลักบุริมสิทธิจะกำหนดให้มีเฉพาะโอกาสพิเศษหรือกรณีที่เป็นเท่านั้นสำหรับเจ้าหนี้ที่สมัครใจที่สามารถแสดงผลให้เห็นได้ว่า เหตุใดเจ้าหนี้รายนี้จะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษมากกว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้รายอื่น

นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับหลักบุริมสิทธิ¹⁵ ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องของ การทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้ เพราะหลักพื้นฐานที่เป็นองค์ประกอบอยู่ในบุริมสิทธิทุกประเภท คือ การทำให้เจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้เสื่อมเสียสิทธิที่ตนมีอยู่ หรืออีกนัยหนึ่งคือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีไว้เพื่อชำระหนี้จะมีจำนวนลดลงหรือหมดไป ซึ่งในบางครั้งหลักกฎหมายจารีตประเพณี (The case law) ได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบเพิ่มเติมในการกระทบสิทธิของเจ้าหนี้ คือ แม้ว่าทรัพย์สินจะยังคงมีอยู่ตามเงื่อนไขของสัญญาในกรณีที่มีทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ง่าย คือ ไม่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นเงินสดได้อย่างรวดเร็วเพื่อนำมาใช้ชำระหนี้ได้อย่างทันที เช่น การขายโรงงาน หรือการจำนองโรงงานเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินสดหรือการขายธุรกิจ นอกเหนือจากการขายธุรกิจแบบเหมาแล้ว รูปแบบของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิรูปแบบนี้แทบจะไม่ถูกมองในแง่ลบ เพราะการขายโดยทั่วไปและการให้กู้ยืมเงินเพื่อเพิ่มมูลค่าใหม่ย่อมมีความเสี่ยงอยู่แล้ว กรณีนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งเมื่อลูกหนี้ไม่สามารถควบคุมสถานการณ์เลวร้ายที่เกิดขึ้นในธุรกิจของตนได้ และต้องการขายที่ดินหรือโรงงานในช่วงเวลาสุดท้าย เพื่อนำเงินสดที่ได้มาใช้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ส่วนใหญ่เป็นการด่วน

ในบางประเทศ เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ข้อทดสอบในการทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือการให้บุริมสิทธิจะเป็นกรณีที่อยู่ในวิธีการอื่น คือ การจัดให้สถานะของเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นให้ดีขึ้น ซึ่งมีความหมายว่า ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจะทำให้เจ้าหนี้อยู่ในฐานะที่ดีกว่าการที่ธุรกรรมนั้นมิได้มีขึ้นและเจ้าหนีhdังกล่าวต้องเข้าสู่กระบวนการที่ลูกหนี้ล้มละลาย

ทั้งนี้ ในคดีส่วนใหญ่แทบจะไม่มีข้อแตกต่างในการนำข้อทดสอบนี้มาปรับใช้ แต่อย่างน้อยที่สุดก็มีกรณีหนึ่งที่มีความแตกต่าง กล่าวคือ การสวมสิทธิของเจ้าหนี้ ตัวอย่างเช่น ถ้าธนาคารใดได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ตามที่ลูกหนี้ร้องขอ และการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้จำนวนเงินในการกู้เบิกเงินเกินบัญชีของลูกหนี้เพิ่มขึ้น โดยธนาคารที่ชำระหนี้แทนลูกหนี้จะมีฐานะ

¹⁵ Philip R Wood, *Principles of international insolvency* (London : Sweet & Maxwell, 1995), pp.85-86.

เป็นเจ้าของนี้แทนที่เจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้แล้ว ในขณะที่ทรัพย์สินของลูกหนี้มีได้มีจำนวนลดลง แต่ประการใด อย่างไรก็ตาม แต่ฐานะของเจ้าหนี้ที่ได้รับชำระหนี้จากธนาคารแล้วย่อมได้เปรียบมากกว่าเพราะเจ้าหนี้ดังกล่าวได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งถ้าเจ้าหนี้รายนั้นเข้าสู่กระบวนการล้มละลายแล้ว เขาจะได้รับเพียงส่วนแบ่งตามกระบวนการล้มละลายเท่านั้น ธุรกรรมนี้จึงเป็นรูปแบบใหม่ของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิในลักษณะที่มีผู้เกี่ยวข้องเป็นสามฝ่าย กล่าวคือ ผู้ให้กู้ยืมเงินจะให้เงินกู้ยืมจำนวนใหม่แก่ลูกหนี้ โดยลูกหนี้จะนำเงินที่ได้นั้นไปชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก คือผู้ให้กู้ยืมรายอื่นของลูกหนี้ ธุรกรรมในลักษณะนี้จะทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้เฉพาะกรณีที่เจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้นมีอำนาจในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ดีกว่าเจ้าหนี้ที่อยู่นอกกระบวนการล้มละลาย เช่น เจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายมีสิทธิหักกลบลบหนี้หรือเป็นเจ้าของนี้มีหลักประกัน

ทั้งนี้ หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแสดงให้เห็นว่า กรณีดังต่อไปนี้ไม่ถือเป็นธุรกรรมที่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้ คือ

1. ลูกหนี้ชำระหนี้ที่มีหลักประกันเต็มจำนวน เนื่องจากเจ้าหนี้มีประกันสามารถจำหน่ายทรัพย์สินสำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นตามกระบวนการล้มละลายได้ ในหลายประเทศที่ใช้กฎหมาย Common law เช่น เดนมาร์ก สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน แต่ในกรณีที่เจ้าหนี้มีหลักประกันมีบุริมสิทธิเหนือหนี้เพียงบางส่วน การชำระหนี้ดังกล่าวจะต้องใช้ตามสัดส่วนของหนี้ ไม่มีหลักประกัน และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ใช้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้
2. ลูกหนี้ชำระหนี้มีบุริมสิทธิ เช่น หนี้ภาษีหรือหนี้ค่าจ้าง เพราะไม่ว่าจะอยู่ในกรณีใดลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ดังกล่าวอยู่ดี
3. ลูกหนี้ชำระเงินให้กับบุคคลที่เป็นทรัสต์ ซึ่งลูกหนี้ไม่มีอำนาจในการใช้เงินจำนวนนั้นในนามของตนเองหรือเงินที่ผู้ให้ยืมจะชำระแก่คู่กรณีอื่นโดยตรง กรณีนี้ลูกหนี้ไม่เคยมีเงินจำนวนดังกล่าว
4. บัญชีเงินฝากของลูกหนี้ในธนาคารเพื่อการขอสินเชื่อ (โดยลูกหนี้ยังคงมีทรัพย์สินจำนวนนั้นอยู่)
5. การสวมสิทธิในหลักประกันที่เท่ากัน เพราะมิได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในฐานะเดิมแต่อย่างใด เว้นแต่หลักประกันของเจ้าหนี้รายนั้นจะถูกทำให้มีฐานะดีขึ้น
6. การจำหน่ายหลักประกันเว้นแต่เป็นการจำหน่ายในราคาที่ดีกว่าความเป็นจริง เช่น กรณีที่ขายได้ในราคา 70% ของราคาตลาด เป็นราคาที่เหมาะสมที่เทียบได้กับ

ราคาของทรัพย์สินนั้น เช่น คดี Durrett v Washington National Insurance Co, 621 F 2d 201 (5 th Cir 1980)

7. การโอนทรัพย์สินโดยลูกหนี้ในฐานะ Trust หรือผู้รับฝากทรัพย์สิน หรือ การคืนทรัพย์สินที่กระทำโดยลูกหนี้ในฐานะ Trust เช่น การชำระหนี้โดยผิดหลง
8. การขายทรัพย์สินเต็มราคา เพราะฐานะของลูกหนี้มิได้เปลี่ยนแปลงไป ยกเว้น ณ เวลานั้นราคาได้มีการเปลี่ยนแปลงแล้ว
9. การให้หลักประกันในเวลาเดียวกันกับการได้รับเม็ดเงินใหม่
10. การยกเลิกสัญญาจะเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ ในกรณีที่เจ้าหนี้ยกเลิกสัญญาไม่ว่าในกรณีใดในกระบวนการล้มละลาย จะทำให้รักษาประโยชน์ของลูกหนี้ได้

สิ่งที่ตามมา คือ การวิเคราะห์เหตุการณ์ทั่วไปบางประเภทจากแนวความคิดของ ข้อทดสอบในการทำให้เสื่อมเสียสิทธิ กรณีนี้จะต้องตระหนักไว้เสมอว่าแม้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจะมี ลักษณะของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิ แต่กระนั้นธุรกรรมที่เกิดขึ้นก็อาจได้รับความคุ้มครองโดย ข้อต่อสู้บางอย่าง เช่น ธุรกรรมที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือเวลาที่น่าสงสัย หรือได้รับการยอมรับโดย ปราชัยจากการจงใจเลือกปฏิบัติหรือการรับรองว่าถูกต้องตามกฎหมาย หรือสมบูรณ์โดยหลักการให้ ความคุ้มครองอย่างเพียงพอจากความรับผิดชอบหรือโทษในกรณีของเจ้าหนี้ที่สุจริตซึ่งไม่ทราบถึงการ ล้มละลาย

2.4 แนวคิดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการของไทย

จากแนวคิดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการตามที่ได้ กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นว่า เจ้าหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ในกระบวนการล้มละลายมีอยู่หลายประเภท แต่สิทธิของเจ้าหนี้ที่ช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการจะแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

2.4.1 สิทธิในการขอรับชำระหนี้ในฐานะหนี้บุริมสิทธิ

เนื่องจากหลักบุริมสิทธิเป็นเรื่องของการให้เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งมีสิทธิในการ ขอรับชำระหนี้ดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกัน เพราะ เจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันมีโอกาสน้อยมากที่จะได้รับชำระหนี้หรือแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระ หนี้เลยเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ในขณะที่การให้บุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง ย่อมเป็นการทำให้กองทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมของลูกหนี้ลดน้อยลงหรือหมดไป แต่ในเรื่องการให้ความ ช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการเป็นการทำให้มูลค่าของกองทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมเพิ่มมากขึ้น

เพราะการให้เงินหรือสินเชื่อทางการค้าแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีลักษณะแตกต่างจากการให้บุริมสิทธิในกรณีอื่นๆ เช่น หนี้ภาษี หรือหนี้ค่าจ้างแรงงานค้างจ่าย เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการให้สิทธิในการชำระหนี้ที่ดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นในกองทรัพย์สินเดิม โดยมีได้มีการก่อให้เกิดประโยชน์เพิ่มขึ้นแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้น ในขณะที่การให้บุริมสิทธิแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการมิใช่การกระทำที่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการตามหลักบุริมสิทธิข้างต้น เพราะกรณีดังกล่าวเจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือมิได้เข้ามารับชำระหนี้โดยอ้างสิทธิที่ดีกว่าเจ้าหนี้ที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการในกองทรัพย์สินเดิม เนื่องจากเจ้าหนี้รายใหม่นี้ได้ให้เงินหรือสินเชื่อทางการค้าแก่ลูกหนี้ที่กำลังฟื้นฟูกิจการเพื่อก่อให้เกิดมูลค่าที่เพิ่มขึ้นแก่กองทรัพย์สินและเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการเป็นไปตามที่กำหนดไว้ซึ่งเป็นไปในลักษณะของการแลกเปลี่ยนอย่างเป็นธรรมเพราะการให้สินเชื่อแก่ธุรกิจที่อยู่ในระหว่างฟื้นฟูกิจการย่อมมีความเสี่ยงสูงมากกว่าการทำธุรกิจปกติ ด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่การฟื้นฟูกิจการ จึงสมควรที่จะได้รับบุริมสิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนก่อนเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การได้รับชำระหนี้จะต้องมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม ในขณะที่เดียวกันหลักในการให้บุริมสิทธิได้กำหนดว่า สิทธิเรียกร้องใดได้รับการปฏิบัติที่เหนือกว่าสิทธิเรียกร้องอื่น การก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ที่แน่นอนให้กับบุคคลที่จะก่อหนี้ขึ้นให้สามารถคาดหมายได้ว่าสิทธิตามกฎหมายที่พึงได้รับจะอยู่ในฐานะใด ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องก็สามารถคาดหมายได้ว่าตนจะได้รับผลกระทบจากการก่อหนี้ดังกล่าวอย่างไรด้วย

นอกจากนี้ การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างการฟื้นฟูกิจการก็ได้ขัดกับหลักล้มละลายในเรื่องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันแต่อย่างใด เพราะหลักดังกล่าวกำหนดว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการเป็นการก่อหนี้ภายหลังที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการทางศาลแล้ว และเจ้าหนี้ดังกล่าวก็มีเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น การจะมุ่งใจให้บุคคลใดเข้ามาช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ทั้งๆ ที่การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็มีความเสี่ยงอยู่แล้วว่าจะฟื้นฟูกิจการสำเร็จหรือลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ดังนั้น การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการจึงมีความเสี่ยงสูงในการได้รับชำระหนี้คืนมากกว่ากรณีของการให้เงินหรือสินเชื่อทางการค้าในการทำธุรกิจโดยปกติ และโดยหลักในการทำธุรกิจเมื่อมีความเสี่ยงสูงผลตอบแทนที่ได้รับก็ต้องสูงตามด้วย (High risk high return) ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการ แต่ทั้งนี้ไม่หมายความว่ารวมถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น

การก่อกำหนดในระหว่างที่ลูกหนี้ยื่นฟ้องกิจการจึงมีเงื่อนไขและสถานะที่แตกต่างจากการก่อกำหนดของเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการยื่นฟ้องกิจการ เพราะความเสี่ยงที่จะได้รับชำระหนี้คืนของเจ้าหนี้รายใหม่มีมากกว่าเจ้าหนี้เดิม เนื่องจากเจ้าหนี้เดิมก่อกำหนดกับลูกหนี้ในสภาพธุรกิจปกติจะมีความเสี่ยงน้อยกว่าการที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการและหากหนี้ที่ก่อกำหนดขึ้นเป็นหนี้ไม่มีหลักประกันแล้วเจ้าหนี้ดังกล่าวแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เลยหากลูกหนี้ยื่นฟ้องกิจการไม่สำเร็จ ดังนั้นการเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ด้วยการก่อกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นการเพิ่มโอกาสให้กับเจ้าหนี้รายอื่นๆ ของกองทรัพย์สินที่จะได้รับชำระหนี้มากขึ้นกว่าการที่จะให้กิจการของ ลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะให้มีการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นไปตามหลักเรื่องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน เพราะที่มาแห่งสิทธิแตกต่างกันกฎหมายจึงต้องปฏิบัติต่อสิทธินั้นให้แตกต่างกันด้วย เนื่องจากการก่อกำหนดขึ้นใหม่เป็นการก่อกำหนดเพื่อประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการ และเป็นการก่อกำหนดที่มีความเสี่ยงมากกว่าธุรกิจปกติ เนื่องจากลูกหนี้อยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแตกต่างจากการก่อกำหนดของเจ้าหนี้แต่ละรายที่มีอยู่เดิมที่ก่อกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของตนและเป็นการก่อกำหนดในขณะที่ลูกหนี้ยังดำเนินธุรกิจโดยปกติ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดให้สิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายใหม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม เพราะลักษณะในการก่อกำหนดและวัตถุประสงค์ในการก่อกำหนดมีความแตกต่างกันกฎหมายจึงต้องปฏิบัติต่อสิทธิดังกล่าวให้แตกต่างกันด้วย

2.4.2 สิทธิในการขอรับชำระหนี้ในฐานะหนี้มีหลักประกัน

ในกรณีที่ไม่สามารถหาเงินสดหรือสินเชื่อบริษัทใหม่ในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการได้ด้วยการให้บริษัทรักษาหนี้ในหนี้ดังกล่าวตามข้อ 2.4.1 กรณีจึงมีปัญหว่า ถ้ามีการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือรายใหม่ด้วยการกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้มีหลักประกัน การให้สิทธิเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมเป็นอย่างมาก แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นไม่ได้ แต่การบัญญัติกฎหมายให้สิทธิในลักษณะนี้จะต้องกำหนดให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหนี้มีประกันเดิมให้น้อยที่สุด และต้องเป็นกรณีที่จำเป็นอย่างมากเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสิทธิแก่หนี้ดังกล่าว และการให้สิทธิเช่นนี้จะกระทำต่อเมื่อเจ้าหนี้มีประกันเดิมให้ความยินยอมหรือมีข้อตกลงเป็นหนังสือในการยอมรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้น หรือโดยคำสั่งศาลภายหลังจากที่มีการตรวจสอบและพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมอย่างระมัดระวังแล้วในการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้รายใหม่สามารถจัดให้มีได้ทั้งในทรัพย์สินที่ยังไม่มีภาระผูกพัน และทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันแล้ว แต่กรณีของการให้หลักประกันโดยทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายจะต้องจัดให้มีการให้ความคุ้มครอง

อย่างเพียงพอแก่สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิม และการก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

กล่าวโดยสรุป สิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการโดยหลักพื้นฐานจะต้องให้มีบุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าว เช่น บุริมสิทธิในด้านการบริหารหรือบุริมสิทธิสูงสุดในการชำระหนี้เพื่อการบริหาร เพื่อสร้างแรงจูงใจให้แก่บุคคลที่จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถหาสินเชื่อกำหนดค่าหรือเงินสดได้ด้วยวิธีการให้บุริมสิทธิดังกล่าว กรณีนี้ได้มีแนวคิดที่จะให้การก่อหนี้ประเภทนี้ได้รับบุริมสิทธิในฐานะหนี้หลักประกัน ซึ่งมีรายละเอียดและเงื่อนไขในการพิจารณาที่ซับซ้อนมากกว่าการอนุญาตให้ก่อหนี้ด้วยการให้บุริมสิทธิแบบธรรมดา เนื่องจากก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมเป็นอย่างมาก กฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิม และในการให้สิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่จำเป็นอย่างมากที่ไม่สามารถหาวิธีการอื่นใดที่จะให้ได้มาซึ่งความช่วยเหลือใดๆ แก่ลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการแล้ว

ด้วยเหตุนี้ ความแตกต่างในการกำหนดบุริมสิทธิในแต่ละประเทศจึงมีรูปแบบหลายประเภท คือ

1. ให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือได้รับบุริมสิทธิก่อนเจ้าหนี้มีประกันเดิม
2. ให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือได้รับการจัดอันดับในลำดับเดียวกับเจ้าหนี้มีประกันเดิม
3. ให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้มีประกันเดิม

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย