

บทที่ 4

การให้ความช่วยเหลือกิจการลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการในประเทศไทย

สำหรับบทนี้จะศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายฟื้นฟูกิจการไทยในเรื่องอำนาจการขอสินเชื่อระหว่างฟื้นฟูกิจการตลอดจนสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้สินเชื่อดังกล่าวตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยจะศึกษาถึงประเด็นกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางแก้ไขปัญหามิว่าจะเป็น การแก้ไขเพิ่มเติมบทกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือแนวทางปฏิบัติอื่น ๆ เพื่อลดปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการและทำให้การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีแก่กิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินให้กลับมามีศักยภาพในการดำเนินธุรกิจและสร้างผลกำไรเพื่อนำมาจัดสรรชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรม อันจะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมในแง่ของการแก้ไขปัญหาการว่างงานและภาวะทางเศรษฐกิจที่ตกต่ำลงได้

4.1 หลักเบื้องต้นของการฟื้นฟูกิจการในประเทศไทย

การฟื้นฟูกิจการเกิดจากความต้องการที่จะให้มูลค่าทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมของลูกหนี้เพิ่มมากขึ้นกว่าการให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หรืออีกนัยหนึ่งคือ การทำให้องค์ทรัพย์ที่มีอยู่เดิมของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด (Maximization of asset) เพื่อเจ้าหนี้จะได้รับส่วนแบ่งในการชำระหนี้เพิ่มขึ้น ตลอดจนสังคมโดยรวมไม่ได้รับผลกระทบจากการที่กิจการนั้นต้องล้มเลิกไป แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า การฟื้นฟูกิจการทุกกรณีจะประสบความสำเร็จอย่างที่ต้องการได้เสมอไป เพราะในบางครั้งเมื่อลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้รายเดิมซึ่งคาดหวังว่าจะได้รับชำระหนี้มากกว่าการให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในตอนแรกกลับจะได้รับชำระหนี้ที่น้อยลงหรืออาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย (ในกรณีของเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน) เนื่องจากในช่วงที่มีการฟื้นฟูกิจการได้เกิดเจ้าหนี้รายใหม่เพิ่มขึ้นอีกหลายราย เช่น หนี้ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือหนี้ที่เกิดจากการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ ซึ่งบรรดาเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้จะเข้ามาแทรกอยู่ในสิทธิของเจ้าหนี้เดิมหรือเป็นผู้มีสิทธิเหนือกว่าอันจะมีผลทำให้อัตราส่วนของเจ้าหนี้เดิมที่จะได้รับชำระหนี้มีน้อยลงหรือไม่ได้รับชำระหนี้เลย ดังนั้น การพิจารณาว่าจะให้กิจการใดเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการหรือไม่ จึงเป็นเรื่องสำคัญประการแรกที่บรรดาผู้เกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายจะต้องพิจารณาให้ดีเสียก่อนว่าโอกาสที่ลูกหนี้จะฟื้นฟูกิจการสำเร็จมีมากหรือน้อยเพียงใด และหากลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จผลที่ตามมาคือ เจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมโดยเฉพาะเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันจะ

ได้รับชำระหนี้จากการที่ลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายในอัตราส่วนที่น้อยลงหรืออาจไม่ได้รับชำระหนี้เลยเพราะมีจำนวนเจ้าหนี้เพิ่มขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการและเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้มักเป็นเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิหรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม

สำหรับประเทศไทย กระบวนการฟื้นฟูกิจการมิได้จำกัดเฉพาะในชั้นศาลเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีการนำรูปแบบของการฟื้นฟูกิจการไปใช้กับกิจการนอกกระบวนการทางศาลด้วย ซึ่งอาจจะมีชื่อเรียกหรือหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นกลางคล้ายศาลแตกต่างกัน แต่โดยวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์แล้วจะมีลักษณะคล้ายกับการฟื้นฟูกิจการ แต่ในกรณีดังกล่าวยังมีข้อจำกัดทางด้านกฎหมายในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลที่เกี่ยวข้องในระหว่างที่มีการดำเนินการอยู่ การฟื้นฟูกิจการนอกศาลจึงมักนำมาใช้กับกิจการที่มีลูกหนี้เป็นสถาบันการเงิน เนื่องจากการฟื้นฟูกิจการนอกศาลจะมีความคล่องตัวมากกว่าการใช้กระบวนการทางศาล เพราะบุคคลที่เกี่ยวข้องจะเป็นผู้ประกอบการอาชีพหรืออยู่ในแวดวงธุรกิจเดียวกัน จึงมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างดี รวมทั้งมีความเชี่ยวชาญในเรื่องของธุรกิจนั้นมากกว่าศาล และจากการศึกษาพบว่า การดำเนินการโดยไม่ใช้กระบวนการทางศาลจะทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมากกว่าการฟื้นฟูกิจการในชั้นศาล ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้มากขึ้น¹ และในขณะเดียวกันความรู้สึกระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก็ยังคงอยู่ในระดับดี และมีความสัมพันธ์ทางการค้ากันต่อไปได้ นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดประโยชน์แก่ลูกหนี้ในการสร้างความเชื่อถือให้แก่กลุ่มเจ้าหนี้หรือนักลงทุนที่จะให้ความไว้วางใจในการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินเพื่อลงทุนในกิจการต่อไป

แต่ในความเป็นจริง ลูกหนี้ที่เจรจาฟื้นฟูกิจการกับเจ้าหนี้ด้วยตนเอง เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิตามกฎหมายในการที่จะฟ้องล้มละลายหรือฟ้องร้องทางแพ่ง ทำให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีอำนาจต่อรองที่จะใช้ในการเจรจากับทั้งเจ้าหนี้ด้วยตนเองและลูกหนี้ ซึ่งเป็นผลทำให้การเจรจาไม่สามารถหาข้อยุติได้โดยง่าย ซึ่งในที่สุดหากไม่ได้ข้อยุติตามสัญญา ก็จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเริ่มต้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง และหากมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก นอกจากการเจรจาจะไม่เป็นที่ยุติแล้ว จำนวนคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลก็จะเพิ่มขึ้นอีกเป็นจำนวนมาก

เมื่อได้พิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการฟื้นฟูกิจการนอกศาลแล้วจะเห็นว่า แม้การฟื้นฟูกิจการดังกล่าวจะมีกระบวนการที่มีความคล่องตัวสูงและประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่า

¹ นิพนธ์ พัวพงศกร, เกวดิน หวังพิชญสุข, "การปรับโครงสร้างหนี้ของภาคธุรกิจ : การสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ", หน้า 2.31.

การฟื้นฟูกิจการในชั้นศาล แต่การไม่มีข้อจำกัดสิทธิของ เจ้าหนี้แต่ละรายในการเจรจาต่อรองระหว่างกันไม่สามารถแก้ไขปัญหาการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ การฟื้นฟูกิจการและการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นใหม่ในประเทศไทย เพียงแต่เมื่อครั้งยังไม่มีกฎหมายฟื้นฟูกิจการได้มีการกำหนดขอบเขตเฉพาะลูกหนี้ที่เป็นสถาบันการเงินเท่านั้น โดยให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว เนื่องจากมีแนวคิดว่าสถาบันการเงินเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและภาพพจน์โดยรวมของประเทศ²

ด้วยเหตุนี้ กระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทยภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 จึงเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือลูกหนี้นิติบุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการได้ก่อนที่จะถูกฟ้องล้มละลายและช่วยแก้ไขข้อขัดข้องของมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม กล่าวคือ การช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้มีมาตรการทางกฎหมายมารองรับการปรับโครงสร้างหนี้ การปรับโครงสร้างทุน และการปรับโครงสร้างกิจการ นอกจากนี้ ยังเป็นการช่วยให้ลูกหนี้มีโอกาสหาเม็ดเงินใหม่เพื่อนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนในกิจการ (Working capital) ตลอดจนมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการและเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ดี ในระยะแรกที่ประเทศไทยแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 โดยได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ขึ้น เมื่อปี พ.ศ. 2541 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกหลายครั้ง จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดคือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 โดยก่อนหน้าที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 นั้น มีบทบัญญัติหลายมาตราที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการแต่ไม่สอดคล้องกับหลักการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 94 (2) ซึ่งแต่เดิมบัญญัติว่าหนี้ที่เจ้าหนี้นยอมให้ลูกหนี้กระทำให้ขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้* ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก เพราะเมื่อกิจการของลูกหนี้เข้าสู่

² วราภรณ์ อาษาพร “แนวคิดทางกฎหมายในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ : ศึกษาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่.....) พ.ศ.....” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 86.

* ปัจจุบันพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2542 ได้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 94 (2) ว่าหนี้ดังกล่าวไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้าหนี้นยอมให้กระทำให้ขึ้นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้

กระบวนการฟื้นฟูกิจการแล้วยอมเป็นการแสดงให้เห็นถึงสถานะทางการเงินของลูกหนี้ได้อย่างชัดเจนเพียงแต่กิจการของลูกหนี้ยังมีโอกาสที่จะกลับเข้าสู่การดำเนินธุรกิจทางการค้าได้อีกครั้ง ดังนั้น การที่เจ้าหนี้รู้ว่าลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการแล้วยอมแสดงให้เห็นว่าเจ้าหนี้ทราบดีว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ดังนั้นเจ้าหนี้จะยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นเพื่อการฟื้นฟูกิจการไม่ได้ เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย และถ้าเจ้าหนี้ฝ่าฝืนยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้น กฎหมายก็มีบทลงโทษมิให้เจ้าหนี้รายนั้นมีสิทธิขอรับชำระหนี้ ทำให้ไม่มีเจ้าหนี้รายใดยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้น เพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไป ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดจากการบัญญัติกฎหมายไม่สอดคล้องหรือเชื่อมต่อการฟื้นฟูกิจการ เพราะกิจการที่เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอก เนื่องจากตัวลูกหนี้เองไม่สามารถแก้ปัญหาทางการเงินที่เกิดขึ้นได้อีกแล้ว จึงจำเป็นต้องขอความช่วยเหลือหรือหาวิธีการอื่นที่จะแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น แต่ปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้ถูกแก้ไขแล้วด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 มาตรา 94 (2) ว่า หนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้กระทำขึ้นเมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ แต่ไม่รวมถึงหนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้กระทำขึ้นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ ทั้งนี้ กระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทยเป็นกฎหมายผสม (hybrid) ระหว่างกฎหมายของสหรัฐอเมริกา คือ Chapter 11 และกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ คือ The Judicial Management³

จากหลักกฎหมายมาตรา 94 (2) ซึ่งกำหนดว่า หนี้ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการมีสิทธิยื่นขอรับชำระหนี้ได้ แต่หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายไทยยังมีความไม่ชัดเจนในกรณีที่ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หรือในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติแก่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นอย่างมาก เพราะกฎหมายมีบทบัญญัติอนุญาตให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นเพื่อการฟื้นฟูกิจการได้ แต่กลับไม่มีบทกฎหมายที่กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการอย่างชัดเจน กล่าวคือ ในกรณีที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้เพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ สิทธิของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้จากการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว ในกรณีที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายจะมีสิทธิอย่างไร

³ Wisit Wisitsora-At, "Feature : New Thai Statute Blends Chapter 11 with Singapore Practices", American Bankruptcy Institute Journal 1999 ABI JNL. Lexis 17 (March,1999) (online). Available from : <http://www.lexis.com>

4.2 หลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ

เมื่อลูกหนี้ เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคน หรือหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 90/4 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 มีความประสงค์จะยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาลล้มละลายกลางจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติมาตรา 90/3 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวว่ากิจการของลูกหนี้มีเหตุที่จะร้องขอฟื้นฟูกิจการได้หรือไม่ โดยเหตุดังกล่าวจะประกอบด้วย⁴

1. ลูกหนี้ต้องเป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชน จำกัด หรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
2. ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
3. ลูกหนี้เป็นหนี้จำนวนแน่นอนไม่น้อยกว่าสิบล้านบาท (เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกัน)
4. มีเหตุอันสมควรและมีช่องทางในการฟื้นฟูกิจการ
5. ลูกหนี้จะต้องไม่ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว
6. ลูกหนี้ยังไม่ได้ถูกศาลหรือนายทะเบียนได้มีคำสั่งให้เลิกหรือเพิกถอนทะเบียนนิติบุคคล หรือมีการจดทะเบียนเลิกนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลที่เป็นลูกหนี้ต้องไม่เลิกกันด้วยเหตุอื่น ไม่ว่าจะชำระบัญชีของนิติบุคคลดังกล่าวจะเสร็จหรือไม่ก็ตาม

นอกจากการพิจารณาหลักข้างต้นว่ามีเหตุที่จะร้องขอฟื้นฟูกิจการได้หรือไม่แล้ว การยื่นคำร้องขอดังกล่าวจะต้องมีรายละเอียดประกอบด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 90/6 ด้วย คือ⁵

1. ความมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้
2. รายชื่อและที่อยู่ของเจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนที่ลูกหนี้เป็นหนี้อยู่รวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่าสิบล้านบาท
3. มีเหตุอันสมควรและช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการได้
4. ชื่อและคุณสมบัติของผู้ทำแผน

⁴ กลุ่มช่วยอำนวยการและประชาสัมพันธ์ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, "เอกสารเผยแพร่ : สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้," พ.ศ. 2543.

⁵ พิชัย นิลทองคำ, หลักเกณฑ์วิธีการร้องขอฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อทตยา จำกัด, 2541), หน้า 152.

5. หนังสือยินยอมของผู้ทำแผน

จากหลักเกณฑ์ข้างต้น การยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่มีสาระสำคัญในการพิจารณาเรื่องความมีหนี้สินล้นพ้นตัวตามมาตรา 90/3 คือ ลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นจะต้องเป็นผู้มี “หนี้สินล้นพ้นตัว” คือเป็นสภาวะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นจำนวนมาก (Over indebtedness) เกินกว่าปริมาณสินทรัพย์ที่บริษัทมีอยู่ทั้งหมด ทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของตนได้ (Insolvent)⁶ จึงถือได้ว่าหลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้นำเอาหลักเกณฑ์การฟ้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลายมาบังคับใช้ ดังนั้น ศาลในคดีฟื้นฟูกิจการจึงสามารถนำบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ตามมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาปรับใช้กับคดีฟื้นฟูกิจการได้

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการในแต่ละประเทศจะบัญญัติหลักเกณฑ์หรือวิธีการแตกต่างกันเพียงใด แต่โดยสาระสำคัญของกระบวนการฟื้นฟูกิจการในแต่ละประเทศจะประกอบด้วยขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. การรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ หรือที่เรียกว่าขั้น Application โดยผู้ร้องขอให้มีการฟื้นฟูกิจการจะเป็นลูกหนี้หรือผู้บริหารกิจการก็ได้
2. ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการและตั้งผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ หรือที่เรียกว่าอยู่ในขั้น Open proceeding หรือ Relief order
3. การตั้งผู้บริหารแผน หรือที่เรียกว่า Confirm
4. การสิ้นสุดกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

4.3 ผลของการมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณา

เมื่อมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ (Application) การพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) ตามมาตรา 90/12 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 จะนำมาใช้บังคับทันทีในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาว่าจะให้ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการหรือไม่ แต่ปัญหาที่ลูกหนี้กำลังประสบอยู่ก่อนหน้าที่จะมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและยังเป็นปัญหาเรื่อยมา คือ ปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงิน ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู

⁶ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543), หน้า 417.

กิจการ และปัญหาดังกล่าวยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เพราะเจ้าหนี้และบุคคลอื่นได้ประเมินว่ากิจการของลูกหนี้มีความเสี่ยงสูงที่จะทำธุรกรรมด้วยมากกว่ากรณีปกติ จากสาเหตุดังกล่าวทำให้ลูกหนี้ต้องมีปัญหาเรื่องของความน่าเชื่อถือ (Credit) ที่จะดำเนินธุรกิจตามปกติต่อไป กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงกำหนดข้อยกเว้นไว้หลายกรณีเพื่อช่วยลดปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ และวิธีการหนึ่งคือการกำหนดข้อยกเว้นไม่ให้นำหลักเกณฑ์เรื่องการพักบังคับชำระหนี้มาใช้* สำหรับกรณีที่ลูกหนี้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน เพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ดังนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณาแล้ว การดำเนินธุรกิจตามปกติของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไปเสมือนหนึ่งกิจการของลูกหนี้ยังมีได้มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ การดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 90/12 (9) กฎหมายอนุญาตให้เฉพาะการดำเนินธุรกิจการค้าตามปกติของลูกหนี้เท่านั้น ลูกหนี้จึงจะมีอำนาจในการทำธุรกรรมกับเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกได้

ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่าเพียงแค่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการนั้นไว้พิจารณาจะมีผลทำให้เกิดการพักบังคับชำระหนี้** หรือที่เรียกว่า Automatic Stay หรือ Moratorium ชั่วคราว ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เอื้อประโยชน์ให้แก่การฟื้นฟูกิจการในศาลเป็นอย่างมาก ในขณะที่การฟื้นฟูกิจการนอกศาลหรือการฟื้นฟูกิจการระหว่างคู่กรณีด้วยตนเองจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 90/12 แต่อย่างใด จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้เกิดความแตกต่างอย่างมากระหว่างการฟื้นฟูกิจการในศาลและการฟื้นฟูกิจการนอกศาล เพราะการฟื้นฟูกิจการนอกศาลเจ้าหนี้ยังคงสามารถบังคับตาม

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9)

** การพักบังคับชำระหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายไทย ไม่ได้เพียงแต่ระงับสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีตามสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายเท่านั้น แต่ยังระงับหรือจำกัดอำนาจของคณะกรรมการหรือผู้บริหารลูกหนี้ไม่ให้กระทำการใดที่เป็นไปในทางจำหน่ายสิทธิหรือก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สินของลูกหนี้ ห้ามหน่วยงานของรัฐที่ ควบคุมการดำเนินกิจการของลูกหนี้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการของลูกหนี้ หรือสั่งให้ลูกหนี้หยุดประกอบกิจการ และยังห้ามมิให้หน่วยงานที่ให้บริการทางสาธารณูปโภคหยุดให้บริการลูกหนี้ด้วย

กฎหมายฟื้นฟูกิจการถูกบัญญัติไว้ในหมวด 3/1 เรื่องกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2541 และมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2542.

สิทธิที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้การฟื้นฟูกิจการนอกศาลจึงไม่ได้ก่อให้เกิดการงดเว้นที่
เจ้าหนี้จะบังคับตามสิทธิของตนได้

ดังนั้น การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการหรือการยื่นคำร้องขอ (Application)
จึงทำให้เกิดการบังคับใช้มาตรการในการพักบังคับชำระหนี้ขึ้นทันทีเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอ
ฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณา อันเป็นผลทำให้กิจการลูกหนี้สามารถประกอบธุรกิจการค้าต่อไปได้โดยไม่ต้อง
ต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับตามสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ในการก่อกำหนดตามมาตรา
90/12 (9) กฎหมายให้อำนาจลูกหนี้ที่จะก่อกำหนดกับเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ แต่สิทธิของเจ้าหนี้
หรือบุคคลภายนอกที่จะได้รับชำระหนี้คืนในกรณีที่ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่
กระบวนการล้มละลาย มาตราดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ ทำให้เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ทราบว่าจะ
หากต่อมากู้หนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย สิทธิของเจ้าหนี้หรือ
บุคคลภายนอกนั้นจะได้รับชำระหนี้คืนในฐานะใด ซึ่งประเด็นดังกล่าวต้องไปพิจารณาตามมาตรา
90/77 วรรคสาม ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 4.6

4.4 ผลของการที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

เมื่อศาลพิจารณาคำร้องขอฟื้นฟูกิจการว่าเป็นความจริงตามมาตรา 90/3 และ
ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว ย่อมเป็นผลให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของ
ผู้บริหารเดิมของลูกหนี้ถูกจำกัดอยู่เฉพาะการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้
และศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการขึ้นมาเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการกิจการและ
ทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อไป สำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทย พระราชบัญญัติล้มละลาย
พ.ศ. 2483 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจในการออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับ
การจดทะเบียนและการกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนเพื่อประโยชน์ของการ
ฟื้นฟูกิจการ* จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ต่อมาได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดคุณสมบัติ
ของผู้ทำแผนขึ้น คือ กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนการกำหนดคุณสมบัติผู้ทำแผนและ
ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ.ศ. 2545**

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/16

** กฎกระทรวงฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2545 โดยกำหนดว่า ไม่ให้ใช้
บังคับกับคดีที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการก่อนวันที่กฎกระทรวงใช้บังคับและคดีที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟู
กิจการภายใน 90 วัน นับแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ ซึ่งกฎกระทรวงนี้มีผลใช้บังคับกับคดีที่มีการยื่นคำร้อง
ขอฟื้นฟูกิจการตั้งแต่วันที่ 16 สิงหาคม 2545 เป็นต้นไป

ทั้งนี้ ในระหว่างที่ศาลยังไม่สามารถตั้งผู้ทำแผนได้ก็จะมีกรตั้งผู้บริหารชั่วคราวขึ้นแต่ถ้ายังไม่สามารถแต่งตั้งผู้บริหารชั่วคราวได้ศาลก็จะให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าไปทำหน้าที่ดูแลกิจการของลูกหนี้ และในระหว่างนั้นถ้ามีการก่อหนี้ขึ้นโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผน และต่อมาลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กรณีของการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้จะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่จะต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 90/77 วรรคสาม ซึ่งมีปัญหาในทางปฏิบัติเกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายบัญญัติคำว่า "ตามแผน" ไว้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือในขณะที่การฟื้นฟูกิจการอยู่ในช่วงเวลาของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนจะเป็นช่วงเวลาชัดเจนว่าในขณะนั้นยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ทำให้การตีความการบังคับใช้กฎหมายมาตรา 90/77 วรรคสาม มีแนวคิดเป็น 2 ทางว่า ถ้ามีการให้เม็ดเงินใหม่หรือความช่วยเหลือใดๆ แก่ผู้ทำแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเกิดความเสียหายที่รายนั้นจะไม่ได้รับบุริมสิทธิหากลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ถ้าศาลตีความตามตัวอักษรของบทกฎหมายว่าในขณะที่มีการก่อหนี้ขึ้นนั้นยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการจึงไม่ได้รับบุริมสิทธิในหนี้ที่เกิดขึ้น หนี้ดังกล่าวก็จะได้ไม่ได้รับบุริมสิทธิในการขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย เพราะฉะนั้นการก่อหนี้ที่จะได้รับบุริมสิทธิตามมาตรา 90/77 วรรคสาม จะต้องเป็นกรณีที่มีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น คือ อยู่ในเวลาที่มีผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ แผนฟื้นฟูกิจการกำหนดให้สามารถหาเม็ดเงินใหม่หรือความช่วยเหลืออื่นใดไว้ และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นได้รับบุริมสิทธิเทียบเท่ากับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) ในขณะที่มีความเห็นทางกฎหมายว่า มาตรา 90/77 วรรคสามเกิดจากการบัญญัติกฎหมายผิดพลาดหรือหลงลืมในขณะที่มีการร่างกฎหมายเพราะในความเป็นจริงของการก่อหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์หรือผู้ทำแผนจะเป็นเวลาที่ยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้น ดังนั้น การก่อหนี้ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนจึงไม่สามารถเกิดขึ้นก่อนมีแผนฟื้นฟูกิจการดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90/77 วรรคสามได้ กฎหมายมีความผิดพลาดเพราะลืมตัดคำว่า "ตามแผน" ทิ้ง เนื่องจากในทางปฏิบัติของบุคคลดังกล่าวยอมเกิดขึ้นก่อนมีแผนฟื้นฟูกิจการอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้ ธนาคารหรือสถาบันการเงินต่างๆ จึงไม่กล้าเสี่ยงให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ที่กำลังประสบปัญหา ดังเช่นกรณีของบริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) หรือบริษัท TPI ที่ได้รับความช่วยเหลือด้วยการได้รับเม็ดเงินใหม่ตามแผนฟื้นฟูกิจการ แต่ก่อนหน้าที่จะมีแผนฟื้นฟูกิจการธนาคารจะไม่กล้าให้สินเชื่อแก่กิจการของลูกหนี้ เพราะถ้าธนาคารให้สินเชื่อไปก่อนที่จะมีแผนฟื้นฟูกิจการและหากต่อมาลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ธนาคารอาจจะไม่ได้รับบุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าวตามมาตรา 90/77 วรรคสามก็ได้ ถ้าศาลตีความตามตัวอักษรของมาตรา 90/77 วรรคสามโดยเคร่งครัดตามความเห็น

แรก และถ้าธนาคารไม่ได้รับบุริมสิทธิในหนี้ที่เกิดขึ้น ธนาคารที่ให้ความช่วยเหลือก็จะมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้เพียงสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันหรือเจ้าหนี้สามัญ ซึ่งแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เลย ทำให้ธนาคารมีความเสี่ยงสูงมากที่จะให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการในขณะที่ยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการ เพราะกฎหมายยังไม่มี ความชัดเจนว่าหนี้ดังกล่าวจะได้รับชำระคืนในฐานะใด หากมีการก่อหนี้ก่อนมีแผนฟื้นฟูกิจการและต่อมาลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

4.5 หลักการพิจารณาผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ การสรรหาผู้ทำแผนจะเป็นกระบวนการต่อไปในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแต่ละประเทศจะมีแนวทางเรื่องผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายเสรีทางการค้าและนโยบายในการควบคุมกิจการว่ามีความเคร่งครัดเพียงใด⁷ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีนโยบายทางล้มละลายที่เปิดกว้างเป็นอย่างมากได้กำหนดให้ลูกหนี้หรือผู้บริหารกิจการนั้นมาตั้งแต่แรกเป็นฝ่ายที่มีสิทธิสูงสุดในการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและการดำเนินการในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการด้วย ดังเช่นในกรณีที่ฝ่ายเจ้าหนี้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11 และลูกหนี้ได้ยื่นคำร้องขอตาม Chapter 11 เข้ามาด้วยซึ่งตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการกำหนดให้ลูกหนี้มีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการได้แต่เพียงผู้เดียว เว้นแต่จะมีการร้องขอว่าลูกหนี้เป็นผู้ทุจริตหรือฉ้อโกง ส่วนเจ้าหนี้จะมีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการได้ต่อเมื่อพ้นระยะเวลา 120 วัน นับแต่วันที่ยื่นคำร้องและลูกหนี้ไม่เสนอแผนฟื้นฟูกิจการ และในระหว่างที่อยู่ในสถานะ Automatic Stay หรือ Moratorium นั้น ลูกหนี้ที่บริหารกิจการมาก่อนจะมีฐานะเป็น Debtor in Possession คือ ทำหน้าที่บริหารกิจการและสามารถบริหารงานไปตามแผนที่เสนอได้ ด้วยเหตุนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศที่ให้สิทธิแก่ลูกหนี้เป็นอย่างมากคือ มีหลักเรื่อง Debtor in possession หรือ DIP ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกหนี้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและขอเป็นผู้จัดทำแผนด้วย โดยให้สิทธิแก่ลูกหนี้เป็นหลักใน Chapter 11 และในขณะเดียวกันก็มีหลักในการจัดให้มี Trustee หรือผู้ดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย

อย่างไรก็ดี ในหลายประเทศกลับมีแนวคิดเรื่องกฎหมายล้มละลายที่เน้นเรื่องการควบคุมตรวจสอบอย่างเข้มงวด เช่นประเทศอังกฤษ การจัดหาผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเป็นเรื่องที่ต้องการบุคคลที่มีคุณสมบัติพิเศษมาดูแล ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะต้องการความเป็นกลาง และผู้เข้า

⁷ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย (Reorganization)", อุลพาท ปีที่ 43 (เมษายน-มิถุนายน 2539) หน้า 53-54.

มาดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะอยู่ภายใต้การควบคุมด้วยระบบการตรวจสอบเรื่องความสามารถอีกด้วย สำหรับระบบกฎหมายอังกฤษจะมีการแต่งตั้ง Administrator ขึ้นมาทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพของกิจการและเสนอความเห็นพร้อมแผนฟื้นฟูกิจการหากเห็นว่ากิจการสามารถฟื้นฟูได้โดย Administrator จะเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างมากและได้รับอนุญาตให้ดำเนินการในฐานะ Insolvency Practitioner ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นนักบัญชี หรือนักเศรษฐศาสตร์ และเมื่อมีการแต่งตั้ง Administrator แล้ว บุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้มีอำนาจแต่ผู้เดียวในการดูแลกิจการระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการ

ผลของคำสั่งตั้งผู้ทำแผนจะมีผลต่ออำนาจจัดการธุรกิจของลูกหนี้และเป็นการกำหนดให้ผู้ทำแผนมีหน้าที่จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ^๘ จุดเริ่มต้นของการฟื้นฟูกิจการจึงมีที่มาจาก การแต่งตั้งผู้ทำแผนเพื่อเข้ามารักษาระยะในกิจการและผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ซึ่งการกำหนดให้ผู้ทำแผนมีโครงสร้างอำนาจหน้าที่อย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับแนวคิดของการกำหนดที่มาของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในแต่ละประเทศ

ในขณะที่แนวความคิดเกี่ยวกับผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของไทยจะมีแนวคิดเป็นแบบผสมผสานคือ แนวความคิดที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปตามแบบประเทศสหรัฐอเมริกาและแนวความคิดที่ให้บุคคลภายนอกเข้ามาบริหารกิจการตามแบบประเทศอังกฤษ ซึ่งแนวทางในการกำหนดตัวผู้ทำแผนของไทยจะเป็นลักษณะการประนีประนอม คือ ฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างผู้มีสิทธิเสนอผู้ทำแผนเพื่อให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง ซึ่งในกรณีที่ผู้ร้องขอไม่ว่าจะ เป็นฝ่ายลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ได้เสนอผู้ทำแผนของตน หากไม่มีการคัดค้านศาลก็จะตั้งผู้นั้นเป็นผู้ทำแผน* แต่หากศาลเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติไม่เหมาะสมหรือลูกหนี้ หรือเจ้าหนี้ผู้คัดค้านเสนอ

^๘ วิชาญ วิชาญสรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทวิชาญสรอรรถ จำกัด), พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2546 หน้า 69.

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/17 ซึ่งมีคดีที่เกิดขึ้นที่ศาลตั้งผู้ร้องขอเป็นผู้ทำแผน เช่น คดีบริษัทฟื้นฟูกิจการบริษัทเหล็กไทยพัฒนา จำกัด (มหาชน) โดยมีการกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้ที่เสนอชื่อให้เป็นผู้ทำแผน กล่าวคือ หากไม่มีมติของเจ้าหนี้ฝ่ายที่มีจำนวนหนึ่งไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนหนึ่งทั้งหมดของเจ้าหนี้ ซึ่งได้ออกเสียงลงคะแนนในมตินั้น กำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผนก็ให้ผู้ลูกหนี้เสนอชื่อได้เป็นผู้ทำแผน

บุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผนก็จะมีการคัดเลือกโดยที่ประชุมเจ้าหน้าที่* ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหน้าที่สามารถกำหนดผู้ทำแผนให้เข้ามาทำหน้าที่ตามกฎหมายได้ ซึ่งผลของแนวความคิดดังกล่าว ผู้ทำแผนจึงอาจมีที่มาจากลูกหนี้ เจ้าหน้าที่ หรือบุคคลภายนอกที่เป็นบริษัทที่ปรึกษาทางการเงินซึ่งมีวิชาชีพเฉพาะทางใดทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในการตั้งผู้ทำแผนในลักษณะใดไม่ใช่เครื่องหมายชี้ว่ากิจการนั้นจะบรรลุผลสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ แต่จะต้องพิจารณาประกอบกับโครงสร้างทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่เอื้อให้การฟื้นฟูกิจการมีโอกาสประสบความสำเร็จ

การที่แนวคิดเรื่องการกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการไทยมีลักษณะเป็นการประนีประนอม โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหน้าที่ต่างมีสิทธิเสนอผู้ทำแผนและให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นกรณีกฎหมายตั้งข้อสมมติฐานว่าลูกหนี้สามารถตกลงร่วมกับเจ้าหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้ทำแผนได้ ซึ่งในความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากทั้งฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหน้าที่ต่างมีแนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายลูกหนี้เห็นว่าผู้ทำแผนจะเป็นผู้รักษากิจการและทรัพย์สินตลอดจนอำนาจบริหารเอาไว้เพื่อส่งมอบคืนแก่ผู้บริหารของลูกหนี้ ส่วนฝ่ายเจ้าหน้าที่เชื่อว่าผู้ทำแผนจะต้องเป็นผู้จัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ทั้งหลายให้เกิดประโยชน์สูงสุด ผลดังกล่าวทำให้ในทางปฏิบัติหากลูกหนี้หรือผู้บริหารเดิมเป็นผู้ทำแผนย่อมมีโอกาสสูงมากที่แผนนั้นจะมุ่งไปที่การปรับโครงสร้างหนี้และการจัดระบบชำระหนี้ ในขณะที่ถ้าฝ่ายเจ้าหน้าที่เป็นผู้ตั้งผู้ทำแผน การฟื้นฟูกิจการจะให้ความสำคัญกับการเพิ่มขึ้นของกองทรัพย์สินรวมไปถึงการโอนกิจการไปยังหน่วยลงทุนที่มีความสามารถ⁹

ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนของไทยจึงยังไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ คือ การรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีทุกฝ่ายให้ดียิ่งกว่าการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย¹⁰ เพราะการเข้ามาทำหน้าที่ของผู้ทำแผนไม่ใช่การรักษาผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีเท่านั้น แต่หน้าที่ของผู้ทำแผนนั้น

* โดยมีการกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้ที่เสนอชื่อให้เป็นผู้ทำแผน กล่าวคือ หากไม่มีมติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายที่มีจำนวนหนึ่งไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนหนึ่งทั้งหมดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งได้ออกเสียงลงคะแนนในมตินั้น กำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผนก็ให้ผู้ที่ลูกหนี้เสนอชื่อได้เป็นผู้ทำแผน

⁹ วิชาญ วิชาญสรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการ : แนวโน้มตามความเป็นจริง", หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเปิดศาลล้มละลายกลาง (18 มิถุนายน 2542) หน้า 154.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

จะต้องให้ความสำคัญไปที่การจัดการให้ธุรกิจกลับมามีความสามารถในการทำกำไรและรักษาผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องให้มีความเท่าเทียมกันภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ดังนั้น การกำหนดรูปแบบของผู้ที่จะเข้ามาใช้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่แตกต่างกัน จึงมีผลต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ สำหรับกระบวนการจัดการทรัพย์สินของประเทศอังกฤษ ผู้จัดการทรัพย์สินในกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจะเป็นบุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถตามที่กฎหมายกำหนดและได้รับการแต่งตั้งโดยศาลและผู้บริหารเดิมของลูกหนี้จะไม่มีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินอีกต่อไป กฎหมายจึงให้อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้กว้างกว่าอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้จัดการทรัพย์สินหรือลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย อีกทั้งไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามของการผ่อนเวลาชำระหนี้และการควบคุมของศาลเว้นแต่เป็นการดำเนินการในกรณีพิเศษเท่านั้น ในขณะที่กระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยจะยอมรับระบบที่ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินต่อไปเสมือนเป็นผู้จัดการทรัพย์สิน ดังนั้นจึงมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินต่อไปเสมือนเป็นผู้จัดการทรัพย์สิน จึงมีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้หรือผู้จัดการทรัพย์สินด้วย เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้หรือผู้จัดการทรัพย์สินจำหน่าย จ่าย โอน หรือจัดการทรัพย์สินอันเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของเจ้าหนี้ โดยใช้หลักเรื่องการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ (The ordinary course of business) เป็นตัวกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของลูกหนี้หรือผู้จัดการทรัพย์สิน

4.6 หลักการพิจารณาการให้บูรณสิทธิตามมาตรา 90/77 วรรคสาม

เมื่อลูกหนี้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้ยังสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามปกติ โดยลูกหนี้สามารถก่อนนี้ที่เป็นปกติธุรกิจได้ตามมาตรา 90/12 (9) แต่ในทางปฏิบัติของการขอสินเชื่อดังกล่าว แม้จะเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้แต่ผู้ให้สินเชื่อมักจะไปขออนุญาตจากศาลในการให้สินเชื่อ เพราะมีปัญหาว่าการก่อนนี้ดังกล่าวแม้จะมีบทกฎหมายให้ลูกหนี้มีอำนาจกระทำได้แต่หนึ่งดังกล่าวจะได้รับบูรณสิทธิในคดีล้มละลายหรือไม่ กรณีนี้จะเป็นอย่างอื่นแตกต่างหากจากการพิจารณาว่าลูกหนี้มีอำนาจก่อนนี้ได้หรือไม่ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจที่จะอนุญาตให้หนึ่งดังกล่าวได้รับบูรณสิทธิในทันทีและการจะได้รับบูรณสิทธิในการก่อนนี้หรือไม่จะต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย คือ มาตรา 90/77 วรรคสาม และในทาง

ปฏิบัติศาลก็ตัดสินใจลำบากที่จะพิจารณาประเด็นนี้ เพราะหากเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติ ลูกหนี้หรือผู้ทำแผนยอมน่าจะมีอำนาจก่อนหน้ากับธนาคารได้ทันที เช่น การทำธุรกิจปกติ ลูกหนี้เคยขอสินเชื่อเบิกเงินเกินบัญชี จำนวน 10 ล้านบาท ลูกหนี้ก็สามารถทำได้ตามปกติ แต่สิ่งที่ธนาคารกลัวหรือไม่มีความมั่นใจคือ ถ้าหากการฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต่อมาลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หนี้ที่เกิดขึ้นนี้จะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่เพราะกรณีของมาตรา 90/12 (9) ไม่มีบทกฎหมายคุ้มครองสิทธิเหมือนกับการก่อก่อนนี้ตามมาตรา 90/77 วรรคสาม กล่าวคือ หนี้ดังกล่าวไม่ได้เข้าลักษณะของหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการเพราะมันเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณาซึ่งยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้น ทำให้เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่แน่ใจว่าถ้ามีการก่อก่อนนี้ตามมาตรา 90/12 (9) ขึ้น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าเกิดขึ้นก่อนมีแผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่เพราะกรณีนี้ยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับ ในขณะที่มาตรา 90/77 วรรคสามได้กำหนดว่า “หนี้ที่ก่อก่อนตามแผน” ซึ่งกรณีของการก่อก่อนนี้ตามมาตรา 90/12 (9) มันไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นหลังมีแผนฟื้นฟูกิจการได้เพราะเป็นการก่อก่อนที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่ศาลรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณาแล้วเท่านั้น แต่การจะมีแผนฟื้นฟูกิจการได้ในกรณีดังกล่าวศาลจะต้องมีคำสั่งอนุญาตให้ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการและมีการทำแผนเรียบร้อยแล้ว ดังนั้น เจ้าหนี้ที่จะให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ตามมาตรา 90/12 (9) จึงยังไม่มี ความชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำสั่งฟื้นฟูกิจการ เพราะหากมีการก่อก่อน และศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแต่เมื่อลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย สิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวที่เกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ฟื้นฟูกิจการจะได้รับสิทธิในการชำระหนี้คืนอย่างไรกรณีนี้ต้องพิจารณาตามมาตรา 90/77 วรรคสาม

กรณีของการก่อก่อนนี้ตามมาตรา 90/12 (9) มีประเด็นให้พิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ

1. มีอำนาจก่อนนี้ได้หรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการการก่อก่อนนี้ต้องพิจารณาจากมาตรา 90/12 (9) ว่าเป็นการก่อก่อนในกรณีปกติหรือหรือไม่ ถ้าไม่ใช่การก่อก่อนในการดำเนินธุรกิจปกติ ผู้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ต้องขออนุญาตจากศาลในการก่อก่อนดังกล่าวก่อนเสมอ

2. เมื่อมีอำนาจในการก่อก่อนนี้ตามหลักข้างต้นแล้ว การก่อก่อนดังกล่าวจะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่ กรณีนี้ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 90/77 วรรคสาม ซึ่งมาตราดังกล่าวมีความเห็นเป็น 2 ทาง คือ

1. มาตราบัญญัติว่า "เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้ทำแผน" ย่อมมีความหมายชัดเจนอยู่แล้วว่าเป็นช่วงเวลาที่ยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้น เพราะผู้ทำแผนกำลังทำแผนฟื้นฟูกิจการอยู่ การก่อกั้นในกรณีนี้จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะเกิดขึ้นตามแผน ดังนั้น การก่อกั้นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้ทำแผนย่อมได้รับบุริมสิทธิแม้เป็นช่วงเวลาที่ยังไม่มีแผน เพราะกฎหมายให้อำนาจบุคคลดังกล่าวที่จะก่อกั้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการได้

2. การก่อกั้นตามมาตรานี้จะต้องมีแผนฟื้นฟูกิจการเกิดขึ้นก่อนแล้วเท่านั้น นี่ดังกล่าวจึงจะได้รับบุริมสิทธิ เพราะกฎหมายบัญญัติคำว่า "ตามแผน" ไว้หลังคำว่า การก่อกั้น แต่ที่มีคำว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนด้วย เพราะมีความผิดพลาดหรือหลงลืมในขณะที่ร่างกฎหมายทำให้ไม่ได้ตัดคำว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้ทำแผนออก เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่สามารถก่อกั้นภายหลังที่มีแผนฟื้นฟูกิจการได้

จากการบัญญัติกฎหมายมาตรา 90/77 วรรคสาม ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมากเพราะมีการตีความกฎหมายออกเป็น 2 ความเห็น ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความไม่แน่ใจว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ อย่างไร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงควรแก้ไขมาตรานี้ให้มีความชัดเจน กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนก่อกั้นก็ต้องได้รับบุริมสิทธิ โดยตัดคำว่า "ตามแผน" ทิ้ง จะได้ไม่เกิดปัญหาการตีความกฎหมาย ดังนั้น โดยหลักของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ กฎหมายควรมีความชัดเจนที่จะกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ไว้อย่างชัดเจน เพราะในทางปฏิบัติหากกฎหมายมีความไม่ชัดเจนการดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็จะบรรลุวัตถุประสงค์ได้ยาก เนื่องจากการให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการย่อมมีความเสี่ยงสูงมากกว่าการทำธุรกิจตามปกติ และเมื่อมีความเสี่ยงสูงกฎหมายจะต้องเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยการลดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นโดยการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกที่ช่วยเหลือลูกหนี้ไว้อย่างแน่นอน ตัวอย่างเช่น กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ไว้หลายประเภท โดยแต่ละประเภทจะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้แตกต่างกันอีกทั้งไม่มีปัญหาเรื่องการบัญญัติกฎหมายคลุมเครือว่าหนี้ที่ก่อกั้นจะต้องเป็นการก่อกั้นตามแผนฟื้นฟูกิจการหรือไม่ โดยประเภทของธุรกรรมในการขอสินเชื่อตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 364 ซึ่งประกอบด้วยประเภทของธุรกรรมจำนวน 4 ระดับ ดังต่อไปนี้

1. การขอสินเชื่อแบบไม่มีประกันอันเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนมีอำนาจที่จะขอสินเชื่อเพื่อนำเงินมาใช้ในการดำเนินกิจการอันเป็นทางการค้าปกติของลูกหนี้ได้โดยอาศัยอำนาจแห่งตน

2. การขอสินเชื่อแบบไม่มีประกันที่มีใช่การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

3. การขอสินเชื่อแบบมีประกันหรือหนี้บุริมสิทธิพิเศษ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนจะขอสินเชื่อประเภทนี้ได้ต่อเมื่อไม่สามารถขอสินเชื่อแบบไม่มีประกันได้ และ

ก. หากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ และเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าของทรัพย์สินที่นำไปเป็นหลักประกันกับสินเชื่อที่ได้รับมาแล้ว ไม่ทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบหรือขาดทุนอันอาจทำให้ทรัพย์สินที่จะนำมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องลดน้อยถอยลง

ข. หากเป็นการกระทำที่ไม่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

4. การขอสินเชื่อแบบมีประกันในทรัพย์สินที่มีภาระหลักประกันอยู่แล้วที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้เหนือกว่าหรือเท่ากับเจ้าหนี้มีประกันเดิม ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนจะขอสินเชื่อประเภทนี้ได้ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าไม่อาจที่จะหาสินเชื่อโดยวิธีการอื่นได้อีกแล้ว และมีความจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ และ

ก. หากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ การขอสินเชื่อจะต้องไม่ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมได้รับความคุ้มครองอย่างไม่เพียงพอ

ข. หากเป็นการกระทำที่ไม่จำเป็นเพื่อการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ ในการจัดการธุรกิจในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ หาก Trustee ก่อหนี้เพื่อการดำเนินธุรกิจโดยปกติ Trustee มีอำนาจขอสินเชื่อดังกล่าวได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อน

และหนี้ที่เกิดขึ้นจะได้รับบุริมสิทธิในฐานะเป็นหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ในขณะที่กฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดให้ Administrator มีอำนาจที่จะก่อหนี้เพื่อการดำเนินธุรกิจโดยปกติได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาลก่อน เพราะเป็นอำนาจที่กำหนดไว้ใน Schedule 1 อยู่แล้วและหนี้ที่เกิดขึ้นจะได้รับบุริมสิทธิอยู่เหนือค่าตอบแทนในการบริหารจัดการของ Administrator ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการไทยแล้ว กฎหมายมาตรา 90/12 (9) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการก่อหนี้กลับมิได้กำหนดระดับของการขอสินเชื่อและสิทธิในการขอรับชำระหนี้ที่แน่นอนในกรณีที่ถูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ในขณะที่มาตรา 90/77 วรรคสาม กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องเวลาในการก่อหนี้ ซึ่งมาตราทั้งสองมีความสัมพันธ์กัน เพราะการก่อหนี้

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 90/77 วรรคสามแล้ว ประเด็นต่อมาที่จะพิจารณาคือ การให้บุริมสิทธิตามมาตรานี้จะให้ในลักษณะใด เช่น เจ้าหนี้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ด้วยการให้กู้ยืมเงินจำนวน 15,000,000 บาท เพื่อนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนซื้อสินค้า หมายความว่ากรณีนี้ได้ผ่านหลักการพิจารณาว่ามีอำนาจก่อหนี้ได้มาแล้ว การพิจารณาว่าจะให้บุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าวหรือไม่ คือ การพิจารณาว่าจะให้บุริมสิทธิในหนี้ทั้งหมดหรือไม่ ไม่ใช่กรณีที่สามารถเลือกพิจารณาว่าจะให้บุริมสิทธิในหนี้บางส่วนหรือไม่ให้บุริมสิทธิบางส่วนได้ เช่น กรณีตัวอย่างจะพิจารณาให้บุริมสิทธิเฉพาะจำนวน 10,000,000 บาท ส่วนอีก 5,000,000 บาทไม่ให้บุริมสิทธิ กรณีนี้จะกระทำมิได้ แต่จะพิจารณาได้แต่เพียงว่าจะให้บุริมสิทธิตามจำนวนหนี้ดังกล่าวทั้งหมดหรือไม่จะเลือกให้บุริมสิทธิเป็นบางส่วนไม่ได้ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาให้บุริมสิทธิจะพิจารณาให้เป็นครั้งๆ ไป ไม่ใช่พิจารณาว่าให้หนี้ดังกล่าวได้รับบุริมสิทธิแล้ว และเจ้าหนี้ได้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ไปแล้วบางส่วน ต่อมาจะมีการยับยั้งหรือเปลี่ยนใจไม่ให้บุริมสิทธิในส่วนที่เหลือไม่ได้ เพราะเมื่อมีการพิจารณาให้บุริมสิทธิแล้วก็ต้องปล่อยให้มีการดำเนินการไปตามนั้นจะมาเปลี่ยนแปลงแก้ไขใดๆ อีกมิได้

นอกจากนี้ เมื่อนำกรณีของค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการในกรณีของค่าตอบแทนหรือค่าวิชาชีพของผู้ทำแผนมาประกอบการพิจารณาเรื่องการก่อหนี้เพื่อการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ ซึ่งค่าตอบแทนหรือค่าวิชาชีพของผู้ทำแผนจะเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผนโดยผู้ทำแผนได้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้คือ มาตรา 90/62 ว่า เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยไม่ต้องรอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการในหนี้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามแผน ดังต่อไปนี้

(1) หนี้ซึ่งผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวก่อขึ้น

ดังนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ทำแผนจึงมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในค่าใช้จ่ายที่ก่อขึ้นได้โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ นอกจากนี้ค่าตอบแทนของผู้ทำแผนที่ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการก็ถือเป็นหนี้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ โดยอยู่ในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* ทั้งนี้ ในการควบคุมเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนมีข้อพิจารณาว่า ค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนเป็นค่าใช้จ่ายที่ถือว่าเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12 (9) หรือไม่ อย่างไร

ในเรื่องเดียวกันนี้ ศาลล้มละลายกลางได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวและมีคำสั่งในคดีหมายเลขแดงที่ พ.2/2542, พ.3/2542 และพ.4/2542 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2542 ว่า ค่าวิชาชีพและค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ตามกระบวนการที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ แต่ไม่ใช่การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ และมีใช้การจำหน่าย จ่าย โอนให้เข้า ชำระหนี้ ก่อนนี้ หรือกระทำการใดๆ ซึ่งก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินอันศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12 (9)**

จากคำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าค่าวิชาชีพและค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนไม่ใช่การก่อหนี้เพื่อให้ธุรกิจการค้าของลูกหนี้ดำเนินต่อไปตามปกติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับทำการค้าในแต่ละวันของลูกหนี้เหมือนกับกรณีของการซื้อหรือขายสินค้า หรือการชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นเป็นประจำในแต่ละวันของลูกหนี้ เช่น ค่าขนส่งหรือการซื้อวัตถุดิบ ด้วยเหตุนี้ เมื่อนี้ดังกล่าวไม่ใช่การก่อหนี้ตามปกติของธุรกิจผู้ทำแผนจึงไม่มีอำนาจชำระหนี้ค่าวิชาชีพและค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนได้เอง

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ ในกรณีที่ผู้ทำแผนกระทำภายนอกขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/75

** ข้อเท็จจริงปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1672-1673/2544

90/12 (9) ซึ่งเป็นเรื่องข้อห้ามของการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) ซึ่งตามมาตรา 90/25 ให้นำข้อห้ามดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้ทำแผนโดยอนุโลม ดังนั้น ผู้ทำแผนจึงมีขอบอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับหนี้หรือการก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สินเฉพาะการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การชำระหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้เท่านั้น เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 90/82 และเมื่อพิจารณาในกรณีที่ผู้ทำแผนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกอันเป็นการนอกขอบอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 90/12 (9) แล้ว หากพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 90/12 วรรคสี่ ว่า...การดำเนินการ หรือการชำระหนี้ใดๆ ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในอนุมาตราใดของวรรคหนึ่ง การนั้นเป็นโมฆะ ดังนั้น เมื่อผู้ทำแผนกระทำการใดๆ อันเป็นการนอกขอบเขตของมาตรา 90/12 (9) แล้ว การดำเนินการหรือการชำระหนี้ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ กล่าวคือจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายในการดำเนินการหรือการชำระหนี้ระหว่างลูกหนี้ซึ่งผู้ทำแผนมีอำนาจจัดการแทนและบุคคลภายนอก

ดังนั้น การพิจารณาผลผูกพันของการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้ทำแผนจึงต้องพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำที่ผู้ทำแผนจะสามารถกระทำได้ตามกฎหมายเป็นประการสำคัญด้วย ซึ่งมาตรา 90/12 (9) จะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับเรื่องการจัดจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดในทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้ทำแผนจะเข้าทำสัญญาใดๆ กับบุคคลภายนอกอันมีผลในการก่อหนี้หรือภาระผูกพันในทรัพย์สินนั้นก็จะต้องอยู่ในข้อจำกัดดังกล่าว คือ การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการชำระหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ดังนั้นหากการทำสัญญาดังกล่าวระหว่างผู้ทำแผนกับบุคคลภายนอกถือเป็นการกระทำที่จำเป็นต่อการชำระหนี้แล้ว สัญญานั้นก็จะมีผลผูกพันระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอก ซึ่งผู้ทำแผนมีอำนาจทำสัญญานั้นแทนลูกหนี้ก็จะต้องมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่หากในกรณีการทำสัญญานั้นไม่ใช่การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการชำระหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้แล้ว สัญญาที่ผู้ทำแผนทำไว้กับบุคคลภายนอกย่อมตกเป็นโมฆะ บุคคลภายนอกจะฟ้องร้องให้ผู้ทำแผนหรือลูกหนี้รับผิดชอบตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกับเรื่องการกระทำการนอกขอบอำนาจหน้าที่ของกรรมการซึ่งจะมีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวหากกระทำการนอกขอบอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ดังนั้น ในการจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของลูกหนี้แม้จะไม่ใช่การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการชำระหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ผู้ทำแผนก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในสัญญาหรือการกระทำที่ทำไว้กับบุคคลภายนอก แต่อาจมีความรับผิดชอบในเรื่องละเมิดหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้

4.7 ลักษณะหนี้ที่ก่อตั้งตามมาตรา 90/77 วรรคสาม

ตามบทบัญญัติของมาตรา 90/77 วรรคสาม คำว่า“การก่อหนี้” มิได้หมายความว่าต้องเป็นการก่อหนี้ในรูปของเงินสดแต่เพียงแบบเดียว แต่ยังหมายความรวมถึงการให้สินเชื่อทางการค้าหรือการให้ความช่วยเหลือในลักษณะอื่นๆ ด้วย เพราะการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ กฎหมายฟื้นฟูกิจการได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำไว้อย่างกว้างว่า “หนี้” ซึ่งจากถ้อยคำดังกล่าวหากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ลูกหนี้ได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปของเงินสดแต่เพียงอย่างเดียวแล้ว กฎหมายจะต้องบัญญัติเฉพาะเจาะจงว่า “หนี้เงิน” ดังที่บทบัญญัติฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องข้อห้ามในการใช้หลักประกันที่เป็นเงินสดได้ให้นิยามของคำว่าหลักประกันที่เป็นเงินสดไว้ในมาตรา 363 (a) ว่า “เงินสดหรือสิ่งที่มีมูลค่าเทียบเท่ากับเงินสด” * สำหรับทรัพย์สินที่ถูกพิจารณาว่ามีมูลค่าเทียบเท่ากับเงินสดภายใต้มาตรา 363 (a) มีจำนวนค่อนข้างมาก ซึ่งคำนิยามดังกล่าวมิได้มีหมายความเฉพาะธนบัตรและบัญชีเงินฝากในธนาคารเท่านั้น แต่ยังหมายความถึงตราสารทางการเงินต่างๆ เช่น ตราสารเปลี่ยนมือ เอกสารสิทธิ และหลักทรัพย์ที่ประกอบด้วยสิทธิเกี่ยวกับเงินหรือทรัพย์สินที่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ง่ายและมีผลบังคับใช้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้ ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ซื้อที่กระทำการโดยสุจริตจะได้รับสิทธิตามตราสารนั้นซึ่งมีสิทธิดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน เพราะตราสารดังกล่าวสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้อย่างรวดเร็วเสมือนหนึ่งเป็นเงินสด ด้วยเหตุนี้ ตราสารทางการเงินจึงถูกรวมไว้ในคำนิยามของหลักประกันที่เป็นเงินสดตามมาตรา 363 (a)

นอกจากนี้ หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในกรณีของการบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับคำว่า “หนี้” แล้ว จะมีกรณีที่สามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีข้างต้นได้คือ มาตรา 194 ซึ่งบัญญัติว่า ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ หนึ่งการชำระหนี้ด้วยดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมมีได้และมาตรา 196 วรรคแรก บัญญัติว่า ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ ท่านว่าจะส่งใช้เป็นเงินสยามก็ได้ รวมทั้งมาตรา 198 ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าการอันมีกำหนดพึงกระทำเพื่อชำระหนี้นั้นมีหลายอย่าง แต่จะต้องกระทำเพียงการใดการหนึ่งแต่อย่างเดียวไซ้ ท่านว่าสิทธิที่จะเลือกทำการอย่างใดนั้นตกอยู่แก่ฝ่ายลูกหนี้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จากบทบัญญัติข้างต้นที่ยกมาเปรียบเทียบแสดงให้เห็น

* มาตรา 363 (a) บัญญัติว่า หลักประกันที่เป็นเงินสด (cash collateral) หมายความว่า เงินสด (cash) ตราสารเปลี่ยนมือ (negotiable instrument) เอกสารสิทธิ (documents of title) หลักทรัพย์ (securities) บัญชีเงินฝาก (deposit account) หรือสิ่งอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่าเงินสด (or other cash equivalents)

เห็นว่า ถ้ากฎหมายลักษณะนี้ต้องการกำหนดให้เป็นเรื่องของหนี้ทั่วๆ ไป ไม่ว่าจะ เป็นหนี้กระทำ การ งวดหนี้กระทำ การ หรือหนี้เงิน กฎหมายจะไม่บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าเป็นหนี้เงินดั่งที่มาตรา 196 วรรคแรกได้บัญญัติไว้ แต่ถ้ากฎหมายต้องการใช้บังคับเฉพาะกรณีของหนี้เงิน กฎหมายจะ บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่าหนี้เงินไว้อย่างชัดเจนเพื่อป้องกันการตีความมาตราดังกล่าวไปถึงมูลหนี้ ประเภทอื่นๆ ดังนั้น หากนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาเทียบเคียงโดยอนุโลมกับ กรณีของการตีความคำว่าการนี้ตามหลักกฎหมายล้มละลายแล้วจะเห็นได้ว่ามีเจตนารมณ์ในการ บัญญัติกฎหมายแบบเดียวกัน เพราะกฎหมายล้มละลายมิได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่าการหนี้เงิน แต่ประการใด แต่กฎหมายล้มละลายบัญญัติว่า "การก่อนนี้" ดังนั้น หนี้ที่ก่อขึ้นจึงมิได้จำกัดเฉพาะ ต้องเป็นหนี้เงินอย่างเดียว แต่หมายรวมรวมถึงการก่อนนี้ในลักษณะทั่วๆ ไปที่ทำให้กิจการของ ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในทางปฏิบัติของฝ่ายเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือ กิจการของลูกหนี้แล้ว แม้ว่าการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวสามารถทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะ เป็นการช่วยเหลือในด้านเงินสด สินเชื่อทางการค้า การออก Letter of credit หรือวงเงินกู้ไม่ว่า ระยะสั้นหรือระยะยาว กล่าวคือ หนี้ทุกประเภทที่ทำให้ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ แต่ หากพิจารณาจากฝ่ายลูกหนี้แล้วไม่ว่าลูกหนี้จะได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปแบบใด การ ชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าวจะต้องชำระคืนในรูปของเงินสดแต่เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ด้วยวิธีการอื่นมิได้เว้นแต่เจ้าหนี้รายนั้นจะยินยอม ดังนั้น ไม่ว่า ลูกหนี้จะได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปแบบใด แต่โดยหลักการลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ในรูป ของเงินสดเท่านั้น ในขณะที่การให้ความช่วยเหลือของเจ้าหนี้กฎหมายมิได้จำกัดเฉพาะประเภท ของเงินสดแต่เพียงอย่างเดียว เจ้าหนี้จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในรูปแบบใดๆ ก็ได้เพื่อให้กิจการ ของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปตามปกติ

4.8 สถานะของหนี้ที่เกิดขึ้นตามมาตรา 90/77 วรรคสาม

กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ให้ความสำคัญในมูลหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการ ฟื้นฟูกิจการในการแก้ปัญหาการขาดสภาพคล่องหรือการนำมาใช้เป็นทุนหมุนเวียน ดังนั้น กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงเปิดโอกาสให้ผู้ทำแผนสามารถก่อหนี้ขึ้น และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้ มีศักดิ์หรือฐานะดีกว่าเจ้าหนี้เดิมเพื่อลดความเสี่ยงแก่เจ้าหนี้รายใหม่

หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นมิได้ 2 กรณี คือ ค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนและหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อ การฟื้นฟูกิจการ ซึ่งหนี้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อสนับสนุนการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการของ

ผู้ทำแผน หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการ เช่น การกู้ยืมเงินเพื่อนำมาฟื้นฟูกิจการ การเช่าทรัพย์สิน การซื้อสินค้า รวมถึงการก่อหนี้ต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญของการได้รับสิทธิบางอย่างตามกฎหมายนั้น หนี้นั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้การฟื้นฟูกิจการมีผู้สนับสนุนทั้งในด้านการเงินด้วยการให้สินเชื่อหรือเงินสด เพื่อทำให้ฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ ดังนั้นจึงต้องมีข้อกำหนดที่เป็นแรงจูงใจเพื่อให้มีบุคคลโดยยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้น คือ การกำหนดให้เจ้าหนี้ในมูลหนี้ดังกล่าวมีโอกาสได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น¹¹ โดยกฎหมายได้กำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนหรือตัวแทนของผู้ทำแผนก่อขึ้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ หากหนี้นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามแผน* และหากต่อมากการฟื้นฟูกิจการสิ้นสุดลง กฎหมายได้กำหนดให้หนี้ดังกล่าวมีสิทธิพิเศษบางประการ โดยแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีที่ศาลยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ ย่อมทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงซึ่งอาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ เว้นแต่หนี้ซึ่งเจ้าหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการจะได้ขอรับชำระหนี้ไว้แล้ว หนี้ค่าตอบแทนของผู้ทำแผน หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ยกเว้นหนี้ละเมิด กฎหมายกำหนดให้เป็นหนี้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ โดยให้อยู่ในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์^{**}

หนี้บุริมสิทธิดังกล่าวถือเป็นบุริมสิทธิสามัญ คือเจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นเหนือทรัพย์สินทุกอย่างโดยรวมของลูกหนี้ แต่ไม่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการไม่มีผลทำให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายทันทีเพราะจะต้องมีการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายอีกครั้ง ซึ่งต่างจากกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศไทย ที่ไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายในภายหลังอีก และเมื่อลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายแล้ว บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน

¹¹ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2541) หน้า 196-197.

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/62

** พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/75

กรณีของหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันมิได้มีผลบังคับใช้ในการขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย เพราะลำดับการขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลายจะมีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 130 ซึ่งมาตราดังกล่าวหากพอจะเทียบเคียงได้ว่ากรณีของหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันควรจะได้รับการชำระหนี้ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เพราะหนี้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก่อขึ้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการตามกระบวนการและกรณีดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันในการขอรับชำระหนี้

2. กรณีที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้เด็ดขาด

ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรให้ลูกหนี้ล้มละลายและมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้เด็ดขาด* กฎหมายกำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ไม่ให้อยู่ในบังคับของมาตรา 94 (2)** กล่าวคือ หนี้ดังกล่าวสามารถขอรับชำระหนี้ภายหลังที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้

ในกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด คือ กรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้อีกต่อไป ซึ่งหากปล่อยให้เจ้าหนี้ที่เข้ามาให้เงินช่วยเหลือกิจการหรือการช่วยเหลือใดๆ ไม่สามารถขอรับชำระหนี้ได้หากลูกหนี้ล้มละลายจะทำให้เจ้าหนี้ที่สนับสนุนเม็ดเงินใหม่แก่กิจการหรือเข้ามาช่วยเหลือธุรกิจเกิดความเสียหายและไม่กล้าเข้ามาสนับสนุนการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และยังส่งผลกระทบต่อการให้ความช่วยเหลือแก่กิจการอื่นๆ ที่อยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการในอนาคต กฎหมายจึงยกเว้นให้หนี้ดังกล่าวแม้เจ้าหนี้จะยินยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้นภายหลังจากรู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้ก็สามารถขอรับชำระหนี้ได้ไม่เข้าข้อห้ามตาม มาตรา 94 (2) และหนี้ดังกล่าวจะได้รับบุริมสิทธิหรือไม่ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์มาตรา 90/77 วรรคสาม ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 90/77 วรรคสาม ได้แบ่งช่วงเวลาของการก่อหนี้ออกเป็น 2 กรณี คือ

* ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/50 มาตรา 90/52 มาตรา 90/54 มาตรา 90/58 มาตรา 90/68 และมาตรา 90/70

** พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/77 วรรคสอง

1. การก่อก่อนี้ในระหว่างที่ยังไม่มีแผนฟื้นฟูกิจการ คือ อยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผน ซึ่งในทางปฏิบัติมีปัญหาเกิดขึ้นเป็นอย่างมากทำให้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

1. เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินสามารถให้สินเชื่อกับลูกหนี้ได้หากเป็นการให้สินเชื่อเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ โดยควรระบุวัตถุประสงค์นี้ไว้ในสัญญากู้ยืมเงิน
2. เจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินจะไม่มีความเสี่ยง หากพิสูจน์ได้ว่าเป็นการให้สินเชื่อเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม หากไม่แน่ใจว่าธุรกรรมดังกล่าวเป็นธุรกรรมปกติหรือไม่ ควรให้ผู้ทำแผนขออนุญาตทำนิติกรรมเพื่อกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้หรือสถาบันการเงินต่อศาลจะเป็นวิธีการที่ดีกว่า

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อก่อนี้ตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะได้รับสิทธิชำระหนี้ตามมาตรา 130 (2) นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในกรณีที่แผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้รับความเห็นชอบ เนื่องจากในบางกรณีเจ้าหนี้ที่สนับสนุนเม็ดเงินใหม่แก่กิจการของลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ และต่อมาแผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าวที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติไม่ยอมรับแผนหรือศาลไม่เห็นชอบในแผน หลังจากนั้น ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้เด็ดขาด ทำให้เกิดปัญหาว่า หนี้ที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้ยืมในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้น อยู่ในความหมายของคำว่า "หนี้ที่ก่อก่อนี้ตามแผน" หรือไม่ เนื่องจากแผนฟื้นฟูกิจการยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากศาล ดังนั้น หากแปลความตามองค์ประกอบของกฎหมายเท่ากับว่า เจ้าหนี้ที่ให้ผู้ทำแผนกู้ยืมเงินหรือสินเชื่อเพื่อใช้ในการฟื้นฟูกิจการ หากต่อมาแผนฟื้นฟูกิจการไม่ผ่านความเห็นชอบจากศาลและลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้นี้ย่อมไม่ได้รับบุริมสิทธิในการขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 130 (2) ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก เนื่องจากเจ้าหนี้นี้ย่อมได้รับความเสี่ยงในการปล่อยกู้แก่ผู้ทำแผนในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ

2. การก่อก่อนี้ภายหลังที่มีแผนฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีที่ลูกหนี้ซึ่งกระทำการโดยผู้บริหารแผนจะขอสินเชื่อจากธนาคารเพื่อไปใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนในการทำธุรกิจตามปกตินั้น หากแผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้รับเรื่องนี้ไว้ และหากการก่อก่อนี้ดังกล่าวเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของบริษัทสามารถ

ดำเนินกิจการต่อไปได้แล้ว ตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 90/12 (9) ประกอบกับมาตรา 90/59 นั้น ผู้บริหารแผนมีอำนาจทำได้และถือว่านี่ดังกล่าวเป็นหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้เพื่อให้กิจการของบริษัทสามารถดำเนินต่อไปได้ และหากต่อมาศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ หนี้นี้ภายใต้สัญญาการให้สินเชื่อดังกล่าว (ซึ่งหากเป็นหนี้ที่ผู้บริหารแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ และเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินการค้าตามปกติต่อไปได้) จะเป็นหนี้บุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ซึ่งเป็นหนี้บุริมสิทธิลำดับที่หนึ่งตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 90/75

นอกจากนี้ หากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดลูกหนี้แล้ว ปัญหาว่าหนี้สินภายใต้สัญญาให้สินเชื่อนี้ ซึ่งเป็นหนี้ที่ผู้บริหารแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ และเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินการค้าตามปกติต่อไปได้ จะถูกจัดให้อยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) ** ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90/77 วรรคสามหรือไม่ ในกรณีนี้ยังไม่มีความชัดเจนว่าหนี้ภายใต้สัญญาการให้สินเชื่อดังกล่าวจะเป็นหนี้ที่อยู่ในลำดับเดียวกับ

* มาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ถ้าหนี้มีอยู่เป็นคุณแก่บุคคลใดในมูลอย่างหนึ่งอย่างใดดังจะกล่าวต่อไปนี้ บุคคลผู้นั้นย่อมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ คือ

- (1) ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกัน
- (2) ค่าปลงศพ
- (3) ค่าภาษีอากร และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับเพื่อการทำงานที่ได้ทำให้แก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง
- (4) ค่าเครื่องอุปโภคบริโภคอันจำเป็นประจำวัน

** มาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย บัญญัติว่า ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ นั้น ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สินตามลำดับดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าปลงศพ
- (4) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความตามที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์กำหนด
- (5) ค่าภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ทำให้แก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง

(6) หนี้อื่นๆ

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้นได้รับเฉลี่ยตามส่วน

ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) หรือไม่ แม้มันแผนฟื้นฟูกิจการจะไม่ได้ระบุให้ก่อนนี้กู้ยืมเงินเพิ่ม แต่สัญญาการให้สินเชื่อเป็นหน้าที่ผู้บริหารแผนกฟื้นตามการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินการค้าตามปกติต่อไปได้ โดยไม่ใช่หนี้ที่ระบุไว้ชัดเจนว่าให้ก่อนได้ตามแผนว่าในเมื่อเงื่อนไขที่ระบุไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้ระบุเรื่องการขอสินเชื่อไว้ เช่น การขอสินเชื่อเงินทุนหมุนเวียน และกิจการของลูกหนี้มีความจำเป็นจะต้องใช้สินเชื่อเงินทุนหมุนเวียนดังกล่าว เพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของบริษัทสามารถดำเนินต่อไปได้ตามมาตรา 90/12 (9) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ผู้บริหารแผนกยอมมีอำนาจในการขอใช้สินเชื่อเงินทุนหมุนเวียนภายหลังที่มีแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งไม่ได้กำหนดเรื่องของการก่อนใหม่นี้ได้

ในเรื่องของการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของลูกหนี้หรือผู้จัดการทรัพย์สินในคดีฟื้นฟูกิจการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ การพักบังคับชำระหนี้จะห้ามมิให้ลูกหนี้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ก่อนนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จะเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้* การพักบังคับชำระหนี้ที่ห้ามการกระทำของลูกหนี้ดังกล่าวข้างต้นนั้นยังห้ามรวมไปถึงผู้บริหารชั่วคราว** ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ในระหว่างที่ศาลยังมีได้มีการแต่งตั้งผู้ทำแผนและผู้ทำแผนของลูกหนี้ด้วย***

4.9 แนวคิดเรื่องบุริมสิทธิในหนี้เพื่อการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายไทย

สำหรับการจำแนกประเภทสิทธิหรือการให้สิทธิเจ้าหนี้แต่ละประเภทจะมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบกฎหมายล้มละลาย เพราะกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศจะต้องจัดสรรสิทธิของเจ้าหนี้ให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับของเจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายให้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นนี้จะถูกควบคุมโดยกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เจ้าหนี้ส่วนมากจะมีฐานะคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับประเภทแห่งสิทธิในการขอรับชำระหนี้ กล่าวคือ สิทธิของเจ้าหนี้จะอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกันหรือเป็นสิทธิตามสัญญา ส่วนเจ้าหนี้บางรายอาจมีสิทธิเรียกร้องดีกว่าหรือมีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้ส่วนมาก

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9)

** พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9) ประกอบมาตรา 90/21 วรรคสอง

*** พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9) ประกอบมาตรา 90/25

แม้กระทั่งเจ้าหนี้ในลำดับชั้นเดียวกันเองก็ยังคงแย่งสิทธิระหว่างกัน สำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดประเภทสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดว่าเจ้าหนี้ประเภทใดบ้างที่จะมีสิทธิลงมติรวมทั้งวิธีการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิในการลงมติ (ตามลำดับชั้นของเจ้าหนี้สำหรับหนี้ในส่วนที่ขาดหายไป) และเพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งทรัพย์สิน

สำหรับการเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จอีกทางหนึ่ง คือ การกระตุ้นให้กิจการสามารถหาเงินช่วยเหลือเพื่อนำไปใช้ในเวลาที่ขาดสภาพคล่องได้ และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นใหม่มีฐานะดีกว่าเจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมเพื่อเป็นแนวทางในการลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้รายใหม่ และคงเป็นเรื่องที่ปฏิเสธได้ยากว่า หากกิจการใดที่ประสบปัญหาการขาดสภาพคล่องแล้วไม่ได้รับความช่วยเหลือโดยเร็ว กิจการที่เข้าสู่การฟื้นฟูดังกล่าวย่อมมีโอกาสสูงที่ต้องล้มละลายไป

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายในหลายประเทศจึงมีนโยบายที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่เข้ามาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้มากขึ้นแตกต่างกัน ในบางประเทศ กฎหมายอาจให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่ดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิมได้ ในขณะที่กฎหมายบางประเทศอาจให้สิทธิได้ในลำดับหลังเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้ ปัญหาในด้านการหาเงินทุนจะได้รับการแก้ไขโดยการให้บูรณสิทธิแก่เงินช่วยเหลือก้อนใหม่

สำหรับบูรณสิทธิในหนี้เงินใหม่เกิดจากการกู้ยืมเงินหรือการขอสินเชื่อทางธุรกิจ เพื่อนำไปใช้ในกิจการย่อมมีความเสี่ยงเกิดขึ้น ไม่ว่าในประเทศใดไม่มีทางที่จะบัญญัติกฎหมายว่า ถ้าลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการแล้วหากมีความต้องการเงินในการฟื้นฟูกิจการและลูกหนี้ไปขอกู้เงินจากธนาคารใดแล้วธนาคารนั้นต้องให้ความช่วยเหลือ กฎหมายจะกำหนดแบบนี้ไม่ได้ สิ่งที่ทำได้อย่างเดียวในเชิงของกฎหมายคือ การลดความเสี่ยง เพราะโดยปกติการให้กู้ยืมเงินจะพิจารณาจากความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้คืนว่ามีความเสี่ยงสูงหรือไม่ แต่ความเสี่ยงในกรณีที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการคือ ถ้าลูกหนี้ที่กำลังประสบปัญหาได้รับเงินกู้แล้ว แต่ท้ายที่สุดลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ผู้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้รายนั้นยังคงได้รับชำระหนี้อยู่ แต่หนี้ที่จะได้รับชำระนั้นจะต้องไปแบ่งเฉลี่ยกับบรรดาเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งแสดงว่าการให้ความช่วยเหลือธุรกิจที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการมีความเสี่ยงสูง สิ่งสำคัญที่จะลดความเสี่ยงในส่วนนี้ได้ คือ กฎหมายจะต้องกำหนดให้หนี้รายใหม่ที่เกิดขึ้นมีสิทธิดีกว่ามูลหนี้เดิม มิฉะนั้น จะไม่มีใครกล้าเสี่ยงให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงใช้มาตรการลดความเสี่ยงของ

กระบวนการเดิมด้วยการให้บุริมสิทธิตามกฎหมายในหนี้ใหม่ที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ บุคคลใดที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการตามแผนฟื้นฟู ถ้าหากท้ายที่สุดกิจการนั้นต้องล้มละลายหนี้ที่เกิดจากการให้ความช่วยเหลือนั้นจะต้องได้รับการดูแล¹² ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าหนี้เดิมในส่วนของเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งปกติกฎหมายจะต้องดูแลสิทธิในส่วนนี้ให้ดีพอสมควร ซึ่งหมายความว่าหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เจ้าหนี้มีประกันเป็นเจ้าหนี้ลำดับที่หนึ่ง ส่วนเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในระหว่างฟื้นฟูกิจการเป็นเจ้าหนี้ลำดับที่สอง

ทั้งนี้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยกำหนดให้หนี้ที่ให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ได้รับบุริมสิทธิตามมาตรา 90/77 วรรคสาม ซึ่งกำหนดว่า หนี้ที่เกิดขึ้นให้มีบุริมสิทธิเทียบเท่าค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 130 (2) ดังนั้น การให้บุริมสิทธิสำหรับเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิภายหลังเจ้าหนี้มีประกัน โดยอยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ อย่างไรก็ดี การให้สินเชื่อแก่บริษัทภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิอยู่เหนือสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม ซึ่งกรณีนี้เป็นที่น่าเสียดายว่าแนวความคิดเรื่อง Super-priority มิได้ถูกนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ¹³

สำหรับที่มาตลอดจนหลักการและเหตุผลในการบัญญัติมาตรา 90/77 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 คือ เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2540 สภาผู้แทนราษฎรได้เสนอร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่....) พ.ศ.... ในสมัยการประชุมสภาสามัญครั้งที่ 2¹⁴ โดยร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอให้มีการพิจารณาบัญญัติว่า

มาตรา 90/71 ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดตามมาตรา 90/43 มาตรา 90/45 มาตรา 90/47 มาตรา 90/46 มาตรา 90/53 มาตรา 90/62 และมาตรา 90/64 ให้ถือว่าวันที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอไว้เพื่อพิจารณาเป็นวันที่มีการร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามแผน รวมทั้งเจ้าหนี้ในหนี้อื่นที่อาจขอรับชำระหนี้ได้จากมูลหนี้

¹² วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย", *สรรพากรศาสตร์* ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2543) หน้า 16.

¹³ Wisit Wisitsora-At, "Country report for Thailand", *Insolvency System in Asia : An Efficiency Perspective*, p.408.

¹⁴ ศูนย์ตัวเลขและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร สมัยสามัญ ครั้งที่ 2, " 3 กันยายน 2540. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ที่ได้เกิดขึ้นตั้งแต่ศาลได้มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 91 แล้วให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 104 ถึงมาตรา 108

หนี้ค่าตอบแทนของผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และผู้บริหารแผนชั่วคราว และหนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ มิให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 94 (2)

หนี้จำนวนใดที่เจ้าหนี้ตามวรรคหนึ่งได้ชำระค่าธรรมเนียมค่าขอรับชำระหนี้ตามแผนแล้ว เจ้าหนี้ไม่ต้องชำระค่าธรรมเนียมค่าขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายสำหรับหนี้จำนวนนั้นอีก

ให้ที่ประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกแต่งตั้งเจ้าหนี้คนหนึ่งหรือหลายคนทำหน้าที่เป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์

ต่อมา คณะกรรมการวิสามัญ สภาผู้แทนราษฎร พิจารณาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ... ได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในมาตรา 90/71 วรรคสอง โดยตัดคำว่า "ตามแผนทั้ง และเพิ่มข้อความว่ารวมถึงหนี้ซึ่งลูกหนี้ก่อขึ้นโดยชอบตามมาตรา 90/12 (9) และเพิ่มบทบัญญัติวรรคสามในมาตรา 90/71"¹⁵

มาตรา 90/71 วรรคสอง หนี้ค่าตอบแทนของผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และผู้บริหารแผนชั่วคราว และหนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ รวมถึงหนี้ซึ่งลูกหนี้ก่อขึ้นโดยชอบตามมาตรา 90/12 (9) มิให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 94 (2)

หนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้จัดอยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2)

จากการประชุมของคณะกรรมการวิสามัญในวันพุธที่ 12 พฤศจิกายน 2540 ได้มีการอภิปรายการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ... มาตรา 90/71 ว่า มาตรานี้ได้นำหลักเรื่อง Super-priority มาใช้ โดยที่ประชุมมีความเห็นร่วมกันว่าหนี้เงินที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาฟื้นฟูกิจการ บุคคลดังกล่าวควรได้รับสิทธิดีกว่าสิทธิเดิม เพราะต้องการให้

¹⁵ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ..." 12 พฤศจิกายน 2540. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

บุคคลที่เข้ามาช่วยเหลือลูกหนี้มีความมั่นใจว่าเมื่อเขาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้แล้ว เงินหรือสินเชื่อดังกล่าวนอกจากจะเป็นหนี้ที่ได้รับชำระหนี้แล้ว หากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นคือ ลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หนี้ดังกล่าวจะยังคงได้รับบุริมสิทธิ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะให้บุริมสิทธิไปถึงค่าตอบแทนผู้ทำแผน ค่าตอบแทนผู้บริหารแผน ผู้บริหารแผนชั่วคราวและหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลัง และเจ้าหนี้อื่นๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนก่อนขึ้นภายหลังซึ่งเขามีสิทธิยื่นขอรับชำระหนี้ได้

ต่อมา ในการประชุมสภาสมัยสามัญทั่วไป ครั้งที่ 10¹⁶ เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2541 วุฒิสภาได้รับร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ... จากสภาผู้แทนราษฎรมาพิจารณา ซึ่งคณะกรรมการการวิสามัญได้พิจารณาเสร็จแล้ว โดยร่างพระราชบัญญัติที่วุฒิสภารับมาพิจารณากำหนดว่า¹⁷

มาตรา 90/75 ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดตามมาตรา 90/47 มาตรา 90/49 มาตรา 90/51 มาตรา 90/53 มาตรา 90/57 มาตรา 90/66 และมาตรา 90/68 ให้ถือว่าวันที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอไว้เพื่อพิจารณาเป็นวันที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย และให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามแผนในการฟื้นฟูกิจการรวมทั้งเจ้าหนี้ในหนี้อื่นที่อาจขอรับชำระหนี้ได้จากมูลหนี้ที่เกิดขึ้นตั้งแต่ศาลได้มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ยื่นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 91 แล้วให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 104 ถึงมาตรา 108

หนี้ค่าตอบแทนของผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และผู้บริหารแผนชั่วคราว และหนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อนขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ รวมถึงหนี้ซึ่งลูกหนี้ก่อนขึ้นโดยชอบตามมาตรา 90/12 (9) มิให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 94 (2)

หนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และผู้บริหารแผนชั่วคราวก่อนขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้จัดอยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2)

¹⁶ ฝ่ายชวเลข กองการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, "รายงานการประชุมวุฒิสภา สมัยสามัญทั่วไป," 27 กุมภาพันธ์ 2541. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

¹⁷ รายงานของคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ... วุฒิสภา กองการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

นี้จำนวนใดที่เจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งได้ชำระค่าธรรมเนียมคำขอรับชำระหนี้ตามแผนในการฟื้นฟูกิจการแล้ว เจ้าหน้าที่ไม่ต้องชำระค่าธรรมเนียมคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายสำหรับหนี้จำนวนนั้นอีก

ให้ที่ประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกแต่งตั้งเจ้าหนี้คนหนึ่งหรือหลายคนทำหน้าที่เป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์

อย่างไรก็ดี วุฒิสภาได้มีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมมาตราต่างๆ ของร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่...) พ.ศ...แต่มิได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอมา ซึ่งมาตราดังกล่าวจากเดิมเมื่อครั้งที่มีการเสนอร่างต่อสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นมาตรา 90/71 แต่เมื่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเสร็จสิ้นและเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาจะเป็นมาตรา 90/75 หลังจากนั้นเมื่อวุฒิสภาพิจารณาเห็นชอบและมีการประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 จะปรากฏเป็นมาตรา 90/77 ดังที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน

สำหรับบุริมสิทธิในการให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการควรจัดให้เป็นเจ้าหนี้ในลำดับใด สิ่งที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่าควรให้บุริมสิทธิในกฎหมายอย่างไร ประกอบด้วย

1. หลักเกณฑ์ในการก่อกำหนดบุริมสิทธิ
2. กระบวนการพิจารณาที่จะก่อกำหนดบุริมสิทธิ

แม้ว่ากระบวนการเหล่านี้ในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน เพราะมีปัญหาทางธุรกิจไม่เหมือนกัน การใช้เวลาในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ และการใช้เวลาในการตัดสินใจก็ไม่เท่ากัน เพราะการให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เดิมในแต่ละประเทศต่างมีแนวคิดทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ในบางครั้งการตัดสินใจดังกล่าวอาจถูกต้องตามหลักกฎหมาย แต่การตัดสินใจนั้นมีประสิทธิภาพต่ำเพราะใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน เพราะในบางประเทศจะใช้เวลาในชั้นยื่นคำขอ (Application) ค่อนข้างนาน หรือในบางครั้งจะใช้เวลาในการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Open proceeding) นานกว่าการลงมติยอมรับแผน (Approval) นอกจากนี้ การจะกำหนดกฎหมายเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการให้บุริมสิทธิยังต้องคำนึงถึง

1. การให้บุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการมีความเป็นธรรมหรือไม่
2. การให้บุริมสิทธินั้นเกิดประสิทธิภาพกับธุรกิจของลูกหนี้ที่จะนำไปปฏิบัติหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติกฎหมายจึงต้องนำหลักความเป็นธรรม (Equity) และ ความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) มาประกอบการพิจารณาแล้วหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สุด เพื่อนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้ ยังต้องสร้างมาตรการในการแก้ปัญหา ในทางกฎหมาย คือ จะต้องมีการสร้างกลไกในการดำเนินการให้เกิดผลดังกล่าว ซึ่งกลไกดังกล่าว คือ การกำหนดให้ใครเป็นผู้ตัดสินใจ

1. ให้ผู้ทำแผนของลูกหนี้ (Trustee Bankruptcy) เป็นผู้ตัดสินใจ มีข้อดีคือ ผู้ทำ แผนจะรู้กระบวนการฟื้นฟูทั้งหมด ตลอดจนรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการของลูกหนี้มากกว่าบุคคล อื่นๆ ส่วนข้อเสียคือการปล่อยให้คนๆ เดียวหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวตัดสินใจจะก่อให้เกิดการผูกขาด อำนาจ (Absolute power) หรือการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Power corrupt)

2. ให้เจ้าหนี้, ที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้เป็นผู้ตัดสินใจ มีข้อดีคือ เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียในกองทรัพย์สินจะได้รับความเป็นธรรมอย่างเต็มที่ ส่วนข้อเสียคือ จะเกิด ความล่าช้าและมีประสิทธิภาพต่ำ เนื่องจากอาจมีเจ้าหนี้ขัดแย้งในระหว่างกลุ่มเจ้าหนี้ด้วยกันเอง หรือมีความเห็นขัดแย้งกับผู้ทำแผนก็ได้ และเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นก็ต้องมายุติลงที่ศาลหรือ บุคคลภายนอก แต่ในมุมมองของนักธุรกิจเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเขาไม่อยากจะให้กระบวนการนี้เข้าสู่ การพิจารณาของศาล เพราะนักธุรกิจเห็นว่าศาลไม่มีความรู้เรื่องการทำธุรกิจและเป็นการโยน ภาระไปที่ศาล ซึ่งอาจไม่ก่อให้เกิดผลดีแก่การฟื้นฟูกิจการเลยก็เป็นได้

3. ให้ศาล หรือบุคคลภายนอก เช่น สมาคมธนาคาร หรือสภาอุตสาหกรรมเป็น ผู้ตัดสินใจ ข้อดี คือ บุคคลดังกล่าวไม่ได้มีส่วนได้เสียในธุรกิจ ทำให้การตัดสินใจมิได้เป็นไปเพื่อ ประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ส่วนข้อเสียคือ ไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความสามารถในแวดวงธุรกิจนั้น และจะขาดประสิทธิภาพเพราะเกิดความล่าช้าในการพิจารณา

ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ที่จะให้ทุกฝ่ายมีส่วนร่วมในการพิจารณามากที่สุด คือ

1. ให้ Trustee หรือ Administrator หรือผู้ทำแผนหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เป็นคนเริ่มต้นพิจารณาว่าควรจะมีการก่อกำหนดขึ้นเพื่อการฟื้นฟูกิจการหรือไม่
2. ให้เจ้าหนี้ลงมติให้ความเห็นชอบ
3. ศาลเป็นสถาบันที่ยุติข้อพิพาท

แต่ปัญหาที่ตามมาคือการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะขาดประสิทธิภาพอย่าง แน่นนอน เพราะกระบวนการแต่ละขั้นตอนจะใช้ระยะเวลา มาก ดังนั้น ในบางประเทศจะรวมทั้ง สามขั้นตอนให้อยู่ในขั้นตอนเดียว เพราะกฎหมายต้องการให้ศาลเห็นชอบด้วย เช่น ประเทศ

สหรัฐอเมริกาที่มีการสร้างหลัก Super-priority ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหนี้เดิมเป็นอย่างมาก เพราะเป็นการให้สิทธิดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิม

ในการขอสินเชื่อของประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ Trustee เป็นผู้เริ่มกระบวนการแล้วไปสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งหลักความจำเป็นแบบธรรมดาจะไม่เพียงพออีกต่อไป ในกรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างมากหรือมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดจึงจะเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลได้ ตัวอย่างเช่นการใช้หลัก Super-priority ที่จะมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ในกระบวนการเป็นอย่างมาก ดังนั้น การนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงต้องมีระบบการกลั่นกรองที่ดีไม่ใช่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ทุกกรณีแบบพร่ำเพรื่อ ด้วยเหตุนี้ ถ้ามีการขอให้ก่อนแล้วไม่มีบุคคลใดคัดค้านศาลก็จะอนุญาตให้ โดยใช้แนวคิดที่เรียกว่า Motion Justification

4.10 ลักษณะการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้

หลักการที่อนุญาตให้ผู้บริหารของลูกหนี้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน หากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ตามมาตรา 90/12 (9) นี้ จะเป็นหลักการเดียวกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่แบ่งขอบอำนาจของผู้จัดการทรัพย์สินออกเป็น การกระทำที่เป็นทางการค้าปกติของลูกหนี้ (The ordinary course of business) และการกระทำนอกเหนือการค้าโดยปกติของลูกหนี้ (The extraordinary course of business) โดย Trustee หรือผู้จัดการทรัพย์สินจะมีดุลพินิจอย่างกว้างในการจัดกิจการในทางการค้าโดยปกติของลูกหนี้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาล แต่ถ้าหากการจัดกิจการและทรัพย์สินใดมิใช่เป็นทางการค้าปกติของลูกหนี้ ผู้จัดการทรัพย์สินจะกระทำต่อเมื่อศาลได้ให้อำนาจให้กระทำภายหลังจากที่ได้มีการประกาศแจ้งถึงการกระทำให้ผู้มีส่วนได้เสียคัดค้านแล้ว (notice and hearing)*

สำหรับการกระทำที่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นทางการค้าปกติ ได้แก่ การซื้อสินค้าเพื่อมาเป็นวัตถุดิบในการผลิต เช่น โรงงานผลิตเหล็กเส้น ซื้อเหล็กมาแปรรูปเป็นเหล็กเส้นย้อมเป็นทางการค้าปกติ การจ่ายเงินค่าจ้างพนักงานในการทำงานก็เป็นการค้าปกติเพราะหากไม่จ่ายเงินค่าจ้างจะไม่มีแรงงานในการประกอบกิจการ ซึ่งทำให้กิจการไม่อาจดำเนินต่อไปได้อย่างแน่นอน

* 11 U.S.C Section 363 and Section 364

และยังมีผู้เห็นว่า การทำสัญญากับสถาบันการเงินเพื่อประกันการชำระหนี้ในทางการค้า เช่น การออก Letter of credit หรือ Letter of guarantee ก็เป็นส่วนหนึ่งของการทำการค้าปกติด้วย¹⁸

ประเด็นที่น่าพิจารณาคือ ขอบเขตของการดำเนินการค้าตามปกติที่ผู้บริหารของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้นี้ควรจะอยู่ในขอบเขตเช่นใด ซึ่งเป็นการยากที่จะกำหนดเป็นหลักทั่วไปว่าการดำเนินการอย่างใดบ้างที่เป็นการค้าโดยปกติ ทั้งนี้ แม้ว่าบริษัทแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกันโดยสภาพ และบทบัญญัติในเรื่องการพักบังคับการชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการของประเทศไทยก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำที่จำเป็น แต่การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้ไม่ใช่เรื่องใหม่ เพราะเป็นเรื่องที่มีการบัญญัติไว้นานแล้วในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องนิติบุคคลและหุ้นส่วนบริษัท** จึงเห็นว่าการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการนั้นสามารถนำบรรทัดฐานตามกฎหมายแพ่งมาประกอบการพิจารณาได้ ซึ่งโดยทั่วไปการทำธุรกรรมในกิจการแต่ละประเภทจะมีลักษณะและวัตถุประสงค์คล้ายคลึงกัน เช่น การกู้ยืมเงินเพื่อซื้อวัตถุดิบ ค่าจ้างขนส่ง เงินเดือนพนักงาน แต่อาจจะมีธุรกรรมบางประเภทที่มีลักษณะแตกต่างกันบ้างตามประเภทของการประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาจากลักษณะของธุรกิจประเภทเดียวกันกับธุรกิจของลูกหนี้ว่าธุรกรรมที่จะเกิดขึ้นเป็นการทำธุรกรรมโดยปกติในการดำเนินกิจการดังกล่าวหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัติ สิ่งที่เจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่ให้สินเชื่อหรือให้กู้ยืมเงินเกิดความไม่มั่นใจในบทบัญญัติมาตรา 90/12 (9) และมาตรา 90/77 วรรคสามว่าหนี้ที่เกิดขึ้นจะได้รับชำระคืนในฐานะใดมากกว่าที่จะเกิดความไม่มั่นใจว่าหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นการก่อหนี้โดยปกติหรือไม่ใช่ เพราะการก่อหนี้ที่เป็นปกติหรือในแต่ละประเภทกิจการส่วนใหญ่จะมีลักษณะคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก เช่น การขอ

¹⁸ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทวิศิษฎ์สรอรรถ จำกัด), หน้า 41.

** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 ได้วางหลักไว้ว่า นิติบุคคลย่อมมีสิทธิ และหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่ หรือวัตถุประสงค์ดังได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง

มาตรา 1050 การใดๆ อันเป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้นท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้นๆ ด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะจัดการไปเช่นนั้น

จำหน่ายทรัพย์สินหรือนำทรัพย์สินออกให้เช่าเพื่อนำรายได้มาใช้ในการดำเนินกิจการ* การขอก่อหนี้และนำทรัพย์สินไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เช่น การขอกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน** การขอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เช่นการขอชำระเบี้ยประกันภัย หรือการขอจำหน่ายโอนทรัพย์สินเพื่อตีใช้หนี้*** การขอเบิกจ่ายเงินเพื่อจ่ายเป็นค่าบริการของผู้ทำแผนและค่าที่ปรึกษาทางกฎหมาย**** ซึ่งในบางครั้งประเภทของการดำเนินการที่มายื่นคำร้องขออนุญาตจากศาลสามารถเห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการดำเนินการทางการค้าปกติของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราวหรือผู้ทำแผนสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล เช่น การชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ทางการค้าของกิจการลูกหนี้ เป็นต้น ซึ่งศาลจะมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวออกเป็น 2 แนวทาง คือ ศาลเห็นว่าการกระทำตามที่ร้องขอเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้และมีคำสั่งอนุญาตให้กระทำการตามที่ร้องขอได้ ในขณะที่บางกรณีศาลจะสั่งว่าการกระทำที่มีการร้องขอโดยสภาพแล้วเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ซึ่งลูกหนี้สามารถดำเนินการได้อยู่แล้วโดยไม่ถูกห้ามจากการพักบังคับชำระหนี้ กรณีนี้จึงไม่มีเหตุที่ต้องขออนุญาตจากศาลและมีคำสั่งยกคำร้องขอดังกล่าว เหตุที่ศาลมีคำสั่งเช่นว่านั้น อาจเป็นเพราะศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่ลูกหนี้มีอำนาจกระทำการได้อยู่แล้วภายใต้หลักเกณฑ์การควบคุมการบริหารจัดการบริษัท

* คดีหมายเลขแดงที่ ล.พ.8/2542 บริษัท เกษมกิจ คอนสตรัคชั่น จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ 556/2544 บริษัท คันทรี (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)

** คดีหมายเลขแดงที่ ล.พ.4/2542 บริษัทโรงงานน้ำตาลเกษตรไทย จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ ล.พ.8/2542 บริษัท เกษมกิจ คอนสตรัคชั่น จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ พ.8/2542 บริษัทปัญญาพล เปเปอร์ อินดัสตรี จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ พ.12/2542 บริษัทปัญญาพล พัลป์ อินดัสตรี จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ 678/2543 บริษัทบีไอพี เอนจิเนียริง แอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด ลูกหนี้

*** คดีหมายเลขแดงที่ พ.8/2542 บริษัทปัญญาพล เปเปอร์ อินดัสตรี จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ พ.12/2542 บริษัทปัญญาพล พัลป์ อินดัสตรี จำกัด ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ 637/2543 บริษัทสารธรรณี จำกัด (ลูกหนี้)

**** คดีหมายเลขแดงที่ 762/2543 บริษัทประสิทธิ์พัฒนา จำกัด (มหาชน) ลูกหนี้, คดีหมายเลขแดงที่ พ.24/2543 บริษัทนครไทยสตรีปมิล จำกัด (มหาชน) ลูกหนี้

สำหรับการบรรเทาความเสียหายหรือคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้หรือผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการของลูกหนี้ที่ได้รับความเสียหายจากการจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สินอันเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้นั้น กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติมากมายที่เป็นการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันที่เป็นเงินสดที่ลูกหนี้มีไว้ในกิจการ ซึ่งผู้จัดการทรัพย์สินไม่มีอำนาจในการจัดการกับหลักประกันที่เป็นเงินสดนั้นได้ แม้การนั้นจะเป็นการค้าในทางปกติของลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม เว้นแต่เจ้าหนี้มีประกันจะยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาล ภายหลังจากที่ได้มีการแจ้งเป็นหนังสือและศาลได้พิจารณาแล้ว* ถ้าการใช้สอยหรือการจำหน่ายทรัพย์สินนั้นมีผลเป็นการทำลายสิทธิประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกัน ก็จะต้องมีการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันอย่างเพียงพอ**

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการ เมื่อลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการ กิจการของลูกหนี้ย่อมต้องดำเนินต่อไปในระหว่างที่มีการทำแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งในการดำเนินกิจการต่อนั้นมีความจำเป็นที่ต้องได้รับสินเชื่อเพื่อนำมาใช้สนับสนุนในการดำเนินกิจการ ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราวหรือผู้ทำแผน ซึ่งมีอำนาจในการจัดการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างที่มีการทำแผนฟื้นฟูกิจการอาจต้องทำการขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในการกิจการของลูกหนี้อันเป็นการก่อหนี้ให้แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าว ในบางกรณีฐานะทางการเงินเป็นสิ่งสำคัญต่อการอยู่รอดหรือความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการ แต่การขอสินเชื่อในขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวย่อมบั่นทอนความเชื่อมั่นของสถาบันการเงินหรือเจ้าหนี้ที่จะให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ เพราะมีความเสี่ยงสูงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้คืนหากลูกหนี้ไม่อาจที่จะแก้ไขปัญหาทางการเงินได้ นอกจากนี้หากลูกหนี้ได้รับสินเชื่อมาแล้วแต่ในที่สุดการฟื้นฟูกิจการต้องล้มเหลวไป จะมีผลทำให้กองทรัพย์สินต้องรับภาระหนี้สินเพิ่มขึ้น ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการจะเพิ่มขึ้นด้วย นอกจากนี้แล้วยังมีผลทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินที่จะนำมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ที่มูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้สูงมาก การฟื้นฟูกิจการของไทยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในการไว้ ในมาตรา 90/12 (9) ในเรื่องการพักบังคับชำระหนี้ โดยกำหนดไว้เป็นกรอบอย่างกว้างว่า ห้ามมิให้ลูกหนี้ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่

* 11 U.S.C. s.363 (d)

** 11 U.S.C. s.363 (e)

ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ แต่ยังไม่มียกเว้นที่กำหนดยกเว้นรูปแบบและระดับของการขอสินเชื่อไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมียกเว้นที่กำหนดยกเว้นรูปแบบและระดับในการขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในกิจการในระหว่างการดำเนินการตามปกติของลูกหนี้ก่อนที่จะมีการเริ่มการฟื้นฟูกิจการตามแผน เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลายโดยเฉพาะสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

ในเรื่องการขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในกิจการนี้ กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ว่า ผู้จัดการทรัพย์สินจะต้องจัดหาสินเชื่อในรูปแบบหรือประเภทที่สร้างภาระให้แก่กองทรัพย์สินให้น้อยที่สุด โดยหากสามารถขอสินเชื่อแบบไม่มีหลักประกันได้ก็ควรที่จะขอสินเชื่อประเภทนี้มากกว่าแบบมีหลักประกัน แต่หากจำเป็นต้องให้หลักประกันควรที่จะนำทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพันไปเป็นหลักประกันมากกว่าการเอาทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนแล้ว และมาตรา 364 ได้กำหนดระดับของการขอสินเชื่อไว้แตกต่างกัน 4 ระดับ ซึ่งจะเพิ่มภาระให้แก่กองทรัพย์สินมากขึ้นเป็นลำดับ และมีหลักการว่าศาลจะไม่ยอมรับการขอสินเชื่อที่ก่อให้เกิดภาวะมาก เว้นแต่การขอสินเชื่อที่มีภาระน้อยไม่อาจกระทำได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีบทบัญญัติที่กำหนดรูปแบบและระดับในการขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้ในกิจการในระหว่างการดำเนินการตามปกติของลูกหนี้ก่อนที่จะเริ่มการฟื้นฟูกิจการตามแผน อันเป็นการกำหนดกรอบของการพักบังคับชำระหนี้ที่ห้ามมิให้ลูกหนี้ก่อหนี้หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ชัดเจนยิ่งขึ้น อันจะมีผลทำให้เจ้าหนี้ที่จะให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ได้ทราบถึงขอบเขตของอำนาจในการก่อหนี้ของลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราว หรือผู้ทำแผนว่าการก่อหนี้ในรูปแบบใดที่สามารถดำเนินการได้โดยลำพัง รูปแบบใดต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน เพื่อจะได้มีต้องยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลในทุกกรณี อันเป็นการช่วยลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล นอกจากนี้ยังเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ที่มูลหนี้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการโดยเฉพาะเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หากการก่อหนี้ทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินที่จะนำมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าวต้องลดน้อยถอยลงหรือหมดไปโดยกำหนดหลักเกณฑ์ของการก่อหนี้ว่า ลูกหนี้ ผู้บริหารชั่วคราวหรือผู้ทำแผนจะต้องหาสินเชื่อในรูปแบบหรือประเภทที่สร้างภาระให้แก่กองทรัพย์สินให้น้อยที่สุด และกำหนดระดับของการก่อหนี้ไว้แตกต่างกัน 4 ระดับ ซึ่งจะเพิ่มภาระให้แก่กองทรัพย์สินมากขึ้นเป็นลำดับ โดยกำหนดหลักการว่าศาลจะไม่ยอมรับการขอสินเชื่อที่ก่อให้เกิดภาวะมากเว้นแต่การขอสินเชื่อที่มีภาระน้อยไม่อาจกระทำได้