



บทที่ 1

แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการและผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

1.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

1.1.1 ความเป็นมาของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อมนุษย์รวมตัวกันเป็นสังคมที่มีขนาดใหญ่ขึ้น ความจำเป็นในปัจจุบันพื้นฐานและความต้องการอื่นๆ ก็เพิ่มมากขึ้นไปพร้อมกับความเจริญของมนุษย์ การที่มนุษย์มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ความสัมพันธ์ของมนุษย์ก็ยิ่งเพิ่มพูนและทวีความสลับซับซ้อน ทำให้มนุษย์ต้องมีการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน มีการดำเนินธุรกิจการค้าติดต่อกันทั่วทุกมุมโลก ทั้งระดับหมู่บ้าน ระดับประเทศและระหว่างประเทศ ผลของการติดต่อสื่อสารและความสัมพันธ์ที่เพิ่มมากขึ้นดังกล่าวเป็นเหตุให้มนุษย์เกิดการแก่งแย่งแข่งขันกัน มีการกระทบกระทั่งจนถึงสิทธิ เสรีภาพและทรัพย์สิน เกิดมีหนี้สินหรือค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้ต่อกัน รัฐจึงเริ่มเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขข้อขัดแย้งในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังกล่าว โดยใช้เครื่องมือซึ่งเรียกว่ากฎหมายว่าด้วยหนี้¹

ในอดีตแนวความคิดของการบังคับชำระหนี้ยังไม่มี การแยกเรื่องตัวบุคคลและทรัพย์สินที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบออกจากกันเพื่อที่จะนำมาชำระหนี้² การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นั้นถือคล้ายกับว่าได้ทำผิดอาญา โดยเจ้าหนี้มีอำนาจที่จะขอให้จำจองหรือทรมานลูกหนี้ เร่งรัดหนี้สินหรือขอให้เอาตัวลูกหนี้ขายเป็นทาสได้³ เพื่อความเป็นธรรมแก่ตัวลูกหนี้และประโยชน์ของเจ้าหนี้ ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวก็ได้ถูกเปลี่ยนไปโดยถูกพัฒนาไปพร้อมๆ กับการค้าที่เจริญขึ้น จากเดิมพันธะหรือความผูกพันเป็นเรื่องทางกายภาพ แต่ภายหลังได้กลายเป็นพันธะหรือความผูกพันทางกฎหมาย (Juris Vinculum) ซึ่งเจ้าหนี้คงมีอำนาจเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น⁴ แนวคิดดังกล่าวมีผลทำให้เจ้าหนี้มีอำนาจบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ โดยถือว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องผูกพันเป็นหนี้

¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 2-3.

² Jan H. Dalhuisen and Comp., I Arnold Ross, "Historical Development of Bankruptcy Remedies", *European Bankruptcy Laws* (California : ABA Press, 1974), p.9.

³ หลวงสารนัยประศาสน์, กฎหมายลักษณะล้มละลาย (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482), หน้า 2.

⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 21.

(qui s'oblige oblige le sien)⁵ และถือว่าการนี้ทางแพ่งเป็นความผูกพันทางกฎหมาย(legal tie-vinculum juris) ซึ่งทำให้บุคคลมีสิทธิที่จะฟ้องบังคับให้ชำระหนี้ได้⁶

สำหรับธุรกรรมที่เกิดขึ้นในชุมชนทั้งธุรกรรมการค้าและที่ไม่ใช่การค้า หากเกิดขึ้นบนพื้นฐานของเงินสด(cash basis) หรือการแลกเปลี่ยนสินค้าเป็นไปโดยซึ่งหน้าหรือทันทีทันใด ย่อมไม่เกิดกรณีที่บุคคลจะต้องตกอยู่ในสถานะที่เป็นหนี้เกินกว่าทรัพย์สินของตนเอง⁷ แต่ในความเป็นจริงบุคคลทั้งหลายที่ทำธุรกรรมมักจะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตนเองขึ้น ดังนั้นเมื่อการค้าและเศรษฐกิจถูกขับเคลื่อนโดยการทำธุรกรรมระหว่างบุคคลซึ่งทำให้เกิดหนี้ขึ้น การปล่อยให้เจ้าหนี้ต่างคนต่างบังคับชำระหนี้แก่ลูกหนี้ ซึ่งมีกองทรัพย์สินที่จำกัดย่อมก่อให้เกิดความไม่สงบสุขแก่สังคมรวมไปถึงระบบการค้าและเศรษฐกิจของประเทศอย่างแน่แท้ การที่พ่อค้าคนหนึ่งถึงแก่ความหายนะลงไปแล้วเป็นรายใหญ่ๆ ก็อาจลุกลามไปถึงพ่อค้ารายย่อยอื่นๆ⁸ การปล่อยให้เจ้าหนี้ทั้งหลายบังคับชำระหนี้ของตนโดยถือว่าใครมาก่อนได้ก่อน(first-come, first-served) ย่อมก่อให้เกิดผลร้ายต่อตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งหลายรวมถึงระบบการค้า ดังนั้นสังคมจึงได้พัฒนาวิธีการแก้ไขผลกระทบที่เกิดขึ้นจากวิกฤตเศรษฐกิจซึ่งรู้จักในนามของ “ระบบล้มละลาย”(Bankruptcy System) ซึ่งเริ่มต้นจากการที่ผู้นำชุมชนหรือผู้อาวุโสของหมู่บ้าน ออกคำสั่งยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรมและเหมาะสมตามข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้ โดยระบบล้มละลายมีหลักการเบื้องต้นที่กำหนดให้มีการเก็บรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และจัดสรรแบ่งปันด้วยความเป็นธรรมให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ส่วนการหลุดพ้นจากหนี้สินตามระบบล้มละลายได้พัฒนาจากการลงโทษลูกหนี้อย่างรุนแรงมาสู่การให้อภัย(Forgiveness) ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมทางการเงิน⁹

⁵ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคสมบูรณ์). แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2505), หน้า 872-873.

⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. หน้า 38.

⁷ Ian F. Fletcher, The Law of Insolvency. 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1996), p.3.

⁸ หลวงสารนัยประศาสน์, กฎหมายลักษณะล้มละลาย. หน้า 4.

⁹ วิชามหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (ฉบับสมบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), หน้า 1.

อย่างไรก็ตามระบบล้มละลายหรือกฎหมายล้มละลาย(Bankruptcy Law) ไม่ได้เข้ามาแทนที่ระบบการบังคับชำระหนี้โดยกฎหมายลักษณะหนี้ทั้งหมด แต่ถือว่าเป็นระบบที่นำมาใช้ควบคู่กัน(parallel system) สำหรับกฎหมายล้มละลายมีแนวคิดสำคัญที่ถูกพัฒนาขึ้น 2 ประการคือ ประการแรก การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีโอกาสเริ่มชีวิตใหม่ทางการเงิน(financial fresh start) และ ประการที่สอง การให้เจ้าหนี้ทั้งหลายอยู่ภายใต้บังคับแห่งการใช้สิทธิเรียกร้องร่วมกันภายใต้กองทรัพย์สินของลูกหนี้(collective Measure)¹⁰ โดยวิธีการที่สำคัญของกฎหมายล้มละลายจะอยู่ภายใต้หลักของการแบ่งปันทรัพย์สินอย่างเป็นธรรม(pari passu) นั่นคือ เจ้าหนี้ทั้งหลายจะมีส่วนในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตามสัดส่วนหนี้ของตนเอง¹¹ โดยหลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ รวมถึงกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย *

ภายใต้โลกเศรษฐกิจแบบเสรี(Free Market Economy) ซึ่งการเคลื่อนไหวของเงินทุนที่มีประสิทธิภาพย่อมส่งผลดีต่อการประกอบธุรกิจ กฎหมายล้มละลายในแง่มุมมองของเศรษฐศาสตร์จึงเป็นกลไกที่จะนำสินทรัพย์จากองค์กรที่ไม่มีศักยภาพแล้วกลับไปสู่ตลาดเพื่อที่จะเอาสินทรัพย์นั้นกลับไปลงทุนในธุรกิจอื่นเพื่อให้เกิดประโยชน์ที่สูงกว่า¹² ดังนั้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งกลไกของกฎหมายล้มละลายจึงมีบทบาทอย่างมากต่อการคงอยู่และล่มสลายของภาคธุรกิจ ** การเกิดขึ้นของธุรกิจ (Business) ที่มีที่มาจากกิจกรรมที่แสวงหาผลกำไรและองค์กรที่ดำเนินกิจกรรมดังกล่าว¹³ ย่อมจะต้องอาศัยปัจจัยหลายประการที่ทำให้ธุรกิจนั้นดำรงคงอยู่ได้และบรรลุผลสำเร็จนั่นคือ ประการแรก ปัจจัยภายในองค์กรธุรกิจ อันได้แก่ การที่กิจการมีฐานการเงินที่มั่นคงแข็งแรง(Strong financial backing) มี

¹⁰ Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law (USA : Harvard University Press, 1986), pp. 4-5.

¹¹ R.M. Goode, Principles of Corporate Insolvency Law. 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1991), p.59.

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543.

¹² วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่สอง (กรุงเทพมหานคร : บริษัทวิศิษฎ์สรอรรถ, 2546), หน้า 3.

** รายละเอียดของวิวัฒนาการของกฎหมายล้มละลายโปรดดู : วิชา มหาคุณ, "วิวัฒนาการโดยสังเขปของระบบล้มละลาย", รพี 43 (2543) : 46-49. หน้า 4-9.

¹³ Louis E. Boone and David L. Kurtz, 8th ed., Contemporary Business (U.S.A. : The Dryden Press), pp.4-5.

การบริหารงานที่ดี(Good management) และมีตลาดรองรับสินค้าหรือบริการ(Market)¹⁴ จึงจะทำให้กิจกรรมแสวงหากำไรเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประการที่สอง ปัจจัยภายนอกองค์กรธุรกิจและปัจจัยที่ไม่สามารถคาดหมายได้ ที่เห็นได้ชัดเจนคือเหตุปัจจัยที่มาจากสภาพเศรษฐกิจว่ามีผลบวกหรือลบต่อระบบธุรกิจภาคเอกชน(Private Enterprise System) อันจะส่งผลโดยตรงต่อการดำเนินธุรกิจ ดังเห็นได้จากกรณีสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศไทยที่เกิดปัญหาวิกฤตและทรุดตัวลงต่อเนื่องมาตลอดตั้งแต่กลางปีพ.ศ. 2540 ทำให้เกิดผลกระทบทางลบกับภาคธุรกิจและภาคการเงินของประเทศไทยอย่างรุนแรง จนทำให้วันที่ 2 กรกฎาคม 2540 ได้มีการประกาศลอยตัวค่าเงินบาทและขอรับความช่วยเหลือทางด้านการเงินและแนวทางการแก้ไขปัญหามาจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund : IMF)¹⁵ เหตุดังกล่าวทำให้ภาคธุรกิจเอกชนรวมไปถึงสถาบันการเงินหลายแห่งจำต้องประสบภาวะขาดทุนและปิดตัวลงในที่สุด ปัญหาหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้(Non Performing Loan : NPL) ขยายตัวขึ้นสูง จากปัจจัยดังกล่าวสะท้อนให้เห็นได้ว่า องค์กรธุรกิจจะอยู่รอดหรือประสบภาวะขาดทุนนั้น ไม่ได้เกิดจากการประกอบธุรกิจโดยทุจริตหรือไม่ตั้งใจประกอบหรือบริหารเท่านั้นแต่อาจเกิดจากระบบเศรษฐกิจมหภาคที่ส่งผลกระทบต่อทุกอณูในระบบธุรกิจที่ทำให้กิจการประสบปัญหาทางการเงิน อย่างไรก็ตามสำหรับกิจการที่ล้มละลายซึ่งเกิดจากกิจการที่ผู้บริหารทุจริตหรือหย่อนประสิทธิภาพในการบริหารหรือกิจการที่โดยสภาพขาดศักยภาพในการทำกำไร ย่อมเห็นได้ว่ากิจการเหล่านี้ย่อมไม่อาจจะกลับฟื้นตัวได้ จึงเป็นการสมควรที่ทรัพย์สินของกิจการที่ประสบความล้มเหลวสมควรที่จะต้องนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เป็นธรรม(pari passu) ภายใต้มาตรการแห่งกฎหมายล้มละลายต่อไป แต่ภายใต้ภาวะเศรษฐกิจที่ถดถอยนั้นมิจากการที่ประสบปัญหาจำนวนมากทั้งที่กิจการเหล่านั้นอาจมีการบริหารที่ดีก็ตาม หากปล่อยให้กิจการส่วนใหญ่ต้องเลิกกิจการไปก็จะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมอย่างมาก¹⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการบางประเภทมีความสำคัญต่อสังคมค่อนข้างสูง เช่น กิจการเงินทุนหลักทรัพย์หรือกิจการเกี่ยวกับสาธารณูปโภค การปล่อยให้กิจการเหล่านี้ต้องล้มละลายไปโดยไม่มีการเยียวยาแก้ไขสภาวะทางธุรกิจ

¹⁴ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สุวรรณ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 2.

¹⁵ สถาบันนโยบายสังคมและเศรษฐกิจ, กฎหมายฟื้นฟูเศรษฐกิจกับอนาคตของประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ร่วมด้วยช่วยกัน, 2542), หน้า 26.

¹⁶ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2541), หน้า 22.

นั้นให้ถึงที่สุดก่อนน่าจะเป็นผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าผลดี¹⁷ ซึ่งกิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินที่จะต้องล้มเลิกกิจการหรือล้มละลายไปย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยเฉพาะในแง่ของการที่ทำให้เกิดการสูญเสียสินทรัพย์ทางธุรกิจที่ขาดการใช้ประโยชน์จากการใช้สินทรัพย์นั้นให้คุ้มค่าเนื่องจากการดำเนินการรวบรวมส่วนประกอบต่างๆ ของกิจการให้ยังคงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น ใช้เวลาและค่าใช้จ่ายสูงมาก ส่วนประกอบต่างๆ ของกิจการนั้น หมายรวมถึง การตั้งสถานที่ประกอบกิจการให้เหมาะสมกับประเภทธุรกิจ การซื้ออุปกรณ์เครื่องกลและการติดตั้ง การเลือกสรรและการสร้างความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจกับผู้จำหน่ายวัตถุดิบ การหาตลาดและการสร้างความสัมพันธ์ในเชิงธุรกิจกับผู้ซื้อสินค้าและบริการ การจ้างและการฝึกอบรมแรงงาน การให้ความรู้แก่ผู้บริหารและผู้ควบคุม(technical know-how) ตลอดจนค่าความนิยม(good will) ความรู้และคุณค่าของทรัพยากรมนุษย์(human resources)¹⁸ ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินที่แบ่งปันหรือจำหน่ายจะต่ำกว่ามูลค่าของทรัพย์สินที่ไม่ได้นำมาแบ่งปันเสมอ¹⁹ จึงกล่าวได้ว่ามูลค่าของกิจการย่อมมีมูลค่าที่แอบแฝงอยู่เกินกว่ามูลค่าทรัพย์สินที่จับต้องได้(physical assets) ซึ่งในบางกรณีพบว่ามีการสามารถดำเนินต่อไปได้แต่เนื่องจากฐานะการเงินของประเทศไม่ดีหรือฐานะลูกหนี้เจ้าของกิจการไม่ดีจึงเป็นเหตุให้กิจการต้องล้มไป ความคิดที่ว่า การล้มละลายไม่ใช่สิ่งที่ดีที่สุดจึงเกิดขึ้นเนื่องจากความจำเป็นจะต้องมีการหาทางทำให้กิจการบางอย่างที่คิดว่าน่าจะดำรงอยู่ได้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ซึ่งจะเป็นการรักษามูลค่าแอบแฝงที่มีอยู่ในกิจการ²⁰ ซึ่งมูลค่าดังกล่าวในวงการธุรกิจเรียกว่าเป็นมูลค่าของกิจการหากได้ดำเนินกิจการต่อไป(going concern value) เหล่านี้อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ นั่นคือ การรักษา

¹⁷ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย", ตุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 43 (เมษายน-มิถุนายน, 2539) : 49.

¹⁸ Jack Federici Comp. and Marina Primorac ed., Oderly&Effective Insolvency Procedures (Washington : Legal Department, International Monetary Fund, 1999),p.14.

¹⁹ ภูมิวุฒิ พุทธสุธัตตา, "บทคัดย่อ : กฎหมายฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา", ตุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 43 (เมษายน-มิถุนายน, 2539) : 38.

²⁰ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "พระราชบัญญัติล้มละลายกับการฟื้นฟูกิจการ", วารสารนักบัญชี (เมษายน-กรกฎาคม, 2541) : 32.

มูลค่าขององค์ธุรกิจนั้นทั้งหมดไว้ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแทนที่จะถูกแยกจำหน่ายเป็นส่วน ๆ ซึ่งจะทำให้มูลค่าของกิจการนั้นลดลง²¹

ในระบบกฎหมายล้มละลายสากล หลักการช่วยเหลือให้ลูกหนี้ให้มีทางเลือกอื่นที่ไม่ต้องล้มละลาย(nonbankruptcy alternatives) ได้เกิดขึ้นมาหลังจากความไม่ประสบความสำเร็จในการใช้กฎหมายล้มละลายกับการแก้ไขปัญหาการล้มละลายของภาคธุรกิจ ดังนั้นจึงเกิดแนวความคิดในการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้มาใช้ โดยการฟื้นฟูกิจการสามารถกระทำได้หลายรูปแบบอาจเป็นการฟื้นฟูกิจการนอกศาลหรือการฟื้นฟูกิจการในศาลก็ได้ ซึ่งการฟื้นฟูกิจการแต่ละรูปแบบจะมีวิธีการที่แตกต่างกันออกไป

การฟื้นฟูกิจการนอกศาล(out-of-court rehabilitation) เป็นมาตรการเริ่มแรกที่ถูกนำมาใช้เพื่อช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินโดยเป็นมาตรการที่เกิดจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งเป็นความร่วมมือกันระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการชำระหนี้โดยการปรับโครงสร้างหนี้(Debt Restructuring) ดังเช่น การตั้งคณะกรรมการเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างหนี้(คปน.) ซึ่งตั้งขึ้นโดยธนาคารแห่งประเทศไทยเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ของสถาบันการเงิน โดยภาคเอกชนได้มีการรวมตัวเพื่อร่างหลักเกณฑ์การปรับโครงสร้างหนี้ขึ้น ดังนั้นการฟื้นฟูกิจการนอกศาลหรือการปรับโครงสร้างหนี้ จึงเป็นมาตรการที่อาศัยความร่วมมือของลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งหลายเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามการที่เจ้าหนี้ที่ไม่ให้ความร่วมมือหรือไม่ทำข้อตกลงกับลูกหนี้อย่างทำให้การปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ไม่อาจบรรลุผลสำเร็จ ตลอดจนไม่มีองค์กรที่มาควบคุมและบังคับการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ จึงทำให้มีการฝ่าฝืนความตกลงได้ง่าย ดังนั้นจึงมีการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการเข้ามาอยู่ในความควบคุมดูแลของศาล เพื่อให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางเข้ามาดูแลส่วนได้เสียของบรรดาเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นภายใต้สภาพปัญหาของธุรกิจ สภาพเศรษฐกิจและข้อจำกัดของกฎหมายล้มละลายและมาตรการของกฎหมายที่มีอยู่เดิมหลายประการ จึงเป็นที่มาของการขับเคลื่อนให้มีการนำการฟื้นฟูกิจการนำมาใช้เป็นกระบวนการที่มีกฎหมายรองรับซึ่งเอื้อประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องและส่งเสริมระบบเศรษฐกิจภายใต้เหตุปัจจัยดังต่อไปนี้

²¹ ไกรสร บารมีอวยชัย, "การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย", จุลสารครบรอบ 1 ปี ศาลล้มละลายกลาง, (มิถุนายน 2543) : 5.

1) การฟื้นฟูกิจการนอกศาล จำเป็นต้องอาศัยมติเอกฉันท์ของเจ้าหนี้ทั้งหลาย แต่ในความเป็นจริงการทำข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ ย่อมไม่ผูกพันเจ้าหนี้รายที่ไม่ให้ความยินยอมและการหาความยินยอมของเจ้าหนี้ทุกรายหรือเจ้าหนี้ส่วนใหญ่ก็เป็นไปได้ยากลำบากยิ่ง²² เมื่อการดำเนินการดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จ ทางเลือกของลูกหนี้ที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ก็คือ การล้มละลายหรือการชำระบัญชี ดังนั้นความเจริญเติบโตของตลาดทุนและจำนวนเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่เพิ่มมากขึ้นและหลากหลายขึ้น จึงมีความต้องการที่จะมีมาตรการฟื้นฟูกิจการที่เป็นทางการ (formal rehabilitation provisions) นั่นคือมีกระบวนการทางกฎหมายที่รองรับให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้ส่วนใหญ่จะได้เสนอแผนเพื่อผูกพันเจ้าหนี้ส่วนน้อยที่ไม่เห็นชอบกับกระบวนการและขจัดปัญหาเจ้าหนี้ที่ถ่วงกระบวนการดังกล่าวให้ล่าช้า²³

2) ในยุคเศรษฐกิจสมัยใหม่ การเพิ่มมูลค่าของกิจการผ่านกระบวนการชำระบัญชีหรือล้มละลายย่อมไม่อาจกระทำได้ การเพิ่มโอกาสของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้เพิ่มมากขึ้นภายใต้กระบวนการดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน²⁴ โอกาสที่ลูกหนี้จะเพิ่มมูลค่าสินทรัพย์ของตนในขณะที่อยู่ในกระบวนการล้มละลายจึงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากการล้มละลายก่อให้เกิดการขาดความน่าเชื่อถือในการประกอบธุรกิจและยังเป็นกระบวนการที่มุ่งไปที่การจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อการชำระหนี้เท่านั้น ทำให้กิจการที่กำลังดำเนินอยู่ต้องสูญเสียมูลค่าที่แอบแฝงอยู่ภายในกิจการ ทั้งๆ ที่ในหลายกิจการยังมีความสามารถในการผลิตที่สามารถเลี้ยงตัวได้และมีแนวโน้มในการทำกำไรในอนาคต แนวทางในการรักษากิจการไว้จึงน่าจะส่งผลดีต่อลูกหนี้ เจ้าหนี้ผู้มีส่วนได้เสีย และระบบเศรษฐกิจโดยรวมยิ่งกว่า

3) การหลุดพ้นจากกระบวนการล้มละลายโดยวิธีการประนีประนอมหนี้ในทางปฏิบัติก็กระทำได้ยาก* และความเสียหายนับแต่เวลาที่ลูกหนี้ถูกฟ้องล้มละลายจนกระทั่งถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือมีคำสั่งศาลในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ก่อให้เกิดความเสียหายในทางเศรษฐกิจแก่ลูกหนี้และลดโอกาสที่ลูกหนี้จะฟื้นฟูกิจการของตนให้กลับมาบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ

²² Jack Federici Comp. and Marina Primorac ed., *Orderly & Effective Insolvency Procedures*, p.14.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

* เช่น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ลูกหนี้จะต้องทำคำขอประนีประนอมหนี้เพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหนี้ลงมติพิเศษในคำขอนั้น รวมไปถึงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาล.

ได้ มาตรการของกระบวนการชำระบัญชีหรือล้มละลายจึงไม่ส่งเสริมหรือเปิดโอกาสให้มีการฟื้นตัวของกิจการ

4) ปัจจุบันภายในประเทศที่ส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาวรวมไปถึงปัจจัยทางสังคมและการเมือง โดยการสร้างมาตรการทางกฎหมายช่วยให้กิจการของลูกหนี้ได้ฟื้นฟูก่อนที่จะประสบปัญหามากยิ่งขึ้น โดยในหลายประเทศเห็นว่ามาตรการฟื้นฟูกิจการเป็นการให้ประโยชน์แก่ส่วนรวม(societal interest) ที่ให้โอกาสแก่ลูกหนี้และให้ธุรกิจเอกชนได้มีการเติบโตขึ้น รวมถึงการคุ้มครองการจ้างแรงงานในประเทศ นอกจากนี้ทำให้ภาครัฐสามารถเก็บภาษีจากกิจการที่มีการผลิตอย่างต่อเนื่องเพิ่มมากยิ่งขึ้น เหล่านี้มีผลทำให้มีการแก้ไขกฎหมายล้มละลายและยังผลักดันให้แต่ละประเทศกำหนดมาตรการหรือบทบัญญัติการฟื้นฟูกิจการซึ่งมีกฎหมายรองรับโดยมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปตามเงื่อนไขของแต่ละประเทศ²⁵

อิทธิพลของเหตุผลและปัจจัยดังกล่าวข้างต้นโดยเฉพาะในเรื่องสภาพภาวะตกต่ำทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ ทำให้ประเทศต่างๆ เริ่มรับแนวทางและมาตรการของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน เช่น ในประเทศอังกฤษได้มีการเริ่มนำวิธีการหรือกระบวนการที่เรียกว่า Administration Orders มาใช้ตามข้อเสนอแนะของ Cork Committee เนื่องจากกระบวนการเดิมที่มีอยู่คือ Administrative Receiver เป็นการร้องขอเพื่อให้ศาลตั้งบุคคลเข้ามาจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ในส่วนที่เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้เท่านั้น จึงไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ นอกจากนี้ทางเลือกอื่นของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินจำกัดอยู่ที่การเลิกกิจการและชำระบัญชี(liquidation) เท่านั้น ดังนั้นจึงมีความพยายามที่จะนำมาตรการฟื้นฟูกิจการมาใช้ ภายใต้ข้อเสนอแนะที่ว่า

“ในบางกรณีสามารถฟื้นฟูกิจการที่ประสบปัญหาให้กลับมามีกำไรและกลับสู่การบริการของลูกหนี้ได้และในบางกรณีก็สมควรที่จะต้องขายกิจการออกไปในลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินอยู่(as a going concern) เพื่อที่จะรักษากิจการในส่วนที่สามารถทำกำไรได้ให้เป็นประโยชน์ต่อ ลูกจ้าง ภาคธุรกิจการค้าและสาธารณะชนทั่วไป”²⁶

ดังนั้นจึงมีการนำเอามาตรการในการจัดการทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้มาใช้ภายใต้กฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้มฟื้นตัวของประเทศอังกฤษซึ่งเรียกว่า Administration

²⁵ Ibid.

²⁶ L.C.B.Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law* 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1992), p.744.

Orders ซึ่งปัจจุบันจะอยู่ภายใต้ Insolvency Act 1986 โดยศาลจะมีอำนาจตั้งบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคนกลางซึ่งเรียกว่า Administrator เพื่อจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ บริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้และดำเนินการต่างๆ ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงภาวะเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก (Great Depression) ในช่วงปี ค.ศ. 1933 เป็นช่วงที่ธุรกิจในสหรัฐอเมริกาประสบปัญหาขาดทุนและส่งผลกระทบต่อตลาดหุ้น ปัญหาอัตราเงินเฟ้อเพิ่มสูงขึ้น ปัญหาการว่างงานขยายตัวขึ้น การแก้ไขปัญหาสภาพคล่องทางการเงินของลูกหนี้คือการเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้รายใหม่หรือเจ้าหนี้เก่า นำเม็ดเงินใหม่เข้าไปช่วยเหลือพยุงและฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหา จึงทำให้มีการเพิ่มหมวดที่ 11 เข้าไปเป็นบทบัญญัติใหม่ภายใต้กฎหมายล้มละลาย²⁷ ซึ่งมาตรการฟื้นฟูกิจการนี้ได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องในเวลาต่อมาอีกหลายครั้ง* ซึ่งปัจจุบันการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะอยู่ภายใต้ Chapter 11 Reorganization แห่ง Bankruptcy Code 1978 โดยมีกระบวนการทำให้ลูกหนี้และบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้มีโอกาสเจรจาต่อรองกันเพื่อจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ มีระบบการเงินสำหรับลูกหนี้ขึ้นมาใหม่โดยไม่ต้องไปผ่านกระบวนการล้มละลาย มีระบบที่เรียกว่า Automatic Stay ซึ่งเป็นกระบวนการที่หยุดการกระทำต่างๆ ที่มีต่อตัวลูกหนี้หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เข้าสู่ระบบและกระบวนการฟื้นฟูกิจการ²⁸

ในประเทศต่างๆ ก็เริ่มมีการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการมาใช้เป็นมาตรการทางกฎหมาย เช่น ประเทศแอฟริกาใต้ มีกระบวนการที่เรียกว่า Judicial Management ประเทศออสเตรเลียมีกระบวนการที่เรียกว่า Official Management เป็นต้น

สำหรับประเทศในแถบเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายที่เรียกว่า Corporate Reorganization Law ประเทศสิงคโปร์ซึ่งใช้กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษมาเป็นแม่แบบก็มีกระบวนการที่เรียกว่า Judicial Management ซึ่งอยู่ภายใต้ Companies (Amendment) Act ปี 1987 ซึ่งศาลจะเข้ามามีบทบาทในการแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ นั่นคือ Judicial Manager

²⁷ พิชัย นิลทองคำ, หลักเกณฑ์วิธีการร้องขอฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : อทตยา, 2541), หน้า 16-17.

* มีการแก้ไข Bankruptcy Code 1978 ในปี 1984, 1986, 1990, 1994 และ 1999 ตามลำดับ โดยการแก้ไขครั้งสุดท้ายตาม Bankruptcy Reform Act 1999 ได้มีการเพิ่ม Chapter 15 ว่าด้วย Cross-Border Insolvency ซึ่งเป็นการบัญญัติรองรับกับ Model Law ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (Unictral).

²⁸ พิชัย นิลทองคำ, หลักเกณฑ์วิธีการร้องขอฟื้นฟูกิจการ, หน้า 16-17.

เข้ามาดูแลกิจการและทำแผนบริหารงานของลูกหนี้เพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินไปตามแผนดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยในช่วงเวลาก่อนหน้าวิกฤตเศรษฐกิจ ปี พ.ศ. 2540 ก็ได้ริเริ่มที่จะปรับปรุงกฎหมายล้มละลายตลอดมาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ของประเทศ จึงมีแนวคิดในการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายล้มละลายเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องของมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการส่งเสริมให้ภาคธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงินสามารถอยู่รอดต่อไปได้ เช่น การฟื้นสภาพจากการเป็นบุคคลล้มละลายไม่ว่าจะเป็นการประนอมหนี้ก่อนหรือหลังล้มละลาย การยกเลิกการล้มละลายหรือการปลดจากการล้มละลาย ซึ่งการฟื้นจากการล้มละลายในแต่ละกรณีต้องใช้เวลายาวนานหรือเป็นไปได้ยากหนทางของลูกหนี้ที่จะกลับไปสู่ภาวะปกติหรือดำเนินกิจการของตนเองต่อไปย่อมเป็นไปได้โดยลำบาก นอกจากนี้ความไม่เหมาะสมของมาตรา 94 (2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่ไม่ยินยอมให้เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนนี้ขึ้นโดยรู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินส่วนตัวมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ไม่ยินยอมให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่มีปัญหาทางการเงินทำให้ลูกหนี้ต้องล้มละลายต่างๆ ที่กิจการของลูกหนี้สามารถฟื้นฟู้ได้หากมีการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน ซึ่งบทบัญญัติของมาตรานี้ไม่เหมาะสมกับสภาวะเศรษฐกิจซึ่งลูกหนี้ที่ประกอบกิจการหลายรายประสบปัญหาชั่วคราวทางการเงินหรือมีหนี้สินส่วนตัวจำต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ดังนั้นจึงมีการแก้ไขกฎหมายล้มละลายและเป็นที่มาของพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 โดยมีสาระสำคัญในเรื่องการยกเว้นสภาพบังคับของมาตรา 94 (2) และการกำหนดให้มีมาตรการฟื้นฟูกิจการซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 ตามลำดับ โดยมีกระบวนการฟื้นฟูกิจการอยู่ภายใต้กฎหมายล้มละลาย บัญญัติไว้ในหมวด 3/1 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณากรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล

1.1.2 นโยบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ

จากความเป็นมาของกระบวนการฟื้นฟูกิจการดังกล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายล้มละลายสากล นานาประเทศได้มีการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการหรือปรับโครงสร้างกิจการซึ่งเป็นทางเลือกที่ลูกหนี้ไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายหรือการชำระบัญชี (liquidation) มาใช้ในฐานะมาตรการทางกฎหมายและได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นหลักกฎหมายฟื้นฟูกิจการ ซึ่งในหลายประเทศรวมถึงประเทศไทย ได้นำเอากระบวนการฟื้นฟูกิจการมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย

ล้มละลาย ดังนั้น หลักการหรือนโยบายกฎหมายล้มละลายจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่ได้พัฒนาจนมาสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับในเรื่องนโยบายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายสากล* ซึ่งรวมเอากระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายดังกล่าวนั้น ธนาคารโลก(World Bank) โดยความร่วมมือของคณะกรรมการด้านกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Laws : Uncitral) ได้มีรายงานเกี่ยวกับการพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิรูประบบกฎหมายล้มละลายและสร้างมาตรฐานให้กับประเทศกำลังพัฒนาโดยได้สรุปแนวทางของนโยบายกฎหมายล้มละลายสากลไว้อย่างน่าสนใจดังนี้²⁹

“แม้ว่าประเทศทั้งหลายจะมีมาตรการของกฎหมายล้มละลายที่แตกต่างกันออกไป แต่ในการที่จะทำให้ระบบกฎหมายล้มละลายเกิดประสิทธิภาพจะต้องดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

1. มีการร่วมมือกันในระบบการค้าและระบบกฎหมายกับประเทศอื่น ๆ
2. การเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของกิจการและเพิ่มทางเลือกในการฟื้นฟูกิจการ
3. สร้างความสมดุลของกระบวนการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ
4. มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างเจ้าหนี้ที่มีสถานะเดียวกันไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ในประเทศหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศ
5. สร้างมาตรการป้องกันการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเวลาอันควรโดยการบังคับตามคำพิพากษาของเจ้าหนี้บางราย
6. สร้างระบบกฎหมายล้มละลายที่มีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม
7. สร้างกระบวนการที่มีความโปร่งใสในเรื่องที่จูงใจในการรวบรวมและการกระจาย

ข้อมูล

* ถ้อยคำในภาษาต่างประเทศใช้คำว่า insolvency law system ซึ่งหมายถึงระบบกฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้มพันตัว ซึ่งมีความหมายครอบคลุมทั้งกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการแต่เพื่อให้เกิดความเข้าใจในลักษณะกฎหมายดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงใช้คำร่วมกันว่ากฎหมายล้มละลาย.

²⁹ The World Bank, Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems Report (n.p.,2001),p.24.

8. รับรองสิทธิที่มีอยู่ของเจ้าหนี้รวมไปถึงบุริมสิทธิต่างๆภายใต้กระบวนการทางกฎหมายที่มีความแน่นอนและคาดหมายได้

9. ยอมรับและสร้างระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ(cross-border insolvency) โดยการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของประเทศอื่น”

จากนโยบายกฎหมายล้มละลายสากลที่กล่าวมาทั้งหมดนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายยุคใหม่ได้รวมเอามาตรการของการฟื้นฟูกิจการเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายล้มละลาย ซึ่งปัจจุบันบทบาทของมาตรการฟื้นฟูกิจการยิ่งทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้นและในหลายกรณีการใช้มาตรการฟื้นฟูกิจการก่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ภาคธุรกิจและระบบเศรษฐกิจภายใต้ภาวะการณ์ในปัจจุบันมากยิ่งขึ้นกว่าการใช้มาตรการของกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะในภาวะการณ์ที่เศรษฐกิจชะลอตัวหรือเศรษฐกิจตกต่ำ การปล่อยให้กิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินต้องปิดตัวลงไปต่างๆ ที่ยังมีความสามารถในการสร้างกำไร เพียงแต่กิจการนั้นประสบปัญหาทางการเงินในช่วงระยะเวลาหนึ่งจึงไม่สมควรให้กิจการนั้นต้องล้มเลิกไปโดยไม่มีการใช้มาตรการทางกฎหมายเข้ามาเยียวยาแก้ไขปัญหา ซึ่งในหลายธุรกิจก็มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้น ในภาวะการณ์ดังกล่าวจึงเกิดมาตรการฟื้นฟูกิจการเพื่อเข้ามาช่วยเหลือภาคธุรกิจที่ยังมีความสามารถในการสร้างกำไรไม่ให้ล้มละลายลง

ผลจากการพัฒนาหลักกฎหมายล้มละลายและความจำเป็นที่จะต้องมีการทางกฎหมายเข้ามาช่วยเหลือกิจการที่ประสบปัญหาทางการเงิน จึงทำให้เกิดนโยบายฟื้นฟูกิจการ (rehabilitation policy) มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) เป็นการขยายเป้าหมายในการเพิ่มมูลค่าของกิจการ (extension of the goal to maximize value) โดยการกอบกู้กิจการให้สามารถดำเนินกิจการต่อไป(as going concern) ทำให้มูลค่าที่เกิดขึ้นมีมากกว่ากรณีกิจการถูกขายแยกส่วน (piecemeal) หรือชำระบัญชี(liquidation)

2) เป็นการนำทรัพย์สินและกิจการที่มีอยู่อย่างจำกัดและตกอยู่ในบังคับการชำระหนี้ นำมาบริหารจัดการให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดโดยผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งเป็นผู้รักษาประโยชน์แก่ลูกหนี้ เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียให้เกิดความสมดุล(balance) การทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้สูงสุด หรือการทำให้กิจการต้องหลุดพ้นจากการชำระหนี้และการรักษาอำนาจบริหารของลูกหนี้ เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งจึงไม่ใช่เป้าหมายหลักของมาตรการฟื้นฟูกิจการ แต่การดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องเป็นการรักษากิจการที่มีศักยภาพในการทำกำไรให้สามารถอยู่รอดต่อไปได้อันจะก่อให้เกิดผลตามมาในการคุ้มครองประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียที่อยู่ในกระบวนการ

3) การรักษาประโยชน์แก่สาธารณะชนและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นประชาชน ลูกจ้างหรือระบบเศรษฐกิจโดยรวม

ในหลายประเทศได้พยายามพัฒนามาตรการฟื้นฟูกิจการภายใต้ระบบกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพรองรับกับสภาพปัญหาเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ไม่ใช่ในทุกกรณีจะประสบความสำเร็จแต่ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการทั้งปัจจัยภายนอกและภายในกิจการ นั่นคือ ประสิทธิภาพในการบริหารกิจการของลูกหนี้ รวมไปถึงความร่วมมือของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ ศาลและผู้นำเม็ดเงินใหม่มาลงทุนในกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อส่งเสริมให้มีการจัดการทรัพย์สินและการบริหารกิจการเพื่อรักษาประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

1.1.3 แนวความคิดของการขยายการให้สินเชื่อต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

มาตรการฟื้นฟูกิจการเป็นการแก้ไขปัญหของภาคธุรกิจประการหนึ่ง ดังนั้นเพื่อให้บรรลุนโยบายของการฟื้นฟูกิจการจึงจะต้องมีความเข้าใจถึงปัจจัยที่เป็นหลักของการขับเคลื่อนธุรกิจและเศรษฐกิจในเบื้องต้น

การขยายการให้สินเชื่อ(extension of credit) เป็นมาตรการส่งเสริมเศรษฐกิจประการหนึ่งเนื่องจากการช่วยเหลือลูกหนี้และเจ้าหนี้ ในด้านการพัฒนาองค์กร การขยายการลงทุนและตลาดสินค้าเมื่อลูกหนี้สามารถนำเงินที่กู้ไปใช้ในการลงทุนจนเกิดผลกำไร ย่อมนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ และสามารถขอสินเชื่อมากยิ่งขึ้น เจ้าหนี้ก็ย่อมได้ประโยชน์จากดอกเบี้ย ดังนั้นการขยายการให้สินเชื่อจึงเป็นการให้ผลประโยชน์ทั้งฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้³⁰ ในลักษณะของวงจรธุรกิจ

อย่างไรก็ตามในระบบธุรกิจและการให้สินเชื่อ มักมีความผิดพลาดในกระบวนการชำระหนี้เสมอ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีระบบสินเชื่อที่อยู่บนพื้นฐานของสัญญาเพื่อเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ปฏิบัติตามสัญญาและบังคับสิทธิต่อผู้ผิดสัญญา ซึ่งผลดังกล่าวหลักกฎหมาย(Legal Rules) จึงเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองเจ้าหนี้เพื่อไม่ให้ถูกลูกหนี้โกง³¹ ดังนั้น ลูกหนี้จึงมีความได้เปรียบเจ้าหนี้ในแง่ของการชำระหนี้คืน* ดังนั้นกฎหมายจึงเข้ามาควบคุมให้มีการชำระหนี้คืนเพื่อช่วยให้ธุรกิจเจริญ

³⁰ Douglas G. Baird and Thomas H. Jackson, Cases Problems, and Materials on Bankruptcy (Canada : Little Brown & Company, 1985), p.1.

³¹ Ibid.

* ความคิดเห็นของผู้เขียน.

ก้าวหน้าเมื่อหนี้สามารถมีการบังคับได้ นั่นคือ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ของตนเองเจ้าหนี้ออมขอให้รัฐช่วยเหลือในการบังคับชำระหนี้³² เจ้าหนี้จึงเข้าสู่ระบบการขยายสินเชื่อมากยิ่งขึ้น

ในกรณีดังกล่าวนั้น หากหลักกฎหมายที่ใช้บังคับต่อการเรียกชำระหนี้ (legal rules governing the collection of debts)^{**} ก่อให้เกิดภาระหรือขาดประสิทธิภาพ ย่อมทำให้เจ้าหนี้ไม่เต็มใจที่จะให้สินเชื่อและลูกหนี้ออมขาดแหล่งเงินทุนที่จะใช้ในกิจการ ในทางกลับกันหากหลักดังกล่าวอนุญาตในการบังคับสิทธิได้โดยตามอำเภอใจลูกหนี้เองก็ไม่กล้าที่จะขอสินเชื่อ³³ ดังนั้นระบบกฎหมายในการบังคับชำระหนี้จึงจะต้องทำให้ผู้ให้กู้และผู้กู้ที่อยู่ในสถานะที่มีความเสมอภาคกัน คือ ต่างฝ่ายต่างได้ประโยชน์จากการเข้าสู่กระบวนการ จึงจะเป็นผลผลักดันการขยายการให้สินเชื่อในระบบธุรกิจให้เดินไปข้างหน้า

กระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากระบบของการบังคับชำระหนี้ซึ่งถือเป็นทางเลือกของลูกหนี้และเจ้าหนี้ในการที่จะแก้ไขปัญหาทางการเงินโดยใช้กระบวนการทางศาลแทนที่จะฟ้องบังคับชำระหนี้เป็นคดีแพ่งหรือการฟ้องคดีล้มละลาย ซึ่งกฎหมายที่บังคับในกระบวนการดังกล่าวมีหลักการร่วมกัน ก็คือการส่งเสริมระบบการขยายการให้สินเชื่อและการรักษาประโยชน์ของคู่ความในคดีนั้นคือเจ้าหนี้และลูกหนี้ อย่างไรก็ตามในการที่จะทำให้หลักการดังกล่าวบรรลุเป้าหมายจึงจะต้องมาพิจารณาว่ากระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ส่งเสริมให้มีการบรรลุเป้าหมายดังกล่าวมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการจูงใจผู้มีส่วนได้เสียในระบบของการให้สินเชื่อให้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

(1) ทางด้านลูกหนี้

เมื่อลูกหนี้ดำเนินธุรกิจที่ยังคงต้องการสินเชื่อเพื่อใช้ในกิจการ ลูกหนี้จึงจำเป็นต้องมีการปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อให้ลูกหนี้สามารถหาเงินทุนเพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ แต่การบังคับชำระหนี้ทางแพ่งและการฟ้องคดีล้มละลายไม่ส่งเสริมให้กิจการของลูกหนี้สามารถคงอยู่ต่อไป ดังนั้นลูกหนี้จึงเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองกิจการของตนเอง เพื่อที่จะได้จัดระบบการชำระหนี้ให้สอดคล้องกับศักยภาพในการดำเนินธุรกิจ รวมไปถึงการปรับโครงสร้างทุนและโครงสร้างของกิจการภายใต้ช่วงเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้

³² Ibid.

^{**} หมายถึง กฎหมายที่เป็นกระบวนการพิจารณาความ (procedure) และกฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) โดยจะมีหลักกำหนดว่าเจ้าหนี้จะบังคับสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ได้อย่างไร.

³³ Ibid.

(2) ทางด้านเจ้าหนี้

การที่เจ้าหนี้เลือกเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเนื่องจากมองว่าจะได้ประโยชน์จากการชำระหนี้ในมูลค่าของกิจการที่ยังคงดำเนินต่อไป (going concern value) โดยหากปล่อยให้กิจการที่มีปัญหาหยุดดำเนินกิจการ การบังคับชำระหนี้ต่อกองทรัพย์สินที่จำกัดหรือผลประโยชน์ในกิจการที่ประสบปัญหาย่อมมีมูลค่าต่ำกว่าการได้ประโยชน์จากการที่กิจการของลูกหนี้ฟื้นตัวและกลับมา มีความสามารถในการทำกำไร

จากที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าหากลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างได้รับประโยชน์จากการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ย่อมเป็นผลทำให้ระบบธุรกิจที่ยังคงต้องอาศัยการขยายการให้สินเชื่อสามารถดำเนินต่อไปได้ ดังนั้นการมีผลประโยชน์ร่วมกัน (collective benefit) จึงเป็นแรงจูงใจสำคัญต่อการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เพื่อเป็นการผลักดันธุรกิจและระบบเศรษฐกิจโดยรวม

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้ประโยชน์ที่เท่าเทียมกันนั้น เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก เพียงแต่ในการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจะได้รับประโยชน์ร่วมกันจากการฟื้นตัวของกิจการและได้รับการปฏิบัติภายใต้มาตรการทางกฎหมายที่มีความสมดุล (balance) ต่อกัน ภายใต้แนวคิดหลักที่สำคัญก็คือผลประโยชน์ร่วมกันภายใต้ความอยู่รอดของกิจการ จึงจะเป็นการนำมาตรการฟื้นฟูกิจการมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุนโยบายของกฎหมาย เนื่องจากหากมาตรการของการฟื้นฟูกิจการเอนเอียงไปในทางใดทางหนึ่งย่อมไม่จูงใจให้ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ที่เสียเปรียบเข้าสู่กระบวนการ ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการไม่อาจบรรลุเป้าหมายในที่สุด

1.2 แนวความคิดในการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้

เมื่อมาตรการของกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการเริ่มเข้ามาเป็นทางเลือกของเจ้าหนี้และลูกหนี้รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมดังกล่าว มาตรการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้และการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีอยู่จำกัดเกิดประสิทธิภาพมากขึ้น โดยทั้ง 2 กระบวนการนี้มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ แตกต่างกันอย่างชัดเจนดังนี้

1.2.1 การบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายหลังการดำเนินคดีล้มละลาย

ภายใต้วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีล้มละลายที่มุ่งให้ลูกหนี้มีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่ (Fresh Start) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางการเงิน โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย เพื่อจัดการกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย มาตรการทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง

กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายจึงมุ่งไปที่การดำเนินการเพื่อให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สินทั้งปวงที่มีอยู่และจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่เพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรม(pari passu)

ผลของการดำเนินคดีล้มละลายต่อลูกหนี้นั้น ทำให้อำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เปลี่ยนแปลงไปโดยผลของคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์(receiving order) ซึ่งการพิทักษ์ทรัพย์หมายถึงการควบคุมกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลส่วนลูกหนี้นั้นหมดอำนาจที่จะจัดกิจการทรัพย์สินได้ด้วยตนเอง³⁴ ซึ่งคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั้นมีผลสำคัญต่อลูกหนี้ในทางอำนาจจัดการทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคลในรูปห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ซึ่งมีการแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจการบริหารจัดการกิจการออกจากกันโดยคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลจะมีผลดังนี้

(1) ลูกหนี้ถูกจำกัดสิทธิในทางทรัพย์สินและอำนาจในการบริหารกิจการ

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ผลของการฟ้องคดีได้ส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โดยตรงโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สิน ณ สถานที่ทำการของลูกหนี้ได้เมื่อเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ร้องขอ³⁵ เพื่อป้องกันไม่ให้ลูกหนี้กระทำการอันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือหลบหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ และเมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ จะทำให้ลูกหนี้หมดอำนาจในการครอบครองทรัพย์สินและต้องส่งมอบทรัพย์สินทั้งปวงให้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งทรัพย์สินต่างๆ ของบริษัทลูกหนี้ อันได้แก่ ทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการและหุ้นของบริษัทซึ่งหากผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้ยังค้างชำระค่าหุ้นอยู่ ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีอำนาจเรียกให้ผู้ถือหุ้นคนดังกล่าวชำระค่าหุ้นที่ค้างอยู่ได้³⁶

ยิ่งไปกว่านั้น อำนาจในการบริหารจัดการกิจการของลูกหนี้ในลักษณะการดำเนินธุรกิจก็เปลี่ยนไปซึ่งโดยปกติอำนาจในการบริหารกิจการและอำนาจในการกระทำการแทนบริษัทจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการบริษัท โดยถือว่าการกระทำภายในขอบอำนาจของคณะกรรมการบริษัท โดยถือว่าการกระทำภายในขอบอำนาจของกรรมการบริษัท เป็นการกระทำการแทนบริษัทลูกหนี้และมีผลผูกพันต่อบริษัทลูกหนี้ ในกรณีเช่นนี้อำนาจในการบริหารและการกระทำการดังกล่าวก็จะตกอยู่แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ซึ่งเดิมกระทำการแทนโดยคณะกรรมการบริษัทก็ต้องห้ามกระทำการ

³⁴ วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (ฉบับสมบูรณ์), หน้า 95.

³⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 16.

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1550-1551/2534.

ใดๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตน³⁷ ดังนั้นลูกหนี้จึงต้องหยุดดำเนินกิจการทั้งปวง แต่สำหรับในบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษมีการตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ หรือAdministrative Receiver เพื่อเข้ามาดูแลจัดการในส่วนของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน(charge property) ดังนั้นอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการส่วนอื่นๆ ของกรรมการก็ยังคงมีอยู่ต่อไป³⁸ ในส่วนของอำนาจในการฟ้องร้องต่อผู้ค้ำประกันลูกหนี้นั้นถ้าเป็นการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ลูกหนี้ย่อมหมดอำนาจในการกระทำดังกล่าว³⁹

(2) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าควบคุมและบริหารจัดการทรัพย์สินลูกหนี้

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีหน้าที่เข้าควบคุมกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างที่ศาลได้ออกคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ โดยอำนาจโดยทั่วไปของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน(ownership) และอำนาจจัดการ(management) ของลูกหนี้ นั่นคือการเข้ายึดและครอบครองบรรดาทรัพย์สินที่เป็นของลูกหนี้⁴⁰ และตรวจสอบทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อาจซุกซ่อนอยู่ โดยดำเนินการทั้งหลายที่เป็นการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และรักษากองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยวิธีการตามกฎหมาย เช่น อำนาจการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ไปยังเจ้าหนี้รายอื่นหรือบุคคลภายนอก(avoidance powers)⁴¹ รวมไปถึงการติดตามทวงถามหนี้จากผู้เป็นหนี้ของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย⁴² เป็นต้น

ในส่วนของอำนาจในการบริหารจัดการกิจการลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัทจำกัด เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท(as agent of the company) เพื่อเข้ามาบริหารจัดการทรัพย์สินของบริษัท⁴³ ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งกฎหมายล้มละลายใน

³⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 24.

³⁸ Stephen W. Mayson and Derek French and Christopher L. Ryan, *Company Law*, 11th ed. (London : Blackston Press Limited), p.609.

³⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 24 และ มาตรา 25

⁴⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 19.

⁴¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 113 ถึง มาตรา 116.

⁴² พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22 (2), มาตรา 109, มาตรา 117, มาตรา 118, มาตรา 119 และมาตรา 121.

⁴³ Gavin Lightman and Gabriel Moss, *The Law of Recievers of Companies* (London : Sweet & Maxwell, 1986), p.11.

แต่ละประเทศได้กำหนดกรอบและขอบเขตอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์* ที่แตกต่างกันออกไป สำหรับในคดีล้มละลายตามกฎหมายไทย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีอำนาจในการจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกระทำการจำเป็นเพื่อให้กิจการที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป โดยหากธุรกิจของลูกหนี้มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินต่อไปเมื่อได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ เจ้าพนักงานจะดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ด้วยตนเองหรือตั้งบุคคลใดหรือลูกหนี้เพื่อชำระสะสางธุรกิจนั้นให้เสร็จไปก็ได้⁴⁴ หมายความว่าหากเป็นกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นกิจการหรือธุรกิจที่จะต้องมีการจัดการ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ย่อมมีอำนาจเข้าไปจัดการกิจการหรือธุรกิจนั้นได้⁴⁵ แต่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะไปริเริ่มดำเนินการใดๆ ขึ้นใหม่มิได้⁴⁶ ซึ่งกิจการบางอย่างของลูกหนี้โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีซึ่งถ้าหยุดกิจการนานๆ เครื่องจักรหรือเครื่องมือต่างๆ จะเสียหาย หรือในกรณีที่หากได้ดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปแล้วก็อาจพอมีกำไรเข้ากองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย⁴⁷ กรณีดังกล่าวหากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเข้าไปดำเนินกิจการต่อก็สามารถกระทำได้เฉพาะการที่ทำให้กิจการลูกหนี้ที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไปคือไม่ให้ลูกหนี้ได้รับความเสียหายหากมีการหยุดดำเนินกิจการแต่การลงทุนใหม่เพิ่มเติมตลอดจนการขยายจำนวนการผลิต การขยายโรงงาน การเพิ่มคนงาน การวางแผนการตลาดในรูปแบบใหม่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ไม่มีอำนาจดำเนินการดังกล่าวได้ ดังนั้นการบริหารจัดการทรัพย์สินในระหว่างกระบวนการล้มละลายจึงมีลักษณะเป็นการบริหารจัดการเพื่อไม่ให้ลูกหนี้เสียหายหรือทำให้กองทรัพย์สินที่มีอยู่ไม่ให้เสื่อมถอยลงไป มาตรการการจัดการทั้งหลายจึงมีรูปแบบในเชิงการป้องกันความเสียหายมากกว่าการเพิ่มประโยชน์หรือกำไรในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ส่วนการบริหารกิจการก็เป็นการจัดการเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหาย ในเวลาที่ลูกหนี้หมดอำนาจในการบริหารกิจการ

* กฎหมายประเทศอังกฤษ มีการตั้ง Administrative Receiver เข้ามาจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในส่วนทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน และมีการตั้ง Trustee เข้ามาจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายส่วนกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีการตั้ง Trustee เพื่อจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย.

⁴⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 120.

⁴⁵ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543) หน้า 113.

⁴⁶ ชูชาติ ศิรินิล, "ขอบเขตอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์", วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522, หน้า 112 อ้างถึงใน ปรีชา พานิชวงศ์, คู่มือกฎหมายล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่สอง (กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, 2518) หน้า 251.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 113.

ผลของการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มุ่งไปที่การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยกองทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งในรูปของทรัพย์สินโดยทั่วไปและทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ จะมีการขายออกไปในลักษณะแยกชิ้น (piecemeal) โดยไม่พิจารณาถึงการคงอยู่ของกิจการลูกหนี้ เนื่องจากการรวบรวมทรัพย์สินจะดำเนินการไปเพื่อการจัดสรรและชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เท่านั้น

1.2.2 การบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายหลังการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การบริหารจัดการทรัพย์สินภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการไม่เพียงแต่มุ่งไปที่การดำเนินการเพื่อเปลี่ยนแปลงภาระหนี้สินของลูกหนี้และจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายเท่านั้นแต่ยังหมายถึงการดำเนินการเพื่อเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินและรักษากิจการเอาไว้ นั่นคือมูลค่าของกิจการที่ยังคงอยู่ต่อไป หรือ going concern value⁴⁸ โดยใช้มาตรการที่เข้ามาแก้ไขปัญหาทางการเงินและปัญหาด้านการบริหารเพื่อให้กิจการที่ยังมีศักยภาพในการทำกำไรสามารถคงอยู่และดำเนินธุรกิจต่อไป

ผลของกฎหมายในการบังคับใช้กระบวนการการฟื้นฟูกิจการ คือ การกำหนดให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ โดยมีบุคคลเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินและรักษาประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายซึ่งเรียกว่าผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยศาล โดยในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเป็นการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการภายใต้บทบังคับของกฎหมายและแนวทางที่มีเป้าหมายชัดเจนนั่นคือ ภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการ* ซึ่งจัดทำขึ้นโดยผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการและได้รับความเห็นชอบโดยผู้มีส่วนได้เสียซึ่งแผนฟื้นฟูกิจการและผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการนี้มีความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหารัฐกิจของลูกหนี้ในแง่การจัดการโครงสร้างหนี้โครงสร้างทุนตลอดจนระบบการบริหารกิจการ

ขอบเขตการจัดการทรัพย์สินและการบริหารกิจการของลูกหนี้และการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายทำให้ผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการดำเนินการรวบรวมกองทรัพย์สินตลอดจนการตรวจสอบความมีอยู่ของทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้

⁴⁸ Magaret Howard and Peter A. Alces, *Reorganization*, 2nd ed. (U.S.A. : Westgroup, 2001), p.799.

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้กำหนดรายการของแผนฟื้นฟูกิจการไว้ในมาตรา 90/42 ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษจะเรียกว่า Statement of Proposals ซึ่งจะอยู่ในหมวด Administrator's proposals ภายใต้ Insolvency Act 1986 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาจะเรียกว่า Reorganization Plan ซึ่งจะอยู่ใน Subchapter 2 ภายใต้ Chapter 11 ว่าด้วยกรการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) แห่ง Bankruptcy Code.

โดยการกำหนดให้ลูกหนี้โดยผู้บริหารของลูกหนี้จะต้องทำคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและกิจการของลูกหนี้⁴⁹ ตลอดจนการเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาสอบถามเกี่ยวกับทรัพย์สินและหนี้ของลูกหนี้⁵⁰ รวมไปถึงการใช้มาตรการเพื่อรวบรวมทรัพย์สินทั้งหลายให้กลับเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยขอให้ศาลใช้อำนาจบังคับให้ลูกหนี้ของลูกหนี้ทำการชำระหนี้⁵¹ โดยมาตรการนี้เป็นกระบวนการพิเศษที่รวดเร็วโดยไม่ต้องใช้วิธีฟ้องคดีต่อศาลตามปกติเพื่อสนับสนุนกระบวนการฟื้นฟูกิจการเนื่องจากกิจการของลูกหนี้อยู่ในภาวะขาดทุนหรือขาดเงินในการบริหารกิจการ⁵² นอกจากนี้ยังรวมถึงการขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉลหรือให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น⁵³ การปฏิเสธสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้⁵⁴ ซึ่งมาตรการดังกล่าวทั้งหมดนี้จะเป็นการสนับสนุนการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการเนื่องจากแผนฟื้นฟูกิจการถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นเป้าหมายหลักให้การแก้ไขปัญหาด้านการเงินและด้านการบริหารของกิจการ

นอกจากนี้ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการยังมีการบังคับใช้มาตรการพักบังคับชำระหนี้หรือการจำกัดสิทธิผู้ที่เกี่ยวข้อง* ซึ่งจะส่งผลสำคัญเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนี้คือ

1) การรักษากองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการสร้างเกราะคุ้มกันชั่วคราวให้แก่กิจการเพื่อที่จะไม่ถูกเจ้าหนี้บังคับชำระหนี้โดยห้ามเจ้าหนี้แต่ละคนใช้สิทธิตามกฎหมาย ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ต้องเข้าร่วมในการฟื้นฟูกิจการและมีผลทำให้กระบวนการฟื้นฟูกิจการมีลักษณะเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของทุกคนในคราวเดียว(Collective) ซึ่งเป็นแนวทางกฎหมายล้มละลายนั่นเอง อันเป็นผลทำให้กิจการอยู่ในสภาพที่ดีขึ้นและเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการ⁵⁵

⁴⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/34 ถึง มาตรา 90/36.

⁵⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/37.

⁵¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/38.

⁵² สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 126.

⁵³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/40 และมาตรา 90/41.

⁵⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/41 ทวิ.

* ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 บัญญัติไว้ในมาตรา 90/12 ส่วนกฎหมายประเทศอังกฤษอยู่ในมาตรา 10 และมาตรา 11 ภายใต้ Insolvency Act 1986 สำหรับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาจะอยู่ใน มาตรา 362 ว่าด้วย Automatic Stay ภายใต้ Bankruptcy Code.

⁵⁵ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 19-20.

2) การจัดการทรัพย์สินและการบริหารกิจการลูกหนี้ภายใต้บทบังคับดังกล่าว เป็นผลให้กิจการยังคงสามารถดำเนินต่อไปได้ตามการดำเนินคดีของลูกหนี้⁵⁶ (ordinary course of business) ซึ่งในข้อนี้เป็นข้อแตกต่างที่สำคัญกับคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ที่ห้ามมิให้ลูกหนี้ในคดีล้มละลายจัดการทรัพย์สินและดำเนินธุรกิจของตนต่อไปและอำนาจบริหารจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ถูกจำกัดอยู่ที่การดำเนินกิจการลูกหนี้ในส่วนที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไปเท่านั้น⁵⁷ แต่การดำเนินธุรกิจต่อไปของลูกหนี้ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะเป็นการลดความเสี่ยงจากการหยุดดำเนินกิจการและรักษามูลค่าของกิจการเอาไว้ นอกจากนี้กฎหมายยังเปิดทางให้มีข้อยกเว้น นั่นคือ ศาลอาจมีคำสั่งในเรื่องการดำเนินธุรกิจนี้ได้ โดยบางประเทศได้เขียนข้อยกเว้นไว้ชัดว่าสามารถดำเนินกิจการนอกเหนือจากการดำเนินคดีได้เมื่อศาลอนุญาต⁵⁸ ซึ่งยังเปิดกว้างมากยิ่งขึ้นในแง่การบริหารจัดการทรัพย์สินภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับมาตรการเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้รายใหม่สามารถให้สินเชื่อแก่กิจการและกำหนดให้เจ้าหนี้ในหนี้ใหม่มีศักดิ์ฐานะดีกว่าเจ้าหนี้เดิมอันเป็นการลดความเสี่ยงในการลงทุนแก่เจ้าหนี้รายใหม่⁵⁹ โดยในแต่ละประเทศได้กำหนดขอบเขตในการให้สิทธิดังกล่าวต่างกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้เจ้าหนี้ผู้ให้สินเชื่อแก่กิจการในระหว่างที่กิจการของลูกหนี้ที่ได้ทำไปในทางการดำเนินคดีโดยกำหนดให้หนี้ดังกล่าวเป็นเสมือนค่าใช้จ่ายในการบริหารกิจการ(administrative expense) โดยมีบุริมสิทธิในลำดับแรก(first priority claim)⁶⁰

ผลของการดำเนินการบริหารจัดการทรัพย์สินในระหว่างการฟื้นฟูกิจการต่อเจ้าหนี้ ก็คือ การที่จะได้รับชำระหนี้จากกิจการที่ยังคงสามารถดำเนินต่อไป(ongoing business) ในมูลค่าของกิจการที่ยังคงดำเนินต่อไป(going concern value) ซึ่งจะมีมูลค่าสูงกว่ามูลค่าจากการขายทรัพย์สินแบบแยกส่วนภายใต้การชำระบัญชี(piecemeal liquidation value) หรือการล้มละลาย ซึ่ง

⁵⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9).

⁵⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22 (2).

⁵⁸ 11 U.S.C., section 363 (b).

⁵⁹ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 20-21.

⁶⁰ Richard I. Aaron, Bankruptcy Law Fundamentals (U.S.A. : Clark Boardman callaghan, 1992) ,p.1-24 cited in 11 U.S.C.,section 364 (a), section 503 (b) (1) (A), and section 507 (1).

ประโยชน์ดังกล่าวเราเรียกได้ว่าเป็น ส่วนเพิ่มจากกิจการที่ยังคงดำเนินต่อไป(going concern bonus) ซึ่งส่วนนี้จะถูกนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการซึ่งเจ้าหนี้จะมีสิทธิออกเสียงในแผนนั้น⁶¹

ดังที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าปรัชญาการบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการนี้ มีข้อแตกต่างกับกระบวนการล้มละลายในประการสำคัญนั้นคือ กระบวนการฟื้นฟูกิจการในแต่ละขั้นตอนจะมุ่งไปที่การสร้างโอกาสในการร่วมมือ การเจรจาต่อรองและการประนีประนอม(negotiation and compromise) มากกว่ามาตรการบังคับ(compelled adversary proceeding)⁶² เนื่องจากมาตรการของกฎหมายล้มละลายจะเป็นมาตรการที่มุ่งเน้นไปที่การตรวจสอบความสุจริตของลูกหนี้เป็นสำคัญรวมถึงการจำกัดสิทธิต่างๆของลูกหนี้ทำให้อุปสรรคที่ธุรกิจของลูกหนี้ที่จะฟื้นตัวจึงเป็นไปได้ยากยิ่ง นอกจากนี้ผลดังกล่าวยังทำให้บทบาทของผู้ที่มีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของทั้งสองกระบวนการย่อมมีความแตกต่างกันในประการที่สำคัญคือบทบาทของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการจะเป็นการจัดการกิจการและทรัพย์สินเพื่อให้กิจการสามารถอยู่รอดและได้รับการแก้ไขปัญหาทางการเงิน ส่วนการจัดการทรัพย์สินภายใต้กระบวนการล้มละลายจะมุ่งไปที่การรวบรวมทรัพย์สินมาเพื่อการจัดสรรชำระหนี้เท่านั้น

1.3 แนวความคิดเกี่ยวกับผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

การฟื้นฟูกิจการเป็นกระบวนการที่มีแนวคิดหลักอยู่ที่การบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเพื่อให้กิจการสามารถผ่านพ้นภาวะวิกฤติทางการเงินและกลับมามีความสามารถในการทำกำไร ดังนั้นบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวจึงมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าระบบของกฎหมายที่เอื้อให้กระบวนการฟื้นฟูกิจการบรรลุผลสำเร็จ โดยในแต่ละประเทศจะเรียกชื่อของบุคคลดังกล่าวแตกต่างกันออกไป ซึ่งตามกฎหมายไทยจะเรียกว่าผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแนวคิดของผู้ทำแผนที่ถูกพิจารณาขึ้นมาพร้อมๆ กันกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งสมควรที่จะนำมาศึกษาดังต่อไปนี้

1.3.1 วัตถุประสงค์และบทบาทของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ปัจจัยที่มีความสำคัญควบคู่ไปกับการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการคือการกำหนดให้มีบุคคลเข้ามามีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการ โดยหลักของการฟื้นฟูกิจการไม่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย(all stakeholders) ในกิจการจะได้รับประโยชน์

⁶¹ Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*. p.1-24.

⁶² Ibid., p. 1-25.

จากการที่กิจการสามารถฟื้นตัวหรือกลับมามีความสามารถในการดำเนินธุรกิจต่อไป ดังนั้น แนวคิดของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการจึงถูกพัฒนาขึ้นมาจากความจำเป็นของกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่จะต้องมีส่วนผู้แทนเข้ามาดำเนินการเพื่อให้กิจการกลับมามีศักยภาพอันเป็นการรักษาประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายฟื้นฟูกิจการได้กำหนดให้ผู้ทำแผนมีบทบาทสำคัญในกรณีต่างๆ ในระหว่างของการฟื้นฟูกิจการ

1.3.1.1 วัตถุประสงค์ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

การกำหนดผู้ทำแผนเข้ามามีบทบาทในกระบวนการฟื้นฟูกิจการมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ คือ

(1) เพื่อประโยชน์แก่กิจการ

เป้าหมายหลักของการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผนก็คือ การรักษากิจการที่ยังมีความสามารถในการทำกำไรให้สามารถดำรงคงอยู่ต่อไปได้ การรักษาประโยชน์แต่เพียง ลูกหนี้ ผู้ถือหุ้นของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้แต่เพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของการกำหนดให้มีผู้ทำแผนภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ แม้ผลของการดำเนินการฟื้นฟูจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นของลูกหนี้หรือฝ่ายเจ้าหนี้เองจะต้องเข้าร่วมในการปรับโครงสร้างหนี้แต่การดำเนินการดังกล่าวโดยผู้ทำแผนหรือการกำหนดมาตรการดังกล่าวลงไปแผนฟื้นฟูกิจการที่เป็นผลในการรักษากิจการที่มีศักยภาพให้ดำรงคงอยู่ ย่อมถือว่าเป็นการบรรลุเป้าหมายสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผน

(2) เพื่อประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสีย

ผลของการฟื้นตัวของกิจการจะทำให้ผู้มีส่วนได้เสียได้รับประโยชน์ในลักษณะที่เรียกว่าส่วนเพิ่มจากการที่กิจการยังคงดำเนินต่อไป (going concern bonus) ทางด้านลูกหนี้ย่อมได้ประโยชน์จากการที่ยังคงรักษากิจการเอาไว้และสามารถปลดปล่อยภาระหนี้สินในระดับที่กิจการสามารถบริหารกิจการได้โดยไม่ก่อให้เกิดอุปสรรค

อย่างไรก็ตามการกำหนดบทบาทของผู้ทำแผนไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพียงการช่วยเหลือลูกหนี้เท่านั้นแต่การฟื้นตัวของลูกหนี้ก็นั้นไปเป็นเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ในแง่ของการชำระหนี้คืน เนื่องจากการที่ลูกหนี้ถูกบังคับชำระหนี้ทางแพ่งหรือเข้าสู่กระบวนการล้มละลายหรือชำระบัญชีโอกาสของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้เพิ่มมากขึ้นย่อมลดลง เนื่องจากการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ผ่านกระบวนการดังกล่าวย่อมทำให้ไม่ได้รับประโยชน์จากมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินในกิจการ

(3) เพื่อประโยชน์แก่ผู้ทำแผน

ผลจากการเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผนนอกจากเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่กิจการและผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ผู้ทำแผนก็ควรได้รับค่าตอบแทนตามสมควรในการเข้ามาดำเนินการดังกล่าว ซึ่งเป็นกระบวนการสร้างนักวิชาชีพให้เกิดขึ้นในการเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาของกิจการ

(4) เพื่อประโยชน์แก่สาธารณชน

การรักษากิจการที่มีศักยภาพเอาไว้ย่อมทำให้วงจรธุรกิจเกิดการเติบโต ซึ่งเป็นสนองตอบภาคสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ การที่ผู้ทำแผนเข้ามามีส่วนในการแก้ไขปัญหาขององค์กรธุรกิจในหน่วยหนึ่งย่อมเป็นผลดีต่อประโยชน์สาธารณะ (public interest) ที่จะได้รับประโยชน์จากการคงอยู่ของกิจการทั้งทางด้านการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการรักษาการจ้างแรงงาน

1.3.1.2 บทบาทของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ บทบาทของผู้ทำแผนจะมีบทบาทโดยหลักในการเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการใน 2 ประการ คือ

(1) บทบาทในการจัดการทรัพย์สินและการบริหารกิจการของลูกหนี้

ผลของการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะทำให้ผู้ทำแผนเข้ามามีบทบาทในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการเข้ามาดำเนินการรักษาหรือรักษามูลค่าของทรัพย์สินและจัดระบบการบริหารที่มีประสิทธิภาพ ตามกฎหมายประเทศอังกฤษจึงได้สร้างสภาวะการบริหารจัดการ (administratorship) เพื่อให้ผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการเข้ามาครอบครองกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้และมีอำนาจเกี่ยวกับการรวบรวมกองทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ส่วนกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีตัวแทนเข้ามาจัดการผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายโดยการกำหนดให้มีผู้แทนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (representative of the estate) ผลดังกล่าวจึงทำให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการสามารถดำเนินการเกี่ยวกับการชำระหนี้และการรวบรวมทรัพย์สินให้กลับเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ (estate) นอกจากนี้ยังรวมถึงการให้สิทธิฟ้องร้องต่อผู้คดีในนามกองทรัพย์สินของลูกหนี้

อย่างไรก็ตามมีหลักที่เป็นการยอมรับกันโดยทั่วไปนั่นคือในขณะที่เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการและแผนฟื้นฟูกิจการยังไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากศาล ผู้ทำแผนย่อมมีบทบาทเพียงการรักษากิจการให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ในลักษณะ day-to-day business เท่านั้น หมายความว่า เป็นการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้หรือไม่เกิดความเสียหายหากกิจการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีกรอบหรือ

เป้าหมายในรูปของแผนฟื้นฟูกิจการมากำหนดทิศทางของการฟื้นฟูกิจการ ผู้ทำแผนจึงต้องจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มีลักษณะต่อเนื่องต่อไปภายใต้กรอบของกฎหมายหรือการควบคุมของศาล*

(2) บทบาทในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ผู้ทำแผนจะมีบทบาทสำคัญในการวางกรอบของการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้การฟื้นฟูกิจการบรรลุเป้าหมายนั่นคือ กำหนดมาตรการต่างๆ ที่ทำให้กิจการอยู่รอดต่อไปได้ โดยกำหนดแผนในการสร้างประสิทธิภาพในการบริหารเพื่อให้กิจการกลับมามีความสามารถในการทำกำไรต่อไป ไม่ว่าแผนฟื้นฟูกิจการที่จัดทำขึ้นและเสนอต่อผู้มีส่วนได้เสียและศาลให้ความเห็นชอบจะมีการกำหนดเป้าหมายไว้อย่างไรแต่วัตถุประสงค์โดยหลักของแผนฟื้นฟูกิจการก็คือการรักษามูลค่าของกิจการที่ยังคงดำเนินต่อไป (going concern value) สำหรับกฎหมายประเทศอังกฤษได้กำหนดให้แผนฟื้นฟูกิจการถูกเสนอโดยบุคคลภายนอกที่ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งนั่นคือ Administrator เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าควรให้บุคคลภายนอกเข้ามามีบทบาทในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการแทนลูกหนี้ที่เป็นต้นเหตุของการทำให้กิจการมีหนี้สินล้นพ้นตัว สำหรับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ลูกหนี้เข้ามามีบทบาทในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการเนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าลูกหนี้ธุรกิจทั้งหลายย่อมมีแผนรองรับเพื่อกิจการประสบปัญหาการเงินอยู่แล้ว การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้หรือกิจการสามารถนำแผนฟื้นฟูกิจการธุรกิจของตนเองมาบังคับใช้ภายใต้มาตรการของกฎหมาย แต่แม้ทั้งสองประเทศจะมีแนวคิดของการกำหนดตัวบุคคลที่มีบทบาทในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการที่แตกต่างกันแต่บทบาทหลักของผู้ทำแผนในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการคือการกำหนดเนื้อหาของแผนที่มุ่งไปสู่การรักษากิจการในส่วนที่ยังคงมีศักยภาพเอาไว้ ปรับปรุงระบบการบริหารจัดการและจัดสรรการชำระหนี้อย่างเป็นธรรม กล่าวโดยสรุปคือการรักษาประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายให้ได้รับผลประโยชน์โดยเท่าเทียมกัน (balance) ภายใต้ความอยู่รอดของกิจการ

* ปรากฏอยู่ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/12 (9) และมาตรา 90/25 โดยกำหนดให้ผู้ทำแผนมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้การกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น กรณีกฎหมายประเทศอังกฤษ คือ Insolvency Act 1986, section 17 (2) (a) ได้กำหนดว่าหากแผนฟื้นฟูกิจการยังไม่ได้รับความเห็นชอบผู้ทำแผนหรือ Administrator จะมีอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินภายใต้คำสั่งศาลส่วนกรณีกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา คือ Bankruptcy Code, section 363 หากแผนฟื้นฟูกิจการยังไม่มียผลบังคับตามกฎหมายผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการย่อมถูกจำกัดอำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินภายใต้ธุรกิจที่เป็นทางการค้าปกติเท่านั้น.

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนต่อการฟื้นฟูกิจการ 2 ประการ ประการแรก ในเรื่องระดับของบทบาทของผู้ทำแผนต่อลูกหนี้ เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย คือ การดำเนินธุรกิจให้สามารถอยู่รอดต่อไปได้นั้น กลุ่มธุรกิจหรือธุรกิจจะต้องมีครองหรือแนวทางแก้ไขปัญหาของตนเองในระดับหนึ่ง การกำหนดให้ผู้ทำแผนดำเนินการโดยลำพังหรือการที่กำหนดบทบาทของการฟื้นฟูกิจการทั้งหมดให้แก่ผู้ทำแผน ในขณะที่กิจการประสบปัญหาทางการเงินยอมทำให้การฟื้นฟูกิจการไม่อาจประสบผลสำเร็จลงได้ ความรู้และความร่วมมือของลูกหนี้ เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการย่อมมีความจำเป็นต่อการฟื้นตัวของกิจการ รวมไปถึงการช่วยเหลือตนเองของภาคธุรกิจหรือสมาคมธุรกิจการค้าเหล่านี้ย่อมเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ช่วยเสริมบทบาทในการฟื้นฟูกิจการของผู้ทำแผนตลอดจนผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายจะต้องเข้ามามีบทบาทในการร่วมมือต่อการฟื้นฟูกิจการและมองเห็นถึงประโยชน์ร่วมกันในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงจะทำให้การฟื้นฟูกิจการบรรลุผลสำเร็จได้

ประการที่สอง ลักษณะบทบาทของผู้ทำแผนต่อกิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินเปรียบเทียบกับบทบาทของกรรมการต่อกิจการในภาวะปกติ นั่นคือหากมองในแง่ของการทำให้กิจการเจริญขึ้นผู้ทำแผนย่อมมีบทบาทในลักษณะเดียวกับกรรมการบริษัท เนื่องจากผู้ทำแผนจะต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของกิจการ เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท หากมองโดยทั่วไปแม้กรรมการบริษัทจะเข้ามาบริหารกิจการเพื่อให้เกิดผลกำไรเป็นหลักแต่การรักษาผลประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสียของกิจการรวมถึงเจ้าหนี้ก็เป็นบทบาทประการหนึ่งของกรรมการบริษัท ดังนั้นแนวคิดในการกำหนดบทบาทของผู้ทำแผนและกรรมการบริษัทจึงมีลักษณะเช่นเดียวกัน นั่นคือการบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินขององค์กรให้เจริญก้าวหน้าและรักษาผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียของกิจการนั้น เพียงแต่รายละเอียดของโครงสร้างของกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบมีความแตกต่างกันระหว่างผู้ทำแผนและกรรมการบริษัทรวมถึงระยะเวลาของการเข้ามาบริหารกิจการของผู้ทำแผนที่มีลักษณะที่แน่นอนและมีช่วงเวลาที่สั้นกว่ากรรมการบริษัท

1.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

คดีฟื้นฟูกิจการถือได้ว่าเป็นคดีที่มีความยุ่งยากเพราะเกี่ยวพันกับปัญหาทางเศรษฐกิจ การวางระบบบัญชีและการบริหารจัดการทรัพย์สิน ดังนั้นการคัดเลือกบุคลากรผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพื่อมาดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงมีความสำคัญยิ่ง⁶³ ในประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทยที่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้กำหนดที่มาของบุคคลที่จะเข้ามาเสนอ

⁶³ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 24, หน้า 74.

แนวทางแก้ไขปัญหาของกิจการที่ประสบปัญหาทางการเงินแตกต่างออกไปตามแนวความคิดพื้นฐานของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามกล่าวโดยสรุปแล้วมีแนวคิดของการกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการแบ่งได้เป็น 2 แนวทางหลัก คือ

1.3.2.1 แนวความคิดที่ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

แนวความคิดนี้ให้ความสำคัญกับบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตัวลูกหนี้หรือผู้บริหารเดิมของลูกหนี้ให้เข้ามาบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินในระหว่างที่มีการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ แนวความคิดนี้ไม่ให้ความเชื่อถือในลูกหนี้เนื่องจากเห็นว่ากรณีที่กิจการมีปัญหาย่อมมีสาเหตุมาจากการบริหารกิจการที่บกพร่องของลูกหนี้และหากผู้บริหารกิจการมีความสามารถย่อมจะสามารถพากิจการให้เดินหน้าต่อไปได้และไม่ประสบปัญหาทางการเงิน การที่กิจการต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการแสดงว่าผู้บริหารของลูกหนี้มีความบกพร่องในความสามารถ ดังนั้นโดยหลักการของแนวคิดนี้จะมีการโอนอำนาจการบริหารจัดการและอำนาจการครอบครองและควบคุมดูแลทรัพย์สินของกิจการให้แก่บุคคลภายนอกซึ่งศาลจะเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งผู้บริหารเดิมของบริษัทลูกหนี้จะหมดอำนาจบริหารจัดการทรัพย์สินโดยสิ้นเชิง⁶⁴

ประเทศส่วนใหญ่ได้ยอมรับแนวคิดหรือระบบการกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการในแบบนี้ ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย แอฟริกาใต้ สิงคโปร์ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น⁶⁵ ซึ่งในบางประเทศเมื่อนำเอาระบบของการฟื้นฟูกิจการมาใช้ ก็ยังได้นำเอาหลักการ Automatic Stay หรือ Moratorium มาใช้ นั่นคือ กระบวนการหยุดการกระทำต่างๆ ที่มีต่อตัวลูกหนี้หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการมาใช้กับเจ้าหนี้มีประกัน เท่ากับว่าประเทศเหล่านี้เน้นให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ค่อนข้างจะมากกว่าลูกหนี้ จึงต้องมีการตั้งคนกลางเข้ามาดูแลกิจการของลูกหนี้เข้ามาดูแลการทำแผนการบริหารงานในธุรกิจของลูกหนี้⁶⁶ ทำให้ผู้บริหารเดิมของลูกหนี้หมดอำนาจลงและให้บุคคลภายนอกที่ศาลแต่งตั้งเข้ามาบริหารกิจการของลูกหนี้เป็นการชั่วคราวในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการ ดังเช่นการตั้ง Administrator ของประเทศอังกฤษ และ Judicial Manager ของประเทศสิงคโปร์

⁶⁴ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 212.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

⁶⁶ พิชัย นิลทองคำ, หลักเกณฑ์วิธีการร้องขอฟื้นฟูกิจการ, หน้า 16-17.

แนวความคิดของการดำเนินการตามระบบนี้มีที่มาจากที่เห็นว่าเมื่อบริษัทประสบปัญหาเป็นความจำเป็นจะต้องให้บุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถที่ดีกว่าเข้ามาบริหารแทน⁶⁷ โดยจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในประเทศอังกฤษผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือ Administrator จะต้องมีความรู้ความสามารถในการทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioner โดยจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาและเป็นสมาชิกสมาคมวิชาชีพ นอกจากนี้ยังต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีโดยผ่านการฝึกอบรมและมีประสบการณ์ในงานที่เกี่ยวกับการมีหนี้สินล้มละลายมาอย่างเพียงพอ ในประเทศสกอตแลนด์กำหนดให้ Trustee จะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านล้มละลายจึงจะมาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้⁶⁸ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ระบบที่ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นจะมีการควบคุมตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอย่างเคร่งครัด เนื่องจากถือว่าเป็นผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการที่ต้องดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เพียงแต่เป็นภาวะที่กิจการต้องการบุคลากรที่เป็นมืออาชีพเข้ามาแก้ไขภาวะวิกฤตของลูกหนี้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น การตั้ง Administrator ในระบบของประเทศอังกฤษ หรือ Judicial Manager ของประเทศสิงคโปร์ จึงมุ่งไปที่การคัดเลือกคนกลางซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ⁶⁹ เข้ามาเป็นผู้ทำแผนภายใต้การควบคุมดูแลของศาล อย่างไรก็ตามแม้ระบบนี้จะมีหลักเกณฑ์การกลั่นกรองคุณสมบัติของผู้ทำแผนอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นผู้ทำแผนแล้ว ผู้ทำแผนก็จะมีอำนาจในการควบคุมจัดการกิจการและทรัพย์สินโดยสมบูรณ์และเป็นไปโดยกว้างขวางรวมไปถึงการที่กระบวนการของกฎหมายที่ไม่มุ่งไปที่การควบคุมตรวจสอบผู้ทำแผนในระหว่างการจัดทำแผนหรือการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้

ระบบการกำหนดให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ นั่นคือภายใต้ Insolvency Act 1986 ของประเทศอังกฤษ มีระบบการพิจารณาการวัดความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้หรือเกณฑ์การพิจารณาความมีหนี้สินล้มละลาย (Insolvency) ของลูกหนี้จะใช้เกณฑ์ที่เรียกว่า Commercial Insolvency⁷⁰ และ Balance Sheet Insolvency โดยหลักเกณฑ์แรก จะพิจารณาถึงความสามารถใน

⁶⁷ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 213

⁶⁸ ภูมิวุฒิ พุทธสุธัตตา, "การเปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติล้มละลายกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการในต่างประเทศ", รายงานประจำปี 2538-2539 กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, หน้า 87.

⁶⁹ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 24-25.

⁷⁰ พิชัย นิลทองคำ, "หนี้สินล้มละลาย", เอกสารประกอบการบรรยายในโครงการอบรมกฎหมายล้มละลายกฎหมายฟื้นฟูกิจการและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย ระหว่างวันที่ 7-28 พฤศจิกายน 2543, หน้า 9-11.

การชำระหนี้ด้วยเงินสดของลูกหนี้ในขณะนั้นว่าลูกหนี้ยังคงมีความสามารถชำระหนี้ได้หรือไม่ โดยแนวทางของประเทศอังกฤษนั้นถือเกณฑ์ว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วหากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ นั้นได้ก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งจะต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์(receivership) หรือคำสั่งฟื้นฟูกิจการ(administration Orders) ต่อไป โดยในเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่พิจารณาว่าทรัพย์สินของลูกหนี้มีน้อยกว่าหนี้สินหรือไม่และหลักเกณฑ์ที่สองจะตรวจสอบจากงบดุลของลูกหนี้ โดยพิจารณาจากทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอต่อการปลดเปลื้องหนี้สินหรืออีกนัยหนึ่งมูลค่าของทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินก็ถือได้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁷¹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการนำความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้มาเป็นเกณฑ์วัดถึงควมมีหนี้สินล้นพ้นตัว ภายใตักฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้นพ้นตัวนั้นแสดงให้เห็นว่าการที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นจะต้องขาดความสามารถในการชำระหนี้อย่างแท้จริงตลอดจน ไม่สามารถบริหารกิจการของตนเองให้มีเงินหมุนเวียนเพียงพอในการชำระหนี้ ดังนั้นในระบบของประเทศ อังกฤษจึงถือว่าลูกหนี้ขาดความสามารถในการบริหารกิจการของตนเองจึงสมควรที่จะต้องมีคนกลาง ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาดูแลจัดการปัญหาดังกล่าว เนื่องจากการที่ลูกหนี้ตกอยู่ในสภาวะล้มละลายนั้นต่างจากการที่ลูกหนี้ขาดสภาพคล่องในระยะเวลานึงหรือเพียงแต่มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินในระยะเวลานึงเท่านั้นแต่เป็นภาวะที่ลูกหนี้ขาดความสามารถในการบริหารกิจการและทรัพย์สินที่มีอยู่ให้สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายภายในกำหนดเวลาได้⁷² ดังนั้น ภายใตักบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจึงต้องการบุคคลภายนอกเข้ามาแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ โดยลูกหนี้จะหมดอำนาจในการบริหารกิจการและการจัดการทรัพย์สินของตนเองลง และศาลจะตั้งAdministrator เข้ามาดำเนินการดังกล่าวแทนในฐานะคนกลางที่เข้ามาดูแลกิจการของลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตามระบบของการให้บุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการนี้ก็ยังมีข้อบกพร่องบางประการนั่นคือ ผู้บริหารชุดใหม่ที่เป็นบุคคลภายนอกยังขาดประสบการณ์และความรู้ในธุรกิจของลูกหนี้ ทำให้การศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขเป็นไปโดยล่าช้า นอกจากนี้ความไม่มีส่วนได้เสียในกิจการที่ฟื้นฟูกิจการอาจเป็นผลทำให้ผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการขาดแรงกระตุ้นหรือความกระตือรือร้นในการเข้ามาแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ ซึ่งต้องการการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

⁷¹ สมบูรณ์ ฐิติการพาณิชย์ "ความสามารถในการชำระหนี้", จุลสารครบรอบ 1 ปี ศาลล้มละลายกลาง, (มิถุนายน 2543) : 29-30.

⁷² R.M. Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, pp.26-27.

นอกจากนี้ยังอาจจะต้องเสียเวลาในการศึกษางานซึ่งกำลังมีปัญหาอยู่ทั้งปัญหาทางการเงิน การบริหาร การยอมรับของพนักงานของบริษัทลูกหนี้ตลอดจนทัศนคติในการทำงานของผู้ปฏิบัติงาน ซึ่งเหล่านี้ก็เป็นปัญหาสำคัญในการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งต้องการความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

1.3.2.2 แนวความคิดที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวความคิดในการกำหนดให้ลูกหนี้เป็นเจ้าของและบริหารกิจการมาแต่เดิมเป็นผู้มีบทบาทมากที่สุดในการยื่นแผนฟื้นฟูกิจการและดำเนินการในการฟื้นฟูกิจการเนื่องเศรษฐกิจและการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาค่อนข้างเปิดกว้างและในประเทศสหรัฐอเมริกามีความเชื่อว่าธุรกิจการค้าในแต่ละแห่งย่อมจะต้องมีแผนหรือแนวทางฟื้นฟูกิจการที่ประสบปัญหาของตนเองอยู่แล้วหากแต่เงื่อนไขของกฎหมายอาจไม่เอื้ออำนวยให้มีการนำแผนดังกล่าวมาบังคับใช้ การที่กิจการของลูกหนี้จะต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงควรกำหนดให้ธุรกิจนั้นได้นำแผนดังกล่าวมาแก้ไขปัญหาของตนเองเสียก่อน ดังนั้นนโยบายของการฟื้นฟูกิจการจึงเปิดกว้างและให้ความสำคัญกับตัวลูกหนี้ในการที่จะเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกิจการของตนเอง โดยกำหนดให้ลูกหนี้มีสิทธิที่ดีกว่าในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการและมีระบบของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่เรียกว่าDebtor in Possession ซึ่งเป็นผลทำให้ลูกหนี้ผู้มีผลประโยชน์ได้เสียโดยตรงกับกิจการยังคงมีอำนาจในการดำเนินธุรกิจต่อไป การแต่งตั้งบุคคลภายนอกเพื่อเข้ามาจัดทำแผนหรือดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่เรียกว่าTrustee จึงเป็นเพียงข้อยกเว้นในกรณีที่การจัดการกิจการของลูกหนี้เป็นไปโดยทุจริต ไม่ซื่อสัตย์หรืออาจก่อความเสียหายขึ้นเท่านั้น

เหตุผลของการที่กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับแนวความคิดที่ให้ลูกหนี้มีบทบาทในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็คือ การที่ลูกหนี้รู้ถึงสภาพธุรกิจและเข้าใจปัญหาของตนเองดีที่สุด และลูกหนี้ยังมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับกิจการที่จะฟื้นฟูกลับมาให้มีประสิทธิภาพในการบริหารในอนาคต⁷³ ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือDebtor in Possession จึงเป็นไปตามนโยบายการฟื้นฟูกิจการที่อยู่เบื้องหลัง Chapter 11 ที่มุ่งผลสำเร็จไปที่กิจการของลูกหนี้กลับมามีประสิทธิภาพในการบริหารดังเดิมและ

⁷³ Lawrence S. Clark and Peter D. Kinder ; with a contributed chapter by Carolyn Hotchkiss, *Law and Business*, 3rd ed. (U.S.A. : Mc Graw-Hill, Inc., 1991), p.877.

กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะช่วยไม่ให้กิจการของลูกหนี้ต้องล้มเลิกหรือชำระบัญชีในที่สุด ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการสูญเสียงานและเกิดการสูญเปล่าทางเศรษฐกิจ⁷⁴

อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อโต้แย้งถึงการที่ยินยอมให้ลูกหนี้เข้ามาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเอง ว่าอาจเกิดการมีผลประโยชน์ขัดกัน(conflict of interest) แต่ข้อโต้แย้งนี้ ก็ได้รับการอธิบายถึงข้อดีของการที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หรือ Debtor in Possession ได้ดังนี้⁷⁵

- 1) ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะช่วยรักษาความต่อเนื่องของการบริหาร และความชำนาญทางธุรกิจ(business expertise) เอาไว้ อันก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการบริหารกิจการ
- 2) การให้บุคคลภายนอกเข้ามาบริหารกิจการอาจขาดความคุ้นเคย ความชำนาญ และเกิดความล่าช้าในการรับช่วงในการบริหารกิจการของลูกหนี้
- 3) ผลประโยชน์ทางการเงินในกองทัพสินของลูกหนี้จะเป็นแรงจูงใจในการทำงานแก่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ
- 4) การกำหนดให้ผู้บริหารหรือผู้จัดการของลูกหนี้ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจะเป็นการใช้มาตรการฟื้นฟูกิจการเพื่อรักษาธุรกิจให้คงอยู่โดยไม่สูญเสียการควบคุม

ปัจจัยข้างต้นจึงเป็นเครื่องสะท้อนถึงประสิทธิภาพของการให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือDebtor in Possession ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการโดยโครงสร้างกฎหมายฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาได้เปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีบทบาทอย่างมากในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการและการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ โดยการที่กฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้มีสิทธิที่ดีกว่าในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ เช่น ไม่ว่าลูกหนี้จะเป็นผู้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการหรือไม่ ลูกหนี้มีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการได้ หรือมีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการได้ภายใน 120 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ⁷⁶

การกำหนดให้ลูกหนี้มีบทบาทรวมถึงสิทธิต่างๆ ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ถือได้ว่าเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตามภายใต้Chapter 11 แม้จะเป็นกระบวนการทางกฎหมายเพื่อมุ่งสู่การฟื้นฟูกิจการแต่ลูกหนี้เองสามารถยื่นแผนการ

⁷⁴ John T. Roache, *The Fiduciary Obligations of a Debtor in Possession* (U.S.A. : The University of Illinois Law Review, 1993) p.3.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ 11 U.S.C., section 1121.

ชำระบัญชี(liquidating plan)⁷⁷ แทนแผนฟื้นฟูกิจการได้หากการแผนฟื้นฟูกิจการไม่บรรลุผลสำเร็จ ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการของการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 ได้สร้างแรงจูงใจและสร้างประโยชน์ที่เหนือกว่าChapter 7 ซึ่งเป็นหมวดว่าด้วยการชำระบัญชี(liquidation) โดยเฉพาะการสร้างอำนาจในการเจรจาต่อรองกับเจ้าหนี้ให้กับลูกหนี้รวมถึงการให้ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจบริหารจัดการทรัพย์สินของตนเองต่อไป⁷⁸

การที่กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ลูกหนี้มีบทบาทในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ลูกหนี้ที่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้เนื่องจากกิจการของลูกหนี้ในบางครั้งอาจจะประสบปัญหาขาดสภาพคล่องในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ยังสามารถในการทำกำไรแก่กิจการอยู่เพียงแต่ทรัพย์สินไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ในปัจจุบัน(current debt)ซึ่งในบางกรณีทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ไม่ใช่เงินสด(illiquidity) อาจมีมูลค่าเกินกว่าจำนวนหนี้⁷⁹ ดังนั้นสถานะของการที่ลูกหนี้ขาดสภาพคล่องภายในชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งมีหนี้สินเกินกว่าทรัพย์สินของตนเองทำให้ตกเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและจะต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ลูกหนี้ยังอาจมีความสามารถในการบริหารกิจการให้สามารถทำกำไรได้ต่อไป ดังนั้นจึงสมควรที่ลูกหนี้จะเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราวในกิจการของตนเอง

อย่างไรก็ตามการที่กำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือDebtor in Possession นั้น จะมีระบบควบคุมตรวจสอบการทำหน้าที่ดังกล่าวของลูกหนี้ โดยศาล คณะกรรมการเจ้าหนี้จะมีบทบาทในการควบคุมดูแลให้การดำเนินการฟื้นฟูกิจการให้เป็นไปได้ด้วยดี เช่น บริษัทลูกหนี้จะต้องทำรายงานถึงการดำเนินกิจการ สภาพทางการเงินและสถานะของบริษัทให้ศาลทราบเพื่อที่ศาลและคณะกรรมการเจ้าหนี้จะสามารถติดตามความเป็นไปของบริษัทลูกหนี้ได้ตลอดเวลา⁸⁰ ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้กระทำการทุจริตหรือจัดการผิดพลาดอย่างร้ายแรงอาจมีการร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการในนามของTrustee ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งนับว่าเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้มีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกรณีที่ลูกหนี้ปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำกรที่ไม่เหมาะสม

⁷⁷ 11 U.S.C., section 1123 (b) (4).

⁷⁸ Carl Felsenfeld. *Bankruptcy*. 2nd ed. (New York : Emanuel, 1999), p.168.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ สุธีร์ ศุภนิติย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 213.

การตั้งบุคคลภายนอกหรือTrusteeในความเป็นจริงแทบจะไม่เกิดขึ้น⁸¹ คดีฟื้นฟูกิจการส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาจึงเป็นการดำเนินกิจการโดยผู้บริหารเดิมของลูกหนี้ซึ่งได้รับแรงจูงใจจากกฎหมายให้ทำการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการและยื่นแผนฟื้นฟูกิจการตลอดจนดำเนินการในฐานะลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือ Debtor in Possession อย่างไรก็ตามระบบที่มีการกำหนดให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนี้มีความเหมาะสมในกรณีที่เป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อแก้ไขสภาพคล่องของตนเองแต่หากลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินและมีแนวโน้มว่าจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาของกิจการของตนเองได้ หากยังปล่อยให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการโดยอาศัยประโยชน์จากมาตรการคุ้มครองตามกฎหมายในการรักษาอำนาจการบริหารของตนเองเอาไว้โดยไม่คำนึงถึงความอยู่รอดของธุรกิจ ก็อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการนั้นรวมไปถึงเจ้าหนี้ได้ซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดของการฟื้นฟูกิจการที่มุ่งรักษากิจการที่มีความสามารถในการทำกำไรมากกว่าการรักษาอำนาจบริหารหรือความเป็นเจ้าของแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

1.4 แนวความคิดและปัญหาเกี่ยวกับผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของไทย

กระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทยภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483* ได้รับแนวทางการร่างกฎหมายมาจากChapter11 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Bankruptcy Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกระบวนการAdministration Order ภายใต้Insolvency Actของประเทศอังกฤษ ประกอบหลักกฎหมายเรื่องJudicial Management ของประเทศสิงคโปร์ โดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการช่วยเหลือลูกหนี้ให้มีโอกาสในการฟื้นฟูกิจการก่อนที่จะถูกฟ้องล้มละลายและเป็นการแก้ไขข้อขัดข้องของมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิม นั่นคือการช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัว ให้มีมาตรการทางกฎหมายมารับรองการปรับโครงสร้างหนี้ปรับโครงสร้างทุนและการปรับโครงสร้างกิจการ นอกจากนี้ยังเป็นการช่วยให้ลูกหนี้มีโอกาสหาเม็ดเงินใหม่เพื่อใช้เป็นทุนหมุนเวียน(working capital)ใช้ในกิจการได้ง่ายยิ่งขึ้น

การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการทำให้การบังคับใช้มาตรการพักบังคับชำระหนี้ เกิดขึ้นโดยทันทีเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการ อันเป็นผลทำให้กิจการของลูกหนี้สามารถประกอบ

⁸¹ Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*, p.1-26.

* ปรากฏอยู่ในหมวด3/1 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่4) พ.ศ.2541 และมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่5) พ.ศ. 2542.

ธุรกิจการค้าต่อไปได้ โดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมาย⁸² ซึ่งเมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว อำนาจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมสิ้นสุดลง⁸³ กฎหมายจึงได้กำหนดให้มีบุคคลเข้ามาบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินและเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาของกิจการ ซึ่งในแต่ละประเทศจะเรียกชื่อแตกต่างกันออกไป โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้กำหนดให้มีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการคือ ผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ โดยในระหว่างที่ยังไม่อาจตั้งผู้ทำแผนก็จะมีผู้ตั้งผู้บริหารชั่วคราว แต่หากมีการตั้งผู้บริหารชั่วคราวไม่ได้ ศาลก็จะให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าไปทำหน้าที่แทน⁸⁴

กระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทยนั้น ได้แยกขั้นตอนการดำเนินการฟื้นฟูกิจการออกเป็น 2 ส่วน นั่นคือกระบวนการของการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการและการบริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งความสำคัญของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นจะให้น้ำหนักไปที่ขั้นตอนของการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ ดังที่ศาสตราจารย์ปรีชา พานิชวงค์ ได้กล่าวไว้ว่า“ผู้ทำแผนเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลที่สำคัญเกือบจะเรียกได้ว่าสำคัญที่สุดในกระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลายใน ส่วนนี้”⁸⁵ ดังนั้นการทำหน้าที่ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการจึงส่งผลต่อความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยผู้ทำแผนนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินและบริหารกิจการแทนลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการแล้วยังเป็นผู้จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการอันเป็นการกำหนดแนวทางในการฟื้นฟูกิจการโดยเป็นการรักษาประโยชน์ได้เสียในการฟื้นฟูระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ เจ้าของเงินใหม่ เจ้าหนี้ฝ่ายข้างน้อย เจ้าหนี้ฝ่ายข้างมาก เจ้าหนี้กลุ่มต่างๆ ผู้บริหารชุดเดิม ผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัทลูกหนี้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย⁸⁶ ให้มีความสมดุล(balance) แก่กันภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ผลของคำสั่งในการตั้งผู้ทำแผนจะเป็นผลต่ออำนาจการจัดการกิจการของลูกหนี้และเป็นการกำหนดให้ผู้ทำแผนมีหน้าที่จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ⁸⁷ จุดเริ่มต้นของการฟื้นฟูกิจการจึงมีที่มาจาก การตั้งผู้ทำแผนเพื่อเข้ามารักษาประโยชน์ในกิจการและผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ซึ่งการกำหนดให้

⁸² พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 90/12.

⁸³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 90/24.

⁸⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 90/20.

⁸⁵ ปรีชา พานิชวงค์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 125.

⁸⁶ จรัล ภักดีธนากุล, “กฎหมายฟื้นฟูกิจการ : บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการ”, รพี 43 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ (2543) :41.

⁸⁷ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า69.

ผู้ทำแผนมีโครงสร้างอำนาจหน้าที่อย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับแนวความคิดของการกำหนดที่มาของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในแต่ละประเทศ

แนวความคิดเกี่ยวกับที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของไทยนั้นมีความคิดอยู่กึ่งกลางระหว่างสองขั้ว นั่นคือ แนวความคิดที่ให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปตามแบบประเทศสหรัฐอเมริกาและแนวความคิดที่ให้บุคคลภายนอกเข้ามาบริหารกิจการที่มีการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษ ซึ่งแนวทางการกำหนดตัวผู้ทำแผนของไทยจะเป็นแนวทางการประนีประนอม นั่นคือ ฝ่ายลูกหนี้ และเจ้าหนี้ต่างมีสิทธิเสนอผู้ทำแผนเพื่อให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้ง ซึ่งในกรณีที่ผู้ร้องขอไม่ว่าจะเป็นฝ่ายลูกหนี้หรือเจ้าหนี้เสนอผู้ทำแผนเข้ามา หากไม่มีการคัดค้านศาลก็จะตั้งผู้นั้นเป็นผู้ทำแผน⁸⁸ แต่หากศาลไม่เห็นสมควรหรือลูกหนี้ เจ้าหนี้ผู้คัดค้านเสนอบุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผน ก็จะมีการคัดเลือกโดยที่ประชุมเจ้าหนี้* ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้สามารถกำหนดผู้ทำแผนที่เข้ามาทำหน้าที่ตามกฎหมายได้ ซึ่งผลของแนวความคิดดังกล่าว ผู้ทำแผนจึงอาจมีที่มาจากลูกหนี้ เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกที่เป็นบริษัทที่ปรึกษาทางการเงินซึ่งมีวิชาชีพเฉพาะ อย่างไรก็ตามแนวความคิดในการตั้งผู้ทำแผนในแบบใดแบบหนึ่งไม่ใช่เครื่องหมายชี้ว่ากิจการนั้นจะบรรลุผลสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการแต่จะต้องพิจารณาประกอบกับโครงสร้างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการซึ่งเป็นปัจจัยเอื้อให้การฟื้นฟูกิจการมีโอกาสประสบความสำเร็จ

การที่แนวคิดของการกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของไทย มีลักษณะที่ประนีประนอม โดยเปิดโอกาสให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้มีสิทธิเสนอชื่อผู้ทำแผนให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งกฎหมายจึงสมมติฐานว่าลูกหนี้จะสามารถตกลงและมีความเห็นร่วมกันในการแต่งตั้งผู้ทำแผนได้ซึ่งในความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากทั้งฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างมีแนวคิดที่เกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายลูกหนี้เห็นว่าผู้ทำแผนจะต้องเป็นผู้รักษากิจการและทรัพย์สิน ตลอดจนอำนาจบริหารเอาไว้เพื่อส่งมอบคืนแก่ผู้บริหารของลูกหนี้ ส่วนฝ่ายเจ้าหนี้เชื่อว่าผู้ทำแผนจะต้องเป็นผู้จัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายให้ได้ประโยชน์มากที่สุด ผลดังกล่าวทำให้ในทางปฏิบัติหาก

⁸⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483, มาตรา 90/17. ซึ่งมีคดีที่เกิดขึ้นที่ศาลตั้งผู้ร้องขอเป็นผู้ทำแผน เช่น คดีบริษัทฟื้นฟูกิจการบริษัทผลิตเหล็กไทยพัฒนา จำกัด (มหาชน)

*โดยมีการกำหนดข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่ผู้ที่ลูกหนี้เสนอชื่อให้เป็นผู้ทำแผน นั่นคือหากไม่มีมติของเจ้าหนี้ฝ่ายที่มีจำนวนหนึ่งไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนหนึ่งทั้งหมดของเจ้าหนี้ ซึ่งได้ออกเสียงลงคะแนนในมตินั้น กำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผนก็ให้ผู้ที่ลูกหนี้เสนอชื่อได้เป็นผู้ทำแผน

ลูกหนี้หรือผู้บริหารเดิมเป็นผู้ทำแผน มีโอกาสอย่างมากที่แผนจะมุ่งไปที่การปรับโครงสร้างหนี้และจัดระบบการชำระหนี้ แต่หากฝ่ายเจ้าหนี้เป็นผู้ตั้งผู้ทำแผน จะให้ความสำคัญกับการเพิ่มพูนกองทรัพย์สินรวมถึงการถ่ายโอนกิจการกิจการไปยังหน่วยลงทุนที่มีความสามารถ⁸⁹

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนในความเป็นจริงนั้นยังไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ นั่นคือ การรักษาประโยชน์ของคู่กรณีทุกฝ่ายได้ดียิ่งกว่าการล้มละลาย⁹⁰ การเข้ามามีบทบาทของผู้ทำแผนจึงไม่ใช่การรักษาประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีเท่านั้น แต่บทบาทของผู้ทำแผนนั้นจะต้องมุ่งไปที่การดำเนินการให้กิจการกลับมามีความสามารถในการทำกำไรและรักษาประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องให้มีความเท่าเทียมกันภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การนำเอากฎหมายฟื้นฟูกิจการมาบังคับใช้ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา แม้จะมีคดีที่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ* แต่ในหลายคดีก็มีข้อขัดข้องเกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับบทบาทของผู้ทำแผนในหลายประการ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ คดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน)** ซึ่งเป็นคดีที่ส่งผลกระทบต่อสาธารณชนในวงกว้างและต่อเศรษฐกิจโดยรวม โดยข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น ส่วนหนึ่งมีที่มาจากข้อบกพร่องของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของโครงสร้างอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ทำแผนและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผน ซึ่งมีปัญหาในทางกฎหมายและทางปฏิบัติต่อการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการในด้านต่างๆ ในหลายประการ ซึ่งสมควรที่จะนำข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาในคดีมาศึกษาร่วมกับปัญหาทางกฎหมายที่เกิดในแง่มุมต่างๆ ภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ต่อไป

⁸⁹ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, "การฟื้นฟูกิจการ : แนวโน้มตามความเป็นจริง", หนังสือที่ระลึก เนื่องในโอกาสเปิดศาลล้มละลายกลาง มิถุนายน 2542) :154.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

* เช่นคดีฟื้นฟูกิจการบริษัทไทยผลิตภัณฑ์ขี้บขี้ม จำกัด (มหาชน) ที่ออกจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นคดีแรกเนื่องจากการดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามแผน.

** คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.8/2543 ระหว่าง ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ที่ 1, บรรษัทการเงินระหว่างประเทศ ที่ 2, ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย ที่ 3, ธนาคารแห่งอเมริกาเนชั่นแนล แอสโซซิเอชัน ที่ 4, ธนาคารซีทีบีแบงก์ ที่ 5 ผู้ร้องขอ และบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ลูกหนี้.