

การทุจริตของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

ความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหลายประการทั้งในทางแพ่งและทางอาญาสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ในการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามพระราชบัญญัติล้มละลายได้กำหนดกำหนดให้มีบทลงโทษในทางอาญาปรากฏในมาตรา 90/88

3.1 การทุจริตในประเทศไทย

โดยทั่วไปแล้ว การทุจริต มีความหมาย ว่าทุกสิ่งทุกอย่าง ที่เป็นความชั่ว ความเลว ความคดโกง ความไม่ซื่อสัตย์สุจริต เป็นการกระทำที่เป็นความชั่วและก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สังคม สังคมไม่ยอมรับ และ คำว่าทุจริต ตามนิยามความหมาย ของสมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย กำหนดให้คำว่า การทุจริต ครอบคลุมถึง ขบวนการผิดปกติ และการจงใจกระทำผิดกฎหมายหรือหรือการจงใจหลอกลวง การทุจริตอาจเกิดขึ้นเพื่อประสงค์ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของผู้กระทำ หรือเพื่อทำร้ายหรือทำความเสียหายแก่องค์กร ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเกิดจากคนภายในองค์กรหรือนอกองค์กรหรือร่วมกันก็ตาม ล้วนแต่ถือว่าเป็นการทุจริตทั้งสิ้น การตรวจพบความเสียหายที่เชื่อได้ว่าเป็นการทุจริตของสมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย ได้กำหนดขอบเขตของความทุจริตที่อาจเกิดขึ้นจากการบริหารจัดการทรัพย์สินซึ่งในองค์กรธุรกิจโดยมีวิธีการตรวจสอบภายในเพื่อได้ทราบถึงขอบเขตความทุจริตที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยถึงความทุจริตที่อาจเกิดขึ้นในองค์กร ธุรกิจเอกชน

การทุจริตเกี่ยวกับประโยชน์ขององค์กรนั้นมักเกิดจากการใช้เล่ห์เหลี่ยม วิธีการอันขาดความชอบธรรม อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่องค์กร โดยสมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย ได้ให้ตัวอย่างการทุจริตไว้ดังนี้

1. ขายนหรือนำเอาทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงกว่าที่กำหนดไว้ในเอกสารส่งมอบแก่ลูกค้าหรือผู้ร่วมทุจริต
2. จ่ายเงินไม่เหมาะสม เช่น การจ่ายเงินอุดหนุนทางการเมืองที่ผิดกฎหมาย การให้สินบน เงินทุจริตที่ได้รับแบ่งมา เงินที่จ่ายแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับ
3. จงใจให้เกิดการแสดงรายการหรือตีราคาทรัพย์สิน หนี้สิน ค่าใช้จ่าย และรายได้ให้ผิดจากความจริง
4. จงใจตั้งราคาให้ผิดจากข้อเท็จจริงหรือผิดวิธีที่กำหนดไว้โดยใช้โครงสร้างและวิธีการคำนวณที่ไม่เหมาะสม หรือจงใจให้เกิดความไม่เหมาะสม
5. จงใจเกิดความเสียหายหรือไม่ได้รับประโยชน์เต็มที่แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือองค์กร
6. เจตนาละเว้นที่จะบันทึกหรือเปิดเผยรายการที่สำคัญเพื่อให้ฐานะทางการเงินของบริษัทดีขึ้น เพื่อที่จะให้บุคคลภายนอกเข้าใจฐานะขององค์กรผิดจากที่ควรจะเป็น
7. กระทำการขัดต่อกฎหมายข้อบังคับ กฎระเบียบ หรือสัญญา
8. โกงภาษีอากร

นอกจากนี้ยังมีการทุจริตที่พนักงานหรือบุคคลภายนอก และองค์กรอื่นได้ผลประโยชน์ เช่น

1. รับสินบน หรือส่วนแบ่งที่ได้จากการทุจริต
2. เบียดบังเอากำไรบางส่วนที่ควรจะเป็นขององค์กรไปเป็นประโยชน์ของตนหรือผู้สมรู้ร่วมคิด
3. ยักยอกทรัพย์สินหรือเงินโดยการบันทึกรายการเพื่อปกปิดการกระทำทุจริต
4. จงใจปกปิดหรือบิดเบือนข้อเท็จจริง หรือข้อมูล
5. จ่ายเงินค่าสินค้าหรือบริการที่มีโทษขององค์กร

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาโดยสรุปเป็นแนวทางดังนี้

1. ตรวจสอบบัญชีหรือตัดยอดบัญชีแล้วพบการทุจริต

การตรวจสอบบัญชีการเงินนั้น เมื่อเข้าตรวจในวันใดต้องตัดยอดบัญชีในวันนั้นหรือวันที่ก่อนวันนั้น เพื่อจะทราบยอดเงินคงเหลือประจำวันว่าตรงกับยอดเงินคงเหลือตามบัญชีหรือไม่ ถ้าตัวเงินและหลักฐานแทนตัวเงินน้อยกว่าจำนวนเงินคงเหลือในบัญชี แสดงว่า เงินขาดบัญชี สันนิษฐานได้ว่าอาจมีการทุจริต แต่คงเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเท่านั้น เพราะเงินที่ว่าขาดบัญชีนั้น ความจริงตัวเงินที่ตรวจนับถูกต้องแล้ว แต่จำนวนเงินคงเหลือตามบัญชีผิด เพราะมีการลงบัญชีผิดก็ได้

2. รับเงินแล้วไม่ลงบัญชี

เมื่อมีการตรวจนับตัวเงินคงเหลือตรงกับจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีแล้ว พนักงานตรวจเงินแผ่นดินจะตรวจสอบบัญชีโดยนำหลักฐานการรับเงินที่หน่วยราชการนั้นรับตรวจสอบกับรายการในบัญชีการเงิน เช่น ฎีกาเบิกเงินจากคลัง ใบเสร็จรับเงิน หลักฐานการนำส่งหรือการโอนเงินระหว่างหน่วยราชการด้วยกันว่าได้นำมาลงบัญชีครบถ้วนหรือไม่ ถ้าตรวจสอบพบว่าเจ้าหน้าที่ได้รับเงินแล้ว ไม่นำมาลงบัญชี และนำเงินนั้นไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัวก็แสดงว่ามีการทุจริตทางบัญชี

3. จ่ายเงินจากบัญชีเป็นเท็จ

ตามหลักการบัญชี การลงบัญชีจ่ายเงินต้องมีหลักฐานการจ่ายซึ่งเรียกกันว่า ใบสำคัญคู่จ่ายเงิน ถ้ารายการใดไม่อาจหาใบสำคัญคู่จ่ายเงินได้ก็ต้องมีรายการบันทึกของผู้จ่ายแสดงว่า จ่ายให้แก่ใคร เพื่อการใด ดังนั้น การจ่ายเงินจากบัญชี โดยไม่มีหลักฐานการจ่าย หรือมีแต่พิสูจน์ ไม่ได้ว่ามีจ่ายจริง ต้องถือว่า ผู้จ่ายทุจริตเบียดบังเอาเงินนั้นไป

4. ผลของการตรวจสอบบกพร่อง

ตามคำพิพากษาฎีกา ที่ 2009/2526 จากการตรวจสอบบัญชี หลักฐานการเบิกจ่ายเงินงบประมาณซึ่งอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของจำเลย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อทางจังหวัดว่า เงินขาดบัญชีไป 1 ล้านบาทเศษ ซึ่งใจทักยึดถือกล่าวหาจำเลยเป็นคดีนี้ แต่คณะกรรมการที่ทางจังหวัดตั้งขึ้นตรวจสอบ ปรากฏว่าจำนวนเงินขาดไปเพียง 1 แสนบาทเศษ ทั้งยังพบหลักฐานการจ่ายเงิน ซึ่งเป็นใบสำคัญคู่จ่ายที่จำเลยยังมีได้ลงไปหลักฐานการเบิกจ่ายเงินในบัญชีเป็นจำนวน 8 แสนบาทเศษ ถ้าหากมีการอนุมัติการจ่ายถูกต้องและลงบัญชีให้ครบถ้วนแล้ว เงินก็จะไม่ขาดบัญชี การที่เงินขาดบัญชีไปน่าจะเกิดจากความบกพร่องในการทำบัญชีไม่เรียบร้อย มิใช่มีการทุจริตเกิดขึ้น

3.1.1 ความหมายคำว่า ทุจริต ในทางกฎหมาย

ความหมายของคำว่า “ทุจริต” ในทางแพ่งแตกต่างจากความหมายของคำว่า “ทุจริต” ในทางอาญา กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งเป็นการระงับรักษาผลประโยชน์ของบุคคล คือไม่ต้องการให้มีการเอา

เปรียบเทียบซึ่งกันและกัน¹ เมื่อจะทำอะไรก็ต้องชั่งตวงวัดกันถ้าผิดแผกไปถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เมื่อมีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต จะถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบ อันกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลอื่นแล้ว² การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนี้ไม่ได้หมายความว่า เป็นการทุจริตในทางอาญา เพราะคำว่าสุจริตนั้นไม่ได้หมายความว่าตรงกันข้ามกับคำว่าทุจริตเสมอไป เพราะความหมายของคำว่าทุจริตในทางอาญานั้นอย่างหนึ่งและทางแพ่งนั้นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางแพ่งนั้นในบทกฎหมายของไทยไม่ได้มีบทบัญญัติให้คำวิเคราะห์ศัพท์ไว้ว่าสุจริตหรือทุจริตจะมีความหมายเพียงใด คงมีแต่บทบัญญัติต่างๆ ที่กล่าวถึงคำว่าสุจริตหรือทุจริตไว้เท่านั้น³ เช่น ในมาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ในมาตรา 6 “ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนกระทำโดยสุจริต” ซึ่งตามหลักของกฎหมายแพ่งแล้วเป็นเรื่องของเอกชนเน้นในเรื่องของการกระทำโดยสุจริต กฎหมายเคารพการแสดงเจตนาของบุคคล อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนาของบุคคลถ้ากฎหมายต้องการที่จะให้กระทำโดยสุจริต เมื่อมีการกระทำโดยไม่สุจริต จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่ชอบส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นๆ ได้ เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 เรื่องการแสดงเจตนาลวง หรือในมาตรา 159 เรื่องกลฉ้อฉล ที่จะเป็นเหตุให้นิติกรรมที่เกิดขึ้นเสียเปล่าเป็นโมฆียะ หรือเป็นโมฆะเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตของผู้ทำนิติกรรม ในกรณีนี้เป็นเรื่องในส่วนแพ่งที่มีบทบัญญัติคุ้มครองคู่กรณี และในเรื่องลามกมิควรได้ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติถึงหน้าที่ในการคืนทรัพย์สินของผู้รับลามกมิควรได้ไว้นั้นตามมาตรา 413-414 และ 415 คำว่า “ทุจริต” หรือ “ไม่สุจริต” ในทางแพ่งนั้นจะอาศัยบทวิเคราะห์ศัพท์ของกฎหมายอาญามาเทียบเคียงได้หรือไม่ ในปัญหานี้เบื้องต้นจะต้องสงสัยไว้ก่อนว่า ทุจริตทางแพ่งและทางอาญาจะเหมือนกันไม่ได้ เพราะทางอาญากฎหมายมุ่งประสงค์จะลงโทษบุคคล เจตนาดังกล่าวจึงร้ายแรงกว่าทางแพ่งกฎหมายจึงมุ่งไปในทางแสวงหาประโยชน์เพราะต้องถือว่าการแสวงหาประโยชน์นั้น เป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ในทางแพ่งนั้นกฎหมายต้องการเพียงเพื่อระงับรักษาผลประโยชน์ของบุคคลไม่ต้องการให้คนเอาเปรียบกัน ดังนั้นเมื่อจะทำอะไรก็ต้องชั่งตวงวัดกันเท่านั้น ถ้าฝ่ายใดไม่ชั่งกฎหมายจึงต้องปรับให้เป็นฝ่ายเสียประโยชน์ไป⁴ ดังนั้น ความหมายของคำว่า ทุจริต ในทางแพ่งและทางอาญาจะไม่เหมือนกัน การใช้สิทธิไม่สุจริตในทางแพ่งถ้ากฎหมายบัญญัติเป็นว่าความผิดในทางอาญา ก็ต้องมีโทษทางอาญานอกเหนือจากการที่กฎหมายแพ่งได้กำหนดวิธีเยียวยาไว้ก็ต่างหากด้วย เช่น การละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เป็นต้น จากองค์ประกอบความรับผิดชอบตามมาตรา 353 ความหมายของคำว่าทุจริตในทางอาญาจึงมีความหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “โดยทุจริต” ซึ่งหมายความว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”

¹ ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จักรลสนิทวงศ์ , 2524) , หน้า 8 .

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 328.

³ โอสถ โกธิน, คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับต่างประเทศ ในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยเชชม , 2501) , หน้า 126 .

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 540/2490 วินิจฉัยข้อแตกต่างของคำว่า “ทุจริต” หรือ “ไม่สุจริต” ในทางแพ่งและทางอาญาไว้ชัดเจน

เมื่อได้พิจารณาความหมายตามบทนิยามแล้วสามารถนำมาแยกอธิบายความหมายของคำว่า “โดยทุจริต” ได้ดังต่อไปนี้

1. เพื่อแสวงหาประโยชน์ หมายถึง การกระทำการบางอย่างบางอย่างเพื่อต้องการสิ่งตอบแทนจากลักษณะของการที่ตนได้กระทำลง ซึ่งประโยชน์ในที่นี้มีได้ทั้งประโยชน์ที่เกิดผลในเชิงทรัพย์สินและประโยชน์ที่ไม่เกิดผลในเชิงทรัพย์สิน ส่วนการแสวงหาที่นั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือไม่ ไม่ต้องคำนึงถึง⁵ แม้ว่าการแสวงหาที่นั้นจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ถือว่าการแสวงหาประโยชน์แล้ว
2. ประโยชน์นั้นเป็นประโยชน์ที่สมควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า ผู้แสวงหาประโยชน์ไม่มีสิทธิที่จะรับประโยชน์นั้นตามกฎหมาย
3. การแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น หมายถึง การกระทำที่มีใจเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์เท่านั้น แต่รวมถึงกรณีการกระทำที่เป็นการแสวงหาประโยชน์เพื่อให้ผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการกระทำที่ถือเป็นการแสวงหาที่นั้นด้วย ซึ่งการแสวงหาประโยชน์นั้นอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือไม่ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันไม่ได้คำนึงถึง

3.1.2 โดยทุจริตกับองค์ประกอบความผิดในทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งประกอบด้วยความผิดและโทษ บทบัญญัติของกฎหมายอาญาจะวางหลักความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิดในทางอาญาและยึดหลักความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียงของบุคคลมาวินิจฉัยกำหนดบทลงโทษที่มีลักษณะรุนแรงหรือเบาบางตามลักษณะของการทำความผิด แตกต่างจากความรับผิดทางแพ่งได้กำหนดให้คู่กรณีที่เกิดความเสียหายเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงได้วางบทบัญญัติที่เป็นลักษณะของการทำความผิดโดยสิ่งที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้นำมาบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดทางอาญาอาจมาจากกฎต่างๆ ในสังคม เช่น กฎศีลธรรมที่ว่าด้วยการกระทำในสิ่งชั่วและมีผลกระทบต่อผู้อื่น กฎอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความชั่วแต่ได้บัญญัติเพื่อผลประโยชน์ของคนหมู่มาก โดยได้แยกองค์ประกอบความผิดทางอาญาออกเป็น

1. ลักษณะความผิดที่มีการกระทำ รวมตลอดจนถึงการงดเว้นการกระทำเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น การกระทำจะบังเกิดเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้จะต้องบังเกิดผลสำเร็จแห่งการกระทำนั้น ดังคำกล่าวของท่านศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ที่ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “ความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น เกิดขึ้นได้ก็แต่โดยบุคคลกระทำ กรรม หรือการกระทำซึ่งเป็นความผิดต้องแสดงออกมาภายนอกจึงจะมีผลอันอาจกระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของชุมชน เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใด ก็ไม่อาจเป็นความผิดได้จนกว่าจะมีการกระทำนั้น ๆ ตามมา” และ

⁵ หลวงวุฒิศรธรรมเนติก, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ,(กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา), หน้า

ในที่นี้บรรดาบุคคลผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้น

2. **ลักษณะของสภาพจิตใจ** ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยประสงค์ให้เกิดผลเช่นนั้น หรือเล็งเห็นผลได้ว่าผลเช่นนั้นจะต้องเกิดขึ้น หรือผู้กระทำขาดความระมัดระวัง ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีเจตนาหรือประมาทหรือไม่เจตนา กระทำโดยเจตนาตามกฎหมายอาญามีความสำคัญอย่างมาก และหลักในการวินิจฉัยในเรื่องเจตนา นั้น ต้องนำลักษณะการกระทำให้ธรรมชาติของบุคคลมาพิจารณาประกอบว่าผู้กระทำประสงค์ที่จะกระทำเช่นนั้นหรือไม่ และเจตนาในทางอาญายังจะต้องประกอบด้วยความรู้สำนึกในขณะกระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำย่อมต้องมีความประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลตามที่กระทำได้อีกส่วนหนึ่ง
3. **ส่วนเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ** เป็นสิ่งพิเศษที่นอกเหนือจากเจตนารรรมดาโดยมีกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อขยายองค์ประกอบความผิดที่ประกอบด้วยเจตนารรรมดาในการกระทำความผิดบางฐาน เช่น มาตรา 334 ประมวลกฎหมายอาญา ที่มีคำว่าโดยทุจริตเป็นเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ แต่ในบางกรณีก็ถือว่าเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจนี้เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ดังเช่นในมาตรา 242 “ผู้ใดกระทำโดยทุจริตให้เรียญญาฉบับ ซึ่งรัฐบาลออกใช้มีน้ำหนักลดลง” การกระทำ “โดยทุจริต” เช่นนี้ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น อันความผิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ตามปกติผู้กระทำต้องมีเจตนา แต่ในบางกรณีบางความผิดที่เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนารรรมดาอย่างไม่เป็นความผิด จะต้องปรากฏด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำไป โดยมีมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพิ่มเติมจากเจตนารรรมดาจึงจะมีความผิด และ “โดยทุจริต” ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจดังกล่าว

3.1.3 การทุจริตของผู้จัดการทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการเป็นการดำเนินการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้น เมื่อผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการได้บริหารจัดการทรัพย์สินหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต จึงต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 และมาตรา 354 โดยสามารถนำแนวทางในการวินิจฉัยได้ดังนี้

1) ความรับผิดทางอาญาตามมาตรา 353

ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ จะมีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ และการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีฟื้นฟูกิจการในชั้นศาล ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ จึงเป็นบุคคลซึ่งมีหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้และมีหน้าที่ในประการสำคัญในการจัดการทรัพย์สินของผู้อื่นหากผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการกระทำการไม่ชอบในการปฏิบัติหน้าที่ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจึงต้องมีความรับผิดทางอาญา ตามประมวลกฎหมายมาตรา 353 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดของบุคคลที่มีหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้คือ

1. ผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่น
2. กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใดๆ
3. เจตนาโดยทุจริต

4. เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของผู้นั้น

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 นี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 266 ซึ่งได้กำหนดเป็นความผิดฐาน "Untreue"⁶ หรือ "Breach of Confidence" ซึ่งกล่าวไว้ว่า "ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ประกอบขึ้นจากการใช้อำนาจโดยบิดผันของผู้แทนที่จะทำให้ทรัพย์สินของบุคคลที่แต่งตั้งเสียหาย อาจจะเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ทรัพย์สินของผู้อื่น หรือนำไปเป็นหลักประกัน หรือเพิกเฉยต่อหน้าที่ที่จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ในทรัพย์สินของผู้อื่น" และในกฎหมายเยอรมันดังกล่าว ยังได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะกระทำความผิดฐานนี้ไว้และกำหนดว่ากรณีความผิดฐานดังกล่าวนี้มีผลกระทบต่อสังคม (welfare of the people)⁷ ในระบบกฎหมาย Common Law ได้มีการกำหนดความรับผิดลักษณะเช่นเดียวกัน โดยเป็นความผิดฐาน "Theft"⁸ ซึ่งผู้ที่จะมีความผิดในการกระทำความผิดดังกล่าวได้ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ ที่เรียกว่า "Fiduciary Obligation" หรือ "Breach of Confidence"* และให้มีความหมาย รวมถึงกรณีการเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนด้วยอันจะแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 ผู้กระทำความผิดจะต้องมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน⁹

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 นั้นนอกจากจะเป็นกรณีที่เบียดบังเอาประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่นแล้วยังรวมถึงกรณีที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นขาดประโยชน์ที่ควรได้อีกด้วย¹⁰

2) ความรับผิดอาญาตามมาตรา 354

ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามประกาศกฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งกำหนดไว้ว่า ผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจะต้องเป็นนักบัญชี หรือนักกฎหมาย ดังนั้นการดำเนินการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการควบคุมวิชาชีพ ในวิชาชีพด้านบัญชี และกฎหมาย

กฎหมายของต่างประเทศในเรื่องวิชาชีพของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนี้รายละเอียดที่ต่างๆ กัน แล้วแต่แนวความคิดของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้กำหนดว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ Administrator ต้องเป็นบุคคลที่จะต้องมีการฝึกฝนและผ่านการมีคุณสมบัติในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพหนี้สินล้มพันตัว Insolvency Practitioner มาก่อนและมีบทลงโทษเป็นการเฉพาะจากองค์การวิชาชีพหากเกิดกรณีมีการทุจริต ในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากแนวความคิดที่มาของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้ลูกหนี้เป็นผู้บริหารกิจการ

⁶ Manual of German Law p.115 . อ้างถึงใน จิตติ ติงศภัทรีย์ . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2532) , หน้า 2911.

⁷ Manual of German Law Volume 2 , 1952 . p.115.

⁸ J.C. Smith & Brian Hogan , Criminal Law (ELBS Butterworths, 1992) , pp . 5048-509.

*ความหมายเดียวกับ "Fiduciary Duty"

⁹ จิตติ ติงศภัทรีย์ , กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2532) , หน้า 2911.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 2912.

ก่อน (Debtor in Possession) แต่ก็มีบทบัญญัติในกรณีลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการข้อ ๑๑๑ และให้ดำเนินการ ถอดถอนลูกหนี้ผู้บริหารแผนแล้ว โดยจะแต่งตั้งทรัสต์ เพื่อเข้ามาบริหารกิจการ ซึ่ง ทรัสต์ก็จะมีบทลงโทษใน ฐานะเป็นผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน หากทรัสต์ได้กระทำการทุจริตในการบริหารกิจการของลูกหนี้จะมี บทลงโทษในองค์การของ ทรัสต์

การกำหนดคุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ตามกฎกระทรวงได้กำหนดไว้ว่าเป็นกรณีการ กำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของการจดทะเบียน เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีได้เป็นการกำหนดว่าการจด ทะเบียนดังกล่าวจะเป็นการรับประกันการเป็นผู้มีวิชาชีพในด้านการบริหารจัดการทรัพย์สินดังเช่นกรณีของ ประเทศอังกฤษ ดังนั้น การกำหนดให้ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการเป็นผู้มีวิชาชีพจะจึงทำให้ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้มี ความเชื่อมั่นในการบริหารกิจการ โดยเฉพาะลูกหนี้ต้องกลัวว่ากิจการของตนอาจจะไม่สามารถดำเนินกิจการ ต่อไปได้ หรืออาจจะล้มละลายได้โดยที่ลูกหนี้ไม่ได้เป็นผู้บริหารงานเอง การกำหนดให้ผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหาร กิจการจึง เป็นการสร้างความไว้วางใจให้เกิดขึ้นแก่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ความรับผิดตาม มาตรา 354 ที่บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 353 ได้กระทำในฐานที่ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นตามคำสั่งของศาลหรือตามพินัยกรรม หรือในฐานะเป็นผู้มีอาชีพ หรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ผู้กระทำความผิดจะระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่ง หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติลงโทษแก่บุคคลที่มีวิชาชีพและผู้นั้น ดำเนินการทุจริตในหน้าที่ โดยมีแนวคำพิพากษาที่มีข้อวินิจฉัยพื่อถือเป็นบทนิยามคำว่า ผู้มีวิชาชีพ ปรากฏตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 4423/2533

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าแนวทางกฎหมายของไทยได้กำหนดว่าการทุจริต ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษคือ มี การแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบแก่ตนเองหรือผู้อื่น

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทย ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ทุจริตไว้ปรากฏในมาตรา 90/88 ซึ่งจะเห็นได้ว่ายังมีได้มีแนวทางในการวินิจฉัยถึงความทุจริตที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 90/88 หาก แต่มีแนววินิจฉัยที่พอจะเทียบเคียงใกล้เคียงจากเหตุแห่งการถอดถอนผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการที่ปฏิบัติหน้าที่ โดยทุจริต ตามมาตรา 90/67 โดยมีคำสั่งดังต่อไปนี้

คำสั่งคำร้องคดีหมายเลขแดงที่ 1016/2543 ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยในประเด็นดังนี้

ลูกหนี้ผู้บริหารบริษัทเดิม ได้ยื่นคำร้องว่าผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ไม่ดำเนินการตามแผน และปฏิบัติ หน้าที่โดยทุจริต ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ พ้นจากตำแหน่ง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/67 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ได้ยื่นคำ แดงต่อศาลว่า ผู้บริหารแผนไม่ปฏิบัติตามแผนที่เกี่ยวข้องกับการชำระค่าใช้จ่ายในการบริหารกิจการของลูกหนี้ ทำ ให้ลูกหนี้ขาดสภาพคล่องทางการเงิน ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการขาดความซื่อสัตย์ไม่สนับสนุนการขยายตลาดการค้าทั้ง ภายในประเทศและต่างประเทศ และเปลี่ยนแปลงองค์กรของลูกหนี้โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมในการบริหาร ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีเจตนาทุจริตเลือกปฏิบัติไม่ติดตามหนี้สินที่มีต่อธนาคาร กรุงเทพร จำกัด(มหาชน)ผู้เป็นเจ้าของหนี้มีประกันรายใหญ่ ซึ่งมีภาระหนี้สินต่อลูกหนี้จำนวน 23,974,737.80 บาท และไม่ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนให้ลูกหนี้ได้รับสินเชื่อจำนวน 35 ล้านบาท ตามที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจ การ เพื่อเป็นรายจ่ายในการลงทุน ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการคัดค้าน ซึ่งประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ ผู้บริหาร แผนฟื้นฟูกิจการไม่ดำเนินการตามแผน โดยผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ต้องมีหน้าที่

1. หน้าที่ในการจัดการให้ลูกหนี้ได้รับสินเชื่อใหม่
2. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการทำให้กิจการของลูกหนี้ขาดสภาพคล่องทางการเงินอย่างรุนแรง ตั้งแต่เดือน ตุลาคม 2544
3. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการได้เปลี่ยนแปลงองค์กรของลูกหนี้ โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมในการบริหาร
4. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการปฏิเสธในการติดตามหนี้สิน
5. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการเอื้อประโยชน์แก่เจ้าหนี้บางราย

ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยพิจารณาว่าการกระทำของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าวเป็นการกระทำโดยงดเว้นงานในหน้าที่ของผู้บริหารแผนฟื้นฟู และทำการเปลี่ยนแปลงองค์กรของลูกหนี้โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมกับกิจการ ถือได้ว่าผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่ดำเนินการตามแผน ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้ ศาลจึงมีคำสั่งผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการพ้นจากตำแหน่งผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ จากคำสั่งคำร้องดังกล่าววิเคราะห้ได้ว่า หากผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่ดำเนินการตามหน้าที่ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้อย่างรุนแรงแม้จะเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่สภาพการดำเนินธุรกิจที่ต้องการความต่อเนื่องในการดำเนินการ ความคล่องตัวในธุรกิจ และความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ต่อบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือต่อบุคคลภายนอกที่ลูกหนี้ต้องดำเนินธุรกิจด้วยยอมขาดความน่าเชื่อถือ อันจะเป็นการยากในการที่จะดำเนินกิจการให้บรรลุผลสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เสมือนหนึ่งเป็นการซ้ำเติมภาวะความเสียหายต่อกิจการลูกหนี้ อีกทั้งแนวทางในการร้องขอถอดถอนดังกล่าวและเหตุผลในการที่ศาลสั่งถอดถอนผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจะขึ้นอยู่กับประเภทของกิจการเช่น ในคำสั่งคำร้อง ตัวอย่างคดีที่พีโอ ซึ่งเมื่อได้สอบสวนแล้วปรากฏเหตุอื่นๆ ตามมาตรา 90/67 ที่ศาลได้นำมาวินิจฉัยในการถอดถอนผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการตามคำสั่งคำร้องคดีหมายเลขดำที่ พ.2 / 2543 คดีหมายเลขแดงที่ พ.8 / 2543 มีดังนี้

1. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่มีความสามารถในการจำหน่ายทรัพย์สินและนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกำหนดเวลาในแผนการฟื้นฟูกิจการ
2. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่มีความชำนาญในการบริหารกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นเหตุให้กิจการของลูกหนี้ขาดทุนมากขึ้น
3. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการเบิกค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนสูงเกินควรอันไม่จำเป็นต่อการดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้ และการอนุมัติจ่ายมิได้ขออนุญาตศาล
4. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการเปลี่ยนแปลงองค์กรของลูกหนี้
5. ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่สามารถหาเงินทุนในการบริหารกิจการลูกหนี้ได้ทำให้ลูกหนี้ขาดสภาพคล่อง

เหตุแห่งการถอดถอนในทั้งสองคดีมีลักษณะที่คล้ายกันคือ ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่ดำเนินการตามแผนการฟื้นฟูกิจการ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการของลูกหนี้ ซึ่งยังไม่มีแนวที่ชัดเจนถึงขอบเขตของความทุจริตที่ปรากฏชัดเจนแต่จะเห็นได้ว่ามีแนวโน้มในการวินิจฉัยไปในแนวทางแตกต่างจากบทนิยาม ความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่ได้กำหนดให้ถึงขนาดต้องมีการได้รับทรัพย์สินหรือผล

ประโยชน์ที่ชัดเจน แต่จะวินิจฉัยในแนวทางลงโทษในความผิดที่ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต และใช้ความระมัดระวังในการบริหารกิจการ

ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนและให้ทราบแนวทางการทุจริตที่เกิดขึ้นได้ชัดเจนจึงขอเปรียบเทียบกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาในการกำหนดการทุจริตดังต่อไปนี้คือ

3.2 การทุจริตในประเทศอังกฤษ

ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของอังกฤษมิได้มีการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้ แต่ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีความรับผิดเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท ดังนั้น การทุจริตที่เกิดขึ้นจึงเป็นการนำเกณฑ์มาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเป็นมาตรฐานในการวัดถึงความทุจริต โดยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลกำหนดเป็นแนวทางดังต่อไปนี้

1) การทำสัญญากับบริษัทซึ่งกรรมการมีผลประโยชน์ได้เสีย (contracts involving directors)

กรรมการบริษัทเป็นผู้มีความผูกพันกับบริษัท ดังนั้นการทำสัญญาหรือกระทำการใดๆ กับบริษัทของตนเองโดยตรงหรือโดยอ้อม ย่อมถือว่าขัดต่อหน้าที่ที่พึงมีต่อบริษัท กรรมการอาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบบริษัท ซึ่งเป็นผลจากการกระทำเช่นนั้น การกล่าวอ้างว่า กรรมการบริษัท มีผลประโยชน์ได้เสียเป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท (conflict of interests) ในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยปัญหาจากการกระทำดังกล่าวข้างต้นนี้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการฟ้องคดี ที่กล่าวอ้างว่า กรรมการบริษัทได้ละทิ้งหน้าที่แห่งมาตรฐานของความซื่อสัตย์ที่พึงมีต่อบริษัท และตามพฤติการณ์ สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กรณี คือ ¹¹

1.1 กรณีกรรมการบริษัททำสัญญากับบริษัท

การทำสัญญาในลักษณะนี้ ย่อมเป็นเสมือนการทำสัญญา โดยมีผู้ทำสัญญานั้นเป็นบุคคลเดียวกัน หากยังบริษัทดังกล่าว ได้ทำสัญญาเป็นการส่วนตัวกับคณะกรรมการบริษัททั้งหมดนั่นเอง หรือบริษัทนั้นมีกรรมการอยู่ในบริษัทเพียงคนเดียว ฉะนั้นเห็นได้ว่า โดยสภาพแล้ว ย่อมเป็นการทำสัญญาในลักษณะที่ผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายมีความขัดแย้งกันอยู่ในตัว หรือแม้บริษัทได้ทำสัญญากับกรรมการเพียงคนเดียวในคณะกรรมการบริษัทก็ตาม แต่ความจริงแล้ว ก็เป็นการทำสัญญาในลักษณะซึ่งผู้ทำสัญญากับบริษัทคือ กรรมการ มีหน้าที่ตามกฎหมาย ในขณะนั้น ที่จะต้องกระทำการต่างๆ ตามที่ตนได้รับมอบหมาย เพื่อให้เกิดผลประโยชน์ที่ดีที่สุดต่อบริษัท แต่กลับกลายเป็นเรื่องกรรมการบริษัทได้ทำสัญญากับบริษัท เพื่อให้ตนเองได้รับผลประโยชน์ เหตุนี้โดยสภาพการทำสัญญาลักษณะดังกล่าวจึงย่อมเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นไปได้อย่างที่จะปฏิบัติให้เกิดความเที่ยงธรรมขึ้นในระหว่างคู่สัญญา เพราะเป็นธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งต้องหาประโยชน์ในส่วนที่เป็นของตน ผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายจึงขัดแย้งกันหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน

¹¹ Hornstein, George D., Corporation Law and Practice Volume 1 (St. Paul Minn: West Publishing Co, 1959) pp. 541-542.

คดีหลักที่สำคัญเกี่ยวกับการห้ามมิให้กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทด้วยการทำสัญญากับบริษัทเป็นส่วนตัวนั้น เป็นคดีของประเทศอังกฤษ คือ คดี Aberdeen Ry. V. Blaikie Bross (1854) 1 Macq HL . 461¹² ซึ่งเห็นว่า กรรมการบริษัทคนหนึ่งๆ มีหน้าที่เสมือนดังเช่นทริสตี ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์สุจริตตามที่ได้รับมอบหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้เพื่อบริหารงานเฉพาะผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ ฉะนั้น กรรมการย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำสัญญากับบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเอง สัญญาที่สร้างขึ้นจึงตกเป็นโมฆียะ บริษัทไม่ต้องผูกพันตามสัญญาดังกล่าว

1.2 การทำสัญญาในระหว่างบริษัทต่อบริษัทที่กรรมการเป็นผู้มีประโยชน์ได้เสีย (Interlocking Directorates)

การทำสัญญาในลักษณะดังกล่าวแม้จะเป็นการทำสัญญาในระหว่างบริษัทต่อบริษัทก็ตาม แต่เนื่องจากเป็นกรณีที่บริษัททั้งสองต่างมีกรรมการชุดเดียวกัน(common directors) เข้าไปเป็นกรรมการอยู่ในบริษัททั้งสอง หรืออาจเป็นกรณีที่กรรมการผู้หนึ่งเพียงเข้าไปถือหุ้นอยู่ในบริษัทแห่งหนึ่ง โดยที่ตนมิได้เป็นกรรมการของบริษัทนั้นเลย หากตนมีตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทอยู่ในบริษัทอีกแห่งหนึ่ง เหตุนี้ สัญญาหรือกิจการต่างๆ ที่ทำขึ้นระหว่างบริษัททั้งสอง จึงย่อมมีปัญหาในลักษณะเช่นเดียวกันกับสัญญา ที่ทำขึ้นในระหว่างบริษัทและกรรมการของบริษัทกล่าวคือ เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน (conflict of interests) เกิดขึ้น คดีหลักที่สำคัญคือ Transvaal Lands Co.v.New Belgium (Transvaal) and Development (1914) 2 ch 448 C.A.¹³ ข้อเท็จจริงคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัทโจทก์ฟ้องขอให้สัญญาซื้อขายหุ้นระหว่างบริษัทโจทก์และบริษัทจำเลย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเดิมอยู่ในบริษัทแห่งหนึ่ง ที่โจทก์เข้าซื้อหุ้นจากจำเลยนั้น ตกเป็นโมฆียะ เนื่องจากปรากฏข้อเท็จจริงว่า เอ็ช. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ทั้งในบริษัทโจทก์และบริษัทจำเลยและยังเป็กรรมการในบริษัทโจทก์ด้วย ได้ออกเสียงลงมติสนับสนุนให้บริษัทโจทก์ซื้อหุ้นจากบริษัทจำเลย ทั้งบริษัทจำเลยเองก็ทราบข้อความจริงเกี่ยวกับฐานะของ เอ็ช. ที่มีอยู่ในบริษัทโจทก์ หากไม่มีคะแนนเสียงของ เอ็ช. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นและเป็นกรรมการของบริษัทโจทก์แล้ว กรณีก็จะไม่มีการลงมติให้การสนับสนุนการซื้อหุ้นจากบริษัทจำเลยอย่างแน่นอน ศาลพิพากษาว่า การซื้อหุ้นดังกล่าวจึงย่อมตกเป็นโมฆียะ บริษัทโจทก์ย่อมบอกล้างได้ เพราะเป็นการทำสัญญาเอาเปรียบบริษัทโจทก์

2) กรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับและได้รับอามิสสินจ้าง (secret profits and bribes)

2.1 หลักความรับผิดในการมีผลประโยชน์เป็นการลับ (Secret profit)

¹² Sealey , L.S., Case and Material in Company Law . 2nd edition (London : Butterworth , 1978) p.238.

¹³ Morse, Geoffrey , Charlesworth and Cain Company Law. (London : Stevens & Sons ,1983) p .379.

หลักเกี่ยวกับการที่ตัวแทนมีผลประโยชน์เป็นการลับนั้นมียุ่ที่ว่า หากไม่มีข้อกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ตัวแทนผู้ใดก็ตามซึ่งก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่างๆ ขึ้น อันเป็นผลเกี่ยวเนื่องจากการที่ตนได้กระทำการต่างๆ ในนามของตัวการ ตัวแทนดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) จะต้องสงคืนซึ่งผลประโยชน์ต่างๆ นั้นให้แก่ตัวการ กล่าวคือตัวแทนย่อมไม่มีสิทธิรับเอาผลประโยชน์นั้นไว้เป็นของตนเอง และโดยที่กรรมการบริษัทอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท ฉะนั้นหลักความรับผิดชอบของตัวแทนในกรณีดังกล่าวจึงย่อมนำมาใช้บังคับแก่กรรมการบริษัทด้วย¹⁴ และถือเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กล่าวคือ กรรมการคนใดคนหนึ่งของบริษัท ย่อมไม่อาจรับเอาผลประโยชน์ใดๆ ไว้เป็นของตนเอง โดยอาศัยทรัพย์สินใดๆ หรือข้อมูลความรู้ตลอดจนโอกาสต่างๆ ที่เป็นของบริษัท¹⁵ สำหรับในประเทศอังกฤษกรรมการย่อมต้องรับผิดชอบซึ่งผลประโยชน์ใดๆ ก็ตามแก่บริษัท ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ากรรมการจะได้รับไว้โดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือกรณียอมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้พ้นผิดได้¹⁶ ตัวอย่างคดี Boardman v. Phipps (1967) 2 A.C. 46¹⁷ คดีนี้จำเลยสองคนต่างทำหน้าที่อยู่ในฐานะเป็นทรัสต์ เพื่อดูแลทรัพย์สินของทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นอันได้แก่ การถือหุ้นอยู่ในบริษัทเอกชนแห่งหนึ่ง ปรากฏว่า ในการทำหน้าที่ดังกล่าวของจำเลยทั้งสอง ได้เข้ากระทำการเป็นเสมือนตัวแทนของทรัสต์ ด้วยการติดต่อเจรจากับบรรดากรรมการบริษัทขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มจำนวนหุ้นของบริษัทออกมาใหม่ และให้มีการปรับปรุงมูลค่าหุ้นที่ทรัสต์ได้ถืออยู่เดิม ในที่สุดจำเลยทั้งสองก็ได้รับเอาหุ้นจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นหุ้นที่บริษัทได้ออกใหม่ไว้เป็นของตนเอง โดยถือไว้ในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วยเช่นกัน หลังจากนั้น จำเลยทั้งสองได้ขายหุ้นที่ตนถือไว้ให้แก่ผู้อื่นในราคาที่สูงกว่าราคาที่ตนซื้อมา ทำให้จำเลยได้รับผลกำไรอย่างมากมาย ฉะนั้นบรรดาผู้รับประโยชน์ของทรัสต์จึงฟ้องจำเลยทั้งสองให้รับผิดชอบในผลกำไรดังกล่าว ในที่สุดศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยทั้งสองรับผิดชอบเงินกำไรทั้งหมดที่ตนได้รับ ให้แก่บรรดาผู้รับประโยชน์ของทรัสต์ แม้ตามข้อเท็จจริงจำเลยทั้งสองจะไม่ได้กระทำการอันไม่สุจริตต่อผู้รับประโยชน์ก็ตาม

ศาลอุทธรณ์โดย Lord Denning ได้ให้ความเห็นว่า ตัวแทนอาจก่อให้เกิดผลประโยชน์เป็นการลับขึ้นจากการทำหน้าที่ตัวแทนนั้นโดยวิธี 3 ประการ คือ

1. โดยใช้ทรัพย์สินของตัวการอันมิชอบมิควร
2. โดยอาศัยตำแหน่งที่ตนมีอำนาจอยู่ โดยมิชอบมิควรและ
3. โดยอาศัยข้อมูลความรู้ที่ตัวแทนได้ล่วงรู้มาอันมิชอบมิควร ซึ่งในแต่ละกรณีเหล่านี้ ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อตัวการในผลประโยชน์ต่างๆ ดังกล่าว หลักนี้ใช้ได้แม้กระทั่งการที่ตัวการจะไม่ได้

¹⁴ Hornstein, George D., Corporation Law and Practice Volume 1 (St. Paul Minn: West Publishing Co, 1959) p. 557.

¹⁵ Schmitthoff, Clive M., Palmer's Company Law, Volume 1, 23rd edition (London: Stevens & Sons, 1982) p.870.

¹⁶ Mitchell, Philip L.R., Director's Duties and Insider Dealing, (London: Butterworth, 1982) p.32

¹⁷ Ball, Brian & Rose, F.n., Principle of Business Law, (London: Sweet & Maxwell, 1979) pp. 23-24.

รับความเสียหายแต่อย่างใด ทั้งนี้ถ้าผลประโยชน์หรือเงินที่ตัวแทนได้รับมาโดยมิชอบนั้นเป็นการอาศัยทรัพย์สินของตัวการหรืออาศัยโอกาสตำแหน่งหน้าที่เช่นนั้น เหตุนี้ตัวแทนจึงยอมไม่มีสิทธิเก็บเอาไว้เป็นของตน และต้องรับผิดชอบต่อตัวการเพื่อการดังกล่าว

2.2 หลักความรับผิดในเรื่องอำิสสินจ้าง (bribes)

ในคดี Industrial and General Mortgage Co., Ltd. v. Lewis (1949) ให้ความหมายของคำว่า "อำิสสินจ้าง" ว่าหมายถึงการจ่ายเงินให้เป็นการตอบแทนโดยลับ ซึ่งยอมได้แก่เฉพาะ เมื่อ (1) บุคคลที่จ่ายไปนั้น ได้จ่ายแก่ตัวแทนของผู้อื่น ซึ่งเป็นผู้ที่ตนได้ติดต่อเกี่ยวข้องอยู่ (2) บุคคลที่จ่ายนั้นได้จ่ายไปโดยรู้ยู่ว่า ผู้รับเงินโดยลับนั้นกระทำการในฐานะเป็นตัวแทนของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งผู้จ่ายได้ติดต่อเกี่ยวข้องอยู่ และ (3) บุคคลที่จ่ายนั้นไม่ได้เปิดเผยให้แก่ตัวการซึ่งตนได้ติดต่อเกี่ยวข้องทราบว่า ตนได้จ่ายเงินดังกล่าวให้แก่ตัวแทนของบุคคลผู้นั้น¹⁸

ฉะนั้น การที่ตัวแทนรับเอาอำิสสินจ้างจากบุคคลภายนอกซึ่งได้จ่ายให้แก่ตนทั้งนี้เพื่อกระทำประโยชน์แก่บุคคลภายนอก โดยรู้ยู่ว่า ตนเองต้องการกระทำการในฐานะตัวแทนของตัวการเช่นนี้แล้ว จึงยอมเป็นเรื่องที่ตัวแทนมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของตัวการ (conflict of interests) ตัวอย่างคดี Furs Ltd. v. Tomkies (1936) 54 CLR 583 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการของบริษัทโจทก์ ในขณะที่ได้รับหน้าที่เพื่อติดต่อขายทรัพย์สินตลอดจนกิจการส่วนหนึ่งของบริษัท ฯ จำเลยได้รับข้อเสนอจากผู้ซื้อทรัพย์สินบางส่วนของบริษัทเพื่อว่าจ้างจำเลยเข้าทำงานพร้อมกับจ่ายเงินตอบแทนให้แก่จำเลยที่ผู้ซื้อได้ล่วงรู้ความลับของบริษัทเกี่ยวกับกิจการของบริษัทที่ดำเนินอยู่ ศาลพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบบริษัทในผลประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับ เนื่องจากจำเลยได้รับมอบหมายให้ติดต่อขายทรัพย์สินของบริษัท จึงนับเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทเป็นสำคัญ โดยปฏิบัติให้ดีที่สุดเพื่อให้บริษัทได้รับราคาที่สูงที่สุดจากการขายธุรกิจนั้น แต่เมื่อจำเลยได้ยอมรับข้อเสนอจากผู้ซื้อทรัพย์สินของบริษัทที่จะให้ตนเองได้รับผลตอบแทนดังกล่าว กรณีจึงเป็นเรื่องที่จำเลยมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท เพราะในพฤติการณ์เช่นนี้ จำเลยยอมทำข้อตกลงกับผู้ซื้อเพื่อให้เกิดผลดีที่สุดแก่ตนเองเกี่ยวกับการที่จะได้รับการว่าจ้างงานใหม่ในเวลาข้างหน้า

3) กรรมการประกอบการค้าแข่งขันกับบริษัท

เป็นการให้ความคุ้มครอง ผลประโยชน์ของบริษัทโดยกำหนดความรับผิดแก่กรรมการบริษัท โดยมีคดี Thomas Marshall (Enterprises) Ltd v. Guimlo (1978) 2 WLR 116 34 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการของบริษัทโจทก์ ได้ตกลงทำสัญญาเพื่อเป็นกรรมการโดยเฉพาะกับบริษัทโจทก์ว่า จำเลยจะไม่ดำเนินกิจการใดๆ ก็ตามโดยปราศจากความยินยอมของบริษัท หรือเปิดเผยข้อมูลความลับของบริษัทให้แก่บุคคล ต่อมาจำเลยถูกฟ้องเป็นคดีนี้ว่า กระทำการฝ่าฝืนข้อตกลงทั้งสองกรณีและแย่งเอาธุรกิจของบริษัทมาทำเอง ทั้งจำเลยยังปฏิเสธไม่ยอมผูกพันตามสัญญา โดยศาลพิพากษาว่า จำเลยได้กระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท และขอผูกพันโดยชัดแจ้งตามสัญญาที่จำเลยยอมรับเป็นกรรมการในบริษัทโจทก์

¹⁸ 2 ALL ER 405 AT p.408, 575.

4) การกระทำของกรรมการในลักษณะอื่น ๆ ที่มีใช้เพื่อผลประโยชน์ของบริษัท

คดี Cook v. Deeks (1916) 1 A.C. 554 37 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทที่ จำกัด มีผู้รับเหมาก่อสร้าง 4 คน คือ ก.ข.ค.และ ง. เข้าเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทประมาณคนละหนึ่งในสี่ของเงินทุนบริษัท และต่างเป็นกรรมการในบริษัทที่ จำกัด ๆ ประกอบกิจการรับเหมาก่อสร้างเส้นทางรถไฟให้แก่บริษัท เอฟ จำกัด ต่อมาภายหลังเกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างบุคคลทั้งสี่ ปรากฏว่า ก.ข.ค. ได้ร่วมกันจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นอีกแห่งหนึ่งเฉพาะกรณีของ ก กับ ข นั้น มีหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัท ของบริษัท ที่ จำกัด มาโดยตลอดด้วยแม้ เมื่อ ก.ข.ค. จะได้ก่อตั้งบริษัทใหม่ขึ้นก็ตาม ก และ ข ก็ยังคงเป็นกรรมการในบริษัท ที่ จำกัด ทั้งหน้าที่ดังกล่าวอยู่เช่นเดิม แต่เมื่อมีการทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรในระยะหลัง สัญญาที่ทำกลับเป็นการทำขึ้นในนาม ก และ ข นอกจากนั้น ก,ข, ค ได้จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ จำกัด เพื่อลงมติยืนยันว่า บริษัท ที่ จำกัด มิได้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับในสัญญาที่ กและข ได้ทำขึ้นดังกล่าวขึ้น ซึ่งโดยผลจาก ก,ข,ค เป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากที่มีคะแนนเสียงสามารถควบคุมการจัดกิจการงานในบริษัท ที่จำกัด ได้ที่ประชุมฯ จึงลงมติให้ความเห็นชอบ ฉะนั้น จึงใช้สิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัท ที่ จำกัด ให้ ก, ข, ค, ตลอดจนบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้นสงมอบคืนผลประโยชน์ต่างๆ ที่จะได้รับจากสัญญานั้นให้แก่บริษัท ที่ จำกัด ศาลพิพากษาว่า ก,ข ได้ปฏิบัติฝ่าฝืนต่อหน้าที่ความซื่อสัตย์สุจริต ต่อบริษัท ที่ จำกัด ส่วนมติของการประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผลจากการให้สิทธิลงคะแนนเสียงของ ก,ข,ค. นั้น ย่อมหาผลกระทบและตัดสิทธิของบริษัท ที่ จำกัด ที่จะได้รับประโยชน์ตามสัญญาแต่อย่างใดไม่ ฉะนั้น ก,ข,ค. และบริษัทใหม่ที่ตั้งขึ้นต้องรับผิดชอบคืนผลประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับจากการทำสัญญานั้นให้แก่บริษัทที่ จำกัด

โดยใน กฎหมายฟื้นฟูกิจการของอังกฤษได้บัญญัติในกรณีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขาดคุณสมบัติของการเป็น Insolvency Practitioner และมีบทลงโทษไว้¹⁹ โดยมีองค์การในการควบคุมวิชาชีพในการสอบสวนคำร้องขอในกรณีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ

3.2.1 มาตรการการตรวจสอบการทุจริตของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (Administrator)

ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษ Insolvency Act 1986 ไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบการทุจริตของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้อย่าง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้เฉพาะกรณีขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้มีวิชาชีพหนี้สินล้มพันตัว (Insolvency Practitioner) และให้ พ้นจากตำแหน่งได้ โดยคำสั่งศาล²⁰ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการพิจารณาของศาล ตามมาตรา 27²¹ โดยระบุว่า เมื่อคำสั่งฟื้นฟูกิจการมีผลบังคับแล้ว เจ้าหนี้ หรือฝ่ายบริษัทลูกหนี้อาจยื่นคำขอ เพื่อแถลงต่อศาลว่าการจัดการทรัพย์สิน และการบริหารจัดการธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ โดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และบริษัทลูกหนี้²² ศาลอาจมีคำสั่ง

¹⁹ Insolvency Act 1986 section 389.

²⁰ Insolvency Act 1986 section 19(1).

²¹ Insolvency Act 1986 section 27.

²² Insolvency Act 1986 section 27(1).

ตามที่เห็นสมควรเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเลื่อนการพิจารณาออกไปโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข หรือมีคำสั่งชั่วคราวหรือมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามความเหมาะสม²³ ซึ่งในกรณีที่มีหลักฐานแสดงว่าเกิดความบกพร่องในการทำหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ตามคำขอที่ยื่นต่อศาล ศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดตามที่เห็นสมควร (order as its thinks fit) หรือมีคำสั่งตามมาตรา 19(1) เพื่อถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ออกจากตำแหน่ง โดยตามมาบทบัญญัติในมาตรา 27(1)²⁴

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า อำนาจศาลในการถอดถอนหรือมีคำสั่งใด ๆ ต่อผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ใช้คำว่า “unfairly prejudicial” ซึ่งในกรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียร้องขอต่อศาล ซึ่งอาจไม่ใช่ในกรณีของการทุจริตของผู้บริหารแผน แต่เป็นเหตุแห่งความบกพร่องในหน้าที่ ดังนั้น การถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการของอังกฤษจึงเป็นการมองในส่วนของผู้เสียหาย หรือเจ้าหนี้และ มาตรา 19 (1)²⁵ เป็นเหตุแห่งการถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยศาล

เมื่อศึกษาแล้ว พบว่าเมื่อมีการร้องขอของเจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ศาลสามารถถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยมีเหตุตามมาตรา 19 (1) คือให้เป็นดุลพินิจของศาล

²³ Insolvency Act 1986 section 19(1).

²⁴ Insolvency Act 1986 section 27(1).

“ Protection of interests of creditors and members

At any time when an administration order is in force the Bank of England, the Deposit Protection Board, or a creditor or member of the company may apply to the court by petition for an order under this section on the ground-

(a) that the company's affairs, business and property are being or have been managed by the administrator in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of its creditors or members generally, or of some part of its creditors or members generally, or of some part of its creditors or members (including, where the applicant is a creditor or a member, at least himself), or

(b) that any actual or proposed act or omission of the administrator is or would be so prejudicial.

²⁵ Section 19 (1) “ Vacation of office

(1) The administrator of the company may at any time be removed from office by order of the court and may , in the prescribed circumstances , resign his office by giving notice of his resignation to the court .

(2) The administrator will vacate office if-

(a) he ceases to be qualified to act as an insolvency practitioner in relation to the company , or ...

และในส่วนการถอดถอน ในกรณีการขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvent Practitioner ใน The Insolvent Practitioner Rule 1986 regulation 12 and Schedule 2 ซึ่งใน บทบัญญัติดังกล่าว ได้ระบุให้ "Fraud" และ "Dishonesty" เป็นเหตุของการถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยเป็นการกำหนดในด้านการเป็นผู้มีวิชาชีพของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่จะต้องมีความสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่และมีการกำหนดให้มี บทบัญญัติในการประกันความเสียหายต่อตำแหน่งหน้าที่ในทางวิชาชีพ²⁶ โดยแม้

²⁶ The Insolvent Practitioner Rule 1986 regulation 12 and Schedule 2

Responsible insolvent practitioner's security :

A person A person is not qualified to act as an insolvent practitioner at any time unless there is in force, at the time the practitioner is appointed to act, security in the form of a bond containing provisions whereby:

- (a) a surety undertakes to be jointly and severally liable with the insolvent practitioner for the proper performance by the practitioner of the duties imposed on him by the Act and the subordinate legislation made under the Act;
- (b) the liability of the surety and the practitioner is in both a general penalty sum and a specific penalty sum in respect of each person in respect of whom the practitioner acts and is limited to a sum equivalent to the losses caused by any fraud or dishonesty of the practitioner whether acting alone or in collusion with one or more persons, or the fraud or dishonesty of any person or persons committed with the connivance of the practitioner;
- (c) a bordereau is submitted to the surety containing an entry completed by the practitioner evidencing acceptance by the surety of liability in respect of the practitioner acting in relation to a specific person in the amount of the specific penalty;
- (d)
- (e) any claims under the bond are made firstly in respect of the specific penalty sum.

The general penalty sum must be £250,000 and the specific penalty sum must not be less than the estimated value of the insolvent's assets (or £5,000,000 if such estimated value is more than £5,000,000). In any case where the estimated value is less than £5,000, the value of the assets for the purposes of the specific penalty will be deemed to be £5,000. In estimating the value of the insolvent's assets the practitioner will have regard to the value of the assets as disclosed in any

จะไม่ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาในกรณีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้ แต่เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดมูลค่าการประกันความรับผิดของ Insolvency Practitioner ใช้ในมูลค่าสูง หากเกิด กรณีผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency Practitioner Fraud หรือ dishonesty ไว้ โดยกำหนดให้มีการประกันความรับผิดเป็นมูลค่าโดยทั่วไป (The general penalty) และมูลค่าพิเศษ (The specific penalty) ใน Insolvency Act 1986 section 389 ได้ระบุโทษแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่ขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency Practitioner ไว้ด้วยโดยบัญญัติให้มีโทษทั้งจำคุกและปรับ โดยบัญญัติไว้ว่า

“ Acting without qualification an offence

- (1) A person who acts as an insolvency practitioner in relation to a company or an individual at a time when he is not qualified to do so is liable to imprisonment or a fine , or to both.”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หากผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency practitioner ข้อฉ้อหรือไม่สุจริตในการ ปฏิบัติหน้าที่แล้ว จะถูกลงโทษในบทบัญญัติความเป็นวิชาชีพโดยองค์การควบคุมวิชาชีพ (secretary of state) และตามบทบัญญัติใน Insolvency Act 1986 section 389 ซึ่งมีโทษปรับและจำคุกโดยองค์การวิชาชีพจะเป็นผู้รับเรื่องร้องขอและทำการสอบสวนคดีดังกล่าวโดยมีหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

บทลงโทษผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่ขาดคุณสมบัติอันเนื่องมาจากการฉ้อฉล หรือการไม่สุจริตจะมีบทลงโทษจำคุก ไม่ต่ำกว่า 6 เดือน และหรือมีโทษปรับ (Imprisonment for up to 6 months and /or fine up to stat . max.) และในคดีอาญา จำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี และหรือมีโทษปรับ อย่างสูง 2,000 ปอนด์ (Imprisonment for up to 2 years and/or a fine)

นอกจากบทลงโทษทางวิชาชีพดังกล่าวแล้ว กฎหมายฟื้นฟูกิจการในประเทศอังกฤษได้กำหนดโทษทางอาญาของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายฟื้นฟูกิจการและตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยมีบทลงโทษทางอาญาดังนี้

1. Administrator ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายต่อนายทะเบียนในการดำเนินการต่อไป นี้ โดยไม่มีเหตุอันสมควร

statement of affairs of the insolvent and any comments of creditors or the official receiver on that statement of affairs and if, at any time, the responsible insolvency practitioner forms the opinion that the value of the assets is higher than the penalty sum under the current specific penalty (being a penalty sum less than £5,000,000) the responsible insolvency practitioner must obtain a further specific penalty under which the penalty sum at least equal to that higher value or £5,000,000 (whichever is the less).

- 1.1 ไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ที่อนุญาตให้จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่นายทะเบียนบริษัท ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว
- 1.2 ไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ในการบังคับใช้กระบวนการ Administration Order แก่นายทะเบียนบริษัทและบุคคลที่ระบุในคำสั่งภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว²⁷
- 1.3 ไม่ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ที่ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกระบวนการ Administration Order แก่นายทะเบียนบริษัทภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งศาลมีผลบังคับ²⁸ โทษปรับสูงสุดและโทษปรับรายวัน 1/50 ของโทษสูงสุด
- 1.4 ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ Administrator ไม่จดทะเบียนแจ้งคำสั่งศาลเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Failure of administrator to register office copy of court order permitting disposal of charged property)²⁹ โทษปรับ 1/5 ของโทษปรับสูงสุดและโทษปรับรายวัน 1/50 ของโทษสูงสุด
- 1.5 ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ Administrator ไม่ทำหน้าที่ยื่นเอกสาร (Administrator failing to send out , register and lay before creditors statement of his proposal) โทษปรับ 1/5 ของโทษปรับสูงสุดและโทษปรับรายวัน 1/50 ของโทษสูงสุด
2. ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ Administrator ขาดคุณสมบัติในการกระทำการเป็นกรรมการบริษัทตาม Company Director Disqualification Act 1986 และศาลมีคำสั่งให้ขาดคุณสมบัติ แล้วแต่ยังทำหน้าที่ของ Administrator ต่อไป (Acting as administrator whilst disqualified)³⁰ โดยมีโทษจำคุก (Summary) ไม่ต่ำกว่า 6 เดือน และหรือ มีโทษปรับ (Imprisonment for up to 6 months and/or fine up to stat.max.) โดยมีโทษในทางอาญา (On indictment) โทษจำคุก ไม่ต่ำกว่า 2 ปี และหรือมีโทษปรับ (Imprisonment for up to 2 years and/or a fine) เนื่องจาก กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีความรับผิดชอบเดียวกับกรรมการบริษัท ดังนั้นหากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขาดคุณสมบัติของการเป็นกรรมการบริษัทแล้วยังคงดำเนินการในฐานะผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอีกจะมีบทลงโทษในทางอาญา
3. ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ Administrator ปิดบังข้อมูลเกี่ยวกับการบริหารจัดการ ตาม Companies Act 1985 section 426(6) มีบทลงโทษปรับอย่างสูงสุด
4. Administrator ปิดบังข้อมูลหรือประมาทในการให้ข้อมูลแก่ Secretary of State (Employment Protection Consolidation Act 1978 section 126(3) โดยมีโทษปรับไม่ต่ำกว่า 400 ปอนด์ และบทลงโทษในกรณีการทำเอกสารเท็จ โดยมีโทษปรับไม่ต่ำกว่า 2,000 ปอนด์

²⁷ Insolvency Act 1986 section 21 (3).

²⁸ Insolvency Act 1986 section 18 (5) , section 24 (7) and section 27 (6).

²⁹ Insolvency Act 1986 section 15 (8)

³⁰ Company Directors Disqualification Act 1986, section 1 and section 13.

5. Administrator ไม่รายงานเกี่ยวกับการบริหารจัดการ (Failure to finish reports on director) Insolvency Companies (Reports on Conduct of Directors) No. 2 Rules 1986 มาตรา 4 (7) มีโทษปรับไม่ต่ำกว่า 400 ปอนด์ และโทษปรับรายวันไม่ต่ำกว่า 40 ปอนด์
6. Administrator ไม่ส่งรายการย่อของการรับและจ่ายเงินของบริษัทลูกหนี้ต่อศาล นายทะเบียนบริษัทหรือเจ้าหนี้ (Failure to send abstract of receipts and payments)³¹ ซึ่งมีโทษปรับไม่ต่ำกว่า 1/5 ของโทษสูงสุด และโทษปรับรายวัน 1/5 ของโทษสูงสุด
7. Administrator กระทำการผิดวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบเอกสาร ตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ (False representation of status for purpose of inspecting documents) โดย ระบุว่า โทษ (Summary) ในโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน และหรือมีโทษปรับและโทษ ในทางอาญา (On indictment) ในโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี และหรือมีโทษปรับ (Imprisonment for up to 2 years and /or a fine)³²
 - อัตราโทษปรับสูงสุด คือ จำนวน 2,000 ปอนด์³³
 - โทษทางอาญา³⁴

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจะเน้นในเรื่องการลงโทษบุคคลที่ขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency Practitioner ซึ่งเป็นส่วนสำคัญโดยจะสังเกตว่ามีโทษอาญาแก่บุคคลที่ขาดคุณสมบัติ ซึ่งการทุจริตในหน้าที่เป็นสาเหตุหนึ่งของการขาดคุณสมบัติ ซึ่งในกระบวนการของประเทศอังกฤษหากพิจารณาแล้วว่าผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency Practitioner ปฏิบัติหรือละเว้นการ ปฏิบัติไม่ชอบในหน้าที่ (unprofessional) , หรือปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสม (improperly) หรือ ไม่มีศีลธรรม (unethically) ผู้เสียหายสามารถร้องต่อหน่วยงาน Secretary of State (authorising body) โดยก่อนที่ ผู้มีวิชาชีพในการจัดการทรัพย์สิน Insolvency Practitioner ปฏิบัติงานจะแจ้งแก่ลูกหนี้ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจที่จะรับเรื่องร้องทุกข์และมีหน้าที่สอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อพิจารณาใช้ค่าเสียหายในทรัพย์สินหลักประกัน

3.3 การทุจริตในประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้ หากแต่มีบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดให้เหตุทุจริตเป็นเหตุหนึ่งของการถอดถอนผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจากตำแหน่ง ซึ่งมีได้มีบทลงโทษทางอาญาอย่างเช่น กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยดั่งนั้นเพื่อสามารถเปรียบเทียบให้เห็นถึงขอบเขตความรับผิดทางอาญากรณีทุจริต จึงขอยกตัวอย่างเปรียบเทียบ

³¹ Insolvency Act 1986 regulation 2.52.

³² Insolvency Regulation 12.18

³³ Magistrates's Courts Act 1980 section 32.

³⁴ Criminal Penalties etc. (Increase) Order 1984 (S.I. 1984 No.447)

ในกรณีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการถูกถอดถอนโดยเหตุทุจริต (fraud or dishonesty) ของกฎหมายฟื้นฟูกิจการ
ประเทศสหรัฐอเมริกา

การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้กฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code Chapter 11) ได้
มีแนวคิดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการเดิมเข้ามาบริหารจัดการทรัพย์สิน โดยมีความเชื่อว่าลูกหนี้เป็นผู้เข้าใจสภาพ
ปัญหาและสภาพธุรกิจของตนเองได้ดีที่สุด การที่กิจการของลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้จึงเป็นผู้
ที่มีความเหมาะสมที่สุดในการแก้ไขปัญหาของกิจการของตนเอง ทั้งในด้านการรักษาผลประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้อง
ข้อทุกฝ่าย ด้านการรักษากิจการของตนเองให้อยู่รอดและการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และการ
แต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการก็กระทำได้โดยในลักษณะของ ทรัสต์ (trustee) หรือ ทรัสต์อิสระ
(independent trustee)ซึ่งจะต้องเข้ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้โดยต้องมีเหตุตามกฎหมาย³⁵ ทรัสต์จึงจะเข้ามา
ทำหน้าที่ในฐานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ พื้นฐานของการแต่งตั้งจะต้องอยู่ที่การกำหนดหรือจำกัดเหตุ
และกรณีของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าจะต้องมีกรณีของการฉ้อฉล (fraud) ไม่สุจริต (dishonesty) การจัดการที่ผิด
พลาดอย่างร้ายแรง (gross mismanagement) ของลูกหนี้³⁶ หรือมีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน จึงจะมีการ
แต่งตั้งทรัสต์

แนวคิดหลักของการแต่งตั้งทรัสต์ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการที่สำคัญ คือ การจัดให้มีคนกลาง
หรือผู้ที่ไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย (disinterested)³⁷ ในกิจการของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นจึง
อาจสรุปได้ว่า ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา อาจมีการแต่งตั้งบุคคลผู้เข้ามาดำเนินการ
ฟื้นฟูกิจการได้ ใน 2 กรณีคือ

1. ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และ
2. ทรัสต์

ในการพิจารณาถึงขอบเขตความหมายของคำว่า “ ทุจริต ” ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐ
อเมริกา จะสามารถพิจารณาได้จากเหตุแห่งการถอดถอน ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และกรณีของทรัสต์ ซึ่ง
ทั้งสองกรณี ต่างมีขอบเขตการรับผิดเช่นเดียวกัน อันเนื่องมาจากความรับผิดของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้
กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องรับผิดในฐานะที่ต้องมีหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความไว้วางใจ
เหมือนดังเช่นกรรมการบริษัท โดยมีรายละเอียดดังนี้

ศาลล้มละลาย จะทำการแต่งตั้งทรัสต์หากพบว่าการบริหารกิจการของบริษัทลูกหนี้ทุจริต หรือไม่สุจริต
โดยเนื่องจากว่าหากมีการฉ้อฉลหรือการหลอกลวงหรือทุจริต บริษัทก็ขาดความน่าเชื่อถือในการบริหารและปฏิบัติ
dingาน และผู้ผลิต (Suppliers) รายสำคัญก็อาจปฏิเสธที่จะทำธุรกิจกับลูกหนี้ รวมทั้งกิจการต่างๆ ของลูกหนี้
และบริษัทสาขา (Affiliated corporation) ดังนั้นจึง จำเป็นต้องผ่านการพิจารณาทบทวน (review) ตรวจสอบ
(examination) รวมทั้งการแต่งตั้งทรัสต์ยังเป็นการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อเป็นการรักษาผล

³⁵ Ibid.

³⁶ 11 U.S.C. section 1104

³⁷ 11 U.S.C. section 1104(c)

ประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ด้วยซึ่งการแต่งตั้งทรัสต์ีอาจเป็นการดีกว่าปล่อยให้ลูกหนี้บริหารจัดการต่อไป³⁸

โดยศาลล้มละลายอาจแต่งตั้งทรัสต์ีได้โดย

1. ให้ทรัสต์ีช่วยบริหารกิจการร่วมกับลูกหนี้
2. การแต่งตั้งทรัสต์ีเป็นผู้บริหารกิจการแทนลูกหนี้

ดังนั้นในกรณีที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำการฉ้อฉล หรือไม่สุจริต โดยผู้มีส่วนได้เสียร้องขอให้มีการแต่งตั้งทรัสต์ี ศาลจะพิจารณาโดยนำบทบัญญัติ ที่ 11 มาตรา 1104 (Chapter 11 section 1104) พิจารณาการกระทำของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อแต่งตั้งทรัสต์ี นอกจากนี้ ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังได้บัญญัติถึงกรณีหากศาลเห็นว่าไม่ควรให้มีการแต่งตั้งทรัสต์ีศาลอาจแต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบ (An Examiner)³⁹ ในการตรวจสอบเฉพาะกรณีความทุจริตของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ได้⁴⁰

บทบัญญัติล้มละลาย Bankruptcy Code Chapter 11 section 1104⁴¹ ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งการถอดถอนและให้มีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์ีหรือผู้ตรวจสอบในกรณีทุจริต ไว้ดังนี้

³⁸ In re La Sherene, Inc.(1980 ,BC ND Ga)3 BR 169 , 6 BCD 153 , 1 CBC 2d 685.

³⁹ David M.Given, When and Why Courts Appoint Trustees in Bankruptcy.The Practical Lawyer. Vol.34. number 6 (September)1988

⁴⁰ 11 U.S.C. Section 1104 (c)

⁴¹ 11 U.S.C. section 1104 “Appointment of trustee or examiner”

(a) At any time after the commencement of the case but before confirmation of a plan , on request of a party in interest or the United State trustee , and after notice and a hearing , the court shall order the appointment of a trustee-

- (1) for cause , including fraud ,dishonesty , incompetence, or gross mismanagement of the affaires of the debtor by current management ,either before or after the commencement of the case , or similar cause,but not including the number of holders of securities of the debtor or rhe amount of assets or liabilities of the debtor ; or
- (2) if such appointment is in the interests of creditors, any equity security holder, and other interests of the estate, without regard to the number of holder of securities of the debtor or the amount of assets or liabilities of the debtor.

(b) Except as provided in section 1163 of this title [11 USCS section 1163], on the request of a party in interest made not later than 30 days after the court orders the appointment of a trustee under subsection(a) , the United States trustee shall convene a meeting of credits for the purpose of electing one disinterested person to serve as trustee in the case. The election of a trustee shall be

มาตรา 1104 การแต่งตั้งทรัสต์หรือผู้ตรวจสอบ⁴²

- (ก) ภายหลังจากเริ่มต้นคดีแต่ก่อนยอมรับแผน หากผู้มีส่วนได้เสีย (A party in interest) หรือ The United State Trustee ร้องขอ เมื่อได้รับคำร้องและพิจารณาแล้วศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์
- (1) ในเหตุการณ์ฉ้อฉล (Fraud) ไม่สุจริต (Dishonesty) ไร้ความสามารถ (Incompetence) หรือบริหารกิจการของลูกหนี้ผิดพลาด (Gross mismanagement) ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังเริ่มต้นคดี หรือโดยเหตุทำนองเดียวกัน แต่ไม่รวมถึงผู้ถือหุ้นมีประกันของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินหรือความรับผิดของลูกหนี้ หรือ
- (2) หากการแต่งตั้งดังกล่าวเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผู้ถือหุ้นมีประกัน และผลประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างอื่น แต่ไม่รวมถึงผู้ถือหุ้นมีประกันของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินหรือความรับผิดของลูกหนี้
- (ข) ภายใต้อำนาจของมาตรา 1163 เมื่อมีคำร้องขอจากผู้มีส่วนได้เสีย ภายในระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน หลังจากศาลแต่งตั้งทรัสต์ตาม (ก) The United State Trustee จะเรียก

conducted in the maner provided in subsections (a),(b), and (c) of section 702 of this title [11 USCS section 702].

(c) If the court does not order the appointment of a trustee under this section , then at any time before the confirmation of a plan , on request of a party in interest or the United State trustee , and after notice and a hearing , the court shall order the appointment of an examiner to conduct such an investigation of the debtor as is appropriate, including an investigation of any allegations of fraud , dishonesty, incompetence,misconduct, mismanagement , or irregularity in the management of the affairs of the debtor of or by current or former management of the debtor , if-

- (1) such appointment is in the interest or credits, any equity security holder , and other interests of the estate ; or
- (2) the debtor's fixed, liquidated,unsecured debts, other than debts for goods,services, or taxes, or owing to an insider, exceed \$ 5,000,000.

(d) If the court orders the appointment of a trustee or an examiner , if a trustee or an examiner dies or resigns during the case or is removed under section 324 of this title [11 USCS section 324], or if a trustee fails to qualify under section 322 of this title, then the United State trustee , after consultation with parties in interest, shall appoint , subject to the court's approval, one disinterested person other than the United States trustee to serve as trustee or examiner , as the case may be , in the case.

⁴² David M.Given, When and Why Courts Appoint Trustees in Bankruptcy. The Practical Lawyer.

ประชุมเจ้าหน้าที่เพื่อคัดเลือกผู้ไม่มีส่วนได้เสียขึ้นเป็นทรัสต์ในคดี การคัดเลือกทรัสต์จะกระทำตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 702 (ก) (ข) และ (ค)

- (ค) หากศาลมีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์ตามบทบัญญัตินี้ เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือ The United State Trustee ยื่นคำร้องภายในเวลาที่ยอมรับแผน เมื่อได้รับคำร้องและพิจารณาแล้ว ศาลจะมีคำสั่งแต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบ (An Examiner) ให้กระทำการสืบสวนสอบสวน (Investigation) ลูกหนี้ก็ได้ หากเห็นสมควร รวมถึงการสืบสวนสอบสวนข้อกล่าวหาในเรื่องการฉ้อฉล ไม่สุจริต ไร้ความสามารถ ประพฤติมิชอบ (Misconduct) บริหารงานผิดพลาด (Mismanagement) หรือการบริหารงานไม่เป็นไปตามปกติ (Irregularity in the management) ในกิจการของลูกหนี้ทั้งในอดีตและปัจจุบัน หาก
- (1) การแต่งตั้งดังกล่าวเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ ผู้ถือหุ้นมีประกัน และผลประโยชน์ในทรัพย์สินอื่น หรือ
 - (2) หนี้ที่มีจำนวนแน่นอน (Fixed) หรือ หนี้จากการชำระบัญชี (Liquidated) และหนี้ไม่มีประกัน (Unsecured) ของลูกหนี้ แต่ไม่รวมถึงบรรดาหนี้ในค่าสินค้า ค่าบริการ หรือภาษี หรือหนี้ค้างชำระแก่บุคคลในองค์กร (Owing to an insider) ซึ่งมีจำนวนเกินกว่า 5,000,000 เหรียญสหรัฐ
- (ง) หากศาลมีคำสั่งแต่งตั้งทรัสต์หรือผู้ตรวจสอบแล้ว ต่อมาทรัสต์หรือผู้ตรวจสอบถึงความตาย หรือลาออก ในระหว่างดำเนินคดี หรือถูกถอดถอนตามบทบัญญัติ มาตรา 324 หรือทรัสต์บกพร่องในคุณสมบัติตามบทบัญญัติมาตรา 322 เมื่อปรึกษากับคู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียแล้ว The United State Trustee จะแต่งตั้งบุคคลผู้ไม่มีส่วนได้เสียโดยที่ไม่ใช่ The United State Trustee โดยความยินยอมของศาล เพื่อทำหน้าที่เช่นเดียวกับทรัสต์ หรือผู้ตรวจสอบในคดีความตามแต่กรณี

นอกจากการแต่งตั้งทรัสต์แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวยังให้อำนาจศาลในการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (An Examiner) ในกรณีลูกหนี้ฉ้อฉล หรือไม่สุจริตศาลอาจมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (An examiner) เพื่อให้ดำเนินการสอบสวนการกระทำเฉพาะตามข้อกล่าวหาต่อลูกหนี้ในเรื่องการฉ้อฉล ไม่สุจริต ไร้ความสามารถ ประพฤติมิชอบ บริหารงานผิดพลาด หรือการบริหารงานไม่เป็นไปตามปกติทางการค้า ในกิจการของลูกหนี้ทั้งก่อนและปัจจุบันผู้ตรวจสอบไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินแยกเช่นเดียวกับทรัสต์⁴³ ดังนั้นการฉ้อฉลและไม่สุจริตที่เกิดขึ้นในกรณีการฟื้นฟูกิจการจึงเกิดจาก

1. กรณีศาลมีคำสั่งให้แต่งตั้งทรัสต์
2. กรณีศาลมีคำสั่งให้แต่งตั้งทรัสต์หากแต่แต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (An examiner) ในการสืบสวนสอบสวน การกระทำของลูกหนี้

⁴³ In re Patton's Busy Bee Disposal Service , inc.,

3.3.1 รูปแบบของการฉ้อฉล และไม่สุจริต (Fraud or Dishonesty) ⁴⁴

การฉ้อฉล หรือการไม่สุจริตของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจเกิดได้จากการร้องขอให้แต่งตั้งทรัสต์และการร้องขอให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (An examiner) ดังนั้นรูปแบบของการการฉ้อฉล หรือการไม่สุจริตจึงสามารถศึกษาได้จาก 2 กรณี ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีที่ผ่านมาของประเทศสหรัฐอเมริกา สามารถสรุปลักษณะของการทุจริตได้ดังนี้

1) การนำรายได้ ไปใช้จ่ายในค่าใช้จ่ายส่วนตัวโดยมิชอบ

ข้อเท็จจริงในคดี ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้นำเงินรายได้ของกิจการบริษัทไปใช้ในการดำเนินคดีในศาล ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการกระทำที่ไม่สุจริตของตนเอง (unnecessary expense occasioned) ทั้ง ๆ ที่กิจการของลูกหนี้นี้มีหนี้อื่น ๆ ที่มีสำคัญอันสมควรต้องชำระ (the director had breached a duty of loyalty when he caused his wholly –owned company to pay down a debt owed to him , while ignoring a much large debt owed to the corporation) ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถตอบข้อกล่าวหาที่มีอย่างต่อเนื่องได้เป็นที่น่าพอใจ ในกรณีมีความประพฤติโดยมิชอบ (Misconduct) ดังกล่าวได้ ไม่สามารถนำเสนอรายละเอียดของความสำเร็จในค่าใช้จ่าย ดังกล่าวได้ (Misrepresented valuation of inventory) ลูกหนี้อาจมีทัศนคติที่แปลกแยก (took inconsistent positions) และดำเนินธุรกิจด้วยความโปร่งใส โดยปราศจากอำนาจ (Unauthorized) ผ่านการกระทำโดยฉ้อฉลของตน (Fraudulently concocted alter egos) ด้วยวิธีการปกปิดตัวตนของลูกหนี้ ⁴⁵

2) ลูกหนี้ได้กระทำการฉ้อฉลในการซื้อหุ้นของลูกหนี้บริษัท และบริษัทแม่ (debtor committed fraud in purchasing stock of corporate debtor and Manipulated corporations) โดยการโอนหนี้ทางการค้าอย่างไม่สมควร (improper transfer of trade debts) เป็นการใช้สิทธิไม่ถูกต้อง (abusing overdraft privilege) แต่อย่างไรก็ดีหาก ขาดพยานหลักฐานสนับสนุนถึงการกระทำคำร้องขอก็จะถูกปฏิเสธ ⁴⁶

3) ลูกหนี้กระทำการฉ้อฉลในข้อตกลง ขึ้นเพื่อลวงให้เจ้าหนี้พอใจในคำสั่งของศาล (current management of both debtors engaged in fraudulent conduct designed to frustrate creditors in satisfaction of judgment) ⁴⁷ โดยในข้อเท็จจริง พบว่าลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการทำข้อตกลงโดย พยายามให้มีการโอนย้ายทรัพย์สินไปยังกิจการของตนโดยหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ตามคำสั่งศาล ซึ่งผู้ตรวจสอบพบว่า มีความสับสนระหว่างการทำบัญชีค่าใช้จ่ายและรายได้ระหว่างสองบริษัท ตัวอย่างเช่น มีการออกใบแจ้งหนี้ไปยังลูกค้าโดยบริษัทหนึ่ง แต่ใบแจ้งหนี้กลับแสดงถึงการบริการที่จัดทำขึ้นอีกบริษัทหนึ่ง และเมื่อต่อมามีการชำระเงิน

⁴⁴ David M. Given, When and Why Courts Appoint Trustees in Bankruptcy. The Practical Lawyer, Vol. 34, number 6 (September) 1988 pp.2-4.

⁴⁵ In re Comberland Inv. Ccrp (1991 , DC RI) 133 BR 275

⁴⁶ In re McCordi Corp.(1980,BC SD NY)6 BR 172,6BCD 894,2 CBC 2d 1181 , CCH Bankr L Rptr P 67612.

⁴⁷ In re Bounded Mailings, Inc.(1982, BC ED NY) 20 BR 781 , 9 BCD 487.

ก็ไม่มีการโอนเงินอย่างถูกต้อง แต่กลับนำเงินเข้าบัญชีที่ออกไปแจ้งหนี้และบริษัทก็ได้นำเงินจำนวนดังกล่าวออกมาใช้เป็นค่าใช้จ่ายบริษัท (the examiner found that there has never been an accounting of such payments)

4) ลูกหนี้ละเลย รักรายได้จากกรให้เช่า (debtor omitted rental income and brokerage liability from original and amended petitions in violation of disclosure requirement) และ หนี้ค่าธรรมเนียมหุ้น จากคำร้องเดิมและฉบับแก้ไขในเรื่องการฝ่าฝืนข้อบังคับให้เปิดเผยข้อมูลตาม Bankruptcy Rules 108 และ 10-108 และลูกหนี้ก็ไม่ได้ทำการพิสูจน์ให้เห็นว่าทำไมต้องมีการปกปิดเรื่องสัญญาเช่า (debtor proffered no justification whatsoever for nondisclosure of leases in petitions and these omissions can be characterized as dishonest conduct)⁴⁸ โดยการละเลยเช่นนี้ถือเป็นการผิดที่เข้าข่ายการกระทำทุจริต (dishonest conduct) โดยถือว่าลูกหนี้มีเจตนาปกปิด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน (Deena incurred brokerage fee liabilities in connection with these leases . The arrangement between Deena and the broker who secured the tenants was that the broker's fee would be due and owing only when rental income was received by Deena) การพิสูจน์ของศาลในคดีนี้เพื่อดำเนินการแต่งตั้งทรัสต์จะพิจารณาโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า

- (1) ความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ในการปกป้องผลประโยชน์ของทรัพย์สินที่ตนครอบครองเป็นที่สงสัย เนื่องจากลูกหนี้มีได้ยื่นแบบแสดงรายการขอคืนภาษีเงินได้ (Federal income tax returns) และมีได้ทำการสืบสวนถึงการโอนเงินโดยมิชอบ (preferential transfer) จำนวน 346,562.32 เหรียญสหรัฐ
- (2) ลูกหนี้มิได้ให้เหตุผลตามกฎหมายสำหรับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ (debtor has provided no legitimate reasons for his failure to perform duties)
- (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันเป็นพยานหลักฐานที่ชัดเจนถึงการทำให้ทรัพย์สินเสียหาย (potential harm to unsecured creditors is conclusive evidence of detriment to estate)
- (4) มีพยานหลักฐานเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีเลยว่าลูกหนี้จะสามารถทำการฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ (there is little or no evidence that debtor is capable of successful reorganization)
- (5) การคุ้มครองและการที่จะได้รับทรัพย์สินกลับคืนมาโดยการแต่งตั้งทรัสต์มีประโยชน์มากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องใช้ (protection and potential recovery for estate through appointment of trustee far outweighs cost of services to be rendered)⁴⁹

5) ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการวันที่มีผลบังคับของหลักฐานการจดทะเบียนหลักทรัพย์ ซึ่งอาจใช้เสนอเพื่อผลกำไร โดยให้หลุดพ้นจากนี้ดังกล่าว แต่ยังยืนยันในการจดทะเบียนหลักทรัพย์ดังกล่าว อันทำให้ มี

⁴⁸ In re Deena packaging Industries, Inc. (1983, BC SD NY)29 BR 705 ,10 BCD 603.

⁴⁹ In re Evans (1985 , BC WD Tex) 48 BR 46)

ผลกำไรเกิดขึ้นเพียง 24 เปอร์เซ็นต์ การกระทำดังกล่าวเป็นการฉ้อฉล และไม่สุจริต เพราะลูกหนี้จะมีการสงวนสิทธิในความแตกต่างระหว่างผลกำไร⁵⁰ (debtor in possession who knew on effective date of stock registration statement that it would use almost all of offering proceeds to retire existing debt but asserted in registration statement)

6) การเปลี่ยนแปลงรายชื่อผู้ถือหุ้นใหญ่ในกิจการของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เป็นชื่อผู้ถือหุ้นอื่น ซึ่งเป็นกิจการที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการเป็นเจ้าของ⁵¹ (unabashed conversion by majority stockholder of Chapter 11 debtor of corporate assets to acquire another company in his own name)

กรณีศึกษาข้อเท็จจริงกรณีการฉ้อฉล หรือไม่สุจริตของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏหลักฐาน อันเป็นเหตุที่สำคัญของการแต่งตั้งทรัสต์ ภายใต้บทบัญญัติ นี้ ที่แสดงให้เห็นสำคัญ คือ

1. การจัดการของลูกหนี้จะมีการตกลงอย่างไม่เป็นทางการในการกู้ยืมเงิน (debtor's manager has engaged in illegal loans) และ มีบางส่วนมีการใช้วิธีการเปลี่ยนแปลงทางบัญชี (participated in window dressing involving fraud , dishonesty , or gross mismanagement of affairs of debtor)
2. ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูจัดการบริหารทรัพย์สินเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวไม่ใช่ผลประโยชน์ของบริษัทโดยใช้อำนาจควบคุมที่ตนมีอยู่ (manager has operated debtor for his own personal benefit and not for benefit of companies over which he had control)
3. การไม่สามารถโต้แย้งสิ่งที่ผู้ตรวจสอบของธนาคารค้นพบเกี่ยวกับการจัดการทางการเงินและการบริหารหนี้สินของการจัดการบริหารของลูกหนี้ในปกติ (In re American Resources, Ltd. (1985, BC DC Hawaii)54 BR 245.)(uncontradicted finding of state bank examiner and findings and rulings of federal District Court raise serious and substantial questions as to financial and managerial credibility of debtor's present management)

กรณีที่ไม่เป็นการฉ้อฉล หรือไม่สุจริตแต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่อง จะปรากฏเป็นกรณี

1. ลูกหนี้ยับยั้งการจ่ายเงินจากลูกจ้างสำหรับกำหนดวันชำระของสหภาพแรงงาน , รัฐ หรือรัฐบาล และ ภาษี และ องค์การสาธารณะกุศล
2. การขาดความสามารถในการจัดหารายได้ในระดับหนึ่งอย่างไม่ต้องสงสัย (debtor's inability to project income with degree of certainty)
3. เกิดความผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาในการจัดทำเอกสารและข้อมูลให้ถูกต้องอย่างแท้จริง (debtor's failure to maintain accurate books and records)⁵²

⁵⁰ In re Wright Air Lines , Inc

⁵¹ In re Collby Constr.Corp.(1985, BC SD NY) 51 BR 113 , CCH Bankr L Rptr P 70646

3.3.2 มาตรการในการตรวจสอบความทุจริต⁵³

นอกจากศาลจะแต่งตั้งทรัสต์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่ล้มเหลว หรือ ไม่สุจริตแล้วในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา หากศาลไม่แต่งตั้งทรัสต์ ศาลอาจแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ (An examiner) ทำการสืบสวน สอบสวน ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการล้มเหลว หรือ ไม่สุจริต ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

แม้ว่าในบทบัญญัติมาตรา 1104 จะกล่าวถึงการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อทำหน้าที่สืบสวนสอบสวน ข้อกล่าวหาใด ๆ เกี่ยวกับการล้มเหลว หรือความประพฤติมิชอบอย่างอื่น แต่ข้อกล่าวหาเพียงอย่างเดียว ก็ไม่เพียงพอ การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบยังขึ้นอยู่กับค่าใช้จ่ายที่จำเป็น และความล่าช้าในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ หรือระยะเวลาในการสืบสวน สอบสวน ซึ่งหากไม่มีการพิสูจน์ให้เห็นถึงในการประพฤติมิชอบหรือไร้ความสามารถจริงมีเพียงแต่นำเสนอพยานหลักฐานอันเป็นข้อมูลพื้นฐานในข้อกล่าวหาเท่านั้น ศาลอาจจะยกคำร้องขอให้แต่งตั้งผู้ตรวจสอบ⁵⁴ โดยในข้อเท็จจริงในคดีเป็นข้อพิจารณาคดี เกี่ยวกับหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด (Limited partner) ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า หุ้นส่วนทั่วไป (General partner) ได้กระทำการใดอันมิได้รับมอบอำนาจโดยเฉพาะจากความตกลงของหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดหรือ มีการทำให้เข้าใจผิด (Mislead) หรือฉ้อฉล (Fraudulently) เพื่อให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดยอมทำความตกลง โดยศาลวินิจฉัยว่าการขายห้องดังกล่าวของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำไปโดยมีเจตนาสุจริต (Good faith purchaser) โดยศาลในคดีนี้มีคำสั่งยกคำร้องขอในการขอแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ

ศาลจะดำเนินการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ โดยพิจารณาจากมูลเหตุอันน่าเชื่อถือได้ว่า มีการฉ้อฉล หรือ ไม่สุจริตเกิดขึ้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.2.1 การแต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบ (The Appointment of an Examiner)⁵⁵

เมื่อศาลมีมูลเหตุเชื่อได้จากพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือได้ว่า ข้อกล่าวหา กรณีลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการฉ้อฉล (Fraud) หรือกระทำการโดยไม่ชอบ (Misconduct) อาจจะมีการร้องขอแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ ผู้ตรวจสอบไม่มีบทบาทเท่ากับทรัสต์โดยผู้ตรวจสอบไม่มีอำนาจจัดการหรือหน้าที่ในการควบคุมดูแลบริษัทเหมือนดังทรัสต์ ผู้ตรวจสอบมีหน้าที่ตรวจสอบการกระทำของลูกหนี้และให้คำแนะนำศาล แม้ว่าการกล่าวอ้างดังกล่าวจะมีได้มีการรับประกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้น ในการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบหากคำร้องดังกล่าวมีมูลน่าเชื่อถือ ศาลจะทำการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเป็นคนกลางเพื่อช่วยแก้ไขปัญหา (intermediate remedy) แทนที่ทรัสต์

⁵² In re St. Louis Globe-Democrat, Inc. (1985, BC ED Mo) 63 BR 131, 14 BCD 856

⁵³ David M. Given, When and Why Courts Appoint Trustees in Bankruptcy. The Practical Lawyer. Vol. 34, number 6 (September) 1988 p.5

⁵⁴ In re Bel Air Associates, Ltd. (1980, BC WD OKla) 4 BR 168, 6 BCD 284, 2 CBC 2d 103.

⁵⁵ David M. Given, When and Why Courts Appoint Trustees in Bankruptcy. The Practical Lawyer. Vol. 34, number 6 (September) 1988 p.5

3.3.2.2 การร้องขอให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ⁵⁶

การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบในกระบวนการฟื้นฟูกิจการอยู่ในบทบัญญัติ 1104 (b) ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่าศาลจะแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเมื่อ

1. ผู้มีส่วนได้เสีย (appointment is in the interests of creditors), ผู้ถือหุ้นก็มีประกัน, และผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินอื่น ๆ
 2. หนี้ที่มีจำนวนแน่นอน (the debtor's fixed), หรือหนี้จากการชำระบัญชี (liquidated), หนี้ไม่มีประกัน (unsecured debts) ของลูกหนี้, แต่ไม่รวมถึงบรรดาหนี้ค่าสินค้า ค่าบริการ หรือภาษี หรือหนี้ค้างชำระแก่บุคคลในองค์กร (owing to an insider) ซึ่งมีจำนวนเกินกว่า 5 ล้านดอลลาร์รัฐ
- ข้อสังเกต ความแตกต่างการแต่งตั้งทริสตีและผู้ตรวจสอบเงินไขการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบตาม ย่อหน้าที่ (c) (2) เห็นได้ว่าการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบได้นำมาใช้กับบริษัทมหาชน (the public company) โดยการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบมีเงื่อนไขเป็นสำคัญว่าต้องมีข้อเท็จจริงว่ามีผู้ร้องขอมีหนี้เกินกว่า 5 ล้านดอลลาร์รัฐ

3.3.2.3 ความจำเป็นในการร้องขอแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ⁵⁷

การร้องขอแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ จะมีขึ้นใน 2 กรณี คือ

1. เมื่อมีข้อมูลทางการเงินที่จำเป็นที่ไม่ได้จากลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เมื่อทริสตีผู้ไม่มีส่วนได้เสียในกระบวนการควบคุมการดำเนินการ ต้องการข้อมูลระหว่างคู่กรณี (when important financial information is not forthcoming from the debtor in possession .when there is no disinterested trustee in bankruptcy to supervise the flow of information among parties), และลูกหนี้ผู้ดำเนินการไม่ต้องการสนับสนุนให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ เพื่อตรวจสอบความถูกต้องของโครงสร้างทางการเงิน (the construction monopoly over financial) และข้อมูลอื่น ๆ ที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการควบคุมอยู่ ศาลอาจให้อำนาจผู้ตรวจสอบในการเข้าตรวจข้อมูลที่จำเป็นเพื่อสร้างความมั่นใจระหว่างคู่กรณี
2. การจำเป็นในการแต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบ อาจจะมีขึ้นด้วยเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นการยืนยัน ปัญหาและผลในระยะยาวในการพัฒนาทรัพย์สินของลูกหนี้ (there persists any question over the health and long -term viability of the debtor estate) กับอำนาจในการสอบสวนตามบทบัญญัติกฎหมายของผู้ตรวจสอบ ความสำคัญการสอบสวน ศาลอาจจ้างผู้ตรวจสอบในการมองดูฐานะทางการเงินของลูกหนี้, แทนการให้คำแนะนำในการชำระบัญชี

ศาลล้มละลายตั้งผู้ตรวจสอบในการสอบสวนข้อกล่าวหาอันเกี่ยวกับการฉ้อฉล (Fraud) และการกระทำโดยไม่ชอบ (Corporate mismanagement) และ อะไรก็ตามที่ลูกหนี้อาจจะเข้าดำเนินการครอบครองอยู่ โดยผู้ตรวจสอบจะเป็นนักบัญชีอิสระ (independent accounting) ที่จะกำหนดชะตาของผู้ล้มละลาย

⁵⁶ Ibid

⁵⁷ Ibid ,p.6

ศาลจะทำการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเมื่อมีมูลหนี้ ไม่ต่ำกว่า 5 ล้านเหรียญสหรัฐ แต่อาจมีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบได้ แม้จะมีมูลค่าต่ำกว่า 5 ล้านเหรียญ โดยคุณกรณีที่ต้องการให้มีพินิจจะ ต้องแสดงให้เห็นว่าการแต่งตั้งดังกล่าวมีส่วนได้เสียกับคุณกรณีทุกฝ่าย แม้ว่าการรับฟังการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบจะถูกจำกัดขอบเขต (typically limited in scope) และการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบจะทำให้ไม่เป็นไปตามปกติในกระบวนการ (not in the nature of a full adversarial proceeding) แต่การร้องขอแต่งตั้งผู้ตรวจสอบจะต้องมีการแสดงพยานหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ คุณกรณีร้องขอผู้ตรวจสอบต้องแสดงหลักฐาน และการประพฤติโดยไม่ชอบโดยทั่วไปบางอย่างของลูกหนี้ ตามที่ปรากฏใน บทบัญญัติ 1104 เพื่อให้เห็นถึงความจำเป็นของการดำเนินคดี (specific case)

3.3.2.4 การคัดเลือกผู้ตรวจสอบ (alternative to Examiner)⁵⁸

การคัดเลือกผู้ตรวจสอบจะขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ อำนาจในการสอบสวนจะถูกดำเนินการโดยการแต่งตั้งของศาล ภายใต้ บทบัญญัติ 1102 การคัดเลือกดังกล่าวอาจถูกรับประกันโดยต้องมีการกำหนดเงื่อนไข เช่น ผู้ตรวจสอบต้องเป็นนักบัญชีอิสระ (independent accountant) และมีสถานะข้อมูลทางการเงินที่ดี เป็นต้น

ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการพยายามในการที่ปิดข้อเท็จจริง จะเป็นการแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้มีการคัดเลือกผู้ตรวจสอบเช่นใดเพื่อตรวจสอบและเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาการคัดเลือกผู้ตรวจสอบอย่างหนึ่งและใช้เป็นทางเลือกที่ผ่อนคลายในการคัดเลือกผู้ตรวจสอบ โดยในความเป็นจริงให้ผู้ตรวจสอบสามารถกระทำการตรวจสอบได้เท่าที่เป็นไปได้ ซึ่งแท้จริงแล้วการคัดเลือกผู้ตรวจสอบจะขึ้นอยู่กับผู้ร้องขอในคดี

ผู้มีส่วนได้เสียจะบอกกล่าวให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ ในการรับฟัง ผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสที่จะแข่งขันเพื่อการจำเป็นในการแต่งตั้ง ผู้ตรวจสอบ หรือแข่งขันในเรื่องคุณสมบัติบางอย่าง ของผู้ตรวจสอบ ที่ถูกคัดเลือกโดยศาล United State Trustee จะมีหลักฐานที่ระบุไว้ของผู้ตรวจสอบ ที่แสดงให้เห็นในความชำนาญ ผู้ตรวจสอบถูกเลือกจะขึ้นอยู่กับความต้องการในแต่ละคดี สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับความเป็นไปได้หากมีการขอลดทางการเงิน , การสอบสวนทางการเงิน , หรือการประเมินค่าของผลประโยชน์ทางธุรกิจ

⁵⁸ Ibid.

3.3.2.5 ระยะเวลาในการสอบสวน (Timing of the Motion)⁵⁹

ระยะเวลา ในการตรวจสอบ ของผู้ตรวจสอบอาจไม่มีการบัญญัติไว้ เหมือนในการแต่งตั้งทรัสต์ี แต่อาจมีการขยายระยะเวลาได้หากเป็นหนี้ที่มีความสำคัญ

ในอีกกรณีหนึ่ง , การรับฟังในระยะเวลาอันใกล้ ศาลอาจปฏิเสธการตรวจสอบผู้ตรวจสอบในจำนวนหนี้ และระยะเวลาของการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบโดยศาลอาจเห็นว่าไม่มีประโยชน์ในการพิสูจน์ หรือ ผู้ตรวจสอบอาจไม่มีเวลาเพียงพอในการสอบสวนและรายงานสิ่งที่พบ, และอาจเกิดความล่าช้า ในการยืนยันโดยไม่มีการรับประกันความรับผิดชอบ ความไม่เหมาะสมของระยะเวลา และวิธีการ, ซึ่งศาลอาจจะเห็นว่าการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ อาจจะเป็นสาเหตุของการไม่ยุติธรรมในกระบวนการ การร้องขอแต่งตั้งอาจถูกปฏิเสธโดยอาศัยเหตุดังกล่าว เบื้องต้นได้

3.3.2.6 บทบาทของผู้ตรวจสอบ (The role of Examiner)⁶⁰

บทบาทของผู้ตรวจสอบเป็นผู้สอบสวน (investigatory) และผู้แนะนำ (advisory nature) และอยู่ในหัวข้อเดียวกับหน้าที่ของทรัสต์ี ภายใต้บทบัญญัติ 1106 อันเกี่ยวข้องเป็นส่วนประกอบ , กระบวนการในการรับประกันเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย (assessing of information about the bankruptcy) ผู้ตรวจสอบเป็นเครื่องมือรับประกันกับความต้องการที่แตกต่างของบทบัญญัติ (ensuring compliance with various other requirement of the code) และโดยมีความเกี่ยวข้องกับคุณกรณีในความเป็นกลางกับการเงินและสถานะทางกฎหมายของทรัพย์สินของลูกหนี้ (definition is a disinterested party concerned with the financial and legal viability of the debtor estate)

3.3.2.7 ขอบเขตของการบริการที่สำคัญ (scope of potential service)⁶¹

ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ เริ่มต้นจากการทำสัญญา แบบฉบับคำสั่งศาลจะอยู่ในขอบเขตของข้อตกลง ข้อพิพาท เช่น

1. ให้ผู้ตรวจสอบมีความยืดหยุ่น อย่างพอดี เมื่อกระทำการพิจารณาถึงระดับความเหมาะสมของในแต่ละกิจกรรมการตรวจสอบ
2. ผลกระทบจะมีเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบาทของ ผู้ตรวจสอบ
3. ผลกระทบโดยทั่วไปจะเป็นเครื่องชี้ทำให้บทบัญญัติแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ของ ผู้ตรวจสอบ

มาตรา 1106 (3) และ มาตรา 1106 (4) ประกอบด้วย การกระทำหลักของ ผู้ตรวจสอบ ในกิจการในการสอดส่องข้อมูล

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid. p7

⁶¹ Ibid.

มาตรา 1106 (3)⁶² บัญญัติว่า " ทรัสดีมีหน้าที่

⁶² 11 u.s.c. section 1106. Duties of trustee and examiner

(a) A trustee shall--

(1) perform the duties of a trustee specified in sections 704(2), 704(5), 704(7), 704(8), and 704(9) of this title [11 USCS งง 704(2), 704(5), 704(7), 704(8), and 704(9)].

(2) if the debtor has not done so, file the list, schedule, and statement required under section 521(1) of this title [11 USCS ง 521(1)];

(3) except to the extent that the court orders otherwise, investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;

(4) as soon as practicable--

(A) file a statement of any investigation conducted under paragraph (3) of this subsection, including any fact ascertained pertaining to fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor, or to a cause of action available to the estate; and

(B) transmit a copy or a summary of any such statement to any creditors' committee or equity security holders' committee, to any indenture trustee, and to such other entity as the court designates;

(5) as soon as practicable, file a plan under section 1121 of this title [11 USCS ง 1121], file a report of why the trustee will not file a plan, or recommend conversion of the case to a case under chapter 7, 12, or 13 of this title [11 USCS งง 701 et seq., 1201 et seq., or 1301 et seq.] or dismissal of the case;

(6) for any year for which the debtor has not filed a tax return required by law, furnish, without personal liability, such information as may be the governmental unit with which such tax return was to be filed, in light of the condition of the debtor's books and records and the availability of such information; and

(7) after confirmation of a plan, file such reports as are necessary or as the court orders.

- (2) ตามที่บทบัญญัติกฎหมายในหน้าที่ทรัสต์ภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 704(2) ,704 (5), 704(7), 704 (8) และ 704 (9)
- (3) ถ้าลูกหนี้ไม่ทำตามในการยื่นรายการ , ตาราง ,และบัญชีที่ต้องการภายใต้บทบัญญัติมาตรา 521 (1)
- (4) ยกเว้นในกรณีศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น , การสอบสวนถึงการกระทำ , ความประพฤติ, ทรัพย์สิน , ความรับผิดชอบ, และสถานะทางการเงินของลูกหนี้ , การปฏิบัติหน้าที่ในธุรกิจ และความต้องการในการดำเนินการต่อไป และในกรณีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในคดีหรือปรากฏในแผนฟื้นฟูกิจการ
- (5) รายละเอียดในการปฏิบัติงาน
- (ก) ยื่นรายละเอียดในการสอบสวน ความประพฤติ ภายใต้ (3) ของย่อหน้านี้ , รวมถึงกรณีข้อเท็จจริงที่ชัดเจนที่เกี่ยวข้องกับการขอลด , การไม่สุจริต, ไม่มีความสามารถ, ประพฤติมิชอบ, การบริหารงานผิดพลาด , หรือการจัดการกิจการของลูกหนี้ไม่เป็นไปตามปกติทางการค้า , หรือสาเหตุของการกระทำอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและ
- (ข) ส่งสำเนาหรือข้อสรุปของบัญชีแก่คณะกรรมการเจ้าหนี้ หรือคณะกรรมการผู้ถือหุ้นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกัน เพื่อตกลงกับทรัสต์ , และกรณีอื่น ๆ ที่ศาลต้องการ
- (6) รายละเอียดในการปฏิบัติ ยื่นแผนการณภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 1121 ในหัวข้อนี้ ยื่นรายงานว่าทำไมทรัสต์จะไม่ยื่นแผนการณ หรือแนะนำภายใต้ความหมายใน หมวด 7 , 12 , หรือ 13 ของหมวดนี้ หรือการหลุดพ้นจากการฟื้นฟูกิจการ
- (7) ในแต่ละปีถ้าลูกหนี้ไม่ยื่นขอคืนภาษี ตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือกฎหมายอื่น ไม่มีการรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เช่น ข้อมูลอาจถูกต้องการ โดยหน่วยงานรัฐกับการขอคืนภาษี ในสถานะของเงื่อนไขการจัดทำเอกสารหรือรายงานสถิติและข้อมูลอื่น ๆ และ
- (8) หลังจากมีการยื่นยื่นแผนการณ การยื่นรายงานจะทำตามที่ศาลสั่ง ผู้ตรวจสอบถูกแต่งตั้งภายใต้ บทบัญญัติมาตรา 1104 (d) ในหัวข้อนี้จะมีหน้าที่ในกฎหมาย ใน(3) ยกเว้น เจตนาของศาลให้เป็นอย่างอื่น หน้าที่อื่นของทรัสต์ คำสั่งศาลเกี่ยวกับลูกหนี้ไม่ปรากฏ

(b) An examiner appointed under section 1104(d) of this title [11 USCS ง 1104 (d)] shall perform the duties specified in paragraphs (3) and (4) of subsection

(a) of this section, and, except to the extent that the court orders otherwise, any other duties of the trustee that the court orders the debtor in possession not to perform.

ผู้ตรวจสอบจะต้องจัดเตรียมทบทวนความประพฤติในอดีตของธุรกิจเท่าที่จะปรากฏในการดำเนินงานในปัจจุบัน และกำหนดถึงธุรกิจในอนาคต ข้อมูลที่ผู้ตรวจสอบค้นพบจะอยู่ในรายงานที่ศาลยอมรับ และผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ในศาลพิเศษ การกระทำของผู้ตรวจสอบ จะเป็นเหมือน ผู้แนะนำศาลและผู้มีส่วนเสียทั้งหมด โดยเขาหรือเธอจะถูกคาดหวังให้เป็นผู้ประเมินความเป็นจริงของข้อมูล ที่มีอยู่

การแนะนำอำนาจบทบาทใน มาตรา 1106 (b) ที่ซึ่งรัฐให้ผู้ตรวจสอบอาจจะกระทำ ได้

- การเป็นสมุหบัญชี สำหรับทรัพย์สิน
- การยื่นรายการบัญชีเจ้าหนี้ , ตารางของทรัพย์สินและความรับผิด และรายได้ปัจจุบัน ค่าใช้จ่ายปัจจุบัน และหลักฐานทางการเงินของกิจการ ณ วันที่มีการล้มละลาย
- ตรวจสอบพิสูจน์ความเป็นเจ้าหนี้ และสิทธิเรียกร้องที่เหมาะสม ตามสภาพความเป็นจริง
- ยื่นรายงานก่อนหน้าที่เข้ากระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อศาล , United State Trustee และเจ้าหนี้สรรพากร
- แสดงข้อมูลการเสียภาษีที่เหมาะสมในปีที่ไม่มีกรยื่นขอคืนภาษี
- ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการ รายงานถึงเหตุการณ์ไม่ยื่นแผนการณ์ หรือแนะนำให้เปลี่ยนแปลงคดีไป chepter 7 , 12 , 13 หรือการออกจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการ และ
- เป็นตัวแทนในการรายงานการบริหารจัดการสุดท้ายของทรัพย์สินไปยังศาลและ United State Trustee

3.3.2.8 ขอบเขตของการวินิจฉัย (Establishing the Engagement scope)⁶³

ขอบเขตการคุ้มครอง ผู้ตรวจสอบสามารถใช้วิจารณ์ญาณได้ในแต่ละกรณี เวลาในการพิสูจน์อาจไม่สอดคล้องกับมูลค่าผลลัพธ์ที่ได้ ผู้ตรวจสอบต้องสร้างความเข้าใจถึงผลสำเร็จสูงสุด เพื่อจะหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในทางวิชาชีพ , และลดความเสี่ยงของการไม่จ่ายค่าบริการที่ไม่จำเป็นโดยศาล

ผู้ตรวจสอบไม่ควรเริ่มต้นโดยปรึกษากับตัวแทนของผู้มีส่วนได้เสีย ผู้ตรวจสอบควรถามผลเบื้องต้นในการใช้ข้อมูลของเขา รายงานข้อมูลอาจจะขึ้นอยู่กับ การจัดหาได้รวมถึง ,

- อะไรที่ทำให้กิจการต้องเข้าฟื้นฟูกิจการ , หรือมีอะไรจำกัดการตรวจสอบ , และการแนะนำสำหรับการชำระบัญชี หรือการหลุดพ้นจาก chepter 11 จะถูกทำ
- หลักฐานที่เป็นการจัดการความฉ้อฉล หรือไม่มีความสามารถ และควรจะแทนที่ทรัสต์
- หลักฐานสำหรับค่าชดเชยทรัพย์สินจากการบังคับคดี , การจ่ายโดยไม่ชอบ (การจ่ายเงินให้เจ้าหนี้รายหนึ่งก่อนเจ้าหนี้ รายอื่น ๆ) (Preference payments) หรือการฉ้อฉลการโค่น
- การชี้ให้เห็นถึงโอกาสในการเพิ่มขึ้นของกระแสเงินสด , การลดลงของบัญชีเงินสด (reduce cash drains) หรือการใช้สิทธิลดหย่อน (mitigate claims)

⁶³ Ibid.

- การวิเคราะห์ความเข้าใจกิจการของบริษัท
- วิเคราะห์ปัญหาวิกฤตในกิจการที่ผู้มีส่วนได้เสียมีความเห็นแตกต่างกันและ
- ข้อมูลอื่น ๆ ที่ตอบสนองต่อการระงับโดยศาลหรือ United State Trustee ข้อมูลที่ใช้พัฒนาควรจะเป็นข้อมูลที่ทำให้เกิดการตัดสินใจ ความสัมพันธ์กับความพยายามของผู้ตรวจสอบควรมีทั้งโดยตรง และโดยอ้อม โดยแยกเป็นประเภท คือ
 - การกระทำและข้อมูลที่ผู้ตรวจสอบต้องการ
 - การกระทำและข้อมูลที่จะทำให้มีการเพิ่มขึ้นของทรัพย์สินและ
 - การกระทำและข้อมูลที่จะเร่งกระบวนการล้มละลาย

3.3.2.9 วิธีการตรวจสอบของผู้ตรวจสอบ (examiner)⁶⁴

หน้าที่ของผู้ตรวจสอบ ในการล้มละลาย เป็นนักบัญชีในแผนกกองที่ปรึกษาในด้านการดำเนินคดี เพื่อเป็นผู้แนะนำ United State Trustee และศาล โดยใช้ความรู้เฉพาะด้านของผู้ตรวจสอบอันมีเป้าหมายในการช่วยลดความขัดแย้ง ,สร้างความถูกต้องบนพื้นฐานของความยุติธรรม และกระบวนการที่เท่าเทียมกัน , การทำงานของผู้ตรวจสอบ จะสัมพันธ์กับการตีความข้อมูลจากการประเมินค่าโดยไม่มีลายลักษณ์อักษร (the interpretation of information without written assertion) การประเมินข้อมูลบุคคล ในแต่ละ เหตุการณ์ และการสังเกตการณ์ การเตรียมการเขียนรายงานระหว่างคดี หน้าที่ของผู้ตรวจสอบ แตกต่างจากผู้ตรวจสอบบัญชี ผู้ตรวจสอบบัญชีจะมีบทบาทหลักในการลดกระบวนการซ้ำซ้อนในการให้บริการของศาลล้มละลาย

ไม่มีแนวทางปฏิบัติที่วางไว้โดยองค์กรผู้มีอำนาจโดยตรงในการพิจารณาบทบาทหน้าที่ของผู้ตรวจสอบ คดีล้มละลาย CPA ซึ่งกระทำหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ตรวจสอบนั้นปฏิบัติหน้าที่ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับคดีความทั่วไป และเกี่ยวกับการปฏิบัติทางวิชาชีพภายใต้ AICPA Code และกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกันรวมถึงกฎเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปด้วยการอภิปรายอย่างครอบคลุมเกี่ยวกับมาตรฐานทางวิชาชีพ (professional standards) ในการให้คำปรึกษาคดีนั้นมียุอยู่ใน “Litigation Consulting – A Practitioner’s Guide” โดย Raymond Sloane ซึ่งเผยแพร่โดยวารสาร CPA ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1990

อย่างไรก็ดี ไม่เป็นที่ชัดเจนว่ามาตรฐานทางวิชาชีพที่ปรากฏในรายงานของ CPA จะสามารถนำมาปรับใช้กับบทบาทของผู้ตรวจสอบได้ โดยปกติการเตรียมรายงานภายใต้หน้าที่ให้คำปรึกษาคดีจะได้รับการยกเว้นจากข้อกำหนดในมาตรฐานวิชาชีพเกี่ยวกับการรายงานเนื่องจากในรายงานดังกล่าวมักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ในรายละเอียดและถูกโต้แย้งโดยคู่กรณีพิพาท ส่วนประเด็นที่ว่ารายงานของผู้ตรวจสอบที่ส่งให้แก่ศาลล้มละลายจะได้รับการยกเว้นด้วยหรือไม่นั้นยังมิได้มีการกล่าวถึง

บางคนอาจกล่าวว่าธรรมชาติของรายงานนั้นคือการปฏิบัติหน้าที่ตามกระบวนการที่ได้ตกลงกันไว้ (โดยการยอมรับรายงานของศาลล้มละลาย) และการรายงานควรเป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรฐานการตรวจ

⁶⁴ Ibid.p 8

สอบความถูกต้อง โดยที่บางคนอาจอ้างว่าการยกเว้นทำให้รายงานกลายเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการก่อนหน้าที่จะ "ทำการค้นหาข้อมูลอย่างจริงจังเพื่อหาทางออกในข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป"

รายงานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงส่วนหนึ่งในบทบาทของผู้ตรวจสอบ โดยภารกิจส่วนใหญ่ของผู้ตรวจสอบจะเป็นการตีความข้อมูลที่ได้มาโดยที่ยังไม่มีการยืนยันความถูกต้องของข้อมูลเป็นลายลักษณ์อักษร และนอกจากในการพิจารณาข้อมูลแล้วบทบาทของผู้ตรวจสอบจะขยายไปถึงการประเมินตัวบุคคลด้วย และผู้ตรวจสอบจะทำการประเมินสถานการณ์ทั้งหมดบนพื้นฐานทั้งจากข้อมูลและการสังเกต

การทำหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายในฐานะผู้ตรวจสอบเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ โดยผู้ตรวจสอบจะต้อง

- ตั้งวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ

- พิจารณาข้อมูลที่จำเป็นต่อเป้าหมายของการตรวจสอบ

- เตรียมพร้อมที่จะเปลี่ยนแนวทางการตรวจสอบหากพบว่าข้อมูลที่ได้มาไม่สามารถใช้ได้หรือไม่สมบูรณ์ ซึ่งกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปหรือการสืบสวนนำไปสู่ประเด็นใหม่ๆ บริษัทที่จะล้มละลายมัก จะมีความเคลื่อนไหวตลอดเวลา เหตุการณ์บางอย่างอาจนำโชคมาสู่บริษัทให้เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว เรื่องที่สำคัญสามารถเปลี่ยนไปได้ทุกวัน ผู้ตรวจสอบจะต้องมีประสบการณ์เชี่ยวชาญในการประเมินข้อมูลที่ได้มา ค้นหาว่าอะไรสำคัญและนำผลที่ได้มาใช้ให้เป็นประโยชน์โดยเร็วที่สุด ในคดีส่วนใหญ่ ผู้ตรวจสอบจะทำการสืบสวนสอบสวนภายใต้สภาวะแวดล้อมที่ไม่ค่อยเหมาะสมนัก

3.3.2.11 การรายงานผลของผู้ตรวจสอบ (The Examiner's Report)⁶⁵

ประมวลกฎหมายล้มละลายกำหนดให้ผู้ตรวจสอบต้องยื่นรายงานต่อศาลเท่าที่สามารถจะทำได้ ระยะเวลาการเปลี่ยนแปลงที่ยาวนานอาจมีผลเป็นการจำกัดประโยชน์ของรายงาน ด้วยสถานการณ์ที่อาจเปลี่ยนไป และมีปัญหาเรื่องใหม่เข้ามาทุกวัน

รายงานของผู้ตรวจสอบเป็นการรวบรวมข้อมูลที่ได้มาและบทสรุป ซึ่งอาจจะยาวเพียงไม่กี่หน้าสำหรับคดีเล็กๆ เป็นรายงานในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือมีขอบเขตของเรื่องที่ไม่กว้างนัก ไปจนถึงรายงานที่มีความยาวหลายร้อยหน้าที่ครอบคลุมเรื่องที่กว้างขวางและซับซ้อน ในการเตรียมรายงานผู้ตรวจสอบจะต้องทำการพิจารณารายละเอียดตามระดับความเหมาะสมในแต่ละสถานการณ์อย่างระมัดระวัง โดยความมีประโยชน์และใช้อย่างถูกต้องถูกเวลาอาจมีความสำคัญกว่าผลงานที่ออกมาอย่างปราณีต

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามาตรฐานทางวิชาชีพที่จะนำมาปรับใช้กับรายงานของผู้ตรวจสอบนี้ยังไม่มีมาตรฐานชัดเจน โดยองค์กร CPA อาจต้องการให้ถือเอามาตรฐานในการรายงานตามมาตรฐานความถูกต้อง (Attestation Standards) และแนวทางปฏิบัติในการรายงานตามวิธีการที่ได้ตกลงเห็นชอบร่วมกัน (the guidelines for reporting on Agreed Upon Procedures) ซึ่งมาตรฐานในการรายงานโดยยึดเอกความถูกต้องของข้อมูล มีเงื่อนไขดังนี้

⁶⁵ Ibid p.9

1. รายงานต้องแสดงถึงการยืนยันความถูกต้องและลักษณะของสัญญา (the engagement)
2. รายงานต้องมีบทสรุปของผู้จัดการทรัพย์สิน practitioner ที่ทำการยืนยันความถูกต้องของพฤติกรรมที่ได้เกิดขึ้นหรือมีความขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้น
3. รายงานต้องแสดงถึงการรักษาสีทธิ (reservation) ในความตกลงที่สำคัญของผู้จัดการทรัพย์สิน practitioner และแสดงให้เห็นถึงความถูกต้อง
4. รายงานเพื่อประเมินความถูกต้องในสัญญาที่จัดเตรียมตามที่ได้ตกลงกันไว้หรือในข้อตกลงที่เป็นไปตามวิธีการที่ได้เห็นชอบร่วมกันโดยกำหนดการจำกัดการใช้ต่อคู่กรณีซึ่งเห็นชอบด้วยในกฎเกณฑ์หรือวิธีการดังกล่าว

ในการตีความมาตรฐานการรายงานซึ่งมีความสัมพันธ์กับการปฏิบัติตามวิธีการที่เห็นชอบร่วมกัน ผู้สอบบัญชีมีความเชื่อว่าผู้ตรวจสอบจะพิจารณาถือเอาการยอมรับรายงานโดยศาลหรือทริบูนัลนั้นมีค่าเท่ากับการยอมรับว่าวิธีการที่ได้ตกลงเห็นชอบร่วมกันนั้นมีความเหมาะสมแล้ว และเป็นที่ชัดเจนว่ารายงานจะต้องให้ความสำคัญในเรื่องวัตถุประสงค์และการใช้งาน แม้ว่าจะเป็นเรื่องในทางปฏิบัติ โดยรายงานของผู้ตรวจสอบมักจะเป็นเอกสารที่เปิดเผยต่อสาธารณะ

เจตนารมณ์ของรายงานของผู้ตรวจสอบคือการให้ข้อมูลมากกว่าจะเป็นการรายงานตามกลไกเพื่อแสดงผลของกระบวนการที่หลากหลายการค้นหาข้อมูล ข้อสรุป และข้อแนะนำชี้ให้เห็นถึงข้อมูลที่สำคัญ โดยเนื้อหาของรายงานจะจัดตามความเหมาะสมกับการกระทำเฉพาะอย่างที่คุณผู้อ่านต้องทำการพิจารณา

ไม่มีรูปแบบมาตรฐานสำหรับการรายงานของผู้ตรวจสอบ ซึ่งเป็นไปได้หลากหลายทั้งรูปแบบ เนื้อหา ความยาว และลักษณะเฉพาะที่ขึ้นอยู่กับความสำคัญของคดี ผู้ตรวจสอบ และบทบาทของผู้ตรวจสอบข้อมูลซึ่งควรอยู่ในรายงานของผู้ตรวจสอบนั้นรวมถึง:

- ขอบเขตของงานหรือวิธีการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเห็นชอบร่วมกัน
- ที่มาของข้อมูล
- ข้อมูลที่ได้และข้อสรุป
- การให้เหตุผล (reservations) และการตรวจสอบคุณสมบัติ (qualifications)
- คำแนะนำ
- เอกสารหลักฐาน (exhibits) และข้อมูลเพิ่มเติม (appendices)
- ข้อความแสดงถึงความเป็นอิสระและคุณสมบัติของผู้ตรวจสอบ และ
- ลายมือชื่อของผู้ตรวจสอบ

รายงานของผู้ตรวจสอบควรจัดอยู่ในรูปแบบที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งหากได้ทำการสรุปโดยย่อไว้ในตอนต้นของรายงานก็จะดี โดยตามด้วยข้อความแสดงถึงรายละเอียด เอกสารหลักฐาน และภาคผนวก

ผู้ตรวจสอบจะต้องมีความเข้าใจและตระหนักถึงความเป็นจริงว่าคู่กรณีทุกฝ่ายไม่ได้อ่านรายงานตลอดทั้งฉบับและก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำเช่นนั้นด้วย บทสรุปจึงต้องให้ข้อมูลสำคัญที่อยู่ในรายงานรวมถึงวิธีการที่ใช้ในการวิเคราะห์และคุณสมบัติที่มีความสำคัญ ในส่วนที่เหลือของรายงานก็อาจจะแบ่งเป็นส่วนแยกออกไป เช่น หัวเรื่อง (topic) ประเด็นที่ยื่นร้องต่อศาล (issues before the court) หรือเทคนิคการวิเคราะห์ที่ใช้เป็นต้น

การนำร่างรายงานไปให้ผู้มีส่วนได้เสียอ่านก่อนที่จะเสร็จสมบูรณ์ก็เป็นประโยชน์มากเพราะได้นำเสนอให้บุคคลเหล่านั้นมีโอกาสตั้งข้อโต้แย้งในข้อเท็จจริงหรือข้อสรุป และลดภาวะการแสดงเอกสารอันเป็นเท็จในรายงาน โดยหากผู้มีส่วนได้เสียยอมรับคุณสมบัติ วิธีการของผู้ตรวจสอบ และข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ก็เป็นการยากที่จะโต้แย้งข้อสรุปของผู้ตรวจสอบ และหากจะใช้วิธีการนี้ สิ่งสำคัญคือต้องจำกัดเวลาที่ให้พิจารณาเพราะรายงานเองก็ต้องส่งภายในเวลาที่จำกัดเช่นกัน

ผู้ตรวจสอบอาจต้องทำรายงานมากกว่าหนึ่งฉบับต่อคดี อาจเป็นรายงานเบื้องต้น หรือมีการทำรายงานเพิ่มเติมในประเด็นที่เกี่ยวข้องเฉพาะเจาะจงลงไป ผู้ตรวจสอบควรระลึกไว้ว่าระบบกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับข้อมูลที่เป็นลายลักษณ์อักษรไปจนถึงการทำเอกสาร (written information to document actions)

3.3.2.12 การควบคุมวิชาชีพผู้ตรวจสอบ⁶⁶

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ตรวจสอบมาจากบุคคลซึ่งมีวิชาชีพในการตรวจสอบทางการเงินและการบัญชี โดยผู้ตรวจสอบจะต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติเป็นผู้สอบบัญชีโดยมีองค์กรในการควบคุมการประกอบวิชาชีพและออกใบอนุญาต ในแกผู้ตรวจสอบ ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ละมลรัฐก็จะทำการออกข้อบังคับเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพและออกใบอนุญาตให้แก่ cpa เอง⁶⁷ โดยจะกล่าวโดยย่อต่อไปนี้

คุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ก็จะแตกต่างกันไป ในแต่ละมลรัฐก็จะมีสถาบันที่เกี่ยวข้องกับผู้สอบบัญชี และถือเป็นสถาบันที่จะต้องมีในทุกมลรัฐ ดังนี้คือ

1. AICPA (The American Institute of Certified Public Accountants) หรือสมาคมผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งสหรัฐอเมริกา สมาคมนี้นี้เป็นสถาบันที่เกิดจากการรวมตัวของผู้ประกอบการวิชาชีพสอบบัญชีโดยอิสระ กล่าวคือ สมาคมนี้นี้ได้เป็นสถาบันที่สังกัดหน่วยงานของรัฐแต่อย่างไร โดยบุคคลที่จะเป็นสมาชิกของ AICPA นี้จะต้องเป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาต และการเป็นสมาชิกสามารถเป็นไปด้วยความสมัครใจ
2. Board of Accountancy ถือเป็นสถาบันควบคุมการประกอบวิชาชีพสอบบัญชีในแต่ละมลรัฐ โดยคณะกรรมการอาจจะได้รับการแต่งตั้งจากผู้ว่าการรัฐ (Governor) ซึ่งประกอบด้วยผู้สอบบัญชีที่ปฏิบัติงาน และ บุคคลผู้ที่ประกอบวิชาชีพอื่น เช่น นักเศรษฐศาสตร์ นักกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น ในการบริหารงานของคณะกรรมการนี้ จึงถือว่าเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่ในการกำหนดคุณสมบัติ และออกใบอนุญาต การเป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาตสำหรับบุคคลที่สอบผ่านข้อสอบของ AICPA แล้ว นอกจากนี้ คณะกรรมการนี้ยังมีหน้าที่ดำเนินการด้านการสมัครสอบและจัดการทดสอบ รับฟังข้อร้องเรียนและตรวจสอบเพื่อพิจารณาด้านมรรยาทผู้สอบบัญชีรับ

⁶⁶ American Institute of Certified Public Accountants , Professional Accounting In 30 Countries. (The American Institute of Certified Public Accountants Inc , 1975) p.637

⁶⁷ American Institute of Certified Public Accountants , Professional Accounting In 30 Countries. (The American Institute of Certified Public Accountants Inc , 1975), p. 638.

อนุญาตรวมทั้งส่งลงโทษ โดยการตักเตือน ภาคทัณฑ์ สั่งพัก และเพิกถอนใบอนุญาตในการเป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาตได้ด้วย ดังนั้นจึงถือว่า Board of Accountancy นี้มีอำนาจเหนือสมาชิกที่เป็นผู้สอบบัญชีรับอนุญาตในแต่ละมลรัฐนั้น⁶⁸

3. State Societies of Certified Public Accountants สถาบันนี้เป็นหน่วยงานอิสระในระดับมลรัฐ โดยจะมีในแต่ละมลรัฐ ในแต่ละมลรัฐจะทำการพัฒนาสถาบันนี้ของตนและดำเนินการตามแผนของตนเอง สถาบันนี้เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันด้วยความสมัครใจ ของผู้ประกอบการวิชาชีพสอบบัญชีในแต่ละมลรัฐ เพื่อที่จะดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับทางวิชาชีพในระดับมลรัฐ
4. NASBA (National Association of State Board of Accountancy) สถาบันนี้มีหน้าที่ในการประสานงานกิจกรรมของ State Boards of Accountancy ทั้งหมดในสหรัฐอเมริกา โดยสถาบันนี้ถือว่าเป็นสถาบันอิสระนอกจากนั้นยังมีหน้าที่ในการที่จะทำการสนับสนุนในการออกกฎหมายและข้อกำหนดของ Board of Accountancy ของแต่ละมลรัฐ ให้มีความสอดคล้องในแนวทางเดียวกัน

3.3.2.13 ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สอบบัญชีรับอนุญาตของสหรัฐอเมริกา⁶⁹

ในที่นี้จะขอยกตัวอย่างของมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย ซึ่งมีการออกใบอนุญาตให้ผู้สอบบัญชี รับอนุญาต (Certified Public Accountant หรือ C.P.A.) ที่ต้องผ่านการทดสอบของ AICPA และมีการกำหนดเกี่ยวกับการศึกษาและคุณสมบัติ นอกจากนี้ยังมีการขึ้นทะเบียนนักบัญชีสาธารณะ (Public Accountant หรือ P.A.) ซึ่งนักบัญชีสาธารณะนี้ ไม่ต้องผ่านการทดสอบเหมือนผู้สอบบัญชีรับอนุญาตและบุคคลที่จะเป็นผู้สอบบัญชี รับอนุญาตในมลรัฐ แคลิฟอร์เนียจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1. การศึกษาต้องสำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัย หรือ มหาวิทยาลัยที่มีการศึกษาเกี่ยวกับวิชาการบัญชี กรณีที่ไม่สำเร็จการศึกษาด้านการบัญชีอาจจะต้องเข้ารับการทดสอบให้เทียบเท่าว่ามีความรู้ขั้นต่ำเกี่ยวกับวิชาการบัญชี ดังกล่าว
2. การทดสอบ ต้องผ่านการทดสอบ The Uniform CPA Examination ซึ่งออกและตรวจข้อสอบโดย AICPA แต่การสมัครสอบและการประกาศผลสอบจะดำเนินการโดย State Board of Accountancy ในแต่ละมลรัฐที่กล่าวมาแล้ว
3. การฝึกหัดงานสอบบัญชี จะต้องมีการฝึกหัดเกี่ยวกับงานด้านการสอบบัญชี ในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 1. 36 เดือน (3 ปี) โดยต้องปฏิบัติงานเป็นพนักงานในสำนักงานสอบบัญชี 2 ปี
 2. 42 เดือน (3 ปี ครึ่ง) โดยต้องปฏิบัติงานเป็นพนักงานในสำนักงานสอบบัญชี 1 ปี
 3. 48 เดือน (4 ปี) สำหรับกรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติงานในสำนักงานสอบบัญชี

⁶⁸ Hermanson, Loab and Strawser , Auditing Therov And Practice. 3 rd ed. (Illinois : Richard D Iwin , 1976) p. 15.

⁶⁹ Ibid

4. การฝึกหัดงาน หรือ ประสบการณ์เทียบเท่าโดยอาจมีประสบการณ์ในด้านบัญชี มลรัฐ หรือ งานสอบบัญชีในระยะเวลาที่ Board of Accountancy เห็นว่าเพียงพอและเหมาะสม แต่จะให้ฝึกงานได้อย่างมากไม่เกิน 4 ปี

ผู้สอบบัญชี ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีเกียรติในสังคมและเป็นที่ยอมรับของสังคมโดยทั่วไป ดังนั้น ผู้สอบบัญชีจะต้องมีความสำนึกที่จะดำรงมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ จะต้องมีความอิสระ ทางความคิดและการกระทำต่าง ๆ จะต้องทำการรักษาความลับของลูกค้าอย่างเข้มงวด จะต้องใช้มาตรฐานการสอบบัญชีที่ยอมรับทั่วไป ส่งเสริมให้มีการรายงานฐานะทางการเงินที่มีคุณภาพ และให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ส่งเสริมเกียรติภูมิและชื่อเสียงของวิชาชีพสอบบัญชีและจะต้องมีความประพฤติตามมาตรฐานของสถาบันวิชาชีพ และกฎข้อบังคับที่เกี่ยวข้องด้วย หากมีการประพฤติปฏิบัติอันถือเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎข้อบังคับแล้วย่อมจะต้องมีการส่งลงโทษในทางวิชาชีพโดยคณะกรรมการในแต่ละมลรัฐ ซึ่งการลงโทษก็จะมีพิจารณาจากความหนักเบาของการประพฤติปฏิบัตินั้น โดยกำหนดเกณฑ์ของการส่งลงโทษเป็น 4 ระดับ คือ

2. เตือน
3. ภาคทัณฑ์
4. สั่งพักใบอนุญาต
5. เพิกถอนใบอนุญาต

การดำเนินการส่งลงโทษผู้สอบบัญชีรับอนุญาตของคณะกรรมการนี้อาจจะเริ่มต้นจากการได้รับข้อเรียกร้องจากบุคคลภายนอกหรืออาจจะตรวจสอบหรือสอบสวนเองโดยคณะกรรมการไม่จำเป็นต้องได้รับคำร้องเรียน ซึ่งการสอบสวนจะดำเนินการโดยอนุกรรมการ (Administrative Committee) แล้วจะส่งเรื่องให้กับนักกฎหมาย เพื่อทำการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กับข้อกฎหมาย ก่อนจะส่งให้คณะกรรมการพิจารณาตัดสินส่งลงโทษต่อไป

ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา United State Trustee ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของ Trustee และได้เสนอแนวทางในการกำหนดให้มีการตีความหมาย ในกรณีการใช้ดุลพินิจของศาลในการถอดถอนTrustee ในกรณีทุจริต และในกรณีอื่น ๆ⁷⁰ เพื่อความชัดเจนของการใช้กฎหมายและไม่สับสนในการนำสืบพยานหลักฐาน เพราะในกรณีทุจริตแล้ว จะต้องมีการสืบพยานหลักฐานแตกต่างจากกรณีของทรัสต์ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งจะให้ถอดถอนทรัสต์โดยทันที และการแยกเหตุการณ์ถอดถอนดังกล่าว จะเป็นการสนับสนุนในระบบการดำเนินคดีมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁷¹

⁷⁰ 11 U.S.C. 324 (a),(b)

⁷¹ U.S. Department of Justice, office of the United States Trustee Clarify grounds and procedure for trustee removal under 11 U.S.C . 324 .P.6

3.4 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายอื่น ๆ

นอกจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ผู้จัดการทรัพย์สินหรือผู้บริหารกิจการ อาจต้องรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่าความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารกิจการจะขึ้นอยู่กับประเภทกิจการของลูกหนี้ที่เข้าฟื้นฟูกิจการ

ตามพระราชบัญญัติล้มละลายพ.ศ.2483 ได้กำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ฟื้นฟูกิจการโดยแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ ๆ แล้วมีด้วยกัน 3 ฝ่ายคือ

1. เจ้าหนี้ ในที่นี้บทนิยามมาตรา 90/1 หมายความว่า เจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันเจ้าหนี้ประกันได้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง เจ้าหนี้ไม่มีประกันได้แก่เจ้าหนี้กู้ยืม เป็นต้น
2. ลูกหนี้ ในที่นี้บทนิยามมาตรา 90/1 หมายความว่า ลูกหนี้ที่เป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชน จำกัด หรือนิติบุคคลอื่น ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง โดยความเป็นลูกหนี้นั้นมาตรา 90/4 (2) กำหนดคุณลักษณะสำคัญของลูกหนี้ไว้ว่าต้องประกอบด้วยลักษณะตามมาตรา 90/3 คือ
 1. เป็นลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว
 2. เป็นหนี้เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นจำนวนแน่นอน ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท
 3. ไม่ว่าหนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระโดยพลันหรือหนี้ในอนาคตก็ตาม
 4. มีเหตุอันสมควร
 5. มีช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการได้
3. หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐที่จะเป็นผู้ร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการได้ประกอบไปด้วย 4 หน่วยงานด้วยกันคือ
 1. ธนาคารแห่งประเทศไทย ในกรณีที่ลูกหนี้ตามมาตรา 90/3 เป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ หรือบริษัทเครดิตฟองซิเอร์
 2. สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ในกรณีที่ลูกหนี้ตามมาตรา 90/3 เป็นบริษัทหลักทรัพย์
 3. กรมการประกันภัย ในกรณีที่ลูกหนี้ตามมาตรา 90/3 เป็นบริษัทประกันวินาศภัย หรือบริษัทประกันชีวิต
 หน่วยงานของรัฐอื่น ที่มีอำนาจกำกับดูแลประกอบกิจการของลูกหนี้ตามมาตรา 90/3 ซึ่ง
 4. เป็นนิติบุคคล โดยหน่วยงานของรัฐและลูกหนี้ดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยกิจการ ตามข้อ 1,2,3,4 หากเจ้าหนี้ของลูกหนี้ หรือลูกหนี้เองจะยื่นคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้ของลูกหนี้ หรือลูกหนี้จะกระทำภายใต้เงื่อนไขพิเศษ คือ จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากธนาคารแห่งประเทศไทย , สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ , กรมการประกันภัย แล้วแต่กรณี ดังนั้น ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ฟื้นฟูกิจการ กิจการจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ควบคุมกิจการนั้น ๆ กิจการของลูกหนี้ที่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้

หากเกิดกรณีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้กระทำการทุจริต ในระหว่างการดำเนินการในกิจการเจพะนั้นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวต่อไปนี้

กิจการของลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลซึ่งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายควบคุมการปฏิบัติหน้าที่อื่นมีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทหรือผู้ดำเนินงานภายใต้กฎหมายต่างๆ ดังต่อไปนี้

3.4.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ.2535

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 บัญญัติว่า "บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทใด กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท"

ในมาตรา 215 นี้แยกองค์ประกอบความผิดทางอาญาได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

1. บุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทมหาชนใด
2. กระทำการหรือไม่กระทำการ
3. อันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่

1. เจตนาธรรมดา
2. เจตนาพิเศษ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่น

โดยมีตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่างที่หนึ่ง นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาท โดยนาย ก. ไม่เรียกหลักประกัน และไม่ตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท ค. เลย โดยนาย ก. ได้รับเงินร้อยละ 1 จากการอนุมัติเงินกู้ดังกล่าว ปรากฏว่าบริษัท ค. ขาดทุนมาตลอด 5 ปี และไม่สามารถชำระหนี้คืนได้ เช่นนี้ถือได้ว่า นาย ก. มีความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 นี้ เพราะ นาย ก. เป็นบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ข. (มหาชน) และได้กระทำการไป อันมีผลให้บริษัทมหาชน ข. ได้รับความเสียหาย เนื่องจากบริษัท ข. ไม่ได้รับเงินคืน และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยเจตนาประกอบกับเจตนาทุจริต เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับนาย ก. เอง จึงต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) นาย ก. อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาท โดยไม่เรียกหลักประกัน เพราะเห็นว่าบริษัท ค. มีแนวโน้มที่จะทำกำไรจำนวนมาก ต่อมา

บริษัท ค. ล้มละลาย และไม่สามารถใช้เงินคืนได้ กรณีนี้ นาย ก. จะมีความผิดทางอาญาหรือไม่ หากพิจารณาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 215 แล้วจะพบว่า นาย ก. เป็นบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินงานธนาคาร ข. แล้ว และการอนุมัติเงินกู้ให้บริษัท ค. เป็นการกระทำให้ธนาคาร ข. ได้รับความเสียหาย เนื่องจากบริษัท ค. ไม่สามารถชำระเงินคืนได้และเป็นการกระทำโดยเจตนาของนาย ก. แต่นาย ก. ไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนมาตรา 215 เนื่องจาก นาย ก. ขาดเจตนาทุจริต เพราะนาย ก. ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเลย แม้การอนุมัติเงินกู้ดังกล่าวจะเกิดจากความประมาทของนาย ก. ที่ตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท ค. ไม่ได้พอ แต่นาย ก. ก็ไม่มีความผิดเพราะมาตรา 215 เป็นความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษ

ตัวอย่างที่สาม นาย ก. เป็นกรรมการธนาคาร ข. จำกัด (มหาชน) ได้อนุมัติเงินกู้ให้กับบริษัท ค. จำกัด 100 ล้านบาท โดยเรียกหลักประกันคือ ที่ดินราคา 150 ล้านบาท และได้รับคำตอบแทนจากการอนุมัติให้กู้จากบริษัท ค. อีกร้อยละ 1 ของจำนวนเงินกู้ ต่อมาบริษัท ค. ล้มละลายและไม่สามารถชำระหนี้ได้ นาย ก. ก็ไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 นี้เพราะแม้ว่ากรณีดังกล่าว นาย ก. ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตจริง แต่ธนาคาร ข. ก็ไม่ได้รับความเสียหาย เนื่องจากมีหลักประกันค้ำความเสียหายแล้ว

3.4.2 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไปกระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทมหาชนได้รับความเสียหาย ผู้บริหารบริษัทมหาชนก็ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตและทำให้บริษัทจดทะเบียนได้รับความเสียหายนั้น มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังต่อไปนี้

มาตรา 307 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวหรือทรัพย์สินที่นิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใดๆโดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

มาตรา 308 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ ครอบครองทรัพย์สิน ซึ่งเป็นของนิติบุคคลดังกล่าวหรือซึ่งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต

มาตรา 309 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินอัน

นิติบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ดูแล หรือที่อยู่ในความครอบครองของนิติบุคคลนั้น ถ้าได้กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

มาตรา 310 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ รู้ว่าเจ้านี่ของนิติบุคคลดังกล่าวหรือเจ้านี่ของบุคคลอื่น ซึ่งจะใช้สิทธิของเจ้านี่นิติบุคคลนั้น บังคับการชำระหนี้จากนิติบุคคล ใช้หรือนำจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล ให้ชำระหนี้ ได้ย้าย ไปเสีย ซ่อนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่น ซึ่งทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น หรือแกล้งให้นิติบุคคลนั้นเป็นหนี้ซึ่งไม่เป็นความจริง ถ้าได้กระทำเพื่อมิให้เจ้านี่ ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

มาตรา 311 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่สมควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่นิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท”

มาตรา 312 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใดตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำหรือยินยอมให้กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) ทำให้เสียหาย ทำลายเปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีเอกสาร หรือหลักประกันของนิติบุคคลดังกล่าวหรือที่เกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น
- (2) ลงข้อความเท็จ หรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชี หรือเอกสารของนิติบุคคล หรือที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น หรือ
- (3) ทำบัญชีไม่ครบถ้วน ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นปัจจุบัน หรือไม่ตรงต่อความเป็นจริง ถ้ากระทำหรือยินยอมให้กระทำเพื่อลวงให้นิติบุคคลดังกล่าว หรือผู้ถือหุ้นขาดประโยชน์อันควรได้ หรือลวงบุคคลใดๆ”

มาตรา 313 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหรือนิติบุคคลที่มีหลักทรัพย์สินจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ได้ฝ่าฝืนมาตรา 307 มาตรา 308 มาตรา 309 หรือมาตรา 311 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับเป็นเงินสองเท่าของราคาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำการฝ่าฝืนในมาตรานั้นๆ แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท”

ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ที่ทุจริตและทำให้บริษัทหลักทรัพย์ได้รับความเสียหาย ส่วนมาตรา 313 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนที่ทุจริตและทำให้บริษัทจดทะเบียนเสียหาย

หากเปรียบเทียบความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดในกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต และทำให้บริษัทเสียหายทั้งสามกรณีแล้วจะพบว่าถ้าเป็นกรณีผู้บริหารบริษัทมหาชนทั่วไป จะได้รับโทษเพียง

ปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 215 และถ้าเป็นผู้บริหารบริษัทหลัก
ทรัพย์จะได้รับโทษจำคุกห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงหนึ่งล้านบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ
ตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 แต่ถ้าเป็นผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนแล้วจะได้รับโทษจำคุกห้า
ปีถึงยี่สิบปี และปรับเป็นเงินสองเท่าของราคาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ผู้บริหารได้รับจากการกระทำโดยการฝ่า
ฝืนดังกล่าว โดยที่ค่าปรับนั้นจะต้องไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
มาตรา 313 ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนจะถูกวางโทษหนักที่สุด เพราะการดำเนินงานของบริษัท
จดทะเบียนนั้นกระทบกระเทือนต่อประชาชนเป็นจำนวนมาก เพราะประชาชนทั่วไปสามารถเข้ามาซื้อหลักทรัพย์
ของบริษัทจดทะเบียนได้ง่ายในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้นหากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนทุจริตทำให้บริษัทเสียหาย
แล้ว ผลกระทบก็จะเกิดขึ้นกับประชาชนส่วนใหญ่กฎหมายจึงต้องกำหนดโทษไว้สูงสุด

มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311
มีความแตกต่างกันอย่างไร

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองนั้นล้วนแต่เป็นบทบัญญัติที่เอาผิดกับผู้บริหารบริษัทที่ทุจริตและทำให้
บริษัทได้รับความเสียหายด้วยกันทั้งสองบท และโทษนั้นก็เท่ากัน แต่ลักษณะถ้อยคำมีความแตกต่างกันบ้าง คือ

1) ในมาตรา 307 นั้นมีลักษณะการบัญญัติถ้อยคำคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 353 ซึ่งได้
กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1 ว่ามีที่มาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันมาตรา 266 ซึ่งกำหนดเป็นความ
ผิดฐาน "Untreue"⁷² หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า "Breach of Confidence" ส่วนในมาตรา 311 นั้นคล้าย
กับพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับหุ้นส่วนจดทะเบียน หุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และ
มูลนิธิ พ.ศ. 2499 มาตรา 41

2) ในมาตรา 307 นั้นบัญญัติเอาโทษกับกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบการ
ดำเนินงานของบริษัทที่ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท ส่วนในมาตรา 311 นั้น ไม่คำนึงว่าผู้บริหาร
เหล่านั้นได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัทหรือไม่ หากพิจารณาบุคคลต่างๆในบริษัทมหาชนแล้วจะ
พบว่ามีความแตกต่างๆดังนี้ คือ กรรมการบริหาร (executive director) กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร (non-
executive director) กรรมการอิสระ (independent director) ผู้จัดการ (manager) และบุคคลที่มีอำนาจดำเนิน
งานของบริษัทอื่นๆ ดังนั้น หากกรรมการบริหาร (executive director) ผู้จัดการ (manager) และบุคคลที่มี
อำนาจดำเนินงานของบริษัทอื่นๆ กระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทเสียหายแล้วจะต้องรับโทษตามพระราช
บัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 307 และมาตรา 311 เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้
จัดการทรัพย์สินของบริษัท แต่ถ้ากรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร (non-executive director) กรรมการอิสระ
(independent director) กระทำการโดยทุจริตและทำให้บริษัทเสียหายแล้วจะต้องรับโทษตามพระราชบัญญัติ

⁷² Manual of German Law p. 115. อ้างถึงใน จิตติ ดิงคท์ทีย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ
ภาค 3 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 2911.

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มาตรา 311 แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นเพราะกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารงานหรือกรรมการอิสระ ไม่ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท และไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของบริษัท

3.4.3 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505

ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารได้จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด และโดยเหตุที่กิจการธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นการที่ผู้บริหารธนาคารพาณิชย์กระทำความผิดอาญา จึงมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวม กฎหมายจึงต้องบัญญัติความผิดและวิธีการดำเนินการกับผู้บริหารธนาคารพาณิชย์เหล่านี้เป็นพิเศษเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ไม่ได้บัญญัติโทษไว้กับผู้บริหารธนาคารพาณิชย์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มีมาตรา 46 นว แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 พ.ศ.2528 มาตรา 18

มาตรา 18 บัญญัติว่า กรรมการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในธนาคารพาณิชย์ กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 1 (ความผิดฐานหลักทรัพย์ และวิงวาททรัพย์สิน) หมวด 3 (ความผิดฐานฉ้อโกง) หมวด 4 ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ หมวด 5 ความผิดฐานยกยอก หรือหมวด 7 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินของลักษณะ 12 (ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน) แห่งประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงผู้ใช้ให้กระทำความผิด หรือเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจร้องทุกข์ดำเนินคดีแทนธนาคารพาณิชย์ได้ นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 46 ทศ ยังได้ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งยึดอายัดทรัพย์สินของผู้บริหารไว้ชั่วคราวก่อนฟ้องศาล และมีอำนาจร้องขอต่อศาลอาญาให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้บริหารออกนอกราชอาณาจักรอีกด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6632/2542

ธนาคารแห่งประเทศไทยผู้คัดค้านตรวจสอบพบว่า ร. ขณะเกิดเหตุเป็นที่ปรึกษากรรมการผู้จัดการใหญ่ของธนาคาร ก. ได้ร่วมกับพวักยกยอกทรัพย์สินของธนาคารดังกล่าวไป จำนวน 1,657,000,000บาท เป็นกรณีต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาตามที่ระบุไว้ในมาตรา 46 นว (1) แห่ง พรบ. การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เมื่อพนักงานอัยการได้มีคำสั่งฟ้อง ร. กับพวกในข้อหาดังกล่าวแล้ว ร. ได้หลบหนีไปอยู่ต่างประเทศ การที่ผู้คัดค้านเห็นว่าหากปล่อยเงินเข้าไปอาจเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน ผู้คัดค้านจึงมีคำสั่งอายัดตัวสัญญาใช้เงินพิพาทที่ ร. เป็นเจ้าของกับหุ้นของบริษัท ฟ. ที่มี ร. เป็นเจ้าของ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 46 ทศ แห่งพรบ. การธนาคารพาณิชย์ฯ คำสั่งของผู้คัดค้านดังกล่าวจึงเป็นมาตรการการป้องกันมิให้ ร. ยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินของตนเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกบังคับยึดทรัพย์สินหรือขายทอดตลาดนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หรือโอนทรัพย์สินหรือสิทธิตามเอกสารสิทธิต่างๆ ของตนเปลี่ยนมือไปให้แก่บุคคลอื่นโดยมิชอบ อันอาจส่งผลให้เจ้าหนี้ทั้งปวงกับธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินอื่น ๆ ที่ ร. เป็นหนี้อยู่ได้รับความเสียหายและถูกกระทบกระเทือนเพราะเหตุการณ์กระทำทุจริตของ ร. ดังนั้น การที่ผู้คัดค้านมีคำสั่งอายัดตัวสัญญาใช้เงินกับหุ้นพิพาทดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งที่สั่งโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน

ผู้ร้องยังมีได้ฟ้อง ร. เกี่ยวกับหนี้สินแต่อย่างไร จึงไม่อาจฟังเป็นยุติได้ว่า ร. เป็นหนี้ผู้ร้องและมีข้อตกลงระหว่างผู้ร้องกับ ร. ดังที่ผู้ร้องอ้าง คดีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ร้องอีกต่อไป ผู้ร้องไม่มีสิทธิร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้คัดค้านที่อายุค้ำประกันของ ร. ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2191 /2541

จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 ต่างก็เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ของโจทก์ต่างวาระกัน มีหน้าที่ดูแลกิจการทั้งหมดของธนาคารโจทก์ให้พนักงานปฏิบัติตามระเบียบของธนาคารที่ได้วางไว้ ตลอดถึงการปฏิบัติตามพรบ. ว่าด้วยธนาคารพาณิชย์เมื่อมีการปล่อยสินเชื่อให้กู้ยืมเงิน การค้ำประกันและอวัลต์เงินไม่เป็นไปตามระเบียบปกติของธนาคาร มิได้เร่งรัดติดตามหนี้สิน หรือดำเนินการใดเพื่อแก้ไขหนี้ดังกล่าวเป็นเหตุให้ธนาคารโจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 1 และที่ 3 ได้ชื่อว่าทำละเมิดต่อโจทก์ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้โจทก์ สำหรับจำเลยที่ 4 แม้มิใช่เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ แต่มีหน้าที่ดูแลด้านสินเชื่อภายในประเทศ ซึ่งจำเลยที่ 4 ได้รับการสรุปภาระหนี้สินของธนาคารโจทก์จาก ป. หลายครั้งเพื่อให้สั่งการ แต่จำเลยที่ 4 ก็มีได้สั่งการแต่ประการใดเป็นเหตุให้ไม่สามารถติดตามหนี้สินจากลูกหนี้ของธนาคารโจทก์ได้การที่จำเลยที่ 4 ละเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่และระเบียบปฏิบัติของธนาคารโจทก์ จำเลยที่ 4 ได้ชื่อว่าทำละเมิดต่อโจทก์ เป็นเหตุให้โจทก์เสียหาย จำเลยที่ 4 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์

ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ต้องอาศัยกรรมการผู้มีความรอบรู้ในธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ด้วย เพื่อให้เชื่อถือเพื่อสอดส่องกิจการของธนาคารให้ลุล่วงไปด้วยดี การที่ธุรกิจของโจทก์ประสบปัญหามาเป็นเวลานานตั้งแต่ปี 2523 ไม่ว่าจะการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องอยู่ในระดับไม่พอใช้จนถึงด้วยคุณภาพจัดเป็นขั้นสูง และส่งสัยจำนวนสูง การแสดงผลกำไรตั้งแต่ปี 2522 ผิดพลาดเพราะแท้จริงแล้วธุรกิจของโจทก์ขาดทุนมิใช่กำไร มีการให้สินเชื่อแก่กลุ่มผู้บริหารมาก แม้ว่าการให้สินเชื่อดังกล่าวจะไม่ขัดต่อ พรบ. การธนาคารพาณิชย์ มาตรา 12(2) และมาตรา 12 ทวิ ก็ตาม แต่หนี้ในกลุ่มดังกล่าวหลักประกันไม่คุ้มหรือไม่มีเลย ดังนั้นเมื่อได้ความว่าจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 เป็นกรรมการของโจทก์มีหน้าที่ต้องดูแลการบริหารกิจการของโจทก์มิให้เสียหาย กลับปล่อยให้มีการให้สินเชื่อโดยหลักประกันไม่คุ้มเมื่อหนี้ถูกจัดเป็นหนี้เสียก็ได้เร่งรัดติดตามหนี้แม้ธนาคารแห่งประเทศไทยจะแจ้งให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาด ในการปฏิบัติงานดังกล่าว จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 ก็หาได้ดำเนินการใดเพื่อแก้ไขไม่ ดังนั้นเมื่อตามพฤติการณ์ควรจะรู้ข้อปัญหาดังกล่าว หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนผู้ประกอบการค้าเช่นนั้นควรจะพึงรู้ได้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อปกป้องความเสียหายอันจะเกิดแก่โจทก์ จึงถือได้ว่า จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 มิได้ใช้ความเชื่อเพื่อสอดส่องในการประกอบกิจการของโจทก์ จะอ้างว่าไม่รับทราบบริหารงานของโจทก์หรือมิได้มาทำงานเป็นประจำก็ไม่มีหน้าที่ที่ดี เพื่อปิดความรับผิดชอบของตนหาได้ไม่

3.4.4 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 พ.ศ.2526 มาตรา 34

มาตรา 75 ทวิ บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท โดยทุจริต หลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จแก่ประชาชน หรือด้วยการปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ประชาชน และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สามหรือทำให้ประชาชนผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ

มาตรา 75 ตรี บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของบริษัท หรือทรัพย์สินที่บริษัทเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใดๆ โดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของบริษัท

มาตรา 75 จัตวา บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท ครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของบริษัทหรือซึ่งบริษัทเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สามโดยทุจริต

มาตรา 75 เบญจ บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของยาร้าง เอาไปเสีย ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินอันบริษัทมีหน้าที่ดูแลหรือที่อยู่ในความครอบครองของบริษัท ถ้าได้กระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชน

มาตรา 75 ฉ กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท รู้ว่าเจ้าหน้าที่ของบริษัท หรือเจ้าหน้าที่ของบุคคลอื่น ซึ่งจะใช้สิทธิของเจ้าหน้าที่บริษัทบังคับการชำระหนี้จากบริษัท ใช้หรือน่าจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้ได้ย้ายไปเสีย ซอนเร้น หรือโอนไปให้แก่ผู้อื่น ซึ่งทรัพย์สินของบริษัท หรือแกล้งให้บริษัทเป็นหนี้ซึ่งไม่เป็นความจริง ถ้าได้กระทำเพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

มาตรา 75 สัตต บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท กระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น

มาตรา 75 อัญฐ บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัท กระทำ หรือยินยอมให้กระทำการดังต่อไปนี้

- a. ทำให้เสียหาย ทำลายเปลี่ยนแปลง ตัดทอนหรือปลอมบัญชีเอกสาร หรือหลักประกันของบริษัทหรือที่เกี่ยวข้องกับบริษัท
- b. ลงข้อความเท็จ หรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชี หรือเอกสารของบริษัทหรือที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือ
- c. ทำบัญชีไม่ครบถ้วน ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นปัจจุบัน หรือไม่ตรงต่อความเป็นจริง ถ้ากระทำ หรือยินยอมให้กระทำ เพื่อลวงให้บริษัท หรือผู้ถือหุ้นขาดประโยชน์ อันควรได้หรือลวงบุคคลใดๆ

3.4.5 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

กิจการประกันภัยแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ การประกันชีวิต และการประกันวินาศภัย ซึ่งในแต่ละประเภท ก็มีกฎหมายควบคุมอยู่คือ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ซึ่งพระราชบัญญัติทั้งสองก็ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดไว้ให้ผู้บริหารโดยเฉพาะ มีเพียงบทบัญญัติในลักษณะที่เมื่อผู้บริหารบริษัทประกันภัยกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ให้กรรมการประกันภัยเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจร้องทุกข์ดำเนินคดี (พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 109 และพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 115) นอกจากนี้กรรมการประกันภัยยังมีอำนาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้บริหาร และมีอำนาจร้องขอต่อศาลอาญาให้ศาลสั่งห้ามมิให้ผู้บริหารออกนอกราชอาณาจักร (พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มาตรา 110 และพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 116)

3.4.6 ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542⁷³

บทกำหนดโทษกรณีนิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 ได้กำหนดบทบัญญัติลงโทษผู้บริหารบริษัทที่กระทำความผิดไว้ดังนี้

มาตรา 61 บัญญัติว่า "นิติบุคคลใดกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 9 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท"

กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลตามวรรคหนึ่ง กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดฐานฟอกเงิน ตามมาตรา 5 (โอน รับโอน หรือ เปลี่ยนสภาพทรัพย์สิน ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด) มาตรา 7 (การสนับสนุนการกระทำความผิด หรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิด หรือจัดหา หรือให้เงิน หรือทรัพย์สินยานพาหนะ สถานที่ หรือวัตถุใดๆ หรือกระทำการใดๆ เพื่อช่วยผู้กระทำความผิด) มาตรา 8 (การพยายามกระทำความผิดฐานฟอกเงิน) หรือมาตรา 9 (สมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดฐานฟอกเงิน) ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาท ถึงหนึ่งล้านบาท

หากเป็นการกระทำความผิดโดยกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดฐานฟอกเงิน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่น

⁷³ สีนหาท ประยูรรัตน์, พันตำรวจเอก, คำอธิบายพระราชบัญญัติป้องกันการและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ส.เอเซียเพลส), 2542.

บาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

3.4.7 ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารบริษัทตามพระราชบัญญัติ การบัญชี พ.ศ. 2543

ตามพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 ได้มีบทลงโทษผู้ปฏิบัติหน้าที่ในทางบัญชี ที่กระทำการโดยมิชอบในการทำรายการเท็จ หรือแก้ไข ละเว้นการลงรายการในบัญชีหรืองบการเงินโดยไม่ชอบ เพื่อให้ผิดความเป็นจริง โดยบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 39 ผู้ใดลงรายการเท็จ แก้ไข ละเว้นการลงรายการในบัญชีหรืองบการเงิน หรือแก้ไขเอกสารที่ต้องใช้ประกอบการลงบัญชีเพื่อให้ผิดความเป็นจริง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 40 ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นหรือยินยอมในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

3.5 มาตรการตรวจสอบการทุจริตของผู้บริหารกิจการในประเทศไทย

3.5.1 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ประสานจัดให้มีการดำเนินการไปตามแผนและตามครรลองของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ และเพื่อให้ผลของการฟื้นฟูกิจการได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามกฎหมาย และเกิดประโยชน์อย่างแท้จริง สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁷⁴

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าตามบทบัญญัติฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้กำหนดให้ผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการทำรายงานต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ในส่วนจัดกิจการทรัพย์สินและกำกับดูแลการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่มีความรู้ในเรื่องบัญชีและการจัดการกิจการ และตรวจสอบทางบัญชี กระบวนการในการตรวจสอบการบริหารกิจการของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ จะเริ่มต้น เมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินการสรุปแผนฟื้นฟูกิจการ(ภาคผนวก 1) ซึ่งรายงานการสรุปแผนฟื้นฟูกิจการจะสรุปความสำคัญของแผน ซึ่งจะมีหัวข้อรายละเอียดดังนี้

1. เหตุผลที่ทำให้มีการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/42 (1)

⁷⁴ สมเจตน์ หิริโตนป๊ะ, การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ฉบับ ปฏิบัติการ บทสรุป ตัวบทคำร้องขอการฟื้นฟูกิจการ.(กรุงเทพมหานคร หจก. พิมพ์อักษร), หน้า 100 .

2. รายละเอียดแห่งทรัพย์สิน หนี้สินและภาระผูกพันต่าง ๆ ของลูกหนี้ในขณะที่มีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/42 (2)
3. หลักการและวิธีการฟื้นฟูกิจการ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/42 (3) แนวทางที่นำมาใช้ในการฟื้นฟูกิจการตามที่ปรากฏในแผนฟื้นฟูกิจการ มาตรา 90/42 (3) (ก) แบ่งเป็น การปรับโครงสร้างทางการเงินและแผนการปรับโครงสร้างองค์กร
4. การไต่ถอนหลักประกันในกรณีที่มีเจ้าหนี้มีประกันและความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/42 (4)
5. แนวทางแก้ไขปัญหาลูกหนี้ขาดสภาพคล่องชั่วคราวระหว่างการปฏิบัติตามแผนมาตรา 90/42 (5)
6. วิธีปฏิบัติในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนหนี้ มาตรา 90/42 (6)
7. ชื่อ คุณสมบัติ หนังสือยินยอมของผู้บริหารแผน และคำตอบแทน มาตรา 90/42 (7)
8. การแต่งตั้งและการพ้นตำแหน่งของผู้บริหารแผน มาตรา 90/42 (8)⁷⁵
9. กำหนดเวลาในการดำเนินการตามแผน ซึ่งจะต้องไม่เกินห้าปี มาตรา 90/42 (9)
10. การไม่ยอมรับทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญาในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญา มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ตามมาตรา 90/42 (10)
11. ประเด็นอื่น ๆ

โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีการวิเคราะห์แผนฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติยอมรับแผน โดยมีหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ดังนี้

1. แผนฟื้นฟูกิจการมีรายการครบถ้วนตามมาตรา 90/42 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483
2. การจัดสรรการจ่ายชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ภายในกลุ่มเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน
3. หากบริษัทลูกหนี้ได้รับการฟื้นฟูกิจการจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้มากกว่ากรณีที่บริษัทลูกหนี้ถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย (โดยจะมีตารางประมาณการผลตอบแทนตามแผนเปรียบเทียบกรณีล้มละลาย และกรณีการฟื้นฟูกิจการ)

ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะจัดทำรายงานสรุปและวิเคราะห์แผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าวเสนอต่อศาลอนึ่ง ภายหลังจากแผนได้รับความเห็นชอบแล้ว ตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 90/66 กำหนดให้ผู้บริหารแผนจัดทำรายงานการปฏิบัติงานตามแผนเสนอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ทุกกรอบ 3 เดือน ตามที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด ดังนั้นผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการจะทำรายงานการดำเนินการทุกกรอบ 3 เดือน ซึ่งจะมีรายละเอียดการปฏิบัติงานในแต่ละรอบ, รายงานความคืบหน้า, เหตุการณ์ดำเนินการไม่เป็นไปตามแผนการฟื้นฟูกิจการ โดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะแนบบดุล สินทรัพย์, หนี้สิน และส่วนของผู้ถือหุ้น, งบกำไรขาดทุน, (โดยอาจแนบบัญชีเงินฝากธนาคาร ที่ใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนในกิจการแนบท้าย) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะตรวจ

⁷⁵ เป็นการส่วนหนึ่งของการวินิจฉัยในความสำเร็จของแผนการฟื้นฟูกิจการ

สอบ ดูรายงานของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการในรอบ 3 เดือน⁷⁶ ว่าผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการได้ดำเนินการบริหารกิจการตามที่ระบุไว้ในแผนหรือไม่และ ได้บริหารกิจการแตกต่างจากที่ระบุไว้ในแผนเพียงใด ซึ่งหากมีการปฏิบัติการแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในแผนในส่วนนี้ ผู้บริหารแผนจะดำเนินการขอแก้ไขแผนต่อไป และเพื่อหาแนวทางที่จะใช้ดำเนินการต่อไปอย่างไร เช่น การขอปรับลดการจ่ายดอกเบี้ย , การขอให้เลื่อนกำหนดการจ่ายเงินต้น เนื่องจากมีรายได้ไม่เพียงพอ อันเกิดจากภาวะเศรษฐกิจ หรือเกิดจากการปรับลดราคาสินค้า เนื่องจากคุณภาพสินค้า ฯลฯ เหตุปัจจัยดังกล่าวเหล่านี้ ผู้บริหารแผนจะรายงานโดยกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น และแจ้งต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อให้มีการประชุมแก้ไขแผน ซึ่งหากเป็นเหตุที่ทำให้มีผลที่แตกต่างจากแผนฟื้นฟูกิจการไม่มากนักก็ไม่ต้องขอแก้ไขแผนอาจแจ้งให้กรรมการเจ้าหนี้ทราบเท่านั้น ถ้าหากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการดำเนินการบริหารกิจการไม่แตกต่างจากแผนฟื้นฟูกิจการที่กำหนดไว้ ผู้บริหารแผนจะจัดรายการ หรือหลักฐานการจ่ายเงิน เพื่อให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจสอบความถูกต้องของหลักฐาน โดยในรายงานจะแจ้งให้ทราบถึงรายละเอียดการจ่ายเงิน เช่น ในการจ่ายเงินประเภทดอกเบี้ยแก่เจ้าหนี้ จะมีการระบุถึงชื่อเจ้าหนี้ เป็นเจ้าหนี้รายที่ กลุ่มที่ และมีหลักฐานการรับทราบจากเจ้าหนี้โดยส่งเอกสารจ่ายเงินให้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในกรณีที่มีการบริหารงานแตกต่างจากแผนฟื้นฟูกิจการ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะพิจารณาจากงบการเงิน โดยเปรียบเทียบจากรายรับและรายจ่าย และพิจารณาจากงบดุล , งบกำไรขาดทุน, งบกระแสเงินสด ซึ่งงบต่าง ๆ จะแจ้งให้ทราบถึงรายได้ , ค่าใช้จ่าย, รายได้อื่นๆ , และรายได้จากการดำเนินการเป็นประจำ โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะพิจารณาจากงบกำไรขาดทุน โดยดูจากความสัมพันธ์ของงบการเงิน และรายงานต่อศาล (ตัวอย่างกรณี งบทางการเงิน ต่างๆ ที่มีการบริหารแตกต่างจากแผนฟื้นฟูกิจการและต้องมีการขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการต่อศาล ภาคผนวก 3) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะรายงานโดยดูแนวทางในการขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการเพื่อเสนอต่อศาลในการขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ และจัดประชุมเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาขอมติที่ประชุมในการขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ และเสนอผลการประชุมต่อศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาเห็นชอบกับการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการต่อไป ซึ่งหากกรณีศาลไม่เห็นชอบในการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าว ก็ต้องกลับไปดำเนินการในแผนฟื้นฟูกิจการเดิมซึ่งแผนฟื้นฟูกิจการเดิม หากผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการไม่สามารถดำเนินการได้ ก็จะมีการรายงานศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่ง

วิธีการตรวจสอบของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดังกล่าว จึงเป็นเพียงการตรวจสอบจากข้อมูลที่มีอยู่ที่ได้จากการนำเสนอจากผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งอาจจะเป็นข้อมูลไม่ถูกต้องแท้จริง โดยจะเห็นได้ว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขาดทักษะและความชำนาญในเรื่องการตรวจสอบความทุจริต อันจะทำให้ขาดความชัดเจนและความไม่ยุติธรรมในการพิสูจน์ถึงความทุจริตที่อาจเกิดขึ้นได้

⁷⁶ ในการพิจารณารายงานของผู้บริหารแผนฟื้นฟูกิจการทุก 3 เดือน(รอบไตรมาส) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะพิจารณาโดยดูรายละเอียดของแผนฟื้นฟูกิจการว่า เป็นแผนฟื้นฟูกิจการที่มีส่วนในการปรับโครงสร้างหนี้ หรือแผนฟื้นฟูกิจการในการปรับโครงสร้างกิจการ หรือเป็นทั้งแผนในการปรับโครงสร้างหนี้ด้วยและเป็นแผนปรับโครงสร้างกิจการด้วย ซึ่งหากเป็นแผนประเภทการปรับโครงสร้างหนี้จะมีส่วนในการเพิ่มทุน , ลดทุน (ภาคผนวก 6) หากเป็นแผนประเภทการปรับโครงสร้างกิจการ (องค์กรของลูกหนี้) เช่น การเปลี่ยนแปลงผู้บริหารลูกหนี้เดิม , การเพิ่มลบลูกหนี้ , การปรับสภาพการผลิตสินค้า , หรือการเปลี่ยนวิธีการจัดการ ทั้งสองประเภทของแผนนี้เจ้าพนักงาน

3.5.2 การตรวจสอบความผิดโดยวิธีการตรวจสอบภายใน

ปัจจุบันองค์กรทางธุรกิจได้นำวิธีการตรวจสอบภายในมาใช้กับองค์กรของตนโดยกำหนดให้การตรวจสอบเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ ปัญหาของการทุจริต การคอร์รัปชัน การฉ้อโกง บิดเบือนข้อมูลข่าวสาร หรือการบริหารจัดการที่ผิดพลาดของบริษัท ย่อมส่งผลให้เกิดการล้มละลายของธุรกิจ ซึ่งมีมูลค่ามหาศาล การดูแลจัดการในองค์กรที่ดีย่อมเป็นสิ่งสำคัญในระยะเวลาที่เศรษฐกิจกำลังวิกฤติการณ์ทางการเงิน (crisis) ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็เช่นเดียวกัน ย่อมต้องการการบริหารจัดการที่ดี การจัดการที่ดีในองค์กรมาจากการบริหารจัดการองค์กรที่มีคุณลักษณะดังนี้

1. ความยุติธรรม (fairness) หมายความว่ากลุ่มบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (Stakeholders) ในองค์กรควรจะได้รับสิทธิที่พึงมีพึงได้อย่างยุติธรรม กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ควรมีโอกาสเหนืออีกกลุ่มอื่นในอันที่จะทำให้ได้รับผลประโยชน์เกินปกติ หรือมีการเคลื่อนย้ายผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลหนึ่งไปยังกลุ่มอื่น ๆ อย่างไม่ยุติธรรม

2. ความโปร่งใส (Transparency) หมายถึงความโปร่งใสทั้งในด้านการดำเนินงาน (Operation) และการเปิดเผยข้อมูล (Information disclosure) ซึ่งในที่นี้ไม่ได้หมายถึงเฉพาะแค่การเปิดเผยข้อมูลหรือไม่เปิดเผยข้อมูลเท่านั้น แต่หมายถึงความถูกต้องของข้อมูลและระยะเวลาที่เปิดเผยด้วย เพราะการเปิดเผยข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง จงใจบิดเบือนข้อมูล หรือการเปิดเผยข้อมูล ที่ถูกต้องแต่เปิดเผยออกมาในระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม ย่อมสามารถสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับกลุ่มต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ต่อ

3. ความสามารถอธิบายได้ (Accountability) ในการบริหารจัดการองค์กร ผู้บริหารจะต้องกำหนดกลยุทธ์และแนวทางการดำเนินงาน ซึ่งสิ่งที่กำหนดนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถอธิบายได้ถึงความต่อเนื่องและผลกระทบของการดำเนินงานนั้น และผู้บริหารจะต้องมีความรับผิดชอบต่อภาระหน้าที่การจัดการบริหารขององค์กร ในการจะนำองค์กรไปให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการบริหารจัดการที่ดี คือเพื่อเพิ่มมูลค่าให้กับองค์กร ซึ่งการบริหารจัดการนั้น ๆ จะต้องเป็นสิ่งที่สามารถอธิบายได้อย่างมีเหตุผล เหตุใดจึงมีการจัดการในรูปแบบนั้น ๆ⁷⁷

การตรวจสอบภายในเป็นหนึ่งในกระบวนการที่จะทำให้ได้ผลผลิตที่เหมาะสม การตรวจสอบภายในทำให้ได้ผลลัพธ์ที่บ่งบอกถึงปัญหาที่เกิดขึ้น รวมทั้งมีข้อเสนอแนะในการแก้ไข ซึ่งจะส่งผลให้องค์กรมีการแก้ไขปรับปรุงให้เกิดการจัดการและบริหารที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น ส่งผลให้มูลค่ากิจการเพิ่มมากขึ้น ทำให้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มบุคคลจากภายในองค์กรเอง อาทิเช่น กรรมการบริหาร ผู้บริหาร พนักงาน หรือกลุ่มอื่น ๆ ภายนอกของธุรกิจ เช่น เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และลูกค้า เป็นต้น

⁷⁷ พรอนงค์ บุษราตระกูล. การตรวจสอบภายใน และบรรษัทภิบาลสำหรับธุรกิจ. โครงการสัมมนาวิชาการครบรอบ MBA 20 ปี ความเป็นเลิศทางการจัดการในยุคเศรษฐกิจแห่งองค์ความรู้และดิจิทัล (Management Excellence in the Digital and Knowledge –driven Economy) 23 ส.ค. 2545 คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี , จุฬาฯ

3.5.2.1 ความหมายของ การตรวจสอบภายใน⁷⁸

การตรวจสอบภายใน คือกระบวนการที่จัดทำขึ้นจากหน่วยงานภายในธุรกิจ หรือ องค์กรเพื่อประเมินวิธีการ นโยบาย และมาตรการที่ผู้บริหารได้กำหนดไว้ตลอดจนเพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการองค์กรว่า เครื่องมือเหล่านั้นมีความเพียงพอต่อการนำไปใช้ในการควบคุมดูแลองค์กรหรือไม่ อีกทั้งประเมินถึงความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลของเครื่องมือเหล่านั้น โดยมีการคำนึงถึงประโยชน์และต้นทุนที่เกิดขึ้น

3.5.2.2 วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบภายใน⁷⁹

หน่วยตรวจสอบภายใน หมายถึง บริการที่ฝ่ายบริหารจะได้รับจากหน่วยงานตรวจสอบภายใน ซึ่งจะเห็นได้จากคำกล่าวในแถลงการณ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ตรวจสอบภายใน⁸⁰ The 1957 Statement of Responsibilities of the internal auditors ซึ่ง ระบุไว้ว่า “วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบภายใน ก็คือ เพื่อที่จะช่วยให้ ฝ่ายบริหารปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบของตนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการทำการวิเคราะห์ วัตถุประสงค์ ในการปฏิบัติงาน ทำการประเมินผลงาน ทำการให้คำแนะนำ และการให้ข้อสังเกตความคิดเห็นตรงกับปัญหาที่ทำการตรวจสอบ” หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งว่า⁸¹ วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบภายในเพื่อที่จะช่วยฝ่ายบริหารงานในการได้รับผลการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดจากการอำนวยความสะดวกขององค์กร (the overall objective of internal auditing is to assist management in achieving the most efficient administration of the operations of the organization) “เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวผู้ตรวจสอบภายในจึงต้องคอยทำการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติงานประจำวันของพนักงานของกิจการรวมทั้งคอยติดตามกิจกรรมที่เกิดขึ้นในองค์กรในทุกแง่มุม ดังนั้นหน้าที่ของฝ่ายตรวจสอบภายในที่จะต้องปฏิบัติอาจสรุปได้ดังนี้คือ

1. ทำการตรวจสอบบันทึกทางการบัญชี ประเมินผลการดำเนินงาน ตรวจสอบการควบคุมภายใน และวิธีปฏิบัติงาน เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถแน่ใจว่า ข้อมูลที่นำมาใช้ประโยชน์ทางด้านการตัดสินใจเพื่อการจัดการนั้นถูกต้อง เพียงพอและเป็นที่น่าพอใจ
2. ทำการสอบถามและเข้าสังเกตการปฏิบัติงานของหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อให้สามารถวางใจได้ว่า นโยบาย แผนงานและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ได้มีการปฏิบัติตามถูกต้องและสอดคล้องกัน กรณีที่มีข้อสงสัยหรือบกพร่อง จะได้ติดตามสอบสวนและหาทางแก้ไขต่อไป

⁷⁸ สมใจ ประยงค์ . การควบคุมและตรวจสอบสถาบันการเงินภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 โดยธนาคารแห่งประเทศไทย . วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัย คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2526 หน้า 81-82.

⁷⁹ อ่างแล้ว

⁸⁰ Victor Z.Brink and James A. Cashin, Internal Auditing ,(New York : the Ronald Peess company ,1958) p.431.

⁸¹ Arthur W.Homes, Auditing Principles and Procedure ,(Homewood. Illinois : Richares D. Irwin , Inc .,1964), p 74 .

3. ทำการตรวจสอบสืบสวนประเมินความน่าเชื่อถือของตัวเลขทางการบัญชี และข้อมูลอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในองค์การ
4. ทำการตรวจสอบสืบตามรายการทรัพย์สินของบริษัทที่ลงบัญชีไว้อย่างสม่ำเสมอทำให้สามารถป้องกันการสูญเสียที่อาจจะเกิดขึ้นได้ทันทั่วทั้ง
5. ทำการประเมินประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เข้าทำการตรวจสอบว่าเป็นที่น่าพอใจหรือไม่เพียงพอ เพื่อเสนอข้อแก้ไขปรับปรุงแก่ฝ่ายบริหาร

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบภายในคือการตรวจทานงานทั้งหมดของกิจการเพื่อให้ข้อมูลแก่ฝ่ายบริหารได้รับเป็นที่น่าเชื่อถือได้และเพียงพอไว้ซึ่งประสิทธิภาพสูงสุดในการปฏิบัติงานขององค์การ

3.5.2.3 วิธีการตรวจสอบภายใน⁸²

การตรวจสอบภายในคือการตรวจสอบการปฏิบัติงานของหน่วยดำเนินงานต่าง ๆ ขององค์การว่าปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่วางไว้หรือไม่ เป็นต้นว่า การตรวจสอบทางด้านบัญชี จะตรวจสอบถึงระบบบัญชีที่วางไว้ รายการบันทึกทางการเงินกับหลักฐานประกอบรายการนั้นสมเหตุสมผลถูกต้องและเพียงพอหรือไม่ การจัดเตรียมเสนอรายงานทางการเงินถูกต้องตรงตามความเป็นจริงน่าเชื่อถือประการใด ส่วนการตรวจสอบทางด้าน การปฏิบัติงานจะตรวจสอบว่าพนักงานเจ้าหน้าที่ของหน่วยปฏิบัติการต่าง ๆ ได้ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารได้วางไว้หรือไม่ พร้อมทั้งพิจารณาว่ากฎข้อบังคับเหล่านั้นเหมาะสมประการใด ควรมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ แล้วสรุปจัดทำรายงานเกี่ยวกับงานที่ตรวจสอบเสนอแก่ฝ่ายบริหารตามระยะเวลาที่กำหนดหรือเมื่อเสร็จจากการตรวจสอบงานที่ได้รับมอบหมายแล้วในแต่ละครั้ง

ในการปฏิบัติการตรวจสอบผู้ตรวจสอบจะต้องปฏิบัติตามหลักมาตรฐานในการสอบบัญชี เช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพสอบบัญชีอิสระ จะเห็นได้ว่าถ้าพิจารณาในลักษณะงานที่ทำแล้ว ผู้ตรวจสอบภายในและภายนอก (ผู้สอบบัญชีอิสระ) จะมีความแตกต่างและความคล้ายคลึงกันหลายประการด้วยกัน เช่น เมื่อพิจารณาในด้านวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ การตรวจสอบภายในจะตรวจสอบการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารกำหนดไว้หรือไม่ พร้อมทั้งศึกษาถึงวิธีปฏิบัติงานที่เป็นอยู่นั้นว่าเหมาะสมหรือไม่เพื่อหาทางปรับปรุงการปฏิบัติให้เหมาะสมยิ่งขึ้น และตรวจสอบว่าได้แสดงฐานะทางการเงินถูกต้องหรือไม่ ซึ่งกระทำการเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารงานส่วนวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบภายในก็เพื่อตรวจสอบฐานะการเงินที่ฝ่ายบริหารจัดทำขึ้นนั้นน่าเชื่อถือหรือไม่เพียงพอใด ในการตรวจสอบฐานะทางการเงินของลูกค้า ผู้สอบบัญชีอิสระจะสอบทานการควบคุมภายใน ตรวจสอบรายงานทางการเงิน การบันทึกทางการเงิน กฎหมาย และการบันทึกอื่น ๆ ประกอบกับการตรวจสอบตามหลักฐานที่ได้รับทั้งภายในและภายนอกกิจการ โดยพิจารณาถึงความถูกต้องและความสมเหตุสมผลของแต่ละรายการ ความเห็นของผู้สอบบัญชีอิสระจึงขึ้นอยู่กับหลักฐานที่ได้รับจากลูกค้าและจากที่อื่น ๆ จึงเป็นการสอบรับรองความน่าเชื่อถือของรายงานการเงินที่ฝ่ายบริหารได้จัดทำ

⁸² ธนารัตน์ งานวลัยรัตน์ , การออกแบบและพัฒนาระบบสารสนเทศสำหรับสนับสนุนการตรวจสอบภายในของสถาบันการเงิน , วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชาวิทยาศาสตร์คอมพิวเตอร์ คณะวิศวกรรมศาสตร์ , จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542. หน้า 25-30

ไว้ว่าถูกถ้วนน่าเชื่อถือตามหลักการบัญชีที่ยอมรับกันทั่วไป และหลักการนั้นได้นำมาปฏิบัติโดยสม่ำเสมอและเช่นเดียวกับปีก่อนหรือไม่ รายงานทางการเงินที่ผู้สอบบัญชีอิสระสอบรับรองแล้วจึงเป็นประโยชน์แก่บุคคลหลายฝ่ายด้วยกัน เช่น ฝ่ายบริหารสามารถใช้เป็นแนวทางในการตัดสินใจทางการเงินและในการปรับปรุงการปฏิบัติงานให้ดีขึ้น บุคคลภายนอกสามารถใช้ในการพิจารณาประกอบการตัดสินใจต่างๆ ที่จะมีแก่กิจการนั้น เช่น ใช้ในการพิจารณาการลงทุนในกิจการนั้นหรือให้กิจการนั้นกู้เงิน ผู้ถือหุ้นสามารถใช้ในการพิจารณาถึงความไว้วางใจที่มีต่อฝ่ายบริหาร การตรวจสอบของผู้สอบบัญชีอิสระจึงเป็นการป้องกันผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและบุคคลที่มีส่วนหรือจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการนั้น ในด้านขอบเขตการตรวจสอบ การตรวจสอบภายในจะกระทำกว้างขวางกว่า เนื่องจากต้องตรวจสอบการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าปฏิบัติงานตามกฎหมายข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารได้วางไว้หรือไม่โดยเข้าทำการตรวจสอบการปฏิบัติงานของทุกหน่วยงานของกิจการ ฉะนั้นผู้ตรวจสอบภายในจะต้องเป็นผู้รอบรู้กฎหมายข้อบังคับของกิจการได้เป็นอย่างดี ซึ่งต่างจากผู้ตรวจสอบภายนอกที่เน้นหนักทางด้านทางการเงินมากกว่าทางด้านปฏิบัติงาน ส่วนเทคนิคที่ใช้ในการตรวจสอบ การตรวจสอบภายในและภายนอกจะมีส่วนคล้ายคลึงกันมาก เช่น ในการตรวจสอบสมุดบัญชีและเอกสารประกอบรายงานต่าง ๆ จะมีการใช้เครื่องหมายในการตรวจสอบ แต่ทั้งนี้ควรให้มีความแตกต่างระหว่างผู้ตรวจสอบทั้งสองฝ่าย วิธีการตรวจสอบจะใช้วิธีตรวจสอบอย่างละเอียดหรือใช้แบบทดสอบนั้น ขึ้นอยู่กับวิจาร์ณญาณของผู้ตรวจสอบแต่ละคน โดยพิจารณาตามสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะที่เข้าทำการตรวจสอบ ส่วนระบบการทำงานจะคล้ายกัน เช่น ให้ผู้ที่อ่อนอาวุโส ทำงานเป็นผู้ช่วยผู้มีอาวุโสว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบงานประจำ เช่นการ ตรวจสอบเอกสาร (Vouching) การตรวจสอบการผ่านบัญชี (Posting) ฯลฯ ส่วนการตรวจสอบทางการควบคุมภายในและวิธีการปฏิบัติต่างๆ จะใช้วิธีการเข้าสังเกตการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เข้าทำการตรวจสอบและสอบถามจากผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เข้าทำการตรวจสอบ การตรวจสอบด้านนี้จะกระทำโดยผู้ตรวจสอบเพียงคนเดียวก็ย่อมจะกระทำได้ คุณภาพของงานจึงขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้ตรวจสอบแต่ละคน ในการตรวจสอบวิธีการปฏิบัติงานนี้ ผู้ตรวจสอบภายในจะต้องคอยสอดส่องสังเกตการทำงานและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในองค์การควบคู่กับการตรวจสอบสมุดบัญชี และการบันทึกรายการต่าง ๆ เพื่อให้แน่ใจว่ารายการต่าง ๆ ได้ลงบัญชีไว้ครบถ้วนแล้ว และเพื่อที่จะสามารถสอบถามติดตามแก้ไขได้ทันที่

เนื่องจากผู้ตรวจสอบภายในมักใช้เทคนิคการตรวจสอบต่าง ๆ เหมือนกับผู้สอบบัญชีอิสระและปัจจุบันก็นิยมแต่งตั้งผู้ตรวจสอบภายในจากผู้ประกอบวิชาชีพสอบบัญชี จึงก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าทำงานอย่างเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาละเอียดลงไปแล้ว จะเห็นว่าผู้ตรวจสอบภายในเหมือนผู้สอบบัญชีอิสระในแง่ที่เกี่ยวกับการสอบสวนความสมเหตุสมผลของการแสดงฐานะของงบการเงินแต่ผู้ตรวจสอบภายในกระทำในหลายๆ ด้านและกว้างขวางกว่า นอกจากนี้ ผู้ตรวจสอบภายในยังเป็นลูกจ้างของบริษัทที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการดำเนินงานของกิจการทุกชนิด ทำให้มีความกระตือรือร้นที่จะปรับปรุงการดำเนินงานให้เป็นที่น่าพอใจมากขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือฝ่ายบริหารมีอิทธิพลต่อความคิดเห็นและวิธีปฏิบัติงานของผู้ตรวจสอบภายใน แต่ผู้สอบบัญชีอิสระสามารถใช้วิจาร์ณญาณของตนเองและออกความเห็นได้อย่างเต็มที่โดยไม่เกรงกลัวบุคคลใดๆ ของกิจการที่ตนเข้าทำการสอบรับรองงบการเงินนั้น ความเห็นของผู้สอบบัญชีอิสระจึงเป็นที่เชื่อถือและบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการ

จากที่กล่าวข้างต้นอาจจะสรุปความหมายของการตรวจสอบภายในจากบทความเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ตรวจสอบภายในไว้ดังนี้⁸³

การตรวจสอบภายใน คือ การประเมินผลการปฏิบัติงานอย่างอิสระภายในองค์การ ในการตรวจทานงานทางด้านการบัญชี ทางการเงินและการปฏิบัติงานอื่นๆ อันเป็นบริการขั้นพื้นฐานที่ให้แก่ฝ่ายบริหาร รวมทั้งเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายบริหารใช้ในการควบคุมเพื่อการจัดการ โดยใช้เป็นเครื่องมือในการวัดผลและประเมินประสิทธิภาพในการควบคุมทางด้านอื่น ๆ อีกด้วย

การตรวจสอบภายในจะบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์ย่อมขึ้นอยู่กับการปฏิบัติตรวจสอบที่เหมาะสม สิ่งที่จะต้องพิจารณาในการปฏิบัติการตรวจสอบคือ

1. ผู้ตรวจสอบภายในจะปฏิบัติการตรวจสอบอย่างไรบ้าง
2. ควรจะตรวจสอบอะไรก่อน
3. การทดสอบเท่าใดจึงจะเพียงพอ

ผู้ตรวจสอบภายในควรปฏิบัติการตรวจสอบอย่างไร ข้อนี้ขึ้นอยู่กับงานที่ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบ ผู้ตรวจสอบจะต้องใช้วิจารณญาณของตนเองที่จะตัดสินใจปัญหาที่ได้รับว่าควรตรวจสอบอย่างไร คือควรเข้าทำการตรวจสอบอย่างไรจะเฉียดหรือโดยการทดสอบ ในเรื่องนี้ผู้ตรวจสอบจะต้องศึกษาหลักการควบคุมภายในของงานที่ได้รับมอบหมายให้ทำการตรวจสอบว่า การควบคุมภายในเหมาะสมเพียงใด โดยพิจารณาถึงการแบ่งงานและการมอบหน้าที่ความรับผิดชอบให้แก่พนักงานแต่ละคนสมดุลงกับอำนาจที่ได้รับมอบหมาย ไม่มีบุคคลใดปฏิบัติงานเกี่ยวกับรายการที่เกิดขึ้นตั้งแต่ต้นจนจบ และผู้รักษาทรัพย์สินไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจัดบันทึกการบัญชี เมื่อหน่วยงานนั้นมีระบบการควบคุมที่ดีตามที่กล่าว พนักงานปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของบริษัทผู้ตรวจสอบก็สามารถที่จะกำหนดวิธีการตรวจสอบแบบทดสอบได้ และตามที่สภาพเป็นอยู่ พนักงานตรวจสอบมีจำนวนน้อยกว่าพนักงานปฏิบัติงานประจำ จึงไม่สามารถที่จะตรวจสอบงานทั้งหมดได้แต่การทดสอบนี้หมายถึงทดสอบบางส่วนของรายการทุกรายการ รายการที่ผิดปกติอาจจะเป็นจำนวนเงินมากผิดปกติ ผิดห่างบัญชี รายการปรับปรุงที่ผิดสังเกต รายการที่คลุมเคลือไม่ชัดเจน เช่น บัญชี เบ็ดเตล็ด ก็อาจต้องทำการวิเคราะห์บัญชีเหล่านั้นอย่างละเอียด เพื่อให้ทราบว่าที่ผิดปกติไม่ชัดเจนนั้นเกิดจากอะไร และมีสิ่งที่ไม่สมควรเลยแฝงอยู่หรือไม่ ซึ่งทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประสบการณ์และวิจารณญาณของผู้ตรวจสอบแต่ละคน

เนื่องจากการตรวจสอบภายในมีการตรวจสอบทั้งทางด้านการเงินและการปฏิบัติงาน วิธีการตรวจสอบจึงแตกต่างกันไป เป็นต้นว่า การตรวจสอบทางด้านการเงิน ผู้ตรวจสอบต้องพิจารณาอำนาจอนุมัติของพนักงานที่รับผิดชอบตามผังการจัดสายงานว่ามีอำนาจเพียงใด การควบคุมภายในการสอบยันในจุดใดบ้าง รายการที่ลงบัญชีไว้กับเอกสารที่ประกอบการลงรายการนั้นสมเหตุสมผลและเพียงพอหรือไม่ รายการใดที่สามารถหาข้อมูลเพิ่มเติมจากหลายฝ่ายก็ควรทดสอบบ้าง เช่น ลูกหนี้ เจ้าหนี้ ควรขอคำยืนยันยอดคงเหลือจากลูกหนี้เจ้าหนี้ของกิจการ เงินฝากธนาคารควรสอบเทียบยอดกับรายงานทางธนาคารและควรขอคำยืนยันยอดเช่นเดียวกัน ราย

⁸³ Brink & Cashin, Statement of Responsibilities of the Internal Auditor . Published by the Institute of Internal Auditors in 1947 . p.431

การสินค้าคงเหลือ และทรัพย์สินประจำควรมีการเข้าร่วมทำการตรวจสอบนับกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ในระหว่างงวดอาจทดสอบเพียงบางจุดก็ใช้ได้ หลักทรัพย์ต่างๆ ควรตรวจนับและพิจารณาความเหมาะสมในการจัดเก็บ และผู้ร่วมรับผิดชอบเกี่ยวกับรายการนั้น นั่นคือในการปฏิบัติการตรวจสอบผู้ตรวจสอบภายในควรที่จะทราบมาตรการควบคุมภายในเกี่ยวกับสิ่งที่ตรวจสอบ แล้วใช้มาตรการนั้นในการพิจารณาประกอบตรวจสอบอีกด้วย เป็นต้นว่า สินค้าคงคลังมีมาตรการควบคุมภายในกำหนดไว้ว่า รายการสินค้าทั้งหมดจะต้องมีการตรวจนับซึ่งน้ำหนัก หรือตวงวัด และตรวจนับเทียบยอดกับบัตรบันทึกสินค้าอย่างน้อยปีละสองครั้ง ในการตรวจสอบภายในจะกระทำได้นี้คือ

- ก. คอยสังเกตว่ารายการสินค้าต่างๆ ได้มีการชั่งตวงวัดอย่างถูกต้องและอาจนำเอาบางอย่างมาทดสอบซึ่งบางก็ได้
- ข. ทดสอบเทียบยอดใบตรวจสินค้าคงคลังที่กระทำสองครั้งต่อปี กับบัตรสินค้าคงคลังเพื่อให้แน่ใจว่าได้มีการปฏิบัติเช่นนั้นจริง
- ค. ตรวจสอบกระดาษทำการและบัตรบันทึกสินค้าที่ต่อเนื่องกันว่ารายการปรับปรุงที่จำเป็นได้เข้าบัญชีเรียบร้อยแล้ว
- ง. ขอคำอธิบายเกี่ยวกับรายการปรับปรุงที่เป็นจำนวนเงินมาก และพิจารณาว่ารายการปรับปรุงที่ผิดปกตินั้นเกิดจากเจตนาของฝ่ายบริหารงานในส่วนงานนั้นหรือไม่

ส่วนการตรวจสอบทางด้านปฏิบัติงานผู้ตรวจสอบจะใช้วิธีการเข้าสังเกตการณ์ปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้น ๆ พร้อมกับสอบถามจากพนักงานหลายๆ ฝ่ายเพื่อสอบถามว่าคำตอบที่ได้รับถูกต้องเชื่อถือได้ ในการตรวจสอบถ้าปรากฏว่ามีเหตุการณ์ที่น่าสงสัยหรือมีสิ่งที่ไม่เห็นถึงการทุจริต ผู้ตรวจสอบจะตรวจสอบเพิ่มเติมจนได้รับคำตอบเป็นที่พอใจและแน่ชัด ซึ่งอาจต้องทำการตรวจสอบทั้งหมดก็เป็นได้ จะเห็นได้ว่า วิธีการตรวจสอบไม่แน่นอนตายตัว ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละสถานการณ์ และการควบคุมภายในของหน่วยงานที่เข้าทำการตรวจสอบ

ผู้ตรวจสอบมักมีคู่มือในการปฏิบัติงานอยู่แล้วเรียกว่า แผนการตรวจสอบ (audit program) ซึ่งกำหนดว่าควรทดสอบอะไร เช่น ใด แผนการตรวจสอบนี้หัวหน้าฝ่ายตรวจสอบจะเป็นผู้กำหนดขึ้น เพื่อให้ผู้ตรวจสอบใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติการตรวจสอบ ซึ่งผู้ตรวจสอบอาจเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับกรณีที่ตรวจสอบยิ่งขึ้นตามวิจรณ์ญาณของตนได้

ตามปกติในการตรวจสอบหน่วยงานที่เคยตรวจสอบมาแล้วสิ่งที่ผู้ตรวจสอบจะละเลยไม่ได้คือ การติดตามผลของรายงานที่เสนอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงในการตรวจสอบครั้งก่อนนั้นว่าได้มีการแก้ไขปฏิบัติแล้วเพียงใด และได้รับผลสำเร็จตามที่คาดหมายไว้หรือไม่ ถ้าไม่มีการแก้ไขหรือกระทำเพียงบางส่วน ผู้ตรวจสอบจะต้องสืบหาสาเหตุที่เป็นเช่นนั้น และเสนอในรายงานต่อไป จากนั้นผู้ตรวจสอบจะปฏิบัติงานทดสอบตามความเห็นสมควรต่อไป ส่วนการตรวจสอบตามปกติสำหรับหน่วยงานที่เรียบร้อยแล้วไม่มีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดให้แก้ไข หรือหน่วยงานที่เข้าตรวจสอบงวดแรก ผู้ตรวจสอบจะสอบถามถึงกฎข้อบังคับ และหลักปฏิบัติงานที่ใช้อยู่แล้ว จึงประเมินว่าควรทดสอบสิ่งใดบ้าง ถ้าทางฝ่ายตรวจสอบได้ระบุไว้ว่าให้ตรวจสอบสิ่งใดแล้ว ก็เป็นไปตามที่หัวหน้าฝ่ายกำหนดมา แต่ตามปกติจะตรวจสอบการปฏิบัติงานก่อนที่จะตรวจสอบทางการเงิน หรือตรวจสอบทางด้าน

การเงินพร้อมกันไปกับการปฏิบัติงานก็เป็นได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปัญหาที่ได้รับมอบหมายในการตรวจสอบและการตัดสินใจของผู้ตรวจสอบแต่ละคน

ขอบเขตการตรวจสอบและวิธีการตรวจสอบเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงมานั้นถูกต้องเพียงพอหรือไม่ ถ้าใช้วิธีการทดสอบช่วงเวลาที่สำคัญมากถ้าตัดสินใจผิดพลาดอาจไม่ได้รับข้อมูลตามที่ต้องการก็ได้ ดังนั้นในการกำหนดขอบเขตการตรวจสอบผู้ตรวจสอบภายใน จะต้องศึกษาระบบการควบคุมภายในของกิจการที่เป็นอยู่ในขณะนั้น วัตถุประสงค์ของกิจการ กิจกรรมทั้งหมดที่ปฏิบัติอยู่และหน้าที่ความรับผิดชอบ กฎข้อบังคับของหน่วยงานแต่ละหน่วยงานที่กำหนดไว้ให้ปฏิบัติ สมุดบันทึกของกิจการทั้งหมด และหรือของแต่ละหน่วยงานที่มีอยู่ เอกสารที่ใช้ในการประกอบการลงสมุดบันทึกนั้น อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาแต่ละคน และการสอบย้อนภายในของแต่ละหน่วยปฏิบัติงาน เมื่อทราบรายละเอียดทั้งหมดแล้วจะเป็นหน้าที่ของหัวหน้าผู้ตรวจสอบภายในที่จะศึกษาค้นหาต่อว่า การควบคุมภายในมีจุดอ่อนที่ใดบ้าง ควรสนใจเป็นพิเศษ จุดใดขาดการสอบย้อนภายในที่ดี อาจกำหนดวิธีการตรวจสอบจุดนั้นเป็นพิเศษ ซึ่งอาจตรวจสอบทั้งหมดตามหน่วยงานนั้นทั้งทางด้านการเงินและทางด้านปฏิบัติงานก็ได้ ส่วนหน่วยงานบางหน่วยอาจทดสอบเป็นครั้งคราว และตามจุดต่างๆ ที่ต้องการทราบเท่านั้น เช่น การตรวจสอบทางการเงินอาจ ทดสอบเพียง 3-4 เดือน ก็เพียงพอเป็นต้น โดยจะตรวจสอบสมุดบันทึกและเอกสารที่ใช้ในการประกอบการลงบัญชี โดยพิจารณารายการที่บันทึกไว้มีเอกสารประกอบการลงบัญชีอย่างเพียงพอ และได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในส่วนงานนั้น และอยู่ในอำนาจที่ได้รับมอบหมายตามผังการจัดสายงานหรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้แบบทดสอบ ยกเว้นมีเหตุการณ์พิเศษหรือมีสิ่งส่อให้เห็นว่าอาจมีอันตรายเกิดขึ้นแก่กิจการจึงจะตรวจสอบอย่างละเอียดคือ ตรวจสอบทั้งหมด ส่วนการตรวจสอบในด้านปฏิบัติงานจะมีแบบสอบถามที่พิมพ์ไว้ตามข้อบังคับของกิจการและตามปัญหาที่ต้องการตรวจสอบแล้วมอบหมายให้ผู้ตรวจสอบนำไปตรวจสอบตามหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบในแง่นี้ ผู้ตรวจสอบต้องใช้ไหวพริบของตนเองเข้าสังเกตการณ์ปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และหรือสอบถามจากพนักงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ผลงานการตรวจสอบในด้านนี้จึงขึ้นอยู่กับประสบการณ์ความชำนาญและความรอบรู้และไหวพริบของผู้ตรวจสอบแต่ละคน

ตามที่กล่าวข้างต้นจะเห็นว่าคำตอบแตกต่างกันไปตามงานที่ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบ สถานการณ์ที่เป็นอยู่โดยเฉพาะในกรณีนั้น และปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และการทดสอบจะถือว่าเพียงพอเมื่อผู้ตรวจสอบได้รับข้อมูลตามที่ต้องการแล้วเท่านั้น ฉะนั้นวิธีการตรวจสอบที่ดีควรเป็นวิธีตรวจสอบที่สามารถได้ข้อเท็จจริงดังกล่าวมา ซึ่งวิธีการตรวจสอบอาจใช้วิธีตรวจสอบอย่างละเอียด หรือวิธีการทดสอบ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดผู้ตรวจสอบย่อมต้องใช้วิจารณญาณของตนที่จะเข้าทำการตรวจสอบตามปัญหาที่ตนต้องการทราบ อาจใช้เทคนิคในการตรวจสอบโดยพิจารณาจากเอกสารที่ประกอบในการลงบัญชีว่าถูกต้องและพอเพียงหรือไม่ สอบพิสูจนยอดโดยการตรวจนับของจริง และหรือยืนยันยอดคงเหลือตามบัญชี สอบถามข้อเท็จจริงจากพนักงานผู้ปฏิบัติงานตามหน้าที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งเข้าสังเกตการณ์ปฏิบัติงานของพนักงานต่างๆ ซึ่งในการปฏิบัติตรวจสอบผู้ตรวจสอบจะต้องพิจารณาสิ่งที่ตรวจสอบกับมาตรฐานการควบคุมภายในเกี่ยวกับสิ่งที่ตรวจสอบ เพื่อที่จะแน่ใจได้ว่าสิ่งที่ตรวจสอบถูกต้องและตรงตามกฎข้อบังคับของกิจการ

3.5.2.4 การตรวจพบข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงาน⁶⁴

ในการตรวจสอบตามปกติผู้ตรวจสอบอาจพบข้อผิดพลาดและข้อแตกต่างในวิธีปฏิบัติงานและหรือในบันทึกทางการเงิน ข้อผิดพลาดและข้อแตกต่างเหล่านี้จะเป็นที่ยอมรับหรือไม่เป็นที่ยอมรับหรือจะต้องแก้ไขปรับปรุงก็ได้ ในที่นี้จะพิจารณาแต่ข้อแตกต่างและข้อผิดพลาด ซึ่งจะต้องแก้ไขหรือชนิดที่ไม่เป็นที่ยอมรับและจะต้องรายงานในรายงานสอบบัญชี ของผู้ตรวจสอบภายใน

ข้อผิดพลาดและข้อแตกต่างอาจเกิดจากสาเหตุที่ต่างกัน เช่น เกิดจากการกระทำผิดไปจากหลักการที่วางไว้ เกิดจากการละเลยไม่ลงบัญชีหรือเกิดจากการกระทำผิดร่วมกันหลายอย่าง ข้อผิดพลาดเหล่านี้อาจเกิดจากความตั้งใจหรือไม่ตั้งใจของผู้กระทำก็ได้ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ตรวจสอบที่จะต้องสืบให้แน่ชัดว่าข้อผิดพลาดเหล่านั้นเกิดจากสาเหตุอะไร และเจตนาของผู้รับผิดชอบในสวนงานที่ก่อให้เกิดข้อผิดพลาดดังกล่าวเป็นอย่างไร

ในการตรวจสอบจะต้องกระทำการสอบสวนทุกแง่ทุกมุมที่เห็นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องและควรพิสูจน์จนเห็นจริงจึงจะเชื่อถือได้ แล้วจึงจะสรุปความเห็นเพื่อจัดทำรายงานและเสนอฝ่ายบริหารเพื่อจัดการในทางที่เหมาะสมต่อไป ถ้าหากเป็นข้อผิดพลาดที่กระทบกระเทือนถึงนโยบายหรือวิธีปฏิบัติงานของกิจการเป็นผลให้ผลการดำเนินงานแตกต่างจากมาตรฐานที่วางไว้ หรือเป็นสิ่งที่แสดงถึงจุดอ่อนของระบบการควบคุมภายใน หรือเป็นสิ่งที่สื่อให้เห็นถึงการทุจริตแล้ว ควรที่จะจัดเสนอแก่ฝ่ายบริหารชั้นสูงทราบทันที เพื่อหาทางจัดการป้องกันแก้ไขอย่างรีบด่วนต่อไป

3.5.3 การตรวจสอบการทุจริตโดยระบบคอมพิวเตอร์⁶⁵

นอกจากวิธีการตรวจสอบภายในโดยใช้บุคคลเป็นผู้ตรวจสอบแล้วในปัจจุบันมีการตรวจสอบโดยใช้คอมพิวเตอร์เข้าช่วยตรวจสอบ โดยมีแนวทางการตรวจสอบการควบคุมทางบัญชีของระบบงาน (EDP Accounting Application) โดยมีขั้นตอน 3 ขั้นตอนดังนี้

1. ขั้นตอนการประมวลข้อมูล (input)

โดยจะมีการบันทึกรายการ , การจัดเตรียมการป้อนข้อมูล แบบเป็นชุด (Batch) , การบันทึกข้อมูลแบบเป็นชุดๆ และการบันทึกข้อมูลแบบ on-line ขั้นตอนนี้จะพิจารณาประกอบจากหลักฐานเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องกับข้อมูล เนื้อหาแนวทาง หรือร่องรอยการตรวจสอบ เช่น ใบเสร็จรับเงิน , ใบส่งของ เป็นต้น ขั้นตอนนี้จะมีการป้อนข้อมูล โดยแสดง รายการที่แสดงรายการของข้อมูลที่นำเข้าต่างๆ , รหัสต่างๆ ที่ระบุถึงที่มาของข้อมูลนั้น เป็นรหัสที่แต่งตั้งโดยธุรกิจนั้น ๆ หรือประเภท , ความถูกต้องสมบูรณ์ของรายการในเทป ในแผ่นดิสก์ , บันทึกของข้อมูลเป็นชุดที่สื่อที่เกี่ยวข้อง, เอกสารหรือสลิปประกอบข้อมูลในสื่ออื่น ๆ , บันทึกหรือทะเบียนที่แสดงความผิด

⁶⁴ อ้างแล้ว

⁶⁵ เมธา สุวรรณสาร. การดำเนินงานและการตรวจสอบสถาบันการเงินด้านคอมพิวเตอร์ . เล่มที่ 3 คอมพิวเตอร์กับการทุจริต, (ขอนแก่น : หจก. โรงพิมพ์คลังน่านาวิทยา,2540) หน้า 349-350 .

พลาดทั้งในระบบ ตรวจสอบธรรมดา (Manual) เช่น การลงบัญชี ปรับปรุงรายการ และระบบข้อมูลคอมพิวเตอร์ (computer file) , ข้อมูลทดสอบ (test data) และ เอกสารต่างๆ ประกอบโปรแกรม ระบบงานที่เกี่ยวข้อง

2. ขั้นตอนการประมวลผล (processing)

เมื่อได้ข้อมูลพื้นฐาน และข้อมูลที่ต้องการใช้ตรวจสอบแล้ว จึงนำมาประมวลผลโดยผ่านการประมวลผลโดยระบบคอมพิวเตอร์ โดยการประมวลผล (processing) จะมีหน้าที่ประมวลผลข้อมูลที่ได้โดยมีวัตถุประสงค์คือ

1. เพื่อความถูกต้องสมบูรณ์ทันการของข้อมูล
2. การคำนวณ
3. การเปรียบเทียบ
4. การสรุป
5. การบันทึกข้อมูลล่าสุด (update) ข้อมูลในแฟ้มข้อมูล (file) ต่างๆ
6. การดูแลรักษาแฟ้มข้อมูล (file) ต่างๆ
7. การลำดับข้อมูล
8. การติดตามตรวจสอบข้อมูล
9. การแก้ไขข้อผิดพลาด

ซึ่งการประมวลผลดังกล่าวจะสามารถกำหนดแนวทางในการตรวจสอบให้ปรากฏถึงข้อมูลดังนี้

1. ค่าและความหมายในตารางการปฏิบัติงานที่กำหนด (table content) ที่ทำให้ข้อมูลผลลัพธ์ผิดไปจากความเป็นจริง (การประมวลผลจะทำให้เห็นการเปรียบเทียบข้อมูล)
2. ค่าความสัมพันธ์ของข้อมูลที่กำหนดไว้แล้ว (factor value)
3. ข้อมูลที่นำเข้าสู่ระบบการประมวลผลโดยผู้ปฏิบัติงาน (operation)
4. การเปลี่ยนแปลงค่า หรือทางเลือกที่กำหนดไว้แล้ว (default option) ทำให้ข้อมูลผลลัพธ์ผิดไปจากความเป็นจริง
5. รายการประมวลข้อมูลที่ listings
6. รายการที่แสดงถึงข้อมูลที่ประมวล หรือเกิดขึ้นอย่างอัตโนมัติ
7. แฟ้มข้อมูลที่แสดงกิจกรรมการประมวลผล
8. แฟ้มข้อมูล (file) ที่ใช้บันทึกข้อผิดพลาดเป็นการชั่วคราว
9. ทะเบียนการบันทึก ข้อผิดพลาดทางการประมวลข้อมูล
10. ข้อมูลทดสอบ (test data)

3. ข้อมูลผลลัพธ์ (output)

เมื่อดำเนินการประมวลผลแล้ว ข้อมูลผลลัพธ์ (output) จะปรากฏเป็น

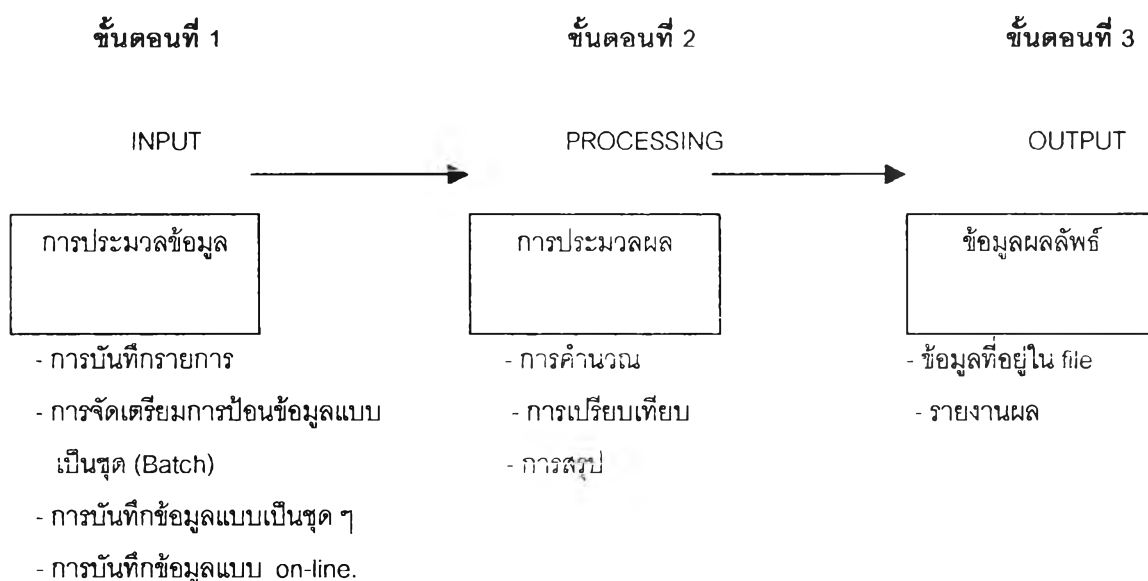
1. ข้อมูลที่อยู่ใน file
2. รายงานต่างๆ
3. เอกสารต่างๆ

โดยจะใช้แฟ้ม (เทป ,ดิสก์) บันทึกข้อมูลต่างๆ ทางบัญชี ที่ทำลงคอมพิวเตอร์ โดยจะปรากฏในรายละเอียดดังนี้

- ยอดเงินคงเหลือที่เกี่ยวข้องใน file
- รายงานทางการบัญชี และการเงินต่างๆ
- รายงานต่าง ๆ ของฝ่ายบริหาร ที่ได้จากการประมวลข้อมูล (ซึ่งจะปรากฏอยู่ในหมายเหตุงบการเงิน)
- รายงานอ้างอิงที่เกี่ยวข้อง
- ทะเบียนการบันทึกข้อผิดพลาด ของผลลัพธ์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด
- รายงานข้อผิดพลาดต่างๆ
- เอกสารแสดงข้อมูลผลลัพธ์ เช่น แสดงเป็นงบการเงิน เป็นงบดุล , งบกำไรขาดทุน, งบกระแสเงินสด
- ข้อมูลทดสอบ (test data)

สามารถแสดงเป็นตารางการประมวลผลได้ดังต่อไปนี้

แนวทางการตรวจสอบการควบคุมทางบัญชีของระบบงาน (BDP ACCOUNTING APPLICATION)



วิธีการตรวจสอบโดยการประมวลผลคอมพิวเตอร์นี้จะสามารถช่วยผู้สอบบัญชี ได้ดังนี้ คือ ⁸⁶

1. รู้ว่ามีงานอะไรบ้างที่สมควรจะต้องเข้าไปตรวจสอบ และควรจะมีงานอย่างไร
2. รู้ว่ามีเอกสารเกี่ยวกับอะไรบ้างที่ควรได้รับการตรวจสอบ
3. รู้ขั้นตอนการปฏิบัติงาน และรู้ว่าควรจะทำเมื่อใด
4. รู้ว่าเมื่อใดที่ฝ่ายบริหารควรจะเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจก่อนที่จะเริ่มงานตรวจสอบต่อไป

การตรวจสอบโดยระบบดังกล่าวช่วยทำให้ได้ข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์ ถึงข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นจากการบริหารจัดการ และนำข้อผิดพลาดดังกล่าวไปแก้ไขปรับปรุงได้ซึ่งระบบการตรวจสอบโดยคอมพิวเตอร์นี้จะได้ข้อมูลที่ชัดเจน และถูกต้อง โดยสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้กับกิจการในลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกัน และช่วยประหยัดเวลา โดยมีการเปลี่ยนแปลงไปตามเทคนิคที่ใช้ในการประมวลผลในแต่ละกรณี ได้อย่างเหมาะสม

3.5.4 การตรวจสอบการกระทำโดยมิชอบโดยธนาคารแห่งประเทศไทย ⁸⁷

ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังให้ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมสถาบันการเงินให้ปฏิบัติอย่างถูกต้องเคร่งครัดสามารถดำเนินคดีฟ้องสถาบันการเงินที่กระทำความผิดทางเศรษฐกิจได้ มีอำนาจเรียกตรวจสอบรายงานต่าง ๆ จากสถาบันการเงิน โดยมีกฎหมายรองรับและให้อำนาจไว้ รวมทั้งมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

มาตรการในการกำกับดูแลสถาบันการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทยประกอบด้วย

1. กำกับควบคุมการประกอบธุรกิจทางการเงิน เช่น ผู้ที่ประกอบธุรกิจเงินทุนจะต้องมีลักษณะเป็น "บริษัทจำกัด" ที่จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบันการเงิน โดยกำหนดเงื่อนไขของการดำเนินงาน เช่น ข้อห้ามกระทำการบางอย่างของสถาบันการเงินแต่ละประเภท กำหนดคุณลักษณะของผู้ที่จะเป็นกรรมการหรือผู้มีอำนาจจัดการสถาบันการเงิน ควบคุมเกี่ยวกับเอกสารและรายงานต่าง ๆ โดยให้อำนาจแก่ธนาคารแห่งประเทศไทยในเรื่องการตรวจสอบรายงาน มีการกำหนดอัตราส่วนของวงเงินและสัดส่วนของการให้สินเชื่อตลอดจนบทกำหนดโทษสำหรับสถาบันการเงินที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว
3. กำหนดบทเฉพาะกาล ในการควบคุมพฤติกรรมที่ต้องห้ามบางอย่าง แต่ไม่ถึงขนาดที่มีผลเป็นความผิดทางอาญา และต้องรับโทษ เพียงแต่เป็นความร่วมมือในการกระทำที่ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งแล้วแต่ภาวะการณ์ต่าง ๆ จะเปลี่ยนไป โดยเฉพาะเรื่องสำคัญเกี่ยวกับดำรงสภาพคล่องของสถาบันการเงิน ย่อมจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของการดำรงอยู่ของสถาบันการเงิน

⁸⁶ อ่างแล้ว, หน้า 352

⁸⁷ สันติ ภิรมย์ภักดี, อนันต์ชัย คงจันทร์, โสติกพร มัลลิกะมาส และเมธิณี วัฒนิกกุล. ขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบกำกับดูแลตลาดทุน และสถาบันการเงินไทย. โครงการวิจัย 5 (มูลนิธิกองทุนพัฒนาระบบตลาดทุน : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) กันยายน , 2543. หน้า 53-54.

มาตรการในการควบคุมกำกับดูแลจะเน้นในเรื่องของการบริหารงานและการประกอบธุรกิจ และเสถียรภาพของสถาบันการเงินเป็นสำคัญ ทำให้มีการบัญญัติกฎหมายให้กระทำการภายในของเขตที่ให้ปฏิบัติตามในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามบทบาทข้างต้น ธนาคารแห่งประเทศไทย ได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เป็นหลักเกณฑ์และแนวทางในการควบคุมให้สถาบันการเงินดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องและจะนำมาอ้างถึงได้แก่ พรบ. การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 , พรบ. การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 และพรบ. ธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485

3.5.4.1 โครงสร้างของฝ่ายกำกับและตรวจสอบ⁸⁸

ปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้แบ่งฝ่ายกำกับและตรวจสอบสถาบันการเงินออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายกำกับ และตรวจสอบสถาบันการเงิน จะทำหน้าที่วิเคราะห์สถาบันการเงินโดยจำแนกเป็นกลุ่มสถาบันการเงินที่อยู่ในเครือเดียวกัน ลักษณะการทำงาน คือส่วนกำกับจะทำหน้าที่วิเคราะห์ในระดับมหภาคทั้งระบบสถาบันการเงินโดยรับข้อมูลมาจากส่วนตรวจสอบ ส่วนกำกับยังทำหน้าที่ออกแบบระบบการตรวจสอบ – กำกับ – วิเคราะห์ ในขณะที่ส่วนตรวจสอบจะนำนโยบายที่ได้รับจากส่วนกำกับไปปฏิบัติ

ฝ่ายกำกับและตรวจสอบในปัจจุบันแบ่งสายงานเป็น 7 ฝ่าย (ฝ่ายกำกับและตรวจสอบ 1-7) แต่ละฝ่ายมีสายงานโดยเฉลี่ย 2 สายงาน

การตรวจสอบ

การตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทย จะแบ่งออก เป็น

1. การตรวจสอบนอกที่ทำการ (off- site inspection) ทำหน้าที่ตรวจสอบข้อมูล (ระบบ , แบบฟอร์ม ธ.พ. ต่างๆ) ให้เป็นไปตามกฎระเบียบของธนาคารแห่งประเทศไทย และขึ้นำการตรวจสอบของทีมตรวจสอบในที่ทำการ ข้อมูลที่สถาบันการเงินจัดส่งจะเป็นข้อมูลเกี่ยวข้องกับ
 1. ข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบความเสี่ยงของสินเชื่อ
 2. ข้อมูลเกี่ยวกับการดำรงเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยง
 3. ข้อมูลเกี่ยวกับการลงทุนของธนาคารพาณิชย์
 4. ข้อมูลเกี่ยวกับฐานะสภาพคล่อง
 5. ข้อมูลเกี่ยวกับการดำรงฐานะเงินตราต่างประเทศ
 6. ข้อมูลเกี่ยวกับฐานะทางการเงิน

โดยความถี่ของการตรวจสอบนอกที่ทำการนั้นขึ้นอยู่กับกำหนดการนำส่งรายงานต่าง ๆ เช่น ธ.พ.3 รายงานฐานะการเงินซึ่งต้องนำส่งเป็นรายเดือน และ ธ.พ. 5 ซึ่งต้องส่งเป็นราย 6 เดือน โดยการตรวจสอบนอกที่ทำการจึงเป็นการตรวจสอบที่เน้นหนักทางด้านรายละเอียดของข้อมูลจากรายงานที่ได้รับ และนำไปสู่การตรวจสอบในที่ทำการต่อไป

2. การตรวจสอบในที่ทำการ (On –site inspection) เป็นการตรวจสอบที่สำนักงานใหญ่ของสถาบันการเงิน ใช้เวลาในการตรวจสอบประมาณ 1-2 เดือน โดยการตรวจสอบในที่ทำการนี้ธนาคารแห่ง

⁸⁸ อ้างแล้ว หน้า 55.

ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญในการตรวจสอบค่อนข้างมา ในการกำกับดูแลและป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย

ทั้งนี้วัตถุประสงค์หลักของการเข้าตรวจสอบสถาบันการเงิน ได้แก่

1. การดำเนินงานของสถาบันการเงินมีลักษณะของการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์หรือระเบียบปฏิบัติภายในของสถาบันการเงินนั้น ๆ หรือไม่ เช่น เกณฑ์การตรวจสอบหลักประกันของการอนุมัติสินเชื่อ
2. การดำเนินงานของสถาบันการเงินมีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ หรือระเบียบปฏิบัติที่ธนาคารแห่งประเทศไทยบังคับใช้หรือไม่
3. การดำเนินงานของสถาบันการเงินมีการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และพรบ การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 หรือไม่

3.5.4.2 วัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ⁸⁹

ในการตรวจสอบกิจการสินทรัพย์ และหนี้สินของบริษัทการเงิน เพื่อที่จะได้ทราบฐานะและการดำเนินงานของแต่ละบริษัททั้งในปัจจุบันและอนาคต เมื่อได้ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว เจ้าหน้าที่ควบคุมจึงจะสามารถออกคำสั่งหรือให้ข้อแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขฐานะและการดำเนินงาน รวมถึงการจัดวางแผนทางการเงินประกอบธุรกิจต่อไปในภายหน้าของบริษัทการเงินนั้นหรือระบบบริษัทการเงินโดยส่วนรวมให้เป็นไปในทางที่เหมาะสมแก่ภาวะเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ระบุไว้

3.5.4.3 วิธีการเข้าตรวจสอบ⁹⁰

ในการเข้าตรวจสอบสถาบันการเงิน ฝ่ายกำกับและตรวจสอบของธนาคารแห่งประเทศไทย จะมีการวางแผนล่วงหน้าว่าจะเข้าตรวจสอบที่ใด โดยเฉพาะการตรวจสอบสำนักงานใหญ่ จะแจ้งให้สถาบันการเงินนั้น ๆ ทราบล่วงหน้าเพื่อจัดเตรียมเอกสารให้พร้อม แต่ถ้าเป็นการตรวจสอบกับสำนักงานสาขาไม่จำเป็นต้องแจ้งเวลาล่วงหน้า ซึ่งการตรวจสอบในที่ทำการนี้จะมีการตรวจสอบหลักคือ

1. ตรวจสอบข้อมูลในอดีตโดยตรวจสอบฐานะการเงิน (Financial Audit) ซึ่งเป็นการตรวจสอบข้อมูลทางการเงินในอดีต โดยกำหนดที่จะตรวจสอบข้อมูล ณ วันหนึ่งวันใดและย้อนหลังไปในอดีตเพื่อพิจารณาต่อเนื่องจากการตรวจสอบนอกที่ทำการ โดยจะพิจารณารายละเอียดของงบดุล งบทดลอง และงบกำไรขาดทุน ว่ามีการบันทึกบัญชีตามหลักการและวิธีปฏิบัติบัญชีที่สม่ำเสมอ โดยถูกต้องตามควรหรือไม่ ประมาณการทางการเงินและฐานะเงินกองทุน รายละเอียดของการบริหารเงินลงทุน และสินเชื่อที่ให้กับบริษัทในเครือ รายละเอียดและขั้นตอนในการอนุมัติสินเชื่อ รายใหม่ รายละเอียดของการบริหารสินเชื่อรายเดิมว่ามีกำหนดเพดานฐานะความเสี่ยงหรือไม่ รายละเอียด ของการปล่อยสินเชื่อรายใหญ่ รายละเอียดของการปล่อยสินเชื่อในส่วนของหลัก

⁸⁹ อ้างแล้ว , หน้า 53.

⁹⁰ อ้างแล้ว , หน้า 54.

ประกันลูกหนี้รายละเอียดของหนี้สิน รายละเอียดของการประเมินคุณภาพสินทรัพย์ การตั้งสำรองค่าเผื่อหนี้สงสัยจะสูญ การกันสำรอง ตลอดจนรายละเอียดของเงินลงทุนของสถาบันการเงินว่ามี การกระจุกตัวหรือไม่ เป็นต้น

2. ตรวจสอบการมองไปในอนาคตโดยการตรวจสอบฐานะการบริหาร (Management Audit) เนื่องจากเป็นข้อมูลที่ไม่ปรากฏในข้อมูลที่ได้รับมาจากการตรวจสอบนอกที่ทำการ จึงเป็นการพิจารณาถึงแผนงาน ระบบการกำกับดูแลและควบคุม ตลอดจนการสั่งการของผู้บริหารว่าดำเนินการจริงหรือไม่ และมีประสิทธิผลเพียงใด

เมื่อทำการตรวจสอบในที่ทำการแล้ว จะต้องจัดทำรายงานภายใน 2 เดือน และให้ความเห็นเสนอผู้บริหารระดับสูงของธนาคารแห่งประเทศไทยเพื่อลงนามต่อไป

กรณีผลการตรวจสอบเบื้องต้นพบว่า มีปัญหาความผิดทางกฎหมายแต่มีข้อสงสัย ฝ่ายกำกับและตรวจสอบจะนำเรื่องปรึกษาฝ่ายกฎหมายโดยทันที ไม่ต้องรอจนกว่าจะมีการจัดทำรายงานเสร็จ ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหาการหมดอายุความ (อายุความจะหมดภายใน 1 ปี นับตั้งแต่วันที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเริ่มเข้าไปตรวจสอบสถาบันการเงิน)

ในส่วนของการดำเนินการในขั้นตอนของฝ่ายกฎหมาย ผู้บังคับบัญชาตามสายงานจะพิจารณา แยกออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

1. ลักษณะความผิดขั้นที่ไม่ต้องทำการพิสูจน์ตรวจสอบพยานหลักฐานหรือเอกสารเพิ่มเติม จะเสนอให้ดำเนินการเปรียบเทียบปรับ หรือดำเนินการในคดีทางแพ่ง
2. ลักษณะความผิดในคดีอาญา จะพิจารณาดำเนินการฟ้องร้องหรือกล่าวโทษต่อไป

3.5.5 การตรวจสอบการกระทำโดยมิชอบโดยสำนักงานคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย⁹¹

สำนักงานคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ทำหน้าที่ในการกำกับควบคุมการประกอบธุรกิจและดำเนินงานของสถาบันการเงินต่างๆ ที่เกี่ยวกับธุรกิจหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ ฯ เป็นองค์กรอิสระ มีหน้าที่วางนโยบายในการส่งเสริมพัฒนา ตลอดจนกำกับดูแลในเรื่องธุรกิจหลักทรัพย์ องค์กรที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับธุรกิจหลักทรัพย์ การออก หรือเสนอขายหลักทรัพย์ ต่อประชาชน การเข้าครอบงำกิจการ การป้องกันความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์

ส่วนงานภายในสำนักงานก.ล.ต. สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คืองานด้านกำกับ งานด้านตรวจสอบ ฝ่ายที่ทำหน้าที่กำกับธุรกิจหลักทรัพย์ประกอบด้วยหลายฝ่ายด้วยกัน ได้แก่ ฝ่ายกำกับธุรกิจหลักทรัพย์ ฝ่ายจดทะเบียนหลักทรัพย์ ฝ่ายกำกับธุรกิจจัดการลงทุน สำนักกำกับตลาด สำนักนโยบายและแผนตลาดทุน

⁹¹ สันติ ธีรพัฒน์, อนันต์ชัย คงจันทร์, โสติดิธร มัลลิกะมาส และเมธินี วัฒนิกุล, ขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบกำกับดูแลตลาดทุน และสถาบันการเงินไทย, โครงการวิจัย 5 (มูลนิธิกองทุนพัฒนาระบบตลาดทุน : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) กันยายน , 2543. หน้า 158-163.

และฝ่ายกำกับธุรกิจจัดการการลงทุนและสำหรับส่วนงานที่ทำหน้าที่ตรวจสอบธุรกิจหลักทรัพย์ ได้แก่ ฝ่ายกฎหมายและฝ่ายตรวจสอบคดี ซึ่งตามกระบวนการและขั้นตอนแล้ว ในท้ายที่สุดฝ่ายตรวจสอบและคดีจะมีหน้าที่สำคัญที่สุดในการกำกับและตรวจสอบธุรกิจหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน พรบ. กำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ฝ่ายตรวจสอบและคดี มีหน้าที่ดังนี้

1. ติดตามตรวจสอบเอกสาร หลักฐาน และวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ เช่น การซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลภายใน การซื้อขายหลักทรัพย์ในลักษณะอำพรางหรือต่อเนื่อง
2. พิจารณาดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องร้องเรียน ตรวจสอบการกระทำและรวบรวมพยานหลักฐานสำหรับการกระทำที่เข้าข่ายความผิดตาม พรบ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่มีได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของส่วนงานใดโดยเฉพาะ
3. รวบรวมข้อเท็จจริง และงานธุรการของคณะกรรมการเปรียบเทียบ
4. ประสานงานกับพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการรวบรวม เอกสารหลักฐานเพื่อการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพรบ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535
5. ตรวจสอบการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์ ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ และผู้ประกอบการธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทใดๆ ที่มีได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของส่วนงานใดโดยเฉพาะ

3.5.5.1 กระบวนการตรวจสอบ ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์⁹²

สำหรับกระบวนการกำกับและตรวจสอบของสำนักงาน ก.ล.ต. นั้น นอกจากจะรับเรื่องความผิดปกติที่เกิดขึ้นมาจากตลาดหลักทรัพย์ฯ แล้ว ฝ่ายตรวจสอบและคดีของสำนักงาน ก.ล.ต. ก็มีระบบการติดตามการกระทำอันไม่เป็นธรรม เกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ที่กระทำภายในตลาดหลักทรัพย์ เป็นของตนเองด้วย ซึ่งหากพบความผิดปกติที่ไม่สามารถหาสาเหตุอธิบายได้ จะติดต่อประสานงานกับตลาดหลักทรัพย์ฯ เพื่อพิจารณาว่าสมควรหาสาเหตุอธิบายได้ จะติดต่อประสานงานกับตลาดหลักทรัพย์ฯ เพื่อพิจารณาว่าสมควรดำเนินการตรวจสอบ หรือเก็บรวบรวมหลักฐานอย่างเป็นทางการ (Formal investigation) ต่อไปหรือไม่

การตรวจสอบหรือรวบรวมหลักฐานของฝ่ายตรวจสอบและคดี มิได้จำกัดขอบเขตเฉพาะกรณีที่เกิดจากการติดตามการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ แต่จะรวมถึงการกระทำอันอาจฝ่าฝืนพรบ. หลักทรัพย์ฯ ซึ่งได้รับเรื่องจาก

- ตลาดหลักทรัพย์ฯ

⁹² อ้างแล้ว , หน้า 162.

- ระบบการติดตามการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ของฝ่ายตรวจสอบและคดี สำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต.
- การร้องเรียน
- ส่วนงานต่างๆ ของสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต.
- องค์กรอื่นๆ

3.5.5.2 การตรวจสอบ นอกที่ทำการ (off-site inspection)⁹³

นอกเหนือจากการรายงานฐานะการดำเนินงานกองทุนสภาพคล่องสุทธิ (NCR) ให้กับสำนักงาน ก.ล.ต. ตามกำหนดแล้ว ตามประกาศคณะกรรมการ ก.ล.ต. ลงวันที่ 18 พฤษภาคม 2535 เรื่องแบบรายงานของบริษัทหลักทรัพย์ กำหนดให้บริษัทหลักทรัพย์ต้องจัดทำและยื่นรายงานต่อสำนักงาน ก.ล.ต. อีก 3 ประเภทคือ

1. รายงานฐานะการเงินและผลการดำเนินงาน ยื่นแบบรายงานตามแบบ ล.2 หรือ บ.ง.3 และ บ.ล. 2/1 หรือ บ.ง. 3/3 พร้อมงบทดลองภายใน 21 วันนับแต่วันสิ้นเอน
2. รายงานธุรกิจหลักทรัพย์ ยื่นแบบรายงานตามแบบ บ.ล. 3 และตาราง ประกอบ บ.ล. 3/1 ภายใน วัน 14 นับแต่วันสิ้นเดือน
3. รายงานการให้กู้ยืมเงินเพื่อซื้อหลักทรัพย์

นอกจากนั้น ในปี 2538 สำนักงานก.ล.ต. ยังได้มีการกำหนดให้บริษัท หลักทรัพย์หรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ จัดส่งข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริหารบริษัท เพื่อให้สามารถพิจารณาได้ถึงความเหมาะสมของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งในระดับสูงของบริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ โดยให้บริษัทหลักทรัพย์ยื่นหนังสือขอความเห็นชอบผู้บริหารของบริษัท (แบบ 104 -1) และแบบประวัติของผู้บริหารหลักทรัพย์ (แบบ 104 -2) ส่งให้ กับสำนักงาน ฯ ด้วย โดยกำหนดต้องนำส่งทุกปี ภายใน 30 วันนับจากวันสิ้นปีเป็นต้นไป

ในการดำเนินการตรวจสอบนอกที่ทำการ จะดำเนินการโดยฝ่ายตรวจสอบ บริษัทหลักทรัพย์ซึ่งจะมีเจ้าหน้าที่วิเคราะห์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเจ้าหน้าที่วิเคราะห์ทางด้านตัวเลขเป็นหลัก ข้อมูลที่วิเคราะห์จะออกมาเป็นสูตร เป็นสัดส่วนต่างๆ ที่สามารถเทียบกับมาตรฐานหรือค่าเฉลี่ยของบริษัทหลักทรัพย์ได้ ถ้าหากวิเคราะห์แล้วไม่พบ ว่ามีการดำเนินงานที่ผิดปกติหรือมีปัญหา ก็จะพิจารณาว่าจะดำเนินการตรวจสอบในระดับในที่ทำการ (on-site inspection) ต่อไปหรือไม่ ถึงระยะเวลาที่กำหนดจะต้องเข้าไปตรวจสอบแล้วหรือไม่ หากไม่ก็ยังไม่จำเป็นต้องลงไปตรวจสอบในระดับในที่ทำการ

3.5.5.3 การตรวจสอบในที่ทำการ (on -site inspection)⁹⁴

การตรวจสอบนอกที่ทำการดำเนินการโดยฝ่ายตรวจสอบบริษัทหลักทรัพย์สำนักงาน ก.ล.ต. ซึ่งประกอบด้วย 4 หน่วยงานหลัก หน่วยงานละ 4-5 คนและแต่ละหน่วยงานจะมี 2 สาย ๆ ละประมาณ 2-3 คน ทำหน้าที่ตรวจสอบบริษัทหลักทรัพย์ทุกแห่งที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จากสำนักงานฯ

⁹³ อ้างแล้ว , หน้า 163.

⁹⁴ อ้างแล้ว , หน้า 166.

การตรวจสอบบริษัทหลักทรัพย์ จะดำเนินการอย่างน้อย 1 ครั้ง ต่อปี โดยจะมีระยะเวลาในการวิเคราะห์บริษัทหนึ่ง ๆ ทั้งนี้ก่อนการตรวจสอบภายใน 3 วัน ต้องกำหนดเป้าหมายได้และดำเนินการตรวจสอบภายใน 3 เดือน หลังจากรับข้อมูล โดยจะต้องวิเคราะห์ให้เห็นถึงภาพที่ชัดเจนของบริษัท หลักทรัพย์ที่เป็นเป้าหมายได้ ทั้งนี้หากการตรวจสอบต้องใช้เวลาเกินกว่า 5 เดือน จะถือว่าไม่ประสบผลสำเร็จในการตรวจสอบ

สำหรับขั้นตอนการตรวจสอบ ฝ่ายตรวจสอบจะส่งเจ้าหน้าที่ไปตรวจสอบที่แหล่งข้อมูลจริง ประกอบกับตรวจสอบจากเอกสาร รายงานต่างๆ ที่ส่งเข้ามายังสำนักงาน ก.ล.ด. (off-site) ในเชิงการวิเคราะห์วิจัย รวมไปถึงการเรียกผู้บริหารบริษัทและบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมาชี้แจงข้อเท็จจริงรายละเอียดของการตรวจสอบดำเนินการ ใน 3 กรณีคือ

1. กรณี 1 เป็นการตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์และองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับธุรกิจหลักทรัพย์ ด้วยการวางแผนการตรวจสอบเพื่อกำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตการตรวจสอบ พร้อมทั้งการออกปฏิบัติงานตรวจสอบในเรื่องที่กำหนดได้ตามแผน จนถึงขั้นตอนสุดท้ายคือ การทำรายงานสรุปการตรวจสอบและเสนอความเห็น เพื่อให้สำนักงาน ก.ล.ด. พิจารณาลังการให้บริษัทหรือองค์กรที่ได้รับการตรวจสอบแก้ไขปฏิบัติ รวมทั้งพิจารณาดำเนินการกรณีมีการปฏิบัติไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ละทิ้งติดตามผลการพิจารณาดำเนินการปรับปรุงแก้ไข
2. กรณี 2 เป็นการตรวจสอบเกี่ยวกับการซื้อขายที่ผิดปกติ ได้แก่ การสังเกตการซื้อขายหลักทรัพย์และตรวจสอบข่าวที่เกี่ยวข้อง ติดตามและวิเคราะห์การซื้อขายหลักทรัพย์ที่ผิดปกติ หรือการกระทำที่เข้าข่ายการฝ่าฝืนข้อห้าม การกระทำไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ รวมไปถึงการตรวจสอบข้อเท็จจริง และรวบรวมหลักฐานเอกสารที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำผิดและสอบด้วยคำบุคคลที่เกี่ยวข้อง (ถ้าจำเป็น) สุดท้ายคือการสรุปผลการตรวจสอบโดยจัดทำบันทึกเสนอข้อเท็จจริง ความเห็น และแนวทางการพิจารณาดำเนินการ เพื่อสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ด. พิจารณาดำเนินการต่อไป
3. กรณี 3 เกี่ยวกับการตรวจสอบตามเรื่องที่ได้รับการร้องเรียนมา การพิจารณาดำเนินการตามเรื่องร้องเรียน พิจารณาดำเนินการเบื้องต้น โดยแยกประเด็นว่าจะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงาน ก.ล.ด. หรือไม่ และแยกพิจารณาเรื่องร้องทุกข์เพื่อขอความเป็นธรรมหรือขอให้ช่วยเหลือ และการเสนอเรื่องรวมเพื่อชี้เบาะแส ฟ้องหรือกล่าวโทษผู้อื่น กรณีที่การร้องเรียนตรวจสอบ แล้วมีมูลก็จะดำเนินการแก้ไข หรือคลี่คลายปัญหาให้ หากไม่สามารถยุติปัญหาได้ในระดับต้นก็จะดำเนินการอย่างเป็นทางการตามอำนาจของคณะกรรมการที่สามารถกระทำได้

หลังจากทำการวิเคราะห์และตรวจสอบจากข้อมูลต่าง ๆ ในระดับ off-site inspection แล้ว หากพบความผิดปกติ ฝ่ายตรวจสอบ ฝ่ายกำกับธุรกิจหลักทรัพย์ จะทำหน้าที่ออกไปตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์ที่บริษัทอีกครึ่งหนึ่ง เพื่อให้การปฏิบัติงานของบริษัทเป็นไปตามพรบ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ต่อไป โดยจะมีขั้นตอนการตรวจสอบ ดังนี้

1. สายตรวจสอบ ฝ่ายกำกับธุรกิจหลักทรัพย์ จะดำเนินการขออนุมัติตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์ จากรองผู้อำนวยการฝ่ายกำกับธุรกิจหลักทรัพย์ โดยระบุถึงช่วงเวลาที่จะออกตรวจสอบ ซึ่งจะอยู่ระหว่าง 10 วันทำการ รายชื่อเจ้าหน้าที่ซึ่งจะมีจำนวนประมาณ 6 คน โดยจะมีเอกสารประกอบการขออนุมัติ ประกอบด้วย ข้อสังเกตที่ควรพิจารณาก่อนออกปฏิบัติงานตรวจสอบ เช่น จะเข้าตรวจสอบการกระทำที่อาจกระทบต่อฐานการดำเนินงานของบริษัท และบุคคลภายนอก การปฏิบัติไม่ชอบด้วย พรบ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 การควบคุมภายในการบัญชีและการรายงาน หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

นอกจากนั้น ต้องมีการระบุตัวเลขสำคัญ ๆ ที่พบก่อนออกไปตรวจสอบจริง เช่น ระบุเงินลงทุนในหลักทรัพย์ สัดส่วนเงินลงทุนในหลักทรัพย์จดทะเบียนต่อเงินลงทุนในหลักทรัพย์ และต่อเงินกองทุน มูลค่าการซื้อขายหลักทรัพย์ต่อเดือน เงินให้กู้ยืมเพื่อซื้อหลักทรัพย์ต่อเดือน ลูกหนี้เงินให้กู้ยืมเพื่อซื้อหลักทรัพย์ที่มีอัตรา Maintenance Margin ต่ำกว่าร้อยละ 0 มูลค่าหลักประกันไม่คุ้มหนี้ อัตราส่วนเงินกองทุนสภาพคล่องสุทธิต่อหนี้สินรวม เป็นต้น

ขณะเดียวกันจะต้องรายงานปริมาณธุรกิจของบริษัทหลักทรัพย์ที่จะออกไปตรวจสอบ ประกอบด้วยมูลค่าการซื้อขายหลักทรัพย์ทั้งหมดเฉลี่ยต่อเดือน เงินลงทุน ในหลักทรัพย์ ลูกหนี้ธุรกิจหลักทรัพย์ เจ้าหนี้ธุรกิจหลักทรัพย์ และจำนวนกันไว้เผื่อหนี้สงสัยจะสูญ

- แผนภูมิแสดงตัวเลขต่างๆ ของบริษัทหลักทรัพย์
- แผนงานและระยะเวลาในการตรวจสอบ
- หนังสือถึงกรรมการผู้จัดการบริษัทหลักทรัพย์ที่จะไปตรวจสอบ

2. ข้อมูลเบื้องต้นที่ใช้ในการตรวจสอบ ประกอบด้วย

- สำเนาหนังสือรับรองกระทรวงพาณิชย์ สำเนาหนังสือบริคณห์สนธิและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นของบริษัท ฉบับล่าสุด
- ผังการจัดรูปองค์กร
- ผังการดำเนินงาน คู่มือการปฏิบัติงานทางด้านหลักทรัพย์ คู่มือการปฏิบัติงานด้าน Compliance และคู่มือการปฏิบัติงานทางบัญชี รวมทั้งตัวอย่างแบบฟอร์มทางบัญชี
- รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น กรรมการบริษัท กรรมการบริหารและการประชุมอื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์
- รายงานการตรวจสอบของธนาคารแห่งประเทศไทย (กรณีเป็น บงล.)
- รายงานการตรวจสอบ ของ Compliance Unit พร้อมทั้งคู่มือการตรวจสอบ Audit Program และแผนการตรวจสอบ
- รายงานการตรวจสอบภายในของบริษัท พร้อมทั้งคู่มือการตรวจสอบ Audit Program และแผนการตรวจสอบ
- รายละเอียดแผนงานระยะปานกลาง และแผนระยะสั้น รวมทั้งผลการติดตาม และควบคุมการปฏิบัติตามแผน
- ข้อมูลเกี่ยวกับบุคลากรของบริษัท

- แครดิทรีพอร์ตที่ติดต่อกายใน
- หนังสือมอบอำนาจเกี่ยวกับการอนุมัติด้านธุรกิจหลักทรัพย์ พร้อมทั้งตัวอย่างลายมือชื่อของบุคคลดังกล่าว
- งบการเงินที่ผ่านการรับรอง พร้อมรายการปรับปรุงของผู้สอบบัญชี
- งบทดลอง
- รายละเอียด เงินฝากธนาคาร พร้อมรายการกระหนาบยอด
- รายละเอียด ที่เกี่ยวกับสินทรัพย์และหนี้สิน ดังนี้
 - i. บัญชีเงินลงทุนในหลักทรัพย์ในตลาด บัญชีเงินลงทุนในหลักทรัพย์นอกตลาด นโยบายการลงทุน หลักเกณฑ์การลงทุนและแฟ้มข้อมูลของหลักทรัพย์นั้น ๆ
 - ii. บัญชีลูกหนี้ธุรกิจหลักทรัพย์
 - iii. บัญชีเจ้าหนี้ธุรกิจหลักทรัพย์
 - iv. บัญชีเงินสำรองหนี้สูญ (เฉพาะลูกหนี้หลักทรัพย์)
 - v. บัญชีที่ดิน อาคาร และอุปกรณ์ และสัญญาเช่าทรัพย์สินทุกประเภท
 - vi. บัญชีทรัพย์สินอื่น ๆ
 - vii. บัญชีเงินกู้ยืมและสัญญาเงินกู้
 - viii. บัญชีหนี้สินอื่น ๆ
 - ix. สินทรัพย์ที่มีภาวะผูกพัน
 - x. รายละเอียดการประกันภัยทรัพย์สิน
 - xi. รายละเอียดต้นทุนเงินกู้ยืม (Cost of Fund) ตัวเฉลี่ยและอัตราผลตอบแทนจากสินทรัพย์ (เงินให้กู้ยืม เงินลงทุน) (Rate of Return)
- บัญชีแยกประเภทเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ส่วนของเจ้าของ รายได้ และค่าใช้จ่าย
- รายละเอียดประกอบการคำนวณเงินกองทุนสภาพคล่องสุทธิ
- Movement ของบัญชี เงินลงทุนในหลักทรัพย์ของบริษัท ซึ่งแสดงผลกำไรขาดทุน
- รายชื่อบริษัทย่อย บริษัทในเครือ ที่บริษัทถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 10 ของทุนจดทะเบียนและหนังสือวิเคราะห์สนธิ พร้อมทั้งรายละเอียดอื่น
- รายชื่อรายงานทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับงานด้านหลักทรัพย์ พร้อมตัวอย่าง
- รายชื่อลูกค้าหลักทรัพย์ รวมถึงเลขที่บัญชี วงเงินการซื้อขาย และหลักประกัน ของแต่ละประเภทบัญชี โดยระบุชื่อเจ้าหน้าที่การตลาดผู้ดูแลบัญชีด้วย
- รายชื่อลูกค้าเงินทุน โดยแสดงเลขที่บัญชี วงเงินกู้ หลักประกันที่กู้และจำนวนเงิน
- รายชื่อลูกค้าที่มียอดรวมมูลค่าการซื้อขายหลักทรัพย์สูงสุด 100 อันดับแรก โดยแยกมูลค่าการซื้อขายตามประเภทบัญชี
- แบบรายงาน บง. 4
- รายการซื้อขายหลักทรัพย์ของลูกค้าและบัญชีบริษัท
- มูลค่าการซื้อขายหลักทรัพย์ของลูกค้าภายใต้การดูแลของเจ้าหน้าที่การตลาดแต่ละราย แยกเป็นรายเดือน

- รายงานเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ของลูกค้า
- รายชื่อเจ้าหน้าที่การตลาด และ trader พร้อม trader ID
- รายละเอียดการกระหายอดหุ้นคงเหลือของบริษัทและลูกค้า
- เอกสารหลักฐานอื่นตามคำขอของเจ้าหน้าที่ตรวจสอบ

3. หากต้องการหาข้อมูลเพิ่มเติมจากหน่วยงานอื่น เช่น ธนาคารพาณิชย์กรณีติดตามแหล่งที่มา – ใช้จ่ายของเงิน) หรือกระทรวงพาณิชย์ (กรณีต้องการทราบความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท) ก็สามารถขออนุมัติได้ตามแบบฟอร์มที่กำหนดไว้ และหากต้องการขยายเวลาการตรวจสอบเพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติม ก็สามารถดำเนินการได้ตามแบบฟอร์มกำหนดไว้เช่นกัน