

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ของต่างประเทศและประเทศไทย

ในบทนี้จะได้ศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศและของประเทศไทย ในส่วนของความหมายของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้มีส่วนได้เสีย และการมีหนี้สินล้นพ้นตัว เพื่อจะได้ทราบความเหมือน ความแตกต่างและแนวคิดวิธีการ การแก้ไขสถานะทางการเงินในรูปแบบของกฎหมายฟื้นฟูกิจการในแต่ละประเทศ ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้มีส่วนได้เสีย และการมีหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvency)

“เจ้าหนี้” (Creditor) บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีสิทธิเรียกร้องต่อลูกหนี้ที่เกิดขึ้นในวันหรือก่อนวันที่มีการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย

“ลูกหนี้ที่ยังมีอำนาจ” (Debtor in possession) ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการซึ่งยังคงมีอำนาจเต็มที่ในการดำเนินธุรกิจโดยที่ศาลไม่ได้แต่งตั้งผู้แทนในคดีล้มละลาย

“ผู้มีส่วนได้เสีย” (Party in interest) คู่กรณีใด ๆ ซึ่งสิทธิ ภาระผูกพัน และส่วนได้เสียของตนได้รับผลกระทบจากกระบวนการล้มละลาย หรือเรื่องใด ๆ โดยเฉพาะในกระบวนการล้มละลาย รวมถึง ลูกหนี้, ผู้แทนในคดีล้มละลาย, เจ้าหนี้, ผู้ถือหุ้น, คณะกรรมการเจ้าหนี้, เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลอื่นที่ได้รับผลกระทบนั้น อนึ่ง บุคคลผู้ซึ่งมีส่วนได้เสียของตนมีลักษณะห่างไกลออกไปหรือเป็นทางอ้อมและได้รับผลกระทบจากกระบวนการล้มละลายจะไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย¹

“กระบวนการล้มละลาย” (Insolvency proceedings) กระบวนการต่างๆ ภายใต้การดูแลของศาลไม่ว่าจะเพื่อการฟื้นฟูกิจการหรือการชำระบัญชี

¹ กระทรวงยุติธรรม. (2550). แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL). นนทบุรี: สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง. หน้า 6-7.

“การมีหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvency)” เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อหนี้ขึ้นถึงกำหนดชำระหรือเมื่อมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน

“สถานะหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvency)” ตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายอื่นได้ให้คำนิยามหรือความหมายไว้อาจมีความแตกต่างกันบ้าง ตามตำรากฎหมายไทยได้อธิบายความหมายของคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” ว่าหมายถึงสถานะที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สิน อย่างไรก็ตาม มีการถกเถียงกันว่า การที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินนั้น อาจมิได้หมายความว่า ลูกหนี้มีปัญหาทางการเงินเสมอไป เพราะธุรกิจทุกวันนี้ก็มีสภาพดังกล่าวเป็นปกติอยู่แล้ว ประเด็นจึงน่าจะอยู่ตรงที่ว่าลูกหนี้สามารถจัดการกับหนี้สินของตนเองได้ต่อไปตามปกติหรือไม่ หากลูกหนี้ไม่สามารถจัดการกับหนี้สินของตนเองได้ต่อไป ย่อมส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือหรือเครดิตของลูกหนี้กรณีนี้จึงจัดว่าลูกหนี้มีปัญหาหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvent)²

ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว (Insolvent Debtor) นั้น หากปรากฏว่าลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยตัวแทนในขณะที่การขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนหน้านั้น ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาให้ได้ว่าความจริงว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด³ และมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด⁴ ซึ่งผลของคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ดังกล่าว ถือเป็นอันว่าเป็นหมายศาลให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าควบคุมทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เองหรือของผู้อื่น⁵ รวมทั้งเข้าควบคุมอำนาจจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้⁶

ลูกหนี้ต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ปรากฏว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว หากลูกหนี้ยังไม่ตกอยู่ในสถานะมีหนี้สินล้นพ้นตัว ลูกหนี้จะไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยไม่ได้ให้คำจำกัด แต่เพียงบทบัญญัติตามมาตรา 8 เท่านั้น แต่ศาลได้ให้ความหมาย

² ลิขิต เทิดชนะกุล. (2543). *การล้มละลายข้ามชาติ: การสำรวจบทกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันและแนวโน้มการพัฒนากฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18.

³ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

⁴ มาตรา 9 และ 10 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

⁵ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

⁶ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

⁷ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

ของคำว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัว คือลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ เมื่อดูในแง่สากลแล้วกฎหมายของต่างประเทศจะมีหลักการที่ยืดหยุ่นกว่า โดยกฎหมายประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ เพียงแต่ลูกหนี้มีแนวโน้มหรือเป็นไปได้ว่าลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ลูกหนี้ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้แล้ว ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นหากลูกหนี้เป็นผู้ร้องขอฟื้นฟูกิจการด้วยความสมัครใจ (voluntary petition) แม้ลูกหนี้ไม่ได้อยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้^๙

นอกจากนี้วิธีการพิจารณาหรือวิธีพิสูจน์ถึงควมมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น ก็อาจมีความแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 (รวมพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมอีก 4 ฉบับ) ได้ให้บทสันนิษฐานถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ไว้ในมาตรา 8 เช่น ลูกหนี้ถูกบังคับคดียึดทรัพย์สินตามหมายบังคับคดีของศาลหรือลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวทวงถามให้ชำระหนี้แล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งมีระยะเวลาห่างกันไม่น้อยกว่าสามสิบวันแล้วยังไม่ชำระหนี้ เป็นต้น อย่างไรก็ตามศาลจะพิพากษาให้ลูกหนี้ใดตกเป็นบุคคลล้มละลายได้ ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวจริง และเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนด อาทิ จำนวนหนี้ขึ้นต่ำ และเหตุอันควรอื่นๆ^{๑๐}

2.2 แนวคิดกระบวนการฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศ

แนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการในทุกประเทศเกิดขึ้นจากการหาทางออกมิให้กิจการของลูกหนี้ต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการไปเพื่อรักษากิจการของลูกหนี้ไว้ให้คงอยู่ต่อไป เหตุผลที่ทุกประเทศไม่ต้องการให้กิจการของลูกหนี้ล้มละลายหรือเลิกกิจการไปเพราะมิใช่มีแต่เพียงลูกหนี้เท่านั้นที่ได้รับผลกระทบจากการล้มละลาย แต่จะมีผลกระทบเป็นลูกโซ่ทั้งต่อพนักงานของกิจการลูกหนี้ เจ้าหนี้ของกิจการลูกหนี้ กิจการที่มีความเกี่ยวเนื่องกับกิจการของลูกหนี้ ภาพพจน์และเศรษฐกิจของประเทศ และที่สำคัญจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้วย

จากเหตุผลที่การล้มละลายของกิจการลูกหนี้มีผลกระทบเป็นลูกโซ่ การล้มละลายของลูกหนี้จึงไม่ใช่ทางออกที่ดีที่สุดสำหรับการแก้ไขสถานะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของท่านผู้พิพากษา J.Goodman ที่กล่าวว่า “การฟื้นฟูกิจการนั้นเกิดขึ้นภายหลังจาก

^๙ ชำนาญ ดัฒนชวีระพันธ์. (2544). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของที่ประชุมเจ้าหนี้*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 22.

^{๑๐} มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

กฎหมายล้มละลาย โดยเมื่อสังคมเดินไปถึงช่วงเวลาหนึ่งแล้วการล้มละลายอาจไม่ใช่ทางออกที่ดีที่สุด การฟื้นฟูกิจการเป็นทางออกทางหนึ่งเพื่อไม่ให้เกิดการล้มละลายขึ้น”¹⁰

เมื่อการล้มละลาย ไม่ใช่ทางออกที่ดีที่สุดสำหรับการแก้ไขสถานะการมีหนี้สินส่วนตัวของลูกหนี้ หลาย ๆ ประเทศจึงคิดค้นระบบการฟื้นฟูกิจการขึ้นมาเพื่อต้องการรักษากิจการของลูกหนี้ไว้ให้คงอยู่ต่อไป เนื่องจากการที่กิจการของลูกหนี้ยังคงดำรงอยู่จะเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าการล้มละลายหรือเลิกกิจการ เพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาการไม่สามารถชำระหนี้หรือมีหนี้สินส่วนตัวมีทางเลือกอื่นแทนการล้มละลาย

การที่ประเทศเหล่านี้จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการ สาเหตุที่สำคัญก็เพราะการไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาใช้แก้ปัญหาล้มละลายของบริษัทต่าง ๆ ทั้ง ๆ ที่บริษัทเหล่านั้นไม่สมควรจะต้องล้มละลายหรือเลิกกิจการ ในขณะที่กำลังเผชิญกับปัญหาการผันผวนทางเศรษฐกิจ ประกอบกับมาตรการทางกฎหมายในกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการประนอมหนี้ที่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถทำการตกลงกับบรรดาเจ้าหนี้เพื่อขอชำระหนี้บางส่วน หรือบทบัญญัติว่าด้วยการปรับโครงสร้างขององค์กรธุรกิจไม่มีความเหมาะสม มีความยุ่งยาก ลำบาก เสียค่าใช้จ่ายมากในการบังคับใช้รวมถึงมาตรการว่าด้วยชำระบัญชีและการเลิกบริษัทต่างก็เป็นมาตรการสะสางหนี้สินให้บรรดาเจ้าหนี้แต่เพียงอย่างเดียว อันมีผลทำให้บริษัทต้องเลิกกิจการหรือล้มละลายเท่านั้น¹¹

2.2.1 กฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)

สิ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายล้มละลายในช่วงเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมาจะได้แก่การออกกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออกหลายประเทศ นอกจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายล้มละลายในประเทศต่าง ๆ แล้ว ยังมีความพยายามของนักกฎหมายเอกชนที่ประสงค์จะให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในการบังคับใช้กฎหมายล้มละลายข้ามชาติ (Cross-Border Insolvency) และได้เสนอให้ UNCITRAL พิจารณายกร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)¹² ขึ้น

¹⁰ Goodman, J. (2539, 5-6 พฤษภาคม). “การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่องและการบังคับคดีล้มละลาย,” เอกสารประกอบการบรรยาย สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ.

¹¹ สุธีร์ สุกนิษฐ์. (2543). *หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 220.

¹² กรมบังคับคดี. *กฎหมายล้มละลายของไทยกับแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.led.go.th/ff/articles.asp>. [2551, 16 มกราคม].

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการแก้ไขกฎหมายล้มละลาย ทั้งในกลุ่มที่มีกฎหมายล้มละลายมาแต่ดั้งเดิมและในกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก ซึ่งเพิ่งจะมีการใช้กฎหมายล้มละลาย เพราะเหตุการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจจากสังคมนิยมเป็นระบบตลาดเสรี พบว่าแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายได้พัฒนามาจนมีแนวทางที่ค่อนข้างจะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันพอสมควร จนอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายล้มละลายที่จะจัดอยู่ในลักษณะกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ¹³ คือ

2.2.1.1 ความแน่นอนและเป็นธรรมในการจัดการแบ่งประโยชน์แก่เจ้าหนี้

ความคิดในเรื่องนี้ถือเป็นความคิดดั้งเดิมที่ใช้ในการจัดทรัพย์สินของลูกหนี้ในเชิงการชำระบัญชี (liquidation) ในช่วงเวลาที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่ไม่เพียงพอชำระแก่เจ้าหนี้ทั้งหมดได้นั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีกลไกในการจัดการทรัพย์สินที่ดี และกลไกนั้นจะต้องมีความแน่นอนและให้ความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ ทั้งนี้เพราะการจัดการที่เป็นธรรมและแน่นอนจะทำให้เจ้าหนี้ได้ทราบว่าตนจะได้ชำระหนี้ที่ให้แก่ลูกหนี้ไปอย่างไร ความชัดเจนในเรื่องสิทธิเจ้าหนี้นั้นเป็นเรื่องที่จะต้องดูสถานะของเจ้าหนี้กฎหมายในหลาย ๆ ประเทศ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าในปัจจุบันอาจแบ่งเจ้าหนี้ออกเป็น 5 ระดับ คือ

เจ้าหนี้มีประกัน (Secured Creditors)

เจ้าหนี้บุริมสิทธิชั้นสูง (Superpriority Creditors)

เจ้าหนี้บุริมสิทธิ (Priority Creditors)

เจ้าหนี้มีสิทธิเท่าเทียมกัน (Pari Passu Creditors)

เจ้าหนี้ด้อยสิทธิ (Subordinated Creditors)

การจัดแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้โดยปกติจะเรียงลำดับการชำระตามลำดับดังกล่าวความแตกต่างของกฎหมายล้มละลายแต่ละประเทศจะเน้นไปที่ประเด็นที่ว่าเจ้าหนี้ประเภทใดจะจัดไว้ในลำดับใด เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายประเทศหนึ่งอาจจะไม่ได้รับการยอมรับให้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันในอีกประเทศหนึ่งได้ ตัวอย่างที่สำคัญคงไม่พ้นการเปรียบเทียบการเป็นเจ้าหนี้มีประกันในลักษณะหลักประกันแบบไม่เฉพาะเจาะจงหรือการให้หลักประกันแบบลอย (Floating Charge) ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอร์ ที่มักจะไม่ได้รับการเทียบเคียงให้เป็นเจ้าหนี้มีประกันในกลุ่มประเทศซีวิลลอร์ เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายของมลรัฐควิเบกของประเทศแคนาดาและกฎหมายของมลรัฐหลุยส์เซียนาของประเทศสหรัฐอเมริกา

¹³ เรื่องเดียวกัน.

ความสำคัญของการจัดแบ่งทรัพย์สินอย่างเป็นทางการ มีกลไกที่ชัดเจนและแน่นอนแก่เจ้าหนี้จะทำให้เกิดความชัดเจนในการคำนวณต้นทุนในทางการค้า เพราะการให้สินเชื่อแก่ธุรกิจการค้าจำเป็นต้องคำนวณให้เห็นถึงต้นทุนในการดำเนินการที่ชัดเจน การที่กิจการที่ดำเนินอยู่จะประสบปัญหาความมีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นปัจจัยประการหนึ่ง ในทางธุรกิจที่ต้องคาดการณ์ไว้ และการพิจารณาถึงความเสี่ยงในการที่จะได้รับคืนซึ่งทรัพย์สินในกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่สำคัญแก่เจ้าหนี้เป็นอย่างมาก กฎเกณฑ์ในเรื่องอัตราส่วนแบ่งและลำดับการชำระหนี้ต้องมีใช้เรื่องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้ดุลพินิจ

ประเด็นที่น่าศึกษาอีกประการหนึ่งคือ การกำหนดข้อห้ามมิให้หนี้ซึ่งเจ้าหนี้กู้ยืมจากกรรมการลูกหนี้หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ในลักษณะคล้ายคลึงกันได้ชำระหนี้ในลำดับที่เท่าเทียมกับเจ้าหนี้สามัญ แต่ควรกำหนดให้มีลำดับต่ำกว่าในลักษณะหนี้ด้อยสิทธิ การกำหนดไว้ในลักษณะเช่นนี้จะเป็มาตรการในเชิงลงโทษเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำเชิงกำหนดมาตรการป้องกันการใช้อิทธิพลภายในโดยมิชอบ (Insider Trading) ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึง กรรมการ ผู้บริหาร และผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องที่ได้รับทราบข้อมูลภายในที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ บริษัทฯ ได้กำหนดบทลงโทษทางวินัยหากมีการฝ่าฝืนนำข้อมูลภายในไปใช้หาประโยชน์ส่วนตนซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งในสภาพการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน ในกฎหมายหลายประเทศจะมีข้อกำหนดในลักษณะนี้ที่ชัดเจน ผู้เขียนมีความเชื่อว่าข้อกำหนดในลักษณะนี้จะช่วยให้การดำเนินธุรกิจของไทยมีความโปร่งใสมากขึ้น

นอกจากนี้ ยังมีความเป็นธรรมที่มีผู้เรียกร้องมากประการหนึ่ง คือ การกำหนดมาตรการในการลงโทษสำหรับกรรมการเจ้าหนี้ที่ยังฝืนทำการค้าโดยรู้อยู่ว่ากิจการมีหนี้สินล้นพ้นตัวและอาจจะต้องล้มละลายในที่สุด กฎหมายล้มละลายมีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองบุคคลภายนอกและเจ้าหนี้ที่จะต้องไม่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากกรรมการเจ้าหนี้ที่ปกปิดความจริงอันพึงต้องแจ้ง กฎหมายหลายประเทศมีมุมมองต่อการทำธุรกิจการค้าในระหว่างมีหนี้สินล้นพ้นตัวต่างกัน แต่โดยรวมแล้วกฎหมายเกือบทุกประเทศจะมีมาตรการกำหนดในเชิงลงโทษไว้ คงต่างกันเพียงประเด็นที่ว่า การลงโทษนั้นมุ่งที่จะลงโทษกรรมการลูกหนี้หรือลงโทษเจ้าหนี้ กฎหมายไทยจะเน้นหนักไปในทางลงโทษเจ้าหนี้โดยมีบทบัญญัติตามมาตรา 94 (2) ที่ให้หนี้ที่เจ้าหนี้นยอมให้ลูกหนี้ก่อขึ้นโดย เจ้าหนี้รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นหนี้ที่ต้องห้ามในคดีล้มละลาย กฎหมายในหลายประเทศกำหนดให้หนี้ในลักษณะดังกล่าวเป็นหนี้ด้อยสิทธิ แต่ก็มีกฎหมายในหลายประเทศที่กำหนดเป็นมาตรการในเชิงลงโทษกรรมการลูกหนี้ โดยจะมีข้อกำหนดให้กรรมการลูกหนี้ต้องดำเนินการตามมาตรการที่กฎหมายกำหนดในลักษณะที่จะหลีกเลี่ยงการประกอบธุรกิจ

การค้าในระหว่างที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว เช่น มาตรการการทำการค้าโดยมิชอบ (Wrongful Trading) และ มาตรการการฉ้อโกงการค้า (Fraudulent Trading) ตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งจะมีผลทำให้กรรมการถูกหนี้ยาจต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัท ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรด้วย ผู้เขียนเห็นว่ากรรณากฎเกณฑ์ในลักษณะเดียวกับกฎหมายอังกฤษมาเสริมจะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริตยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินของกรรมการถูกหนี้ยได้

2.2.1.2 กลไกที่สามารถเพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สินของถูกหนี้ยให้ได้มากที่สุด

เป็นที่ยอมรับว่า เมื่อกองทรัพย์สินของถูกหนี้ยไม่มีมูลค่าเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดได้ ความจำเป็นประการหนึ่งที่จะช่วยให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ได้มากที่สุดคือการกำหนดมาตรการที่จะทำให้กองทรัพย์สินสามารถเพิ่มมูลค่าสูงสุด แนวทางที่เป็นสากลที่เห็นได้ชัดได้แก่ การสร้างมาตรการทวงหนี้ยจากถูกหนี้ยของถูกหนี้ยโดยไม่ต้องให้มีการฟ้องคดี (Demand of Payment)

การกำหนดวิธีการเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉล (Fraudulent Transfer) การกำหนดวิธีการเพิกถอนการชำระหนี้ที่เป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น (Preference) ในรายละเอียดแล้ว มาตรการต่างๆ อาจแตกต่างกันตามนโยบายของกฎหมายในแต่ละประเทศ ที่เห็นได้ชัดได้แก่เรื่องระยะเวลาที่อาจดำเนินการย้อนหลังไปเพื่อเพิกถอนนิติกรรมต่างๆ และรายละเอียดในเรื่องเงื่อนไขที่จะร้องขอเพิกถอน กฎหมายบางประเทศพยายามลดเงื่อนไขในการเพิกถอนลงจากเรื่องการฉ้อฉลเป็นให้เพิกถอนได้เพราะเงื่อนไขราคาต่ำ (Undervalued Transfer)

2.2.2. หลักการฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย (Reorganization)

การดำเนินกิจการทางธุรกิจเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอน¹⁴ อาจเกิดทั้งความสำเร็จและอาจเกิดความล้มเหลว กิจการที่ประกอบการที่เกิดความสำเร็จก็มักไม่มีปัญหาอะไรนอกจากการแข่งขันอำนาจภายใน ซึ่งเป็นเรื่องของคนภายในองค์กรตัวเอง แต่หากธุรกิจต้องประสบกับความล้มเหลวจนอาจถึงกับต้องเลิกกิจการไปเพราะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือล้มละลาย ก็เป็นเรื่องอันสมควรที่ต้องมีการชำระหนี้โดยนำทรัพย์สินของกิจการนั้นๆ ออกขายนำเงินไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของกิจการ แต่หากไม่สามารถขายทรัพย์สินของกิจการได้หรือผู้บริหารกิจการไม่ยินยอมไม่ให้ความร่วมมือหรือมีเจ้าหนี้จำนวนมากและไม่สามารถตกลงกันได้ การบังคับให้ถูกหนี้ยต้องชำระหนี้จึงเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายล้มละลายในเรื่องการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (pari passu) อย่างเร็วที่สุด

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

ในเรื่องของกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่สำคัญก็คือ ต้องค้นหาหรือรู้จักสภาพทางธุรกิจตามความเป็นจริง การพยายามแก้ไขปัญหาทางการเงินของกิจการเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ในวิธีการต่างๆ แต่วิธีการทางธุรกิจทั่วไปอาจใช้ไม่ได้ผลในขณะที่กิจการที่กำลังจะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูย่อมประสบกับปัญหาทางการเงินที่ค่อนข้างหนัก และเป็นปัจจัยสำคัญมีส่วนกำหนดความเสี่ยงต่อความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ ในกรณีเช่นนี้จึงอาจประสบปัญหาที่เจ้าหน้าที่บางรายอาจพยายามใช้สิทธิ เรียกร้องตามกฎหมายบังคับเอาทรัพย์สินของกิจการซึ่งจะเป็นอุปสรรคสำคัญในการฟื้นฟูกิจการเพราะการที่เจ้าหน้าที่ จำนวนหนึ่งพยายามเรียกร้องอาจเป็นผลจูงใจให้เจ้าหน้าที่อื่นกระทำตาม และเมื่อความเสี่ยงมีสูงขึ้นเช่นนี้ย่อมจะลดความ จูงใจที่เจ้าหน้าที่บางรายหรือผู้ช่วยเหลือทางด้านเงินทุนรายอื่นๆ ที่อาจพิจารณาให้เงินทุนมาเพิ่มเติมเพื่อเยียวยากิจการได้ เพราะอาจทำให้เชื่อว่า หากให้เงินมาแล้วแทนที่จะนำไปประกอบการเพื่อหารายได้กลับนำไปชำระหนี้เดิมที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ของกิจการเพราะถูกเรียกร้อง ถูกฟ้องร้องตามกฎหมาย จนเงินช่วยเหลือนั้นไม่เกิดประโยชน์ต่อกิจการตามที่มุ่งหมาย

ดังนั้น การสร้างปัจจัยที่เอื้อต่อความสำเร็จ โดยให้มีกฎหมายรองรับเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการมีมาตรการที่ดีในอันที่จะส่งเสริมให้การฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จ ป้องกันปัญหาที่อาจเกิดจากเจ้าหน้าที่บางราย ที่เรียกร้องและสร้างเงื่อนไขต่างๆ การสร้างปัจจัย ที่เอื้อต่อความสำเร็จตามกฎหมายจึงเป็นการส่งเสริมให้โอกาสการฟื้นฟูกิจการประสบผลสำเร็จมากขึ้น แต่ยังคงมีข้อพึงระลึกเสมอว่ามาตรการฟื้นฟูกิจการคงเป็นการสร้างปัจจัยเอื้อตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า การ ฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลายจะต้องประสบผลสำเร็จในทุกกรณี กิจการบางประเภทซึ่งดำเนินกิจการผิดพลาดอย่างร้ายแรงก็อาจมีการแข่งขันสูง ผู้บริหารไม่มีความจริงจังต่อการดำเนินธุรกิจไม่มีทางที่จะฟื้นฟูให้สำเร็จได้

แต่ในการพิจารณาว่าสภาพกิจการใดสามารถดำเนินการต่อไปได้หรือไม่ เมื่อกิจการได้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว ก็จะมีผลทำให้ ผู้บริหารและลูกจ้างสามารถปรับตัวให้เข้ากับ สภาพที่เกิดขึ้นได้และได้เตรียมตัวให้เข้ากับสภาพที่เกิดขึ้นจริงและเตรียมตัวหางานใหม่หากกิจการนั้นมีแนวโน้มว่าไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้อันอาจถือเป็นผลดีประการหนึ่งของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ หรือในขณะเดียวกันการฟื้นฟูกิจการ บางครั้งได้แยกหน่วยงานออกไปเป็นกิจการใหม่

หลักการการฟื้นฟูกิจการ แนวความคิดดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย เพราะนับแต่ช่วงประมาณปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ในต่างประเทศได้มีการยอมรับในหลักการการฟื้นฟูกิจการและบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ หลายประเทศที่สำคัญ เช่น บทบัญญัติใน Chapter 11 ใน Bankruptcy Code ของสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติเกี่ยวกับ Administration

Order ใน Insolvency Act 1986 (IA 1986) ของอังกฤษ และฝรั่งเศสที่ประสบปัญหาทางการเงิน โดยตราไว้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วย การป้องกันปัญหาการเงินของกิจการและการประนอมหนี้ และภาค 2 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้

แม้ในรายละเอียดของวิธีการที่แต่ละประเทศจะกำหนดเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน แต่ทุกประเทศมีหลักการในเรื่องการฟื้นฟูกิจการที่คล้ายคลึงกันซึ่งอาจแยกองค์ประกอบให้เห็นได้ดังนี้คือ

2.2.2.1 หลักการ Moratorium หรือ Automatic Stay

หลักการ Moratorium หรือ Automatic Stay นี้เป็นปัจจัยเอื้อพื้นฐานที่ถูกสร้างเกราะคุ้มกันให้แก่กิจการในระหว่างที่จะมีการฟื้นฟูกิจการ โดยจะมีให้เจ้าหนี้บางรายดำเนินคดีต่อกิจการนั้น ๆ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า การที่เจ้าหนี้แม้บางรายประสงค์จะดำเนินคดีรวมไปถึงแม้แต่การบังคับคดีไม่ว่า ในทางแพ่งหรือทางล้มละลาย ย่อมจะเป็นการลดโอกาสของกิจการนั้นที่จะฟื้นฟูกิจการเองได้

การพักชำระหนี้โดยอัตโนมัติ (Automatic Stay) เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นนับแต่วันที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ไม่ว่าจะด้วยความสมัครใจของลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม เป็นกระบวนการที่จำกัดสิทธิของเจ้าหนี้โดยสิ้นเชิง เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เป็นต้น ส่วนการพักชำระหนี้ในลักษณะเป็นการผ่อนเวลาชำระหนี้ (Moratorium) นี้จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อลูกหนี้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาล โดยจะเกิดสภาวะการผ่อนชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนเป็นการชั่วคราว และห้ามเจ้าหนี้หรือลูกหนี้กระทำการใดๆ โดยเด็ดขาด แนวความคิดมาจากหลักประนีประนอม เช่น อังกฤษ เป็นต้น¹⁵

เมื่อกิจการลูกหนี้ตกอยู่ในสภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว หรืออยู่ในสภาวะที่ต้องการที่จะฟื้นฟูกิจการอันเป็นเหตุที่จะร้องขอให้มีการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายได้แล้ว การยื่นคำร้องขอต่อศาลตามกฎหมาย ย่อมจะก่อให้เกิดผลที่ว่า เจ้าหนี้จะฟ้องร้องดำเนินคดีใด ๆ ไม่ว่าในทางแพ่งหรือล้มละลายรวมไปถึงการบังคับคดีไม่ได้ ในบางประเทศยังรวมไปถึงการห้ามมิให้หน่วยงานที่ให้บริการทางสาธารณูปโภคหยุดการ ให้บริการอีกด้วย หลักการนี้บัญญัติเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายต่างประเทศแล้วเช่น ใน Chapter 3 section 3-62 ของ Bankruptcy Code ของสหรัฐอเมริกาใน section 11 ของ Insolvency Act 1986 ของอังกฤษ และในประมวลกฎหมายพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยปัญหาการเงินของกิจการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ภาค คือ ภาค 1 : ว่าด้วย การป้องกันปัญหาการเงินของกิจการ และ

¹⁵ ศศิอนงค์ จงกลณี. (2544). *การพักบังคับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 37-38.

การประนอมหนี้ (ตั้งแต่มาตรา L. 611-1 ถึงมาตรา L. 612-5) และภาค 2 : ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้ (ตั้งแต่มาตรา L. 620-1 ถึงมาตรา L. 628-3) ของฝรั่งเศส

หลักการนี้เป็นพื้นฐานสำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่ง และเป็นจุดแบ่งแยกสำคัญระหว่างการฟื้นฟูกิจการในแง่ธุรกิจธรรมดาและการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมาย การที่กฎหมายเอื้อมือเข้ามาสร้างปัจจัยเอื้อส่วนนี้ก็เพื่อรักษาสถานภาพ ของกิจการลูกหนี้ไว้ในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ยังคงให้กิจการดังกล่าวดำเนินต่อไปภายใต้การควบคุมของกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นการกำหนดให้ผู้บริหารเดิมต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบที่กฎหมายสร้างขึ้น หรือจัดหาบุคคลอื่นมาดำเนินการแทนในช่วงเวลาที่ต้องมีการฟื้นฟูกิจการระยะเวลาในช่วงนี้จะเป็นช่วงที่ยุ่งเหยิง และอาจก่อให้เกิดการบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของกิจการลูกหนี้จากเจ้าหนี้บางส่วน เพราะค้ำกันจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือทางกฎหมายที่ยับยั้งในสิ่งเหล่านั้น เพราะค้ำกันหรือสภาพ Moratorium นี้ มีขั้นตอนคุ้มครอง ที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายของกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศ บางประเทศอาจสร้างภาวะที่เรียกว่า Semi Moratorium หรือสภาพความคุ้มครองเพียงบางส่วนขึ้นเมื่อมีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการฟื้นฟูกิจการแต่โดยส่วนใหญ่แล้วสภาพ Moratorium จะมีผลเมื่อศาลเห็นว่าควรให้มีการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมาย

เพราะค้ำกันนี้อาจจำเป็นต้องมีการควบคุมเพื่อมิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ผิด ลูกหนี้บางรายอาจพยายามร้องขอต่อศาลเพียงเพื่อให้หลุดพ้นจากสภาพการเร่งรัดหนี้สินของบรรดาเจ้าหนี้เท่านั้น โดยไม่มีเจตนาที่จะนำไปสู่การฟื้นฟูกิจการที่แท้จริง ดังนั้นกฎหมายโดยทั่วไปจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของศาลที่จะควบคุมมิให้มีการนำกฎหมายไปใช้ในทางที่มีขอบ นอกจากนี้ยังมีบทกำหนดอีกหลายประการที่มิให้สภาพ Moratorium มีระยะเวลาอันเกินสมควร โดยอาจกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่ากิจการใดเกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมาย จำเป็นต้องกระทำ เช่น การเสนอแผนฟื้นฟูกิจการหรืออาจกำหนดเป็นระยะเวลาสิ้นสุด ที่แน่นอนของสภาพ Moratorium

โดยหลักแล้ว การยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการมักต้องกระทำเมื่อกิจการลูกหนี้ประสบปัญหาขาดแคลนเงินทุนหมุนเวียน บางประเทศอาจกำหนดให้ร้องขอได้เมื่อมีสถานะหนี้สินล้นพ้นตัว แต่กฎหมายในบางประเทศอาจไม่กำหนด เงื่อนไขจำพวกนี้ ทั้งนี้ ก็คงขึ้นอยู่กับนโยบายความเด่นชัดในเรื่องมาตรการทางล้มละลายและแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศ

สิ่งที่จะเป็นขั้นตอนที่ต่อเนื่องจากการสร้างภาพ Moratorium อันเป็นจุดสำคัญของหลักการฟื้นฟูกิจการคือการจัดหาผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

2.2.2.2 การจัดหาผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

บุคคลผู้มีความสำคัญที่สุดในกระบวนการฟื้นฟูกิจการคือ ผู้ที่จะมาทำแผนและดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามแผนนั้น หากเปรียบเทียบกิจการที่กำลังประสบปัญหาเหมือนกับ คนไข้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็เปรียบเสมือนแพทย์ผู้มาทำการรักษานั้นเอง กฎหมายล้มละลายจะต้องกำหนดให้มีผู้เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพและเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาของกิจการนั้น

แนวทางในแต่ละประเทศเกี่ยวกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนี้จะแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับนโยบายเสรีทางการค้าและนโยบายในการเข้าไปควบคุมกิจการว่ามีความเคร่งครัดเพียงใด ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีนโยบายทางล้มละลายที่เปิดกว้างอย่างมาก จะกำหนดให้ฝ่ายลูกหนี้หรือผู้บริหารงานกิจการนั้นมาแต่แรก เป็นฝ่ายที่มีสิทธิสูงที่สุดในการยื่นขอให้ฟื้นฟูกิจการและการดำเนินกิจการในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการด้วย อาทิ ในกรณีที่ฝ่ายเจ้าหนี้ยื่นคำร้องตาม Chapter 11 เพื่อขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ หากลูกหนี้ยื่นคำร้องตาม chapter 11 เข้ามาด้วยดังนี้ตามกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้มีสิทธิในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการแต่เพียงผู้เดียว ส่วนเจ้าหนี้จะมีสิทธิเสนอแผนต่อเมื่อพ้นระยะ 120 วันนับแต่วันยื่นคำร้องของลูกหนี้แล้วลูกหนี้ไม่เสนอแผนฟื้นฟูกิจการ และในระหว่างที่อยู่ในสถานะ Automatic Stay หรือ Moratorium นั้น ลูกหนี้ที่บริหารกิจการมาแต่ก่อนจะเป็น Debtor in Possession ทำหน้าที่บริหารงานและสามารถบริหารงานไปตามแผนที่เสนอได้

บุคคลผู้มีความสำคัญที่สุดในกระบวนการฟื้นฟูกิจการคือผู้ที่จะมาทำแผน และดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามแผนนั้นหากเปรียบเทียบกิจการที่กำลังประสบปัญหา เหมือนกับคนไข้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ก็เปรียบเสมือนแพทย์ผู้มาทำการรักษานั้นเอง

2.2.2.3 การควบคุมการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อมีการแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแล้ว ขั้นตอนที่สำคัญต่อมาคือ การกำหนดแผนหรือแนวทางที่จะฟื้นฟูกิจการนั้นขึ้น แนวทางของกฎหมายทุกประเทศ สอดคล้องต้องกันในส่วนนี้ค่อนข้างชัดเจนว่า แนวทางการแก้ไขที่เสนอมายจะต้องได้รับความเห็นชอบจากบรรดาเจ้าหนี้และศาลซึ่งโดยส่วนใหญ่จะให้มีการเสนอแผน การฟื้นฟูกิจการให้แก่เจ้าหนี้เพื่อพิจารณาและลงมติ ขั้นตอนความยากง่าย ในการลงมติดังคงเป็นไปตามแนวนโยบายในเรื่องความเคร่งครัดของกฎหมายล้มละลาย ในแต่ละประเทศ สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เปิดกว้างที่สุดสำหรับลูกหนี้ยังสร้างปัจจัยให้แก่ลูกหนี้ที่จะแยกเจ้าหนี้ออกเป็นกลุ่มๆ และบังคับให้บางกลุ่มต้อง ยอมรับมติของกลุ่มอื่นในบางเรื่องซึ่งกระบวนการนี้เรียกว่าการ Cram Down¹⁶

¹⁶ Cram down คือ การที่ศาลสั่งฟ้องล้มละลาย เนื่องจากกิจการที่ลูกหนี้กับเจ้าหนี้นั้นไม่สามารถทำการตกลงกันได้ โดยที่เจ้าหนี้บางรายไม่ยอมรับคำขอประนอมหนี้จากกิจการลูกหนี้ ศาลจึงสั่งฟ้องเพื่อนำทรัพย์สินไปขายทอดตลาด

แนวทางการฟื้นฟูกิจการหรือแผนที่มีการสร้างขึ้นมานั้น เป็นเรื่องทาง เศรษฐศาสตร์ และบัญชีที่ค่อนข้างสลับซับซ้อน แต่เป็นหน้าที่ของผู้ทำแผนจะต้องอธิบาย ให้เห็น เป็นรูปธรรม โดยปกติแล้วมักเป็นไปในเรื่องการตรวจสอบสภาพของกิจการหาสาเหตุของการตก อยู่ในสภาพที่มีปัญหาและเสนอแนวทางการแก้ไขซึ่งในแนวทาง การแก้ไขนี้อาจจะเป็นเพียง การระดมทุนเพิ่มเข้ามาในกิจการซึ่งอาจเป็นเพียงการกู้ยืมด้วยวิธีพิเศษ เข้ามาหรืออาจกำหนดให้มี การเพิ่มทุนตามปกติก็ได้ แนวทางแก้ไข อาจมีแนวทางซับซ้อนยิ่งไปกว่านั้น เช่น การแบ่งแยก กิจการบางส่วนออกไปนอกกิจการนั้นๆ การเปลี่ยนแปลงระบบโครงสร้างการบริหารงานเพื่อให้มี ประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมไปถึงการปลดพนักงานบางกลุ่มเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการรักษา สถานะของกิจการนั้นไว้ การเสนอแนวทางในแต่ละเรื่องมีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ให้เห็นถึง ทางได้ทางเสียที่จะมีขึ้นรวมทั้งการประเมินผลที่จะเกิดขึ้นในช่วงเวลาต่อมา อย่างไรก็ดี ทั้งแผนและ การดำเนินการไปตามแผนจะต้องสามารถตรวจสอบได้โดยศาลและเจ้าหน้าที่

กฎหมายทุกประเทศจะยอมรับให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบ ทั้งแผนและการดำเนินการตามแผนได้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือศาลควรมีอำนาจที่จะไม่ยอมรับแผน หรือมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ในเรื่องการตรวจสอบ และมักจะไม่มีประเด็นข้อโต้แย้งใด ๆ เลย เกี่ยวกับความสามารถในการดูแล ให้เกิดความเป็นธรรมและการป้องกันมิให้เกิดการคดโกงโดยใช้ กระบวนการฟื้นฟูเป็นเครื่องมือ ส่วนในเรื่องการตรวจสอบ ทางเศรษฐศาสตร์ และผลได้เสียของ คู่กรณียังคงต้องให้คู่กรณีแสดงให้ศาลเห็น

แม้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะมีแนวความคิดสำคัญที่กล่าวมาในข้างต้น เพื่อช่วยเหลือกิจการลูกหนี้ แต่ทั้งนี้ก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นธรรมที่ให้เจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นผู้มี สิทธิและส่วนได้เสียอย่างมากเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบ ขั้นตอนส่วนใหญ่ในกระบวนการฟื้นฟู กิจการจะเปิดช่องให้แก่เจ้าหน้าที่ที่จะโต้แย้งเพื่อรักษาผลประโยชน์อันเป็นธรรมด้วย

ในกรณีที่การฟื้นฟูกิจการดำเนินไปได้ด้วยดีและประสบความสำเร็จตาม จุดมุ่งหมายก็ย่อมหมายความว่า กิจการนั้นได้กลับฟื้นตัวจนดำเนินการต่อไปได้ มาตรการตามกฎหมาย ที่เข้ามาคุ้มครองก็จะถูกยกเลิกไป แต่หากเป็นที่ปรากฏว่ากิจการนั้นไม่มีความเหมาะสมที่จะได้รับการ ฟื้นฟูกิจการ ซึ่งอาจเป็นเพราะ โดยสภาพของกิจการแล้วไม่มีคู่ทางหรือหนทางที่เป็นไปได้ ในการ กลับคืนสู่สภาพปกตินั้นก็หมายความว่ากระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ๆ จะต้องสิ้นสุดลง ก็จะมีผลให้ มาตรการเอื้อตามกฎหมายต้องสิ้นสุดลงไปด้วย เมื่อการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถจะดำเนินต่อไปได้และ ต้องสิ้นสุดลงการสิ้นสุดลงของการฟื้นฟูเป็นจุดจบของมาตรการเอื้อตามกฎหมายที่สร้างขึ้นมากในเรื่องนี้ การสิ้นสุดของการฟื้นฟู กิจการในลักษณะนี้บ่งบอกให้เห็นถึงความล้มเหลวของการดำเนินกิจการและ ส่วนใหญ่ผลที่ติดตามมาคือการล้มละลายของกิจการนั้นอย่างแท้จริง

2.2.2.4 การสิ้นสุดของการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถจะดำเนินต่อไปได้และต้องสิ้นสุดลง การสิ้นสุดลงของการฟื้นฟูเป็นจุดจบของมาตรการเอื้อตามกฎหมายที่สร้างขึ้นในเรื่องนี้ การสิ้นสุดของการฟื้นฟูกิจการในลักษณะนี้บ่งบอกให้เห็นถึงความล้มเหลวของการดำเนินกิจการและส่วนใหญ่มูลผลที่ติดตามมาคือการล้มละลายของกิจการนั้นอย่างแท้จริง กฎหมายของแต่ละประเทศสอดคล้องกันในเรื่องนี้ว่าทางออกทางเดียวที่ควรจะเป็นไปคือการให้กิจการนั้นล้มละลาย และนำเอาทรัพย์สินของกิจการมาจำหน่ายแบ่งให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ กฎหมายในแต่ละประเทศจะมีบทบัญญัติค่อนข้างชัดเจน ในการเปลี่ยนสภาพจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการไปสู่กระบวนการล้มละลายตามปกติ

2.2.3 กระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศ

นักวิชาการหลายท่านมีการแบ่งลักษณะกฎหมายของแต่ละประเทศออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ๆ คือ กลุ่มประเทศที่เข้มงวดต่อลูกหนี้ (เรียกว่า conservative) ซึ่งได้แก่ ประเทศจีน เวียดนาม ซาอุดีอาระเบีย อิตาลี บราซิล เม็กซิโก อาร์เจนติน่า เป็นต้น ประเภทเหล่านี้ไม่มีบทบัญญัติให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ (no debt forgiveness) กลุ่มที่สองคือกลุ่มประเทศที่ปานกลางต่อลูกหนี้ (เรียกว่า moderate) ซึ่งได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สิงคโปร์ อินเดีย ฟิลิปปินส์ เดนมาร์ก นอร์เวย์ เยอรมัน ฝรั่งเศส เป็นต้น ซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องการให้ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาหนี้ให้หลุดพ้นจากหนี้ได้ (debt forgiveness for distressed consumer) แต่โอกาสในการได้รับอนุญาตตามที่ขอนั้นจะไม่แน่นอนและใช้เวลานาน เนื่องจากเป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตภายใต้หลักเกณฑ์ต่างๆ ทำให้มีค่าใช้จ่ายยุ่งยาก หรือแม้แต่ลูกหนี้เองก็ไม่รู้ว่ามีสิทธิเช่นว่านี้อยู่ กลุ่มสุดท้ายคือกลุ่มประเทศที่ให้เสรีแก่ลูกหนี้ (เรียกว่า Liberal) ซึ่งมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก¹⁷ ในที่นี้ จะกล่าวถึงประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส

2.2.3.1 ประเทศอังกฤษ

การฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ อยู่ภายใต้กระบวนการที่เรียกว่า “Administration Order” หรือ “คำสั่งให้จัดการทรัพย์สิน” ใน Insolvency Act 1986 กระบวนการดังกล่าวได้บัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกใน Insolvency Act 1883 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นทางเลือกที่ไม่ต้องล้มละลายสำหรับบุคคลที่มีหนี้สินมากแต่มีทรัพย์สินน้อยและรายได้จากการทำงานซึ่งอาจจะชำระหนี้ได้¹⁸

¹⁷ สุทธิ สุภนิธย์ และคณะ. (2547). *ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย*. รายงานวิจัย (บทสรุปสำหรับผู้บริหาร). สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 94.

¹⁸ Lan F. Fletcher. (1996). *The law of insolvency*. London: Sweet & Maxwell. p.60.

2.2.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้ Chapter 11 ใน Bankruptcy Code ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ United State Code โดยกระบวนการฟื้นฟูกิจการนี้จะใช้กับลูกหนี้ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด แต่ไม่รวมถึงธนาคารสถาบันการเงิน และบริษัทประกันภัย ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะของแต่ละมลรัฐ¹⁹

2.2.3.3 ประเทศฝรั่งเศส

กระบวนการการป้องกันปัญหาการเงินของกิจการของลูกหนี้ก่อนลูกหนี้มีหนี้สินสิ้นพันตัว ภาค 2 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้ (ตั้งแต่มาตรา L. 620-1 ถึงมาตรา L. 628-3) ของฝรั่งเศส Code of Civil Procedure in 1806 นอกจากนี้ ยังได้นำบทบัญญัติแห่งรัฐกฤษฎีกาฉบับต่างๆ มากำหนดรวมไว้ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ฉบับปรับปรุงใหม่นี้ด้วยเช่นกัน ในส่วนที่เกี่ยวกับการป้องกันปัญหาการเงินของกิจการนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน การเกิดปัญหาการเงิน และป้องกันมิให้ปัญหาการเงินเล็กน้อยทวีความรุนแรงมากขึ้น (ซึ่งอาจควบคุมได้ หากได้รับการปฏิบัติอย่างใดๆ ที่เหมาะสมและรวดเร็ว) จนถึงขั้นทำให้กิจการต้องตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (la cessation de paiements) ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขและขั้นตอนวิธีการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการป้องกันปัญหาการเงินดังกล่าวจะใช้บังคับเฉพาะแต่กับกิจการลูกหนี้ที่ยังคงมีสถานะที่ดีอยู่ (in bonis) เท่านั้น กล่าวคือ กิจการลูกหนี้ยังไม่ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ มาตรการป้องกันปัญหาการเงินของกิจการแบ่งออกได้ 2 ประการคือ²⁰ ประการที่หนึ่ง การแจ้งเตือนปัญหาการเงินของกิจการ (La Procédure d' alerte) โดยแบ่งออกเป็นมาตรการภายใน อันได้แก่ การแจ้งเตือนปัญหาการเงินของกิจการ โดยผู้สอบบัญชี คณะอนุกรรมการของกิจการ หรือผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของกิจการ และมาตรการภายนอก อันได้แก่ การแจ้งเตือนปัญหาการเงินโดยประธานศาลพาณิชย์ และ

ประการที่สองการประนอมหนี้ (le règlement amiable) ซึ่งเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้กิจการที่ประสบปัญหาการเงินสามารถยังคงดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยไม่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล ทั้งนี้ การประนอมหนี้เป็นกระบวนการที่ดำเนินไปอย่างรวดเร็วและมีลักษณะเป็นความลับซึ่งในกรณีที่ศาลพิจารณาเห็นสมควรตามที่ลูกหนี้ร้องขอ ศาลจะมีคำสั่งตั้งผู้เจรจาไกล่เกลี่ย (un conciliateur) เพื่อทำหน้าที่ประสานระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้รายหลักๆ ของกิจการให้มีการทำข้อตกลงประนอมหนี้ระหว่างกันได้ โดยเจ้าหนี้นิยมที่จะให้ความช่วยเหลือ

¹⁹ ศศิอนงค์ จงกลณี. *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*. หน้า 39.

²⁰ สุทธิ สุภนิศย์ และคณะ. *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*. หน้า 166.

2.3 กระบวนการฟื้นฟูกิจการในประเทศไทย

นับแต่ช่วงปี พ.ศ.2540 เป็นต้นมา ประเทศไทยประสบปัญหาสภาวะค่าเงินบาทอ่อนค่าลง ส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจในประเทศเกิดการทรุดตัวตามๆกัน และส่งผลกระทบต่อในมุมกว้างทางสังคมอีกต่อหนึ่ง คือ การที่สถาบันการเงินต่างๆถูกปิดตัวลง บริษัทขนาดใหญ่ที่เคยขอสินเชื่อไว้กับสถาบันการเงินเหล่านั้นก็ต่างพากันปิดกิจการตามกันไป ส่งผลกระทบต่อปัญหาสภาพแรงงาน การว่างงาน การศึกษา และอาชญากรรมต่างๆ หากบริษัทต่างๆได้รับการเยียวยา หรือได้รับการปรับปรุงแก้ไขสภาพคล่องทางการเงิน เพื่อให้มีสภาพคล่องทางการเงินได้ดีขึ้น ปัญหาต่างๆก็จะไม่เกิดขึ้น ทางออกทางหนึ่งของบริษัทต่างๆที่จะแก้ไขให้ฐานะทางการเงินของตนคล่องตัวขึ้นก็คือ การฟื้นฟูกิจการ ซึ่งหากลูกหนี้ทั้งหลายได้รับการฟื้นฟูกิจการแล้ว สภาพคล่องทางการเงินก็จะดีขึ้น

2.3.1 การฟื้นฟูกิจการ

“การฟื้นฟูกิจการ (Reorganisation)” กระบวนการซึ่งสถานะทางการเงินที่ดีและการอยู่รอดของธุรกิจของลูกหนี้สามารถฟื้นฟูให้กลับคืนมาและให้ธุรกิจดำเนินต่อไปได้ โดยใช้วิธีการหลายๆ อย่าง ซึ่งอาจรวมถึง การยกหนี้ให้ การเปลี่ยนแปลงกำหนดการชำระหนี้ (debt rescheduling) การแปลงหนี้เป็นทุน (debt-equity conversion) และการขายธุรกิจ (หรือเฉพาะธุรกิจบางส่วน) ในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป (going concern)²¹

วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ คือเพื่อรักษาองค์กรทางธุรกิจไว้ เพื่อให้กิจการของลูกหนี้ดำเนินการต่อไปได้ และเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้อย่างเท่าเทียมกัน การฟื้นฟูกิจการจึงเป็นการทำเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้ และเจ้าหนี้ทั้งหลาย การยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการโดยผู้ร้องขอฟื้นฟูกิจการนั้น จึงถือว่าเป็นการกระทำแทนบุคคลอื่นด้วย²²

ประโยชน์จากการฟื้นฟูกิจการ

1. ฐานะทางการเงินของลูกหนี้จะมีสภาพคล่องมากขึ้น
2. ลูกหนี้ได้รับประโยชน์จากการประนอมหนี้
3. กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้
4. ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ
5. ลูกหนี้ไม่อาจถูกเจ้าหนี้ฟ้องร้องบังคับคดีกับทรัพย์สินได้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ
6. ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ

²¹ กระทรวงยุติธรรม. *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1*. หน้า 9.

²² โกสินทร์ เตชะดิลก. *ขั้นตอนการฟื้นฟูกิจการ และประโยชน์ของลูกหนี้จากการฟื้นฟูกิจการ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.dlo.co.th. [2551, 31 มีนาคม].

7. เจ้าหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน
8. ปัญหาด้านแรงงานจะน้อยกว่าการที่ลูกหนี้ล้มละลาย

จะเห็นได้ว่าการฟื้นฟูกิจการเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่จะช่วยให้ผู้ประกอบการที่กำลังประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงิน ได้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการหรือปรับโครงสร้างกิจการของตน เพื่อให้ผู้ประกอบการกลับคืนสู่สภาพที่สามารถดำเนินกิจการได้ตามปกติต่อไป

2.3.2 หลักของกระบวนการฟื้นฟูกิจการของไทย

การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยนั้น จะต้องมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาล และศาลจะเป็นผู้ไต่สวนว่าสมควรให้กิจการลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อไปหรือไม่ หากศาลเห็นไม่สมควรให้กิจการลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการ ศาลจะมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการศาลจะมีคำสั่งยกคำร้องขอรายละเอียดเกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ เป็นดังนี้

2.3.2.1 ลูกหนี้ที่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยยอมให้เฉพาะแต่ลูกหนี้ที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น ที่มีสิทธิเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้²³ หากลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลประเภทอื่น เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญ นิติบุคคล จะไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ และลูกหนี้ที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นจะต้องมีหนี้สินส่วนตัวและเป็นหนี้เจ้าหนี้เป็นจำนวนแน่นอน ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาทด้วย จึงอาจเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้²⁴

หลักการเกี่ยวกับลูกหนี้ที่มีสิทธิเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายของประเทศไทยจะคล้ายคลึงกับหลักการตามกฎหมายประเทศอังกฤษที่มุ่งแก้ไขปัญหาให้แก่เฉพาะลูกหนี้ที่เป็นรูปบริษัท แต่จะมีความแตกต่างตรงที่ว่าตามกฎหมายประเทศอังกฤษไม่ได้กำหนดจำนวนหนี้ของลูกหนี้แต่อย่างใด แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วจะมีหลักการที่แตกต่างกัน เพราะตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ทั้งลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้

²³ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/1 บัญญัติว่า “นิติบุคคลประเภทอื่นก็อาจเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ หากมีกฎกระทรวงกำหนดให้สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้”.

²⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/3.

สาเหตุที่กฎหมายของประเทศไทยกำหนดให้โอกาสแต่เพียงลูกหนี้ที่เป็นบริษัท จำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดและต้องเป็นหนี้และโครงสร้างทุนโดยทั่วไปสามารถแยกรายละเอียดใน วิธีการที่จะใช้กับกิจการประเภทต่าง ๆ ได้ เมื่อดูหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามกฎหมายล้มละลายใน ส่วนของกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่ใช้บังคับในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ามีความเหมาะสมอย่างมากสำหรับ กิจการขนาดใหญ่และกลางที่ต้องการเข้าสู่การฟื้นฟูกิจการ และเหมาะสำหรับการใช้ปรับโครงสร้าง กิจการที่มีทุนเป็นทุนเรือนหุ้น²⁵ และเมื่อดูในทางปฏิบัติแล้วก็จะปรากฏว่าลูกหนี้ที่ร้องขอฟื้นฟูกิจการจะมีจำนวนหนี้เป็นหลักร้อยล้านขึ้นไปทั้งสิ้น

2.3.2.2 เงื่อนไขในการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ

การยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข²⁶ ดังนี้

1) ลูกหนี้ต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว

ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ต้องปรากฏว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว หากลูกหนี้ยังไม่ตกอยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว ลูกหนี้จะไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ หนี้สินล้นพ้นตัวมีความหมายเพียงใด นั้น กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้มีแต่เพียงบทสันนิษฐานตาม มาตรา 8 เท่านั้น แต่ศาลได้ให้ความหมายของคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” คือลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอ ชำระหนี้ การที่กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยกำหนดให้ลูกหนี้ต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัวก่อนจึง จะสามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้นั้น ถือเป็นกรให้เข้าสู่กระบวนการที่เน้นซ้ำอันอาจ ส่งผลให้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เป็นไปได้ยากขึ้นเพราะการแก้ไขปัญหาไม่ว่าเรื่องใด ๆ นั้น ควรที่จะแก้ไขปัญหาตั้งแต่ระยะแรก เนื่องจากจะแก้ไขปัญหาได้ง่ายกว่า แต่หากปล่อยให้ปัญหาทับถมเป็นเวลานานแล้วค่อยมาแก้ไขการแก้ปัญหานั้นย่อมยากกว่า ซึ่งการที่ต้องรอให้ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวก่อนแล้วจึงเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ อาจจะสายเกินไปในการแก้ไขปัญหาการ ไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้

ตามกฎหมายของต่างประเทศจะมีหลักการที่ยืดหยุ่นกว่ากฎหมายของประเทศไทย โดยกฎหมายประเทศอังกฤษเพียงแต่ลูกหนี้มีแนวโน้มหรือเป็นไปได้ว่าลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้²⁷ ลูกหนี้ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ ส่วนกฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกานั้นหากลูกหนี้เป็นผู้ร้องขอฟื้นฟูกิจการด้วยความสมัครใจ (Voluntary petition) แม้ลูกหนี้ไม่ได้อยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวลูกหนี้ก็สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้

²⁵ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2543). *กฎหมายฟื้นฟูกิจการ*. กรุงเทพมหานคร: วิศิษฐ์สรอรรถ. หน้า 22.

²⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/3 ประกอบมาตรา 90/5.

²⁷ The company is or like to become unable to pay its debts.

และกฎหมายฝรั่งเศส ฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่เกิดกระบวนการแก้ไขปัญหาย่างยากทางการเงิน หรือการดูแลบริษัทในเชิงป้องกัน ถือได้ว่าเป็นความก้าวหน้าอย่างสำคัญแก้ไขปัญหาก่อนเกิดปัญหาย่างยาก โดยไม่มีทางแก้ไขแล้ว (Companies in Difficulties) บริษัทร้องขอต่อศาลให้แก้ไขปัญหาได้ ถือเป็นการใช้กลไกของศาลอย่างมีประสิทธิภาพ หากปล่อยให้บริษัทแก้ไขปัญหาคด้วยตนเองจะขาดประสิทธิภาพและขาดความเชื่อถือจากบุคคลทั่วไป ฝรั่งเศสมีศาลพาณิชย์ พ่อค้า ทำหน้าที่ผู้พิพากษา และไม่ใช้ส่วนราชการ ศาลเป็นที่แก้ไขปัญหาแก่บรรดาผู้ประกอบการด้วยตัว พ่อค้าเองใช้กระบวนการแก้ไขปัญหามาทางพาณิชย์ไม่ใช่แพ่ง เพราะคดีเชิงพาณิชย์ คือคดีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการธุรกิจและการเงินของประเทศมองการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจทั้งระบบ มิใช่สิทธิส่วนบุคคลอย่างแพ่ง ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสามประเทศให้ลูกหนี้สามารถแก้ไขสถานะการ ไม่สามารถชำระหนี้ได้ตั้งแต่ในระยะแรก อันอาจทำให้โอกาสในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้สำเร็จ มีมากกว่าตามกฎหมายไทย

2) ลูกหนี้เป็นหนี้เจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกันเป็นจำนวนเงินไม่น้อยกว่า สิบล้านบาท

การที่ต้องกำหนดจำนวนหนี้ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท ก็เนื่องจากการฟื้นฟู กิจการของลูกหนี้ต้องมีเหตุผลอันสมควรจึงจะขอฟื้นฟูกิจการได้ ดังนั้นหากกิจการลูกหนี้เป็น กิจการขนาดเล็กอาจทำให้ไม่มีเหตุผลอันสมควรในการฟื้นฟูกิจการกฎหมายจึงกำหนดจำนวนหนี้ 10 ล้านบาท ซึ่งในชั้นยกร่างเห็นว่าจำนวน 10 ล้านบาท เป็นจำนวนที่เหมาะสม และเมื่อดูในทางปฏิบัติจะ พบว่าลูกหนี้ที่ขอฟื้นฟูกิจการนั้นจะมีจำนวนหนี้ตั้งแต่หลักร้อยล้านขึ้นไปทั้งสิ้น

3) มีเหตุอันสมควรและมีช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

ความหมายของคำว่า “เหตุอันสมควร” นั้น กฎหมายล้มละลายไม่ได้ให้บท นิยามไว้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้อยู่ในตัวแล้วว่าหมายความว่า เพราะเหตุใดกิจการลูกหนี้จึงสมควรให้ ฟื้นฟูกิจการ หรือพูดอีกนัยหนึ่งก็คือเพราะเหตุใดจึงไม่สมควรปล่อยให้กิจการลูกหนี้ต้องล้มละลาย ซึ่งจริง ๆ แล้วอาจพูดได้ว่าเหตุอันสมควรก็คือประโยชน์ของการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้นั่นเอง

เหตุอันสมควร เช่น กิจการของลูกหนี้เป็นกิจการขนาดใหญ่และมีความ เชื่อมโยงกับกิจการอื่นๆ เป็นจำนวนมาก หากปล่อยให้กิจการของลูกหนี้ต้องล้มละลายจะเกิดผลกระทบ ตามมา เช่น การว่างงานของลูกจ้าง การขาดสภาพคล่องและอาจเกิดการล้มละลายของกิจการอื่น ที่มีความเชื่อมโยงกับกิจการลูกหนี้ อีกทั้งทำให้รัฐขาดรายได้สาธารณะจำนวนหนึ่งด้วย เป็นต้น

ช่องทางในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ก็คือวิธีการในการแก้ปัญหาคการ ไม่สามารถ ชำระหนี้หรือการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาคการ ไม่สามารถชำระหนี้หรือ การมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ ก็คือการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ การปรับปรุงโครงสร้างทุนและ

การปรับปรุงโครงสร้างกิจการของกิจการลูกหนี้ส่วนที่ว่าลูกหนี้จะใช้วิธีใดในการแก้ไขปัญหาที่ขึ้นอยู่กับสาเหตุในการประสบปัญหาของกิจการลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้อาจใช้ทั้ง 3 วิธีร่วมกันก็ได้ และโดยหลักแล้วช่องทางในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ต้องสอดคล้องกับแผนฟื้นฟูกิจการที่จะจัดทำขึ้นภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ²⁸

4) ลูกหนี้ไม่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด

การที่ต้องกำหนดหลักเกณฑ์นี้ก็เพราะหากลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้วก็ไม่มีประโยชน์อันใดที่จะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ต่อไปแล้ว แต่หากลูกหนี้เพียงแต่ถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว ลูกหนี้ก็ยังสามารถฟื้นฟูกิจการได้

5) ลูกหนี้ยังคงมีสภาพเป็นนิติบุคคล

หลักเกณฑ์ข้อนี้ก็เป็นที่ชัดเจน เพราะหากลูกหนี้ไม่มีสภาพนิติบุคคลแล้วก็ไม่มีประโยชน์อันใดในการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากไม่มีกิจการให้ฟื้นฟูแล้ว ซึ่งการสิ้นสภาพนิติบุคคลของลูกหนี้ก็เช่นศาลหรือนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลิกหรือเพิกถอนทะเบียนนิติบุคคลลูกหนี้ หรือมีการจดทะเบียนเลิกนิติบุคคลของลูกหนี้แล้ว

2.3.2.3 กระบวนการทางศาล

กระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นกระบวนการภายใต้กฎหมายล้มละลาย จึงต้องผ่านกระบวนการทางศาล อันแตกต่างจากการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ในระบบกฎหมายล้มละลายที่ไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล ดังนั้นผู้ที่คิดจะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ภายใต้กฎหมายล้มละลาย ต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลล้มละลายกลางเพื่อให้ศาลได้ไต่สวนว่าสมควรให้ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการหรือไม่ รายละเอียดมีดังนี้

1) รายการในคำร้องขอฟื้นฟูกิจการลูกหนี้

คำร้องขอฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ต้องมีรายการเกี่ยวกับการมีหนี้สินสินพันตัวของลูกหนี้ รายชื่อและที่อยู่ของเจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนซึ่งลูกหนี้เป็นหนี้ยู่รวมกันเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท เหตุผลอันสมควรและช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการ ชื่อคุณสมบัติของผู้ทำแผน และหนังสือยินยอมของผู้ทำแผน²⁹

ถ้าการร้องฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นการร้องขอโดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จะต้องแนบรายชื่อและที่อยู่ของเจ้าหนี้รายอื่นเท่าที่ทราบมาพร้อมกับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ แต่ถ้าผู้ร้องขอฟื้นฟูกิจการเป็นลูกหนี้ ลูกหนี้จะตั้งแนบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมดที่มีอยู่รวมทั้งรายชื่อและที่อยู่ของเจ้าหนี้ทั้งหลายมา พร้อมกับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ

²⁸ วิชามหาคุณ. (2545). *รวมคำบรรยายภาคสอง สมัยที่ 54 ปีการศึกษา 2545 เล่ม 2*. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 261.

²⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/6.

2) ผลของการมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ

เมื่อได้มีการร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้ว หากศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณา³⁰ จะมีผลตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามเจ้าหนี้หรือบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิดังกล่าวข้างต้นอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่รับคำร้องขอ เพื่อให้มีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของตนได้ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่า การจำกัดสิทธินั้นไม่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการหรือมิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้อย่างเพียงพอ³¹

เมื่อศึกษาผลของการที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้วจะเห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิทั้งแก่บุคคลภายนอกและแก่ลูกหนี้ ในส่วนที่กฎหมายจำกัดสิทธิบุคคลภายนอกถือเป็นปัจจัยที่ช่วยให้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้มีโอกาสสำเร็จมากยิ่งขึ้น เพราะหากกฎหมายไม่สร้างปัจจัยเอื้อดังกล่าวให้แก่กิจการของลูกหนี้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็ยากที่จะประสบผลสำเร็จ เช่น หากยอมให้เจ้าหนี้นี้ประกันสามารถบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้เหมือนเช่นคดีล้มละลายการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้แทบจะเป็นไปไม่ได้เนื่องจากทรัพย์สินส่วนใหญ่ของลูกหนี้จะถูกนำไปเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ทั้งสิ้น หากยอมให้เจ้าหนี้นี้ประกันบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันได้ กิจการของลูกหนี้ก็จะไม่มีทรัพย์สินใดในการฟื้นฟูกิจการ การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็เป็นไปไม่ได้

ในส่วนที่กฎหมายจำกัดสิทธิของลูกหนี้นั้น ก็เพื่อที่จะไม่ให้ลูกหนี้ไปดำเนินการใดนอกเหนือจากการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เพื่อรอให้ผู้ทำแผนและบรรดาเจ้าหนี้เป็นผู้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการมีหนี้สินส่วนตัวของลูกหนี้ เนื่องจากหากยอมให้ลูกหนี้ดำเนินการได้ตามปกติลูกหนี้อาจสร้างหนี้เพิ่มขึ้นอีก อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้

3) การพิจารณาคำร้องขอเพื่อมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการลูกหนี้

เมื่อมีการร้องขอฟื้นฟูกิจการเข้ามาสู่ศาลแล้วและศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอแล้ว กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องดำเนินการไต่สวนคำร้องเป็นการด่วนและให้ศาลประกาศคำสั่งรับคำร้องขอและวันเวลานัดไต่สวนในหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายอย่างน้อยหนึ่งฉบับไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง ห่างกันไม่เกิน 7 วัน และส่งสำเนาคำร้องขอแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายเท่าที่ทราบและแก่นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทหรือนายทะเบียนนิติบุคคลที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหากลูกหนี้ที่ฟื้นฟูกิจการเป็นลูกหนี้ที่อยู่ในการค้ากับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ

³⁰ ในทางปฏิบัติเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการในคดีใดแล้ว กรมบังคับคดีโดยสำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะลงประกาศใน <http://www.led.go.th/> ว่าคดีนั้นศาลได้มีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้ว

³¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/13.

ตลาดหลักทรัพย์กรรมการประกันภัย ต้องส่งสำเนาคำร้องให้แก่หน่วยงานดังกล่าวด้วย โดยให้ส่งก่อนวันนัดไต่สวนไม่น้อยกว่า 7 วัน³²

โดยในการไต่สวนคำร้องขอถ้าศาลไต่สวนแล้วได้ความจริงว่า ลูกหนี้มีหนี้สินสิ้นพันตัว เป็นหนี้เจ้าหนี้ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท มีเหตุผลอันสมควรและมีช่องทางที่จะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ รวมทั้งผู้ร้องขอยื่นคำร้องขอโดยสุจริต ศาลจะมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ แต่ถ้าศาลไต่สวนแล้วขาดข้อใดข้อหนึ่งทีกล่าวมาศาลจะมีคำสั่งยกคำร้องขอ

การไต่สวนคำร้องขอของศาลเพื่อมีคำสั่ง ให้ฟื้นฟูกิจการนั้น มิใช่ว่าศาลต้องไต่สวนคำร้องทุกคดีจึงสามารถมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการได้ เพราะหากปรากฏว่าคดีใดไม่มีผู้คัดค้านและศาลเห็นสมควร ศาลสามารถที่จะงดไต่สวนคำร้องขอและมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ได้ทันที³³

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ อำนาจของผู้บริหารของลูกหนี้ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้จะสิ้นสุดลง³⁴ สิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นจะระงับลงเว้นแต่สิทธิในการได้รับเงินปันผล โดยอำนาจในการจัดการกิจการและสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้นจะตกเป็นของผู้ทำแทน แต่ถ้าศาลยังไม่ตั้งผู้ทำแทน ศาลจะตั้งผู้บริหารชั่วคราว และในระหว่างที่ยังไม่สามารถตั้งผู้บริหารชั่วคราวได้ อำนาจและสิทธิดังกล่าวก็จะตกแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จนกว่าจะสามารถตั้งผู้ทำแทนได้³⁵

2.3.3 กรณีการฟื้นฟูกิจการของไทย

ประเทศไทยเพิ่งจะมีกฎหมายล้มละลายในส่วนของกรณีการฟื้นฟูกิจการของนิติบุคคลในรูปของบริษัท เมื่อปี 2541 การฟื้นฟูกิจการว่าเป็นกิจกรรมที่สำคัญที่เป็นเรื่องของการปรับโครงสร้างหนี้ที่ต้องตกลงกันให้ลงตัวระหว่างเจ้าหนี้ และลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการของบริษัท โดยไม่ใช่อำนาจศาลที่อิงกฎหมายเฉพาะก็คงมีอยู่แล้วมาตลอดในรูปแบบต่างๆ ที่ลูกหนี้เจ้าหนี้หาวิธีการที่เหมาะสมใช้ต้นทุนต่ำในการให้ธุรกิจดำรงอยู่ต่อไป และเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

³² พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/9 วรรคแรก.

³³ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/10.

³⁴ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการจำกัดกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้สิ้นสุด ส่งผลให้ลูกหนี้ไม่ยอมเข้ามาสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เพราะหากตนเองเข้ามาสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตนเองก็จะหมดสิ้นอำนาจในการจัดการกิจการไปในช่วงที่มีการฟื้นฟูกิจการ และอาจไม่สามารถเข้ามาจัดการกิจการได้อีก แม้การฟื้นฟูกิจการจะประสบผลสำเร็จ เพราะสัดส่วนในการถือหุ้นของตนอาจเหลือน้อยลงตามข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งหลักการนี้จะคล้ายคลึงกับกฎหมายประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ แต่จะแตกต่างจากกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ผู้บริหารเดิมของลูกหนี้จัดการกิจการต่อไป ที่เรียกว่า “debtor in possession”.

³⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 มาตรา 90/20 วรรคแรก และ มาตรา 90/21 วรรคแรก.

คินคณะกรรมาธิการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ (ค.ป.น) ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นตัวกลางก็เป็นกลไกนอกศาล ในการที่จะเป็นเวทีให้เจ้าหนี้ซึ่งเป็นสถาบันการเงิน ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยกำกับดูแลอยู่ได้เจรจาข้อยุติเพื่อทำสัญญาข้อตกลงกับลูกหนี้ วิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินได้นำมาซึ่งการเพิ่มขึ้นของทางเลือกใหม่ทางกฏกติกา หรือทางสถาบันในการแก้ปัญหาการที่ลูกหนี้ไม่ชำระเงินแก่เจ้าหนี้ได้ ซึ่งได้แก่ การมีกฎหมายและกระบวนการฟื้นฟูกิจการของบริษัท (ยังไม่รวมนิติบุคคลประเภทห้างหุ้นส่วน) ที่มีเจ้าหนี้ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท

มูลเหตุที่เจ้าหนี้อูกหนี้เลือกช่องทางเพื่อฟื้นฟูกิจการมาที่ศาลล้มละลาย นอกเหนือจากการที่มีเจ้าหนี้จำนวนมากราย ที่ไม่ใช่เจ้าหนี้สถาบันการเงินในการกำกับดูแลของ ธปท. เช่น เจ้าหนี้การค้า เจ้าหนี้ประเภทผู้บริโภค ซึ่งจะทำให้บรรลุข้อตกลงระหว่าง เจ้าหนี้ทำได้ลำบากขึ้นแล้ว การฟื้นฟูกิจการผ่านศาลล้มละลาย มีผลบังคับตามกฎหมาย ซึ่งเหมาะแก่การแก้ปัญหา ที่ต้องการการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้าง ของกิจการค่อนข้างมาก โดยเฉพาะ โครงสร้างทางการเงิน เช่น การเพิ่มทุนหรือการมีผู้ลงทุนใหม่ การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ต้องการกฎหมายรองรับและส่งเสริม ทุนใหม่ๆ อาจจำเป็นจากผู้ลงทุนใหม่เพื่อให้กิจการอยู่รอด กฎหมายฟื้นฟูกิจการจำเป็นต้องให้บุริมสิทธิ ในสิทธิของผู้ใส่เงินใหม่เหนือเจ้าหนี้เดิม เป็นต้น⁶ รวมทั้งการให้อภิสิทธิ์บางอย่างแก่ลูกหนี้ และการจำกัดสิทธิเจ้าหนี้ในการฟ้องร้องลูกหนี้ระหว่างการฟื้นฟูกิจการ เป็นต้น ลูกหนี้มองช่องทางและกรอบกฎหมายที่จะใช้เป็นเวทีที่จะเลี่ยงการถูกฟ้องล้มละลาย เช่นเดียวกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันที่โอกาสที่จะได้เงินคืนคงมีน้อย เมื่อเทียบกับ โอกาสการฟื้นฟูกิจการสำเร็จ โดยที่ทุกคนหวังว่าถ้าสำเร็จมูลค่าบริษัทจากการฟื้นฟูหรืออัตราผลตอบแทนคงสูงกว่าถ้าบริษัทถูกปิดกิจการ

กรณีศึกษาของบริษัทใหญ่และขนาดกลางที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการของศาลล้มละลายได้รับการลดหนี้ในขนาดที่สูงถึง 50-80% ของมูลหนี้ และมีการแปลงหนี้เป็นทุนในอัตราซึ่งสูงกว่าที่พบจากข้อมูลของธนาคารแห่งประเทศไทยสะท้อนความจริงที่ว่ากิจการจำนวนมากที่มาที่ศาลล้มละลายกลางเป็นกิจการที่มีหนี้สินมากกว่าสินทรัพย์มากคือ มีสภาพหนี้สินล้นพ้นตัวอย่างรุนแรงหรือล้มละลายตามเงื่อนไขหรือเกณฑ์ทั้งในการให้กิจการล้มละลาย และให้ฟื้นฟูกิจการ เมื่อเทียบกับความสามารถในการหารายได้ และการได้มาซึ่งกระแสเงินสด บริษัทเหล่านี้มีภาระหนี้สูงมากขึ้นถ้าหากไม่ลดหนี้จำนวนมากยากที่จะฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ กรอบของกฎหมายและกระบวนการฟื้นฟูเปรียบเสมือนเป็นการให้ลูกหนี้และกลุ่มเจ้าหนี้ได้ต่อรองกันโดยศาลใช้ดุลพินิจ เมื่อเห็นว่าเป็นและกฎหมายเปิดโอกาสให้ ข้อตกลงที่เกิดขึ้นและคุณภาพของผลลัพธ์มาจากความคาดคะเน

⁶ ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์. เศรษฐศาสตร์การฟื้นฟูกิจการแบบไทย (1). สถาบันวิจัยสังคมและเศรษฐกิจ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, *มติชนรายวัน*. (2546. 19 มีนาคม). หน้า 6.

อนาคตว่า การฟื้นฟูกิจการจะให้ผลตอบแทนสูงกว่าการปิดกิจการ โดยการฟ้องบริษัทให้ล้มละลาย (กฎหมายกำหนดว่าจำเป็นต้องสูงกว่า) จากการวิจัยแผนของบริษัท 356 บริษัท ซึ่งมีมูลหนี้รวมประมาณ 1.3 ล้านล้านบาท การประเมินว่า บริษัทที่ได้รับการฟื้นฟูเมื่อเวลาผ่านไปสักพักและในระยะยาว มีผลการดำเนินงานและฐานะการเงินพิจารณาจากบริษัทที่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ บริษัทเหล่านี้ เริ่มมีกำไรและกระแสเงินสดที่ดีขึ้น และมีหนี้ต่อทุนลดลง บริษัทที่ได้ลดหนี้จำนวนมาก และ / หรือมีการเพิ่มทุน มีพันธมิตรใหม่มาร่วมลงทุน เช่น ห้างสรรพสินค้าโรบินสัน สหวิริยาโอเอ ชิโนทัย อิตาเลียนไทย ศรีไทยซูเปอร์แวร์ TT&T ไทยออยล์ เป็นต้น ล้วนมีหนี้ต่อทุน ผลการดำเนินการ และกระแสเงินสดดีขึ้น ที่เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ เช่น ถ้าลูกหนี้เสนอผู้ทำแผนที่ประชุมเจ้าหนี้ จะค้านจะต้องใช้เสียงข้างมากสองในสาม หรือการที่ผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผนที่ไม่ใช่ลูกหนี้ต้องวางเงินค้ำประกัน แต่ถ้าเป็นลูกหนี้ทำจะได้รับยกเว้น ข้อมูลจากการวิจัยประมาณ 139 บริษัทที่ผู้ทำแผน พบว่า เกือบร้อยละ 80 ของแผนและผู้บริหารแผนเป็นของลูกหนี้ การที่ลูกหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้มีบทบาทในการทำแผน และบริหารแผนเป็นส่วนใหญ่ นั้นเป็นข้อเท็จจริง ซึ่งขัดกับความเชื่อที่ปรากฏในสื่อมวลชนว่าเจ้าหนี้มีบทบาทมาก

การประเมินประสิทธิผลของการฟื้นฟูกิจการอย่างเป็นระบบเป็นเรื่องสำคัญในมิติของประสิทธิภาพของการจัดสรรทรัพยากร เพราะสังคมต้องใช้ทรัพยากรมากเพื่อให้ธุรกิจดำรงอยู่ได้ มีค่าเสียโอกาสเมื่อเทียบกับการปิดกิจการที่สมควรถูกปิด การประเมินนี้จำเป็นต้องทำหลังแผน ในช่วงที่บริษัทยังไม่ออกจากการฟื้นฟู และที่ออกจากการฟื้นฟูก่อนกำหนดซึ่งมีอยู่ประมาณสิบกว่าบริษัท ค่าใช้จ่ายในการทำแผนและการบริหารแผนสูงและสิ้นเปลืองเกินไป และเชื่อว่าเป็นเพราะการเข้ามามีบทบาทมากของบริษัทต่างชาติ จากแบบสอบถามผู้เกี่ยวข้อง ส่วนใหญ่ยกเว้นที่ปรึกษาการเงินคิดว่าต้นทุนทางการเงินและเศรษฐกิจนั้นสูงเกินไป กรณีถ้าค่าใช้จ่ายสูงต่ำเกินไป เพราะขึ้นอยู่กับผลลัพธ์ของการฟื้นฟู การใช้จ่ายหลายสิบล้านหรือเป็นร้อยล้านสำหรับที่ปรึกษา การทำสัญญาการได้มาซึ่งแผน อาจดูสูงมากสำหรับกิจการที่กำลังมีปัญหาทางการเงิน การให้ตลาดของผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนมีการแข่งขันเสรีน่าจะทำให้ตลาดนี้มีประสิทธิภาพในระยะยาว โดยรัฐอาจกำหนดคุณสมบัติด้านความสามารถของผู้ทำแผน

อย่างไรก็ตามในข้อเท็จจริงกรณีมีหนี้สินล้นพ้นตัว มีกิจการที่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนด แต่ก็มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สิน ขณะเดียวกันก็มีกิจการที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ เมื่อครบกำหนดแต่ก็มีสินทรัพย์มากกว่าหนี้สิน สองกิจการอาจมีปัญหาในลักษณะที่ต่างกัน เกณฑ์หนี้สินล้นพ้นตัว เป็นเกณฑ์หลักของกฎหมายไทย ในการกำหนดสถานภาพล้มละลาย และเป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้กับเกณฑ์การฟื้นฟูกิจการ ในขณะที่เกณฑ์นี้มิได้สร้างปัญหา ในกรณีที่ใช้กับการกำหนดสถานภาพล้มละลาย แต่สำหรับการฟื้นฟูกิจการนั้น

ข้อสรุปเบื้องต้นจากการตีความการวินิจฉัยของศาลในคดีต่างๆ ถ้าลูกหนี้ เจ้าหนี้ใกล้เคียงกันได้ทั้งสองฝ่าย และประสงค์จะให้มีการฟื้นฟูกิจการ ศาลมักจะไม่วัดข้อ โดยอาจตีความตามมาตรา 90/10 ว่า การพิจารณาในคดีฟื้นฟูกิจการ ถ้าไม่มีผู้คัดค้าน ศาลสามารถงดไต่สวน³⁷

บางบริษัท เมื่อศาลสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ เช่น ศรีไทยซูเปอร์แวร์ มีทุนเป็นบวกหลังจากการแปลงหนี้เป็นทุนในปี 2543 คณะกรรมการตรวจสอบจะถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและนโยบายของบริษัทฯ โดยมีภารกิจที่จะดำรงไว้ซึ่งความโปร่งใสในการดำเนินธุรกิจ ประสิทธิภาพในการบริหารงาน และเสริมสร้างความมั่นใจของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง³⁸ บางบริษัท เช่น อิตาเลียนไทยฯ มีทุนติดลบค่อนข้างต่ำมาก หลังจากศาลอนุมัติแผนฟื้นฟูกิจการ เพราะบริษัทจะเร่ง ปรับปรุงโครงสร้างหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งจะทำให้บริษัทสามารถกลับ เข้ามดำเนินธุรกิจได้ตามปกติ และเอื้อประโยชน์ต่อการเข้าประมูลงานในอนาคต อิตาเลียนไทยฯ จะเร่งดำเนินการตามขั้นตอนและการดำเนินงานตามแผนฟื้นฟูกิจการทันที³⁹ ทีทีแอนด์ที มีทุนติดลบค่อนข้างต่ำมาก ทีไอทีในฐานะเจ้าหนี้รายใหญ่สนับสนุนทีทีแอนด์ที ให้เป็นผู้จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการตนเอง เพราะ ทีไอทีเป็นเจ้าหนี้ทีทีแอนด์ทีเป็นเงินถึง 29,995 ล้านบาท (ตามใบแจ้งหนี้ ที่ ทีทีแอนด์ที ยอมรับ)⁴⁰ และถ้าหากมีการคัดค้านหรือต่อสู้กันระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้หรือระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกันเอง จนทำให้การฟื้นฟูอาจไม่ผ่าน รวมทั้งปัญหาอื่นที่อาจจะตามมา เช่น ความไม่คงเส้นคงวา ความไม่เสมอต้นเสมอปลาย ในเกณฑ์การวินิจฉัยของศาล ยังไม่ต้องพูดถึงต้นทุนทางธุรกรรม และต้นทุนทางสังคม จากการมีบทบัญญัติ ในกฎหมายที่ล้าสมัยไม่เหมาะสม ปัญหาเหล่านี้ปรากฏชัดเจนมากขึ้น จากคดี เช่น เมื่อฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจจะเจ้าหนี้ ต้องการให้กิจการหนึ่งให้รับการฟื้นฟู แต่อีกฝ่ายหนึ่งลูกหนี้คัดค้าน เช่น กรณี ทีพีไอ โรงแรมนิโก้ บริษัทไทเคนเปเปอร์ เป็นต้น

³⁷ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 30. หน้า 25.

³⁸ ศรีไทยซูเปอร์แวร์. *สามารถฟื้นฟูกิจการสำเร็จก่อนกำหนด* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www2.ryt9.com/s/prg/123071>. [2553, 1 มิถุนายน].

³⁹ ผู้จัดการรายวัน (9 เมษายน 2545). *ITD ฐานะการเงินแกร่ง หลังศาลรับแผนฟื้นฟู ทุนพลิกบวก 9.6*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.gotomanager.com/news/printnews.aspx?id=2890>. [2553, 1 มิถุนายน].

⁴⁰ *ทีไอทีเลือกทีทีแอนด์ทีทำแผนฟื้นฟูกิจการ* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.adslthailand.com/board/showthread.php?16236>. [2553, 1 มิถุนายน].

เมื่อบริษัทลูกหนึ่ง อยู่ระหว่างการฟื้นฟูกิจการ กล่าวโดยย่อกฎหมายล้มละลายของไทย ในส่วนของการฟื้นฟูกิจการของบริษัทนั้น อำนาจของคณะกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้น และผู้บริหารของบริษัทลูกหนึ่งจะเปลี่ยนไป เป็นของผู้ทำแผน ซึ่งจะเป็นผู้บริหารชั่วคราว และเมื่อแผนได้รับการอนุมัติจากศาล อำนาจดังกล่าวจะเปลี่ยนไป เป็นของผู้บริหารแผน ถ้าผู้บริหารแผนทำสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 90/67 เช่น ไม่ปฏิบัติตามแผน หรือทุจริต หรือมีสาเหตุอื่น ๆ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้

ตามระบบของสหรัฐฯ ที่ให้โอกาสลูกหนึ่งบริหารแผนก่อน เมื่อมีการแก้กฎหมายล้มละลายในปี 2541 คนกลุ่มหนึ่งคิดว่า ไอเอ็มเอฟ ซึ่งเข้าข้างเจ้าหนี้คือสาเหตุสำคัญ ความคิดหนึ่งคิดว่า ระบบราชการไทย และการเมืองไทย ยังเอนเอียงที่จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้⁴¹ ดังนั้น นักกฎหมายในระบบราชการ และนักวิชาการด้านกฎหมายของไทย น่าจะมีบทบาทที่จะเลือกระบบกลาง ท่ามกลางกลุ่มผลประโยชน์ทั้งเจ้าหนี้ และลูกหนึ่ง โดยเปิดโอกาสให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนึ่งสามารถมีบทบาทในการบริหารแผน โดยความเห็นชอบของที่ประชุมเจ้าหนี้ ขณะเดียวกันก็ให้ดุลพินิจของศาล เป็นที่พึ่งสุดท้าย ความสำคัญของที่ประชุมเจ้าหนี้ ในระบบการฟื้นฟูกิจการของไทย สะท้อนให้เห็นถึง แนวความคิดเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้ ในการควบคุมกิจการของบริษัท เมื่อลูกหนึ่งนอกจากผิดสัญญาไม่ชำระหนี้แล้ว ลูกหนึ่งอยู่ในสถานภาพล้มละลายทางการเงิน คือ มีทุนติดลบ ลูกหนึ่งจะได้บริหารแผน ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้จากที่ประชุมเจ้าหนี้โอน หรือมอบสิทธินี้ให้แก่ลูกหนึ่ง

ในการบริหารแผน การล้มตีสืบข้างมากของที่ประชุมเจ้าหนี้ รวมเพียงเกินกึ่งหนึ่งของมูลหนี้รวม และมติพิเศษเพียงหนึ่งกลุ่ม เพื่อให้แผนผ่านนั้น เป็นไปได้ว่าแผนในการจัดสรรการชำระหนี้ อาจไม่เป็นธรรมระหว่างกลุ่ม ในหลักการจึงเป็นไปได้ว่า แม้เจ้าหนี้และลูกหนึ่งบางกลุ่ม จะร่วมมือกันและมีเสียงเกิน 50% เพื่อฟื้นฟูกิจการ และศาลเห็นชอบด้วยแผนโดยง่าย หรือค่อนข้างง่าย ระบบการออกเสียง และระบบการต่อรอง อาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรม ในการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้กลุ่มต่าง ๆ จากการศึกษาพบว่า โดยเฉลี่ย การออกเสียงของเจ้าหนี้ โดยเฉลี่ยมีอัตราการออกเสียงถึง 80% ของมูลหนี้ทั้งหมด หลายบริษัทใหญ่ๆ การออกเสียงของเจ้าหนี้เกิน 90% โดยทั่วไปเปอร์เซ็นต์ที่สูงนี้ สะท้อนว่าส่วนที่ไม่มีมีการออกเสียง ย่อมมีจำนวนน้อย สัดส่วนของกลุ่มเจ้าหนี้ที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ก็น่าจะต้องน้อยลงไปด้วย ข้อสรุปนี้แม้จะเป็นไปได้แต่ต้องไม่ลืมว่าสถิติ 80% นั้นเป็นค่าเฉลี่ย ความเบี่ยงเบนมีสูงจากค่าเฉลี่ยในกลุ่มต่างๆ ของกลุ่มเจ้าหนี้

⁴¹ ไพโรจน์ วงศ์วิภาณนท์. เศรษฐศาสตร์การฟื้นฟูกิจการแบบไทย (1). สถาบันวิจัยสังคมและเศรษฐกิจ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. (2546, 21 พฤษภาคม). *มติชนรายวัน*. หน้า 6.

ก็คงยังมีอยู่ หรือแม้จะยี่ดค่าเฉลี่ย 80% 20% ซึ่งเป็นกลุ่มน้อย ก็สามารถอาจที่จะได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และยังพบว่าเจ้าหนี้การค้าได้รับชำระหนี้คืนเร็ว และมากกว่าเจ้าหนี้สถาบันการเงินจำนวนมากอย่างมีนัยสำคัญ สาเหตุเป็นเพราะลูกหนี้จำเป็นต้องพึ่งเจ้าหนี้การค้า หรือเจ้าหนี้รับเหมาช่วงเพื่อให้ธุรกิจเดินไปได้ เจ้าหนี้ประเภทนี้ต้องได้รับการชำระหนี้คืนในสัดส่วนที่สูงและเร็ว ขณะเดียวกันก็มีความเป็นไปได้ที่เจ้าหนี้กลุ่มนี้จะได้รับการปฏิบัติที่ดีจากลูกหนี้ ซึ่งเป็นบริษัทในเครือหรือกลุ่มเดียวกัน เป็นต้น

ปัญหาพื้นฐานที่เกิดจากการฟื้นฟูกิจการก็คือการตีมูลค่าสินทรัพย์ของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งมักจะแตกต่างกันระหว่างเจ้าหนี้กลุ่มต่าง ๆ ลูกหนี้หรือผู้ถือหุ้นของลูกหนี้ การฟื้นฟูกิจการนั้น ลึก ๆ แล้วยังคือการที่เจ้าหนี้ สมมติ (ไม่มีการซื้อจริง) ซื้อบริษัทลูกหนี้โดยจ่ายเป็นหนี้ที่เป็นเงินสด และดอกเบี้ย และรับแลกมาใหม่เป็นสิทธิในหนี้อันใหม่หรือหุ้นในบริษัท เนื่องจากสินทรัพย์ของบริษัทไม่มีการขายจริงเหมือนกรณีปิดกิจการชำระบัญชี การหามูลค่าที่แท้จริงในระบบการต่อรอง จึงอาจไม่ได้มาซึ่งค่าที่ถูกต้องดีที่สุดในตัวเหตุนี้ในต่างประเทศจึงมีผู้เสนอว่าเพื่อให้ได้มาซึ่งมูลค่าของสินทรัพย์ของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งสะท้อนความจริงในตลาดควรใช้ระบบประมูล (Auction) สินทรัพย์บางส่วน หรือทั้งหมด ข้อเสนอนี้คงไม่ง่ายสำหรับประเทศไทย โดยเฉพาะในช่วงที่เกิดวิกฤตทั้งระบบเงินทุนขาดแคลน สินทรัพย์ล้มตลาด เป็นต้น

สรุปจากการศึกษาดังกล่าวพบว่าปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาจากการที่ผู้บริหารของบริษัทลูกหนี้ เจ้าหนี้ ความล้มเหลว และการบริหารแผนที่มีการฟื้นฟูกิจการ เกิดขึ้นทั้งในองค์กรที่มีทั้งลูกหนี้และทั้งเจ้าหนี้ อาจมีทั้งมาจากปัจจัยภายนอก และปัจจัยภายในถึงปัญหาที่แท้จริงของปัญหาและอุปสรรคของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ