

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ

ในบทนี้จะศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยประกอบด้วยหลักกฎหมายฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศและหลักกฎหมายล้มละลายต่างๆ ในเรื่องของอำนาจในการขอสินเชื่อในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการตลอดจนถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะขอรับชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยจะศึกษาถึงปัญหาและผลการบังคับใช้กฎหมายของการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางแก้ปัญหาไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่เดิมและแนวทางปฏิบัติต่างๆ ควบคู่กันไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการและทำให้การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและช่วยให้กิจการของลูกหนี้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จมากขึ้น

5.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย

แม้ว่ากฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศจะมีการบัญญัติหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการเข้าสู่กระบวนการหรือหลักเกณฑ์ในการยื่นขอรับชำระหนี้ แต่โดยพื้นฐานของการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ที่ขอรับชำระหนี้ตามกระบวนการล้มละลายแล้วจะมีการจัดประเภทสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละประเทศคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ โดยหลักจะประกอบด้วยเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าหนี้บุริมสิทธิ และเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันหรือเจ้าหนี้สามัญ สำหรับกฎหมายล้มละลายไทยได้มีการจัดแบ่งประเภทสิทธิของเจ้าหนี้ตามหลักข้างต้นเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า เจ้าหนี้มีประกันเป็นเจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิสูงสุดในการขอรับชำระหนี้ กฎหมายล้มละลายจึงต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเป็นอย่างมาก เพื่อจูงใจให้เจ้าหนี้มีประกันยอมนำหลักประกันเข้าสู่กระบวนการ และในขณะเดียวกันก็ต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิแก่เจ้าหนี้รายอื่นๆ ในกระบวนการด้วย ทั้งนี้ การคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในระหว่างที่มีการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายคือ การคุ้มครองผลประโยชน์ในหลักประกันโดยการรักษามูลค่าของหลักประกันไว้ และเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับบุริมสิทธิเฉพาะมูลหนี้ที่มีหลักประกันเท่านั้น แต่ในบางกรณีเจ้าหนี้มีประกันอาจจะได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ เช่น เจ้าหนี้ในค่าจ้างแรงงานที่ค้างชำระ หนี้ภาษีอากรหรือหนี้ละเมิด ทั้งนี้ ในการกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน และต้องมีการกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการได้รับชำระหนี้คืนไว้อย่างชัดเจน

5.1.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันโดยหลักทั่วไปจะเป็นสิทธิที่มีบุริมสิทธิสูงสุดในการขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย กล่าวคือ เจ้าหนี้จะมีสิทธินอกเหนือจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มีการจำหน่ายไป ส่วนในกรณีที่กฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถนำหลักประกันแยกต่างหากจากกระบวนการล้มละลายได้ เจ้าหนี้รายนั้นจะไม่มีสิทธิเรียกร้องในส่วนของหนี้ที่ขาดไป เว้นแต่เจ้าหนี้มีประกันจะยอมสละหลักประกันของตน หรือในกรณีที่หลักประกันมีมูลค่าต่ำกว่ามูลหนี้ (เช่น มูลหนี้ที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องมีมูลค่ามากกว่าหลักประกันที่เจ้าหนี้พึงมี) กรณีนี้เจ้าหนี้มีประกันจะใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้ส่วนที่ขาดหายไปได้ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน ในกรณีที่หลักประกันซึ่งถูกยึดไว้มีความจำเป็นต้องขายเพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ (Going concern) หรือเพื่อการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) เจ้าหนี้ที่มีหลักประกันดังกล่าวยอมมีสิทธิในหนี้จำนวนนั้น โดยสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับการยอมรับในช่วงเวลาแรก แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นไร้ประโยชน์ ทั้งนี้อาจมีความยุ่งยากเป็นบางกรณีในการประเมินราคาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันให้ถูกต้องในช่วงเวลาของการเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการ

แม้ว่าเจ้าหนี้มีประกันจะมีความสำคัญต่อกระบวนการล้มละลาย แต่กฎหมายล้มละลายจะต้องสร้างวิธีการที่จะทำให้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันนั้นมีบุริมสิทธิลดลงหรือน้อยลง ดังนั้น จุดมุ่งหมายในการสร้างกฎหมายล้มละลายให้มีความสมดุลจึงมีความสำคัญมากกว่าการเริ่มต้นที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันแต่ฝ่ายเดียว ในขณะที่จุดประสงค์และนโยบายในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลายจะเกิดจากการมีข้อจำกัดของลำดับชั้นหรือการล้มละลายแบบลูกโซ่ ซึ่งการใช้หลักประกันในการขอเงินลงทุนในกิจการจะช่วยลดต้นทุนในการขอสินเชื่อ ดังเช่นกรณีส่วนล้าของมูลค่าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันตามราคาตลาด บุคคลใดเป็นผู้ชำระหนี้เพื่อทรัพย์สินนั้นบุคคลนั้นก็ควรเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้น หลักประกันจึงเป็นส่วนสนับสนุนให้เกิดการลดความเสี่ยงในภาคธุรกิจ ด้วยเหตุนี้ ธนาคารจะรู้สึกมั่นใจถ้ามีหลักประกันไว้ในความควบคุม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการทำโครงการขอกู้เงิน (Finance Project) ดังนั้น หลักประกันจึงเป็นการแลกเปลี่ยนอย่างเป็นทางการขอสินเชื่อ

สำหรับหลักทั่วไปที่กล่าวมาข้างต้นซึ่งกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันมีบุริมสิทธิสูงสุดในกฎหมายล้มละลายก็มีข้อยกเว้น เพราะในบางครั้งกฎหมายล้มละลายได้จัดให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ภายหลังเจ้าหนี้รายอื่นๆ เช่น หนี้ค่าจ้างแรงงานที่ค้างชำระ หนี้ภาษีอากรและหนี้ในมูลละเมิด อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าการกำหนดข้อยกเว้นในการไม่ให้บุริมสิทธิในลำดับแรก

สำหรับเจ้าหนี้มีประกันนั้นจะต้องมีข้อกำหนดที่กำหนดไว้อย่างแน่นอนเกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้คืนของเจ้าหนี้มีประกัน ดังนั้น จึงมีความพยายามที่จะให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของหนี้ไม่มีประกันและค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายให้อยู่ในลำดับถัดมา ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้มีประกันจึงมีสิทธิต่างจากเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับโดยตรงจากกระบวนการจำหน่ายทรัพย์สินสุทธิทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง และเจ้าหนี้มีประกันไม่ต้องมีส่วนร่วมในค่าใช้จ่ายทั่วไปเกี่ยวกับการล้มละลาย อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้มีประกันยังคงมีส่วนร่วมในค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลาย เช่น ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารในส่วนที่เกี่ยวกับการดูแลรักษาทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน หรือในกรณีที่ผู้แทนของลูกหนี้ที่ล้มละลายได้เสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษามูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน ด้วยเหตุนี้ จึงมีเหตุอันสมควรที่จะให้หักค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในฐานะค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารได้ ช้อยกเว้นนี้ยังมีผลไปถึงการให้บริมสิทธิกับเงินหรือหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลาย ซึ่งจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกันในบริมสิทธิใดๆ ที่จะได้รับต้องมีความชัดเจนในเวลาที่ได้รับเงินช่วยเหลือนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตั้งแต่เวลาที่มีการขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้มีประกันด้วย

ส่วนอุปสรรคสำคัญในการมีหลักประกัน คือ ข้อขัดข้องทางด้านประวัติศาสตร์ เพราะมีการนำหลักการเดิมกลับมาใช้ใหม่หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือยังคงหลักการเดิมไว้ ได้แก่ ความอคติในการปิดกั้นการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ ซึ่งถูกรบกวนโดยความคิดแบบเก่าด้วยการให้กู้ยืมเงินด้วยอัตราดอกเบี้ยสูง และการให้กู้ยืมในปัจจุบันได้แสดงออกในรูปของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือการป้องกันข้อโต้แย้งในการหลอกลวงเรื่องสินทรัพย์ เช่น ลูกหนี้มีทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองเป็นจำนวนมาก แต่เป็นเจ้าของทรัพย์สินจริงๆ มีจำนวนน้อย ด้วยเหตุนี้บ่อยครั้งที่เจอการทำบัญชีแสดงการครอบครองทรัพย์สิน (ซึ่งขาดประสิทธิภาพเพราะไม่ใช่หน่วยงานของรัฐ) หรือการจดทะเบียนอย่างเปิดเผย ทำให้เจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันจะได้รับชำระหนี้้น้อยมาก หรือแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เลยตามกระบวนการของกฎหมายล้มละลาย และด้วยเหตุนี้จึงมีลักษณะของการฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมายล้มละลาย แม้ว่าการกระทบสิทธิของเจ้าหนี้มีหลักประกันส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองลูกจ้างที่ยังไม่ได้รับค่าจ้างและคุ้มครองเจ้าหนี้อีกจำนวนหนึ่ง แต่การมีหลักประกันก็ยังกระทบต่อความปลอดภัยของธุรกรรมทางการค้าเนื่องจากความเสี่ยงในเรื่องบริมสิทธิที่เกิดขึ้น เช่น ผู้ซื้อสินค้า หรือกรณีเจ้าหนี้มีประกันสามารถทำให้กิจการต้องปิดลงด้วยการขายทรัพย์สินที่จำเป็นของกิจการนั้น เช่น โรงงาน

สำหรับกฎหมายล้มละลายไทยก็มีแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันเหมือนกับแนวความคิดข้างต้น กล่าวคือ เจ้าหนี้มีประกันเป็นเจ้าหนี้ที่มีบริมสิทธิ

สูงสุดตามกฎหมายล้มละลาย เพียงแต่กระบวนการในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันและสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่นจะแตกต่างกับหลักข้างต้นในเรื่องของข้อยกเว้นที่กำหนดให้ค่าใช้จ่ายในการบริหารหรือหนี้บางประเภทมีบุริมสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ประกัน ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ ในกรณีที่มีการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการและการช่วยเหลือดังกล่าวมีการให้หลักประกันแก่หนี้ที่เกิดขึ้น และต่อมาลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายสิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวก่อนหน้าที่จะไม่มีหลักประกันซึ่งอาจจะเป็นเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิและเมื่อมีหลักประกันแล้วทำให้เจ้าหนี้รายนั้นมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่นในการขอรับชำระหนี้ตามกระบวนการล้มละลาย ดังนั้น ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดให้ในกรณีที่มีการขอสินเชื่อที่ก่อให้เกิดภาระผูกพันในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนหรือไม่จะต่อมีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อให้เกิดการพิจารณาว่าการก่อหนี้รายใหม่นั้นจะมีผลดีแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือไม่ เพราะเมื่อใดก็ตามที่มีการก่อหนี้ขึ้น กรณีนี้ย่อมหมายความว่าเจ้าหนี้เข้ามามีส่วนร่วมในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้เพิ่มขึ้นด้วย ในขณะที่กฎหมายประเทศอังกฤษ ในกรณีที่มีการก่อหนี้ที่เป็นปกติธุระ สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้จะต้องไม่มีสิทธิดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีหลักประกันประเภท Fixed Charge แต่อาจมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันประเภท Floating Charge ได้ ทั้งนี้ หนี้ที่เกิดจากการกระทำของ Administrator ซึ่ง Insolvency Act 1986 จึงได้ให้อำนาจของ Administrator ไว้เช่นเดียวกับ อำนาจของ Administrative Receiver คือ มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้แทนเจ้าหนี้มีประกันตามที่กำหนดไว้ใน Schedule 1 จะมีสิทธิดีกว่า สำหรับอำนาจของ Administrator ที่ปรากฏอยู่ใน Schedule 1 มีอยู่หลายกรณี แต่กรณีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ อำนาจในการรวบรวมหรือกู้ยืมเงินและการให้หลักประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ (Power to raise or borrow money and grant security therefor over the property of the company)*

กฎหมายจึงให้อำนาจ Administrator ในการก่อหนี้ในระหว่างดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ เช่น การหาแหล่งเงินทุนเพื่อใช้ในกิจการ โดยหนี้หรือความรับผิดที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยสัญญาที่ได้รับการรับรองโดย Administrator ซึ่งเกิดจากการที่ Administrator ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายถือเป็นหนี้บุริมสิทธิเหนือหนี้ที่มีหลักประกัน** กล่าวคือ ภายใต้การฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษการให้เงินกู้ยืมแก่ Administrator จะได้รับบุริมสิทธิสูงสุด (Super-priority) ในทรัพย์สินที่ยังไม่มีภาระผูกพันในลำดับที่เท่ากับคำสั่งอื่น ๆ ที่มี

* Schedule 1, 3

** หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดบุริมสิทธิในมูลหนี้ที่ Administrator ก่อขึ้นในระหว่างการฟื้นฟูกิจการปรากฏใน Insolvency Act section 19 (4) และ section 19 (5)

ผลผูกพันภายหลังการฟื้นฟูกิจการและการยอมรับสัญญาจ้างโดย Administrator จะมีฐานะอยู่เหนือค่าตอบแทนของ Administrator* แต่เป็นไปไม่ได้ที่การให้กู้ยืมเงินใหม่จะมีบุริมสิทธิสูงสุดอยู่เหนือเจ้าหนี้มีประกันเดิม เว้นแต่ในกรณีของเจ้าหนี้มีประกันประเภท Floating charge ถ้าผู้ทรงสิทธิไม่ใช้อำนาจของตนคัดค้านกระบวนการฟื้นฟูกิจการ การขอให้มีบุริมสิทธิในหนี้กู้ยืมใหม่จะอยู่ภายใต้หน้าที่ของ Administrator ที่จะเสนอต่อเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่และจะต้องมีการยื่นคำร้องขอว่าไม่เป็นการทำให้เสื่อมเสียสิทธิอย่างไม่เป็นธรรม (unfair prejudice) ตามมาตรา 27 แห่ง Insolvency Act 1986

5.1.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลาย

เจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลาย คือ เจ้าหนี้บุริมสิทธิอีกประเภทหนึ่งที่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นลำดับรองภายหลังจากเจ้าหนี้ที่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแล้วจากกองทรัพย์สินของลูกค้าหนี้ ซึ่งโดยหลักก็คือเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้เจ้าหนี้ในลำดับนี้จะประกอบด้วย

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

สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกรณีของเจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลาย (Expenses of the insolvency proceeding) ซึ่งในขั้นนี้จะรวมถึงค่าตอบแทนของผู้บริหารตามกระบวนการล้มละลาย ค่าทนายความ ค่าบำเหน็จของตัวแทน ค่าบำเหน็จของผู้ขายทอดตลาดและค่าจ้างแรงงาน ค่าใช้จ่ายในด้านสาธารณูปโภคของอาคารและค่าประกันภัย ค่าใช้จ่ายในการฝากและจำหน่ายสินค้า ค่าจ้างตามสัญญาของผู้ชำระบัญชี ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี ในประเทศอังกฤษค่าใช้จ่ายต่างๆ เหล่านี้จะแบ่งเป็น 16 อันดับ ตามที่บัญญัติไว้ใน Insolvency Act 1986 ss 115**, 116; IR 1986 , r 4.218 ในขณะที่กฎหมายของ

* Insolvency Act 1986 s.19

** section 115 All expenses properly incurred in the winding up, including the remuneration of the liquidator, are payable out of the company's assets in priority to all other claims.

ประเทศสหรัฐอเมริกาจะแบ่งประเภทของค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารออกเป็น 6 อันดับ ตามที่บัญญัติไว้ใน Bankruptcy Code 1978 ss 507, 726. คือ ค่าใช้จ่ายตามกระบวนการล้มละลายจะต้องมาเป็นอันดับหนึ่ง เพราะผู้บริหารลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่ได้ทำงานโดยไม่หวังผลตอบแทน และการบริหารจัดการผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจากความแน่ใจว่าผู้บริหารจะได้รับค่าตอบแทนจากการบริหารกิจการนั้น ซึ่งแตกต่างจากการกำหนดให้ค่าใช้จ่ายของรัฐบาลที่เกิดขึ้นในรูปของภาษีอากรได้รับบุริมสิทธิในกระบวนการล้มละลาย เพราะค่าใช้จ่ายเหล่านี้จะเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการธุรกิจและการดำเนินกระบวนการล้มละลายให้เป็นผลสำเร็จ และบ่อยครั้งที่บุริมสิทธินี้ได้ขยายสิทธิให้กว้างออกไปรวมถึงสัญญาที่ก่อขึ้นภายหลังการฟื้นฟูกิจการด้วย เพราะมีลักษณะและวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกับกรณีของค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย กล่าวคือ เป็นค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการและเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกรายที่อยู่ในกระบวนการ ซึ่งค่าใช้จ่ายของกระบวนการล้มละลายนี้จะได้รับบุริมสิทธิในฐานะหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารซึ่งมีฐานะเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันและจะได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากหนี้ประเภทอื่นๆ คือ มีการรับรองว่าหนี้ดังกล่าวจะได้รับชำระคืนให้แก่ฝ่ายที่ได้ออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายไป ซึ่งกรณีนี้จะได้รับชำระหนี้คืนในฐานะเจ้าหนี้บุริมสิทธิประเภทเจ้าหนี้เพื่อการบริหาร (Administrative creditors)

อย่างไรก็ดี ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารมีส่วนสำคัญยิ่งที่จะกระทบกระเทือนมูลค่าทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย ในขณะที่การให้สิทธิเพิ่มขึ้นในหนี้ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการกำหนดรูปแบบของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น วิธีการพิจารณาที่จะให้ค่าใช้จ่ายใดได้รับสิทธิเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารในจำนวนที่น้อยที่สุดได้เป็นสิ่งสมควรกระทำ ส่วนสิ่งที่กฎหมายล้มละลายควรจัดให้มี คือ การกำหนดให้มีความแน่นอนแต่มีขอบเขตที่ยืดหยุ่นได้เกี่ยวกับการอนุญาตให้ค่าใช้จ่ายใดเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ทั้งนี้ ขอบเขตดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย การอนุญาตให้ค่าใช้จ่ายที่มีขึ้นเพื่อเพิ่มมูลค่าของกองทรัพย์สินและเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกคน หรือไม่จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายที่มีเหตุผลและความจำเป็นเท่านั้น แต่ต้องหมายรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการดำเนินการตามกระบวนการล้มละลายด้วย สำหรับค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นจะประเมินจากการอ้างอิงจากจำนวนทรัพย์สินที่มีอยู่ในกระบวนการล้มละลายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการมีค่าใช้จ่ายนั้นเกิดขึ้น

วิธีการที่ใช้ในการประเมินค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นมีความแตกต่างกัน สำหรับวิธีแรกคือ การร้องขออำนาจศาลก่อนที่จะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายนั้นขึ้น หรือการขออำนาจศาลในการก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่นอกเหนือจากกรอบของการทำธุรกิจโดยปกติ ส่วนวิธีการที่สองคือ

การจัดให้มีการประเมินค่าใช้จ่ายจากบรรดาเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อสร้างความโปร่งใสให้เกิดกับกระบวนการ สำหรับวิธีการนี้ จะใช้ศาลเป็นที่พึ่งเฉพาะกรณีที่มีเจ้าหนี้ไม่เห็นชอบในการประเมินนั้น หรืออีกความหมายหนึ่ง คือ จะมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเฉพาะกรณีที่ยังมีเจ้าหนี้โต้แย้งเท่านั้น เพื่อให้ศาลเป็นผู้พิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

บ่อยครั้งที่กฎหมายล้มละลายยอมรับว่าต้องมีการให้บุริมสิทธิแก่จำนวนหนี้ที่แน่นอน (โดยมากเป็นหนี้ไม่มีหลักประกัน) ซึ่งเป็นหนี้ที่จะได้รับบุริมสิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ เช่น เจ้าหนี้ไม่มีประกันซึ่งไม่มีบุริมสิทธิในหนี้ดังกล่าว (หรือมีบุริมสิทธิเพียงบางส่วน) การให้บุริมสิทธิเหล่านี้ล้วนส่งผลกระทบต่อหลักการได้รับชำระหนี้คืนในอัตราส่วนที่เป็นธรรม (pari passu) และโดยหลักการ การให้สิทธิเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน กล่าวคือ จะเป็นการลดจำนวนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะแบ่งสรรให้กับเจ้าหนี้ที่เหลืออยู่ในกระบวนการ ดังนั้น เจ้าหนี้ที่ได้รับผลกระทบจากการมีเจ้าหนี้บุริมสิทธิย่อมมีความกระตือรือร้นในการตรวจสอบการอ้างถึงจำนวนหนี้ที่จะได้บุริมสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่น

วิธีการที่แตกต่างกันถูกนำมาใช้ตามประเภทของหนี้ ประเทศต่างๆ จะมีการกำหนดประเภทของบุริมสิทธิที่แตกต่างกัน แต่การให้บุริมสิทธิสองประเภทที่ใช้กันอย่างแพร่หลายกรณีแรก คือ การให้บุริมสิทธิในเงินเดือนของลูกจ้างและผลประโยชน์อื่นๆ (เช่น ประกันสังคมและสิทธิเรียกร้องในเงินบำนาญ) โดยทั่วไปการให้บุริมสิทธิแก่หนี้ประเภทนี้เพราะต้องการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ คือ เพื่อช่วยให้ลูกจ้างอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ที่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันของกฎหมายล้มละลาย ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือ หนี้เกี่ยวกับภาษีอากรของรัฐ การให้บุริมสิทธิในหนี้ภาษีอากรสามารถประนีประนอมกับการบังคับใช้กฎหมายภาษี ทั้งนี้ การสร้างรูปแบบในการให้ความช่วยเหลือสำหรับผลประโยชน์ของรัฐ เช่น หนี้ภาษีจะทำลายหลักเกณฑ์การชำระหนี้ที่มีอยู่และส่งผลกระทบต่อหลักล้มละลายในการให้บุริมสิทธิเพื่อสนับสนุนผลประโยชน์ของรัฐโดยเฉพาะ

สำหรับกฎหมายล้มละลายยุคใหม่จะมีลักษณะสำคัญในเรื่องการลดจำนวนประเภทของการให้บุริมสิทธิ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเปลี่ยนแปลงการยอมรับของเจ้าหนี้ทั้งหมดในการปฏิบัติต่อบุริมสิทธิเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศกลับมีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนประเภทของหนี้ที่จะได้รับบุริมสิทธิให้มากขึ้น ในการรักษาไว้ซึ่งจำนวนของประเภทบุริมสิทธิที่แตกต่างกันสำหรับหนี้ประเภทต่างๆ เท่าที่มีอยู่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในการพิจารณาวัตถุประสงค์พื้นฐานของกระบวนการล้มละลาย และความยุ่งยากในการสร้างกระบวนการที่มีประสิทธิภาพให้บังเกิดผล เนื่องจากหลักดังกล่าวได้สร้างความไม่เท่าเทียมกันให้แก่เจ้าหนี้ และในกระบวนการ

พื้นฟูกิจการก็ได้สร้างความยุ่งยากในการเตรียมแผนฟื้นฟูกิจการ นอกเหนือจากนี้ ยังต้องคำนึงอยู่เสมอว่าการให้บุริมสิทธิเป็นการเพิ่มขึ้นของจำนวนหนี้ เพราะเจ้าหนี้อุบัติสิทธิมิได้ทำให้จำนวนทรัพย์สินทั้งหมดที่มีอยู่สำหรับเจ้าหนี้เพิ่มจำนวนขึ้น แต่เป็นเพียงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้กลุ่มหนึ่งซึ่งเจ้าหนี้กลุ่มอื่นต้องถือเป็นค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นกับพวกเขา จำนวนประเภทของบุริมสิทธิที่มากขึ้น ก่อให้เกิดโอกาสที่เจ้าหนี้ประเภทอื่นต้องการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติที่ดีขึ้นเหมือนกับการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อุบัติสิทธิ และท้ายที่สุดอาจทำให้มีเจ้าหนี้จำนวนมากได้รับการดูแลในฐานะเจ้าหนี้อุบัติสิทธิ ในขณะที่ผลประโยชน์ซึ่งตกอยู่กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้กลับต้องลดจำนวนลงหรือหมดไป

แต่บุริมสิทธิบางประเภทก็เป็นเรื่องที่ดีที่จะกำหนดให้สิทธินั้นอยู่นอกเหนือกระบวนการของกฎหมายล้มละลายมากกว่าที่จะกำหนดให้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายล้มละลาย ทั้งนี้ เพื่อความสำเร็จในการบรรลุวัตถุประสงค์ของสังคม ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาเรื่องนี้และการมีหนี้สินส่วนตัว ในกรณีที่มีหลักเรื่องบุริมสิทธิรวมอยู่ในกฎหมายล้มละลายหรือการให้บุริมสิทธิตามกฎหมายอื่นอันจะส่งผลกระทบต่อการจัดการตามกฎหมายล้มละลายนั้น มีประเด็นให้พิจารณาว่าบุริมสิทธิเหล่านั้นจะต้องมีลักษณะที่ชี้ให้เห็นถึงความชัดเจน หรือมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลาย การกระทำดังกล่าวจะช่วยให้แน่ใจได้ว่าหลักเกณฑ์การให้บุริมสิทธิอย่างน้อยที่สุดยังมีความแน่นอน โปร่งใส และเป็นที่คาดหมายได้ว่าจะมีผลกระทบต่อสถานะของเจ้าหนี้อย่างไรบ้าง อีกทั้งยังช่วยผู้ให้กู้ยืมเงินใช้เป็นหลักในการประเมินความเสี่ยงที่พวกเขาจะได้รับจากการให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง

5.1.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือระหว่างพื้นฟูกิจการ

เนื่องจากหลักเรื่องบุริมสิทธิเป็นเรื่องของการให้เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งมีสิทธิในการขอรับชำระหนี้ดีกว่าเจ้าหนี้รายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เพราะเจ้าหนี้ไม่มีประกันมีโอกาสน้อยมากที่จะได้รับชำระหนี้ หรือแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เลย ในขณะที่การให้บุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งย่อมเป็นการทำให้กองทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมของลูกหนี้ลดน้อยลงหรือหมดไป แต่ในเรื่องของการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างพื้นฟูกิจการเป็นเรื่องการทำให้มูลค่าของกองทรัพย์สินที่มีอยู่เดิมเพิ่มขึ้นแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีลักษณะแตกต่างจากการให้บุริมสิทธิในกรณีอื่นๆ เช่น หนี้ภาษี หรือหนี้ค่าจ้างแรงงานที่ค้างจ่าย เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการให้สิทธิในการชำระหนี้ที่ดีกว่าบุคคลอื่นในกองทรัพย์สินเดิม โดยมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์เพิ่มขึ้นแก่กองทรัพย์สิน ดังนั้น ในขณะที่การให้บุริมสิทธิแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างการฟื้นฟูกิจการมิใช่การกระทำที่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการ

พื้นฟูกิจการตามหลักเรื่องบุริมสิทธิข้างต้น เพราะกรณีดังกล่าวเจ้าหนี้ผู้ให้ความช่วยเหลือมิได้เข้ามาขอรับชำระหนี้โดยอ้างสิทธิที่ดีกว่าเจ้าหนี้เดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการในกองทรัพย์สินเดิม เนื่องจากเจ้าหนี้รายใหม่นี้ได้ให้เงินหรือสินเชื่อทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่กำลังฟื้นฟูกิจการ เพื่อก่อให้เกิดมูลค่าที่เพิ่มขึ้นแก่กองทรัพย์สินและเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการเป็นไปตามที่กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่การฟื้นฟูกิจการ จึงสมควรที่จะได้รับบุริมสิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนก่อนเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การได้รับสิทธิในการชำระหนี้คืนต้องมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้เดิมไม่มีประกันเดิม ในขณะเดียวกันหลักในการให้บุริมสิทธิได้ กำหนดว่า สิทธิเรียกร้องใดได้รับการปฏิบัติที่เหนือกว่าสิทธิเรียกร้องอื่น การก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องนั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างหลักเกณฑ์ที่แน่นอนให้กับบุคคลที่จะก่อหนี้ขึ้นให้สามารถคาดหมายได้ว่าสิทธิตามกฎหมายที่พึงได้รับจะอยู่ในฐานะใด ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้อง ก็สามารถคาดหมายได้ว่าตนจะได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการก่อหนี้ดังกล่าวอย่างไรด้วย

นอกจากนี้ การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างการฟื้นฟูกิจการก็ได้ขัดกับหลักล้มละลายในเรื่องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันแต่อย่างใด เพราะหลักดังกล่าวกำหนดว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการเป็นการก่อหนี้ภายหลังที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการทางศาลแล้ว และเจ้าหนี้ดังกล่าวก็มีไซ้เจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น การจะจงใจให้บุคคลใดเข้ามาช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการ ทั้งๆ ที่การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ก็มีความเสี่ยงอยู่แล้ว ดังนั้น การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการย่อมมีความเสี่ยงสูงในการได้รับชำระหนี้คืนมากกว่ากรณีของการให้เงินหรือสินเชื่อทางการเงินในการทำธุรกิจโดยปกติ และโดยหลักในการทำธุรกิจเมื่อมีความเสี่ยงสูง ผลตอบแทนที่ได้รับก็ต้องสูงตามด้วย (High risk high return) ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดให้สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่นี้มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ แต่ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น การก่อหนี้ขึ้นในระหว่างที่ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการจึงมีเงื่อนไขและสถานะที่แตกต่างจากการก่อหนี้ของเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการ เพราะความเสี่ยงที่จะได้รับชำระหนี้คืนของเจ้าหนี้รายใหม่นี้มีมากกว่าเจ้าหนี้เดิม เนื่องจากเจ้าหนี้เดิมโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้ไม่มีประกันแทบจะไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เลยหากลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จ ดังนั้นการเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ด้วยการก่อหนี้ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ ย่อมเป็นการเพิ่มโอกาสให้กับเจ้าหนี้รายอื่นๆ ของกองทรัพย์สินที่จะได้รับชำระหนี้มากขึ้นกว่าการที่จะให้กิจการของลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะให้มีการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้

ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นไปตามหลักเรื่องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน เพราะสิทธิที่แตกต่างกัน กฎหมายก็ต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันด้วย เพราะการก่อกำหนดใหม่เป็นการก่อกำหนดเพื่อประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการ และเป็นการก่อกำหนดที่มีความเสี่ยงมากกว่ากรณีปกติ เนื่องจากลูกหนี้อยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแตกต่างจากการก่อกำหนดของเจ้าหนี้แต่ละรายที่มีอยู่เดิมที่ก่อกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของตนและเป็นการก่อกำหนดในขณะที่ลูกหนี้ยังดำเนินธุรกิจโดยปกติ ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงกำหนดให้สิทธิในการขอรับชำระหนี้คืนของเจ้าหนี้รายใหม่นี้มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้เดิม เพราะลักษณะในการก่อกำหนดและวัตถุประสงค์ในการก่อกำหนดมีความแตกต่างกัน การปฏิบัติต่อสิทธิดังกล่าวจึงต้องแตกต่างกันด้วย

แต่ในกรณีที่ไม่สามารถหาเงินสดหรือสินเชื่อรายใหม่ในระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการได้ด้วยการให้บูรณสิทธิในหนี้ดังกล่าวกรณีมีปัญหาว่า การให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือรายใหม่ด้วยการกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้หลักประกัน การให้สิทธิเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมเป็นอย่างมาก แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวขึ้นไม่ได้ แต่การบัญญัติกฎหมายควรกำหนดให้เกิดผลกระทบต่อเจ้าหนี้มีประกันให้น้อยที่สุด และต้องเป็นกรณีที่จำเป็นอย่างมากเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าว และการให้สิทธิเช่นนี้จะกระทำต่อเมื่อเจ้าหนี้มีประกันเดิมให้ความยินยอมหรือมีข้อตกลงเป็นหนังสือในการยอมรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้น หรือโดยคำสั่งศาลภายหลังจากที่มีการตรวจสอบและพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมอย่างระมัดระวัง ในการให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้รายใหม่นี้สามารถจัดให้มีได้ทั้งในทรัพย์สินที่ยังไม่มีภาระผูกพันและทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันแล้ว แต่กรณีของการให้หลักประกันโดยทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายจะต้องจัดให้มีการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิม และการก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน

กล่าวโดยสรุป สิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการโดยหลักพื้นฐานจะต้องมีบูรณสิทธิในหนี้ดังกล่าว เช่น บูรณสิทธิในด้านการบริหาร หรือบูรณสิทธิในค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร เพื่อสร้างแรงจูงใจให้แก่บุคคลที่จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ แต่ในกรณีที่ไม่สามารถหาสินเชื่อทางการค้าหรือเงินสดได้ด้วยวิธีการให้บูรณสิทธิ กรณีนี้ได้มีแนวความคิดที่จะให้การก่อกำหนดดังกล่าวได้รับบูรณสิทธิในฐานะเป็นหนี้หลักประกัน ซึ่งมีรายละเอียดและเงื่อนไขในการพิจารณาที่ซับซ้อนมากกว่าการอนุญาตให้ก่อกำหนดด้วยการให้บูรณสิทธิแบบธรรมดา เนื่องจากก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิมเป็นอย่างมาก กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่สิทธิของเจ้าหนี้มี

ประกันเดิม และในการให้สิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่จะต้องเป็นจำนวนมากที่ไม่สามารถหาวิธีการอื่นใดที่จะให้ได้มาซึ่งความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการแล้ว

สำหรับกฎหมายฟื้นฟูกิจการไทยได้กำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในการฟื้นฟูกิจการมีสิทธิขอรับชำระหนี้เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในฐานะเจ้าหนี้บุริมสิทธิในลำดับเดียวกับหนี้ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90/77 วรรคสาม ประกอบกับมาตรา 130 (2) แต่กฎหมายฟื้นฟูกิจการมิได้มีหลักเกณฑ์หรือทางเลือกกำหนดให้หนี้ที่เกิดจากการให้ความช่วยเหลือได้รับสิทธิขอรับชำระหนี้ในลำดับเดียวกับเจ้าหนี้มีประกันหรือมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ในค่าใช้จ่ายเพื่อกระบวนการล้มละลายดังเช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษหรือกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

5.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการก่อก่อนนี้เพื่อการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการย่อมหมายความว่าลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินอย่างที่ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยตัวเองอีกต่อไป ดังนั้น หลักสากลที่ทุกประเทศนำมาใช้คือ การให้อำนาจลูกหนี้หรือผู้บริหารจัดการทรัพย์สินมีอำนาจในการก่อก่อนนี้เพื่อให้ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินตามปกติต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจในการก่อก่อนนี้ดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะการก่อก่อนนี้เพื่อให้ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ตามปกติเท่านั้น แต่ในกรณีที่มีการก่อก่อนนี้ที่ไม่ใช่กรณีปกติหรือมีการก่อก่อนนี้ที่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิเจ้าหนี้มีหลักประกันหรือเจ้าหนี้รายอื่นเป็นอย่างมาก กรณีนี้จะต้องจัดให้มีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสียเพื่อให้มีโอกาสคัดค้านการก่อก่อนนี้ดังกล่าว (Notice and hearing) ซึ่งกรณีนี้ศาลควรจะเข้ามาเกี่ยวข้องของเฉพาะกรณีที่มีการเท่านั้น เพราะถ้าไม่มีผู้ใดคัดค้านแสดงว่าผู้มีส่วนได้เสียยอมรับผลที่จะเกิดขึ้นจากการก่อก่อนนี้ดังกล่าวแล้ว ศาลจึงไม่ควรเข้าไปก้าวก้าวการตัดสินใจของผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าว เพราะการทำธุรกิจศาลอาจไม่มีความรู้ดีไปกว่าบุคคลที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียและศาลก็ไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในธุรกิจนั้น ทั้งนี้ ในการก่อก่อนนี้สำหรับกฎหมายฟื้นฟูกิจการไทยกำหนดให้ต้องเป็นการก่อก่อนนี้เพื่อการดำเนินธุรกิจโดยปกติเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดอำนาจในการก่อก่อนนี้ตามมาตรา 90/12 (9) ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติที่กำหนดการขอสินเชื่อไว้หลายกรณีไม่ว่าจะเป็นการก่อก่อนนี้เพื่อการดำเนินธุรกิจโดยปกติ ซึ่ง Trustee สามารถมีอำนาจก่อก่อนนี้ได้เองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าหนี้รายอื่น หรือได้รับอนุญาตจากศาลตามมาตรา 364 (a) แห่ง Bankruptcy Code และหนี้ที่เกิดขึ้นจะได้รับบุริมสิทธิในฐานะเป็นหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร ในขณะที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจผู้ทำแผนหรือบุคคลใดที่จะก่อก่อนนี้ได้โดยการให้บุริมสิทธิในทันที เพราะกฎหมาย

มาตรา 90/77 วรรคสามมีการบัญญัติถ้อยคำว่า "ตามแผน" ไว้ ทำให้เกิดปัญหาในการให้กู้ยืมเงิน หรือการให้สินเชื่อว่าจะต้องรอให้มีแผนฟื้นฟูกิจการก่อนหรือไม่

ในกรณีที่ลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จและต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย สิทธิของเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการและสิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการ จะได้รับชำระหนี้ตามลำดับการแบ่งในคดีล้มละลาย ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 130* ได้จัดลำดับการชำระหนี้ไว้เป็น 6 ลำดับ ทั้งนี้ ในกรณีของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่าง ฟื้นฟูกิจการกรณีของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 90/77 วรรคสาม ประกอบ กล่าวคือ หนี้ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผน ชั่วคราวก่อขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้จัดอยู่ในลำดับเดียวกับ ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) เนื่องจากมาตราดังกล่าวบัญญัติคำว่า "ก่อขึ้นตามแผนไว้" ทำให้เกิดปัญหาในการตีความ กฎหมายออกเป็น 2 แนวทางดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งในเรื่องเดียวกันนี้ กฎหมายของ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องการฟื้นฟูกิจการไว้ใน Chapter 11 ส่วนการใช้อำนาจของ Trustee ในการบริหารจัดการทรัพย์สินและอำนาจในการขอสินเชื่อจะปรากฏอยู่ในมาตรา 363 และมาตรา 364 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจการบริหารส่วนกลางของ Trustee ซึ่งอำนาจ ดังกล่าวคือ อำนาจในการจัดการกองทรัพย์สินและการทำธุรกรรมขอสินเชื่อในนามของ กองทรัพย์สิน ทั้งสองมาตรานี้เป็นส่วนหนึ่งของ Chapter 3 ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้กับทุกคดีไม่ว่า จะเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ Chapter 7, 11, 12 หรือ 13 แต่อำนาจดังกล่าวไม่ได้มีส่วนสำคัญเท่ากัน

* มาตรา 130 บัญญัติว่าบัญญัติว่า ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้นั้น ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สิน ตามลำดับดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าปลงศพลูกหนี้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป
- (4) ค่าธรรมเนียมในการรวบรวมทรัพย์สินตามมาตรา 179 (3)
- (5) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความตามที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กำหนด
- (6) ค่าภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ และ เงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ได้ทำให้ลูกหนี้ ซึ่งเป็นนายจ้างตามมาตรา 257 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และ ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้นได้รับเฉลี่ยตามส่วน

ในทุกคดี แม้ว่าจะมีวิธีการใช้ที่เหมือนกันหรือมีขอบเขตที่เหมือนกันในคดีที่แตกต่างกันตามกฎหมายล้มละลาย เพราะโดยหลักทั่วไป การขายทรัพย์สินของ Trustee ดูเหมือนจะมีจำนวนมาก ในกรณีของ Chapter 7 ในขณะที่ความสามารถในการทำสัญญาเช่าซื้อ (leasing) การใช้ทรัพย์สิน และการได้รับสินเชื่อน่าจะมีบทบาทที่สำคัญมากกว่าในกรณีของการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น อำนาจต่างๆ นี้จะนำไปใช้ได้อย่างกว้างขวางในธุรกิจที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวตาม Chapter 11 มากกว่ากรณีของคดีผู้บริโภคตาม Chapter 13

ทั้งนี้ มาตรา 363 และ มาตรา 364 มีความมุ่งหมายที่จะให้ Trustee มีอำนาจในการดำเนินกิจการต่างๆ ในกองทรัพย์สินให้เกิดประโยชน์ที่ดีที่สุด แม้ว่ากรณีดังกล่าวจะรวมไปถึงการชำระบัญชีตาม Chapter 7 และการจัดการธุรกิจหรือกิจการของลูกหนี้ใน Chapter 11 ก็ตาม (และบางกรณีก็ขยายไปถึง Chapter 12) ถึงแม้บทบาทนี้จะคล้ายกับอำนาจหน้าที่ของ Trustee ในกรณีอื่นๆ ที่กระทำโดยลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินกิจการเอง แต่กรณีนี้จะมีผลแตกต่างกัน ถ้า Trustee เป็นผู้บริหารทรัพย์สินเพราะ Trustee จะไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรืออีกนัยหนึ่งคือ Trustee ไม่มีผลประโยชน์ได้เสียในกิจการนั้น ดังนั้น การจัดการทรัพย์สินที่สำคัญโดยลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินกิจการเองจะต้องให้ความสนใจในการตรวจสอบอย่างใกล้ชิดจากเจ้าหนี้และศาล

นอกจากนี้ มาตรา 363 และ มาตรา 364 ได้จำแนกการกระทำที่เป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้และการกระทำที่นอกเหนือการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ ซึ่ง Trustee จะมีดุลพินิจอย่างมากในการทำธุรกรรมที่เป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติและการดำเนินการทั่วไป เช่น ธุรกรรมที่ทำเป็นประจำในแต่ละวัน (Routine) ในกิจการ ซึ่งไม่ต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากศาล อย่างไรก็ตาม ธุรกรรมที่เป็นกรณีพิเศษจะสามารถดำเนินการได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจของศาลเท่านั้น ภายหลังจากที่ได้มีการแจ้งไปยังเจ้าหนี้และคู่กรณีอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและมีการพิจารณาคดีโดยศาลแล้ว การแจ้งและการพิจารณาคดีของศาลปรากฏคำนิยามอยู่ในมาตรา 102 ซึ่งมีความหมายว่า การแจ้งที่ถูกต้องจะต้องแจ้งไปยังคู่กรณีทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสีย แต่การพิจารณาคดีของศาลอาจไม่จำเป็นต้องมี เว้นแต่คู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียจะร้องขอให้ศาลพิจารณาคดี ดังนั้น เมื่อคู่กรณีที่มีส่วนได้เสียได้รับการแจ้งถึงคำร้องขอดังกล่าวและผู้มีส่วนได้เสียมิได้คัดค้านภายในกำหนด Trustee ก็สามารถกระทำการได้โดยพลันและไม่ถูกรบกวนโดยการพิจารณาคดีของศาล

อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 363 จะให้อำนาจ Trustee ในการบริหารจัดการทรัพย์สิน แต่ก็มีหลักเกณฑ์บางอย่างที่ใช้ในการควบคุมอำนาจของ Trustee ตลอดจนมีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของ Trustee เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้และคู่กรณีอื่นๆ ที่ผลประโยชน์ของเขาจะ

ได้รับผลกระทบจากการกระทำของ Trustee ซึ่งมาตรา 363 ได้รวบรวมการกระทำที่มีลักษณะกว้างๆ ในการจัดการทรัพย์สิน การใช้ทรัพย์สินที่มีอยู่ อสังหาริมทรัพย์ และการจัดกิจการของลูกหนี้ในแต่ละวัน

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาตรา 363 จะเป็นการสร้างหลักการจำแนกชั้นพื้นฐานระหว่างธุรกรรมปกติของการดำเนินธุรกิจ ซึ่งอยู่ภายใต้การใช้ดุลพินิจของ Trustee ในการบริหารจัดการ ในขณะที่ธุรกรรมนอกเหนือการดำเนินธุรกิจโดยปกติ จะต้องมีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสีย และหากมีการร้องขอของผู้มีส่วนได้เสียให้มีการพิจารณาคดี ก็จะต้องมีการพิจารณาคดีและมีคำสั่งศาล สำหรับแนวความคิดที่อยู่เบื้องหลังการจำแนกประเภทธุรกรรมคือ Trustee ควรมีอำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจในแต่ละวันโดยถูกรบกวนหรือถูกแทรกแซงให้น้อยที่สุด แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการอนุญาตให้ Trustee เข้าทำธุรกรรมที่นอกเหนือการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ โดยปราศจากการแจ้งไปยังเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ และถ้าจำเป็นศาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาความถูกต้องเหมาะสม

ในกรณีของการชำระบัญชี ผลจะตรงข้ามกับกรณีข้างต้น เพราะ Chapter 7 เล็งเห็นว่า การชำระบัญชีเป็นเรื่องเร่งด่วนของกองทรัพย์สิน ส่วนการดำเนินธุรกิจต่อของลูกหนี้ไม่ใช่เรื่องที่ต้องให้ความสำคัญอีกต่อไป ซึ่งมาตรา 721 ต้องการให้ศาลเห็นชอบในการดำเนินธุรกิจใดๆ ของ Trustee และการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลเห็นชอบในการดำเนินธุรกิจนี้จะต้องมีกำหนดระยะเวลาในการอนุญาตและขึ้นอยู่กับ การแสดงข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นว่าการดำเนินธุรกิจต่อจะเป็นประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับกองทรัพย์สินและมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบังคับให้ชำระบัญชีเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ในกรณีของ Chapter 7 จึงไม่อาจมีการดำเนินธุรกิจโดยปกติโดยปราศจากการแจ้งเป็นหนังสือและการพิจารณาคดีของศาลภายใต้มาตรา 363 (c) (1) ได้ เว้นแต่การดำเนินธุรกิจนั้นจะได้รับอำนาจจากศาลก่อนตามมาตรา 721 หรืออีกนัยหนึ่ง คือ เว้นแต่ลูกหนี้จะเป็นผู้ดำเนินธุรกิจอยู่ในเวลาที่มีการยื่นคำร้องขอและการดำเนินธุรกิจต่อนั้นได้รับอนุญาตจากศาลภายใต้บทบัญญัติที่มีการยื่นคำร้องนั้น ทั้งนี้จะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือและการพิจารณาคดีของศาลในกรณีที่มีการใช้ ขาย หรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม ในกรณีที่การดำเนินการต่อในธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้เป็นกรณีที่มีอำนาจกระทำได้ ธุรกรรมต่างๆ จะอยู่ในขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของ Trustee แต่ถ้าธุรกรรมใดเกี่ยวข้องกับการใช้ ขาย หรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมิใช่กรณีปกติ กรณีดังกล่าวจะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือและการพิจารณาคดีโดยศาลก่อน

เพื่อจะได้อยู่ว่ากรณีใดบ้างที่จะต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้เกี่ยวข้อง Trustee จะต้องตัดสินใจว่าธุรกรรมใดที่เหมาะสมภายในขอบเขตของการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ ในบางเหตุการณ์ปัญหานี้มันไม่ยากนักที่จะพิจารณาว่าจำเป็นต้องมีการแจ้งเป็นหนังสือหรือไม่ เช่น ในกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้เป็นการขายสินค้าในราคาปลีก การขายสินค้าในแต่ละวันให้แก่ลูกค้า เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติ แต่การขายสินค้าของลูกหนี้ทั้งหมดหรือการขายกิจการสาขาใดสาขาหนึ่งของลูกหนี้ กรณีนี้จะไม่ใช่การดำเนินธุรกิจโดยปกติแล้ว ในกรณีที่ยังมีข้อสงสัยอยู่ การตัดสินใจว่าลักษณะใดเป็นการดำเนินธุรกิจโดยปกติหรือไม่ กรณีนี้ยังเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งหมดของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น

จากการบัญญัติกฎหมายมาตรา 90/77 วรรคสาม ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เป็นอย่างมากเพราะกฎหมายมีการตีความออกเป็น 2 ความเห็น ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความไม่แน่ใจว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ อย่างไร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายควรแก้ไขมาตรานี้ให้มีความชัดเจน คือ ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนหรือผู้บริหารแผนก่อนขึ้นก็ต้องได้รับอนุมัติ โดยตัดคำว่า "ตามแผน" ที่ จะได้ไม่เกิดปัญหาต้องมาตีความกฎหมาย เพราะถ้ามันดังกล่าวก่อนขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ นั้นมันไม่ว่าจะก่อนขึ้นเมื่อใดก็ต้องได้รับอนุมัติทั้งหมด

สำหรับการขอสินเชื่อตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา ปากกฎหมายหลักเกณฑ์อยู่ในมาตรา 364 ซึ่งเป็นเรื่องการขอสินเชื่อให้แก่กองทรัพย์สินภายหลังที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้ว ธุรกรรมดังกล่าวจะทำให้กองทรัพย์สินมีฐานะเป็นลูกหนี้ และการชำระหนี้คืนเป็นหน้าที่ของกองทรัพย์สิน ในกรณีของการยื่นคำร้องขอตาม Chapter 7 กองทรัพย์สินไม่ค่อยมีความจำเป็นที่จะขอกู้ยืมเงิน อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้ที่ดำเนินธุรกิจภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการซึ่งพยายามจัดการและฟื้นฟูธุรกิจของตัวเองมีความจำเป็นบ่อยครั้งที่ต้องการสินเชื่อเพื่อสนับสนุนการฟื้นฟูกิจการของตน ในบางกรณีการเงินเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้กิจการของลูกหนี้ดำรงอยู่ได้และประสบความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ สำหรับการขอสินเชื่อ ลูกหนี้จำเป็นต้องสร้างความมั่นใจให้แก่นักวิเคราะห์ฐานะทางการเงินว่า กิจการของลูกหนี้มีความเป็นไปได้สูงที่จะประสบความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความเสี่ยงที่ลูกหนี้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาทางการเงินเดิมของตัวเองได้ ผู้ให้กู้ยืมเงินภายหลังการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจึงต้องการหลักประกันบางประเภทหรือการให้อนุมัติบางประการในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้คืน ซึ่งมาตรา 364 ช่วยให้ Trustee สามารถขอสินเชื่อภายหลังที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการได้ด้วยการจัดให้มีวิธีการต่างๆ ในการสร้างความมั่นใจหรือวิธีการอื่นๆ ในการให้ความคุ้มครองธุรกรรมทางการเงินที่เข้าสู่กองทรัพย์สิน ซึ่งจะมีลักษณะเช่นเดียวกับกรณีของการใช้ ขาย หรือการให้เช่า

อสังหาริมทรัพย์ในกรณีการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ กล่าวคือ หลักการที่ใช้จะเหมือนกับในกรณีของการสร้างหนี้ไม่มีหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจโดยปกติของลูกหนี้ภายหลังการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการแล้วจะเป็นการใช้ดุลพินิจของ Trustee อย่างไรก็ตาม ธุรกรรมการขอสินเชื่อนอกจากการดำเนินธุรกิจโดยปกติและเป็นการสร้างให้หนี้นั้นเป็นหนี้มีหลักประกันจะต้องได้รับอำนาจศาลภายหลังที่มีการแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้เกี่ยวข้องและมีการพิจารณาคดีของศาล ข้อสันนิษฐานของการสร้างหนี้รายใหม่ของกองทรัพย์สินนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากในสิทธิที่มีอยู่เดิมของเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ถ้าในท้ายที่สุดแล้วการฟื้นฟูกิจการนั้นล้มเหลว เจ้าหนี้รายใหม่ที่มีหลักประกันหรือมีบุริมสิทธิจะเป็นผู้ได้รับทรัพย์สินหรือเงินสดซึ่งมีไว้เพื่อชำระหนี้ให้กับสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่เดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการแทน การก่อหนี้รายใหม่จึงเป็นการสร้างเงื่อนไขที่มีทางเลือกอยู่ 2 ทาง คือ ถ้าลูกหนี้ได้รับสินเชื่อใหม่จะเป็นการสร้างโอกาสในการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จได้ดีขึ้น และเจ้าหนี้ไม่มีประกันในมูลหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการก็จะมีโอกาสได้รับชำระหนี้มากขึ้นกว่าการได้รับชำระหนี้จากการชำระบัญชี อย่างไรก็ตาม ถ้าหากลูกหนี้ได้รับสินเชื่อใหม่ แต่ในท้ายที่สุดแล้วลูกหนี้ฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จ กองทรัพย์สินก็ต้องรับภาระในหนี้นั้น ทำให้ค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหารเพิ่มขึ้น และแหล่งเงินทุนเดิมที่มีอยู่เพื่อเจ้าหนี้ไม่มีประกันก็จะลดจำนวนลงหรือไม่มีเหลือไว้เพื่อชำระหนี้เลย เพราะเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการจะเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงเป็นส่วนใหญ่เมื่อการฟื้นฟูกิจการนั้นล้มเหลว ดังนั้น ศาลจึงต้องระมัดระวังและรอบคอบในการให้ความคุ้มครองในผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ดังกล่าวเมื่อมีการร้องขอให้ศาลเห็นชอบในธุรกรรมการขอสินเชื่อภายหลังการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ในขณะที่เจ้าหนี้มีประกันเดิมจะไม่ค่อยได้รับผลกระทบในสิทธิของตนดังเช่นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน เพราะสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับความคุ้มครองโดยหลักประกันที่เขามีสิทธิยึดหน่วงอยู่ อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถอนุญาตให้ Trustee ใช้ทรัพย์สินที่มีภาระติดพันอยู่ก่อนเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อภายหลังที่มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการได้ แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผลประโยชน์เดิมที่เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิอยู่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอแล้ว

5.3 หลักเกณฑ์และวิธีการขอสินเชื่อในการฟื้นฟูกิจการ

ในการขอสินเชื่อเพื่อการฟื้นฟูกิจการของแต่ละประเทศจะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตามหลักสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับในทุกประเทศ คือ การก่อหนี้รายใหม่จะต้องมีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันเดิม ทั้งนี้ การขอสินเชื่อที่จะได้รับบุริมสิทธิแต่เพียงอย่างเดียวจะไม่เพียงพอที่จะจูงใจให้มีบุคคลให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินหรือความช่วยเหลืออื่นๆ กฎหมายบางประเทศจึงกำหนดให้หนี้เพื่อการฟื้นฟูกิจการบางประเภทได้รับบุริมสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้บุริมสิทธิบางประเภท สำหรับกฎหมายล้มละลายไทยมิได้สร้างทางเลือกในการขอสินเชื่อเพื่อการฟื้นฟูกิจการไว้อย่าง

หลากหลายเหมือนเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศส่งเสริมให้มีการลงทุนโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 364 ขึ้นอยู่กับนโยบายของ Trustee ที่จะดำเนินการอย่างไรในการหาความช่วยเหลือทางการเงินที่จะเป็นภาระแก่กองทรัพย์สินให้น้อยที่สุด เช่น การขอสินเชื่อแบบไม่มีหลักประกันไม่สามารถกระทำได้ การขอสินเชื่อรายนั้นจึงจะพิจารณาให้เป็นหนี้มีหลักประกัน และถ้าการขอสินเชื่อจำเป็นต้องมีหลักประกัน ทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพันใดจะนำมาใช้เป็นหลักประกันก่อนหน้าทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อนแล้ว นโยบายนี้เป็นสิ่งที่ชัดเจนตามระดับโครงสร้างของบทบัญญัติมาตรา 364 กล่าวคือ จะต้องพิสูจน์ความเป็นไปได้ของธุรกรรมที่แตกต่างกันทั้ง 4 ระดับในการขอสินเชื่อที่จะก่อให้เกิดภาระหรือความยุ่งยากแก่กองทรัพย์สิน และเป็นที่ยืนยันว่าการขอสินเชื่อในระดับที่สูงขึ้นจะมีเงื่อนไขที่เข้มงวดมากและการขอสินเชื่อจะไม่ได้รับอนุญาต เว้นแต่เงื่อนไขในลำดับก่อนหน้านั้นจะไม่สามารถหาสินเชื่อรายใหม่ได้ ในขณะที่กฎหมายฟื้นฟูกิจการไทยมิได้มีการสร้างทางเลือกไว้หลากหลายดังเช่นกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐฯ เพราะกฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์เรื่อง Super-priority แต่กฎหมายไทยกำหนดให้หนี้ดังกล่าวได้รับบุริมสิทธิในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 130 (2) เพียงอย่างเดียว

5.4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อการฟื้นฟูกิจการ

ตามบทบัญญัติของมาตรา 90/77 วรรคสาม คำว่า“การก่อหนี้” มิได้หมายความว่าต้องเป็นการก่อหนี้ในรูปของเงินสดแต่เพียงแบบเดียว แต่ยังหมายความรวมถึงการให้สินเชื่อทางการค้าหรือการให้ความช่วยเหลือในลักษณะอื่นๆ ด้วย เพราะการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ กฎหมายฟื้นฟูกิจการได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำอย่างกว้างว่า “หนี้” ซึ่งจากถ้อยคำดังกล่าวหากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ลูกหนี้ได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปของเงินสดแต่เพียงอย่างเดียวแล้ว กฎหมายจะต้องบัญญัติเฉพาะเจาะจงว่า “หนี้เงิน” ดังที่บทบัญญัติฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกาในเรื่องข้อห้ามในการใช้หลักประกันที่เป็นเงินสดได้ให้นิยามของคำว่าหลักประกันที่เป็นเงินสดไว้ในมาตรา 363 (a) ว่า “เงินสดหรือสิ่งที่มีมูลค่าเทียบเท่ากับเงินสด”^{*} สำหรับทรัพย์สินที่ถูกพิจารณาว่ามีมูลค่าเทียบเท่ากับเงินสดภายใต้มาตรา 363 (a) มีจำนวนค่อนข้างมาก ทั้งนี้ คำนิยามดังกล่าวมิได้มีหมายความเฉพาะธนบัตรและบัญชี

^{*} มาตรา 363 (a) บัญญัติว่า หลักประกันที่เป็นเงินสด (Cash collateral) หมายความว่า เงินสด (cash) ตราสารเปลี่ยนมือ (Negotiable instrument) เอกสารสิทธิ (Documents of title) หลักทรัพย์ (Securities) บัญชีเงินฝาก (Deposit account) หรือสิ่งอื่นที่มีมูลค่าเทียบเท่าเงินสด (or other cash equivalents)

เงินฝากในธนาคารเท่านั้น แต่ยังรวมถึงตราสารทางการเงินต่างๆ เช่น ตราสารเปลี่ยนมือ เอกสารสิทธิ และหลักทรัพย์ที่ประกอบด้วยสิทธิเกี่ยวกับเงินหรือทรัพย์สินที่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้ง่าย และมีผลบังคับใช้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้ ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ซื้อที่กระทำการโดยสุจริต จะได้รับสิทธิตามตราสารนั้นซึ่งมีสิทธิดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน เพราะตราสารดังกล่าวสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้อย่างรวดเร็วเสมือนหนึ่งเป็นเงินตรา กรณีนี้จึงถูกรวมไว้ในคำนิยามของหลักประกันที่เป็นเงินสดตามมาตรา 363 (a)

นอกจากนี้ หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในกรณีของการบัญญัติถ้อยคำเกี่ยวกับคำว่า "หนี้" แล้ว จะมีกรณีที่สามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีข้างต้นได้คือ มาตรา 194 ซึ่งบัญญัติว่า ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ออมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่งการชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ยอมมีได้และมาตรา 196 วรรคแรก บัญญัติว่า ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ ท่านว่าจะส่งใช้เป็นเงินสยามก็ได้ รวมทั้งมาตรา 198 ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าการอันมีกำหนดพึงกระทำเพื่อชำระหนี้นั้นมีหลายอย่าง แต่จะต้องกระทำเพียงการใดการหนึ่งแต่อย่างเดียวไซ้ ท่านว่าสิทธิที่จะเลือกทำการอย่างใดนั้นตกอยู่แก่ฝ่ายลูกหนี้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จากบทบัญญัติข้างต้นที่ยกมาเปรียบเทียบแสดงให้เห็นว่า ถ้ากฎหมายต้องการกำหนดให้เป็นเรื่องของหนี้ทั่วๆ ไป ไม่ว่าจะเป็หนี้กระทำการ งดเว้นการ หรือหนี้เงิน กฎหมายจะไม่บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าเป็นหนี้เงินดังที่มาตรา 196 วรรคแรกได้บัญญัติไว้ แต่ถ้ากฎหมายต้องการใช้บังคับเฉพาะกรณีของหนี้เงิน กฎหมายจะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่าเป็นหนี้เงินอย่างชัดเจนเพื่อป้องกันการตีความมาตราดังกล่าวไปถึงมูลหนี้ประเภทอื่นๆ ดังนั้น หากนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาเทียบเคียงโดยอนุโลมกับกรณีของการตีความคำว่าหนี้ตามหลักกฎหมายล้มละลายแล้วจะเห็นได้ว่ามีหลักในการบัญญัติกฎหมายแบบเดียวกัน เพราะกฎหมายล้มละลายมิได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่าเป็นหนี้เงินแต่ประการใด

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในทางปฏิบัติของฝ่ายเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือแก่กิจการของลูกหนี้แล้ว แม้ว่าการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวสามารถทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการช่วยเหลือในด้านเงินสด สินเชื่อทางการค้า หรือวงเงินกู้ไม่ว่าระยะสั้นหรือระยะยาว กล่าวคือ หนี้ทุกประเภทที่ทำให้ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ แต่เมื่อพิจารณาจากฝ่ายลูกหนี้แล้วไม่ว่าลูกหนี้จะได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปแบบใด การชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ดังกล่าวจะต้องชำระคืนในรูปของเงินสดเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ด้วยวิธีการอื่นมิได้เว้นแต่เจ้าหนี้รายนั้นจะยินยอม ดังนั้น ไม่ว่าลูกหนี้จะได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหนี้ในรูปแบบใด โดยหลักลูกหนี้จะต้องชำระหนี้คืนในรูปของเงินสด แต่การให้

ความช่วยเหลือของเจ้าหนี้กฎหมายมิได้จำกัดเฉพาะประเภทของเงินสดแต่เพียงอย่างเดียว เจ้าหนี้จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในรูปแบบใดๆ ก็ได้เพื่อให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไป

5.5 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในระหว่างฟื้นฟูกิจการ

กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ให้ความสำคัญในมูลหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการโดยเฉพาะเม็ดเงินใหม่ (New money) ที่นำมาช่วยเหลือกิจการเพื่อแก้ไขปัญหาการขาดสภาพคล่องโดยนำมาใช้เป็นทุนหมุนเวียนและการลงทุนเพิ่มเติม ดังนั้น กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงเปิดโอกาสให้ผู้ทำแผนสามารถก่อหนี้ขึ้น และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นใหม่มีศักดิ์หรือฐานะดีกว่าเจ้าหนี้เดิมเพื่อลดความเสี่ยงแก่เจ้าหนี้รายใหม่

หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นมีได้ 2 กรณี คือ ค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนและหนี้ที่ก่อขึ้นเพื่อการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งหนี้เหล่านี้เป็นไปเพื่อสนับสนุนการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการของผู้ทำแผน หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นในระหว่างฟื้นฟูกิจการ เช่น การกู้ยืมเงินเพื่อนำมาฟื้นฟูกิจการ การเช่าทรัพย์สิน การซื้อสินค้า รวมถึงการก่อหนี้ต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่ง องค์ประกอบที่สำคัญของการได้รับสิทธิบางอย่างตามกฎหมายนั้น หนี้นั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้การฟื้นฟูกิจการมีผู้สนับสนุนทั้งในด้านการเงินด้วยการให้สินเชื่อหรือการร่วมลงทุน หรือในด้านการมาทำธุรกิจ ซึ่งเป็นผลผลักดันให้สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ ดังนั้นจึงต้องมีข้อกำหนดที่เป็นแรงจูงใจเพื่อให้มีบุคคลโดยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้น คือ การกำหนดให้เจ้าหนี้ในมูลหนี้ดังกล่าวมีโอกาสในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น¹ โดยกฎหมายได้กำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนหรือตัวแทนของผู้ทำแผนก่อขึ้นมีสิทธิได้รับชำระหนี้โดยไม่ต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ หากหนี้นั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามแผน* และหากต่อมากิจการฟื้นฟูกิจการสิ้นสุดลง กฎหมายได้กำหนดให้หนี้เหล่านั้นมีสิทธิพิเศษบางประการ โดยแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

1. ในกรณีที่ศาลยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ ย่อมทำให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวงซึ่งอาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการได้ เว้นแต่หนี้ซึ่งเจ้าหนี้ที่อาจขอรับชำระหนี้ในการฟื้นฟูกิจการจะได้ขอรับชำระหนี้ไว้แล้ว หนี้ค่าตอบแทนของผู้ทำแผน หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ยกเว้นหนี้ละเมิด กฎหมายกำหนดให้เป็นหนี้ปริวิตธิเหนือทรัพย์สิน

¹ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายฟื้นฟูกิจการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2541) หน้า 196-197.

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/62

ทั้งหมดของลูกหนี้ โดยให้อยู่ในลำดับเดียวกับบุริมสิทธิลำดับที่ 1 ตามมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้บุริมสิทธิดังกล่าวถือเป็นบุริมสิทธิสามัญ คือเจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นเหนือทรัพย์สินทุกอย่างโดยรวมของลูกหนี้ แต่ไม่มีสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการไม่มีผลทำให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายทันทีเพราะจะต้องมีการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายอีกครั้ง ซึ่งต่างจากกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐฯ ที่ไม่ต้องยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายในภายหลังอีกและเมื่อลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายแล้ว บุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีของหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันมิได้มีผลบังคับใช้ในการขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย เพราะลำดับการขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลายจะมีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 130 ซึ่งมาตราดังกล่าวหากพอจะเทียบเคียงได้ว่ากรณีของหนี้ค่าใช้จ่ายเพื่อประโยชน์ร่วมกันควรจะได้รับการชำระหนี้ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เพราะหนี้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก่อขึ้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการตามกระบวนการและกรณีดังกล่าวก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันในการขอรับชำระหนี้

2. ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรให้ลูกหนี้ล้มละลายและมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้เด็ดขาด* กฎหมายได้กำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้มีให้อยู่ในบังคับของมาตรา 94 (2)** กล่าวคือ หนี้ดังกล่าวสามารถขอรับชำระหนี้ภายหลังที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้

ในกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด คือกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้อีกต่อไป ซึ่งหากปล่อยให้เจ้าหนี้ที่เข้ามาให้เงินช่วยเหลือกิจการหรือการช่วยเหลือใดๆ ไม่สามารถขอรับชำระหนี้ได้หากลูกหนี้ล้มละลายจะทำให้เจ้าหนี้ที่สนับสนุนเม็ดเงินใหม่แก่กิจการหรือเข้ามาช่วยเหลือธุรกิจเกิดความเสียหายและไม่กล้าเข้ามาสนับสนุนการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และยังส่งผลกระทบต่อการให้ความช่วยเหลือแก่กิจการอื่นๆ ที่อยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการในอนาคต กฎหมายจึงยกเว้นให้หนี้ดังกล่าวแม้เจ้าหนี้จะยินยอมให้ลูกหนี้ก่อนขึ้นภายหลังจากที่รู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้ก็สามารถขอรับชำระหนี้ได้ไม่เข้าข้อห้ามตามมาตรา 94 (2)

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

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

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดให้หนี้ที่ผู้ทำแผนก่อขึ้นตามแผนเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะได้รับสิทธิในการจัดลำดับการได้รับสิทธิชำระหนี้ตามมาตรา 130 (2) นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในกรณีที่แผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้รับความเห็นชอบเนื่องจากในบางกรณีที่เจ้าหนี้สนับสนุนเม็ดเงินใหม่แก่กิจการของลูกหนี้ที่อยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ และต่อมาแผนฟื้นฟูกิจการนั้นที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติไม่ยอมรับแผนหรือศาลไม่เห็นชอบด้วยแผน และต่อมาศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ ทำให้เกิดปัญหาว่า หนี้ที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้ยืมในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้น อยู่ในความหมายของคำว่า "หนี้ที่ก่อขึ้นตามแผน" หรือไม่ เนื่องจากแผนฟื้นฟูกิจการยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ดังนั้น หากแปลความตามองค์ประกอบของกฎหมายเท่ากับว่าเจ้าหนี้ที่ให้ผู้ทำแผนกู้ยืมเงินหรือได้รับสินเชื่อเพื่อใช้ในการฟื้นฟูกิจการ หากต่อมาแผนฟื้นฟูกิจการไม่ผ่านความเห็นชอบจากศาลและลูกหนี้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้นี้ย่อมไม่ได้รับสิทธิพิเศษในการจัดลำดับชั้นตามมาตรา 130 (2) ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นเนื่องจากเจ้าหนี้นี้ย่อมได้รับความเสี่ยงในการปล่อยกู้แก่ผู้ทำแผนในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ

นอกจากนี้ หากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดบริษัทแล้ว ปัญหาว่าหนี้สินภายใต้สัญญาให้สินเชื่อนี้ ซึ่งเป็นหนี้ที่ผู้บริหารแผนก่อขึ้นเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของบริษัท และเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้บริษัทสามารถดำเนินการค้าตามปกติต่อไปได้จะถูกจัดให้อยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) * แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90/77 วรรคสามหรือไม่นั้น ในกรณีนี้ยังไม่มีความชัดเจนว่า หนี้ภายใต้สัญญาให้สินเชื่อจะเป็นหนี้ที่อยู่ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามมาตรา 130 (2) แม้ในแผนฟื้นฟูกิจการจะไม่ได้ระบุให้ก่อหนี้กู้ยืมเงินใหม่ แต่สัญญาการให้สินเชื่อเป็นหนี้ที่ผู้บริหารแผนก่อขึ้นตามการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้บริษัทสามารถดำเนินการค้าตามปกติต่อไปได้

* มาตรา 130 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 บัญญัติว่า ในการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้นั้น ให้ชำระค่าใช้จ่ายและหนี้สินตามลำดับดังต่อไปนี้

- (1) ค่าใช้จ่ายในการจัดการมรดกของลูกหนี้
- (2) ค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ค่าปลงศพ
- (4) ค่าธรรมเนียมของเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์และค่าทนายความตามที่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์กำหนด
- (5) ค่าภาษีอากรที่ถึงกำหนดชำระภายในหกเดือนก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์และเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เพื่อการทำงานที่ให้แก่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนายจ้าง
- (6) หนี้อื่นๆ

ถ้ามีเงินไม่พอชำระเต็มจำนวนหนี้ในลำดับใดให้เจ้าหนี้ในลำดับนั้นได้รับเฉลี่ยตามส่วน

โดยไม่โทษผู้ที่ระบุไว้ชัดเจนว่าให้ก่อได้ตามแผนว่า ในเมื่อเงื่อนไขที่ระบุไว้ในแผนพื้นฟูกิจการไม่ได้ระบุเรื่องการขอสินเชื่อไว้ เช่น การขอสินเชื่อเงินทุนหมุนเวียน และบริษัทมีความจำเป็นต้องใช้สินเชื่อเงินทุนหมุนเวียนดังกล่าว เพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของบริษัทสามารถดำเนินต่อไปได้ (ตามมาตรา 90/12 (9) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย) ผู้บริหารแผนย่อมมีอำนาจในการขอใช้สินเชื่อเงินทุนหมุนเวียนได้

ในเรื่องการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของลูกหนี้หรือผู้จัดการทรัพย์สินในคดีพื้นฟูกิจการของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น เมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอพื้นฟูกิจการ การพักบังคับชำระหนี้จะห้ามมิให้ลูกหนี้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จะเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้* การพักบังคับชำระหนี้ที่ห้ามการกระทำของลูกหนี้ดังกล่าวข้างต้นนั้นยังห้ามรวมไปถึงผู้บริหารชั่วคราว**ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ในระหว่างที่ศาลยังมิได้มีการแต่งตั้งผู้ทำแผนและผู้ทำแผนของลูกหนี้ด้วย***

การนำเอากฎหมายพื้นฟูกิจการมาบังคับใช้ ตั้งแต่ปี 2541 เป็นต้นมา แม้จะมีคดีที่สามารถพื้นฟูกิจการได้สำเร็จ**** แต่ในหลายคดีก็มีข้อขัดข้องเกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของผู้ทำแผนหลายประการ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ คดีพื้นฟูกิจการของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นคดีที่ส่งผลกระทบต่อสาธารณชนในวงกว้างและต่อเศรษฐกิจโดยรวม ซึ่งข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้นส่วนหนึ่งมีที่มาจากข้อบกพร่องของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการพื้นฟูกิจการ

5.6 แนวคิดเรื่องบุริมสิทธิในหนี้เพื่อการพื้นฟูกิจการตามกฎหมายไทย

สำหรับการจำแนกประเภทสิทธิหรือการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้แต่ละประเภทจะมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบกฎหมายล้มละลาย เพราะกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศจะต้องจัดสรรสิทธิของเจ้าหนี้ให้เกิดความเป็นธรรมและให้เป็นที่ยอมรับของเจ้าหนี้ที่เข้าสู่

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

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

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

**** เช่นคดีพื้นฟูกิจการบริษัทไทยผลิตภัณฑ์ จำกัด (มหาชน) ที่ออกจากกระบวนการพื้นฟูกิจการเป็นคดีแรก เนื่องจากมีการดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามแผน

กระบวนการตามกฎหมายให้มากที่สุด สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นจะถูกควบคุมโดยกฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ เจ้าหนี้ส่วนมากจะมีฐานะคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับประเภทแห่งสิทธิในการขอรับชำระหนี้ กล่าวคือ สิทธิของเจ้าหนี้จะอาศัยพื้นฐานทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน หรือเป็นสิทธิตามสัญญา ส่วนเจ้าหนี้บางรายอาจมีสิทธิเรียกร้องที่ดีกว่าหรือถือสิทธิเหนือกว่าเจ้าหนี้ส่วนมาก แม้กระทั่งเจ้าหนี้ในลำดับชั้นเดียวกันเองก็ยิ่งแก่งแย่งสิทธิระหว่างกัน สำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดประเภทสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดว่าเจ้าหนี้ประเภทใดบ้างที่จะมีสิทธิลงมติดรวมทั้งวิธีการที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิในการลงมติ (ตามลำดับชั้นของเจ้าหนี้สำหรับหนี้ในส่วนที่ขาดหายไป) และเพื่อวัตถุประสงค์ในการแบ่งทรัพย์สิน

สำหรับการเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จอีกทางหนึ่ง คือ การกระตุ้นให้กิจการสามารถหาเงินช่วยเหลือเพื่อนำไปใช้ในเวลาที่ขาดสภาพคล่องได้ การเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้รายใหม่สามารถหาสินเชื่อแก่กิจการ และกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นใหม่มีฐานะดีกว่าเจ้าหนี้เดิมเพื่อเป็นแนวทางในการลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้รายใหม่ และคงเป็นเรื่องที่ปฏิเสธได้ยากกว่า หากกิจการใดที่ประสบปัญหาการขาดสภาพคล่องแล้วไม่ได้รับความช่วยเหลือโดยเร็ว กิจการที่เข้าสู่การฟื้นฟูดังกล่าวย่อมมีโอกาสสูงที่ต้องล้มละลายไป

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายในหลายประเทศจึงมีนโยบายที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่ที่เข้ามาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้มากน้อยแตกต่างกัน ในบางประเทศ กฎหมายอาจให้สิทธิแก่เจ้าหนี้รายใหม่ดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิมได้ ในขณะที่กฎหมายบางประเทศอาจให้สิทธิได้ในลำดับหลังเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้ ปัญหาในด้านการหาเงินทุนจะได้รับการแก้ไขโดยการให้บุริมสิทธิแก่เงินช่วยเหลือก่อนใหม่

สำหรับบุริมสิทธิในหนี้เงินใหม่ คือ การกู้ยืมเงินหรือการขอสินเชื่อทางธุรกิจเพื่อนำไปใช้ในกิจการย่อมมีความเสี่ยงเกิดขึ้น ไม่ว่าในประเทศใดไม่มีทางที่จะบัญญัติกฎหมายว่า ถ้าบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูกิจการแล้วหากมีความต้องการเงินในการฟื้นฟูกิจการและลูกหนี้ไปขอกู้เงินจากธนาคารใดแล้วธนาคารนั้นต้องให้ความช่วยเหลือ กฎหมายจะกำหนดแบบนี้ไม่ได้ สิ่งที่ทำได้อย่างเดียวในเชิงของกฎหมายคือ การลดความเสี่ยง เพราะโดยปกติการให้กู้ยืมเงินจะพิจารณาจากความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้คืนว่ามีความเสี่ยงสูงหรือไม่ แต่ความเสี่ยงในกรณีที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการคือ ถ้าบริษัทที่กำลังประสบปัญหาได้รับเงินกู้แล้ว แต่ท้ายที่สุดลูกหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ผู้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ยังคงยังได้รับชำระหนี้อยู่ แต่หนี้ที่จะได้รับชำระนั้นต้องไปแบ่งเฉลี่ยกับบรรดาเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งแสดงว่าการให้ความช่วยเหลือธุรกิจที่

เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการมีความเสี่ยงสูง สิ่งสำคัญที่จะลดความเสี่ยงในส่วนนี้ คือ กฎหมายจะต้องกำหนดให้หนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นมีสิทธิดีกว่าหนี้เดิมที่มีอยู่ มิฉะนั้น จะไม่มีใครให้ความช่วยเหลือลูกหนี้เลย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงใช้วิธีการลดความเสี่ยงของกระบวนการเดิมด้วยการให้บุริมสิทธิตามกฎหมายในหนี้ใหม่ที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ บุคคลใดที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในการฟื้นฟูกิจการตามแผนฟื้นฟู ถ้าหากท้ายที่สุดกิจการนั้นต้องล้มละลายไป หนี้ที่เกิดจากการให้ความช่วยเหลือจะต้องได้รับการดูแล² ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าหนี้เดิมในส่วนของเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งปกติกฎหมายจะต้องดูแลสิทธิในส่วนนี้ให้ดีพอสมควร หมายความว่าหนี้ใหม่ที่เกิดขึ้นจะต้องไม่มีสิทธิดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เจ้าหนี้มีประกันเป็นหนี้ในลำดับที่หนึ่ง ส่วนเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือในระหว่างฟื้นฟูกิจการเป็นเจ้าหนี้ในลำดับที่สอง

ทั้งนี้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยกำหนดให้หนี้ที่ให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ได้รับบุริมสิทธิตามมาตรา 90/77 วรรคสาม กำหนดว่า หนี้ที่เกิดขึ้นให้มีบุริมสิทธิเทียบเท่าค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 130 (2) ดังนั้น การให้บุริมสิทธิสำหรับเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิภายหลังเจ้าหนี้มีประกัน โดยอยู่ในชั้นเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ อย่างไรก็ดี การให้สินเชื่อแก่บริษัทภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับบุริมสิทธิอยู่เหนือสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีประกันเดิม ซึ่งกรณีนี้เป็นที่น่าเสียดายว่าแนวคิดเรื่อง Super-priority มิได้ถูกนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ³

5.7 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการให้บุริมสิทธิในหนี้เพื่อการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลาย

สำหรับเหตุผลทางด้านนโยบายในการสร้างบุริมสิทธิดังกล่าวให้เป็นที่ยอมรับจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายอย่างชัดเจนในกรณีที่มีได้มีการปฏิบัติต่อสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ให้เท่าเทียมกัน วิธีการให้บุริมสิทธิดังกล่าว อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีองค์ประกอบในเรื่องความโปร่งใส และการเป็นที่คาดหมายได้ในสิทธิประเภทเดียวกันรวมทั้งเรื่อง การแบ่งทรัพย์สินด้วย

ในขณะที่แนวคิดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างการฟื้นฟูกิจการได้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศด้วย โดยมีองค์กระหว่างประเทศได้ศึกษา

² วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, “การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย”, สรรพากรสาส์น ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2543) หน้า 16.

³ Wisit Wisitsora-At, “Country report for Thailand”, *Insolvency System in Asia : An Efficiency Perspective*, p.408.

ค้นคว้าและประเมินผลในเชิงวิชาการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และผลกระทบของการนำหลักกฎหมายล้มละลายไปใช้ในแต่ละประเทศ โดยปรากฏอยู่ในรูปของ รายงานหรือการประชุมทางวิชาการ ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้มีองค์ระหว่างประเทศให้ความสำคัญในการศึกษาเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการที่สำคัญ คือ

1. ธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank หรือ ADB) ได้จัดทำรายงานเรื่อง Law and Policy Reform at the Asian Development Bank ซึ่งในรายงานดังกล่าวได้มีการวิจัยเรื่อง Insolvency Law Reforms in The Asian and Pacific Region ซึ่งในหัวข้อนี้ได้มีการวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในภูมิภาคเอเชีย รวมทั้งประเทศไทย และได้มีการกล่าวถึงปัญหาเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน

นอกจากนี้ ในรายงานของ ADB ยังได้กล่าวถึงการนำหลักกฎหมายล้มละลายที่ดี (The Good Practice Standard) มาปรับใช้ โดยหลักกฎหมายล้มละลายที่ดีที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ หลักเกณฑ์ที่ 5.6 ซึ่งกำหนดว่า "กฎหมายควรมีบทบังคับและจัดให้มีรูปแบบที่สอดคล้องกับตามความต้องการในทางการค้า โดยการจัดให้มีบุริมสิทธิเพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในการหาแหล่งเงินทุนที่จำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจต่อ รวมถึงกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้มีความต้องการเงินทุนอย่างเร่งด่วนในระหว่างที่มีกระบวนการให้ความช่วยเหลือ (Rescue process) กิจการของลูกหนี้"⁴ โดยตารางข้างล่างนี้เป็นการแสดงผลในภาคปฏิบัติว่ามีการนำหลักกฎหมายล้มละลายที่ดี คือ หลักเกณฑ์ที่ 5.6 มาปรับใช้ในระบบกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศในภูมิภาคเอเชียหรือไม่ อย่างไร

ในส่วนของธุรกรรมการขอกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ประเด็นนี้มีความจำเป็นเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นไปได้ของการกำหนดให้มีหลักประกันเพิ่มขึ้น หรือการเพิ่มขึ้นของสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันเดิมเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินรายใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายล้มละลายควรจัดให้มีรูปแบบของบุริมสิทธิที่มีหลักประกัน (Secured Priority) สำหรับผู้ให้กู้ยืมเงินรายใหม่หรือไม่ เพราะการให้บุริมสิทธิแก่ผู้ให้กู้ยืมเงินดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเดิม

⁴ Ibid., p.37.

ทั้งนี้ การให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการจะปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ 18⁵ เรื่องการบริหารจัดการธุรกิจให้มีความมั่นคงและยั่งยืน กฎหมายควรจัดให้มีรูปแบบที่หลากหลายในการให้บริมสิทธิแต่ละประเภท ทั้งนี้ รูปแบบในการจัดหาเงินทุนจะต้องสอดคล้องกับความต้องการในการทำธุรกิจของลูกหนี้ เพื่อให้กิจการสามารถดำเนินต่อไปได้ในกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนในระหว่างที่มีกระบวนการให้ความช่วยเหลือ รวมทั้งต้องให้ความคุ้มครองที่เหมาะสมด้วย ปัญหาหลักที่สำคัญเกี่ยวกับกระบวนการให้ความช่วยเหลือ คือ บ่อยครั้งที่ลูกหนี้มีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่ต้องมีเงินสดเพื่อนำมาใช้จ่ายหมุนเวียนในการชำระหนี้ค่าสินค้าและค่าบริการที่จำเป็น เพื่อให้ธุรกิจดำเนินการต่อและรักษาไว้ซึ่งธุรกิจของลูกหนี้ ในกรณีที่มีข้อเสนอขอความช่วยเหลือจากลูกหนี้ จึงมีความจำเป็นบ่อยครั้งที่ต้องหาเงินทุนมาช่วยให้ธุรกิจลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ในขณะที่กฎหมายล้มละลายจะล้มเหลวในเรื่องการจัดให้มีการหาเงินทุนหมุนเวียนที่จำเป็นนี้แม้แต่ในประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายสามารถจัดให้มีการหาเงินทุนได้โดยการให้อำนาจที่จะใช้เงินสดนั้นโดยการจำหน่ายหรือการให้หลักประกัน หรือการได้รับเงินทุนเข้ามาใหม่โดยการให้ความมั่นใจและการสร้างมาตรการป้องกันสำหรับการชำระหนี้สิน ซึ่งกฎหมายสามารถแก้ปัญหาเหล่านี้ได้หลายวิธี เช่น การตระหนักถึงความจำเป็นที่จะขอความช่วยเหลือทางการเงินโดยการให้อำนาจที่จะหาเงินทุนได้โดยการสร้างบริมสิทธิในการชำระหนี้สินให้แก่ผู้ให้กู้ หรือกระบวนการในการให้หลักประกันหรือการแทนที่สิทธิยึดเหนี่ยวหรือการให้หลักประกันเพิ่มเติมได้ถูกนำมาใช้เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ให้กู้ว่าจะได้รับชำระหนี้สิน และบ่อยครั้งที่การให้ความคุ้มครองเช่นนี้มีความไม่เหมาะสมสำหรับผู้ให้เงินทุนรายใหม่ เพราะมีการจำกัดวิธีการใช้เงินดังกล่าวควบคู่กันด้วย

2. UNCITRAL⁶ (United Nations Commission on International Trade Law) ได้จัดทำรายงานเรื่อง Working Group 5 (Insolvency Law) ขึ้น โดยกำหนดเรื่องการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ระหว่างฟื้นฟูกิจการอยู่ในหัวข้อของการจัดหาเงินทุนภายหลังการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การมีโอกาสในการดำเนินธุรกิจต่อในกิจการที่มีหนี้สินล้มพันตัวเป็นเรื่องสำคัญมากสำหรับการฟื้นฟูกิจการ และหากขยายกรอบออกไปอีกคือ การชำระบัญชีโดยการขายธุรกิจใน

⁵ The World Bank, Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems (n.p.2001), p.48.

⁶ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Working Group (Insolvency Law) (n.p.2001), p.55-58.

ลักษณะที่ธุรกิจยังดำเนินการต่อ ในกรณีที่ต้องมีการรักษาไว้ซึ่งการทำธุรกิจ ลูกหนี้มีความจำเป็นต้องมีเงินสดไว้ใช้จ่ายหมุนเวียนในกิจการ เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้นำเงินนั้นมาใช้ชำระหนี้เป็นค่าสินค้าและบริการที่จำเป็น ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีแหล่งเงินทุนอย่างทันท่วงทีสำหรับความจำเป็นที่ต้องใช้เงินสดหมุนเวียน กฎหมายล้มละลายได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการให้กู้ยืมเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการ โดยกำหนดให้มีอำนาจในการขอกู้ยืมเงินและการให้บุริมสิทธิสำหรับการชำระหนี้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ ประเด็นสำคัญคือ ขอบเขตในการใช้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจงใจให้ Insolvency representative สามารถเสนอวิธีการที่เป็นไปได้แก่เจ้าหนี้ในการขอสินเชื่อ ส่วนการเพิ่มวิธีการแก้ปัญหาที่จะกระทบสิทธิที่มีอยู่เดิมของเจ้าหนี้มีประกันหรือผู้ทรงสิทธิประโยชน์อื่นในทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อนการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน กรณีนี้จะต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติที่กำหนดให้สามารถจัดหาเงินทุนนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ต่อความต้องการทั่วไปในการสนับสนุนให้เกิดการเจรจาต่อรองที่จะให้สินเชื่อเพื่อให้ธุรกิจนั้นสามารถดำเนินต่อไปได้ ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิและบุริมสิทธิของเจ้าหนี้รวมทั้งการทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ให้สินเชื่อรายเดิมที่มีอยู่ให้น้อยที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

การให้กู้ยืมเงินภายหลังการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูดูเหมือนจะมีข้อจำกัดของจำนวนแหล่งเงินทุน ในกรณีแรกคือ บุคคลที่ให้กู้ยืมเงินในช่วงเวลาก่อนการฟื้นฟูกิจการ คือ บุคคลที่มีความสัมพันธ์อันดีกับลูกหนี้และธุรกิจของลูกหนี้และอาจตรงจ่ายเงินช่วยเหลือก่อนใหม่เพื่อให้เกิดความเป็นไปได้มากขึ้นในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้เหล่านี้มีอยู่ และในบางครั้ง เจ้าหนี้ดังกล่าวอาจได้รับส่วนที่เป็นมูลค่าเพิ่มจากอัตราที่สูงขึ้นของหนี้ที่ให้กู้ยืมเงินจำนวนใหม่นั้น ส่วนกรณีที่สอง คือ ผู้ให้กู้อย่างใหม่ได้มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้มาก่อนที่จะมีการฟื้นฟูกิจการ และบุคคลประเภทนี้ดูเหมือนจะมีมูลเหตุจงใจจากการคาดการณ์ความเป็นไปได้ในกิจการลูกหนี้ที่จะได้รับผลตอบแทนกลับมาในอัตราที่สูงขึ้นเพียงเท่านั้น ส่วนการจะจงใจผู้ให้กู้ยืมเงินรายใหม่ทั้งสองประเภทนี้ คือ การปฏิบัติต่อหนี้ที่เกิดขึ้นใหม่เป็นพิเศษและมีความแน่นอน ในขณะที่ผู้ให้กู้อย่างเดิมยังมีมูลเหตุจงใจเพิ่มขึ้นในการรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์อันดีกับลูกหนี้ รวมทั้งความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับลูกหนี้ นอกจากนี้ ยังสร้างความมั่นใจว่าหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขในการให้กู้ยืมเงินเดิมก่อนการฟื้นฟูกิจการจะไม่เปลี่ยนแปลงไป

ในส่วนของวิธีการที่แตกต่างกันสามารถกำหนดจงใจให้มีการให้สินเชื่อภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการได้รวมทั้งการจัดให้มีหลักประกันในการชำระหนี้คืน การให้หลักประกันสามารถจัดให้มีได้ทั้งในทรัพย์สินที่ยังไม่มีการผูกพัน หรือการให้สิทธิประโยชน์ในหลักประกันนั้นในฐานะหนี้บุริมสิทธิลำดับสองหรือหนี้บุริมสิทธิในลำดับรองในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันอยู่ก่อน ในกรณีนี้วิธีการข้างต้นยังไม่เพียงพอหรือไม่ได้จัดให้มีขึ้น กฎหมายล้มละลายบางประเทศจึงจัดให้การชำระ

สินนี้ดังกล่าวได้รับบุริมสิทธิอยู่เหนือเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งบุริมสิทธินี้รวมไปถึงบุริมสิทธิในหนี้เพื่อการบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันทั่วไป แต่บุริมสิทธิดังกล่าวไม่มีสิทธิเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเกี่ยวกับหลักประกันที่เจ้าหนี้รายนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือการให้บุริมสิทธิสูงสุดในหนี้เพื่อการบริหาร ซึ่งมีฐานะเหนือกว่าเจ้าหนี้ในหนี้เพื่อการบริหาร สำหรับวิธีการอื่นนอกเหนือจากนี้ คือ การจัดให้ผู้ให้กู้ยืมเงินหรือผู้ให้สินเชื่อภายหลังกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้รับบุริมสิทธิในลำดับที่เหนือกว่าบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหมด รวมถึงเจ้าหนี้มีประกันด้วย (หรือในบางครั้งเรียกว่า priming lien) ในประเทศที่มีการให้บุริมสิทธิที่เหนือกว่าเจ้าหนี้ทั้งหมด รวมถึงเจ้าหนี้มีประกันนั้น การให้บุริมสิทธิดังกล่าวแทบจะไม่ขอความยินยอมจากเจ้าหนี้มีประกัน ในกรณีที่มีการเข้ามาแทนที่ ในการตัดสินใจว่าจะขอสินเชื่อหรือไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าศาล หรือ Insolvency representative หรือเจ้าหนี้ไม่มีประกันมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ในระบบกฎหมายบางระบบจะจัดให้มีทางเลือกดังกล่าวทั้งหมด

โดยทั่วไปการก่อให้เกิดสินเชื่อทางการค้าแบบไม่มีหลักประกันเป็นสิ่งจำเป็นที่ เกิดขึ้นไม่ว่าในกรณีใดที่มีการอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อ ซึ่งกฎหมายล้มละลายหลาย ประเทศกำหนดให้ Insolvency representative เป็นผู้สามารถขอสินเชื่อแบบไม่มีหลักประกันได้ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากศาลหรือจากเจ้าหนี้ ในขณะที่กฎหมายล้มละลายประเทศอื่น กำหนดให้การก่อสินเชื่อต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลหรือจากเจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขบาง ประการ สำหรับกรณีที่ได้รับบุริมสิทธิแตกต่างกัน เช่น บุริมสิทธิในหนี้เพื่อการบริหาร หรือกฎหมาย บางประเทศจัดให้ Insolvency representative มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบ ในขณะที่ กฎหมายประเทศอื่นอาจกำหนดให้การได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากเจ้าหนี้จะมี เฉพาะเงื่อนไขบางประเภทของการให้บุริมสิทธิเท่านั้น

ทั้งนี้ UNCITRAL ได้มีข้อสรุปและข้อเสนอแนะในเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

- วัตถุประสงค์ของการจัดให้มีการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน จะสังเกตได้ว่า ความต้องการความช่วยเหลือทางการเงินที่จำเป็นในช่วงเวลาที่แตกต่างกันจะถูกกำหนดโดย เงื่อนไขของบทบัญญัติเกี่ยวกับช่วงการเงินที่แตกต่างกันในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ตัวอย่างเช่น การให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ หรือก่อนการให้ความ เห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการ หรือในช่วงเวลาที่มีการให้ความเห็นชอบในแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว หรือ เฉพาะช่วงเวลาต่อมาที่มีการกำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อคือ การให้

ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการแล้วไม่ควรนำมาใช้กับกรณีที่มีการชำระบัญชีโดยการขายธุรกิจที่ได้มีการดำเนินกิจการต่อ

2. กฎหมายล้มละลายควรพิจารณาถึงความจำเป็นในการขอกู้ยืมเงินภายหลังที่มีการฟื้นฟูกิจการ และการจัดให้มีอำนาจในการขอกู้ยืมเงินควรจะให้อำนาจทั้งในกรณีของการชำระบัญชีโดยการขายธุรกิจ ในลักษณะที่ธุรกิจนั้นยังดำเนินการอยู่ และในกรณีของการฟื้นฟูกิจการ

3. ในกรณีที่ Insolvency representative พิจารณาแล้วเห็นว่า การขอสินเชื่อเพิ่มเป็นสิ่งจำเป็นที่จะให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปได้ Insolvency representative หรือลูกหนี้สามารถขอสินเชื่อที่จำเป็นดังกล่าวได้ รวมทั้งสามารถจัดให้มีหลักประกันอยู่เหนือหนี้นั้นได้

4. การสนับสนุนให้มีบทบัญญัติของการให้สินเชื่อ กฎหมายล้มละลายจะต้องอนุญาตให้ Insolvency representative ให้นุริมสิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการในหนี้ที่จะได้รับชำระคืนในลำดับที่เหนือกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน (คือในฐานะหนี้บุริมสิทธิในด้านการบริหาร) หรือได้รับชำระหนี้ในฐานะเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อการบริหาร (คือหนี้บุริมสิทธิสูงสุดในด้านการบริหาร)

5. การให้หลักประกันแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินภายหลังการฟื้นฟูกิจการจะถูกสร้างขึ้นให้อยู่เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่บุริมสิทธิดังกล่าวจะไม่มีฐานะเหนือกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิมในทรัพย์สินเดียวกัน เว้นแต่ Insolvency representative จะได้รับความยินยอมหรือข้อตกลงที่เป็นหนังสือในการยอมรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากผู้ทรงสิทธิในหลักประกันเดิมที่มีอยู่ก่อน

ในขณะที่หากพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวคิดเรื่องการชำระหนี้ให้เท่าเทียมกัน และบุริมสิทธิของเจ้าหนี้ (Equality of Distribution and Creditor Priority) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งในกฎหมายล้มละลาย กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกันจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ดังที่ศาลสูง (Supreme Court) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลาย คือ การแบ่งให้เท่าเทียมกัน และถ้ามีสิทธิเรียกร้องใดได้รับการปฏิบัติที่เหนือกว่าสิทธิเรียกร้องของบุคคลอื่นวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่ดีกว่านั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์เรื่องความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้มิได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายล้มละลายเพียงลำพัง แต่หลักนี้จะใช้เป็นหลักพื้นฐานสำหรับหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่จะให้บุริมสิทธิแก่

เจ้าหนี้ไม่มีประกันบางประเภท* ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้และหลักบุริมสิทธินี้ ถ้าหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามีความเกี่ยวข้องกัน เพราะหลักบุริมสิทธิก็มีหลักเรื่องความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้เป็นส่วนประกอบหนึ่ง ในการสนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อย่างเท่าเทียมกัน เพราะที่มาแห่งสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายมีความแตกต่างกัน ดังนั้น กฎหมายจะต้องปฏิบัติต่อสิทธิที่มาแตกต่างกันนี้ให้มีความแตกต่างกันด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีเพื่อรักษากิจการของลูกหนี้ให้สามารถดำเนินต่อไป และหลักเรื่องบุริมสิทธินี้เองที่จะทำให้กิจการของลูกหนี้อยู่รอดได้ เพราะคงไม่มีเจ้าหนี้รายใดที่เข้ามาให้ความช่วยเหลือลูกหนี้แล้ว สิทธิในการได้รับชำระหนี้คืนจะอยู่ในฐานะเดียวกันหรือเท่ากับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่ก่อนการฟื้นฟูกิจการด้วยเหตุนี้ เจ้าหนี้บุริมสิทธิจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการดำเนินธุรกิจต่อและการฟื้นฟูกิจการ สำหรับบทบัญญัติเรื่องการให้บุริมสิทธิมีตัวอย่างเช่น ลูกจ้างมีแรงจูงใจที่จะทำงานเพื่อสนับสนุนให้ธุรกิจดำเนินต่อไป** ผู้ส่งสินค้าหรือผู้ให้บริการมีความมั่นใจที่จะขายสินค้าหรือให้บริการแก่ธุรกิจนั้นต่อ จากตัวอย่างดังกล่าวจึงสามารถอธิบายได้ว่าในเวลาเดียวกันทำไมถึงต้องให้บุริมสิทธิ

ด้วยเหตุนี้ หลักเรื่องบุริมสิทธิจึงมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์อื่นๆ ในเรื่องล้มละลาย อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องบุริมสิทธิมิได้อธิบายไว้เพียงเท่านั้น แต่โครงสร้างและการอธิบายข้อโต้แย้งเหล่านี้สามารถประนีประนอมเข้าหากันได้ ซึ่งหลักความเท่าเทียมกันของเจ้าหนี้จะถูกใช้เป็นหลักพื้นฐานต่อสิทธิเรียกร้องอื่นทั้งหมดในการให้บุริมสิทธิอย่างระมัดระวัง กล่าวคือหลักบุริมสิทธิจะกำหนดให้มีเฉพาะโอกาสพิเศษหรือกรณีที่จำเป็นเท่านั้นสำหรับเจ้าหนี้ที่สมควรใจที่สามารถแสดงผลให้เห็นได้ว่า เหตุใดเจ้าหนี้รายนี้จะต้องได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษมากกว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้รายอื่น

นอกจากนี้ ยังมีแนวความคิดเกี่ยวกับหลักบุริมสิทธิ⁷ ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิแก่เจ้าหนี้ เพราะหลักพื้นฐานที่เป็นองค์ประกอบอยู่ในบุริมสิทธิทุกประเภท คือ การทำให้เจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้เสื่อมเสียสิทธิที่ตนมีอยู่ หรืออีกนัยหนึ่งคือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีไว้เพื่อชำระหนี้จะมีจำนวนลดลงหรือหมดไป ซึ่งในบางครั้ง หลักกฎหมายจารีตประเพณี (The case law) ได้แสดงให้เห็นถึงรูปแบบเพิ่มเติมในการกระทบสิทธิของเจ้าหนี้คือ แม้ว่าทรัพย์สินจะยังคงมีอยู่ตามเงื่อนไขของสัญญา ในกรณีที่มีทรัพย์สินซึ่งไม่สามารถโอน

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

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

เปลี่ยนมือได้ง่าย คือ ไม่สามารถแลกเปลี่ยนเป็นเงินสดได้อย่างรวดเร็วเพื่อนำมาใช้ชำระหนี้ได้อย่างทันที เช่น การขายโรงงาน หรือการจำนองโรงงานเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินสดหรือการขายธุรกิจ นอกเหนือจากการขายธุรกิจแบบเหมาแล้ว รูปแบบของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิแบบนี้แทบจะไม่ถูกมองในแง่ลบ เพราะการขายโดยทั่วไปและการให้กู้ยืมเงินเพื่อเพิ่มมูลค่าใหม่ย่อมมีความเสี่ยงอยู่แล้ว กรณีนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งเมื่อลูกหนี้ไม่สามารถควบคุมสถานการณ์เลวร้ายที่เกิดขึ้นในธุรกิจของตนได้ และต้องการขายที่ดินหรือโรงงานในช่วงเวลาสุดท้าย เพื่อนำเงินสดที่ได้มาใช้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ส่วนใหญ่เป็นการด่วน

สิ่งที่ตามมา คือ การวิเคราะห์เหตุการณ์ทั่วไปบางประเภทจากแนวความคิดของข้อทดสอบในการทำให้เสื่อมเสียสิทธิ กรณีนี้พึงระลึกว่าแม้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะของการทำให้เสื่อมเสียสิทธิ แต่กระนั้นก็อาจได้รับความคุ้มครองโดยข้อต่อสู้บางอย่าง เช่น ธุรกรรมที่เกิดขึ้นอยู่นอกเหนือเวลาที่นำเสนอ หรือได้รับการยอมรับโดยปราศจากการจงใจที่เลือกปฏิบัติ หรือการรับรองว่าถูกต้องตามกฎหมาย หรือสมบูรณ์โดยหลักการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอจากความรับผิดชอบหรือโทษในกรณีของเจ้าหนี้ที่สุจริตซึ่งไม่ทราบถึงการล้มละลาย

5.8 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการให้บูรณสิทธิตามกฎหมายล้มละลาย

เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 90/77 วรรคสามแล้ว ประเด็นต่อมาที่จะพิจารณาคือ การให้บูรณสิทธิตามมาตรานี้จะให้ในลักษณะใด เช่น เจ้าหนี้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ด้วยการให้กู้ยืมเงินจำนวน 15,000,000 บาท เพื่อนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียน หมายความว่ากรณีได้ผ่านหลักการพิจารณาว่ามีอำนาจก่อนนี้ได้มาแล้ว การพิจารณาว่าจะให้บูรณสิทธิในหนี้ยังกล่าวหรือไม่ คือ การพิจารณาว่าจะให้บูรณสิทธิในหนี้ทั้งหมดหรือไม่ ไม่ใช่กรณีที่สามารถเลือกพิจารณาว่าจะให้บูรณสิทธิบางส่วนหรือไม่ให้บูรณสิทธิบางส่วนได้ เช่น กรณีตัวอย่างจะพิจารณาให้บูรณสิทธิเฉพาะจำนวน 10,000,000 บาท ส่วนอีก 5,000,000 บาท ไม่ให้บูรณสิทธิ กรณีนี้จะกระทำมิได้ จะพิจารณาได้แต่เพียงว่าจะให้บูรณสิทธิตามจำนวนหนี้ยังกล่าวทั้งหมดหรือไม่จะเลือกให้บูรณสิทธิเป็นบางส่วนไม่ได้ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาให้บูรณสิทธิจะพิจารณาให้เป็นครั้งๆ ไป ไม่ใช่พิจารณาว่าให้ได้รับบูรณสิทธิแล้ว และเจ้าหนี้ได้ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ไปแล้วบางส่วน ต่อมาจะมีการยับยั้งหรือเปลี่ยนใจไม่ให้บูรณสิทธิในส่วนที่เหลือไม่ได้ เพราะเมื่อมีการพิจารณาให้บูรณสิทธิแล้วก็ต้องปล่อยให้มีการดำเนินการไปตามนั้นจะมาเปลี่ยนแปลงแก้ไขใดๆ อีกมิได้

ทั้งนี้ การอนุญาตให้สิทธิยึดหน่วงตามกรณีข้างต้นจะเป็นอันตรายต่อความสมบูรณ์ทางกฎหมายของผู้มีส่วนได้เสียที่มีอยู่ก่อนในหลักประกันนั้น ด้วยเหตุนี้ การขอสินเชื่อ

ดังกล่าวจะได้รับอนุญาตเฉพาะกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้เท่านั้น และมาตรา 364 (d) จะต้องจัดให้ผลประโยชน์ที่มีอยู่เดิมได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอก่อน กฎหมายจึงกำหนดให้ Trustee มีภาระในการพิสูจน์ว่าได้มีการให้ความคุ้มครองกับเจ้าหนี้ที่มีผลประโยชน์เดิมอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ อนึ่ง หลักการนี้ยังเป็นที่ยกเถียงในการนำมาใช้ กล่าวคือ ในกรณีที่มูลค่าในทรัพย์สินนั้นมีไม่เพียงพอที่จะให้สิทธิได้พร้อมกันกับทั้งผู้ทรงสิทธิยึดหวงเดิมและผู้ทรงสิทธิยึดหวงรายใหม่ ดังนั้น มูลค่าทรัพย์สินที่มีมากกว่าหนี้ของผู้ทรงสิทธิยึดหวงเดิม Trustee จึงไม่สามารถได้รับอนุญาตให้มีผู้ทรงสิทธิยึดหวงรายใหม่ได้ เว้นแต่จะมีการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอโดยการให้หลักประกันใหม่แก่เจ้าหนี้เดิม หรือการชำระหนี้เพื่อลดจำนวนหนี้ลง หรือวิธีการอื่นๆ บางอย่างที่สามารถกระทำได้

ทั้งนี้ แนวความคิดเรื่องบุริมสิทธิเกิดขึ้นเนื่องจากการก่อหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในตัวทรัพย์สิน และผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้นได้ส่งผลให้เจ้าหนี้รายอื่นๆ ได้รับประโยชน์ด้วย ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้เป็นฝ่ายที่เสี่ยงภัยมาตั้งแต่ต้น เจ้าหนี้ดังกล่าวจึงควรได้รับชำระหนี้ดังกล่าวคืน ซึ่งเป็นไปตามนโยบายเรื่อง Extension of credit และแนวคิดเรื่องบุริมสิทธินี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว เพราะต้องการตอบแทนเจ้าหนี้บางประเภทที่มีบุญคุณกับลูกหนี้

สำหรับเนื้อหาเรื่องบุริมสิทธิในทางแพ่งจะบ่งบอกถึงการเป็นเจ้าหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์จนเกิดผลให้เจ้าหนี้อื่นที่เข้ามาในธุรกิจนั้นได้รับผลประโยชน์ ดังนั้น เจ้าหนี้ที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงได้รับบุริมสิทธิแบบธรรมดา ในขณะที่เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ขณะฟื้นฟูกิจการก็เป็นเจ้าหนี้ที่มีบุญคุณแก่ลูกหนี้ด้วย ดังนั้น จึงนำหลักเรื่องบุริมสิทธิมาปรับใช้กับหนี้ที่เกิดขึ้น

ดังนั้น หลักเรื่องบุริมสิทธิในกฎหมายฟื้นฟูกิจการมันไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักเรื่องบุริมสิทธิเดิม จึงมีการนำหลักเรื่องบุริมสิทธิทางแพ่งมาปรับใช้ด้วย เพียงแต่ตัดตอนว่าเมื่อตอนเริ่มแรกที่เจ้าหนี้ยังมีบุริมสิทธิในทางแพ่งอยู่ เช่น เจ้าหนี้มีประกัน แต่เมื่อเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ถือว่าเป็นการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายแต่ถือเป็นการดำเนินธุรกิจนอกภาคหนึ่งของลูกหนี้ เพราะฉะนั้น แนวความคิดเรื่องบุริมสิทธิจึงยังสามารถนำมาใช้กับเรื่องการฟื้นฟูกิจการได้ แต่การนำเรื่องบุริมสิทธิดังกล่าวมาใช้จะมีลักษณะแตกต่างจากบุริมสิทธิในทางแพ่ง เพราะการฟื้นฟูกิจการย่อมมีความเสี่ยงสูงมากกว่าการดำเนินธุรกิจในสภาพปกติ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าถ้ามีคนให้เงินหรือความช่วยเหลือใดๆ แก่ลูกหนี้ อย่างน้อยที่สุดเจ้าหนี้รายนั้นจะต้องได้รับบุริมสิทธิทั่วไป แต่จุดดีคือบุคคลดังกล่าวมี

ความเสี่ยงสูงมากกว่า เพราะการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในขณะที่ลูกหนี้อยู่ในภาวะคับขัน การได้รับบูรณสิทธิจึงควรได้รับมากกว่าภายใต้เงื่อนไขที่ง่ายขึ้นและมีการผ่านการกลั่นกรองจาก คณะกรรมการอีก ในขณะที่การฟื้นฟูกิจการก็อาจทำให้เจ้าหนี้บางรายไม่พอใจ หรือได้รับความเสียหายเพราะในบางครั้งเจ้าหนี้บางรายอาจมีธุรกิจประเภทเดียวกันเชื่อมโยงหรือเกี่ยวพันอยู่ ดังนั้น ถ้าบริษัทที่ประสบปัญหาต้องล้มละลายไป บริษัทที่เจ้าหนี้มีหุ้นอยู่หรือมีส่วนเกี่ยวข้องก็จะ ได้เติบโตและมีกำไรมากขึ้น เนื่องจากคู่แข่งมีน้อยลง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการ แข่งขันทางธุรกิจสูง คนส่วนใหญ่จะคบกันด้วยผลประโยชน์ทางธุรกิจไม่ได้มีเจตนาที่จะช่วยเหลือ ธุรกิจของลูกหนี้ด้วยความบริสุทธิ์ใจโดยไม่หวังผลตอบแทนจากการช่วยเหลือดังกล่าว ดังนั้น คนที่ จะเข้ามาช่วยเหลือธุรกิจของลูกหนี้จริงๆ จะเป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์ได้เสียร่วมกับลูกหนี้ อย่างมาก เช่น ถือหุ้นของบริษัทลูกหนี้ไว้เป็นจำนวนมากและมีผลประโยชน์ได้เสียกับธุรกิจของ ลูกหนี้อย่างแท้จริง

แนวความคิดเรื่องบูรณสิทธิเกิดจากการก่อหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในตัวทรัพย์สิน และผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นได้ส่งผลให้เจ้าหนี้รายอื่นๆ ได้รับประโยชน์ด้วย ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้ ดังกล่าวเป็นฝ่ายที่เสี่ยงภัยมาตั้งแต่ต้น เจ้าหนี้ดังกล่าวจึงควรได้รับชำระหนี้ดังกล่าวคืน ซึ่งเป็นไป ตามนโยบายเรื่อง Extension of credit และแนวความคิดเรื่องบูรณสิทธินี้มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน เนื่องจาก ความต้องการตอบแทนเจ้าหนี้บางประเภทที่มีบุญคุณกับลูกหนี้

สำหรับบูรณสิทธิทางแพ่งจะบ่งบอกถึงการเป็นเจ้าหนี้ที่ก่อให้เกิดประโยชน์จน เกิดผลให้เจ้าหนี้คนอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องในธุรกิจนั้นได้รับผลประโยชน์ดังกล่าว ดังนั้น เจ้าหนี้ที่ ก่อให้เกิดทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงได้รับบูรณสิทธิแบบธรรมดา ในขณะที่เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ขณะฟื้นฟู กิจการก็เป็นเจ้าหนี้ที่มีบุญคุณแก่ลูกหนี้ด้วย ดังนั้น จึงนำหลักเรื่องบูรณสิทธิมาปรับใช้กับหนี้ที่ เกิดขึ้นและให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี หลักเรื่องบูรณสิทธิในกฎหมายฟื้นฟูกิจการมิได้ขัดหรือแย้งกับหลัก เรื่องบูรณสิทธิในทางแพ่ง จึงมีการนำหลักเรื่องบูรณสิทธิทางแพ่งมาปรับใช้ด้วย เพียงแต่ตัดตอนว่า เมื่อตอนเริ่มแรกที่เจ้าหนี้ยังมีบูรณสิทธิในทางแพ่งอยู่ เช่น เจ้าหนี้มีประกัน แต่เมื่อเข้าสู่ กระบวนการฟื้นฟูกิจการกฎหมายก็ยังคงให้ความคุ้มครองสิทธิ แต่การนำเรื่องบูรณสิทธิดังกล่าวมาใช้ จะมีลักษณะแตกต่างจากบูรณสิทธิในทางแพ่ง เพราะการฟื้นฟูกิจการย่อมมีความเสี่ยงสูงมากกว่า การดำเนินธุรกิจในสภาพปกติ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าถ้ามีคนให้เงินหรือความช่วยเหลือใดๆ แก่ลูกหนี้ แต่อย่างน้อยที่สุดเจ้าหนี้รายนั้นจะต้องได้รับบุริมสิทธิทั่วไป เพราะบุคคลดังกล่าวมีความเสี่ยงสูงมากกว่ากรณีปกติในการช่วยเหลือลูกหนี้ที่อยู่ในภาวะคับขัน จึงควรได้รับบุริมสิทธิมากกว่าภายใต้เงื่อนไขที่ง่ายขึ้นและมีการผ่านการกลั่นกรองจากคณะกรรมการอีก ในขณะที่การฟื้นฟูกิจการก็อาจทำให้เจ้าหนี้บางรายไม่พอใจ หรือได้รับความเสียหายเพราะในบางครั้งเจ้าหนี้เดิมที่มีอยู่อาจมีธุรกิจประเภทเดียวกันเชื่อมโยงหรือเกี่ยวพันอยู่ ดังนั้น ถ้าบริษัทที่ประสบปัญหาต้องล้มละลายไป บริษัทที่เจ้าหนี้รายนั้นถือหุ้นอยู่หรือมีส่วนเกี่ยวข้องก็จะเจริญก้าวหน้าและมีกำไรมากขึ้นเนื่องจากคู่แข่งมีน้อยลง ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการแข่งขันทางธุรกิจค่อนข้างสูง คนส่วนใหญ่ในสังคมจะคบกันด้วยผลประโยชน์ทางธุรกิจไม่ได้มีเจตนาที่จะช่วยเหลือธุรกิจของลูกหนี้ด้วยความบริสุทธิ์ใจโดยไม่หวังผลตอบแทนจากการให้ความช่วยเหลือดังกล่าว ดังนั้น คนที่จะเข้ามาช่วยเหลือธุรกิจลูกหนี้จริงๆ จะต้องเป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์ได้เสียร่วมกับลูกหนี้เป็นอย่างมาก เช่น ชื้อหุ้นของบริษัทลูกหนี้ไว้เป็นจำนวนมากและมีผลประโยชน์ได้เสียกับธุรกิจของลูกหนี้อย่างแท้จริง ค่านิยมของประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับบริษัทที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทที่มีความสัมพันธ์กันเป็นพิเศษหรือไม่ก็มีผลประโยชน์เกี่ยวเนื่องกัน ทั้งนี้ โดยทั่วไปเจ้าหนี้จะสามารถควบคุมกิจการของลูกหนี้ได้ ด้วยเหตุนี้ เวลาที่มีคนเข้ามาให้ความช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่าเจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือดังกล่าวมีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับลูกหนี้หรือไม่ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่สิทธิของเจ้าหนี้ อื่นจากการปฏิบัติต่อสิทธิของเจ้าหนี้รายใหม่ที่เกิดขึ้น ซึ่งในขณะเดียวกันก็ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เดิมด้วย เพราะเจ้าหนี้ดังกล่าวก็มีส่วนได้เสียกับกิจการของลูกหนี้ ดังนั้น เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ก่อนที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงควรได้รับความคุ้มครองที่ชัดเจนและเป็นธรรมว่าสิทธิที่ตนมีอยู่เดิมจะได้รับผลกระทบอย่างไรจากการมีเจ้าหนี้รายใหม่เกิดขึ้นตลอดจนสิทธิในการคัดค้านหรือปฏิเสธการก่อให้เกิดเจ้าหนี้รายใหม่ขึ้น เนื่องจากพิสูจน์ได้ว่าเป็นการทำให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้บางรายซึ่งไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ที่เหลืออยู่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

การฟื้นฟูกิจการเป็นการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในเรื่องของการจัดการธุรกิจ ซึ่งเป็นเรื่องอื่นๆ ลงๆ ด้วยเหตุนี้ ลักษณะของการฟื้นฟูกิจการจึงมีลักษณะเป็นการจัดการทรัพย์สิน ฉะนั้น บุริมสิทธิต่างๆ จึงไม่เกี่ยวกับล้มละลาย และเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ กฎหมายจะบัญญัติตัดสิทธิของเจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการได้อย่างไร

ในที่นี้เราสามารถจำแนกประเภทกลุ่มเจ้าหน้าที่ที่ยอมให้มีการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้
ออกเป็น

1. เป็นกลุ่มเดียวกันกับลูกหนี้และต้องการไชนโฟนเงิน
2. มองว่าธุรกิจของลูกหนี้มีความเป็นไปได้ที่จะกลับมาสร้างกำไรได้อีกครั้ง เช่น ธุรกิจประกันภัย
3. เป็นการแสดงเพื่อยืดเวลาในการแบ่งทรัพย์สินและทำให้เจ้าหน้าที่รายอื่นๆ ท้อใจ

สำหรับบุริมสิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการพิจารณาให้โดยใช้ดุลพินิจ
ดังนี้

1. พิสูจน์ว่ามีประโยชน์ได้เสียแก่ตัวเองหรือไม่ ถ้ามีประโยชน์ได้เสียเกิดขึ้นด้วย โดยหลักการถ้าการกระทำดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของตัวเอง เจ้าหน้าที่รายนั้นก็ควรจะเสียสละด้วย ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่ควรมีลักษณะเหนือกว่าสิทธิของเจ้าหน้าที่รายอื่นมากนักและไม่ควร ทำให้เสื่อมเสียสิทธิของเจ้าหน้าที่รายอื่นจนยอมรับไม่ได้

2. เป็นการช่วยเหลือในลักษณะธุรกิจ ถ้าไม่เช่นนั้นจะเกิดการล้มละลายแบบ ลูกโซ่ นอกจากนี้ยังมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือสังคมโดยรวมด้วย

ในขณะเดียวกัน การฟื้นฟูกิจการจะทำให้ลูกหนี้มีทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้น และเมื่อ ลูกหนี้มีทรัพย์สินเพิ่มมากขึ้นก็เป็นโอกาสหนึ่งที่เจ้าหน้าที่จะมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นไม่ว่าจะเป็นการ ได้รับชำระหนี้หรือการกระทำการค้าต่อไป

ทั้งนี้ การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องมีคนที่มีความรู้ความสามารถในระดับหนึ่งเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ มิเช่นนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้ บุคคลอื่นมาสร้างหนี้เพิ่มขึ้น ทำให้สิทธิของเจ้าหน้าที่ที่มีอยู่เดิมลดลง ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การเข้าสู่กระบวนการล้มละลายกับการฟื้นฟูกิจการมันจึงต่างกัน เพราะถ้าลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการ ล้มละลายแล้ว ลูกหนี้แทบจะไม่เหลือทรัพย์สินใดเลย ในขณะที่ประเทศไทย หากลูกหนี้ฟื้นฟู กิจการไม่สำเร็จ ลูกหนี้ก็อาจยังมีทรัพย์สินเหลืออยู่บ้าง

สำหรับกฎหมายไทย แต่เดิมการก่อกำกับผู้มีหนี้สินล้มพันตัว เขาถือว่าเป็นการ เสี่ยงภัยของเจ้าหน้าที่เอง กฎหมายจึงไม่ให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวโดยไม่ให้มีสิทธิขอรับ ชำระหนี้ และในขณะเดียวกันก็กลัวว่าลูกหนี้จะไปก่อกำกับบุคคลอื่นไปทั่ว ทำให้มีการสร้างหนี้ที่

ไม่ก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนมาก และอาจเกิดการล้มละลายแบบลูกโซ่ และเจ้าหนี้รายนั้นจะไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ไม่ว่าในฐานะเจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้อำนาจพิเศษ ต่อมา จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนนั้นในขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวมีสิทธิได้รับชำระหนี้เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้มีความจำเป็นที่จะได้รับการสนับสนุนทางการเงินหรือสิ่งอื่นใดเพื่อการฟื้นฟูธุรกิจขนาดใหญ่ และถ้าไม่มีการให้ความคุ้มครองบุคคลที่เข้ามาช่วยเหลือลูกหนี้ ก็จะไม่มีความช่วยเหลือ จึงมีการกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือระหว่างฟื้นฟูกิจการมีสิทธิในการขอรับชำระหนี้ที่ดีกว่า โดยการให้บุริมสิทธิเพื่อเป็นแรงจูงใจ ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับการลงทุนใหม่ (New investment) เพราะแนวคิดเรื่องการฟื้นฟูกิจการมีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน จึงนำหลักเรื่องบุริมสิทธิมาใช้ กล่าวคือ หากมีคนเข้าไปช่วยให้ลูกหนี้มีทรัพย์สินเพิ่มขึ้น จึงควรได้รับรางวัล และเมื่อกฎหมายไทยได้นำหลักเรื่องล้มละลายกับการฟื้นฟูกิจการมาปนกัน จึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 94 (2) ให้มีเนื้อหาสอดคล้องกัน

ในขณะเดียวกันหากพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่ง คือ เจ้าหนี้ที่สร้างทรัพย์สินให้กับลูกหนี้ควรมีบุริมสิทธิในทรัพย์สินนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าคนที่เข้ามาให้เงินลงทุนในการฟื้นฟูมีฐานะเหมือนกับเป็นนักลงทุนรายใหม่ และการลงทุนดังกล่าวทำให้เกิดทรัพย์สินแก่ลูกหนี้ และทำให้เจ้าหนี้รายอื่นได้รับผลประโยชน์จากการเพิ่มขึ้นของทรัพย์สินนั้น เขาจึงควรได้รับบุริมสิทธิจากการกระทำนั้น

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/77 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติคำว่า "ตามแผน" ไว้ เพราะกลัวความไม่ซื่อสัตย์ของลูกหนี้และเจ้าหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่ทำธุรกิจของตนจะมีความซื่อสัตย์ต่อธุรกิจของตนเองเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีหน่วยงานที่เรียกว่า Credit bureau คอยตรวจสอบการทำธุรกิจต่างๆ อยู่ ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีเรื่องให้ต้องพิจารณาว่ามีการกระทำตามแผนหรือไม่ เพราะความชัดเจนได้เกิดขึ้นตั้งแต่มีการเข้าสู่กระบวนการแล้ว ในขณะที่หลายประเทศได้กำหนดให้มีคำว่าตามแผน เพราะเกิดไม่แน่ใจว่าจะมีการตรวจสอบกันอย่างจริงจังหรือไม่ เพราะประเทศไทยมีการตั้งบริษัทปลอม (Paper company) ขึ้นมาเป็นจำนวนมากเพื่อการฉ้อโกงประชาชนโดยมิได้มีการลงทุนทำธุรกิจกันแต่ประการใด ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีการตรวจสอบจากบุคคลภายนอกที่อยู่ในวงการเดียวกัน เช่น กรรมการคนเดียวมีการถือหุ้นอยู่ในหลายบริษัท จะมีการตรวจสอบว่ามีผลประโยชน์ขัดแย้งกันหรือไม่ (Conflict of interest) ในขณะที่บริษัทส่วนใหญ่ในประเทศไทยจะเป็นการถือหุ้นในลักษณะครอบครัวหรือแบบฮั้วกันโดยมิได้มีการทำธุรกิจเหมือนเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา

ทั้งนี้ การมีคำว่า "ตามแผน" เพราะกฎหมายกลัวว่าจะมีการตั้งบริษัทขึ้นมาฮั้วกัน เพราะอาจมีกรรมการตั้งบริษัทขึ้นมาและมีการสร้างหนี้ปลอมขึ้นเป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดคำว่า "ตามแผนไว้" เพื่อให้มีการตรวจสอบหนี้ที่จะเกิดขึ้น แต่ถ้าก่อนหน้านั้นลูกหนี้มีความจำเป็นต้องขอกู้เงินหรือขอความช่วยเหลือใดๆ ก่อนที่จะมีแผนฟื้นฟูกิจการก็ให้ยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนว่ามันยังไม่มีแผนและมีความจำเป็นอย่างไร เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบหนี้ที่จะเกิดขึ้นซึ่งในกรณีที่มีการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาอนุญาตให้ก่อสินเชื่อจะก่อให้เกิดความยุ่งยากและเกิดความล่าช้า และในขณะเดียวกันก็จะทำให้ขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะกว่าศาลจะพิจารณาอนุญาตให้มีการก่อสินเชื่อดังกล่าวได้ ความจำเป็นที่จะใช้สินเชื่อดังกล่าวก็อาจจะหมดไปแล้วก็เป็นได้ และเมื่อลูกหนี้ไม่ได้รับความช่วยเหลือดังกล่าวอย่างทันท่วงทีในกรณีที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่จำเป็นและมีอาจจะล่าช้าได้ ลูกหนี้ก็อาจต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ซึ่งในกรณีดังกล่าวโดยหลักสากล การดำเนินการทางการค้าโดยปกติไม่ควรถูกรบกวนหรือแทรกแซงจากศาลหรือบุคคลภายนอก ควรปล่อยให้ไปตามที่ลูกหนี้กระทำการอยู่ทุกวัน เพื่อมิให้ธุรกิจของลูกหนี้ต้องหยุดชะงักหรือเกิดความยากลำบากในการบริหารจัดการ

อย่างไรก็ดี หากการฟื้นฟูกิจการ เราให้สิทธิเจ้าหนี้ที่ช่วยเหลือลูกหนี้ให้ได้รับบุริมสิทธิดีกว่าสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิม เจ้าหนี้รายอื่นๆ อาจไม่ยอมให้มีการฟื้นฟูกิจการก็ได้ เพราะสิทธิของเขามีอยู่ได้รับผลกระทบ ดังนั้น การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ และหากมีการช่วยเหลือลูกหนี้จริงจะต้องมีการกลั่นกรองหนี้ที่จะเกิดขึ้นมิให้มีการกลั่นแกล้งมิให้เจ้าหนี้รายอื่นไม่ได้รับชำระหนี้ สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะแตกต่างกับของไทย เพราะมีการบัญญัติกฎหมายแยกกัน และการตีความทางกฎหมายและวัฒนธรรมทางความคิดไม่เหมือนกัน การก่อกองหนี้ในการทำธุรกิจโดยปกติทั่วไปย่อมมีความเสี่ยงและไม่ได้รับบุริมสิทธิ

ทั้งนี้ การมีแผนฟื้นฟูกิจการคือการประกาศว่ามีการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ การมีแผนเป็นไปเพื่อควบคุมการคัดเลือกเจ้าหนี้ด้วยไม่ให้เกิดการฮั้วกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องเป็นหนี้ทางธุรกิจ ซึ่งจะมีการตรวจสอบอยู่แล้ว นอกจากนี้ ระบบศาลของสหรัฐอเมริกากับของไทยก็ต่างกันในเรื่องของการตรวจสอบ แนวความคิดพื้นฐานในการตรวจสอบมันต่างกัน คือเริ่มทันทีตั้งแต่เจ้าหนี้จะเข้ามา เจ้าหนี้ต้องแสดงหลักฐานให้ชัดเจนเลยว่ามีหนี้ต่อกันอย่างไร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายแต่ละแห่งมันต่างกันและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ต่างกัน เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเขามีระบบการควบคุมตรวจสอบโดยสังคม (Social control) ที่ดีและมีความเข้มแข็ง เช่น มีบริษัทจะเข้าไปสนับสนุนความช่วยเหลือต่างๆ จะต้องมีการแจ้งข้อมูลดังกล่าวไปยัง Credit bureau จะแอบทำกันเองไม่ได้กรรมการจะทำเองก็ไม่ได้ ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการกลั่นกรองที่ดีในขณะที่ประเทศไทยไม่มี คือ ประเทศไทยจะเริ่มเมื่อมีแผน แต่ถ้ามีความจำเป็นต้อง

มีการก่อก่อนมีแผนจะต้องมีการสร้างมาตรการใหม่ คือ การสร้างให้มีกระบวนการพิจารณา โดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล กล่าวคือ หากเป็นการก่อก่อนนี้เพื่อการดำเนินการธุรกิจการค้าโดยปกติแล้ว ไม่ว่าจะบุคคลใดก็ตามต้องมีอำนาจก่อก่อนนี้ดังกล่าวได้ ไม่ควรมาจำกัดช่วงเวลาว่าจะต้องมีแผนเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงจะก่อก่อนนี้ได้ เพราะในระยะเวลาดังกล่าวความจำเป็นที่ต้องการความช่วยเหลือทางการเงินหรือสินเชื่อต่างๆ อาจไม่มีความสำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้อีกต่อไป และหากมีเจ้าหนี้หรือบุคคลใดกล้าเสี่ยงที่จะให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ แต่กฎหมายกลับไม่มีมาตรการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าว ดังนั้น การฟื้นฟูกิจการที่มีประสิทธิภาพจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะขาดเครื่องมือทางกฎหมายที่จะช่วยลดความเสี่ยงให้แก่ผู้ช่วยเหลือลูกหนี้ ซึ่งในขณะเดียวกันสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เดิมอาจจะไม่ได้รับชำระหนี้ใดเลยก็เป็นได้หากไม่มีการอนุญาตให้ลูกหนี้ก่อก่อนขึ้นในช่วงที่ลูกหนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเริ่มตั้งแต่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับหลักบุริมสิทธิในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องกระทำการตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นจึงจะได้รับบุริมสิทธิไม่ใช่ลักษณะว่าต้องเป็นการก่อก่อนธุรกรรมปกติ เพราะธุรกรรมปกติโดยทั่วไปย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่กิจการของลูกหนี้ที่อยู่แล้ว แต่หลักบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การตีความอย่างเถรตรงคือมีการตีความตามตัวอักษรไม่ได้ตีความตามเนื้อหาแห่งกฎหมาย ถ้ามีความตีความตามกฎหมาย Common law หรือกฎหมายโรมันคือ ไม่ว่าใครก็ตามที่ทำประโยชน์ให้กับธุรกิจหรือกองทรัพย์สินของลูกหนี้ก็เสมือนหนึ่งไปจัดการงานนอกสั่งจึงให้บุริมสิทธิ เพราะกฎหมายต้องการให้มีการช่วยเหลือกัน

สำหรับหลักบุริมสิทธิในทางแพ่ง คือ บุคคลใดที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินขึ้นมาแล้ว บุคคลอื่นได้รับผลประโยชน์จากการนั้น เขาจึงควรได้รับบุริมสิทธิ เพราะมองในแง่ที่มันก่อให้เกิดประโยชน์ แต่ทั้งนี้ต้องมีเจตนาช่วยจริงๆ ในขณะที่กฎหมายโรมันกำหนดว่าถ้าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้วมีบุคคลใดเข้าไปช่วยเหลือ กรณีนี้บุคคลดังกล่าวจะไม่สามารถได้รับบุริมสิทธิ นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องบุริมสิทธิว่า หมายถึง สิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งโดยสภาพหรือลักษณะแห่งหนี้นั่นเอง มีกฎหมายบัญญัติให้เจ้าหนี้นั้นมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น โดยสืบเชิงจากทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางสิ่งของลูกหนี้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 251 ว่า "ผู้ทรงบุริมสิทธิย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะได้รับชำระหนี้อันค้างชำระแก่ตน จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้อื่น" โดยนัยดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น"

จากบทบัญญัติตามมาตรา 251 นี้ จะเห็นได้ประการแรกว่า บุริมสิทธิเกิดขึ้นได้ด้วยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น บุคคลจะก่อให้เกิดบุริมสิทธิขึ้นเองโดยลำพังหาได้ไม่ สำหรับมูลหนี้ที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นหนี้บุริมสิทธินั้น อาจมีเหตุผลพิเศษแห่งที่มาต่างๆ กัน กฎหมายจึงกำหนดหนี้บางอย่างมีบุริมสิทธิ^๑ เช่น

1. เป็นหนี้เกี่ยวกับความสัมพันธ์อันพิเศษระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เช่น หนี้บุริมสิทธิของผู้ให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 260, 265 หรือหนี้บุริมสิทธิในมูลจ้างเสมียนคนใช้ หรือคนงาน ตามมาตรา 257 เป็นต้น หรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นหนี้เกี่ยวกับมนุษยธรรมและศีลธรรมอันดีของบุคคลทั่วไป เช่น หนี้ค่าปลงศพ หนี้ค่าจ้าง คนใช้ เป็นต้น

2. เพื่อประโยชน์ของรัฐจะได้นำเงินมาสร้างความสำเร็จก้าวหน้าของบ้านเมืองหรือสังคม เช่น หนี้บุริมสิทธิในค่าภาษีอากรตามมาตรา 253 (3), 256 หรือเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสังคมที่ติดต่อกันระหว่างบุคคล เช่น หนี้บุริมสิทธิเกี่ยวกับเช่าอสังหาริมทรัพย์ พักอาศัยในโรงแรม

3. หนี้ที่เกิดจากเจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อื่น ๆ ทำให้เจ้าหนี้อื่นได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้น เจ้าหนี้ที่กระทำไปเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้อื่น ก็ควรมีบุริมสิทธิในค่าใช้จ่ายนั้น เช่น บุริมสิทธิในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 254 และบุริมสิทธิในมูลรักษาสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 274 เป็นต้น

บุริมสิทธิสามัญ เป็นบุริมสิทธิที่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ในการที่จะบังคับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น ๆ จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็อสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ส่วนการที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนหลังกันอย่างไรนั้น ก็จะต้องเป็นไปตามลำดับของบุริมสิทธิและผลแห่งบุริมสิทธิ บุริมสิทธิสามัญนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 253 ว่า “ถ้าหนี้มีอยู่เป็นคุณแก่บุคคลผู้ใดในมูลหนี้อย่างหนึ่งอย่างใด ดังจะกล่าวต่อไปนี้ บุคคลนั้นย่อมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ตามธรรมดาทรัพย์สิน หรือสิทธิเกิดขึ้นเหนือทรัพย์สินได้นั้นย่อมคำนวณเอาตามเวลาที่ก่อให้เกิดขึ้นก่อนและหลังเป็นการจัดลำดับ อันที่ก่อก่อนก็ย่อมมาในลำดับก่อน อันที่ก่อกันหลังก็ย่อมมาในลำดับหลัง

^๑มรกต ศรีจรุณรัตน์, สัมมนาในวิชากฎหมายแพ่ง (Seminar in civil law), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 29.

อย่างไรก็ดี ในเรื่องลำดับบุริมสิทธิแล้วกฎหมายคำนึงถึงลักษณะของเจ้าหนี้ กล่าวคือ เพื่อสาธารณะประโยชน์เป็นเหตุที่กฎหมายกำหนดให้มีบุริมสิทธิติดไปกับหนี้บางประเภท หากได้คิดถึงว่าหนี้ได้เกิดก่อนและหลังไม่ การลำดับก่อนและหลังจึงได้ถือเอาประเภทของหนี้ว่าเกิด แต่มูลใดเป็นเกณฑ์

เมื่อมีบุริมสิทธิมากหลายเช่นนี้ก็เป็นธรรมดาว่าในบางกรณีสิทธิเหล่านี้อาจจะแย้งกันโดยเหตุที่ไปมีอยู่เหนือทรัพย์สินอันเดียวกัน จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องจัดลำดับไว้ เพื่อให้รู้ว่า บุริมสิทธิอันใดจะใช้ก่อนอันใดได้ อันใดที่กฎหมายจัดให้อยู่ในลำดับก่อนก็ย่อมได้เปรียบอันที่อยู่ในลำดับหลัง เพราะว่าจะได้รับชำระหนี้ก่อนลำดับหลัง⁹

หลักในการที่กฎหมายวางลำดับบุริมสิทธินั้นก็คือ โดยทั่ว ๆ ไป ไม่ถือเอาการที่หนี้ บุริมสิทธิรายไหนเกิดก่อนหรือหลังกันเป็นประมาณ คือไม่ถือตามหลักว่าใครมาก่อนได้สิทธิดีกว่า แต่ถือเอาความสำคัญในคุณภาพของหนี้ที่ควรจะได้รับชำระหนี้ก่อนบุริมสิทธิรายอื่น แม้คุณภาพ แห่งหนี้จะควรจัดให้อยู่ในลำดับเดียวกัน รายไหนได้ทำประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ มากกว่ารายนั้นก็ยังได้มาก่อน และท้ายที่สุดนี้ ถ้าอยู่ในลำดับเดียวกันและมีบุริมสิทธิเหนือ ทรัพย์สินอันหนึ่งอันเดียวกัน ก็ให้มีสิทธิเสมอกัน คือได้เฉลี่ยกันตามส่วนมากและน้อย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹ เสนีย์ ปราโมช, "คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุริมสิทธิ ประจำปีการศึกษา 2501."