

การใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย



นายเอกลักษณะ เหลืองอำพล

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

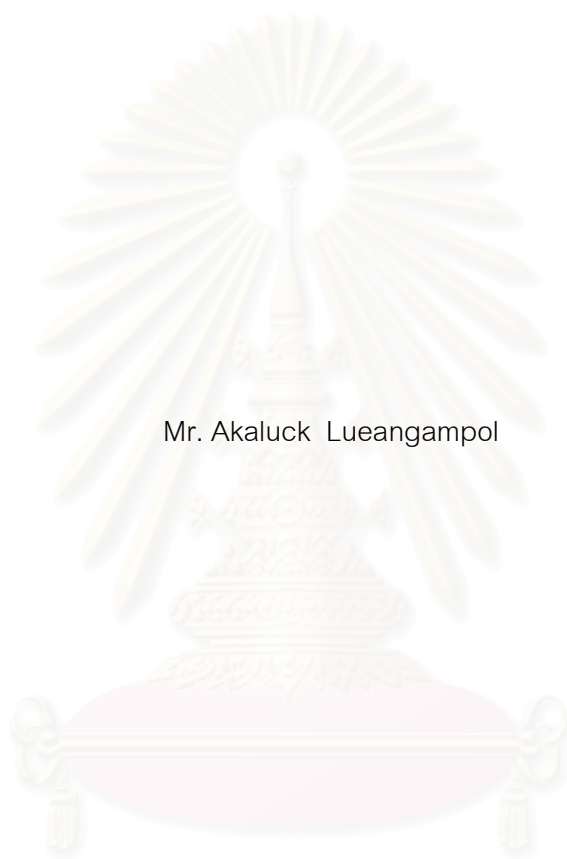
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

USING THIRD PARTY ASSETS IN POSSESSION OF DEBTOR IN INSOLVENCY LAW



Mr. Akaluck Lueangampol

สถาบันวิทยบริการ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

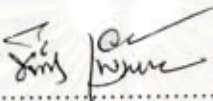
Chulalongkorn University

Academic Year 2007


Copyright of Chulalongkorn University


หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ในคดีล้มละลาย
โดย	นายเอกลักษณ์ เหลืองอำพล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	อาจารย์วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศรินทร์กรณ์ ไสตดิพันธุ์)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ)

เอกลักษณ์ เหลืองอำพล : การใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้
ในคดีล้มละลาย. (USING THIRD PARTY ASSETS IN POSSESSION OF DEBTOR IN
INSOLVENCY LAW) อ.ที่ปรึกษา : รศ.ลำเรียง เมฆเกรียงไกร, อ.ที่ปรึกษาร่วม : อ.วิศิษฐ์
วิศิษฐ์สรอรรถ, 153 หน้า.

มาตรการทางกฎหมายฟื้นฟูกิจการที่สำคัญ คือ การพักบังคับชำระหนี้เพื่อให้เวลาแก่ลูกหนี้
ดำเนินกิจการต่อไปได้โดยปราศจากความกดดันจากเจ้าหนี้ ซึ่งการฟื้นฟูกิจการจำเป็นจะต้องใช้
ทรัพย์สินต่างๆ ของลูกหนี้ รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ด้วย
เช่นเดียวกันกฎหมายล้มละลายมีมาตรการรักษามูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการขายธุรกิจของ
ลูกหนี้ออกไปโดยที่ธุรกิจนั้นยังดำเนินอยู่ หรือจำเป็นต้องให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปในระยะเวลา
หนึ่ง เพื่อรักษามูลค่าของทรัพย์สินไว้ อันมีความจำเป็นจะต้องใช้ทรัพย์สินต่างๆ ในลักษณะเดียวกัน
กับการฟื้นฟูกิจการ

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ในกระบวนการล้มละลาย ตาม
มาตรา 109 (3) กำหนดให้สิ่งของซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยพฤติการณ์ที่เห็นว่าลูกหนี้
เป็นเจ้าของนั้น อาจนำมาชำระหนี้ได้ แต่หลักดังกล่าวมิได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้
ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลายได้แต่อย่างใด ส่วนกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น
ตามหลักเรื่องการพักบังคับชำระหนี้ทำให้ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่เป็น
สาระสำคัญต่อการดำเนินกิจการได้ แต่ไม่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ส่วนได้เสียในทรัพย์สินของ
บุคคลภายนอกอย่างเพียงพอ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เสนอแนะ ปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ดังนี้

1. กำหนดให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น รวมถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่
บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของด้วย
2. กำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ต่อไป
รวมถึงอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ได้ ตราบเท่าที่จำเป็น
เพื่อให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด
3. กำหนดมาตรการคุ้มครองส่วนได้เสียอย่างเพียงพอในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิติศ: *วิวัฒน์ เหลืองอำพล*
ปีการศึกษา.....2550.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา: *วิ.*

4786376034 : MAJOR LAWS

KEY WORD: / INSOLVENCY / BANKRUPTCY / THIRD PARTY ASSETS.

AKALUCK LUEANGAMPOL : USING THIRD PARTY ASSETS IN POSSESSION OF DEBTOR IN INSOLVENCY LAW. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. SAMRIENG MEKKRIENGKRAI ,THESIS COADVISOR : WISIT WISITSORA-AT , 153 pp.

The important legal measure of reorganization law is the automatic stay that allows a debtor to organize its affairs without pressure from creditors. The reorganization proceeding often requires debtor's assets and third party's assets in the possession of debtor. In the same manner, bankruptcy law provides the measures that retain the value of the debtor's asset; namely, either sale the debtor's business as an operating business or continuity of business for a period to maintain the value of asset. Thus, it is essential to use all assets as same as the reorganization proceeding.

From the study, Section 109 (3) of the Bankruptcy Act B.E. 2483, in the bankruptcy proceeding requires that all goods in possession of the debtor, in a circumstance shown it belongs to the debtor, may be satisfied the obligation. However, such rule does not authorize the official receiver to use third party's assets in the bankruptcy proceeding. For the reorganization proceeding, the automatic stay principle enables the debtor to use the third party's assets that are essential for the continuity of debtor's business. Nevertheless, it insufficiently provides protection for the interest of third party's assets.

The thesis, hence, proposes to amend the Bankruptcy Act B.E. 2483 as follows;

1. Prescribe debtor's assets to include debtor's interest in assets owned by third party.
2. Authorize the official receiver to manage the debtor's assets or business, including the authority to allow the utilization of third party's assets that in the possession of the debtor as necessary to maximize the value of the debtor's assets.
3. Prescribe any measure on protection of the interest of third party's assets sufficiently.

Field of study.....Laws.....Student's signature: *A. Lueangampol*
 Academic year.....2007.....Advisor's signature: *[Signature]*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความเมตตากรุณาเป็นอย่างสูงจากท่านอาจารย์วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม และกรรมการวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งถ่ายทอดความรู้ในวิชากฎหมายล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ ให้ข้อมูลคำปรึกษา และชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์แก่ข้าพเจ้า ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ “คุณครู” เป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ในการนำเสนอสอบวิทยานิพนธ์ และปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ลำเรียง เมฆเกรียงไกร ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษา แนะนำข้อคิดต่าง ๆ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทโชติ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สิทธิโชค ศรีเจริญ ที่ให้ความกรุณาให้โอกาส และสนับสนุนการศึกษาตลอดมา ขอขอบคุณคุณคุณหทัยทิพย์ ป็องเสร์ว่า ที่เป็นธุระจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ให้แก่ข้าพเจ้า

ขอขอบคุณเพื่อนนิสิตปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตลอดจนเพื่อน รุ่นพี่ รุ่นน้อง ทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณวิภาพร พารักษา ที่ให้กำลังใจ และผลักดันข้าพเจ้าด้วยดีตลอดมา

ท้ายสุดนี้ ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาเป็นอย่างสูงที่คอยให้กำลังใจแก่ข้าพเจ้า และให้ความสนับสนุนการศึกษาของข้าพเจ้าด้วยความรักตลอดมา ขอขอบคุณพี่ชาย และน้องชายที่ให้กำลังใจ กวดขัน และหมั่นสอบถามความก้าวหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนเป็นธุระจัดการงานแทนข้าพเจ้าในระหว่างทำวิทยานิพนธ์

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้	
ตามกฎหมายล้มละลายของไทย.....	6
2.1 แนวความคิดการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย.....	6
2.1.1 ลักษณะสำคัญของกฎหมายล้มละลาย.....	8
2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย.....	10

2.2 กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย.....	15
2.2.1 ทรัพย์สินของลูกหนี้อันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย.....	16
2.2.2 ทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย.....	18
2.3 การจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย.....	25
2.3.1 การจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้หรือ กระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จไป.....	25
2.3.2 การเก็บรวบรวมทรัพย์สินที่จะตกได้แก่ลูกหนี้ หรือ ลูกหนี้มีสิทธิได้รับจากผู้อื่น.....	29
2.3.3 การประนีประนอมยอมความ ฟ้องร้อง หรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้.....	33
2.3.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครอง ของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย.....	34
2.3.4.1 สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์.....	34
2.3.4.2 การใช้ทรัพย์สิน.....	38
2.3.4.3 การคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ในกระบวนการล้มละลาย.....	40

2.4 การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ..... 41

 2.4.1 วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ..... 42

 2.4.2 สภาวะการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay)..... 42

 2.4.3 ผลกระทบของสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ Automatic Stay ต่อบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้..... 46

 2.4.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้..... 47

 2.4.5 การให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้หรือบุคคลผู้ถูกจำกัดสิทธิ จากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้..... 49

บทที่ 3 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL.....60

3.1 บทนำ.....60

3.2 ความเบื้องต้น และวัตถุประสงค์ว่าด้วยการใช้ทรัพย์สิน62

3.3 ทรัพย์สินที่ประกอบขึ้นเป็นกองทรัพย์สิน65

 3.3.1 ทรัพย์สินที่รวบรวมอยู่ในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย.....66

 3.3.2 ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ไม่นับรวมเข้ามาในกองทรัพย์สิน.....73

3.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในคดีล้มละลาย.....76

 3.4.1 การปฏิบัติต่อสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก.....76

3.4.1.1 ข้อสัญญาว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติ การร่นระยะเวลาของสัญญา หรือข้อสัญญาที่คล้ายกัน.....	78
3.4.1.2 การปฏิบัติต่อสัญญาต่อไปหรือการยกเลิกสัญญา.....	80
3.4.1.3 ผลของการคงไว้ซึ่งสัญญาหรือยกเลิกสัญญา.....	85
3.4.1.4 สัญญาเช่าที่ดินและทรัพย์สิน.....	88
3.4.1.5 การโอนสิทธิ.....	88
3.4.1.6 ข้อยกเว้นทั่วไป เรื่องอำนาจในการรับเอาสัญญาเพื่อปฏิบัติ ต่อไป หรือการปฏิเสธสัญญาหรือการโอนสิทธิในสัญญา.....	89
3.4.2 การใช้ทรัพย์สิน.....	90
3.5 การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก.....	95
3.5.1 การบรรเทาจากการพักการดำเนินคดี.....	96
3.5.2 การคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สิน.....	97
บทที่ 4 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาเรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกใน กระบวนการล้มละลาย.....	99
4.1 ความจำเป็นของการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ.....	100

4.2	ข้อพิพาทการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครอง ของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย.....	102
4.2.1	ข้อพิพาทเกี่ยวกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย.....	103
4.2.2	ข้อพิพาทเรื่องอำนาจจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์... ..	105
4.2.3	ข้อพิพาทการจัดการกับสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของ บุคคลภายนอก.....	107
4.2.4	ข้อพิพาทการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก.....	110
4.3	ข้อพิพาทการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครอง ของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ.....	113
4.4	ข้อพิพาทเรื่องการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอก เจ้าของทรัพย์สิน.....	116
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	119
5.1	บทสรุป.....	119
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	121
	รายการอ้างอิง.....	124
	ภาคผนวก.....	129
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	153

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

กฎหมายล้มละลายจัดได้ว่าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่มีลักษณะพิเศษ เพราะรวมเอากฎหมายสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติไว้ในฉบับเดียวกัน เมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน อยู่ในสภาวะมีหนี้ล้นพันตัว ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่จะถูกรวบรวมเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย แล้วนำมาแบ่งเฉลี่ยให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ตามสัดส่วน ไม่เฉพาะแต่เจ้าหนี้ที่ฟ้องคดีล้มละลายเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่สร้างมาตรการการบังคับชำระหนี้แตกต่างจากการบังคับชำระหนี้โดยทั่วไป โดยสร้างมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ในลักษณะเพื่อประโยชน์ร่วมกัน และในคราวเดียวกัน (Collective Measure) และเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ให้หลุดพ้นจากภาวะล้มละลายโดยเร็ว เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ไม่ว่าจะเป็นการล้มละลาย หรือการฟื้นฟูกิจการ อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้จะถูกโอนไปยังผู้แทนในคดีล้มละลาย สำหรับประเทศไทยนั้น ในคดีล้มละลายจะเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และการฟื้นฟูกิจการอาจจะเป็นผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผนแล้วแต่กรณี ซึ่งผู้แทนในคดีล้มละลายจะเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ และเข้าสู่ผู้คดีความใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมทั้งมีอำนาจดำเนินธุรกิจในการการค้าปกติของลูกหนี้ด้วย

กฎหมายฟื้นฟูกิจการเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จัดการปัญหาหนี้ล้นพันตัวของลูกหนี้อีกส่วนหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายล้มละลายในส่วนการอนุญาตให้ลูกหนี้มีโอกาสดำเนินกิจการต่อไป โดยการปรับโครงสร้างหนี้ โครงสร้างทุน หรือโครงสร้างกิจการ เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินต่อไปได้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการจะเข้ามาช่วยให้ลูกหนี้มีเวลาสำหรับจัดการปัญหาทางการเงินของตนอย่างลดความกดดันจากบรรดาเจ้าหนี้ และให้เจ้าหนี้มีส่วนร่วมในการจัดการปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ด้วย อันจะเป็นการรักษามูลค่าทางเศรษฐกิจส่วนรวมเอาไว้

ไม่ให้เกิดความเสียหายต่อทุกฝ่าย การฟื้นฟูกิจการนั้นธุรกิจของลูกหนี้จะดำเนินต่อไปภายใต้การควบคุมของกฎหมายฟื้นฟูกิจการ โดยมีศาลและเจ้าหนี้ร่วมกันเป็นผู้ดูแลความเรียบร้อยของการดำเนินไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้เองจะต้องใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอาจจะรวมถึงทรัพย์สินหลักประกันของเจ้าหนี้มีประกัน และทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่จำเป็นเพื่อการดำเนินธุรกิจนั้น ในทางเดียวกันสำหรับกฎหมายล้มละลายแล้ว ปัจจุบันการยอมให้ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจต่อไปอีกระยะเวลาหนึ่ง เพื่อขายธุรกิจของลูกหนี้ออกไปในลักษณะที่ธุรกิจยังดำเนินต่อไป หรือรอการแยกขายก็ตาม มูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีมากกว่าการต้องถูกบังคับขายแยกส่วนออกไป

ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีกระบวนการฟื้นฟูกิจการ และในกรณีกระบวนการล้มละลายที่ธุรกิจนั้นต้องขายในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป ซึ่งมีความจำเป็นต้องยึดถือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ใช้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการของลูกหนี้ต่อไป หากไม่สามารถยึดถือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ใช้ได้นั้น จะทำให้การจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้รับความเสียหาย ไม่เกิดประโยชน์สูงสุดตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย อย่างไรก็ตาม การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินด้วย เนื่องจากการถูกบังคับใช้โดยที่ต้องแบกรับความเสี่ยงจากการเสื่อมเสียมูลค่าในทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของ ทั้งที่สามารถติดตามเอาคืนทรัพย์สินของตนได้ทันทีตามหลักกรรมสิทธิ์ หากกฎหมายล้มละลายยินยอมให้กระทำเช่นนั้นได้ โดยที่ไม่คำนึงถึงส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินแล้ว ย่อมจะไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของทรัพย์สิน ทำให้เกิดความขัดแย้งในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย และกระบวนการฟื้นฟูกิจการ รวมถึงบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์จะไม่ให้ความร่วมมือในการจัดการตามกฎหมาย

สำหรับกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวไว้อย่างชัดเจนให้เป็นแนวทางปฏิบัติต่อการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ในคดีล้มละลายว่า ผู้แทนในคดีล้มละลาย (เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์) จะมีอำนาจใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เพื่อประโยชน์ในการจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้

ต่อไป ดังนั้น เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายแล้ว ปัญหาการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก จึงไม่อาจกระทำได้อันก่อให้เกิดผลเสียต่อการจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยรวม

ส่วนกฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศไทย แม้จะมีมาตรการให้ดำเนินธุรกิจของ ลูกหนี้ต่อไปได้ และให้ทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์สินหลักประกัน หรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจะถูกยึดถือไว้ และอนุญาตให้ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน แล้วแต่กรณี มีอำนาจใช้ได้ต่อไปตามกระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่ผลกระทบบการใช้ต่อเจ้าของทรัพย์สินนั้นยังไม่ได้ ได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียตามสมควร อันคำนึงถึงประโยชน์ระหว่างบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน และกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งปัญหาทั้งในส่วนกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการดังกล่าว กฎหมายของต่างประเทศได้มีการกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างสูงสุด และให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียใน ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกอย่างเป็นธรรมอีกด้วย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษารูปแบบและวิธีการใช้ ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย รวมถึงการให้ ความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เพื่อให้ทราบถึงข้อดี ข้อเสีย และปัญหา ที่อาจเกิดขึ้นจากการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย และเพื่อเสนอแนะวิธีการใช้ทรัพย์สิน ของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลายที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ต่อไป

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

กระบวนการล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (แก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ.2547) ยังไม่มีบทบัญญัติในการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความ ครอบครองของลูกหนี้ ซึ่งการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอาจมีความจำเป็นในการดำเนินกระบวนการ ล้มละลายในกรณีที่มีความจำเป็นต้องดำเนินธุรกิจต่อไปในระยะเวลาหนึ่ง หรือจำเป็นต้องขาย กิจการไปในลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินการอยู่ นอกจากนี้ ในส่วนกฎหมายฟื้นฟูกิจการยังไม่มี

บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินนั้น เป็นเหตุให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายไม่ได้รับผลประโยชน์สูงสุดทั้งแก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดกระบวนการของกฎหมายล้มละลาย เรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ รวมทั้งศึกษาปัญหาและผลกระทบที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้
2. วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483
3. เสนอทางออก หรือแนวทางแก้ไขเพื่อให้สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ได้อย่างเหมาะสม และแก้ไขกฎหมายอันเกี่ยวกับมาตรการในการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในส่วนที่ยังไม่ชัดเจนเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อไป

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาถึงการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลายในการวิจัยนี้ จะศึกษาถึงประเภทของทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย และมาตรการต่างๆ ของกฎหมายในการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ รวมถึงการคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก โดยศึกษาจากแนวทางในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL (Legislative Guide on Insolvency Law) แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) หรือการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ ตำบทยุทธศาสตร์ บทความ เอกสารสัมมนา และคำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายทั้งของประเทศไทย และของต่างประเทศ โดยมุ่งศึกษาวิเคราะห์การใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 เปรียบเทียบกับแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL (Legislative Guide on Insolvency Law)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบหลักการ และแนวคิดของกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย
2. เพื่อทราบถึงปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ จากการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483
3. เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลายที่เหมาะสมกับประเทศไทย

บทที่ 2

การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ตามกฎหมายล้มละลายของไทย

2.1 แนวความคิดการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิกระทำการบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง จะต้องใช้อำนาจรัฐในการบังคับชำระหนี้ โดยการฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยชำระหนี้ จึงเกิดปัญหาขึ้นว่าเจ้าหนี้จะขอบังคับชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง และศาลจะมีวิธีการบังคับให้จำเลยชำระหนี้ได้อย่างไรบ้าง¹

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ การบังคับชำระหนี้เดิมถือว่าการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายจากการผิดสัญญาเท่านั้น จะฟ้องร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ต่อมาจึงมีการยอมรับให้มีการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญากันโดยเฉพาะเจาะจงได้ (Specific performance) แต่ศาลจะบังคับให้ในกรณีพิเศษ เมื่อการชดเชยค่าเสียหายเป็นการไม่เพียงพอ อันอยู่ในดุลยพินิจของศาลเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณี

สำหรับกฎหมายระบบซีวิลลอว์ ยึดหลักว่า เมื่อบุคคลหนึ่งทำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่ง เขาย่อมหวังว่าอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามสัญญา หลักทั่วไปของการบังคับชำระหนี้จึงมีว่า คู่สัญญาย่อมมีสิทธิบังคับให้ผู้ให้สัญญาปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นในกรณีที่ไม่มีอยู่ในนิวส์ที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้โดยตรงไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน จึงให้ชำระค่าเสียหายทดแทนหรือเพิ่มเติมขึ้น

สำหรับประเทศไทยนั้น เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์เช่นกัน ซึ่งมีหลักการบังคับชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักทั่วไปว่า เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับเช่นนั้นได้ เจ้าหนี้

¹ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, (พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 127.

ก็จำเป็นที่จะต้องเรียกร้องค่าเสียหายแทน² ซึ่งศาลจะต้องกำหนดการบังคับคดีเพียงเท่าที่สภาพแห่งการบังคับคดีเปิดช่องให้กระทำได้โดยศาล หรือโดยเจ้าพนักงานศาล ซึ่งในที่นี้จะกล่าวเฉพาะเรื่องที่จะให้บังคับคดีตามมูลหนี้ที่สามารถบังคับชำระหนี้ได้โดยเจ้าพนักงานศาลทำการยึดหรืออายัดทรัพย์สินเพื่อบังคับชำระหนี้เงินเท่านั้น เมื่อลูกหนี้ตกเป็นลูกหนี้ผู้ผิดนัดชำระหนี้ และเจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยต้องใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลเป็นคดีแพ่ง ขอให้คำพิพากษาบังคับกับลูกหนี้ชำระหนี้เท่านั้น กรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย และเห็นได้ว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอชำระหนี้ได้ครบถ้วน เจ้าหนี้ซึ่งมูลหนี้ถึงกำหนดชำระก่อนแม้ว่าจะเป็นหนี้ที่ก่อขึ้นภายหลัง และได้ฟ้องต่อศาลบังคับชำระหนี้แล้ว ศาลมีคำพิพากษาให้ชนะคดีเป็นรายแรก จะอยู่ในฐานะได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่น เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้เต็มตามจำนวนหนี้เพราะทรัพย์สินของลูกหนี้จะเป็นประกันการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยเจ้าหนี้สามารถยึดทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ที่มีอยู่มาชำระหนี้ให้แก่ตนได้ก่อน โดยไม่จำต้องคำนึงว่าลูกหนี้จะมีทรัพย์สินใดเหลือพอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายอื่นได้หรือไม่ เจ้าหนี้ลำดับหลังจึงอาจไม่ได้รับชำระหนี้ และไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการบังคับชำระหนี้โดยกระบวนการทางแพ่ง

เพื่อแก้ไขปัญหาข้างต้น ประเทศต่างๆ รวมถึงประเทศไทยจึงได้บัญญัติกฎหมายล้มละลายขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยกฎหมายล้มละลายจะมีกระบวนการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อนำมาจัดสรรแบ่งปันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้อย่างเป็นธรรม มิให้เจ้าหนี้ในลำดับชั้นเดียวกันได้เปรียบหรือเสียเปรียบกัน อันเป็นกฎหมายที่สำคัญต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมนั่นเอง นอกจากกระบวนการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายล้มละลายแล้ว กระบวนการจัดการทรัพย์สินของกิจการที่มีปัญหาหนี้สินล้มพันตัว แต่ยังมีศักยภาพที่จะดำเนินกิจการต่อไปและมีทางที่จะฟื้นฟูกิจการได้ในอนาคต โดยแนวทางแก้ไขปัญหานั้นจะต้องได้รับระยะเวลาและกระบวนการทางกฎหมายเข้ามาช่วยจัดการกับธุรกิจนั้น แนวความคิดในการใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการจึงเป็นกระบวนการทางกฎหมายสำคัญอันจะแก้ไขกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาหนี้สินล้มพันตัว และ

² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 130.

มิให้เลิกกิจการไปตามกฎหมายล้มละลายอันเป็นการรักษามูลค่าทางเศรษฐกิจ และเป็นผลดีต่อภาพรวมของระบบเศรษฐกิจมากขึ้น

จากการที่ประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ.2541 รัฐบาลต้องสั่งปิดสถาบันการเงินหลายแห่ง เนื่องจากมีหนี้สินที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนมาก และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอื่นที่เป็นคู่ค้าอย่างเป็นลูกโซ่ ในขณะที่การฟ้องล้มละลายเป็นการบังคับขายทรัพย์สินของลูกหนี้นำเงินมาแบ่งเฉลี่ยแก่บรรดาเจ้าหนี้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว เจ้าหนี้ได้รับส่วนแบ่งจากทรัพย์สินน้อยมาก เนื่องจากลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินเป็นจำนวนมาก อีกทั้งเจ้าหนี้ปริวิตกก็ได้รับชำระหนี้ไปก่อน แนวความคิดเรื่องการนำกระบวนการฟื้นฟูกิจการมาเป็นเครื่องเยียวยาแก่ลูกหนี้เพื่อให้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการจึงเกิดขึ้น โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2541 เพิ่มเติมหมวดที่ 3/1 ว่าด้วยกระบวนการฟื้นฟูกิจการเข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 โดยมีหลักการเพื่อฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการ ซึ่งจะช่วยให้เจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรม ต่อมารัฐบาลได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการอีกครั้งหนึ่ง โดยตราเป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2542 รวมถึงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลาย และวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 อันเป็นการตั้งศาลชำนาญพิเศษขึ้นมาพิจารณาคดีล้มละลาย รวมทั้งการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ โดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยรวดเร็วและเที่ยงธรรมยิ่งขึ้น สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันอีกด้วย

2.1.1 ลักษณะสำคัญของกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายจัดได้ว่าเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ (Economic) ที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ การที่ลูกหนี้อยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว จนไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ของตนได้นั้น ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่บรรดาเจ้าหนี้ ซึ่งบรรดาเจ้าหนี้ที่ไม่ได้รับการชำระหนี้นั้นอาจกลายเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวอีกทอดหนึ่ง สถานการณ์ที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น สามารถส่งผลกระทบต่อเนื่องกันไปทั้งระบบได้ หลักการสำคัญของ

กฎหมายล้มละลายจึงเป็นหลักในการระงับหนี้สินของลูกหนี้ โดยการนำทรัพย์สินที่ลูกหนี้ยังมีอยู่ มาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายด้วยความเป็นธรรม เพื่อบรรเทาความเสียหายแก่บรรดาเจ้าหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้ได้หลุดพ้นจากหนี้ทั้งปวง และเพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการใหม่ได้โดยเร็ว อันจะเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม กฎหมายล้มละลายจึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับชำระหนี้ที่แตกต่างไปจากระบบกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ กฎหมายล้มละลายจะกำหนดให้หลักทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการปกป้องกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ด้วยมาตรการการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ และการเพิกถอนการขอลด ทั้งนี้เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้โดยสมบูรณ์³ ซึ่งจะแตกต่างจากระบบการบังคับชำระหนี้ทางแพ่งที่จะใช้ระบบที่เรียกกันว่า ใครมาก่อนได้ก่อน (First come first serve) ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น ระบบบังคับชำระหนี้ทางแพ่งไม่อาจใช้ให้เกิดประโยชน์และเป็นธรรมต่อบรรดาเจ้าหนี้ได้ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการเฉลี่ยทรัพย์สินแล้ว กฎหมายล้มละลายจะก่อให้เกิดประโยชน์ในข้อที่ว่า ถึงอย่างไรก็จะได้รับชำระหนี้ และในความรู้สึกของบรรดาเจ้าหนี้ กฎหมายล้มละลายเป็นหลักประกันการบังคับชำระหนี้ทางหนึ่ง⁴ หากไม่มีระบบกฎหมายล้มละลายแล้วบรรดาเจ้าหนี้อาจไม่ได้รับชำระหนี้เลยก็ได้

กฎหมายล้มละลายมีลักษณะพิเศษ เพราะรวมเอากฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติไว้ในฉบับเดียวกัน เนื่องจาก เมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงินอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว กฎหมายล้มละลายจึงจัดให้มีขึ้น หรือมีไว้เพื่อกำหนดวิธีการจัดการทรัพย์สินของบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁵ โดยการสร้างกระบวนการชำระหนี้แตกต่างจากการบังคับชำระหนี้ทางแพ่ง กระบวนการล้มละลายไม่ใช่กระบวนการเร่งยึด และจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว เพราะกองทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ครบถ้วนเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการรวบรวมและแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ และวิธีการจัดการหนี้สินของลูกหนี้ที่ประสบ

³ สุธีร์ ศุภนิติก, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 17-18.

⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 16.

⁵ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานพิมพ์นิติบรรณการ, 2546), หน้า 2.

ปัญหาทางการเงินให้สำเร็จ⁶ เจ้าหนี้สามารถเลือกบังคับลูกหนี้เป็นคดีแพ่งหรือคดีล้มละลายก็ได้ ความคิดพื้นฐานของกฎหมายล้มละลายนั้น คือ การสร้างกระบวนการเจรจาประนอมหนี้ให้กับลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ทุกคน มิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นในกรณีที่หนี้ของเจ้าหนี้แต่ละคนถึงกำหนดชำระหนี้ต่างกัน ลดความขัดแย้งให้กับบรรดาเจ้าหนี้ และเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ให้สามารถสะสางหนี้สำเร็จกลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้โดยไม่ต้องชำระเต็มตามจำนวนรวมทั้งเพื่อประโยชน์ของสภาพเศรษฐกิจและสังคมโดยรวม และป้องกันมิให้ลูกหนี้ก่อหนี้ขึ้นอีก โดยกฎหมายล้มละลายจะเข้ามามีบทบาทเฉพาะเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเท่านั้น⁷

2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

ในระบบสากลนั้นกฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ที่แยกออกเป็นสามประการ ดังนี้

1. เมื่อบุคคลไม่สามารถชำระหนี้ได้ เช่น เมื่อหนี้พ้นกำหนดชำระแล้ว บุคคลนั้นอาจร้องขอให้ตนล้มละลาย เพื่อให้ศาลเข้าดำเนินการจัดการทรัพย์สินแทน อันจะมีผลทำให้บุคคลนั้นเป็นอิสระจากหนี้สิน และเริ่มต้นชีวิตใหม่ด้วยการเป็นบุคคลล้มละลายด้วยคำสั่งศาล (Free himself from his debts and make a fresh start as soon as he is discharged by the court)
2. เป็นการยับยั้งบุคคลจากการก่อหนี้โดยไม่รอบคอบอันทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ เจ้าหนี้สามารถฟ้องคดีล้มละลายต่อลูกหนี้ เพื่อให้ศาลเข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้
3. กระบวนการล้มละลายกำหนดให้มีการเก็บรวบรวมทรัพย์สิน และจัดแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายโดยเสมอภาพทั่วหน้ากัน⁸

⁶ Jackson, T.H., The logic and Limits of Bankruptcy Law, (U.S.A.: Harvard University), 1986, p 7.

⁷ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ธรรมชา), 2547, หน้า 4.

⁸ วิชา มหาคุณ, กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2546), หน้า 5

ซึ่ง J.H. Thompson นักกฎหมายล้มละลายของอังกฤษได้ให้ความเห็นเรื่อง
วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายไว้ดังนี้

1. เพื่อให้หลักประกันความยุติธรรมในการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างเจ้าหนี้
ตามสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้โดยเสมอภาค
2. เพื่อปลดปล่อยความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่มีต่อบรรดาเจ้าหนี้ และให้โอกาสลูกหนี้ได้
เริ่มก่อร่างสร้างตัวใหม่อย่างสดใส (To make a fresh start) อย่างอิสระปราศจากภาระในหนี้สินของตน
3. เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และสาธารณชน โดยการตรวจสอบการ
กระทำของลูกหนี้ในกิจการและบังคับให้ลูกหนี้ได้รับการลงโทษในกรณีที่ฉ้อฉล หรือกระทำความผิด
เกี่ยวกับกิจการของตน⁹

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้น หลวงสารนัยประศาสน์ นักกฎหมาย
ล้มละลายของไทยเห็นว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายมีอยู่ 3 ด้าน ดังนี้

1. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้เสมอภาค
ตามส่วนโดยรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย
2. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ เพื่อมิให้ลูกหนี้ถูกบีบคั้นเร่งรัดให้ชำระหนี้ด้วย
ความไม่เป็นธรรม และเพื่อให้ลูกหนี้ที่สุจริตมีโอกาสตั้งต้นชีวิตใหม่ และก่อสร้างหลักฐานใหม่ได้
3. ในด้านที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ เพื่อมิให้ลูกหนี้มีโอกาสไปหลอกลวงผู้อื่น
อีก และมีบทลงโทษลูกหนี้และบุคคลอื่นที่ทุจริตด้วย¹⁰

ในขณะที่ปรีชา พานิชวงศ์ นักกฎหมายล้มละลายของไทยอีกท่านเห็นว่าสามารถ
แยกวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายได้ ดังนี้

1. เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้เปรียบเสียเปรียบแก่กันอันไม่สมควร และเพื่อให้เจ้าหนี้
ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยเสมอภาคกันตามส่วนแห่งจำนวนหนี้

⁹ J.H. Thompson, The Principles of Bankruptcy Law, (London : HFL Publishers, 1972), p1.

¹⁰ หลวงสารนัยประศาสน์, หลักปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายที่เกี่ยวข้องกับศาล, (กรุงเทพมหานคร
ม.ท.ป., 2512), หน้า 1-2.

2. เพื่อให้เจ้าหน้าที่ทั้งหลายได้รับชำระหนี้รวดเร็วขึ้น และเสียค่าธรรมเนียม หรือ ค่าใช้จ่ายน้อยกว่าคดีแพ่งสามัญ
3. เพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ทั้งหลายให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้
4. เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ถูกบีบบังคับเร่งรัดหนี้สินด้วยความไม่เป็นธรรม โดยการกำหนดจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหน้าที่จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายและให้อำนาจศาลที่จะพิพากษายกฟ้องได้เมื่อมีเหตุสมควรเพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริต
5. เพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้มีโอกาสหลอกลวงข้อโกงต่อไปได้โดยง่าย และเพื่อลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต¹¹

สุธีร์ ศุภนิตย นักกฎหมายล้มละลายของไทยอีกท่านเห็นว่ากฎหมายล้มละลาย มีวัตถุประสงค์ที่แยกออกได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน คือ

1. เป็นไปเพื่อต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในการแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้
2. ต้องการให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้สินโดยเร็ว และสามารถตั้งตัวใหม่ได้
3. เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสังคมไม่ให้บุคคลล้มละลายก่อให้เกิดความเสียหายโดยการก่อหนี้สินไม่เป็นที่สิ้นสุด¹²

ดังนั้น เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวกฎหมายล้มละลายจะต้องวางมาตรการต่าง ๆ ให้สอดคล้องกัน เช่น มาตรการการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องเป็นไปโดยรัดกุม ก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด เพื่อจะได้รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด การวางมาตรการจำกัดอำนาจลูกหนี้ในการจัดการทรัพย์สิน เพื่อป้องกันการจำหน่ายโอนทรัพย์สินอันจะทำให้กองทรัพย์สินลดน้อยถอยลง หรือเป็นการก่อหนี้เพิ่มขึ้นอีก การวางระบบการเฉลี่ยทรัพย์สิน เพื่อการชำระหนี้ให้เกิดความเป็นธรรม ไม่เกิดการเสียเปรียบและได้เปรียบในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน การวางมาตรการที่ทำให้ลูกหนี้สามารถหลุดพ้นจากการล้มละลาย เช่น การประนอมหนี้

¹¹ ปรีชา พานิชวงค์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 5-6

¹² สุธีร์ ศุภนิตย, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 17.

การปลดจากการล้มละลาย การยกเลิกการล้มละลาย เป็นต้น การวางมาตรการที่ควบคุมพฤติกรรมของบุคคลล้มละลาย โดยการกำหนดถึงการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิด มีโทษทางอาญา เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม เป็นต้น¹³

เมื่อพิจารณาบันทึกประกอบร่างกฎหมายล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แล้ว เห็นได้ว่าบันทึกดังกล่าวได้ชี้แจงวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายไว้ 5 ประการ ดังต่อไปนี้¹⁴

1. ไม่ให้เจ้าหนี้เร่งรัดหนี้เพื่อประโยชน์ของตนแต่ผู้เดียวเหมือนในคดีแพ่ง เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายต้องทำการเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อื่นๆ โดยทั่วไปด้วย และเจ้าหนี้ต่างมีโอกาสจะได้ชำระหนี้เฉลี่ยตามส่วนมากและน้อยโดยยุติธรรม ก็เพราะคดีล้มละลายนั้นมิได้ทำกันโดยงุนงิมได้เหมือนคดีแพ่ง

เมื่อผู้ใดล้มละลายเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องโฆษณาให้สาธารณชนทราบโดยหนังสือราชกิจจานุเบกษา และในหนังสือพิมพ์รายวัน เจ้าหนี้ทั้งปวงของผู้ล้มละลายจึงมีโอกาสขอพิสูจนหนี้ภายในกำหนด (สองเดือน) โดยเสมอหน้ากัน ซึ่งในคดีแพ่งโจทก์ จำเลย อาจชำระหนี้สินกันได้โดยเจ้าหนี้อื่นอาจไม่ทราบก็ได้

2. ไม่ให้เจ้าหนี้ทำความตกลงกับลูกหนี้โดยทางลับ หรือใช้อุบายเอาเปรียบแก่เจ้าหนี้อื่น เจ้าหนี้ที่เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายจะตกลงเลิกคดีกับลูกหนี้โดยลำพังไม่ได้ แม้ลูกหนี้ที่ถูกฟ้องนั้นจะยอมชำระหนี้สินให้แก่ผู้เป็นโจทก์โดยเสร็จสิ้น เมื่อเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ประสงค์จะถอนฟ้องก็ต้องขออนุญาตศาลเสียก่อน และศาลจะไม่อนุญาตจนกว่าจะได้ประกาศให้ผู้มีส่วนได้เสียมาร้องคัดค้านในเวลาอันสมควรแล้ว

ถ้าเจ้าหนี้ได้รับโอนทรัพย์สินจากผู้ล้มละลายโดยเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่น ๆ ในระยะเวลา 3 เดือน ก่อนลูกหนี้ล้มละลาย การโอนนั้นอาจถูกเพิกถอนโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และในระหว่างที่ลูกหนี้ยังไม่พ้นจากการเป็นผู้ล้มละลายจะไปทำการให้เปรียบเจ้าหนี้ผู้ใดโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่อนุญาตไม่ได้ เพราะสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของผู้ล้มละลายตกอยู่แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

¹³ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 18-19.

¹⁴ บันทึกประกอบร่างกฎหมายล้มละลาย พุทธศักราช 2483

3. ให้เจ้าหน้าที่ได้รับความสะดวกในการรับชำระหนี้กว่าในคดีแพ่งสามัญโดยวิธีให้มาขึ้นขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเป็นทุนค่าธรรมเนียมและแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรมด้วย

เจ้าหน้าที่ในคดีล้มละลาย ซึ่งประสงค์จะได้รับส่วนเฉลี่ยจากทรัพย์สินของจำเลยเพื่อใช้หนี้ตน มีหน้าที่ที่จะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องฟ้องผู้ล้มละลายเป็นคดีขึ้นใหม่ทุกรายไป แล้วจึงไปยื่นคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์สินจากศาลอีกชั้นหนึ่งเหมือนในคดีแพ่ง จึงได้รับชำระหนี้ง่ายและเร็วขึ้นทั้งเสียค่าธรรมเนียมน้อย ฝ่ายศาลก็ไม่ต้องเสียเวลาชำระคดีที่เกี่ยวกับหนี้สินของผู้ล้มละลายเป็นราย ๆ ไป ทั้งเพื่อเห็นได้ว่าเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่

4. ป้องกันสาธารณชนไม่ให้ถูกผู้หนีสินล้นพ้นตัวหลอกดวงเอาทรัพย์ หรือทำหนี้สินที่ตนไม่มีทางชำระได้ ผู้ใดขึ้นผูกพันตัวโดยให้ความเชื่อถือแก่ผู้ล้มละลาย เช่น ให้กู้หนี้ยืมสินผู้นั้นไม่มีทางเรียกร้องให้ผู้ล้มละลายชำระหนี้ได้ เพราะหนี้ที่เกิดระหว่างล้มละลายนั้น เจ้าหน้าที่จะนำมาพิสูจน์ไม่ได้ ส่วนผู้ล้มละลายเอง ถ้าไปกู้หนี้ยืมสินใครเป็นเงินเกินกว่า 100 บาท โดยไม่บอกให้ทราบว่าเป็นหนี้ยังไม่พ้นจากคดีอาจได้รับโทษจำคุก

5. ช่วยลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากหนี้สินเร็วกว่าในคดีแพ่งสามัญ เพื่อให้ได้มีโอกาสตั้งตัวใหม่ แต่ถ้าลูกหนี้ทุจริตก็อาจถูกลงโทษ ข้อนี้สำคัญมาก เห็นได้ชัดว่ากฎหมายล้มละลายเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้ด้วย กล่าวโดยทั่วไปลูกหนี้ในคดีแพ่งจะหลุดพ้นจากหนี้สินโดยอาศัยบทกฎหมายเรื่องอายุความฟ้องคดี ก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ถอนหลักทัບสิทธิของตนเป็นเวลาติดต่อกันอย่างมาก 10 ปี แต่ถ้าเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ทำอะไรขึ้นเป็นเหตุให้อายุความสะดุดหยุดลงก็ต้องตั้งต้นนับหนึ่งใหม่ไปอีก นับว่าโอกาสที่ลูกหนี้จะหลุดพ้นจากหนี้สินไปโดยกำหนดอายุความในทางแพ่งนั้นมีน้อยนัก ส่วนในคดีล้มละลาย ลูกหนี้ที่ทำการโดยสุจริตแต่ต้องประสบความหายนะเพราะเคราะห์ร้าย มีโอกาสร้องขอหลุดพ้นจากหนี้สินทั้งปวงนับแต่เวลาที่ศาลทำการไต่สวนโดยเปิดเผยเสร็จสิ้นลง ซึ่งถ้าศาลอนุญาตผู้ล้มละลายนั้นอาจหลุดพ้นจากคดีภายในเวลาไม่กี่เดือนนับแต่ถูกฟ้องก็ได้ ยิ่งในกรณีที่มีการตกลงหนี้กันระหว่างผู้ล้มละลายกับบรรดาเจ้าหนี้ เมื่อศาลสั่งเห็นชอบด้วยกับการตกลงขอประนอมหนี้นั้น ลูกหนี้ยังมีโอกาสหลุดพ้นจากหนี้สินได้เร็วขึ้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายจะช่วยแต่ลูกหนี้ที่สุจริตเท่านั้น ถ้าปรากฏว่าทุจริตก็ไม่ช่วยและซ้ำจะลงโทษทางอาญาอีกด้วย

2.2 กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายได้กำหนดมาตรการในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้หลายวิธี อันได้แก่การยึดหรืออายัดทรัพย์สิน การทวงหนี้ การไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญาเป็นต้น ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.3 สำหรับทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การจัดการตามมาตรการของกฎหมายล้มละลายนั้น ได้แก่ ทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 19¹⁵ กล่าวคือ บรรดาทรัพย์สิน ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ หรือของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ ในคดีล้มละลายมีความหมาย 2 ประการ คือ¹⁶

- 1) ทรัพย์สินอันเป็นของลูกหนี้ไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้หรือผู้อื่น
- 2) ทรัพย์สินของผู้อื่นแต่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

ประเด็นที่ว่าทรัพย์สินอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลายมีลักษณะอย่างไรนั้น ต้องพิจารณามาตรา 109 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 109 “ทรัพย์สินดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า เป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้

1) ทรัพย์สินทั้งหลาย อันลูกหนี้มีอยู่ในเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลาย รวมทั้งสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่น เว้นแต่

ก. เครื่องใช้สอยส่วนตัวอันจำเป็นแก่การดำรงชีพ ซึ่งลูกหนี้รวมทั้งภริยา และบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ จำเป็นต้องใช้ตามสมควรแก่ฐานะอันรูป แล

ข. สัตว์ พืชพันธุ์ เครื่องมือ และสิ่งของสำหรับใช้ในการประกอบอาชีพของลูกหนี้

ราคารวมกันไม่เกิน 100,000 บาท

¹⁵ มาตรา 19 “คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินให้ถือเสมือนว่า เป็นหมายของศาลให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินเข้ายึดดวงตรา สมุดบัญชี และเอกสารของลูกหนี้ และบรรดาทรัพย์สินซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ หรือของผู้อื่น อันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย”

¹⁶ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 323.

2) ทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ได้มาภายหลังเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลาย จนถึงเวลาปลดล้มละลาย

3) สิ่งของซึ่งอยู่ในครอบครอง หรืออำนาจสั่งการหรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ ในทางการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้ ด้วยความยินยอมของเจ้าของอันแท้จริง โดยพฤติการณ์ซึ่งทำให้เห็นว่า ลูกหนี้เป็นเจ้าของในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย”

หากพิจารณาตามมาตรา 19 ประกอบกับมาตรา 109 แล้ว เห็นได้ว่า ทรัพย์สินอันอาจนำมาชำระหนี้ได้ในคดีล้มละลาย หมายถึง ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มีอำนาจยึดและรวบรวมเอามาไว้เป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ แล้วจำหน่ายเป็นเงินไปแบ่งเฉลี่ยชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้¹⁷ ซึ่งมีความหมาย 2 ประการ คือ

- ทรัพย์สินของลูกหนี้ อันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย
- ทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย

2.2.1 ทรัพย์สินของลูกหนี้อันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย

ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 109 (1) และ (2) ดังกล่าวอาจแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายที่อาจเอามาชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ดังนี้

1) ทรัพย์สินอันลูกหนี้มีอยู่ ในเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลายรวมทั้งสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ตามมาตรา 109 (1)

คำว่า “ในเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลาย” หมายถึงวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวหรือพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เพราะการล้มละลายมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หมายถึง ทรัพย์สินทั้งหลายที่ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้มีอยู่ในวันพิทักษ์ทรัพย์ ย่อมเป็นทรัพย์สินอันอาจนำเอามาชำระหนี้ได้ในคดีล้มละลายทั้งสิ้น ทรัพย์สินเช่นว่านี้ รวมถึงสิทธิการเช่าของลูกหนี้ด้วย สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งแม้จะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของลูกหนี้แต่หากผู้ให้เช่ายินยอมให้โอนสิทธิการเช่าได้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีอำนาจ

¹⁷ กฤษฎา พุ่งโชคชัย, “หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 40.

ยึดและขายทอดตลาดสิทธิการเช่านั้นได้ตามที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานแล้วในคำพิพากษาฎีกาที่ 7334/2540 สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สิน แม้เป็นการเฉพาะตัวจำเลยซึ่งเป็น ผู้เช่า แต่เมื่อกรมธนารักษ์ผู้ให้เช่ายินยอมให้โอนสิทธิการเช่าดังกล่าว โดยยอมให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินผู้คัดค้านยึดขายทอดตลาดได้ ผู้คัดค้านจึงมีอำนาจยึดและขายทอดตลาดสิทธิการเช่าอาคารของจำเลยได้ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติล้มละลายมีข้อยกเว้น 2 ประการสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่สงวนไว้เพื่อให้ลูกหนี้ดำรงชีพ และประกอบอาชีพต่อไปได้ 2 ประการ ได้แก่

ก. เครื่องใช้ส่วนตัวอันจำเป็นแก่การดำรงชีพ ซึ่งลูกหนี้รวมทั้งภริยาและบุตรผู้เยาว์ของลูกหนี้ จำเป็นต้องใช้ตามสมควรแก่ฐานะานุรูป

สังเกตว่า ในการบังคับคดีแพ่งสามัญนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 285 (1) กำหนดไม่ให้ยึดเครื่องนุ่งห่มหลับนอนหรือเครื่องใช้ในครัวเรือนโดยประมาณราคารวมกันไม่เกิน 5,000 บาท แต่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจกำหนดให้เกินกว่า 5,000 บาทก็ได้ โดยคำนึงถึงความจำเป็นตามฐานะของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ข. สัตว์ พืชพันธุ์ เครื่องมือและสิ่งของสำหรับใช้ในการประกอบอาชีพของลูกหนี้ ราคารวมกันไม่เกิน 100,000 บาท ในกรณีนี้แตกต่างไปจากคดีแพ่งสามัญ โดยในคดีแพ่งสามัญนั้น ได้กำหนดให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จำพวกเครื่องมือหรือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพ หรือประกอบอาชีพโดยประมาณราคารวมกันไม่เกิน 10,000 บาท แต่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องขอให้ศาลกำหนดราคาให้เกินกว่า 10,000 บาท ก็ได้

2) ทรัพย์สิน ซึ่งลูกหนี้ผู้ล้มละลายได้มาภายหลังเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลาย จนถึงเวลาปลดจากล้มละลาย ในกรณีนี้ แม้ตัวบทจะใช้คำว่า “จนถึงวันที่ศาลปลดจากล้มละลาย” ก็ตาม แต่มิได้หมายถึงกรณีปลดจากล้มละลายอย่างเดียว โดยจะหมายรวมถึงเวลาที่ลูกหนี้ประนอมหนี้สำเร็จ หรือเวลาที่ยกเลิกการล้มละลายด้วย เพราะตราบิตที่คดีล้มละลายยังไม่สิ้นสุดลง ทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาระหว่างนั้นก็เป็นทรัพย์สินอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้ทั้งสิ้น

นั่นคือทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ไม่ว่าจะได้มาก่อนในขณะหรือหลังพิทักษ์ทรัพย์ จนกระทั่งหลุดพ้นจากคดีล้มละลายยอมเป็นทรัพย์สินอันอาจนำมาชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ทั้งสิ้น

2.2.2 ทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย

ก) ลักษณะทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 109 (3) บัญญัติว่า

“สิ่งของซึ่งอยู่ในครอบครองหรืออำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่ายลูกหนี้ ในทางการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้ด้วยความยินยอมของเจ้าของอันแท้จริง โดยพฤติการณ์ซึ่งทำให้เห็นว่าการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้ในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย” ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งให้แก่เจ้าหนี้

ตามบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวนั้น ทรัพย์สินของผู้อื่นอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลายนั้น หมายถึง สิ่งของซึ่งมิใช่ของลูกหนี้ แต่เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นที่เข้ามาอยู่ในครอบครอง อำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่ายในทางการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้ ด้วยความยินยอมของเจ้าของที่แท้จริง อันจะต้องมีพฤติการณ์ที่ทำให้เห็นหรือเข้าใจได้ว่าลูกหนี้ผู้ล้มละลายเป็นเจ้าของอันแท้จริงของทรัพย์สินนั้นในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลายด้วย หลักการนี้เกิดขึ้น เนื่องจากทรัพย์สินเหล่านั้นทำให้เจ้าหนี้ทั่วไปเข้าใจผิดว่า ลูกหนี้มีความน่าเชื่อถือจึงได้ยินยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้ ดังนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงมีสิทธิยึดเพื่อนำมารวบรวมเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้แล้วแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ต่อไป บทบัญญัตินี้เป็นบทยกเว้นเรื่องการบังคับชำระหนี้ ในทางแพ่งนั้นทรัพย์สินที่จะถูกยึดหรืออายัด บังคับคดีได้ต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น แต่ในคดีล้มละลายทรัพย์สินที่อาจแบ่งชำระหนี้ได้นั้น ขยายไปยังสิ่งของของผู้อื่นอันมีลักษณะตามมาตรานี้ด้วย หลักการดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดและตัดรอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้อื่น มิให้เจ้าของทรัพย์สินใช้สิทธิติดตามทรัพย์สินกลับคืนมาได้ และหลักการดังกล่าวมีผลกระทบต่อหลักกฎหมายอื่นๆ และระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 109(3) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นี้ เรียกว่า หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ ซึ่งหลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการฉ้อโกง และคุ้มครองเจ้าหนี้ที่ทราบดีกรรมกับผู้ล้มละลาย โดยเชื่อถือในตัวลูกหนี้ผิดไปว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินเพียงพอจะชำระหนี้ให้แก่ตน เพราะลูกหนี้ผู้ล้มละลายใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นเสมือนเป็นทรัพย์สินของตนเอง

ทั้งๆที่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของบุคคลอื่น และเป็นการลวงโทษต่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งมีส่วนผิดปล่อยให้ทรัพย์สินนั้นเข้ามาอยู่ในความครอบครองและใช้สอยของลูกหนี้ผู้ล้มละลายโดยไม่พิจารณาให้ละเอียดถี่ถ้วน¹⁸ ซึ่งหลักเกณฑ์ของหลักการเสมือนเป็นเจ้าของตามมาตรา 109(3) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น แบ่งได้เป็น 5 ประการ ดังนี้

1) ทรัพย์สินดังกล่าวต้องเป็นสิ่งที่ของ

บทบัญญัติมาตรา 109 (3) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 นั้น ใช้คำว่า “สิ่งที่ของ” อันความหมายตามที่เข้าใจโดยทั่วไปนั้น ย่อมหมายถึง สิ่งหาทรัพย์สินอันมีรูปร่างเคลื่อนที่ได้และจับต้องได้¹⁹ ทั้งนี้การที่กฎหมายล้มละลายใช้คำว่า “สิ่งที่ของ” นั้น มีความหมายอยู่ในตัวว่าไม่ใช่ของหาทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินอื่นใดอันเกี่ยวข้องกับของหาทรัพย์สิน ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าหากต้องการจะให้หมายความถึงทรัพย์สินทั่วไปแล้ว น่าจะใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” เช่นเดียวกับมาตรา 109(1) และ(2) เมื่อกฎหมายใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันเช่นนี้ ย่อมต้องแปลเจตนารมณ์ของกฎหมายแตกต่างกัน²⁰ นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1324/2508 ว่า ตัวเงินมิใช่สิ่งของตามมาตรา 109(3) โดยผู้ร้องได้ฎีกาว่าทรัพย์สินที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะยึดไปชำระหนี้ได้ตามมาตรา 109(3) นั้นจะต้องเป็นสิ่งของเท่านั้น แต่กรณีนี้ไม่ใช่สิ่งของแต่เป็นตัวเงิน ดังนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงไม่มีอำนาจยึดเงินดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “แม้ว่าตัวเงินมิใช่สิ่งของตามมาตรา 109(3) แต่เงินก็เป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีอยู่ในเวลาเริ่มต้นแห่งการล้มละลายตามมาตรา 109(1)”

¹⁸ I.F.Fletcher , *Law of Bankruptcy*, (Estover , Plymouth : Macdonald & Evans , 1978) P.168

¹⁹ สุธีร์ ศุภนิศย์ , *หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ* , หน้า 76

²⁰ เสนอ บุญยเกียรติ , *คำบรรยายวิชากฎหมายล้มละลาย* , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 91.

2) สิ่งของนั้นต้องอยู่ในความครอบครอง อำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้

ตามหลักของมาตรา 109(3) สิ่งของของผู้อื่นอันอาจนำมาชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้นั้น ต้องอยู่ในความครอบครองยึดถือของลูกหนี้ และลูกหนี้เป็นผู้มีอำนาจสั่งการหรือสั่งจำหน่ายได้ ซึ่งลูกหนี้จะเป็นผู้ครอบครองหรือเก็บรักษาสิ่งของนั้นไว้ด้วยตนเอง หรือจะให้ผู้ใดเป็นผู้เก็บรักษาไว้ก็ได้ เช่น มอบให้ตัวแทนหรือลูกจ้างของลูกหนี้เป็นผู้เก็บรักษาหรือครอบครอง

คำว่า “อำนาจสั่งการ” หมายความว่า ลูกหนี้ผู้ล้มละลายเป็นผู้มีอำนาจสั่งการเกี่ยวกับสิ่งของนั้นว่าจะดำเนินการอย่างไรกับสิ่งของนั้น เช่น มีอำนาจสั่งให้ขนย้าย ติดตั้ง เอาออกแสดงต่อประชาชนหรือเอาไปเก็บรักษาไว้²¹

ส่วนคำว่า “อำนาจสั่งจำหน่าย” หมายความว่า ลูกหนี้ผู้ล้มละลายเป็นผู้มีอำนาจสั่งจำหน่ายกรรมสิทธิ์ เช่น ขาย แลกเปลี่ยน ให้ เป็นต้น การมีเจ้าของสิ่งของมอบฝากของให้ลูกหนี้ไว้ขาย ก็เป็นอำนาจสั่งจำหน่ายตามความหมายนี้²²

3) สิ่งของนั้นต้องเกี่ยวกับการค้า หรือธุรกิจของลูกหนี้

สิ่งของตามข้อนี้ ต้องเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเกี่ยวกับการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้ เพราะการที่เจ้าของอันแท้จริงยินยอมให้สิ่งของของตนอยู่ในความครอบครอง อำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ผู้ล้มละลายในกิจการค้าขายหรือธุรกิจ เป็นเหตุให้ลูกหนี้ผู้ล้มละลายได้รับความเชื่อถือจากเจ้าหนี้ โดยเข้าใจว่าลูกหนี้ผู้ล้มละลายเป็นเจ้าของ ส่วนที่ว่า “อยู่ในทางการค้าหรือธุรกิจของลูกหนี้” นั้น มิได้หมายความว่าแต่เพียงว่า เป็นสินค้าหรือสิ่งของสำหรับที่จะขายหรือจำหน่าย หรือได้ใช้ในกิจการค้าขายหรือธุรกิจเท่านั้น แต่หมายรวมถึงสิ่งของทุกสิ่งทุกอย่างซึ่งอยู่ในความครอบครอง อำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ผู้ล้มละลาย สำหรับเพื่อการค้าขาย

²¹ เสนอ บุญยเกียรติ. คำบรรยายวิชากรกฎหมายล้มละลาย, หน้า 91.

²² หลวงสารกิจปริชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2534), หน้า 165

หรือธุรกิจ หรือเกี่ยวข้องกับการค้าขายหรือธุรกิจของลูกหนี้ผู้ล้มละลายนั้น เช่น ลูกหนี้ผู้ล้มละลาย ประกอบการค้าธุรกิจในทางต่อเรือยนต์ เครื่องจักรต่างๆที่ใช้สำหรับเรือยนต์ ตลอดจนน้ำมัน อุปกรณ์ต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้นั้น เป็นสิ่งของอันเกี่ยวเนื่องในกิจการค้าขายของลูกหนี้ กรณีลูกหนี้ผู้ล้มละลายเป็นเจ้าของโรงแรม บรรดาภาชนะใช้สอย และเครื่องตกแต่งเฟอร์นิเจอร์ที่มีอยู่ในโรงแรมนั้น เป็นสิ่งของอันอาจแบ่งได้ในคดีล้มละลาย²³ เป็นต้น

4) ด้วยความยินยอมของเจ้าของที่แท้จริง

คำว่า “ด้วยความยินยอมของเจ้าของที่แท้จริง” ของศาสตราจารย์ สุธีร์ ศุภนิติย์²⁴ อธิบายว่า “สิ่งของนั้น เจ้าของที่แท้จริงได้ให้ความยินยอมให้ตกอยู่ในความยินยอมของลูกหนี้ ซึ่งหมายความว่า เจ้าของที่แท้จริง ยอมให้ลูกหนี้ครอบครองหรือมีอำนาจสั่งการ หรือสั่งจำหน่าย ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย”

ศาสตราจารย์ ปรีชา พานิชวงศ์²⁵ อธิบายว่า “การที่ทรัพย์สินเหล่านั้น เข้ามาอยู่ในความครอบครอง หรืออำนาจสั่งการ สั่งจำหน่ายของลูกหนี้นั้น ต้องเข้ามาอยู่ด้วยความยินยอมของเจ้าของอันแท้จริง”

5) โดยพฤติการณ์ที่ทำให้เห็นว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย

พฤติการณ์เช่นว่านี้ ถือเอาพฤติการณ์ของลูกหนี้เป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้ แสดงออกให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าของนั้นเป็นของลูกหนี้ เช่น นำสิ่งของนั้น ออกวางขายปะปนกับสินค้าของตน จนใครๆเชื่อว่าเป็นสิ่งของของลูกหนี้ผู้ล้มละลาย เป็นต้น สำหรับเจตนาของลูกหนี้จะเป็น

²³ กฤษฎา พุงโชคชัย , หลักการเสมือนความเป็นเจ้าของ, หน้า 70.

²⁴ สุธีร์ ศุภนิติย์ , หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ , หน้า 77.

²⁵ ปรีชา พานิชวงศ์ , คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 324.

ประการใดหรือหากมีเจ้าหนี้บางคนทราบถึงเหตุการณ์อันแท้จริงก็ไม่สำคัญ สิ่งที่จะนำมาพิจารณา นั้น ถือเอาเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของเท่านั้น

สำหรับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 109(3) นั้นศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวินิจฉัย ปรับเปลี่ยนไปตามสภาพการค้าธุรกิจ และสถานะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ดังจะเห็นได้ว่าแนว คำพิพากษาศาลฎีกาเดิม ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 875/2459 วินิจฉัยว่า แม้ผู้ล้มละลายจะเป็นผู้เช่า แต่ เมื่อเจ้าของที่แท้จริงได้ยินยอมให้ผู้ล้มละลายครอบครอง และใช้สอยสิ่งของในกิจการค้าขายของ ลูกหนี้ผู้ล้มละลายแล้ว จึงอยู่ในความหมายของข้อนี้ และตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1197/2480 ได้ วินิจฉัยว่า ผู้ล้มละลายเป็นผู้เปิดและจัดการโรงบิลเลียดมาแต่แรก และเรื่อย ๆ มา คู่ผู้ล้มละลาย เป็นเจ้าของ ถือว่าโต๊ะบิลเลียดซึ่งใช้เล่นอยู่ในสถานที่นั้นอยู่ในความครอบครอง และอำนาจบังคับ บัญชาของผู้ล้มละลาย *

เมื่อสภาพการค้าธุรกิจและสถานะเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป จากในสมัยก่อน การจะยินยอมให้ก่อนหน้านั้น จะพิจารณาความเชื่อถือจากการครอบครองทรัพย์สินของบุคคล นั้นๆ เป็นสำคัญ แต่ปัจจุบันนั้นการค้าได้เจริญก้าวหน้าขึ้นสิ่งของซึ่งอยู่ในครอบครองของบุคคลเกิด จากระบบสินเชื่อเพิ่มมากขึ้น การพิจารณาให้สินเชื่อแต่ละรายนั้น มิได้พิจารณาจากทรัพย์สินของ ลูกหนี้เพียงประการเดียว แต่จะพิจารณาจากตัวลูกหนี้ โครงการ หรือกิจการของลูกหนี้ หลักประกันการชำระหนี้ ตลอดจนความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ประกอบกัน หลักการ ตามมาตรา 109(3) นี้จึงเป็นการเพิ่มภาระแก่เจ้าของทรัพย์สินที่จะต้องไปร้องขอทรัพย์ หรือดำเนินการ ยื่นคำขอรับชำระหนี้ต่อไป อันไม่เป็นธรรมต่อบุคคลดังกล่าว ศาลฎีกาจึงได้วางแนวคำพิพากษา ฎีกาใหม่ไว้เป็นบรรทัดฐานว่า การครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยอาศัยสิทธิตามสัญญาอย่าง ใดอย่างหนึ่ง พฤติการณ์ยังไม่ทำให้เห็นว่า ทรัพย์สินนั้นตกเป็นทรัพย์สินในกองล้มละลายอันอาจ แบ่งให้แก่เจ้าหนี้ได้ตามมาตรา 109 (3) และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 361/2511 เมื่อทำสัญญาเช่าซื้อ รถพิพาทแล้ว จำเลยผู้เช่าซื้อนำรถมาใช้รับส่งเด็กนักเรียนของจำเลย ได้เขียนเครื่องหมายอักษรย่อ ชื่อโรงเรียนที่กระจกท้ายรถตลอดมา จนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไปยึดเอามา แต่ที่กระจกหน้ารถมี

* คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าววินิจฉัยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.130 มาตรา 42(2) ซึ่งเป็น บทบัญญัติเรื่องหลักการเสมือนเป็นเจ้าของเช่นเดียวกันกับมาตรา 109(3) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483.

กระดาดวงกลมของนายทะเบียนพาหนะระบุชื่อผู้เป็นเจ้าของรถ ดังนี้ แม้รถจะอยู่ในความครอบครองหรืออำนาจสั่งการในธุรกิจของจำเลยด้วยความยินยอมของผู้ร้อง ตามพฤติการณ์ยังไม่ทำให้เห็นว่าจำเลยเป็นเจ้าของรถ การที่ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าของรถอันแท้จริงยอมให้รถอยู่ในความครอบครองใช้สอยของจำเลยก็เกิดจากสัญญาเช่าซื้อ พฤติการณ์ดังกล่าวยังไม่ทำให้เห็นว่าจำเลยเป็นเจ้าของรถพิพาทอันจะทำให้รถพิพาทตกเป็นของทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งให้เจ้าหนี้ได้ ตามมาตรา 109 (3)

ในกรณีทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เช่นว่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาใหม่มากกว่า ซึ่งหากพิจารณาสิทธิในการเข้าครอบครองทรัพย์สินลักษณะดังกล่าว อันได้แก่ สิทธิการเช่า หรือสิทธิตามสัญญาเช่าซื้อ ก็ถือเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อาจนำออกขายทอดตลาดได้ หากกรณีสามารถกระทำได้ เช่น สิทธิการเช่า ซึ่งผู้ให้เช่าอนุญาตให้โอนสิทธิการเช่าได้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สำหรับกรณีสิทธิตามสัญญาเช่าซื้อ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจพิจารณาขอปิดหรือรับสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้อยู่แล้ว การวินิจฉัยไปตามอำนาจในลักษณะดังกล่าวย่อมจะยุติปัญหาและข้อโต้แย้งได้มากกว่า ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะสามารถนำทรัพย์สินที่ได้มานี้ออกขายทอดตลาดต่อไปได้

นอกจากนี้ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งของมาตรา 109 (3) นั้น คือการจำแนกทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ภายใต้สัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือ หากทรัพย์สินหรือสิ่งของเช่นว่านั้นมีทะเบียนแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น รถยนต์ หรือเครื่องจักรที่ได้จดทะเบียนไว้ เช่นนี้การจำแนกทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องพิจารณาจากหลักฐานทางทะเบียนเป็นสำคัญซึ่งจะไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด แต่ทรัพย์สินที่ไม่มีทะเบียนแสดงความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องถ่ายเอกสาร เช่นนี้ ย่อมจะเป็นปัญหาสำหรับการจำแนกทรัพย์สินดังกล่าวเช่นกัน ในเบื้องต้นการพิจารณาจากสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างเจ้าของทรัพย์สิน กับลูกหนี้ผู้ล้มละลาย เป็นการพิจารณาทางหนึ่ง แต่อาจจะใช้ไม่หากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นกับลูกหนี้ที่ไม่สุจริต

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ภายใต้สันนิษฐานของกฎหมายล้มละลายนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจรวบรวมเข้าสู่

กองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อจำหน่ายและนำเงินมาจัดสรรแบ่งชำระให้บรรดาเจ้าหนี้เท่านั้น ในกรณีที่ทรัพย์สินหรือธุรกิจของลูกหนี้อาจจำหน่ายออกไปได้มีมูลค่ามากกว่า หากขายทั้งกิจการหรือจำเป็นต้องดำเนินกิจการต่อไปอีกระยะหนึ่งเพื่อรอการแยกจำหน่ายก็ตาม ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายล้มละลายที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจรวบรวมเข้ากองทรัพย์สินได้ เช่น กรณีโรงงานหรือสถานประกอบการของลูกหนี้ตั้งอยู่บนที่ดินซึ่งเช่าจากบุคคลภายนอก เช่นนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมไม่อาจดำเนินการใดๆ ได้ต่อไป จำต้องขายแยกส่วนกิจการเท่านั้น เพราะไม่อาจถือได้ว่าที่ดินของบุคคลภายนอกเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยึดถือที่ดินไว้ใช้ประโยชน์ต่อไปได้ นอกจากนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือศาล ย่อมไม่อาจเข้าไปจัดการกับสัญญาซึ่งผูกพันสิทธิครอบครองทรัพย์สินเช่นว่านั้นได้ เพราะไม่มีอำนาจใดตามกฎหมายกำหนดให้ไว้นั่นเอง นอกจากนี้ ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งอาจจะเข้าไปรวมในกองทรัพย์สินเพื่อการจำหน่ายนั้น ย่อมจะขัดขวางการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินเหล่านั้นเพื่อกิจการของลูกหนี้อีกด้วย

หลักการเสมือนการเป็นเจ้าของนี้ ในหลายประเทศได้ยกเลิกไม่นำมาใช้ในกฎหมายล้มละลายอีกต่อไป เพราะเห็นว่าไม่เหมาะสม และสอดคล้องกับปัจจุบัน²⁶ เช่น ประเทศแคนาดาได้ยกเลิกในปี ค.ศ. 1949 ออสเตรเลียยกเลิกในปี ค.ศ. 1967 และในประเทศอังกฤษได้ยกเลิกในปี ค.ศ. 1985

ข) การให้ความคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดตามมาตรา 109(3)

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 158 บัญญัติว่า “ผู้มีส่วนได้เสียคนใดเห็นว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่มีสิทธิยึดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใด ให้คัดค้านต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้รับคำคัดค้านแล้วให้สอบสวน และมีคำสั่ง ถ้าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สั่งไม่ให้ออนการยึด ผู้นั้นมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลภายในสิบสี่วัน นับแต่วันได้ทราบคำสั่งนั้น เมื่อศาลได้รับคำร้องขอแล้ว ให้ศาลพิจารณาและมีคำสั่งชี้ขาดเหมือนอย่างคดีธรรมดาโดยเรียกเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ามาสู่คดี” จะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าว

²⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ, หน้า 76.

สอดคล้องกับเรื่องการร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด หรือรังฆัตทรัพย์สินแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 288 ทั้งนี้ เจ้าของที่แท้จริงจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นไม่อยู่ในเงื่อนไต่ถามตามมาตรา 109(3)

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากสิ่งของใดมีลักษณะต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 109(3) แล้ว ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินย่อมไม่มีอำนาจร้องขอให้ถอนการยึดได้ เพราะเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินมีอำนาจที่จะยึดสิ่งของนั้นตามกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินเหล่านั้นมีทางเยียวยาความเสียหายเพียงทางเดียวเท่านั้น คือ จะต้องไปขอรับชำระหนี้สำหรับราคาสิ่งของนั้น ตามมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ต่อไป

2.3 การจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย

เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กล่าวคือ ภายหลังจากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินลูกหนี้แล้ว อำนาจในการจัดการทรัพย์สินและกิจการต่างๆ ของลูกหนี้จะหมดสิ้นไป อำนาจจัดการทรัพย์สินและกิจการดังกล่าวจะตกโอนไปยังเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมาย²⁷ สำหรับประเทศไทย คือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สิน และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการจัดการทรัพย์สิน และกิจการของลูกหนี้ต่อไปภายใต้เงื่อนไต่ถามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินจะมีหน้าที่รวบรวมทรัพย์สินต่างๆ ของลูกหนี้เข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย เพื่อดำเนินการจัดสรรแบ่งชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ต่อไป ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย ดังปรากฏในมาตรา 22 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งได้บัญญัติว่า “เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินลูกหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจดังต่อไปนี้

1) จัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป

²⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 62 บัญญัติว่า “การล้มละลายของลูกหนี้เริ่มต้นมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินเด็ดขาด”

2) เก็บรวบรวมและรับเงิน หรือทรัพย์สินซึ่งจะตกได้แก่ลูกหนี้หรือซึ่งลูกหนี้มีสิทธิได้รับจากผู้อื่น

3) ประนีประนอมยอมความ หรือฟ้องร้อง หรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้”

บทบัญญัติของมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 เป็นบทบัญญัติซึ่งวางหลักเกณฑ์ และวิธีการสำหรับการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เอาไว้ เพื่อกำหนดแนวทางในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพื่อนำทรัพย์สินของลูกหนี้มาชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ต่อไป

2.3.1 การจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จไป

การจัดการตามความหมายของมาตรา 22 ในอนุมาตรา (1) ได้บัญญัติว่า จัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ คำว่า “จัดการ” หมายความว่า หากทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นกิจการหรือธุรกิจที่จะต้องมีการจัดการ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าไปจัดการกิจการหรือธุรกิจนั้นได้ ซึ่งการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น จะเป็นการเข้าทำกิจการของลูกหนี้เท่ากิจการที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไปเท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ว่า “ถ้าลักษณะแห่งธุรกิจของลูกหนี้มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินต่อไปเมื่อได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินธุรกิจของลูกหนี้นั่นเอง เพื่อชำระสะสางธุรกิจนั้นให้เสร็จไป หรือจะตั้งบุคคลใดหรือลูกหนี้เป็นผู้จัดการโดยกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ก็ได้”

การจัดการทรัพย์สินตามมาตรา 120 นี้ เป็นกรณีที่ธุรกิจของลูกหนี้ซึ่งได้ดำเนินการอยู่ก่อนถูกพิทักษ์ทรัพย์นั้น อาจมีธุรกิจบางอย่างหรือบางกรณีที่ยังค้างอยู่หรือต้องหยุดชะงัก อันเป็นผลจากคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาล บางกรณีลักษณะของธุรกิจนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินต่อไป การจัดการให้ธุรกิจนั้นดำเนินต่อไป เป็นวิธีการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย ซึ่งการให้ธุรกิจนั้นดำเนินต่อไปต้องเพื่อชำระสะสางธุรกิจนั้นให้เสร็จไป กล่าวคือ ทำเรื่องที่ยังค้างอยู่ให้สำเร็จ

ไปเท่านั้น มิได้หมายความว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะไปเริ่มดำเนินกิจการอะไรขึ้นใหม่อีก อันเป็นการทำธุรกิจขึ้นใหม่ย่อมทำไม่ได้²⁸

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4114/2528 เมื่อจำเลยที่ 1 (ลูกหนี้) ถูกพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ย่อมหมดอำนาจที่จะดำเนินกิจการของตนต่อไป จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจตามกฎหมายที่จะจัดการหรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของจำเลยที่ 1 ซึ่งค้างอยู่เสร็จสิ้นไปแทนจำเลยที่ 1 เมื่อจำเลยที่ 2 บอกเลิกจ้างโจทก์ซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการเลิกจ้างตามประกาศของกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานเงินค่าชดเชยซึ่งกฎหมายแรงงานบังคับให้จำเลยที่ 1 ต้องจ่ายให้แก่โจทก์นั้นเกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ย่อมเป็นหน้าที่ไม่อาจขอรับชำระได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 94 แต่เมื่อจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เป็นผู้จัดการกิจการทรัพย์สินแทนจำเลยที่ 1 แล้ว เกิดมีเงินที่กฎหมายบังคับให้จ่ายขึ้น จำเลยที่ 2 ก็มีหน้าที่ต้องเอาเงินของจำเลยที่ 1 จ่ายแทนจำเลยที่ 1 โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยที่ 2 ให้จ่ายเงินค่าชดเชยได้ และตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3588/2529 การที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์จำเลยชั่วคราวหาผลทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง ลูกจ้างต้องสิ้นสุดหรือระงับไปด้วยไม่ โจทก์ยังมีฐานะเป็นลูกจ้างของจำเลย การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิดำเนินกิจการแทนจำเลย ปฏิเสธไม่ยอมจ่ายค่าจ้างให้โจทก์เป็นเพียงแจ้งให้โจทก์ไปขอรับชำระหนี้ตามกฎหมายเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าจำเลยโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้เลิกจ้างโจทก์แล้ว โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าชดเชยและสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าจากจำเลยได้ และถือว่าหน้าที่เกิดขึ้นหลังจากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวจึงไม่ใช่หน้าที่จะต้องยื่นขอรับชำระหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 94 และไม่ต้องยื่นคำร้องต่อศาลก่อนตามมาตรา 146 เมื่อจำเลยปฏิเสธไม่จ่ายค่าจ้างค้างจ่าย โจทก์ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกร้องเอาจากจำเลยได้ทันที

การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการดำเนินธุรกิจที่ค้างอยู่เพื่อชำระสะสางธุรกิจนั้นให้เสร็จไปนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินการได้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินการเอง หรือจะตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้จัดการเข้าไปดำเนินธุรกิจนั้นก็ ได้ โดยผู้จัดการนั้นอาจจะเป็นบุคคลภายนอก เจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ก็ได้ แม้การแต่งตั้งผู้จัดการดังกล่าวจะเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งอาจ

²⁸ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 298.

กระทำได้ทันที แต่ในทางปฏิบัติ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะขอความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหน้าที่ หรือที่ประชุมกรรมการเจ้าหน้าที่เสียก่อน

สำหรับการจำหน่ายทรัพย์สินนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะสามารถจำหน่าย ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ก็ต่อเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายแล้ว เว้นเสียแต่ทรัพย์สิน ของลูกหนี้นั้นจะเป็นของที่เสียง่าย หากยึดหนองไว้ จะเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหาย หรือกรณี ค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาทรัพย์สินจะสูงกว่ามูลค่าของทรัพย์สิน²⁹ สำหรับวิธีการจำหน่ายทรัพย์สิน ของลูกหนี้ขึ้นอยู่กับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่าจะขายโดยวิธีใด ซึ่งเห็นว่าเป็นวิธีซึ่งสะดวกและเกิด ผลดีที่สุดแก่กองทรัพย์สิน โดยปกติการขายนั้น จะต้องกระทำโดยวิธีการขายทอดตลาด หากเจ้า พนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเห็นว่าวิธีการขายอื่นซึ่งสะดวกและเกิดผลดีที่สุดมิใช่การขายทอดตลาด จะต้องได้รับความเห็นชอบจากกรรมการเจ้าหน้าที่เสียก่อน³⁰ ยกตัวอย่างเช่น การขายหุ้นที่ลูกหนี้ถือ อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น³¹

ภายใต้การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อดำเนินธุรกิจที่ค้างอยู่ให้เสร็จสิ้นไปนั้น ในปัจจุบันพบว่า การจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการแยกส่วนขายทอดตลาดออกป็นั้น อาจ ไม่เกิดประโยชน์สูงสุดแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ เทียบเท่ากับการขายกิจการของลูกหนี้ไปทั้ง กิจการ ในกรณีที่ลักษณะของกิจการอาจทำการจำหน่ายได้เช่นนั้น อันจะมีค่าใช้จ่ายสำหรับการ จำหน่ายทรัพย์สินน้อยกว่าการจำหน่ายแยกชิ้นส่วนของธุรกิจไป หรือกรณีกิจการของลูกหนี้มีความ จำเป็นต้องดำเนินต่อไปในช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อรอการจำหน่ายรวมทั้งกิจการ ภายใต้บทบัญญัติ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 22 (1) ประกอบกับมาตรา 120 นั้น เจ้าพนักงาน พิทักษ์ทรัพย์ย่อมไม่มีอำนาจดำเนินการไปในลักษณะดังกล่าวได้ แม้ว่าจะได้รับความเห็นชอบจาก ที่ประชุมเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการเจ้าหน้าที่ก็ตาม รวมทั้งกรณีนี้พระราชบัญญัติล้มละลายก็ไม่ได้เปิด ช่องให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กระทำได้อีกด้วย

²⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 19.

³⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 123.

³¹ คำสั่งกรมบังคับคดีที่ 446/2549 เรื่อง การปฏิบัติงานบังคับคดีล้มละลาย ในสำนวนกิจการและทรัพย์สิน ข้อ 9.3.

2.3.2 การเก็บรวบรวมทรัพย์สินที่จะตกได้แก่ลูกหนี้ หรือลูกหนี้มีสิทธิได้รับจากผู้อื่น

มาตรการสำหรับจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ ให้เข้าสู่กองทรัพย์สิน ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้เดียวซึ่งมีอำนาจรวบรวม และรับเงินหรือทรัพย์สินที่จะตกได้แก่ลูกหนี้ หรือที่ลูกหนี้มีสิทธิจะได้รับจากผู้อื่น³² สำหรับวิธีการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น มีวิธีการดังกล่าวต่อไปนี้

ก) การยึดทรัพย์สินของลูกหนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวหรือพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั้นถือเป็นหมายของศาลให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ายึดดวงตราสมุดบัญชีและเอกสารและบรรดาทรัพย์สินซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจยึดทรัพย์สินได้ด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องร้องขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการแทน³³ ซึ่งกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายผู้เขียนจะได้กล่าวไว้แล้ว ในหัวข้อ 2.2

ในการยึดทรัพย์สินต่าง ๆ นั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ซึ่งเป็นของลูกหนี้ หรือที่ลูกหนี้ครอบครองอยู่ รวมทั้งมีอำนาจเปิดตู้निรภัย ตู้เก็บของอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อการยึดทรัพย์สินนั้นด้วย³⁴ แต่ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ซุกซ่อนอยู่ในโรงแรมหรือเคหสถานหรือสถานที่อันมิใช่ของลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องร้องขอต่อศาลให้ออกหมายค้นเสียก่อน³⁵ มิฉะนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจมีความผิดฐานบุกรุกได้

³² พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 22 (2)

³³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 19.

³⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 109 (3).

³⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 19 วรรค 2 .

ข) การอายัดทรัพย์สิน

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มีอำนาจแจ้งอายัดไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเรียกร้องซึ่งลูกหนี้มีสิทธิจะได้รับหรือทรัพย์สินลูกหนี้

ในกรณีที่ลูกหนี้มีอาชีพรับราชการ และมีสิทธิได้รับเงินเดือน บำเหน็จ บำนาญ เบี้ยหวัด หรือเงินอื่นใดในทำนองเดียวกัน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีหนังสือแจ้งการอายัดไปยังผู้บังคับบัญชาสูงสุดที่ลูกหนี้สังกัดอยู่ ขอให้ส่งเงินดังกล่าวหรือเงินอื่นๆ ที่ลูกหนี้มีสิทธิได้รับมายังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

ค) การทวงหนี้

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจยื่นคำขอต่อศาล เพื่อขอให้ศาลบังคับให้ผู้รับว่าเป็นหนี้ลูกหนี้ หรือครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายในกำหนดเวลาตามสมควร ถ้าไม่ปฏิบัติตามเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอให้ศาลบังคับคดีเสมือนเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้³⁶

การขอให้ศาลมีคำสั่งดังกล่าวข้างต้นนั้น หมายถึงในกรณีที่เป็นหนี้เงินบุคคลนั้น ยอมรับว่าเป็นหนี้ลูกหนี้เป็นจำนวนแน่นอนเท่าใด หรือกรณียอมรับว่าทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ครอบครองนั้นมีอะไรบ้าง ในทางปฏิบัติการทวงข้อเท็จจริงทั้งสองกรณีข้างต้น เป็นผลมาจากการสอบสวนของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ที่จะเรียกลูกหนี้ เจ้าหนี้หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่เห็นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้มาสอบสวนได้³⁷ หากการสอบสวนของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ข้อเท็จจริงว่าบุคคลนั้นรับว่าเป็นหนี้ลูกหนี้จำนวนเท่าใด หรือรับว่ามีทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในความครอบครองของตนแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะสั่งให้บุคคลนั้นชำระหนี้ หรือให้ส่งมอบทรัพย์สินแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ หากบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์

³⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 118.

³⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 117.

ทรัพย์สินอาจต้องขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับ และออกหมายบังคับคดีเสมือนว่าบุคคลนั้นเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปได้ โดยไม่ต้องไปฟ้องเป็นคดีแพ่งใหม่อีกคดีหนึ่ง

ปัญหาในทางปฏิบัติในกรณีนี้ คือ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องสอบสวนให้ได้ความชัดเจนเสียก่อน จึงจะใช้อำนาจตามมาตรา 118 ได้ กรณีที่ศาลได้รับคำขอของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แล้ว ศาลจะต้องส่งสำเนาคำขอให้บุคคลที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เรียกให้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินก่อนและบุคคลนั้น มีสิทธิจะคัดค้านคำขอของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กรณีนี้ศาลอาจจะให้ไต่สวนเสียก่อน แล้วจึงมีคำสั่งหรือออกยกคำขอของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไปดำเนินการเรื่องการเรียกให้ชำระหนี้ก็ได้

การเรียกให้ชำระหนี้เป็นมาตรการพิเศษอีกวิธีหนึ่งในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยเมื่อปรากฏว่าลูกหนี้มีสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลใดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แจ้งเป็นหนังสือไปยังบุคคลนั้นให้ชำระหนี้ หรือส่งมอบทรัพย์สินของลูกหนี้ในเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พร้อมกันนี้ต้องแจ้งให้ทราบว่าหากจะปฏิเสธต้องแสดงเหตุผลประกอบเป็นหนังสือมายังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ภายใน 14 วัน นับแต่ทราบการแจ้งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ มิฉะนั้นจะถือว่ายอมรับ

ถ้าบุคคลดังกล่าวนั้นปฏิเสธการชำระหนี้ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สอบสวนต่อไป หากเห็นว่า ไม่ได้เป็นหนี้จริงให้จำหน่ายชื่อออกจากบัญชีลูกหนี้ ถ้าเห็นว่าเป็นหนี้จริงให้ยืนยันเป็นหนังสือไปยังบุคคลนั้น และแจ้งด้วยว่าหากจะคัดค้านให้คัดค้านต่อศาลภายใน 14 วัน นับแต่วันรับคำยืนยันนั้น หากบุคคลนั้นคัดค้านต่อศาลให้ศาลพิจารณาต่อไป หากเห็นว่ามิใช่จริงก็ให้มีคำสั่งบังคับ หากศาลเห็นว่าไม่ได้เป็นหนี้ให้จำหน่ายชื่อจากบัญชีลูกหนี้ต่อไป³⁸

กรณีที่ผู้ได้รับแจ้งความจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ปฏิเสธต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือคัดค้านต่อศาลภายในกำหนดเวลา หรือศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นหนี้จริงอย่างใดอย่างหนึ่ง เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับและบังคับคดีเสมือนเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปได้

³⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 119.

ง) การไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือบอกปัดสัญญาที่มีภาระเกินสมควร

มาตรการในข้อนี้เป็นมาตรการอีกประการหนึ่งที่ทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่เสื่อมเสียไป หรือได้รับทรัพย์สินกลับคืนมาในกรณีที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์และมีสัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อไป กรณีสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์จะพึงได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญานั้นได้³⁹

คำว่า “มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์จะพึงได้” นี้ หมายความว่าภาระหรือหนี้สินเกี่ยวพันกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ขณะพิทักษ์ทรัพย์นั้นก็ดี หรือว่ามีภาระหรือหนี้สินเกี่ยวกับสัญญาที่ลูกหนี้มีอยู่ในขณะนั้นเกินกว่าประโยชน์ที่พึงได้ หากว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะรับทรัพย์สินนั้นไว้ หรือจะปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไป เช่น ลูกหนี้ซื้อทรัพย์สินไว้มีภาระต้องผ่อนชำระอีกมาก ไม่คุ้มกับราคาทรัพย์สินนั้น หรือลูกหนี้ทำสัญญาจะขายทรัพย์สินไว้ เงินที่จะพึงได้รับต่อไปไม่คุ้มกับราคาทรัพย์สินในขณะนั้นเป็นต้น⁴⁰

อย่างไรก็ตามบุคคลผู้ได้รับความเสียหายโดยเหตุที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญา ยกเลิกหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายล้มละลายได้รับรองสิทธิของเจ้าหนี้ให้มีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้

จ) การเพิกถอนนิติกรรมอันเป็นการฉ้อฉลหรือการให้เปรียบ

นิติกรรมที่ลูกหนี้ได้กระทำลงอันเป็นการฉ้อฉล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ขอที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ ซึ่งนิติกรรมใด ๆ อันลูกหนี้ได้กระทำลง ทั้งรู้หรือจะเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ แต่ข้อความนี้ท่านมิให้ใช้บังคับถ้าปรากฏว่าในขณะที่ทำนิติกรรมนั้น บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลากงออกแต่การนั้นมีได้รู้เท่าถึงข้อความจริงอันเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบนั้นด้วย แต่หากเป็นกรณีทำให้โดยเสนาหา ท่านว่าเพียงแต่ลูกหนี้เป็นผู้รู้ฝ่ายเดียวเท่านั้นก็พอแล้วที่จะเพิกถอนได้” เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะร้องขอต่อศาลเพื่อ

³⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 122.

⁴⁰ ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, หน้า 338.

เพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่ง ภายในกำหนดระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่เจ้าหนี้รู้ต้นเหตุอันเป็นมูลให้เพิกถอน หรือภายใน 10 ปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมนั้น

การโอนหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ลูกหนี้ได้กระทำภายในระยะเวลา 1 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่า ลูกหนี้และผู้รับโอนรู้ว่าเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่ง เว้นแต่ผู้รับโอนพิสูจน์ได้ว่า ตนสุจริต กล่าวคือ ไม่รู้ว่าเป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียเปรียบหรือไม่รู้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวและเสียค่าตอบแทนได้

ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินหรือกระทำการหรือยินยอมให้กระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้รายนั้นได้เปรียบเจ้าหนี้รายอื่นโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้รับโอนจะสุจริตและเสียค่าตอบแทนหรือไม่ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำภายในระยะเวลา 3 เดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีแพ่งอีกคดีหนึ่ง

ถ้าเจ้าหนี้ผู้ได้เปรียบเป็นบุคคลภายในของลูกหนี้ ศาลมีอำนาจเพิกถอนการโอนหรือการกระทำที่ได้กระทำขึ้นภายในระยะเวลา 1 ปี ก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ร้องขอให้เพิกถอนการโอนตามมาตรา 114 และมาตรา 115 นั้น ไม่ใช่การเพิกถอนการขอลดตามมาตรา 113 และไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดอายุความไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อเพิกถอนภายในกำหนดระยะเวลา 10 ปี ซึ่งเป็นอายุความทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30

2.3.3 การประนีประนอมยอมความ ฟ้องร้อง หรือต่อสู้คดีใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้

เมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เข้ามาจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว คดีความใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ย่อมตกอยู่ในอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งสิ้น ไม่ว่า

จะเป็นการประนีประนอมยอมความ การฟ้องร้อง หรือการต่อสู้คดี⁴¹ ก็ตาม ซึ่งคดีความดังกล่าว นั้นหมายความว่าเฉพาะแต่คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ไม่ใช่คดีอาญา และคดีเกี่ยวกับสิทธิในครอบครัวหรือฐานะของบุคคล เช่น คดีฟ้องรับรองบุตร หรือฟ้องหย่า เป็นต้น⁴² โดยคำว่าคดีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้ หมายความว่าถึงคดีที่กระทบกระเทือนทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ในกรณีนี้

ก) ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ เฉพาะคดีที่มูลคดีเกิดขึ้นก่อนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สิน หากเกิดภายหลังการพิทักษ์ทรัพย์สินจะขอรับชำระหนี้ไม่ได้ จึงไม่กระทบกระเทือนต่อทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

ข) กรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้มาก่อนล้มละลาย หรือวันล้มละลาย (วันพิทักษ์ทรัพย์สิน) เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินมีอำนาจเข้าสู่ต่อสู้คดีแทน เพราะกฎหมายล้มละลายให้ถือว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลาย⁴³

2.3.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย

2.3.4.1 สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ คือ ทรัพย์สินชนิดหนึ่ง อันแสดงถึงความเป็นเจ้าของแห่งทรัพย์สิน กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินของตนเอง แต่เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองบังคับบัญชาให้บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจอันสมบูรณ์ที่สุดที่บุคคลจะพึงมีได้ กล่าวคือ อำนาจแห่งการเป็นเจ้าของนั่นเอง⁴⁴

⁴¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 22 (3).

⁴² สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 86.

⁴³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 109 (2).

⁴⁴ ประมวล สุวรรณศร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 121.

ก) ลักษณะของกรรมสิทธิ์

1) กรรมสิทธิ์มีได้เฉพาะในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น สำหรับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิ มิได้มีกรรมสิทธิ์ มีเพียงสิทธิเท่าที่พระราชบัญญัติที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งมีเนื้อหาแตกต่างไปจากกรรมสิทธิ์⁴⁵ กรรมสิทธิ์มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ์ หากทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิ์นั้นเสื่อมสลายไปทั้งหมด กรรมสิทธิ์ย่อมจะสูญสิ้นไปด้วย

2) กรรมสิทธิ์มีอาการใช้สิทธิเป็นสิทธิมีอำนาจเหนือโดยเจ้าของหรือผู้มกรรมสิทธิ์สามารถใช้สิทธินั้นได้ด้วยกำลังของตนเองโดยพลการ ไม่ต้องร้องขออนุญาตจากศาลหรือผู้อื่น ซึ่งการใช้สิทธิเช่นนี้ได้ เจ้าของจะต้องครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ การใช้สิทธิอำนาจเหนือ แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หากทำไปพอสมควรแก่เหตุถือเป็นการป้องกัน ผู้ใช้สิทธินั้นไม่มีความผิด อันเป็นลักษณะสามัญสำหรับทรัพย์สินอย่างอื่นด้วย

3) กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) คือ เป็นสิทธิที่ไ้ยืนยันได้กับบุคคลทั่วไป บุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องเคารพ อันแตกต่างไปจากสิทธิทางหน้าที่จะยืนยันได้แต่เฉพาะคู่กรณี หรือลูกหนี้เท่านั้น

4) กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิสูงสุด เป็นสิทธิที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิมากกว่าทรัพย์สินประเภทอื่นๆ ผู้มกรรมสิทธิ์สามารถขจัดความเกี่ยวข้องของผู้อื่น หรือหวงกันไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามายุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้อย่างเด็ดขาด

⁴⁵ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เล่ม 1-2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน, 2521), หน้า 170.

5) กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิถาวร ไม่มีบทบัญญัติใดทางกฎหมายกำหนดให้สิ้นสุดไปโดยระยะเวลา ส่วนทรัพย์สินอื่นใด ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น มีกำหนดระยะเวลาอย่างมากเพียง 30 ปี หรืออาจตลอดชั่วชีวิตของผู้ทรงสิทธินั้น

ข) สิทธิต่างๆ ของเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่มีอำนาจมากที่สุดในการบรรดาทรัพย์สินทั้งหลาย โดยมีลักษณะสำคัญดังที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งเจ้าของกรรมสิทธิ์นั้นจะมีสิทธิเช่นไร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดมาตรา 1336 ว่า “มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืน ซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งจำแนกได้ว่า สิทธิต่างๆ ของเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้แก่

1.) สิทธิใช้สอย

สิทธิใช้สอยของผู้ทรงกรรมสิทธิ์ หรือเจ้าของนั้น หมายถึง อำนาจที่จะทำประโยชน์ได้ประโยชน์ ตามความต้องการโดยไม่เป็นการทำลายภาวะแห่งทรัพย์สินนั้น⁴⁶ เช่น เจ้าของบ้านมีสิทธิใช้บ้านเป็นที่อยู่อาศัย เจ้าของรถยนต์มีสิทธิขับขีรถยนต์ไปไหนมาไหนได้ เจ้าของที่นาทำนาบนที่นาเป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 นั้น การใช้สอยของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายอื่น หรืออาจถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายอื่นได้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิใช้สอยนั้นมีทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิใช้สอยเพื่อประโยชน์สาธารณะ คือ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนคนใดคน

⁴⁶ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2521), หน้า 256.

หนึ่งโดยเฉพาะ⁴⁷ สำหรับการจำกัดสิทธิใช้สอยโดยกฎหมายเอกชน อาจเป็นกรณีการทำสัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าไม่มีคงรูปหรือการก่อทรัพย์สิทธิเหนือทรัพย์นั้น เช่น ภาระจำยอม สิทธิอาศัย เป็นต้น

2) สิทธิจำหน่าย

สิทธิจำหน่าย ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายว่า “คำว่าจำหน่ายนี้ในคำแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า disposal ซึ่งมีได้หมายความจำกัดเฉพาะจำหน่ายจ่ายโอนให้คนอื่นไปเท่านั้น ยังกันความตลอดถึง การจำหน่ายทำลายภาวะ เช่น ใช้ข้าวกินสิ้นภาวะไป ถ้าม้าที่ไม่ดีฆ่าเสียให้ตาย ที่ดินมีอยู่ขุดพังลงน้ำเสีย เหล่านี้ก็เป็นกรณียุติจำหน่ายได้ด้วย ซึ่งที่จริงก็ตรงกับ Jus abutendi ในกฎหมายโรมัน ยิ่งกว่านั้นยังมีความหมายรวมตลอดถึง การเปลี่ยนแปลงภาวะของทรัพย์สินให้เป็นอื่น เช่น เอาข้าวมาหมักทำเป็นเหล้า มีทองจัดทำเป็นสร้อย มีอิฐปูนกระเบื้องไม่เอาจัดทำสร้างเป็นตึก เหล่านี้ก็จัดว่าเป็นการใช้อำนาจจำหน่ายได้เหมือนกัน อีกนัยหนึ่ง การกระทำใดๆ ของเจ้าของที่เปลี่ยนภาวะของทรัพย์สินทำให้สิ้นศูนย์ภาวะไป ถ้าทำลายเสีย ถ้าโอนกรรมสิทธิ์นั่นเอง ถ้าแบ่งแยกโอนสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดในกรรมสิทธิ์นั้นไป เช่น เอาแหวนจํานำเขาไว้ ถ้าโอนสิทธิเก็บกินในที่ดินให้คนอื่น เหล่านี้นับได้ว่าเป็นการใช้สิทธิจำหน่ายได้ทั้งสิ้น ต่างกับการใช้สิทธิใช้สอย ซึ่งสงวนภาวะของทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์ไว้ และต่างกับสิทธิได้ดอกผลที่เก็บเกี่ยวเอาผลจากแม่ทรัพย์”⁴⁸

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา), 2545 หน้า 123

⁴⁸ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 257.

3) สิทธิได้ดอกผล

สิทธิได้ดอกผลในที่นี้ หมายถึง มีสิทธิได้ทั้งดอกผลธรรมดา คือ เจ้าของแม่ไก่มีสิทธิได้ไข่ไก่และลูกไก่ และสิทธิได้ดอกผลนิตินัย เช่น เจ้าของบ้านมีสิทธิได้ค่าเช่าบ้าน เจ้าของเงินมีสิทธิได้ดอกเบี้ยสำหรับเงินที่ให้กู้ มีสิทธิรับเงินปันผลสำหรับเงินที่นำไปลงทุน เป็นต้น⁴⁹

4) สิทธิขัดขวาง

สิทธิขัดขวาง คือ สิทธิที่จะขัดขวางบุคคลอื่นที่จะสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเจ้าของกรรมสิทธิ์จะมีสิทธิขัดขวางได้ต่อเมื่อได้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ อาการใช้สิทธิของสิทธิขัดขวางเป็นการใช้สิทธิอำนาจเหนือสามารถใช้กำลังของตนได้โดยพลการ แต่ต้องทำไปตามความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ

5) สิทธิติดตามเอาคืน

สิทธิติดตามเอาคืน เจ้าของจะใช้สิทธิเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้น ไปอยู่ในครอบครองของผู้อื่นไม่ได้อยู่ในการครอบครองของเจ้าของ เป็นอาการใช้สิทธิเรียกร้อง เจ้าของจะใช้กำลังของตนโดยพลการ ติดตามเอาทรัพย์สินคืนไม่ได้ ต้องอาศัยอำนาจของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาล

2.3.4.2 การใช้ทรัพย์สิน

ตามที่กล่าวมาแล้วในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เห็นได้ว่า เมื่อเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งตามกระบวนการล้มละลายของไทยนั้น มุ่งให้มีการรวบรวมทรัพย์สินต่างๆ ของลูกหนี้ทำการจำหน่าย แล้วนำเงินที่ได้มาชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้โดยเร็ว แต่กฎหมายล้มละลาย

⁴⁹ วิริยะ นามศิริพงษ์พันธุ์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 125.

ของไทยไม่ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อที่จะพิจารณา ลักษณะกิจการของลูกหนี้ และวิธีการจัดการทรัพย์ต่อไปเพื่อการขายทรัพย์สินนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจเพียงแต่การรวบรวมและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น ซึ่งในบางกรณี การขายทรัพย์สินของลูกหนี้ออกเป็นส่วนๆ ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ การให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปในระยะเวลาอันสั้น หรือการขายทรัพย์สินในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่อาจก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกองทรัพย์สินมากกว่าการให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไปไม่ว่าจะชั่วระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะนำทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ใช้ประโยชน์เพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ซึ่งการประกอบธุรกิจนั้นย่อมจะกระทบกระทั่งกับสิทธิของบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้มีประกันได้ หากการประกอบธุรกิจจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้มีประกันนั้น การกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน หรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เพื่อการดำเนินธุรกิจต่อไปของลูกหนี้ภายใต้กระบวนการล้มละลาย จึงเป็นประเด็นที่สำคัญที่จะทำให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นไป การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกจากการใช้ทรัพย์สินนั้น เพราะกฎหมายล้มละลายจะเข้าไปกระทบสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์นั้นได้เพียงใด จึงจะเป็นธรรมต่อเจ้าของทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทย จึงยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ พิจารณาความจำเป็นในการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปในระหว่างกระบวนการล้มละลาย ทั้งนี้ เพื่อความจำเป็นในการขายทรัพย์สิน โดยที่ธุรกิจยังคงดำเนินการอยู่ หรือดำเนินธุรกิจต่อไปเพื่อรอการแบ่งขายทรัพย์สินในเวลาอันสมควร ดังนั้น การจะให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายของไทยได้ สรุปได้ว่าจะต้องพิจารณาปัญหาทางกฎหมาย ดังนี้

1. ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่ไม่อยู่ในเงื้อมมือของมาตรา 109 (3) มิได้รวบรวมอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ อันทำให้มาตรการใด ๆ ของกฎหมายล้มละลายไม่อาจเข้าไปจัดการกับทรัพย์สินนั้นได้
2. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการกิจการของลูกหนี้ต่อไป เพื่อให้กิจการนั้นสิ้นสุดลงเท่านั้น
3. เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่มีอำนาจใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ในกิจการของลูกหนี้ได้
4. การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

2.3.4.3 การคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลาย

กรณีที่ต้องมีการใช้ทรัพย์สินดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อข้างต้นนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายล้มละลายส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายนั้น ได้รับความเสียหายจากการถูกบังคับให้ใช้ทรัพย์สิน ซึ่งบุคคลภายนอกอาจจะไม่ให้ความร่วมมือในการใช้ทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ หากการถูกบังคับใช้นั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด โดยที่ไม่มีการให้ความคุ้มครองความเสียหายจากการใช้ทรัพย์สิน และเป็นที่เข้าใจว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมจะต้องติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากลูกหนี้ ดังนั้น เพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครองและให้ความร่วมมือในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ กฎหมายล้มละลายจะต้องให้คุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกดังกล่าว เพื่อให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในประเด็นนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ซึ่งเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

2.4 การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การฟื้นฟูกิจการเป็นวิธีการเพื่อประโยชน์แก่กิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินให้สามารถดำเนินต่อไปได้ เป็นแนวความคิดในการแก้ไขปัญหาในเชิงธุรกิจ โดยสร้างมาตรการทางกฎหมายเข้ามาช่วยเหลือให้แก้ไขปัญหาได้ดีขึ้น โดยการเปลี่ยนตัวผู้บริหาร การเปลี่ยนแปลงแผนหรือโครงการดำเนินกิจการการเพิ่มทุน หรือระดมทุนมาเพิ่ม ธุรกิจของลูกหนี้ประเภทนี้ไม่ควรต้องปิดการชำระหนี้สินตามกฎหมายล้มละลายไปทันที อันจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม

กฎหมายฟื้นฟูกิจการได้รับการสนับสนุนด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันไป เช่น ต้องการคุ้มครองนักลงทุนส่วนใหญ่ คุ้มครองลูกจ้าง คุ้มครองธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งมีลูกจ้างอยู่เป็นจำนวนมาก หรือมีผลประโยชน์ของรัฐเกี่ยวข้องด้วย คุ้มครองธุรกิจรายย่อย หรือคุ้มครองธุรกิจซึ่งมีความสำคัญต่อประเทศ อย่างไรก็ตาม เหตุผลทั้งหมดจะเกี่ยวข้องกับความตกต่ำของภาวะเศรษฐกิจซึ่งก่อให้เกิดแรงกดดันในด้านการเมืองที่จะต้องให้ความช่วยเหลือผู้ลงทุนประกอบการวิสาหกิจ และบรรดาผู้ตกเป็นเหยื่อหากบริษัทต้องล้มละลาย⁵⁰

หลักการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้เริ่มมีขึ้นตั้งแต่สมัยโรมัน⁵¹ ซึ่งจักรพรรดิจัสติเนียนได้กำหนดขึ้นระหว่างปี 529 ถึง 534 ก่อนคริสตกาล โดยให้ปลดปล่อยบางส่วน (a partial release หรือ remissio) และให้ผ่อนเวลาในการชำระหนี้ (delay in payment หรือ dilation) รวมทั้งการรวบรวมทรัพย์สินระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย (cession banorum) หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองและพัฒนาเป็นลำดับทั้งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ในยุโรป โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต้องผ่านยุคเศรษฐกิจตกต่ำที่สุดใน ค.ศ.1930 ทำให้ยอมรับหลักการฟื้นฟูกิจการอย่างรวดเร็ว ตั้งแต่ ค.ศ.1938 และกลายเป็นกฎหมายที่เป็นแบบอย่างในคดี 1978 จาก Chapter 11 ของประมวลกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy Code)

⁵⁰ วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย เรื่องกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 2550, หน้า 10

⁵¹ จากงานวิจัยของ JH Dalhuisen, International Insolvency & Bankruptcy (1982) Matthew Bender.

2.4.1 วัตถุประสงค์ของการฟื้นฟูกิจการ

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายดั้งเดิม เป็นกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อให้ลูกหนี้หมดอำนาจในการจัดการกิจการ และทรัพย์สินของตนเองภายหลังถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด โดยมีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ใช้อำนาจจัดการแทน ซึ่งผลแห่งการฟ้องคดีล้มละลายเป็นปัญหาอย่างยิ่ง เพราะมีผลกระทบต่อส่วนรวม และเศรษฐกิจ เนื่องจากบริษัทจะต้องเลิกกิจการ ลูกจ้างไม่อาจทำงานได้อีกต่อไป รวมทั้งเจ้าของกิจการไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ด้วยผลกระทบนี้ จึงมีทางออกใหม่อีกทางหนึ่งนอกจากการล้มละลาย ซึ่งการฟื้นฟูกิจการนี้มีช่องทางออกเพียงทางเดียวที่คิดค้นขึ้น แต่เป็นทางเลือกทางหนึ่ง⁵² เท่านั้น การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ จึงเป็นรูปแบบของการแก้ไขปัญหาด้านเศรษฐกิจของประเทศอย่างหนึ่ง โดยอาศัยกระบวนการทางกฎหมายทำให้กิจการของลูกหนี้ซึ่งประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราวได้มีโอกาสฟื้นฟูกิจการ ซึ่งอาจปรับโครงสร้างกิจการลูกหนี้ รวมถึงปรับโครงสร้างหนี้ลดจำนวนหนี้ลดทุนเพิ่มทุน และแปลงหนี้เป็นทุน เพื่อให้อยู่ในสภาพที่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ซึ่งไม่ถูกจำกัดเหมือนคดีล้มละลายในการจัดการทรัพย์สินของตนเอง

2.4.2 สภาวะการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay)

เพื่อให้การฟื้นฟูกิจการดำเนินไปได้โดยสะดวก และบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หลักการเรื่องสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) เพื่อจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการ จึงเป็นหลักสำคัญในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการซึ่งในพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้นำหลักการสภาวะพักบังคับชำระหนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 90/12 โดยสภาวะพักบังคับชำระหนี้เริ่มต้นตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณาเป็นต้นไป จนถึงวันครบกำหนดระยะเวลาดำเนินการตามแผน วันที่ดำเนินการ

⁵² วิชชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย เรื่องกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, หน้า 31.

เป็นผลสำเร็จตามแผน วันที่ศาลมีคำสั่งยกคำร้องขอ หรือจำหน่ายคดีหรือยกเลิกคำสั่งให้ฟื้นฟู
กิจการ หรือยกเลิกการฟื้นฟูกิจการ หรือพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดลูกหนี้⁵³

ผลของสภาวะการพักการบังคับชำระหนี้⁵⁴ ได้แก่

1) ห้ามมิให้ฟ้องหรือร้องขอให้ศาลพิพากษาหรือสั่งให้เลิกนิติบุคคลที่เป็นลูกหนี้
ถ้ามีการฟ้องหรือร้องขอคดีดังกล่าวไว้ก่อนแล้ว ให้ศาลงดการพิจารณาคดีนั้นไว้

2) ห้ามมิให้นายทะเบียนมีคำสั่งให้เลิกหรือจดทะเบียนเลิกนิติบุคคลที่เป็นลูกหนี้
และห้ามมิให้นิติบุคคลนั้นเลิกกันโดยประการอื่น

3) ห้ามมิให้ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์
และตลาดหลักทรัพย์ กรมการประกันภัย หรือหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 90/4 (6) แล้วแต่กรณี
สั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการของลูกหนี้หรือสั่งให้ลูกหนี้หยุดประกอบกิจการ เว้นแต่จะ
ได้รับอนุญาตจากศาลที่รับคำร้องขอ

4) ห้ามมิให้ฟ้องลูกหนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้หรือเสนอข้อพิพาท
ที่ลูกหนี้ อาจต้องรับผิดชอบหรือได้รับความเสียหายให้อนุญาตไต่สวนการชี้ขาด ถ้ามูลแห่งนั้นเกิดขึ้น
ก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน และห้ามมิให้ฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลาย ในกรณีที่มีการ
ฟ้องคดีหรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตไต่สวนการชี้ขาดไว้ก่อนแล้ว ให้งดการพิจารณาไว้ เว้นแต่ศาล
ที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

5) ห้ามมิให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ ถ้ามูลแห่ง
หนี้ตามคำพิพากษานั้นเกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน ในกรณีที่ได้นำดำเนินการบังคับคดี
ไว้ก่อนแล้ว ให้ศาลงดการบังคับคดีนั้นไว้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น หรือการ
บังคับคดีได้สำเร็จบริบูรณ์แล้วก่อนที่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะทราบว่าได้มีการยื่นคำร้องขอ หรือการ
บังคับคดีตามคำพิพากษาให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน เฉพาะสิ่งเสร็จก่อนวันดังกล่าว

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้เป็นของเสียหาย หรือถ้าห่วงซ้ำไว้จะเป็นการ
เสี่ยงต่อความเสียหายหรือค่าใช้จ่ายจะเกินส่วนแห่งค่าของทรัพย์สินนั้น ให้เจ้าพนักงานบังคับคดี

⁵³ สุธีร์ ศุภนิตย, หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ, หน้า 220.

⁵⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12.

ขายโดยวิธีขายทอดตลาดหรือวิธีอื่นที่สมควร แล้วให้กักเงินไว้ ถ้าศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนก็ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมอบเงินนั้นแก่ผู้บริหารแผนนำไปใช้จ่ายได้ ถ้าศาลมีคำสั่งยกคำร้องขอหรือจำหน่ายคดีหรือยกเลิกคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการหรือยกเลิกการฟื้นฟูกิจการให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่ถ้าศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาดและยังเหลือเงินอยู่ ให้ส่งมอบให้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต่อไป

6) ห้ามมิให้เจ้าหนี้มีประกันบังคับชำระหนี้เอาแก่ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลที่รับคำร้องขอ

7) ห้ามมิให้เจ้าหนี้ซึ่งบังคับชำระหนี้ได้เองตามกฎหมายยึดทรัพย์สินหรือขายทรัพย์สินของลูกหนี้

8) ห้ามมิให้เจ้าของทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขายหรือสัญญาอื่นที่มีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุดกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ หรือของบุคคลอื่นที่อาศัยสิทธิของลูกหนี้รวมตลอดจนฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินและหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าว ถ้ามีการฟ้องคดีดังกล่าวไว้ก่อนแล้ว ให้ศาลงดการพิจารณาคดีนั้นไว้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น หรือหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือผู้บริหารแผนชั่วคราว แล้วแต่กรณีผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ ราคา ค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินหรือค่าเช่าตามสัญญา สองคราวติดต่อกัน หรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ

9) ห้ามมิให้ลูกหนี้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ ก่อหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ที่ก่อให้เกิดภาระในทรัพย์สิน นอกจากเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เว้นแต่ศาลที่รับคำร้องขอจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

10) คำสั่งตามวิธีการชั่วคราวของศาลที่ให้ยึดอายัด ห้ามจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ชั่วคราว ซึ่งมีอยู่ก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอไว้เพื่อพิจารณานั้น ให้ศาลรับคำร้องขอมีอำนาจสั่งให้ระงับผลบังคับไว้ หรือยกคำร้องขอหรือ

จำหน่ายคดีหรือยกเลิกคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการหรือยกเลิกการฟื้นฟูกิจการก็ให้มีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวหรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ชั่วคราวดังกล่าวตามที่เห็นสมควรต่อไป

11) ห้ามมิให้ผู้ประกอบการสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท งดให้บริการแก่ลูกหนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลที่รับคำร้องขอ หรือหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหาร หรือผู้บริหารแผนชั่วคราวแล้วแต่กรณีไม่ชำระค่าบริการที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการสองคราวติดต่อกัน

สถานะการพักบังคับชำระหนี้ จะป้องกันลูกหนี้จากการถูกเจ้าหนี้บางรายใช้สิทธิตามกฎหมายบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งในขณะลูกหนี้ไม่มีศักยภาพจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกคนได้ และการบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้บางรายจะทำให้การปรับโครงสร้างหนี้และโครงสร้างทุนของกิจการค้าของลูกหนี้ไม่เกิดความสำเร็จได้ จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการให้ระยะเวลาหายใจแก่กิจการ เพื่อให้กิจการสามารถหาทางออกในขณะที่เจ้าหนี้ถูกบีบบังคับให้ต้องหยุดรอไว้ชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง เป็นเกราะคุ้มครองกิจการในยามคับขัน⁵⁵ ผลของมาตรา 90/12 จะส่งผลกระทบต่อคุ้มครองทั้งกิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมถึงห้ามเจ้าหนี้ฟ้องร้องลูกหนี้ทางแพ่งและเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การห้ามมิให้เจ้าหนี้ฟ้องคดีแพ่งนั้น ต้องเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลเห็นชอบด้วยแผนเท่านั้น เพราะขณะที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการธุรกิจของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไปในทางการค้าปกติ จนกระทั่งศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการ และกิจการเข้าสู่การบริหารเพื่อให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการ ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจึงมีหนี้สินเกิดขึ้นจากการประกอบการค้าได้ สถานะการพักบังคับชำระหนี้ห้ามเฉพาะเจ้าหนี้ที่มีมูลหนี้เกิดขึ้น และคงค้างอยู่เดิม รวมถึงเจ้าหนี้ที่มีมูลหนี้หลังลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการแล้ว แต่ก่อนศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนเท่านั้น หนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังดังกล่าวไม่อาจยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการได้ จึงไม่อยู่ภายในบังคับแห่งสถานะการบังคับชำระหนี้

⁵⁵ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 40.

2.4.3 ผลกระทบของสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ Automatic Stay ต่อบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

สำหรับบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งลูกหนี้ครอบครองอยู่นั้น ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12 (8) สภาวะการพักบังคับชำระหนี้กำหนดห้ามมิให้เจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสาระสำคัญสำหรับดำเนินกิจการของลูกหนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ หรือบุคคลอื่นที่อาศัยสิทธิของลูกหนี้ โดยอาศัยสิทธิในสัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขาย หรือสัญญาอื่นใดอันมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นกำหนดระยะเวลาเช่า ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว ตลอดจนฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน และหนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาข้างต้น หากมีการฟ้องคดีไว้ก่อนแล้ว ให้ศาลงดการพิจารณานั้นไว้

กรณีทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเช่นนี้จะห้ามมิให้บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินเรียกคืนทรัพย์สินจากลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้เพราะขณะฟื้นฟูกิจการนั้น ธุรกิจของลูกหนี้ยังคงประกอบกิจการอยู่ต่อไป ทรัพย์สินซึ่งจำเป็นต่อการประกอบกิจการของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงงาน หรือสถานประกอบการของลูกหนี้ ซึ่งลูกหนี้ครอบครองโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่า หรือกรณีเครื่องจักรเพื่อผลิตสินค้า ซึ่งลูกหนี้ยังชำระค่าเช่าซื้อไม่ครบตามสัญญา หรือได้รับการครอบครองมาโดยสิทธิตามสัญญาอย่างอื่น เช่น ลูกหนี้ซื้อเครื่องจักรโดยใช้เงินจากสินเชื่อของธนาคาร และทำสัญญาทรัสต์รีซีท ตกกลงให้กรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของธนาคาร เป็นต้น⁵⁶

การฟื้นฟูกิจการเจ้าของกรรมสิทธิ์จะต้องถูกจำกัดสิทธิในการติดตามซึ่งทรัพย์สินซึ่งจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้หรือบุคคลอื่นคืนแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ ตลอดระยะเวลาการดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามแผน ย่อมกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างมาก เนื่องจากทรัพย์สินนั้นอาจเสื่อมค่าลงได้ในระหว่างรอการติดตามเอาคืน อย่างไรก็ตามหากไม่อาจจำกัดสิทธิของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินแล้ว การฟื้นฟูกิจการก็จะประสบความสำเร็จได้ยาก เพราะเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องการทรัพย์สินของตนซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้คืนโดยเร็วเพื่อนำไปใช้ประโยชน์แก่ตนเอง แทนที่จะปล่อยให้

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 7816/2547 บริษัท ทีจี แอ็ดวานซ์ คอนกรีต จำกัด ลูกหนี้ผู้ร้องขอ.

ลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินนั้นในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องถูกกระทบสิทธิตามที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การหาบทบัญญัติของกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับจำกัดสิทธิของบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น ควรจะถูกจำกัดสิทธิจนครบระยะเวลาในการดำเนินการตามแผนหรือไม่ การใช้ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลภายนอกควรต้องขออนุญาตบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินก่อนหรือไม่ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองส่วนได้ของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินนั้น เป็นเรื่องจำเป็นเพื่อที่จะทำให้หลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์และกฎหมายฟื้นฟูกิจการมีความสมดุลกัน

2.4.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ ซึ่งเป็นข้อแตกต่างอย่างชัดเจนกับกระบวนการล้มละลาย คือ กระบวนการล้มละลายนั้น เมื่อลูกหนี้ต้องคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว อำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้จะหมดสิ้นไป ส่วนกระบวนการฟื้นฟูกิจการเปิดโอกาสให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ซึ่งจะทำให้โอกาสในการรักษามูลค่าทางเศรษฐกิจของกิจการนั้นยังคงอยู่

สำหรับทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น เจ้าของกรรมสิทธิ์ยังไม่อาจติดตามเอาทรัพย์สินได้ หากเป็นทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ และลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นต่อไปได้โดยอัตโนมัติ⁵⁷ ซึ่งการใช้ทรัพย์สินนั้นยังต้องอยู่ภายใต้กรอบการดำเนินการค้ำปกิตตามมาตรา 90/12 (9) กล่าวคือ ลูกหนี้ยังสามารถดำเนินกิจการของตนภายหลังจากเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้กรอบความจำเป็นเพื่อดำเนินการค้ำปกิต โดยจะมีผู้บริหารกิจการในแต่ละช่วงเวลาซึ่งจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามที่กฎหมายกำหนดประเด็นที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าการกระทำเพื่อดำเนินการค้ำปกิตนั้น ยังเป็นการยากที่จะบ่งชี้เป็นหลักทั่วไป เนื่องจาก กิจการค้า และธุรกิจการค้าจะมีความแตกต่างกันโดยสภาพ⁵⁸ โดยทั่วไปนั้น ต้องดูลักษณะของกิจการของลูกหนี้เป็นสำคัญว่าการกระทำนั้นสอดคล้อง

⁵⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12 (8).

⁵⁸ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 44.

กับกิจการที่จะดำเนินต่อไปหรือไม่ หากยังคงมีสัญญาที่จะต้องผูกพันชำระเงินที่ยังค้างอยู่ ก็เป็นเรื่องของการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้ธุรกิจนั้นเดินต่อไปได้

ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 90/12 (9) นี้ ใช้คำว่าจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า หรือชำระหนี้ที่ยังติดค้างอยู่ก็ได้ หรือจะก่อนนี้ใหม่ก็ได้ ถ้าการกระทำนั้นจำเป็นต่อการดำเนินไป ซึ่งกิจการของลูกหนี้ แม้จะไม่ใช่การจำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า ชำระหนี้ หรือก่อนนี้ ยังอาจเป็นการก่อให้เกิดภาวะในทรัพย์สิน ซึ่งการก่อภาวะในทรัพย์สินนี้หากเป็นกรณีมีความจำเป็นมิใช่เป็นการดำเนินการค้าปกติ จะต้องยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลเสียก่อน นอกจากนี้การจำหน่าย จ่าย โอน หรือกระบวนการใดๆ หากมีความจำเป็น แต่ไม่ใช่เรื่องการค้าปกติ เช่น มีการส่งสินค้าเข้ามาแต่เป็นสินค้าที่ลูกหนี้ไม่เคยทำ แต่เห็นว่าจำเป็นต้องทำเพราะจะได้เงินมาใช้ในการกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็ต้องขออนุญาตศาลก่อน⁵⁹

แม้ว่าปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่องกรอบการดำเนินการค้าตามปกตินี้ คู่ความสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตได้ ซึ่งปัจจุบันศาลล้มละลายกลางได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็นการทั่วไปบ้างแล้ว เช่น ในคดีหมายเลขแดงที่ 794/2544 กิจการอาคารชุดของลูกหนี้จำนวน 539 ยูนิต ใช้เงินก่อสร้างกว่า 500,000,000 บาท ระหว่างทำแผนฟื้นฟูกิจการ ผู้ทำแผนยื่นคำร้องว่า อาคารชุดอยู่ระหว่างจดทะเบียนจึงไม่มีรายได้จากผู้ซื้อ ทำให้ขาดเงินทุนหมุนเวียน จำเป็นต้องกู้ยืมเงินมาใช้จ่ายในกิจการจึงขออนุญาตทำธุรกรรมกู้ยืมเงินจากผู้อื่นจำนวน 10,000,000 บาท ศาลพิจารณาแล้วมีคำสั่งอนุญาต และในคดีหมายเลขแดงที่ 982/2544 ลูกหนี้ประกอบธุรกิจหลักในการผลิตและจำหน่ายเหล็กเส้นและท่อเหล็ก การที่ลูกหนี้ต้องสั่งซื้อแท่งเหล็กจากต่างประเทศเพื่อนำมารีดเป็นเหล็กเส้น และจำเป็นต้องขอให้ธนาคารพาณิชย์ออกเลตเตอร์ออฟเครดิตและทรัสต์รีซีพ ในวงเงินไม่เกิน 50 ล้านบาท รวมทั้งลูกหนี้ต้องวางหลักประกันและปฏิบัติตามเงื่อนไขสำหรับการใช้สินเชื่อดังกล่าวตามที่ธนาคารกำหนด จึงเป็นการกระทำที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการค้าปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/12 (9) ซึ่งผู้ทำแผนขอปีที่ดำเนินการได้โดยไม่ต้องร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งอนุญาตซ้ำอีก เป็นต้น

⁵⁹ วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย เรื่อง กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, หน้า 77.

อย่างไรก็ตาม การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ เช่น การผลิตสินค้า หรือการให้บริการเกี่ยวกับธุรกิจของลูกหนี้ ซึ่งการดำเนินการที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้วัตถุดิบ เครื่องจักร โรงงาน หรืออาจเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การให้ลูกหนี้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินเพื่อดำเนินธุรกิจในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เป็นการดำเนินการค้าปกติหรือไม่ ยังไม่มีการตีความไว้ชัดเจน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ สภาวะการพักการบังคับชำระหนี้ ตามมาตรา 90/12 (8) ถือเป็นอนุญาติให้ลูกหนี้สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต่อไปได้ทันที อย่างไรก็ตามทั้งที่สิทธิการติดตามเอาคืนของเจ้าของกรรมสิทธิ์ต้องถูกกระทบกระเทือนแล้ว ทรัพย์สินนั้นยังอาจเสื่อมค่าหรือราคาตกลงไปจากการใช้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อไปอีก ดังนั้น การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเพื่อดำเนินการค้าปกติ อันอาจทำให้เกิดความเสียหายหรือเสื่อมราคาแก่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นได้ ลูกหนี้สมควรจะดำเนินการได้ทันทีภายใต้กฎหมายฟื้นฟูกิจการหรือไม่ หรือจำเป็นต้องขอความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สินนั้นหรือขออนุญาตศาลก่อน ทั้งนี้ กรณีจะเป็นการสำคัญอย่างยิ่ง หากการใช้นั้นก่อภาระเกินสมควรแก่ทรัพย์สินดังกล่าว

2.4.5 การให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้หรือบุคคลผู้ถูกจำกัดสิทธิจากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้

กรณีทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้นั้น ลูกหนี้ยังคงสามารถครอบครองและใช้ประโยชน์ได้ ต่อไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 90/12 (8) ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การประกอบกิจการค้าในทางการค้าปกติของลูกหนี้ได้ดำเนินไประหว่างฟื้นฟูกิจการ บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินไม่อาจใช้สิทธิติดตามเอาคืนทรัพย์สินของตนได้ โดยบุคคลภายนอกจะได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียจากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 บัญญัติไว้ในมาตรา 90/12 (8) ส่วนทำนองว่า “ศาลอาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้ หรือกรณีที่หลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ผู้บริหารชั่วคราว ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผนหรือผู้บริหารแผนชั่วคราว แล้วแต่กรณี ผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ ราคาค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินหรือค่าเช่าตามสัญญาสองคราวติดกันหรือ

กระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ” กรณีตามมาตรา 90/12 นี้ เจ้าของทรัพย์สินจึงอาจติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากลูกหนี้ได้ ซึ่งบุคคลภายนอกจำเป็นต้องร้องขอต่อศาลให้ศาลบังคับตามสิทธิของตนต่อไป

นอกจากนี้ ภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 เรื่องการฟื้นฟูกิจการนั้น ได้บัญญัติการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้หรือบุคคลผู้ถูกจำกัดสิทธิจากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ โดยให้ศาลมีอำนาจคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิ ตามมาตรา 90/12 ได้ หากการจำกัดสิทธิของผู้ร้องนั้น

- 1) ไม่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ หรือ
- 2) มิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันอย่างเพียงพอ⁶⁰

ก. กรณีการจำกัดสิทธิไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ

ผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเจ้าหนี้มีประกันเท่านั้น สาระสำคัญอยู่ที่ทรัพย์สินที่ถูกจำกัดสิทธินั้นไม่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ เช่น กรณีที่ดินและโรงงานเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมของลูกหนี้และบุคคลอื่น ไม่ใช่สินทรัพย์หลัก (None core asset) เพราะเป็นที่ดินที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ และโรงงานก็ได้ปิดไปแล้ว ซึ่งหากขายทรัพย์สินนั้นไป และกันเงินส่วนที่เหลือให้ไว้แก่ลูกหนี้แล้วย่อมจะเป็นผลดีต่อกิจการมากกว่า เช่นนี้ ศาลอาจอนุญาตให้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินนั้นได้ เพราะปกติแล้วแผนการฟื้นฟูกิจการอาจไม่ประสงค์เก็บทรัพย์สินไว้ทั้งหมด ซึ่งอาจจะนำเอาทรัพย์สินที่ไม่มีความสำคัญไปจำหน่ายโดยอาศัยกลไกของแผน แต่หากจะนำมาจำหน่ายก่อนที่จะมีการเห็นชอบด้วยแผนแล้ว ก็จะต้องมาใช้มาตรการตามมาตรา 90/13 (1) นี้⁶¹

การให้ความคุ้มครองโดยขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ ตามมาตรา 90/13 (1) นี้ ประเด็นที่จะพิจารณามีเพียงประเด็นเดียวเท่านั้น คือ ทรัพย์สินที่ถูกจำกัดสิทธินั้นไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้น กรณีที่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกอยู่ใน

⁶⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/13.

⁶¹ วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 48-49.

ความครอบครองของลูกหนี้ และทรัพย์สินนั้นจำเป็นต้องการฟื้นฟูกิจการแล้ว บุคคลภายนอก เจ้าของทรัพย์สินย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 90/12 (6) โดยขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง สถานะการพักบังคับชำระหนี้ได้ ทั้งที่ทรัพย์สินนั้นอาจเสื่อมค่าลงไป ในระหว่างการดำเนินการ กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ข. การจำกัดสิทธิหนี้มีได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเจ้าหนี้มีประกันอย่างเพียงพอ

หลักสำคัญเรื่องสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน คือ สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน มีลักษณะ เป็นทรัพย์สินซึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย และไม่มีกฎหมายใดที่จะทำให้เจ้าหนี้มี ประกันต้องสูญเสียทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันไปได้ เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นจะสิ้นไปโดยผลของกฎหมาย⁶² ในกรณีที่กิจการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ และถูกสถานะการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) ผลของสถานะการพักบังคับชำระหนี้จะห้ามมิให้เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิบังคับการชำระหนี้ได้ เป็นการชั่วคราวภายใต้ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เพื่อรอการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ และ พิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการในที่ประชุมเจ้าหนี้ต่อไป ในระหว่างดำเนินการกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันจะถูกพักการบังคับชำระหนี้ไว้ และทรัพย์สินนั้นอาจเสื่อมค่าลงได้ กรณีนี้ เจ้าหนี้มีประกันมีสิทธิจะได้รับความคุ้มครองที่พอเพียงสำหรับทรัพย์สินหลักประกันโดยมีคำร้องขอให้ ศาลดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้⁶³

- 1) ให้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้มีประกันในจำนวนเท่ากับมูลค่าที่ลดลงไปของทรัพย์สิน อันเป็นหลักประกันที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของการจำกัดสิทธิตาม มาตรา 90/12 (6) เพราะเหตุของการจำกัดสิทธิหนี้
- 2) ให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้มีประกันเพื่อชดเชยหลักประกันเดิมในจำนวนเท่ากับ มูลค่าที่ลดลงไปของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของการจำกัดสิทธิตาม มาตรา 90/12 (6) เพราะเหตุการจำกัดสิทธิหนี้ หรือ

⁶² วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, หน้า 49.

⁶³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/14.

3) มีการดำเนินการอื่นใดที่เจ้าหนี้มีประกันนั้นยินยอมหรือที่ศาลเห็นว่าจะทำให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถชำระหนี้ของตนตามมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในเวลาที่มีการยื่นคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการ พร้อมดอกเบี้ยและผลประโยชน์ตามสัญญา

จะเห็นได้ว่า การให้ความคุ้มครองตามมาตรา 90/13 (2) นี้ หากพิจารณาตามความที่บัญญัติแล้ว ให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียแก่เจ้าหนี้มีประกันเท่านั้น ซึ่งเจ้าหนี้มีประกันตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 6 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้มีประกัน หมายความว่า เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในทางจำนอง จำน่า หรือสิทธิยึดหน่วง หรือเจ้าหนี้ผู้มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนอง” เจ้าหนี้มีประกันตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 จะหมายถึงเจ้าหนี้ที่มีประกันด้วยทรัพย์สิน และทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการได้แก่

1) เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง คือ เจ้าหนี้ที่มีลูกหนี้ นำทรัพย์สินมาประกันการชำระหนี้ โดยทรัพย์สินที่นำมาจำนองนั้น ต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703⁶⁴ โดยการจำนองจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่

2) เจ้าหนี้ผู้รับจำนำ เป็นเจ้าหนี้ซึ่งมีสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้ โดยทรัพย์สินที่จะนำมาจำนำได้ต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ และต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำไว้แก่ผู้รับจำนำด้วย นอกจากนั้นสิทธิซึ่งมีตราสาร เช่น ใบฝากของในคลังสินค้า, ใบหุ้น เป็นต้น ก็สามารถจำนำได้ โดยทำตามแบบที่กำหนดไว้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁵ สำหรับผู้รับจำนำแล้วมี

⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 703 อสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ ไม่ว่าประเภทใด ๆ

สังหาริมทรัพย์ อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้เช่นกัน หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 750.

สิทธิจะยึดทรัพย์จํานำไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้⁶⁶ หากถึงกำหนดชำระหนี้แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้รับจํานำมีสิทธิบังคับจํานำโดยบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ หากไม่ชำระหนี้ตาม คำบอกกล่าว ผู้รับจํานำมีสิทธินำทรัพย์สินที่จํานำออกขายทอดตลาดได้เอง แต่จะเอาทรัพย์สินที่ จํานำหลุดเป็นของตนไม่ได้ นอกจากนี้ หากขายทอดตลาดแล้วได้เงินไม่พอชำระหนี้ ลูกหนี้ต้องรับ ผิดชดใช้ในส่วนที่ขาดอยู่ด้วย⁶⁷

3) เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง คือ เจ้าหนี้ที่กฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิครอบครอง ทรัพย์สินของผู้อื่นไว้เป็นประกันหนี้ ซึ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับชำระหนี้⁶⁸

สิทธิยึดหน่วงเป็นสิทธิที่เป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ อันเป็นอุปกรณ์แห่ง หนี้ จะเกิดสิทธิขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีหนี้ประธานเกิดขึ้น โดยมีมูลหนี้ตามที่กฎหมายกำหนด คือ มีทรัพย์ ของลูกหนี้อยู่ในความครอบครองของเจ้าหนี้ โดยชอบด้วยกฎหมาย หนี้นั้นมีคุณสมบัติเกี่ยวกับ ทรัพย์และถึงกำหนดชำระแล้ว และการยึดหน่วงนั้นไม่ขัดกับภาวะของเจ้าหนี้ในมูลหนี้หรือขัดกับ คำสั่งของลูกหนี้ที่ได้ให้ไว้ก่อน หรือในเวลาที่ยังมอบทรัพย์สินหรือติดต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน⁶⁹ เมื่อเป็นไปตามลักษณะที่กฎหมายกำหนด สิทธิยึดหน่วงก็เกิดขึ้นเอง⁷⁰ โดยมีลักษณะ คล้ายจํานำ เฉพาะสิทธิยึดหน่วงทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 241 ถึง 250 เท่านั้น กล่าวคือ ถ้าการครอบครองทรัพย์สินที่ยึดหน่วงสิ้นไปสิทธิยึดหน่วงก็เป็นอัน ระงับ และผู้ทรงสิทธิยึดหน่วงมีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นไว้ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ทำนอง เดียวกับผู้รับจํานำ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว บทบัญญัติที่บังคับใช้กับสิทธิยึดหน่วง ทั่วไป จะบัญญัติไว้ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ ลักษณะ 1 ส่วนที่ 5 มาตรา 241-250 นอกจากนี้ ยังมี

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 758.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 767.

⁶⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 317.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 242.

⁷⁰ พจน ปุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยคำประกัน จํานอง จํานำ สิทธิ ยึดหน่วงและปริมิสิทธิ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2533), หน้า 393.

บทบัญญัติสิทธิยึดเหนี่ยวเฉพาะเรื่องอีก เช่น สิทธิของผู้ขายที่ยึดเหนี่ยวทรัพย์สินที่ขายไว้ จนกว่าจะได้รับชำระราคา⁷¹, สิทธิของผู้ขนส่งและนายคลังสินค้ามีสิทธิยึดสินค้าไว้เป็นประกันการชำระหนี้⁷², สิทธิของผู้รับฝากทรัพย์สินที่จะยึดเหนี่ยวทรัพย์สินที่รับฝากไว้จนกว่าจะได้รับเงินที่ค้างชำระแก่ตนเกี่ยวกับการฝากนั้น⁷³, สิทธิของเจ้าสำนักโรงแรมที่จะยึดเหนี่ยวเครื่องเดินทางหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของคนเดินทางหรือแขกอาศัย อันเอาไว้ในโรงแรมจนกว่าจะได้รับใช้เงินค้างชำระแก่ตน⁷⁴, สิทธิของตัวแทน⁷⁵ และสิทธิของผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่จะยึดสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ของตน⁷⁶ เป็นต้น

4) เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ ที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ

เจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิ คือ เจ้าหนี้ในมูลหนี้บางอย่างที่กฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้บางชนิดได้ก่อนเจ้าหนี้ธรรมดา ซึ่งเจ้าหนี้ผู้ทรงบุริมสิทธิอันจะถือว่าเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการ หมายถึงเฉพาะเจ้าหนี้ผู้ที่มีบุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ได้แก่ เจ้าหนี้ผู้ที่มีบุริมสิทธิในมูลเช่าอสังหาริมทรัพย์เหนือทรัพย์สินของผู้เช่าที่อยู่ในหรือบนอสังหาริมทรัพย์สำหรับค่าเช่า⁷⁷ และเจ้าหนี้ผู้ที่มีบุริมสิทธิในมูลพักอาศัยในโรงแรมมีบุริมสิทธิเหนือทรัพย์สินของผู้มาพำนักสำหรับค่าเช่าที่พัก⁷⁸ นอกจากนี้ยังมีบุริมสิทธิพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 273 อันได้แก่ เจ้าหนี้ที่มีบุริมสิทธิพิเศษเหนืออสังหาริมทรัพย์ในมูลซื้อขายอสังหาริมทรัพย์, ในมูลรักษาอสังหาริมทรัพย์ และในมูลจ้างทำของ

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 468.

⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 630, 772.

⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 670.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 679.

⁷⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 819.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 452.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 260-264.

⁷⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 265.

ขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์⁷⁹ ซึ่งบุริมสิทธิทั้ง 3 ชนิดนั้น จะต้องจดทะเบียนก่อนจึงจะมีสิทธิเหนือกว่า หรืออย่างน้อยก็เท่ากับเจ้าของ และเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย⁸⁰

เมื่อพิจารณาว่าเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายพื้นฟูกิจการแล้ว บุคคลภายนอก เจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำต้องถูกบังคับสิทธิไว้ ไม่อาจเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายล้มละลาย หรือพื้นฟูกิจการได้ จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติของมาตราดังกล่าว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในลักษณะการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 7816/2547 ระหว่าง บริษัท ทีจี.แอดวานซ์ คอนกรีต จำกัด ลูกหนี้ผู้ร้องขอ กับ ธนาคารเครดิต อะกรีกอล อีโคโนมิค ผู้ร้อง เรื่องขอให้ยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ ดังนี้

คดีสืบเนื่องมาจากศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้พื้นฟูกิจการของลูกหนี้เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2544 ต่อมาเมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 2545 ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน โดยมีผู้ทำแผนเป็นผู้บริหารแผน

ผู้ร้องยื่นคำร้องว่า เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม 2539 ลูกหนี้ได้ออกตั๋วสัญญาใช้เงินจำนวน 3 ฉบับ กำหนดจะใช้เงินในวันที่ 26 สิงหาคม 2540 เพื่อชำระค่าสินค้าตามเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ลูกหนี้สั่งซื้อสินค้าประเภทเครื่องจักรของโรงงานผลิต สำหรับการก่อสร้างแบบให้แก่ผู้ร้อง และในวันเดียวกันลูกหนี้ได้ทำสัญญาทรัสต์รีซีท เพื่อรับสินค้าดังกล่าวไปจากผู้ร้อง โดยตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของผู้ร้อง เมื่อศาลมีคำสั่งให้พื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ในมูลหนี้ตามตั๋วสัญญาใช้เงินจำนวน 3 ฉบับ แต่ตราใบที่ลูกหนี้ยังไม่ชำระค่าเครื่องจักรตามตั๋วสัญญาใช้เงิน ผู้ร้องจึงมีสิทธิโดยชอบเพื่อติดตามเอาเครื่องจักรคืนจากลูกหนี้ แต่เมื่อเครื่องจักรอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้และเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ ทำให้ผู้ร้องถูกจำกัดสิทธิและได้รับความเสียหายอย่างยิ่ง ขอให้คำสั่งให้ลูกหนี้ส่งมอบเครื่องจักรคืนแก่ผู้ร้อง หากไม่สามารถดำเนินการได้ ขอให้คำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้ร้องอย่างเพียงพอ โดยมีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ หรือกำหนดประโยชน์ของผู้ร้องในรูปของค่าตอบแทนทำนองเดียวกับค่าเช่าตลอดระยะเวลาที่ทรัพย์สินยังอยู่ในความครอบครองของ

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 275, 286.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 276, 288.

ลูกหนี้ กับให้ผู้ทำแผนจัดชั้นให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้เท่ากับสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันตามมูลค่าของเครื่องจักรดังกล่าวที่จะได้รับชำระหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการ รวมทั้งมีคำสั่งให้ผู้ทำแผนลงรายการทรัพย์สินของลูกหนี้โดยระบุว่าเครื่องจักรดังกล่าวเป็นของผู้ร้องในบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้

ลูกหนี้ยื่นคำคัดค้านว่า ผู้ร้องได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินเต็มตามมูลค่าของเครื่องจักรตามสัญญาทรัสต์รีซีทแล้ว สัญญาทรัสต์รีซีทจึงสิ้นผลผูกพัน ผู้ร้องไม่อาจเรียกร้องสิทธิประโยชน์ใด ๆ ตามเงื่อนไขของสัญญาทรัสต์รีซีทเป็นการซ้ำซ้อนอีก ถือเป็นการใช้สิทธิเกินส่วน หากให้ผู้ร้องบังคับเอาแก่เครื่องจักรจะส่งผลให้ลูกหนี้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้ ผู้ร้องยื่นคำขอรับชำระหนี้อย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ผู้ทำแผนก็ต้องจัดชั้นหรือกลุ่มให้ผู้ร้องอย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน หากผู้ร้องขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำขอรับชำระหนี้ดังกล่าว จะต้องดำเนินการก่อนสิ้นกำหนดระยะเวลายื่นคำขอรับชำระหนี้ ผู้ร้องยื่นคำร้องโดยไม่สุจริตขอให้ยกคำร้อง

ศาลล้มละลายกลางได้สวนแล้วมีคำสั่งให้ยกคำร้อง

ผู้ร้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

ศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์

ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งที่ไม่รับอุทธรณ์

ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายมีคำสั่งให้รับอุทธรณ์ของผู้ร้องไว้พิจารณา ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2542 มาตรา 26

ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้ว มีปัญหาตามอุทธรณ์ของผู้ร้องข้อแรกว่า ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อให้ศาล มีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของผู้ร้องหรือไม่ ปรากฏตามสัญญาทรัสต์รีซีทที่ลูกหนี้ทำไว้แก่ผู้ร้องมีข้อความระบุว่า ลูกหนี้ตกลงว่าจะรักษาสินค้าในฐานะเป็นทรัพย์สินของผู้ร้อง ในฐานะตัวแทนของผู้ร้องเพื่อที่จะขายสินค้า เพื่อรับเงินสดโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ร้องหรือชำระให้แก่ธนาคารตั้งแต่วันที่ได้รับสินค้า และต่อไปจนกว่าจะได้เรียกเก็บเงินสดตามตราฟที่ซึ่งให้ไว้เพื่อเป็นค่าซื้อสินค้าดังกล่าวตามเลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่ผู้ร้อง เห็นว่า ข้อตกลงที่ลูกหนี้จะรักษาสินค้าในฐานะเป็นทรัพย์สินของผู้ร้องย่อมมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรที่ลูกหนี้สั่งซื้อให้แก่ผู้ร้องอันเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 ขณะเดียวกัน ข้อตกลงตามสัญญาทรัสต์รีซีทดังกล่าวยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ร้องในฐานะเจ้าหนี้ที่จะเรียกร้องเอาราคา

เครื่องจักรจากลูกหนี้ โดยลูกหนี้จะต้องเอาเครื่องจักรนั้นไปจำหน่ายแล้วนำเงินที่ได้มาชำระให้แก่ผู้ร้องตามตัวสัญญาใช้เงินของลูกหนี้ที่ให้ไว้แก่ผู้ร้อง อันมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งและมีผลผูกพันคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 สามารถใช้บังคับกันได้ ผู้ร้องจึงอยู่ในฐานะเป็นทั้งเจ้าหนี้และเจ้าของเครื่องจักรไปพร้อมๆ กัน เมื่อกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรที่ลูกหนี้ส่งซื้อตกเป็นของผู้ร้องโดยชอบด้วยกฎหมาย และในเวลาเดียวกันผู้ร้องก็ยังมีสิทธิตามสัญญาทรัสต์รีซีทที่จะเรียกเอาราคาเครื่องจักรดังกล่าวจากลูกหนี้เพื่อการชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินอันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตกับผู้ร้องด้วย และตราบไคที่ลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินดังกล่าวแก่ผู้ร้อง กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรจึงยังคงเป็นของผู้ร้อง ผู้ร้องย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรที่ตนมีอยู่ตามสัญญาทรัสต์รีซีทเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งมีได้เป็นการซ้ำซ้อนกับมูลหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินที่ผู้ร้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ไว้แต่อย่างใด ทั้งสิทธิที่ผู้ร้องมีอยู่เช่นว่านี้มีใช้เรื่องที่ผู้ร้องต้องระบุไว้ให้ปรากฏในคำขอรับชำระหนี้ของผู้ร้องดังที่ลูกหนี้แก้อุทธรณ์ กรณีจึงนับได้ว่ามีเหตุสมควรและจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ร้องยิ่งกว่าเจ้าหนีที่มีประกันตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/13 ผู้ร้องย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของผู้ร้อง คำสั่งของศาลล้มละลายกลางที่เห็นว่าผู้ร้องไม่มีสิทธิยื่นคำร้องนั้น ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา อุทธรณ์ของผู้ร้องข้อนี้ฟังขึ้น

สำหรับปัญหาตามอุทธรณ์ของผู้ร้องในข้อต่อไปที่ว่า มีเหตุสมควรมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิ หรือคุ้มครองประโยชน์ของผู้ร้องเพียงใด เห็นว่า เมื่อปรากฏว่าเครื่องจักรดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการเพื่อใช้ผลิตสินค้าในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ กรณีไม่อาจที่จะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของผู้ร้อง โดยให้ลูกหนี้ส่งมอบเครื่องจักรคืนแก่ผู้ร้องตามที่ผู้ร้องอุทธรณ์ขอมา และที่ผู้ร้องอุทธรณ์ขอให้ผู้ทำแผนจัดชั้นให้ผู้ร้องได้รับชำระหนี้เท่ากับสิทธิหรือดีกว่าสิทธิของเจ้าหนีที่มีประกันตามมูลค่าของเครื่องจักรที่จะได้รับชำระตามแผนฟื้นฟูกิจการนั้น เห็นว่า สิทธิของผู้ร้องที่ควรจะได้รับคุ้มครองก็โดยในฐานะที่ผู้ร้องเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรที่ลูกหนี้ใช้ในการผลิตสินค้าและมีอยู่เพียงเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ค่าสินค้าตามตัวสัญญาใช้เงินที่ให้ไว้แก่ผู้ร้องอันเนื่องมาจากการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตของลูกหนี้เท่านั้น ลักษณะแห่งสิทธิของผู้ร้องจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะได้รับ

ความคุ้มครองเช่นอย่างเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน ทั้งหากจะให้ความคุ้มครองดังเช่นที่ผู้ร้องขอมาในอุทธรณ์ นอกจากจะเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายแล้วยังจะมีผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้ทั่วไปด้วย การที่จะกำหนดวิธีคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ร้องในฐานะเจ้าหนี้และในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรดังกล่าว จึงสามารถกระทำได้เพียงกำหนดให้ผู้ร้องได้รับการชดใช้เงินเป็นค่าขาดประโยชน์ในฐานะเจ้าของเครื่องจักรในระหว่างที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ จนกว่าผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ และนับว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ร้องอย่างเพียงพอตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/13 วรรคสอง แต่เนื่องจากปรากฏว่าพยานหลักฐานที่ศาลล้มละลายกลางไต่สวนมานั้น ยังไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัย กรณีมีเหตุสมควร ย้อนสำนวนไปให้ศาลล้มละลายกลางไต่สวนพยานหลักฐานในประเด็นเกี่ยวกับค่าขาดประโยชน์จากการใช้เครื่องจักรของผู้ร้องให้สิ้นกระแสความแล้วให้ศาลล้มละลายกลางกำหนดค่าขาดประโยชน์ดังกล่าวแก่ผู้ร้องตามรูปคดี ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 243 (2) ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ.2542 มาตรา 28

พิพากษากลับให้ยกคำสั่งของศาลล้มละลายกลาง ให้ศาลล้มละลายกลางไต่สวนพยานหลักฐานในประเด็นเกี่ยวกับค่าขาดประโยชน์จากการใช้เครื่องจักรของผู้ร้องให้สิ้นกระแสความแล้วมีคำสั่งกำหนดค่าใช้จ่ายทรัพย์สินดังกล่าวแก่ผู้ร้องในระหว่างศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการจนกว่าผู้ร้องจะได้รับชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินก่อน

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำพิพากษานี้มุ่งวางให้ความคุ้มครองทั้งบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งถูกบังคับสิทธิให้ลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินและลูกหนี้ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินดังกล่าว เพื่อดำเนินธุรกิจการค้าของลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการด้วย เพื่อให้การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ และไม่ต้องสะดุดหยุดลง ทั้งยังให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของเจ้าของทรัพย์สินอย่างเป็นธรรม ทำให้เกิดความสมดุลในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ไปพร้อมกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก หากพิจารณาถึงหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้มีประกันตามกฎหมายฟื้นฟูกิจการได้แก่ผู้รับจำนอง, ผู้รับจำนำ, ผู้ทรงสิทธิยึดหน่วง และเจ้าหนี้ผู้ทรง

บุริมสิทธิที่บังคับได้ทำนองเดียวกับผู้รับจำนำ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่อาจเป็นเจ้าของนี้มีประกันตามกฎหมายพื้นฟูกิจการได้ การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามสัญญาทรัพย์สินที่ลูกหนี้ตกลงจะรักษาสินค้าในฐานะทรัพย์สินของผู้ร้องเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินอย่างหนึ่ง และก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ร้องในการเรียกให้ชำระราคาเครื่องจักรจากลูกหนี้ กรณีมีเหตุสมควรและจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองผู้ร้องยิ่งกว่าเจ้าหนี้มีประกัน เช่นนี้ ย่อมขัดแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายล้มละลายรวมทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ทั้งนี้ ทรัพย์สินหรือบุริมสิทธิอย่างใด ต้องเกิดขึ้นโดยมีกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งหลักกฎหมายเรื่องทรัพย์สินของไทยไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาทรัพย์สินที่กำหนดให้เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งแต่อย่างใด นอกจากนี้การให้มีทรัพย์สินแก่ผู้ร้องอันเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อีกประการหนึ่ง ยังขัดกับกฎหมายเรื่องทรัพย์สินอีกด้วย กรณีจึงไม่อาจตีความได้ว่าผู้ร้องผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิอย่างเจ้าหนี้มีประกัน ที่จะได้รับการคุ้มครองยิ่งกว่าเจ้าหนี้มีประกัน และอาจจะใช้สิทธิอย่างเจ้าหนี้มีประกันได้

นอกจากนี้ในประเด็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธินั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาแล้วลักษณะสิทธิของผู้ร้องจึงไม่อยู่ในฐานะจะได้รับความคุ้มครองเช่นเจ้าหนี้มีประกัน คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนนี้จึงขัดกับการวินิจฉัยสิทธิของผู้ร้องที่ศาลฎีกาวินิจฉัยมาก่อน และการที่ศาลฎีกามีคำสั่งให้คุ้มครองผู้ร้องโดยให้การชดใช้เงินเป็นค่าขาดประโยชน์ จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ตามตัวสัญญาใช้เงินสำหรับค่าเครื่องจักร อันเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ร้องอย่างเจ้าหนี้มีประกันอีกประการหนึ่ง ซึ่งกฎหมายล้มละลายให้ความคุ้มครองเช่นว่านี้แก่เจ้าหนี้มีประกันซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามสมควรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้ เกิดจากหลักกฎหมายพื้นฟูกิจการของไทยในหลายประเด็น ยังไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า กฎหมายพื้นฟูกิจการควรจะแก้ไขให้สอดคล้องกันเพื่อให้การนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาใช้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ปราศจากความขัดแย้งกันระหว่างลูกหนี้เจ้าหนี้ และเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้เหมาะสมต่อไป

บทที่ 3

การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้

ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL

(Legislative Guide on Insolvency Law)

3.1 บทนำ

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency law) ได้ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) หรือที่เรียกว่า “UNCITRAL” โครงการเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2542 โดยการนำเสนอต่อคณะกรรมการให้ UNCITRAL ดำเนินการในดังกล่าวเรื่องกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะเรื่องการล้มละลายของบริษัท (Corporate Insolvency) เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้รับเอาข้อบัญญัติเรื่องการล้มละลายของบริษัทไปบังคับใช้ การประชุมเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ของโครงการได้จัดขึ้นในเดือนธันวาคม พ.ศ.2542 จากการเสนอของที่ประชุมดังกล่าว คณะกรรมาธิการ ได้มอบหมายให้คณะทำงานคณะที่ 5 กฎหมายล้มละลาย (Working Group V-Insolvency law) เป็นผู้จัดเตรียมรายละเอียดวัตถุประสงค์หลักและสาระสำคัญในกระบวนการของกฎหมายล้มละลาย ในเรื่องระบบการดำเนินการระหว่างเจ้าหน้าที่ลูกหนี้ และการปรับปรุงโครงสร้างการดำเนินการภายนอกระบบศาล รวมถึงแนวทางการร่างกฎหมายซึ่งสามารถนำไปปรับใช้เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ และสาระสำคัญของระบบกฎหมายล้มละลายได้โดยง่าย นอกจากนี้ยังได้ปรึกษาถึงวิธีการอื่นอันเป็นทางเลือกที่สามารถปฏิบัติได้ รวมไปถึงผลดีและผลเสียของมาตรการต่าง¹ ๆ ที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้การจัดประชุมระหว่างประเทศได้จัดขึ้นร่วมกับ INSOL International และสมาคมเนติบัณฑิตระหว่างประเทศ (International Bar Association) ในเดือนธันวาคม พ.ศ.2543 เพื่อหาข้อมูลจากประเทศต่าง ๆ

¹ บันทึกการประชุมอย่างเป็นทางการสมัชชาใหญ่ แห่งองค์สหประชาชาติครั้งที่ 55, ภาคผนวกที่ 17 (A/55/17) ข้อที่ 400-409.

เกี่ยวกับกระบวนการล้มละลายในเรื่องวัตถุประสงค์หลักและสาระสำคัญของข้อบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลายที่จะมีอยู่ในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย

วัตถุประสงค์ของแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency law) คือ การกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการแก้ปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายให้องค์กรที่ทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายของประเทศต่างๆ สามารถใช้แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายฉบับนี้เป็นเอกสารอ้างอิงเมื่อจะจัดทำกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ หรือ ตรวจสอบความพอเพียงของกฎหมายและกฎระเบียบที่บังคับใช้อยู่ คำแนะนำที่ระบุในแนวทางการร่างกฎหมายนี้มีจุดมุ่งหมายให้เกิดความสมดุลระหว่าง ความจำเป็นในการจัดการปัญหาทางการเงินของลูกหนี้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่าที่เป็นไปได้ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนได้เสียของฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาด้านการเงินดังกล่าวบุคคลเหล่านั้น ซึ่งได้แก่เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียในธุรกิจของลูกหนี้ และยังคำนึงถึงนโยบายสาธารณะอีกด้วย ทั้งนี้ แนวทางการร่างกฎหมายฉบับนี้ได้พิจารณาประเด็นปัญหาสำคัญต่าง ๆ ในการร่างกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ถึงแม้แต่แต่ละประเทศจะมีความแตกต่างในเชิงปฏิบัติทางนโยบายและกฎหมายหลายประการ แต่ก็ยังเป็นประเด็นปัญหาที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แนวทางการร่างกฎหมายฉบับนี้จะเน้นถึงกระบวนการล้มละลายซึ่งเริ่มขึ้นภายใต้กฎหมายล้มละลาย และกระบวนการตามกฎหมายโดยให้ความสำคัญกับการฟื้นฟูกิจการ การดำเนินการกับลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ แนวทางการร่างกฎหมายฉบับนี้จะไม่กล่าวถึงการล้มละลายของบุคคลที่ไม่ได้ดำเนินการทางเศรษฐกิจ อาทิเช่น ผู้บริโภค

นอกจากนี้ แนวทางการร่างกฎหมายได้พิจารณาถึงการใช้และความสำคัญที่เพิ่มขึ้นของเครื่องมืออื่น ๆ ในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย โดยเฉพาะการเจรจาเกี่ยวกับปรับปรุงโครงสร้าง ซึ่งลูกหนี้และเจ้าหนี้หลักเข้าร่วมในการเจรจาโดยสมัครใจ ซึ่งการเจรจาดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของกฎหมายล้มละลาย นอกเหนือจากการพิจารณาถึงข้อกำหนดของกฎหมายล้มละลายของประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายยังได้รวมเอาข้อบัญญัติและแนวทางในการประกาศใช้กฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (Cross border insolvency) ของ UNCITRAL เพื่อช่วยพิจารณาประเด็นปัญหา

การล้มละลายข้ามชาติ อย่างไรก็ตามกฎหมายต้นแบบโดยทั่วไปจะมีการใช้ที่แตกต่างไปจากแนวทางการร่างกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายต้นแบบนั้นเป็นเพียงข้อบัญญัติทางกฎหมายที่เสนอแนะต่อรัฐต่าง ๆ เพื่อประกาศใช้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในรัฐนั้น ๆ โดยอาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือไม่ก็ได้ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วกฎหมายต้นแบบจะเสนอแนวทางแก้ปัญหากฎหมายอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ในการดำเนินการกับเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ โดยภาษาที่ใช้ในกฎหมายต้นแบบดังกล่าวจะถือต่อการรวบรวมเอาบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบเข้ากับกฎหมายแห่งรัฐนั้น ๆ ในทางตรงกันข้ามแนวทางการร่างกฎหมายเน้นการให้คำแนะนำผู้ทำหน้าที่ร่างกฎหมายและผู้ใช้กฎหมาย ด้วยเหตุผลดังกล่าว แนวทางการร่างกฎหมายต่าง ๆ โดยทั่วไป จึงบรรจุข้อคิดเห็นที่สำคัญอันได้รับการพิจารณาและวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องไว้โดยมิได้มีจุดมุ่งหมายให้ข้อเสนอแนะในแนวทางการร่างกฎหมายได้รับการประกาศใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศแต่อย่างใด แต่เพียงให้มีการกำหนดประเด็นปัญหาหลักที่พึงได้รับการพิจารณาในกฎหมายดังกล่าว โดยมีข้อเสนอแนะบางประการที่ให้คำแนะนำโดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องวิธีการร่างข้อบัญญัติของกฎหมาย

แนวทางการร่างกฎหมายมิได้เสนอวิธีแก้ปัญหาที่เป็นแบบอย่างเพียงวิธีหนึ่งวิธีใด ในการดำเนินการกับประเด็นที่เป็นหัวใจของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล แต่ช่วยผู้อ่านประเมินวิธีการต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างกันไป และให้ผู้อ่านเลือกวิธีการจัดการปัญหาในประเทศหรือท้องถิ่นของตนได้อย่างเหมาะสม

3.2 ความเบื้องต้น และวัตถุประสงค์ว่าด้วยการใช้ทรัพย์สิน

วัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ คือ การให้ความคุ้มครองมูลค่าของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายไม่ให้เกิดมูลค่าจากการกระทำของผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ ในกระบวนการล้มละลาย และอำนวยความสะดวกให้กระบวนการต่างๆ เหล่านี้ ดำเนินไปอย่างยุติธรรมและมีระเบียบ

หลักพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายล้มละลาย คือ กระบวนการล้มละลาย คือ กระบวนการร่วมกัน (Collective Proceedings) ซึ่งต้องให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบรรดา

เจ้าหนี้ทุกคน จากการดำเนินคดี โดยลำพังของเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใด กฎหมายล้มละลายรวบรวมกลไกที่คุ้มครองมูลค่าของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ซึ่งนอกจากจะขัดขวางมิให้เจ้าหนี้ดำเนินคดีเพื่อบังคับให้สิทธิตามกฎหมายของตนในบางช่วงเวลา หรือทั้งหมดของระยะเวลาซึ่งอยู่ในกระบวนการชำระบัญชี (ล้มละลาย) หรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการแล้ว ยังให้หน่วงการดำเนินคดีใดๆ ที่กำลังดำเนินอยู่ต่อตัวลูกหนี้ ซึ่งวิธีการนี้อาจเรียกแตกต่างกันว่า “Moratorium” , “Suspension” หรือ “Stay” ขึ้นอยู่กับผลของวิธีการดังกล่าว

สำหรับกระบวนการชำระบัญชี (ล้มละลาย) หลักการสำคัญได้แก่ การจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มาซึ่งเงินสด เพื่อนำเงินไปชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ การทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่ามากที่สุด เป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญยิ่ง การพักการดำเนินคดีจะสามารถทำให้เกิดความมั่นใจว่า การชำระบัญชี (ล้มละลาย) จะกระทำได้ในลักษณะที่ยุติธรรมและเป็นระเบียบ ช่วยให้ผู้แทนในคดีล้มละลายมีเวลาที่จะหลีกเลี่ยงการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะบังคับ (Forced Sales) อันจะทำให้มูลค่าของกองทรัพย์สินลดน้อยลง และในขณะเดียวกันจะสามารถพิจารณาว่าธุรกิจนั้นสามารถขายในลักษณะที่ยังคงดำเนินอยู่ต่อไปได้หรือไม่ หากกรณีมูลค่ารวมของทรัพย์สินอาจมากกว่าการขายแยกชิ้น การพักการดำเนินคดีให้โอกาสผู้แทนในคดีล้มละลายตรวจสอบฐานะของลูกหนี้และคดีต่างๆ ที่ค้างอยู่ รวมถึงมีเวลาพอจะพิจารณาคดีต่างๆ อย่างเต็มที่ ซึ่งเพิ่มโอกาสที่จะไม่กระทำการใดที่จะเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของลูกหนี้และเจ้าหนี้ จุดสมดุลที่มีความยากจะปฏิบัติในการชำระบัญชี คือ ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกัน หรือบุคคลภายนอกซึ่งมักจะมีบุริมสิทธิในหลักประกันอันเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจที่จะบังคับสิทธิของตนจากทรัพย์สินดังกล่าว กับเจ้าหนี้ไม่มีประกันผู้อาจได้รับประโยชน์จากการยึดหน่วงทรัพย์สินนั้นๆ เพื่อจะให้มีการขายธุรกิจในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่

ส่วนกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น การพักการดำเนินคดีช่วยให้สามารถประกอบธุรกิจอย่างต่อเนื่องให้ลูกหนี้มีเวลาจัดการธุรกิจ และมีเวลาเตรียมตัวเพื่อรับความเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการ รวมถึงเพื่อมาตรการอื่นๆ เช่น ไม่ดำเนินกิจกรรมที่ไม่ก่อให้เกิดผลกำไร หรือจัดการสัญญาที่ทำให้เสียประโยชน์มากกว่าได้ประโยชน์ ในทางเดียวกันกับกระบวนการชำระบัญชี กระบวนการฟื้นฟูกิจการเปิดโอกาสให้พิจารณาความแตกต่างๆ ที่ดำเนินต่อตัวลูกหนี้ที่ค้างค้างอยู่ หากพิจารณาเป้าหมายของ

กระบวนการฟื้นฟูกิจการแล้ว ผลของการพักการดำเนินคดีจะมีมากกว่า และสำคัญมากกว่าการชำระบัญชี รวมถึงเป็นแรงจูงใจสำคัญที่จะให้ลูกหนี้เริ่มต้นกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตามหลักทั่วไปที่สำคัญของกฎหมายล้มละลายนั้น กำหนดว่า กฎหมายล้มละลายจะต้องไม่แทรกแซงอย่างไม่เหมาะสมซึ่งกรรมสิทธิ์ของบุคคลภายนอกหรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้มีประกัน แต่การดำเนินกระบวนการล้มละลายนั้นมักจะกำหนดให้ทรัพย์สินต่าง ๆ ของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายและทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ที่ถูกใช้สอยในกิจการของลูกหนี้ให้ยังคงสามารถใช้สอยหรือจำหน่ายจ่ายโอน (รวมถึงการก่อภาระผูกพัน) เพื่อทำให้บรรลุเป้าหมายของกระบวนการทางล้มละลายได้ ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้มีความสำคัญเป็นพิเศษสำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ และกระบวนการล้มละลายในกรณีที่ธุรกิจจะต้องจำหน่ายออกไปโดยที่ธุรกิจนั้นยังคงดำเนินต่อไป หรือในบางกรณีของการล้มละลายที่ธุรกิจนั้น ๆ จำเป็นต้องดำเนินต่อไปอีกในระยะเวลาสั้น ๆ เพื่อช่วยให้มูลค่าของทรัพย์สินต่าง ๆ มีมูลค่าสูงสุดแม้ต้องแยกส่วนขายไปภายหลังก็ตาม ดังนั้น จึงสมควรที่กฎหมายล้มละลายจะรวมเอาบทบัญญัติต่าง ๆ ว่าด้วยการใช้และการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลายรวมถึงทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ ตลอดจนจัดการกับสภาพทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านั้น รวมถึงกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกและเจ้าหนี้มีประกัน ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้มีประการสำคัญที่ต้องพึงสังเกตอยู่ว่าการใช้อำนาจตามบทบัญญัติในกฎหมายล้มละลายเหล่านี้ อาจจะมีผลกระทบต่อกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายที่ห้ามหรือจำกัดการถือกรรมสิทธิ์โดยคนต่างด้าว ในบางแขนงของเศรษฐกิจอาจจำกัดราคาที่จะได้จากทรัพย์สิน และในขณะเดียวกันก็จะมีผลกระทบต่อการจัดสรรเงินให้บรรดาเจ้าหนี้ต่าง ๆ ด้วย ดังนั้น การกำหนดบทบัญญัตินี้ดังกล่าวต้องกำหนดให้สอดคล้องกับกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ ด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ของแนวทางในร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL เรื่องการใช้ทรัพย์สินในคดีล้มละลายได้กำหนดไว้ในข้อแนะนำที่ 52 (Recommendation) มีดังต่อไปนี้

- (1) อนุญาตให้มีการใช้สอยซึ่งทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันและทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของในกระบวนการล้มละลาย และระบุนเงื่อนไขของการใช้สอยนั้น
- (2) อนุญาตและระบุนเงื่อนไขสำหรับการใช้สอยทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ

- (3) กำหนดขอบเขตแห่งอำนาจในการใช้สอย
- (4) แจ้งให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทราบถึงการใช้สอยที่พึงจะกระทำในกรณีที่เหมาะสมที่จะทำได้
- (5) หาวิธีปฏิบัติต่อทรัพย์สินที่เป็นภาระของลูกหนี้

3.3 ทรัพย์สินที่ประกอบขึ้นเป็นกองทรัพย์สิน

หลักพื้นฐานสำคัญของการดำเนินกระบวนการล้มละลาย คือ ความจำเป็นที่จะต้องบ่งชี้ว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมถึงการรวบรวม รักษา และการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ กระบวนการล้มละลายในหลายระบบได้จำแนกทรัพย์สินต่างๆ ให้อยู่ภายใต้วิธีการจัดการทรัพย์สินที่แตกต่างกัน โดยผู้แทนในคดีล้มละลายจะมีอำนาจจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายแต่ละระบบกำหนดไว้

แนวทางการร่างกฎหมายฉบับนี้ใช้คำว่า “กองทรัพย์สิน” ในความหมายที่สอดคล้องกับสภาพของลูกหนี้ สำหรับอ้างถึงทรัพย์สินต่างๆ ของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในความดูแลจัดการของผู้แทนในคดีล้มละลาย และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้กระบวนการล้มละลาย คำว่า “กองทรัพย์สิน” นี้ ยังมีความเข้าใจที่แตกต่างกันในสาระสำคัญของเขตอำนาจศาลต่างๆ อันเป็นเรื่องของแนวคิดเกี่ยวกับกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ซึ่งในบางประเทศกฎหมายล้มละลายบัญญัติให้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินต่างๆ นั้นถูกโอนไปยังเจ้าพนักงานผู้ได้รับมอบหมาย (โดยทั่วไปแล้วคือ ผู้แทนในคดีล้มละลาย) แต่ในบางประเทศ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ ยังคงเป็นของลูกหนี้ตามกฎหมาย แต่จะจำกัดอำนาจของลูกหนี้ในการจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินต่างๆ เหล่านั้น โดยให้ผู้แทนในคดีล้มละลายมีอำนาจจัดการทรัพย์สินอย่างเต็มที่ ส่วนตัวลูกหนี้เองจะสามารถจัดการกับทรัพย์สินต่างๆ ได้เฉพาะเพื่อดำเนินการค้ำปติ ส่วนการใช้หรือจำหน่ายทรัพย์สินนอกขอบเขตการดำเนินการค้ำปติ รวมถึงการก่อให้เกิดสิทธิในหลักประกัน จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้แทนในคดีล้มละลาย หรือในบางกรณีจากศาลหรือที่ประชุมเจ้าหนี้

สำหรับกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กฎหมายล้มละลายจะต้องแสดงอย่างชัดเจนว่า ทรัพย์สินใดจะถูกรวบรวมไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และอยู่ภายใต้การจัดการของกระบวนการล้มละลายตามที่ระบุไว้ในแนว

ทางการร่างกฎหมายล้มละลายฉบับนี้ นอกจากนี้จะต้องแสดงให้เห็นว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะได้รับผลกระทบอย่างไร จากการดำเนินกระบวนการล้มละลาย รวมถึงอธิบายให้เข้าใจเรื่องอำนาจของผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ ในการบังคับทรัพย์สิน และการปฏิบัติต่อทรัพย์สินเหล่านั้น อันจะเป็นตัวกำหนดขอบเขตและแนวทางปฏิบัติของกระบวนการล้มละลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งส่งผลให้กระบวนการล้มละลายเกิดความสำเร็จขึ้นได้ ดังนั้น การรวบรวมบทบัญญัติที่ชัดเจนและครอบคลุมในกฎหมายล้มละลาย จะเป็นหลักประกันความโปร่งใส ทำให้เจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถคาดคะเนได้ซึ่งผลของกระบวนการดังกล่าว

3.3.1 ทรัพย์สินที่รวบรวมอยู่ในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย

บทนิยามทั่วไปของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย สำหรับกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายนั้น หมายถึงบรรดาทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ซึ่งรวมถึงสิทธิและผลประโยชน์ในทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านั้นไม่ว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะตั้งอยู่ ณ ที่ใด ไม่ว่าจะอยู่ในเขตอำนาจศาลใดหรือในต่างประเทศ ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ขณะเริ่มกระบวนการทางกฎหมายหรือไม่ รวมถึงทรัพย์สินที่มีรูปร่างไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง นอกจากนี้ กองทรัพย์สินในคดีล้มละลายยังรวมถึงบรรดาสหสิทธิและผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ ในกรณีมีความจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง โดยกองทรัพย์สินจะต้องตกอยู่ภายใต้วิधिปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายล้มละลาย โดยทั่วไปแล้ว ทรัพย์สินต่าง ๆ ซึ่งลูกหนี้หรือผู้แทนในคดีล้มละลายได้มาภายหลังเริ่มกระบวนการล้มละลาย ทั้งนี้อยู่ภายใต้บทยกเว้นโดยเฉพาะที่จะใช้บังคับในกรณีลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา อันจะได้กล่าวต่อไปในบทนี้ และทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ได้รับคืนมาจากการเพิกถอนนิติกรรม หรือจากวิธีการอื่นใดนั้น จะต้องนับรวมเข้ามาสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย นอกจากนี้ไม่ว่าทรัพย์สินบางประเภทสามารถที่จะขายหรือแลกเปลี่ยนได้อย่างอิสระในระหว่างดำเนินกระบวนการล้มละลาย หรือทรัพย์สินบางประเภทที่อาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของสัญญาหรือกฎหมายอื่น เช่น โบนัสจากรัฐบาล ซึ่งไม่สามารถจะโอนสิทธิต่อไปได้ หรือรายชื่อลูกค้าซึ่งอยู่ในข่ายแห่งกรณีว่าด้วยสิทธิเฉพาะตัว หรือเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาแห่ง

การใกล้เคียงอันอาจเกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับสิทธิอื่นในทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านี้ก็ตาม ทรัพย์สินดังกล่าวสมควรอย่างยิ่งที่จะรวบรวมเข้าไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้

ทรัพย์สินที่มีรูปร่าง สามารถพบได้หากพิจารณาในบังคับของลูกหนี้ ตัวอย่างเช่น เงินสด เครื่องมือเครื่องใช้ สินค้าคงคลัง สินค้าระหว่างผลิต บัญชีธนาคาร บัญชีลูกหนี้ และ อสังหาริมทรัพย์ ส่วนทรัพย์สินต่าง ๆ ที่จะรวมเข้าไว้ในประเภททรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้น อาจจะมีนิยามแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ แต่อาจจะมีหมายรวมถึงทรัพย์สินทางปัญญา ตราสารของหลักทรัพย์ และตราสารด้านการเงิน กรมธรรม์ประกันภัย สิทธิตามสัญญา รวมถึงบรรดาสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลภายนอก และสิทธิในการดำเนินคดีเนื่องมาจากการกระทำละเมิด* การรวบรวมไว้ซึ่งทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างบางประเภทในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ อาจเกิดการขัดกันกับกฎหมายฉบับอื่น ๆ ได้ เช่น กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องสิทธิส่วนบุคคล ในกรณีของบุคคลธรรมดาแล้ว กองทรัพย์สินของลูกหนี้จะรวมเอาทรัพย์สิน เช่น สิทธิในกองมรดก ซึ่งลูกหนี้มีผลประโยชน์หรือลูกหนี้มีสิทธิในขณะที่เริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย หรือมีขึ้นระหว่างกระบวนการล้มละลาย และผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ลูกหนี้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกับบุคคลอื่น หรือคู่สมรสของตัวเอง

แม้ว่าการให้บทนิยามอย่างกว้าง ๆ สำหรับคำว่า “กองทรัพย์สิน” เป็นสิ่งที่พึงกระทำก็ตาม แต่การรวมเอาประเภทของทรัพย์สินต่าง ๆ หลายลักษณะอาจเป็นสาเหตุในการโต้แย้งได้ ทรัพย์สินบางรายการสามารถรวมเข้าไว้ในกองทรัพย์สินได้ง่าย เช่น ทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีภาระผูกพัน ทรัพย์สินที่ไม่มีภาระโต้แย้งสิทธิจากบุคคลภายนอก และทรัพย์สินที่ได้คืนมาโดยผู้แทนในคดีล้มละลายไม่ว่าจากการเรียกร้องจากบุคคลภายนอก หรือการเพิกถอนนิติกรรม สำหรับทรัพย์สินอื่น ๆ ที่จะไม่นับรวมเข้ามาไว้ในกองทรัพย์สินโดยไม่ยุ่งยาก เช่น ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งลูกหนี้ไม่มีผลประโยชน์ใดเกี่ยวข้อง และทรัพย์สินที่เป็นของ

* ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา เขตอำนาจศาลบางแห่งนั้น ยกเว้นละเมิดที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัว เช่น การทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง, การทำให้เสื่อมเสียต่อความเชื่อถือทางด้านเครดิต หรือชื่อเสียง หรือการบาดเจ็บทางกายในกรณีที่ลูกหนี้มีสิทธิที่จะดำเนินคดีและคงไว้ซึ่งสิ่งใดก็ตามที่เขากลับคืนมาได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพื้นฐานที่ว่าแรงจูงใจในการพิสูจน์การกระทำผิดในทางอื่นนั้นจะลดน้อยลง แต่อาจจะไม่มีสิทธิที่จะดำเนินคดีเพื่อเรียกให้ชดใช้การสูญเสียรายได้เกี่ยวเนื่องกับมูลเหตุแห่งคดีดังกล่าว

คู่สมรสของลูกหนี้ ซึ่งมีกรรมสิทธิ์เต็มที สำหรับทรัพย์สินต่างๆ เช่น ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ทรัพย์สินที่มีเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วม ทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างบางประเภท และทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ ซึ่งลูกหนี้มีผลประโยชน์อาจก่อให้เกิดคำถามที่ยุ่งยาก ดังจะได้กล่าวต่อไป

ก. ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน (Encumbered Assets)

คำถามข้อหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ สำหรับกฎหมายล้มละลาย คือ กฎหมายล้มละลายควรจะรวบรวมทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายหรือไม่ ต่อคำถามนี้ กฎหมายหลายประเทศมีวิธีการปฏิบัติต่อทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนี้แตกต่างกัน ในหลายประเทศบัญญัติให้นำทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันมารวมไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย โดยการเริ่มกระบวนการล้มละลายจะมีผลต่อทรัพย์สินต่างๆ ในลักษณะแตกต่างกัน เช่น จำกัดการบังคับสิทธิในหลักประกันโดยอาศัยการพักการดำเนินคดี การรวมเอาทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเข้ามาในกองทรัพย์สินนั้น เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในตอนเริ่มกระบวนการล้มละลาย ซึ่งจะทำให้มั่นใจได้ว่า บรรดาเจ้าหนี้จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันแล้ว ยังเป็นเรื่องสำคัญต่อกระบวนการล้มละลายในกรณีที่ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้น มีความจำเป็นต่อการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เครื่องมือสำหรับผลิตสินค้า หรืออาคารที่ตั้งของโรงงานที่ลูกหนี้เช่านั้น มีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ การฟื้นฟูกิจการ หรือการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป หรือการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ของธุรกิจนั้นจะเกิดขึ้นไม่ได้ เว้นแต่เครื่องมือ และการเช่านั้นจะต้องคงไว้เพื่อดำเนินกระบวนการล้มละลาย จึงมีข้อได้เปรียบที่จะให้ทรัพย์สินต่าง ๆ ของลูกหนี้จัดเป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ในตอนเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยเฉพาะในกรณีการฟื้นฟูกิจการ และในกรณีที่ธุรกิจดังกล่าวต้องขายในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไปในกรณีที่มีการชำระบัญชี (ล้มละลาย)

กรณีที่ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันรวมอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย กฎหมายล้มละลายในหลายประเทศมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สิน

ดังกล่าว เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษามูลค่าของทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน หรือในส่วนของสิทธิเรียกร้องที่มีหลักประกันของเจ้าหนี้ และบางกรณีกฎหมายล้มละลายจะบัญญัติให้ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันถูกแยกออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย อย่างไรก็ตามกฎหมายล้มละลายจะต้องทำให้เกิดความชัดเจนว่า การรวมทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้จะไม่ทำให้เจ้าหนี้มีประกันสูญเสียสิทธิของตนในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันดังกล่าว แม้ว่าผลของกฎหมายล้มละลายนั้นอาจจะเป็นการจำกัดการใช้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันเหล่านั้นก็ตาม เช่น การเลื่อนใช้สิทธิออกไป โดยผลของการพักการดำเนินคดี และกฎหมายล้มละลายควรทำให้เจ้าหนี้มีประกันมั่นใจได้ว่า เจ้าหนี้มีประกันในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันจะได้รับความคุ้มครองสิทธิของตน

กฎหมายล้มละลายในบางประเทศบัญญัติว่าทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันจะไม่สามารถได้รับผลกระทบใดๆ จากกระบวนการล้มละลาย และบรรดาเจ้าหนี้มีประกันสามารถที่จะบังคับใช้สิทธิตามกฎหมายหรือตามสัญญาของตนได้ การบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ได้คำนึงถึงกรณีที่ทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนั้นอาจมีความสำคัญต่อกระบวนการล้มละลายไว้โดยมีบทกเว้นห้ามบังคับคดีกับทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันนี้ ตัวอย่างของกฎหมายดังกล่าวของบางประเทศที่บัญญัติว่า แม้ว่าทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันต่างๆ เหล่านั้นจะไม่สามารถได้รับผลกระทบจากกระบวนการล้มละลายก็ตาม ศาลอาจจะได้รับการร้องขอไม่ให้บังคับคดีกับทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันในกรณีที่ทรัพย์สินดังกล่าวมีความจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจต่อไป การไม่รวมเอาทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น เกิดข้อดีสำหรับเพิ่มความน่าเชื่อถือทางด้านเครดิตทางการค้า เพราะเจ้าหนี้มีประกันจะมั่นใจได้ว่า สิทธิของตนนั้นจะไม่ถูกระทบในเชิงลบ เมื่อเริ่มกระบวนการล้มละลาย อย่างไรก็ตามปัจจุบันนั้นเป็นที่ยอมรับกันเพิ่มขึ้นว่า ข้อดีทางเศรษฐกิจของการรวมทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันดังกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นมากกว่าข้อดีของการไม่รวบรวมเอาทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันเข้ามาไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้

ข. ทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ

เขตอำนาจศาลบางแห่งยินยอมให้ทรัพย์สินที่เจ้าหนี้มีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายหรือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ (ตัวอย่างเช่น การคงไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์หรือข้อตกลงการเช่า) ให้แยกออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย เนื่องจากกฎหมายล้มละลายควรคำนึงถึงกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าหนี้ในตัวทรัพย์สิน สำหรับบางเขตอำนาจศาล การแยกทรัพย์สินจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายล้มละลายในเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาต่างๆ ซึ่งกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายโดยทั่วไปแล้วจะรวมถึงสิทธิใด ๆ ของลูกหนี้ ซึ่งมีเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในบทนิยามทั่วไปของกองทรัพย์สินจะมีกรณีที่ทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนั้นมีความสำคัญ ตัวอย่างเช่น ทรัพย์สินที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจต่อเนื่อง ไม่ว่าจะการฟื้นฟูกิจการหรือการขายในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไปในการชำระบัญชี (ล้มละลาย) กรณีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง หากกฎหมายล้มละลายรวมเอาหลักเกณฑ์ที่จะอนุญาตให้ทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนั้นอยู่ภายใต้การจัดการของกระบวนการล้มละลายต่อไปได้ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายจะต้องให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ และส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน และบัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกในการโต้แย้งการปฏิบัติดังกล่าว ต่อประเด็นนี้ หากพิจารณาได้ว่าข้อกำหนดในเชิงเศรษฐศาสตร์ของธุรกรรมระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการเข้าครอบครองทรัพย์สิน แม้ธุรกรรมดังกล่าวจะอยู่ในรูปสัญญาเช่าก็ตาม กฎหมายบางประเทศถือว่าการดำเนินการลักษณะนี้เป็นการให้กู้ยืมโดยมีหลักประกัน และผู้ให้เช่าจะได้รับการปฏิบัติลักษณะเดียวกันในกรณีล้มละลาย เช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกันรายอื่นๆ โดยธุรกรรมใดจะถือเป็นเครื่องมือทางการเงินถ้าหากว่าในเวลาสั้นกำหนดระยะเวลาการเช่าลูกหนี้สามารถยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ โดยแลกกับการชำระเงินจำนวนเล็กน้อย หรือมูลค่าที่คงเหลือของทรัพย์สินนั้นกับบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแทบจะไม่มีเลย กฎหมายล้มละลายจะถือว่าสิทธิของลูกหนี้ต่างๆ ในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และยินยอมให้ผู้แทนในคดีล้มละลายใช้ทรัพย์สินดังกล่าวได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขบางประการอันจะกล่าวต่อไปในเรื่องการใช้ทรัพย์สิน

กรณีที่เกิดประโยชน์ในทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้อ้างสิทธินั้น ถูกโต้แย้งจากบุคคลภายนอก กฎหมายล้มละลายควรมีบทบัญญัติให้ความปกป้องทรัพย์สินเหล่านั้นไว้เป็นกรณีชั่วคราว เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าทรัพย์สินนั้นจะได้รับการรักษาไว้รอคอยคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ ในกรณีที่มีคำตัดสินถึงที่สุดว่าทรัพย์สินดังกล่าวไม่เป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สิน กฎหมายควรจะพิจารณาถึงความเสียหายอันเกิดแก่บุคคลภายนอก จากการยึดหน่วงของลูกหนี้ ประเด็นค่าเสียหายต่าง ๆ นั้น เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน ในกรณีที่บุคคลภายนอกนั้นยึดหน่วงทรัพย์สินที่ปรากฏว่าเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายด้วย

ค. ทรัพย์สินที่อยู่ในต่างประเทศ

ทรัพย์สินของลูกหนี้นอกประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายจะเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินหรือไม่ เป็นประเด็นเรื่องการล้มละลายข้ามชาติ ประเด็นนี้มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งการไม่นับรวมเอาทรัพย์สินที่มีอยู่ในต่างประเทศเข้ามานั้น จะมีผลกระทบสำคัญต่อความสำเร็จของกระบวนการล้มละลาย กฎหมายล้มละลายบางประเทศเห็นว่าควรมีกระบวนการล้มละลายเพียงกระบวนการเดียว โดยให้ดำเนินการในประเทศที่ลูกหนี้มีสำนักงานแห่งใหญ่หรือสถานที่ ซึ่งจดทะเบียนหรือที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งกิจการ (ค่านึงถึงศูนย์กลางของผลประโยชน์หลัก) อันจะนำมาใช้บังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ ณ ที่ใดก็ตาม (เป็นแนวทางสากล) แนวทางดังกล่าวนี้อยู่ในความคิดที่ว่าประเทศที่ใช้แนวทางนี้จะต้องยอมรับสิทธิเรียกร้องที่กระทำตามกฎหมายล้มละลายของอีกประเทศหนึ่ง กฎหมายล้มละลายของประเทศอื่นนั้น เป็นไปตามวิธีการที่จำกัดการบังคับใช้กฎหมายล้มละลายกับพื้นที่ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของประเทศที่ออกกฎหมาย (แนวทางว่าด้วยหลักดินแดน) แนวทางนี้กำหนดให้มีกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ซึ่งลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่หรือซึ่งสาขา หรือสถานประกอบการต่างๆ ของลูกหนี้ตั้งอยู่ อีกแนวทางหนึ่ง คือ แบบที่รับการดัดแปลงเพื่อใช้ในกรณีที่ประเทศๆ หนึ่งนั้นอ้างการปรับใช้ในแบบสากลของกฎหมายในประเทศ แต่ไม่ยอมรับการใช้กฎหมายในเชิงสากลของประเทศอื่น

แนวทางต่างๆ ที่มีอยู่ในประเด็นนี้ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและมีผลกระทบทางลบต่อการใช้กฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ อย่างไรก็ตาม ในขณะที่มีความแตกต่างระหว่างกฎหมายล้มละลายได้ลดขีดชั้นลงไป และมีการเคลื่อนตัวเข้าหาจุดที่เห็นพ้องต้องกันเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จึงมีเหตุผลน้อยลงในการดำรงไว้ซึ่งหลักดินแดน และเป็นที่ต้องการเพิ่มขึ้นว่ากฎหมายล้มละลายควรกำหนดว่ากองทรัพย์สินในคดีล้มละลายของลูกหนี้ ควรประกอบด้วยทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ไม่ว่าจะตั้งอยู่ในประเทศใด * อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะที่แสดงออกถึงความไม่สอดคล้องกันจะยังคงปรากฏต่อไปในอีกช่วงระยะเวลาหนึ่ง กฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของ UNCITRAL จึงได้กำหนดแนวทางความร่วมมืออย่างมีประสิทธิภาพในคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยอาศัยการยอมรับคำตัดสินจากต่างประเทศ และการที่ผู้แทนในคดีล้มละลายต่างประเทศเข้าถึงกระบวนการพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ ตั้งใจให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายทั้งหมด

ง. ทรัพย์สินที่นำกลับคืนมาสู่กองทรัพย์สิน

กระบวนการยกเลิกเพิกถอนกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายโดยทั่วไป จะรวมเอาทรัพย์สินต่าง ๆ ที่นำกลับคืนมาได้สู่กองทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านั้น โดยอาศัยกระบวนการยกเลิกเพิกถอนในกรณีที่ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอยู่ในข่ายที่จะยกเลิกเพิกถอนตามกฎหมายล้มละลาย ธุรกรรมต่าง ๆ เหล่านี้รวมไปถึงธุรกรรมที่เป็นผลให้มีการปฏิบัติในเชิงให้เปรียบแก่เจ้าหนี้บางราย หรือทำให้กองทรัพย์สินในคดีล้มละลายเสียเปรียบ หรือเป็นธุรกรรมที่ก่อขึ้นด้วยความพยายามที่จะหักล้างสิทธิโดยรวมของบรรดาเจ้าหนี้

ธุรกรรมที่ไม่ได้รับอนุญาตภายหลังการยื่นคำร้องและภายหลังการเริ่มต้นแห่งกระบวนการ กฎหมายล้มละลายหลายประเทศ ใช้มาตรการต่างๆ ทรัพย์สินจำกัดอำนาจของลูกหนี้ในการบริหารจัดการทรัพย์สินของตน ไม่ว่าจะมีการผูกพันหรือไม่ หากปราศจากการ

* ดูตัวอย่างเช่นระเบียบที่ชื่อว่า EC Regulation 1346/2000 ซึ่งอาศัยหลักการดำเนินคดีตามแนวสากล ในขณะที่คงไว้ซึ่งโอกาสที่จะเปิดการพิจารณาคดีสำรองซึ่งผลจากการดังกล่าวนี้จำกัดเพียงอาณาเขตของรัฐที่เกี่ยวข้องเท่านั้น มีการยอมรับคำตัดสิน และกฎพิเศษต่าง ๆ ของรัฐบาลต่างประเทศโดยอัตโนมัติ เพื่อการประสานงานระหว่างผู้ชำระบัญชีด้วยกัน

อนุญาตต่าง ๆ จากศาล หรือผู้แทนในคดีล้มละลาย ข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้ โดยทั่วไปแล้วจะนำมาใช้หลังจากเริ่มกระบวนการล้มละลาย แต่ข้อจำกัดเหล่านี้อาจนำมาใช้หลังจากการยื่นคำร้องเพื่อเริ่มดำเนินการทางกฎหมายกับกรณีที่มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายได้อยู่ในมือของผู้แทนชั่วคราวในคดีล้มละลายแล้วก็ได้ กฎหมายบางประเทศปฏิบัติต่อธุรกรรมที่ไม่ได้รับอนุญาตว่า เป็นธุรกรรมที่ไม่สมบูรณ์ และไม่สามารถใช้บังคับต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ ซึ่งทำให้ทรัพย์สินใด ๆ ที่ได้โอนไปแล้วนั้นสามารถเรียกคืนมาสู่กองทรัพย์สิน ยกเว้นในบางกรณีที่คู่กรณีนั้นได้ชำระค่าตอบแทนหรือสามารถพิสูจน์ได้ว่า ธุรกรรมนั้นไม่ได้ทำให้สิทธิของบรรดาเจ้าหนี้เสื่อมเสียไป กฎหมายล้มละลายของบางประเทศนั้น สามารถบรรลุถึงผลในทำนองเดียวกัน โดยการจัดการกับสัญญาต่าง ๆ ที่ไม่ได้รับอนุญาตโดยอาศัยการยกเลิกเพิกถอน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระยะเวลาของการตั้งข้อสงสัยในธุรกรรมนั้นถูกกำหนดไว้อย่างไร

3.3.2 ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ไม่นับรวมเข้ามาในกองทรัพย์สิน

การยกเว้นไม่รวมทรัพย์สินโดยทั่วไปนั้น กฎหมายล้มละลายใช้วิธีที่แตกต่างกัน ทรัพย์สินที่ไม่นับรวมเข้ามาไว้ในกองทรัพย์สิน อาจจะมีรวมถึง ทรัพย์สินบางรายการที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เมื่อเริ่มกระบวนการทางกฎหมาย เช่น ทรัพย์สินของทรัสต์ และทรัพย์สินซึ่งอยู่ในข่ายของการจัดการลักษณะหนึ่ง (ไม่ว่าตามสัญญาหรือเพราะประการอื่นใดก็ตาม) ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ แต่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพย์สินนั้น และการส่งคืนเจ้าของเมื่อวัตถุประสงค์แห่งการครอบครองโดยลูกหนี้นั้นได้บรรลุแล้ว* ทรัพย์สินในลักษณะนี้อาจรวมถึงทรัพย์สินที่อยู่ในข่ายของการถูกเรียกคืนตามกฎหมาย เช่น สินค้าที่ผู้จัดหาสินค้าส่งมอบให้แก่ลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการทางกฎหมายล้มละลาย แต่ยังไม่ได้ชำระราคา ผู้จัดหาสินค้านั้นสามารถที่จะเรียกคืนได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ใช้บังคับอื่นๆ

ในกรณีการล้มละลายของบุคคลธรรมดา กฎหมายล้มละลายอาจจะไม่รวมทรัพย์สินบางรายการเข้าในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น รายได้จากการทำงานส่วนตัวของลูกหนี้ที่

* การจัดการลักษณะนี้จะเป็นที่รู้จักกันว่า เป็นการส่งมอบสินค้าเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์บางประการของผู้รับมอบหรือผู้รับมอบ และในการที่จะต้องส่งคืนสินค้านั้นเมื่อวัตถุประสงค์นั้นได้บรรลุแล้ว (bailment หรือ depositum)

เกิดขึ้นภายหลังจากการยื่นคำร้องเพื่อเริ่มกระบวนการล้มละลาย หรือรายได้จากการทำงาน สาธารณะของตัวลูกหนี้ ทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งจำเป็นในการหาเลี้ยงชีพและทรัพย์สินส่วนบุคคล และครอบครัว เช่น เพอร์นิเจอร์ อุปกรณ์ เครื่องเรือน เติงนอน เสื้อผ้า และทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่ง จำเป็นต่อความต้องการขั้นพื้นฐานของลูกหนี้และครอบครัว บางเขตอำนาจศาลไม่รวมสิทธิในการ เรียกค่าเสียหายของลูกหนี้ในการฟ้องร้องคดีละเมิดต่อบุคคลที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ทำให้เสื่อม เสียเครดิต หรือจากการทำร้ายร่างกาย ซึ่งหลักดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าแรงจูงใจที่จะพิสูจน์ ว่ามีการละเมิดในลักษณะข้างต้นจะสูญหายไปหากไม่อนุญาตให้ลูกหนี้มีสิทธิฟ้องคดีด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามลูกหนี้ไม่มีสิทธิดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจากรายได้ที่เกี่ยวเนื่องกับเหตุแห่ง การดำเนินคดีเช่นว่านั้น ซึ่งการไม่นำสิทธิของลูกหนี้ดังกล่าวข้างต้นรวมเข้าในกองทรัพย์สินของ ลูกหนี้จะไม่นำไปใช้กับลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคล

กรณีที่กฎหมายล้มละลายไม่รวมทรัพย์สินบางรายการไว้ในกองทรัพย์สินของ บุคคลธรรมดา ควรมีการกำหนดประเภทของทรัพย์สินให้ชัดเจน และจำนวนของทรัพย์สิน ตลอดจนมูลค่าของทรัพย์สินจะต้องจำกัดให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็นต่อการดำรงไว้ซึ่งสิทธิ ส่วนตัวของลูกหนี้ และให้ลูกหนี้สามารถดำรงชีพในลักษณะสร้างสรรค์ได้ การกำหนดค่าทรัพย์สิน ใดไม่รวมเข้าในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น จะต้องคำนึงถึงพันธะด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง รวมถึงพันธะสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีไว้เพื่อที่จะปกป้องสิทธิของลูกหนี้ ตลอดจนสมาชิก ครอบครัวและอาจจะผลกระทบต่อสิ่งยกเว้นที่ไม่นับรวมเข้ามา² ในลำดับต่อไป คือ การคำนึงถึง ผลทางด้านเศรษฐศาสตร์ อันสืบเนื่องจากการไม่รวมเอาทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านั้นเข้ามาในกอง ทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย มีผลงานวิจัยบางบทชี้ให้เห็นว่า การไม่นับรวมเอาทรัพย์สิน ส่วนบุคคลทั้งหมดหรือส่วนใหญ่เข้าสู่กระบวนการล้มละลายอาจจะมีผลกระทบในเชิงบวก ต่อการ เป็นเจ้าของกิจการและด้านการรับสภาพความเสี่ยง

สำหรับทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมนั้น มีหลายแนวทางแตกต่างกันในการ ปฏิบัติต่อสินส่วนตัวที่ลูกหนี้บุคคลธรรมดาเป็นเจ้าของร่วมกันกับคู่สมรส การปฏิบัติต่อทรัพย์สิน ดังกล่าวอาจจะมีการระบุไว้ในกฎหมายล้มละลายหรือกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายล้มละลาย

² ในประเทศยุโรปมีตัวอย่างที่เกี่ยวข้อง คือ อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้น พื้นฐานแห่งปี 2493 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950)

ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับสินสมรส หรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในเขตอำนาจศาลของประเทศ ในลักษณะสหพันธรัฐ อาจจะมีคำถามเกี่ยวกับกฎหมายทั้งระดับรัฐและระดับสหพันธรัฐ ความสัมพันธ์ของกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ และกฎหมายล้มละลายอาจจะกำหนดลักษณะการใช้บทบัญญัติของกฎหมายล้มละลาย ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติว่าด้วยการยกเลิกเพิกถอน

แนวทางหนึ่งในการปฏิบัติต่อทรัพย์สินร่วม ก็คือ การไม่นับรวมทรัพย์สินร่วมเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย อีกแนวทางหนึ่งคือส่วนของทรัพย์สินร่วมกันของคู่สมรส อาจเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ ในกรณีที่มีการดำเนินคดีต่อทรัพย์สินของคู่สมรสนั้น หากว่าตามกฎหมายทั่วไปซึ่งไม่ใช่กฎหมายล้มละลายแล้ว ทรัพย์สินดังกล่าวสามารถแบ่งเพื่อการบังคับคดีได้ (ในกรณีที่การแบ่งทรัพย์สินนั้นสามารถดำเนินการได้นอกขอบเขตของกฎหมายล้มละลายและกระบวนการล้มละลาย) การเลือกระหว่างหลายวิธีดังกล่าวขึ้นอยู่กับผลของกฎหมายอื่นซึ่งไม่ใช่กฎหมายล้มละลายรวมถึงปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความยากง่ายในการแบ่งทรัพย์สินดังกล่าว

อาศัยเหตุผลดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อนี้ วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติต่างๆ เกี่ยวเนื่องกับกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายตามแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL ได้แก่

ก) การกำหนดทรัพย์สินต่างๆ ที่จะรวมเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายรวมถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และทรัพย์สินซึ่งบุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ

ข) การกำหนดทรัพย์สินต่างๆ ที่จะไม่นำมารวมเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (ถ้าหากมี)

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ในคำแนะนำที่ 35 กำหนดไว้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะล้มละลายนั้น ควรจะระบุว่ากองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายจะรวมถึง

ก) ทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน และในทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ*

ข) ทรัพย์สินที่ได้มาหลังจากเริ่มกระบวนการล้มละลาย และ

ค) ทรัพย์สินที่ได้คืนมา โดยอาศัยการยกเลิกเพิกถอนและกระบวนการอื่นใดตามกฎหมาย

3.4 การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในคดีล้มละลาย

3.4.1 การปฏิบัติต่อสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

ขณะที่เศรษฐกิจเจริญเติบโตขึ้น การนำทรัพย์สินของลูกหนี้มารวมอยู่ในสัญญา หรือนำสัญญามาเป็นเครื่องมือในการควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีมากขึ้นผลที่ตามมาทำให้ การปฏิบัติต่อสัญญากลายเป็นเรื่องสำคัญมากในกระบวนการล้มละลาย ซึ่งมีความยุ่งยาก 2 ประการ สำหรับการปรับปรุงพัฒนานโยบายกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ความยุ่งยากประการแรก คือ สัญญาจะเกี่ยวข้องกับผูกพันกับความรับผิดชอบหรือการเรียกร้อง กล่าวคือ กองทรัพย์สินจะถูกใช้หรือ ต้องชำระหนี้เพื่อให้ได้รับสิทธิในฐานะที่ควรทรัพย์สินมีค่า ผลที่ตามมาทำให้เกิดความยุ่งยาก สำหรับการตัดสินใจ ในการปฏิบัติต่อสัญญาเพื่อให้เกิดมูลค่าสูงสุดแก่กองทรัพย์สิน ความยุ่งยาก ประการที่ 2 คือ สัญญามีหลายรูปแบบ ซึ่งรวมถึงสัญญาทั่วไปเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าสัญญาเช่าที่ดินหรือทรัพย์สินส่วนบุคคลในระยะเวลาต่าง ๆ และสัญญาที่มีความซับซ้อนมากขึ้น เช่น สัญญาแฟรนไชส์ หรือสัญญาก่อสร้าง และดำเนินกิจการที่สำคัญ รวมถึงสัญญาในรูปแบบอื่น ๆ โดยลูกหนี้จะเข้าไปมีความสัมพันธ์ในสัญญาโดยเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขาย ผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า ผู้อนุญาต หรือผู้รับอนุญาต ผู้จัดหาหรือผู้รับ อีกทั้งปัญหาต่าง ๆ อาจมีความแตกต่างกันอย่างยิ่ง หากพิจารณาจากมุมมองที่แตกต่างกัน

* กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินจะถูกกำหนดโดยการอ้างอิงถึงกฎหมายที่ใช้บังคับที่เกี่ยวข้องในกรณี คำว่า "ทรัพย์สิน" ถูกนิยามในเชิงกว้าง เพื่อให้รวมถึงทรัพย์สิน สิทธิ และผลประโยชน์ของลูกหนี้ รวมถึงสิทธิและผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ

การทำให้มูลค่าของกองทัพยี่สิบมีค่ามากที่สุดตามวัตถุประสงค์ที่วางไว้ การลดภาระความรับผิดชอบของลูกหนี้ รวมถึงการทำให้ลูกหนี้อยู่รอดและสามารถดำเนินตามขอบวัตถุประสงค์ของลูกหนี้ รวมถึงการทำให้ลูกหนี้อยู่รอดและสามารถดำเนินกิจการของตนต่อไปได้ในระดับสูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยมีให้เกิดการติดขัดในการฟื้นฟูกิจการ อาจเกี่ยวข้องกับการเข้าไปถือเอาประโยชน์จากสัญญาที่เป็นประโยชน์ และมีผลดีต่อมูลค่าของกองทัพยี่สิบ ซึ่งรวมถึงสัญญาที่จะก่อให้เกิดการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ที่สำคัญต่อการดำเนินกิจการของลูกหนี้ต่อไป ตลอดจนการยกเลิกสัญญาที่เป็นภาระ หรือสัญญาที่มีต้นทุนในการปฏิบัติมากกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับ ยกตัวอย่างเช่น ในสัญญาซึ่งลูกหนี้ตกลงซื้อสินค้าในราคาครึ่งหนึ่งของราคาท้องตลาดในขณะที่สินค้านั้นเป็นตัวเป็นต้น เห็นได้ชัดว่า ย่อมจะเป็นผลดีต่อผู้แทนในคดีล้มละลายอย่างแน่นอน เพราะสามารถซื้อสินค้าในราคาที่ต่ำกว่าก่อนจะนำมาขายในราคาตลาด จึงเป็นเรื่องปกติที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการที่จะหลุดพ้นจากสัญญาที่ไม่เอื้อผลประโยชน์แก่ตนอีกต่อไป แต่ต้องการที่จะปฏิบัติตามภาระต่าง ๆ ตามสัญญาต่อไป แต่ไม่เกินกว่าที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เจรจาต่อรองไว้กับลูกหนี้ก่อนหน้าที่ลูกหนี้จะเข้าสู่การล้มละลาย ในหลายระบบกฎหมายจะไม่อนุญาตให้หลบเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าจะมีสิทธิได้รับการประกันว่า ตนจะได้รับชำระเงินตามสัญญาจนครบจำนวนก็ตาม มีตัวอย่างมากมายที่แสดงให้เห็นว่า การปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เฉพาะแต่ลูกหนี้เท่านั้น

สำหรับการฟื้นฟูกิจการนั้น วัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องการให้ลูกหนี้ดำรงอยู่ และสามารถดำเนินกิจการได้ต่อไปเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น การคงไว้ซึ่งสัญญาที่เป็นประโยชน์ หรือมีความสำคัญต่อธุรกิจของลูกหนี้และมีผลดีต่อมูลค่าของกองทัพยี่สิบจะเป็นปัจจัยสำคัญซึ่งทำให้การฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จในเรื่องดังกล่าว หมายถึงถึง สัญญาจัดซื้อสินค้าและบริการที่จำเป็นหรือสัญญาเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจอย่างต่อเนื่อง รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลภายนอกด้วย และเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการมีโอกาสจะประสบความสำเร็จ จำเป็นต้องให้ผู้แทนในคดีล้มละลายปฏิเสธสัญญาที่เป็นภาระ เช่น สัญญาที่มีต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญา (Cost of performance) สูงกว่าผลประโยชน์ของสัญญาที่จะได้รับ หรือสัญญาที่มีค่าเช่าสูงกว่าค่าเช่าทั่วไป ในตลาดกรณีสัญญายังไม่ครบกำหนดระยะเวลา ซึ่งในการชำระบัญชี ความต้องการให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ภายหลังเริ่มกระบวนการทางกฎหมาย จะมี

ความสำคัญน้อยกว่ากรณีการฟื้นฟูกิจการ เว้นแต่ในกรณีซึ่งสัญญาจะทำให้มูลค่าของธุรกิจลูกหนี้ หรือทรัพย์สินบางอย่างเพิ่มขึ้น หรือจะสนับสนุนการขายธุรกิจออกไปบนหลักการที่ธุรกิจยังคง ดำเนินต่อไป เช่น กรณีที่ค่าเช่าต่ำกว่าอัตราค่าเช่าทั่วไปในตลาด และเหนือกำหนดระยะเวลาเช่า อยู่มาก จะนำไปสู่การเสนอขายธุรกิจ หรืออาจต้องขายเพื่อสร้างมูลค่าให้แก่เจ้าหนี้ได้

3.4.1.1 ข้อสัญญาว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติ การร่นระยะเวลา ของสัญญา หรือข้อสัญญาที่คล้ายกัน

สัญญาจำนวนมากจะมีข้อสัญญาว่าด้วยเหตุแห่งการผิดนัด ซึ่งให้สิทธิแก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยปราศจากเงื่อนไข เช่น สิทธิในการบอกเลิกสัญญา หรือย่นระยะเวลาของ สัญญา โดยทั่วไปจะรวมถึงการที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายด้วย ไม่ว่าจะโดยคดีล้มละลาย หรือโดยคดีฟื้นฟูกิจการ หรือแม้แต่ในกรณีที่แสดงได้ว่าลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน กฎหมาย บางประเทศต้องการให้คงความสมบูรณ์แห่งสัญญานี้เอาไว้ และในกรณีที่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม สัญญาต่อไปภายหลังจากการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย กรณีดังกล่าวจะเกิดขึ้นหากคู่สัญญา ไม่เลือกที่จะใช้สิทธิหรือถูกชี้แนะให้ไม่เลือกที่จะไม่ใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญา เพื่อประโยชน์ใน การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โดยรวม หากกฎหมายล้มละลายกำหนดให้คู่สัญญาตกลงให้ สัญญาดำเนินต่อไป กฎดังกล่าวจะต้องกำหนดรวมถึงสิทธิในการให้ได้รับชำระหนี้ในลำดับก่อน สำหรับค่าใช้จ่ายในการบริหารภายหลังจากการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย (กฎหมายล้มละลายบาง ประเทศจะมีข้อกำหนดทั่วไป ซึ่งกำหนดให้ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ภายหลังจากการเข้าสู่กระบวนการ ล้มละลายจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนอยู่แล้ว)

มีปัจจัยที่สนับสนุนข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันด้วยเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น หลายประการ รวมถึง การต่อรองทางการค้า การป้องกันลูกหนี้จะเลือกปฏิบัติตามสัญญาเฉพาะที่มี ประโยชน์และยกเลิกข้อสัญญาอื่น ๆ ซึ่งคู่สัญญาจะไม่ได้ประโยชน์ใด ๆ และผลของสัญญาทาง การเงินที่หากไม่ยอมรับให้เลิกสัญญากันโดยอัตโนมัติ เพราะความเชื่อที่ว่าธุรกิจที่ล้มละลายจะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ดังนั้นการเลิกสัญญา ยิ่งช้าก็ยิ่งเพิ่มหนี้ขึ้น อีกปัจจัยหนึ่ง คือ ความต้องการ ของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาที่จะสามารถควบคุมการใช้ทรัพย์สินทางปัญญา และผลกระทบ

แก่ธุรกิจของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจากการเลิกสัญญา โดยเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่อาจจับต้องได้

ความเห็นอื่นที่แตกต่างออกไปเห็นว่า ข้อสัญญาซึ่งอนุญาตให้เลิกสัญญาหรือเร่งผลของสัญญา ในกรณีที่มีเหตุผิดสัญญาเกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้น ควรถูกยกเลิกโดยกฎหมายล้มละลายและให้สัญญาสามารถดำเนินไปได้ต่อไปได้แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้าน ในกรณีแรกสิทธิที่จะเลิกสัญญาจะถูกการขอกู้มครองชั่วคราวโดยให้เวลาแก่ผู้แทนในคดีล้มละลายพิจารณาถึงสัญญาและตัดสินใจว่าจะทำอย่างไรต่อไป แม้ว่าความเห็นเรื่องการมีผลเหนือข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกัน จะถูกมองว่าเป็นการแทรกแซงหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป แต่การแทรกแซงลักษณะนี้มีผลต่อการอยู่รอดของกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นอย่างยิ่ง กรณี ตัวอย่างเช่น สัญญาเป็นสัญญาเช่าที่สำคัญ หรือสัญญาเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาในผลิตภัณฑ์ที่สำคัญทำให้เพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งปวงและช่วยเหลือให้บรรดาเจ้าหนี้ร่วมมือในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

กรณีการล้มละลายปกติ ข้อโต้แย้งที่สนับสนุนเห็นพ้องด้วยกับการครอบงำข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันได้โดยอัตโนมัติเพราะเหตุล้มละลายดังกล่าวนี้ รวมถึงข้อโต้แย้งเรื่องความต้องการที่จะรักษาผลประโยชน์ทางธุรกิจไว้พร้อมกับการเพิ่มมูลค่าสูงสุดจากการขาย หรือส่งเสริมให้เพิ่มขีดความสามารถในการหารายได้ การเข้ารับเอาสัญญาของลูกหนี้ที่มีมูลค่าเพื่อประโยชน์ของหนี้ทั้งปวงมากกว่าการชดเชยหนี้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้คู่สัญญาทุกฝ่ายร่วมแบ่งปันทรัพย์สินในท้ายที่สุด

แม้ว่ากฎหมายล้มละลายของบางประเทศจะยอมรับบทบัญญัติที่อนุญาตให้ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลายนี้ อาจทำให้สิ้นผลได้เมื่อเริ่มเข้าสู่กระบวนการล้มละลายก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวนี้ยังไม่กลายเป็นลักษณะสำคัญทั่วไปของกฎหมายล้มละลาย โดยยังคงมีเหตุโต้แย้งในเนื้อหาระหว่างการส่งเสริมให้มีความอยู่รอดของลูกหนี้ซึ่งอาจจำเป็นต้องรักษาสัญญาไว้ และการเพิ่มเติมมูลค่าพิเศษเข้าไปในข้อตกลงทางการค้าโดยการสร้างบทยกเว้นทั่วไปที่หลากหลาย ในขณะที่ประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นหนึ่งที่น่าจะจำเป็นต้องมีการชี้แจงนำหน้าอย่างรอบคอบระหว่างข้อดีและข้อเสียที่มี แต่สถานการณ์ที่ความสามารถของผู้แทนในคดีล้มละลายจะทำให้มั่นใจว่า หากสัญญาดำเนินต่อไปแล้วจะมีส่วนสำคัญต่อการดำเนิน

กิจการและเป็นเครื่องมือในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้ประสบความสำเร็จลงได้ หรือเลือกที่จะล้มละลายโดยการขายธุรกิจเพื่อให้ผู้ซื้อกิจการไปดำเนินการต่อ ด้วยเหตุเหล่านี้จึงเป็นเหตุให้กฎหมายล้มละลายไม่ยอมให้ข้อสัญญาดังกล่าวใช้บังคับได้ ซึ่งผลกระทบในทางลบของนโยบายของการที่ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลายดังกล่าวนี้ไม่อาจใช้ได้ สามารถทำให้เกิดความสมดุลได้โดยให้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเจ้าหนี้เหล่านั้นได้รับความเสียหายหรือได้รับความสูญเสียจากผลกระทบจากการที่ต้องยอมให้ดำเนินการตามสัญญาต่อไปภายหลังจากที่ได้เริ่มต้นกระบวนการแล้ว รวมถึงข้อยกเว้นบางประการในสัญญาบางประเภท เช่น สัญญากู้ยืมเงินและสัญญาทางการเงิน

ในกรณีที่กฎหมายล้มละลายกำหนดให้สามารถเพิกถอนข้อสัญญาว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาได้ เจ้าหนี้อาจพยายามใช้สิทธิเลือกก่อน (Pre-emptive action) เพื่อหลีกเลี่ยงผลลัพธ์ดังกล่าว โดยบอกเลิกสัญญาด้วยสาเหตุอื่นใด ก่อนที่เจ้าหนี้หรือลูกหนี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อเริ่มกระบวนการล้มละลาย (ในเหตุว่าด้วยลูกหนี้ผิดนัดมิใช่จากการเริ่มกระบวนการล้มละลาย) ผลดังกล่าว อาจเยียวยาได้โดยกำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลายมีอำนาจยื่นยันการใช้สัญญาเหล่านั้นในเงื่อนไขว่า ภาระหนี้ไม่ว่าก่อนหรือหลังเริ่มกระบวนการทางกฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างครบถ้วน

3.4.1.2 การปฏิบัติต่อสัญญาต่อไปหรือการยกเลิกสัญญา

ก. ขั้นตอนเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป หรือยกเลิกสัญญา

กฎหมายล้มละลายมีบัญญัติเรื่องการคงไว้ซึ่งสัญญาและยกเลิกสัญญา ในกฎหมายล้มละลายบางฉบับ สัญญาจะไม่ได้รับผลกระทบจากการเริ่มกระบวนการล้มละลายเนื่องจากความต้องการให้ความผูกพันตามสัญญาภายใต้หลักกฎหมายของสัญญายังคงผูกพันและใช้ต่อไปได้ เว้นแต่กรณีกฎหมายล้มละลายจะบัญญัติกฎเกณฑ์ที่แตกต่างออกไป เช่น ให้อำนาจที่ชัดเจนในกฎหมายให้สามารถเพิกถอนข้อสัญญาว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติหรือการยกเลิกสัญญา

กฎหมายอื่น ๆ เชื่อมโยงการคงไว้ซึ่งสัญญาและยกเลิกสัญญาในขั้นตอนทั่วไป สำหรับผู้แทนในคดีล้มละลายสามารถดำเนินการทางบวกบางประการในสัญญา เช่น การมีหนังสือบอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ซึ่งบางกรณีจะมีผลผูกพันกองทัพสันในคดีล้มละลาย หรือกรณีการยกเลิกสัญญาสำหรับกฎหมายซึ่งในวิธีการดังกล่าว สิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะถูกพักไว้ (Stay) เพื่อให้ผู้แทนในคดีล้มละลายมีเวลาพิจารณาว่าควรทำอย่างไรกับสัญญาต่อไป ข้อเสียประการหนึ่งในกรณีผู้แทนในคดีล้มละลายต้องดำเนินการทางบวกของสัญญาทั้งหมด คือ ในทางปฏิบัติอาจมีหลายกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายไม่สามารถตัดสินใจได้ เพราะการปฏิบัติตามสัญญาเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้นอกจากนี้ความต้องการให้กำหนดทางเลือกอย่างชัดเจนในทุกสัญญาจะมีค่าใช้จ่ายและความยากลำบากมาก ความยุ่งยากอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาที่ว่า ผู้แทนในคดีล้มละลายจะได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสัญญาทั้งหมดซึ่งลูกหนี้เป็นคู่สัญญาหรือไม่เพียงใด และควรดำเนินการในส่วนต่าง ๆ ของสัญญาเหล่านั้นอย่างไร ดังนั้นวิธีการซึ่งกฎหมายจะดำเนินการกับสัญญาที่ผู้แทนในคดีล้มละลายไม่ได้รับรู้ถึงการมีอยู่ของสัญญา จึงเป็นเรื่องสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องหลักเกณฑ์ในการผิคนัด

1. กำหนดระยะเวลา

กฎหมายล้มละลายบางฉบับ นอกจากจะกำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลายจะต้องดำเนินการกับสัญญาทางบวกแล้ว ยังกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการไว้ด้วย โดยทั่วไประยะเวลาในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะยาวนานกว่ากรณีดำเนินกระบวนการชำระบัญชี ระยะเวลาที่กำหนดไว้นั้น อาจอยู่ระหว่าง 28 ถึง 60 วัน หรือกฎหมายอื่น ๆ อาจกำหนดให้ศาลเป็นผู้กำหนดระยะเวลาดังกล่าวก็ได้ วิธีการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความแน่นอน โดยผู้แทนในคดีล้มละลายจะต้องดำเนินการภายในกำหนดเวลาสำหรับสัญญาที่มีอยู่ เมื่อเริ่มกระบวนการล้มละลาย และยังต้องทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมั่นใจว่า จะมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ภายหลังเริ่มกระบวนการทางกฎหมาย

2. กฎเกณฑ์การผิดสัญญา

สำหรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผิดสัญญานั้น มีกฎหมายจำนวนมากนำเรื่องกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการผิดสัญญามาใช้สำหรับกรณีผู้แทนในคดีล้มละลาย ไม่อาจดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด จนทำให้สัญญาถูกยกเลิกหรือไม่มีผลบังคับใช้ต่อไปด้วย การนำหลักดังกล่าวมาใช้ต้องพิจารณาความแตกต่างของกระบวนการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการและระหว่างสัญญาซึ่งผู้แทนในคดีล้มละลายรับรู้และไม่รับรู้การมีอยู่ของสัญญานั้น ๆ กรณีของกระบวนการชำระบัญชี มีเหตุผลที่เชื่อได้ว่า ในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับสัญญาได้ มีแนวโน้มที่จะตัดสินใจบอกเลิกสัญญานั้น ดังนั้น สัญญาดังกล่าวน่าจะได้รับการยกเลิกไปโดยปริยาย เว้นแต่จะมีการดำเนินการเพื่อยกเว้นซึ่งสัญญา โดยผลของการกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกระบวนการชำระบัญชีในการนำทรัพย์สินของลูกหนี้ออกมาขายเป็นชิ้น ๆ ต่อไป

อย่างไรก็ตาม หลักการเดียวกันอาจไม่เหมาะสมกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการหรือการขายธุรกิจบนหลักการว่าเพื่อให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป ซึ่งวิธีการจัดการจะต้องมีความยืดหยุ่นมากขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาในกรณีที่การตัดสินใจไม่ได้กระทำภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด จนเป็นเหตุให้ไม่ได้รับทรัพย์สินตามสัญญา ด้วยเหตุดังกล่าวจึงสมควรอนุญาตให้ผู้แทนในคดีล้มละลายสามารถตัดสินใจบอกเลิกสัญญาได้จนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการ โดยมีข้อยกเว้นว่า ค่าใช้จ่าย สำหรับปฏิบัติตามสัญญาจนถึงเวลาบอกเลิกสัญญา เป็นค่าใช้จ่ายสำหรับดำเนินการ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถบังคับใช้ตัดสินใจก่อนสิ้นระยะเวลา นั้นได้ในกรณีจำเป็นหรือต้องการ ความต้องการให้ปฏิบัติตามสัญญาบางฉบับจะต้องกำหนดโดยชัดแจ้งในแผนฟื้นฟูกิจการ โดยอาจจะกำหนดว่าในกรณีซึ่งมิได้ระบุไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ ให้ถือว่าสัญญานั้นถูกยกเลิกสัญญาโดยปริยาย เมื่อศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการ

3. สิทธิของคู่สัญญาในการร้องขอให้มีการตัดสินใจ

สำหรับสิทธิของคู่สัญญาในการร้องขอให้ผู้แทนในคดีล้มละลายตัดสินใจนั้น กฎหมายบางฉบับกำหนดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิจะร้องขอให้ผู้แทนในคดีล้มละลายตัดสินใจเกี่ยวกับสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้น หลักเกณฑ์นี้อาจใช้ได้ในกรณีกฎหมายล้มละลายกำหนดข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาการตัดสินใจของผู้แทนในคดีล้มละลายเอาไว้ ทั้งนี้ เพราะจะทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการตัดสินใจโดยไม่จำเป็นต้องให้ข้อจำกัดเกี่ยวกับเวลาสิ้นสุดลงก่อน ซึ่งถือว่ามีความสำคัญในกรณีสัญญาดังกล่าวเกี่ยวกับการให้บริการที่กำลังดำเนินอยู่ และความผิดพลาดของผู้แทนในคดีล้มละลาย ในกรณีนี้อาจทำให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นอีกด้วย เช่น ค่าเช่าทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้เช่าจะเป็นค่าใช้จ่ายที่สำคัญ หากไม่ได้บอกเลิกการเช่าโดยพลันหรืออาจนำมาสู่การบอกเลิกบริการที่จำเป็นได้ ในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายไม่ได้ตัดสินใจภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ กฎหมายล้มละลายอาจอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลเพื่อให้วินิจฉัยหรือใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการผัดผ่อนมาใช้ว่าสัญญาจะยังคงดำเนินต่อไปหรือถูกยกเลิกไป

4. การรับเอาสัญญาให้ดำเนินต่อไปของสัญญาโดยรวม

ไม่ว่ากฎหมายใดๆ ที่ถูกนำมาใช้เรื่องการรับเอาสัญญาให้ดำเนินต่อไป หรือปฏิเสธสัญญา สิทธิของผู้แทนในคดีล้มละลายควรจะถูกจำกัดต่อสัญญาโดยรวมทั้งหมด และสิทธิของคู่สัญญาจะผูกพันสัญญาทั้งหมด ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงกรณีที่ตัวผู้แทนผู้ล้มละลายจะเลือกให้สัญญาดำเนินต่อไป หรือการยอมรับเอาบางส่วนของสัญญาและปฏิเสธส่วนอื่นเสีย

5. สัญญาที่รู้ถึงผู้แทนผู้ล้มละลาย

สิทธิใดของผู้แทนผู้ล้มละลายจะจำกัดอยู่ที่สัญญาที่ผู้แทนผู้ล้มละลายทราบ หรือที่ศาลทราบ (ในกรณีที่กฎหมายล้มละลายกำหนด ให้ศาลเป็นผู้กำหนดในเรื่องสัญญา) หากไม่มี

การกำหนดเรื่องนี้ไว้ ผลกระทบจากการที่ผู้แทนผู้ล้มละลายไม่ตัดสินใจภายในเวลา กรณีที่ผู้แทนผู้ล้มละลายไม่ทราบถึงการมีอยู่ของสัญญามาก่อน อาจนำมาสู่การถูกเรียกค่าเสียหายและความรับผิดทางวิชาชีพ กรณีที่ผู้แทนผู้ล้มละลายอาจไม่ทราบถึงการมีอยู่ของสัญญาหนึ่งสัญญาใด อาจไม่เป็นการดีที่กฎหมายจะใช้กฎเกณฑ์การผิดสัญญา ซึ่งอาจนำไปสู่การต่อสัญญาหรือปฏิเสธสัญญาก่อนที่ผู้แทนผู้ล้มละลายจะมีโอกาสได้ทบทวนสัญญาก่อน ทางออกอันหนึ่งสำหรับกรณีนี้ (กรณีที่ลูกหนี้มีสิทธิ) คือ การกำหนดในกฎหมายให้ลูกหนี้แจ้งรายการสัญญาที่ยังมีอยู่และค้างคาอยู่ทั้งหมดแก่ผู้แทนผู้ล้มละลาย

ข. ระยะเวลาและการบอกกล่าวแจ้งการรับเอาสัญญาให้ดำเนินต่อไป หรือการปฏิเสธสัญญา

กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้แทนผู้ล้มละลายปฏิเสธสัญญา ควรจะต้องกำหนดระยะเวลา ซึ่งจะมีผลเป็นการปฏิเสธ ไม่ว่าจะระยะเวลาจากการตัดสินใจหรือให้มีผลย้อนหลัง แนวทางหนึ่งคือให้การปฏิเสธสัญญามีผลย้อนหลังตั้งแต่การยื่นขอ โดยผลว่าจะไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ภายหลังจากการยื่นขอ เว้นแต่กรณีที่มีการขายสินค้าหรือให้บริการ เพื่อประโยชน์ของกองทรัพย์สิน

นอกจากกฎหมายจะกำหนดให้ผู้แทนผู้ล้มละลายต้องตัดสินใจว่าจะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปหรือปฏิเสธสัญญาแล้ว ควรที่จะกำหนดให้มีการบอกกล่าวแจ้งการตัดสินใจแก่คู่สัญญา เพื่อแจ้งถึงสิทธิของคู่สัญญา รวมทั้งผลจากการตัดสินใจของผู้แทนผู้ล้มละลายต่อสัญญา และเพื่อแจ้งเพื่อให้ยื่นขอรับชำระหนี้ (ทั้งกรณีการผิดสัญญาก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย หรือเกิดจากการตัดสินใจบนสัญญา) รวมทั้งรูปแบบพิธีการอื่น ๆ

ค. การให้สัญญาดำเนินต่อไปกรณีที่ลูกหนี้ผิดสัญญา

กรณีที่ลูกหนี้ผิดสัญญาเมื่อมีการยื่นขอล้มละลาย มีประเด็นทางนโยบายว่าควรจะให้คู่สัญญาติดต่อกับลูกหนี้ผู้ล้มละลายในกรณีเหล่านี้หรือไม่ กฎหมายล้มละลายบางแห่ง

กำหนดเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติแห่งสัญญา ช่วงระยะเวลาที่เหลือว่าผู้แทนผู้ล้มละลายจะต้องแก้ไขการผิดสัญญาทั้งหมดของลูกหนี้ก่อน เพื่อให้คู่สัญญากลับคืนสู่สถานะทางเศรษฐกิจปกติ ก่อนจะมีการผิดสัญญา และให้หลักประกันการชำระหนี้ในอนาคต เช่น โดยให้พันธบัตร หรือค้ำประกัน เป็นต้น กฎหมายล้มละลายบางแห่งไม่ได้กำหนดว่าต้องแก้ไขการผิดสัญญาในอดีตก่อน แต่อาจกำหนดเงื่อนไขว่าหากต้องการให้มีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไป เช่น สัญญาซึ่งอาจแบ่งแยกได้ เช่น สัญญาให้บริการด้านสาธารณูปโภค ซึ่งจะมีการเรียกเก็บเงินทุกเดือน ปกติกฎหมายล้มละลายจะอนุญาตให้ยอมรับเอาสัญญาที่จำเป็นเหล่านี้ปฏิบัติต่อเนื่องไป เช่น โทรศัพท์ ไฟฟ้า แก๊ส ประปา และการเก็บขยะ อาจมีเหตุผลเพื่อที่ไม่จำเป็นที่ลูกหนี้ต้องแก้ไขการผิดสัญญาในอดีตก่อนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีนี้ลูกหนี้มีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้ภายหลังเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย หากมีการให้บริการอยู่ต่อไป ผู้แทนผู้ล้มละลายอาจต้องให้หลักประกันการชำระหนี้ในอนาคต และต้องยอมรับผิดเป็นส่วนตัวหากต้องผิดสัญญาในอนาคต

3.4.1.3 ผลของการคงไว้ซึ่งสัญญาหรือยกเลิกสัญญา

ก) การคงไว้ซึ่งสัญญา

กฎหมายล้มละลายต้องการให้ผู้แทนในคดีล้มละลายดำเนินการในทางบวก โดยถือว่าสัญญาต่าง ๆ ที่ผู้แทนในคดีล้มละลายเลือกปฏิบัติต่อไปเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังเริ่มกระบวนการล้มละลาย ซึ่งกองทรัพย์สินและคู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องปฏิบัติตาม การเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญาเหล่านี้จะมีค่าใช้จ่ายสำหรับดำเนินการตามกฎหมายล้มละลายจำนวนมาก และจะได้รับชำระหนี้คืนในลำดับก่อนนั้น จะก่อให้เกิดความเสี่ยงขึ้นกับเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ที่ได้รับชำระหนี้หลังเจ้าหนี้ที่มีสิทธิลำดับก่อน การคงไว้ซึ่งสัญญาจึงควรให้คงไว้เฉพาะสัญญาซึ่งเป็นประโยชน์ หรือจำเป็นต่อการดำเนินกิจการของลูกหนี้ต่อไป หลังจากเริ่มกระบวนการล้มละลายเท่านั้น บางเขตอำนาจศาลซึ่งนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายสัญญามาใช้ และไม่ให้อำนาจผู้แทนในคดีล้มละลายตัดสินใจว่าจะคงไว้ซึ่งสัญญาหรือเลิกสัญญา กฎหมายของประเทศนั้นจะกำหนดว่า

การเรียกร้องในลักษณะนี้จะไม่ก่อสิทธิได้รับชำระหนี้คืนลำดับก่อน และถูกจัดให้ได้รับชำระหนี้ในลำดับเดียวกันกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันอื่น ๆ

การคงไว้ซึ่งสัญญากับคู่สัญญาในกระบวนการล้มละลายนั้น จะเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น อาจไม่ได้รับชำระหนี้ กฎหมายล้มละลายควรจะพิจารณาว่า จะมีมาตรการใดคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายนั้นหรือไม่ และมีหลายปัจจัยซึ่งจะต้องนำมาวิเคราะห์ด้วย อันได้แก่ ความสำคัญของสัญญาต่อกระบวนการทางกฎหมาย, ค่าใช้จ่ายสำหรับดำเนินกระบวนการทางกฎหมายเพื่อจัดหาความคุ้มครองที่จำเป็น, การที่ลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินจะสามารถปฏิบัติตามภาระหนี้ของสัญญาซึ่งคงไว้ได้หรือไม่ และผลกระทบในเชิงพาณิชย์สำหรับการบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องแบกรับความเสี่ยงของการอาจไม่ได้รับชำระหนี้ คือ ตัวอย่างเช่น หากสัญญาซื้อขายกำหนดให้ผู้ขายต้องให้เครดิตทางการค้าแก่ลูกหนี้เป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก่อนจะชำระเงิน หรือให้ชำระเงินเมื่อส่งมอบสินค้า ผู้ขายอาจได้รับความเสียหายได้ ถ้าในเวลาชำระหนี้หรือส่งมอบสินค้า ผู้แทนในคดีล้มละลายไม่สามารถชำระหนี้ได้ ในประเด็นนี้กฎหมายบางฉบับได้กำหนดว่า ให้ผู้แทนในคดีล้มละลายรับประกันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า จะชำระเงินหรือปฏิบัติตามข้อผูกพันกับคู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น การให้ธนาคารออกหนังสือค้ำประกันหรือเลตเตอร์ออฟเครดิต ในกฎหมายอื่น ๆ ผู้แทนในคดีล้มละลายอาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว สำหรับการปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญาที่คงไว้ ซึ่งอาจนำไปสู่การยกเลิกสัญญาได้ หากมีความเสี่ยงที่จะไม่อาจปฏิบัติตามข้อผูกพันในสัญญาได้ และจะมีผลกระทบต่อการฟื้นฟูกิจการในทางลบ ความรับผิดชอบบุคคลตามสัญญาบางประเภทจะมีภาระสูง เช่น สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น อีกประการหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยอมรับความเสี่ยงที่อาจจะไม่ได้รับชำระหนี้คืน หากความเสี่ยงนั้นมีพื้นฐานจากการดำเนินการในเชิงพาณิชย์ปกติ การให้สิทธิได้รับชำระหนี้คืนลำดับก่อนเหนือค่าดำเนินการสำหรับการเรียกร้องการชำระเงินที่เกี่ยวกับการปฏิบัติที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการตามสัญญาซึ่งได้คงไว้ จะเป็นอีกมาตรการหนึ่ง สำหรับคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ข) การยกเลิกสัญญา

กรณียกเลิกสัญญา โดยทั่วไปคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาตามส่วนที่ยังคงเหลืออยู่ ประเด็นหลักที่จะต้องนำมาตัดสินใจ คือ การเยียวยาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งกฎหมายจำนวนมากจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสิทธิได้รับการเยียวยาเป็นค่าเสียหายเท่านั้น เหตุผลหนึ่งของวิธีการดังกล่าวคือการอนุญาตให้เยียวยาความเสียหายในรูปแบบอื่นได้ เช่น การส่งมอบสินค้าที่ผลิตแล้วแต่ยังมีได้ส่งมอบก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลายถือว่าเป็นการชำระเงินที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้องเต็มจำนวน ซึ่งเจ้าหนี้ไม่มีประกันรายอื่นไม่มีสิทธิเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่า มีการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อย่างไม่เท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามกฎหมายบางฉบับอนุญาตให้เยียวยาความเสียหายกับสินค้าที่ได้ส่งมอบได้ในขณะที่กฎหมายอื่น ๆ อนุญาตให้ปฏิบัติตามสัญญา กรณีที่เป็นสัญญาซื้อขายที่ดินเท่านั้น กรณีการเยียวยาเป็นค่าเสียหายนั้น การคำนวณค่าเสียหายที่ไม่มีประกันอันเป็นผลจากการเลิกสัญญา อาจกำหนดได้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งมีใช้กฎหมายล้มละลาย และคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบอกเลิกสัญญาก็จะกลายเป็นเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องเท่ากับจำนวนเงินที่พิสูจน์ได้เท่านั้น นอกเหนือจากค่าเสียหายอันเกิดจากการยกเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีสิทธิเรียกร้องสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาในช่วงก่อนยกเลิกสัญญาได้อีกด้วย

ค) การแก้ไขสัญญาที่ยังคงไว้

ประเด็นนี้จะพิจารณาเฉพาะสัญญาที่ยังคงไว้สถานการณ์ ซึ่งผู้แทนในคดีล้มละลายอาจจะยกขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลง และเงื่อนไขในสัญญานั้น ข้อตกลงและเงื่อนไขทั้งหมดจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้ว ผู้แทนในคดีล้มละลายจะไม่มีสิทธิมากกว่าลูกหนี้ในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาที่มีอยู่ ปกติแล้วเป็นสิทธิที่ลูกหนี้มีอยู่แล้วในสัญญา ผู้แทนในคดีล้มละลายจะต้องเจรจาการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมแล้วจะเป็นการละเมิดสัญญา และส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอให้มีการเยียวยาได้

3.4.1.4 สัญญาเช่าที่ดินและทรัพย์สิน

กฎหมายล้มละลายบางประเทศมีการกำหนดเรื่องการเช่าที่ดินและทรัพย์สินที่ยังไม่สิ้นระยะเวลาการเช่า ซึ่งแตกต่างจากการเช่าที่พักอาศัย และการเช่าเพื่อการประกอบกิจการค้า สัญญาเช่า เพื่อประกอบกิจการค้า ปกติแล้วจำเป็นต้องการฟื้นฟูกิจการ เช่น กรณีสัญญาที่มีอัตราค่าเช่าต่ำกว่าราคาตลาดนั้น หมายถึงว่าควรขายทรัพย์สินแล้วนำเงินเข้ากองทรัพย์สินดีกว่า การหลีกเลี่ยงสัญญาเช่าที่ทำเลที่ตั้งไม่เกิดประโยชน์ทางการค้า อาจเป็นข้อได้เปรียบกรณีที่ถูกหนี้ ต้องการลดขนาดธุรกิจเพื่อความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายบางแห่งสัญญาเช่าที่ถูกหนี้เป็นผู้เช่าอาจถูกปฏิเสธโดยไม่ต้องรอให้ครบกำหนดเวลา โดยกำหนดให้ต้องมีการแจ้งตามระยะเวลาตามกฎหมายหรือตามสัญญา การปฏิเสธสัญญาเช่าดังกล่าวอาจถูกผู้ให้เช่าเรียกค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดได้ เมื่อลูกหนี้เป็นผู้เช่าและสัญญาคงดำเนินต่อไป อาจจำเป็นต้องมีเงื่อนไขบางประการแก่กองทรัพย์สิน เช่น ผู้แทนผู้ล้มละลายต้องแก้ไขข้อผิดพลาด จ่ายค่าชดเชย และให้หลักประกันการชำระหนี้ในอนาคตตามสัญญา โดยอาจมีการกำหนดเพดานความเสียหายของผู้ให้เช่า (ซึ่งอาจเป็นจำนวนเงินหรือระยะเวลาที่ต้องจ่ายค่าเสียหาย) เพื่อว่าสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเช่าระยะยาวจะไม่ท่วมสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อื่นๆ และผู้ให้เช่าอาจบรรเทาความเสียหายได้จากการนำทรัพย์สินออกให้เช่าแก่ผู้อื่น

3.4.1.5 การโอนสิทธิ

ความสามารถที่จะเลือกโอนสิทธิ ไม่ว่าจะมิใช่สัญญากำหนดว่าการล้มละลายเป็นเหตุให้เลิกสัญญา หรือข้อจำกัดเรื่องการโอน มีกำหนดในสัญญาอาจมีผลประโยชน์อย่างสำคัญต่อกองทรัพย์สิน ซึ่งจะมีประโยชน์ในการแบ่งทรัพย์สินในกรณีล้มละลาย หรือในฐานะส่วนหนึ่งของกิจการฟื้นฟูกิจการ อาจมีกรณีเช่น มูลค่าแห่งสัญญาต่ำกว่าการตลาด และการปฏิเสธสัญญาจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา แต่หากสามารถโอนสิทธิได้แล้วกองทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายจะเป็นผู้ได้ประโยชน์ไม่ใช่ฝ่ายคู่สัญญาในส่วนต่างของราคาตลาดและราคาของสัญญา

การจะให้มีการโอนสิทธิที่ขัดกับข้อกำหนดในสัญญาอาจทำให้คู่สัญญาเสียประโยชน์ และเกิดปัญหาเรื่องการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสเลือกผู้รับโอน และอาจเป็นการไม่ดีหากสัญญาโอนไปยังผู้รับโอนที่คู่สัญญาไม่รู้จัก หรือคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะทำธุรกิจด้วย จึงมีแนวทางที่ต่างกันในเรื่องการโอนสิทธิโดยกฎหมายล้มละลายบางแห่งกำหนดให้ข้อสัญญาห้ามการโอนเป็นโมฆะโดยการเข้าสู่กระบวนการ ส่วนบางแห่งก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญญาทั่วไป คือ หากสัญญากำหนดข้อสัญญาห้ามโอน ดังนั้น การโอนไม่ได้เว้นแต่คู่สัญญาหรือทุกฝ่ายยินยอม บางกฎหมายกำหนดว่าหากคู่สัญญาไม่ยินยอมต่อการโอนศาลอาจเป็นผู้ให้ความยินยอมภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น คู่สัญญาไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร หากคู่สัญญาไม่เสียเปรียบมากจนเกินไปแล้ว หรือหากผู้แทนผู้ล้มละลายสามารถแสดงต่อคู่สัญญาได้ว่าผู้รับโอนสามารถปฏิบัติตามสัญญาได้แล้ว ผู้แทนผู้ล้มละลายจึงสามารถโอนสิทธิได้ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน

เมื่อกฎหมายล้มละลายอนุญาตให้มีการโอนสิทธิตามสัญญาได้แล้ว ก็ควรที่จะกำหนดให้ลูกหนี้แก้ไขความผิดพลาดก่อนที่จะมีการโอนสัญญา อันจะเป็นการช่วยให้คู่สัญญามั่นใจว่าการโอนจะไม่มีปัญหา

สัญญาบางประเภทไม่อาจโอนได้ เพราะเป็นการให้บริการเฉพาะบุคคล หรือเพราะกฎหมายห้าม เช่น บางประเทศห้ามการโอนสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของรัฐบาล

3.4.1.6 ข้อยกเว้นทั่วไป เรื่องอำนาจในการรับเอาสัญญาเพื่อปฏิบัติต่อไป หรือการปฏิเสธสัญญาหรือการโอนสิทธิในสัญญา

ข้อยกเว้นอำนาจของผู้แทนผู้ล้มละลายต่อการปฏิบัติต่อสัญญาโดยทั่วไปมี 2 ประการ คือ ประการแรก กรณีที่ผู้แทนผู้ล้มละลายมีอำนาจยกเลิกข้อกำหนดที่ให้สัญญาเลิกโดยอัตโนมัติ เพราะเหตุล้มละลายของลูกหนี้ (automatic termination provisions) ข้อยกเว้นโดยเฉพาะที่จำเป็นสำหรับสัญญา ได้แก่ สัญญาทางการเงินระยะสั้น เช่น สวอป (swap) และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (futures contracts) สัญญาอื่นๆ ในหมวดนี้รวมถึงสัญญาประกันภัย สัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น อีกประการหนึ่งคือ ข้อจำกัดอำนาจในเรื่องการปฏิเสธสัญญาอาจมีในกรณีสัญญาจ้าง

แรงงาน และสัญญาที่ลูกหนี้เป็นผู้ให้เช่า หรือให้สิทธิแฟรนไชส์ หรือให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และการบอกเลิกสัญญา อาจมีผลทำให้ธุรกิจของคู่สัญญาต้องหยุดชะงักหรือเสียหายและโดยเฉพาะลูกหนี้เองก็ไม่ได้ประโยชน์อะไรมากนัก ข้อจำกัดนั้นอาจนำมาใช้ในกรณีสัญญากับรัฐบาล เช่น สัญญาให้สิทธิและสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

3.4.2 การใช้ทรัพย์สิน

กฎหมายล้มละลายบางฉบับชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการใช้หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ในคดีล้มละลายในการดำเนินการค้าปกติ* ของลูกหนี้ กับการใช้สอยหรือการจำหน่ายทรัพย์สินในลักษณะอื่นใด นอกเหนือจากการดำเนินการค้าปกติในประเด็นนี้ ใครควรจะเป็นผู้ตัดสินเรื่องการใช้สอย การจำหน่ายหรือคุ้มครองเท่าที่จำเป็นในกรณีที่ผู้แทนในคดีล้มละลายดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปไม่ว่าระหว่างกระบวนการฟื้นฟูกิจการ หรือเพื่อเอื้อให้ขายธุรกิจ ในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป การตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้และการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในการดำเนินการค้าปกตินั้น สามารถดำเนินการได้โดยผู้แทนในคดีล้มละลาย** โดยไม่ต้องมีหนังสือแจ้งไปยังเจ้าหนี้หรือขออนุญาตศาลแต่อย่างใด ซึ่งการใช้สอยและการจำหน่ายนอกการดำเนินการค้าปกติ จะต้องขอความเห็นชอบจากบรรดาเจ้าหนี้หรือขออนุญาตศาล กฎหมายบางฉบับขยายขอบเขตของสิทธิแห่งการใช้และการจำหน่ายทรัพย์สินไว้ให้แก่ลูกหนี้ทั้งนี้ภายใต้การควบคุมหรือการดูแลของผู้แทนในคดีล้มละลาย หรือให้แก่ลูกหนี้ที่ยังมี

* แนวความคิดนี้ได้รับการอธิบายเพิ่มเติมในเรื่องกระบวนการยกเลิกเพิกถอนรัฐต่างๆ ให้คำจำกัดความคำว่า “การดำเนินการค้าปกติ” ด้วยการเน้นในลักษณะที่แตกต่างจากปัจจัยที่ต่างกัน ซึ่งในเขตอำนาจศาลส่วนใหญ่วัตถุประสงค์สามัญทั่วไปของค่านิยามนี้ก็คือ กำหนดว่าอะไรที่เป็นตัวประกอบขึ้นเป็นการประกอบธุรกิจ และทำให้ธุรกิจนั้นชำระเงินและเข้าทำสัญญาตามปกติ โดยธุรกรรมเหล่านี้ มิได้อยู่ในข่ายที่จะถูกยกเลิกเพิกถอนในคดีล้มละลาย ซึ่งการชำระเงินตามปกติ จะรวมถึงการชำระค่าเช่า ค่าสาธารณูปโภค และอาจรวมถึงการชำระสินค้าด้วย

** การที่ผู้แทนในคดีล้มละลายใช้สิทธิเหล่านี้ย่อมขึ้นอยู่กับหน้าที่ในตำแหน่งตามกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศ และอาจถูกจำกัดสิทธิได้เช่นกรณีที่บทบาทของผู้แทนในคดีล้มละลายเป็นทรัสต์หรือผู้ควบคุมดูแลและยังขึ้นอยู่กับหน้าที่ในเชิงสัมพันธ์ไว้แก่ตัวลูกหนี้ และผู้แทนในคดีล้มละลายภายหลังเริ่มกระบวนการล้มละลาย โดยเฉพาะในเรื่องการฟื้นฟูกิจการ

อำนาจในกรณีที่ทรัพย์สินต่าง ๆ อยู่ในข่ายแห่งหลักประกันหรือผลประโยชน์อื่นใด (เช่นการเช่า) สิทธิของผู้ทรงสิทธิเช่นว่านี้ จำเป็นจะต้องได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน

การบัญญัติถึงความแตกต่างระหว่างการใช้ หรือการจำหน่ายจ่ายโอนที่ได้เกิดขึ้น ในหรือนอกการดำเนินการค้ำปกติไว้ในกฎหมายล้มละลาย จะอำนวยความสะดวกต่อการ ประกอบธุรกิจประจำวัน ทั้งในกรณีฟื้นฟูกิจการและในกรณีชำระบัญชี ซึ่งจะต้องขายธุรกิจใน ลักษณะที่ธุรกิจจะต้องดำเนินต่อไป อันจะไม่ก่อให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในการขออนุญาตจาก ศาลเพื่อดำเนินธุรกิจประจำวัน อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดว่าด้วยการขอความเห็นชอบในกรณีที่มีการใช้สอยหรือ การจำหน่ายทรัพย์สินในลักษณะที่ไม่เป็นการปฏิบัติประจำวัน จะสามารถป้องกัน มิให้ใช้อำนาจไปในทางไม่ชอบในการจำหน่ายทรัพย์สินให้แก่ผู้มีส่วนได้เสีย ดังนั้น กฎหมาย ล้มละลายจำเป็นจะต้องบัญญัติแนวทางที่ชัดเจนว่าจะอะไรเป็นการประกอบธุรกิจในทางการค้ำปกติ เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดข้อพิพาท และเพื่อให้มั่นใจได้ว่า กระบวนการต่างๆ นั้น จะดำเนินไป ด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ สำหรับการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินต่าง ๆ นอกจากการ ดำเนินการค้ำปกติจะมีประเด็นต่าง ๆ ที่ซับซ้อนหลายประเด็น ซึ่งรวมถึงวิธีการขายเพื่อให้ได้มาซึ่ง มูลค่าสูงสุดสำหรับกองทรัพย์สิน การขายทรัพย์สินที่มีภาระผูกพันในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่อง กับความสมบูรณ์หรือจำนวนเงินของสิทธิเรียกร้องที่มีประกัน หรือในกรณีที่มูลค่าของกองทรัพย์สิน นั้นจะเพิ่มขึ้น เนื่องมาจากการขายดังกล่าว การมีหนังสือแจ้งผู้มีส่วนได้เสียและโอกาสที่จะให้ผู้ซื้อ หรือผู้สนใจทำคำเสนอราคาที่สูงกว่าและดีกว่าการขายทอดตลาด การขายทรัพย์สินในกรณีที่ ทรัพย์สินนั้นสามารถเนาเสียง่าย และอำนาจที่จะทิ้งเสียซึ่งทรัพย์สินที่ไม่มีค่าต่อกองทรัพย์สิน

กฎหมายล้มละลายบางฉบับแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างทรัพย์สินต่าง ชนิดกันในประเด็นว่า ทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านั้นจะใช้สอยได้อย่างไร ตลอดจนถึงเงื่อนไขในการใช้ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติพิเศษอาจนำมาใช้กับทรัพย์สินที่เนาเสียง่าย หรือทรัพย์สินอื่นที่มีมูลค่าอาจ ลดลง ถ้าหากไม่สามารถจำหน่ายออกไปได้โดยเร็ว หรือนำมาใช้กับเงินสด หรือทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ และบุคคลอื่นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน หรือถือครองโดยลูกหนี้แต่อยู่ภายใต้สิทธิในหลักประกัน กฎหมายล้มละลายอาจจะบัญญัติว่า ทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้นนั้น สามารถขายนอกการดำเนินการ ค้ำปกติได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหนี้ หรือขออนุญาตศาลเป็นการล่วงหน้า ความกังวลในเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้แทนในคดีล้มละลายเกี่ยวกับการใช้สอย และการ

จำหน่ายหรือการยกยอกกฎหมายล้มละลายอาจจะบัญญัติกฎเกณฑ์แห่งการว่าจ้าง หลักเกณฑ์ในการแต่งตั้ง รวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยการวางประกัน และโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อจัดการกับความรับผิดชอบของผู้แทนในคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายหลายฉบับใช้แนวคิดเรื่อง “การดำเนินการค้าปกติ” ในการกำหนดหลักเกณฑ์ความแตกต่างการใช้อำนาจของผู้แทนในคดีล้มละลายเกี่ยวกับการใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สิน ในระหว่างการดำเนินกระบวนการล้มละลาย(รวมถึงกระบวนการฟื้นฟูกิจการ) ในการดำเนินการค้าปกติกับสถานการณ์อื่น ๆ ทั้งในประเด็นเรื่องบุคคลที่อาจใช้อำนาจดังกล่าว และการคุ้มครองที่จำเป็น

รัฐต่าง ๆ กำหนดคำจำกัดความของคำว่า “การดำเนินการค้าปกติ” โดยเน้นองค์ประกอบต่าง ๆ กันไป อย่างไรก็ตาม ในเขตอำนาจศาลส่วนใหญ่ วัตถุประสงค์ทั่วไปของการให้คำจำกัดความ คือ การกำหนดว่าสิ่งใดคือองค์ประกอบของกิจประจำในการดำเนินธุรกิจ (Routine conduct of business) และยอมให้ชำระหนี้เป็นประจำ และทำสัญญาที่มีลักษณะเป็นกิจประจำได้ (Routine contract) โดยไม่ให้ธุรกรรมดังกล่าวถูกยกเลิกเพิกถอนในคดีล้มละลาย

การให้คำจำกัดความ “การดำเนินการค้าปกติ” ของลูกหนี้บางราย กฎหมายบางฉบับเน้นที่การกระทำที่ผ่านมาของลูกหนี้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเน้นที่องค์ประกอบความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย เช่น วิธีการ จำนวน ความสม่ำเสมอของการใช้สอยหรือจำหน่ายสินค้า และการชำระเงิน ในกรณีดังกล่าว สิ่งที่แตกต่างกันไปจากที่กำหนดในสัญญา ธรรมเนียม หรือสิ่งที่อาจถือว่าการปฏิบัติประจำระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย วิธีการที่ไม่ปกติจะถือว่าการกระทำนอกการดำเนินการค้าปกติ อีกวิธีการหนึ่ง จะเน้นที่เจตนาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย รวมถึงวิธีการใช้มาตรฐานตามแนวปฏิบัติในวงการอุตสาหกรรมทั่วไป หรือวงการค้าทั่วไป เรื่องเงื่อนไขของธุรกรรม และสถานการณ์แวดล้อมในการกระทำธุรกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความ “การดำเนินการค้าปกติ” จำเป็นต้องมีความยืดหยุ่น เพื่อที่จะได้ไม่เป็นการจำกัดพัฒนาการทางการค้าใหม่ ๆ ด้วยการกำหนดความชัดเจนที่มากเกินไป

สำหรับการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ นั้นจะคล้ายคลึงกันกับกรณีทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ซึ่งทรัพย์สินของบุคคลภายนอกดังกล่าวจะ

จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจต่อไปของลูกหนี้ โดยเฉพาะในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่จะสำคัญน้อยกว่านั้น ในกรณีที่มีการชำระบัญชีในขณะที่ธุรกิจนั้นจะต้องขายในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป ในกรณีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการล้มละลายถ้าหากว่า กฎหมายล้มละลายนำเอากลไกที่จะเอื้อให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเหล่านั้นได้รับการใช้สอยต่อไป ซึ่งในส่วนนี้ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้รวบรวมกลไกในการจัดการให้ผู้แทนในคดีล้มละลายมีอำนาจในการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเพื่อประกอบธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปได้ ซึ่งกฎหมายล้มละลายบางฉบับจัดการกับประเด็นนี้ด้วยการบัญญัติให้ทรัพย์สินลักษณะดังกล่าวรวมเข้ามาไว้เป็นส่วนของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายดังที่กล่าวมาแล้วในข้อ 3.2 ดังนั้น ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจึงมีไว้เพื่อการใช้สอยโดยผู้แทนในคดีล้มละลายได้ และเป็นที่สังเกตว่า เพื่อวัตถุประสงค์ของแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL นี้ ผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนั้นได้รับการพิจารณาว่าเป็นกองทรัพย์สินด้วย ในกรณีที่การครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ภายใต้ข้อตกลงทางสัญญา กฎหมายล้มละลายฉบับอื่น ๆ จัดการกับปัญหาซึ่งว่าด้วยการใช้สอยในแง่ของการปฏิบัติต่อสัญญาว่าจะเป็นไปได้ในลักษณะใด ซึ่งรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขว่าด้วยการบอกเลิกสัญญา ซึ่งหลังบอกเลิกสัญญาแล้ว ลูกหนี้ยังคงถือครองทรัพย์สินหรือขาดขวางมิให้เจ้าของเรียกคืนทรัพย์สินของตนในกรณีล้มละลายเป็นระยะเวลาหนึ่งภายหลังจากเริ่มกระบวนการล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ โดยอาศัยการพักการดำเนินคดี อย่างน้อยที่สุดโดยไม่มีคำอนุญาตจากศาลหรือผู้แทนในคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายจะต้องจัดการกับคำถามว่าด้วยการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก และมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้แทนในคดีล้มละลายมีอำนาจที่จะใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นหรือไม่ โดยส่วนใหญ่แล้ววิธีใช้ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายล้มละลายรวมเอาทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเข้าไว้ในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายหรือไม่ ถ้าหากไม่ เจ้าของทรัพย์สินจะสามารถติดตามเอาคืนทรัพย์สินของตนได้อย่างเสรี ในกรณีที่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สิน กฎหมายล้มละลายต่าง ๆ ใช้วิธีต่างกัน ในบางกรณีวิธีดังกล่าวอาจขึ้นอยู่กับการใช้บทบัญญัติอื่นของกฎหมายล้มละลาย เช่น การใช้วิธีการพักการดำเนินคดี โดยในขณะที่มีการพักการดำเนินคดีมีเพียงผู้แทนในคดีล้มละลายเท่านั้นที่สามารถใช้ทรัพย์สินต่าง ๆ เหล่านี้ได้ และกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือไปจากกฎหมายล้มละลาย สำหรับประเด็นที่ว่าทรัพย์สิน

ของบุคคลภายนอกนั้นสามารถโอนสิทธิตามสัญญาต่อไปได้หรือไม่ จะขึ้นอยู่กับการขายที่จะเสนอให้เป็นทรัพย์สินที่ประกอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของการขายธุรกิจบนหลักที่ว่าเพื่อให้ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป ตัวอย่างเช่น กฎหมายล้มละลายบางประเทศ บัญญัติไว้ว่าเฉพาะผู้แทนในคดีล้มละลายเท่านั้นที่สามารถใช้สอย และจำหน่ายสิทธิตามสัญญาของทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของต่อไปได้ ทั้งในกระบวนการชำระบัญชี (ล้มละลาย) และในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ในขณะที่กฎหมายอื่น ๆ ซึ่งให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ โดยผู้แทนในคดีล้มละลายสามารถใช้สอยทรัพย์สินได้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ แต่สำหรับการชำระบัญชีแล้ว ความสามารถเรื่องนี้จะถูกจำกัดโดยระยะเวลา เมื่อสิ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิจะใช้สิทธิของตนได้ แต่ไม่ว่าวิธีใดจะนำมาใช้ก็ตาม กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดให้บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิได้รับข้อเสนอถึงการใช้และโอนสิทธิใด ๆ และมีโอกาสคัดค้าน ในกรณีที่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครอง ส่วนได้เสียอย่างสมควร หรือทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องต่อกระบวนการล้มละลาย หรือฟื้นฟูกิจการอีกต่อไป ผู้แทนในคดีล้มละลาย อาจจะได้รับอนุญาตให้ปลดทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าของทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีหนังสือแจ้งก็ได้

สำหรับการแจ้งเงื่อนไขการใช้ต่าง ๆ ให้บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินทราบนั้น กฎหมายล้มละลายควรจะกำหนดเงื่อนไข และวิธีการแจ้งไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายด้วยเช่นกัน

สำหรับเนื้อหาของบัญญัติทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวตามแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL คำแนะนำที่ 52 กำหนดว่า กฎหมายล้มละลายควรอนุญาต

ก) การใช้สอยทรัพย์สินของกองทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินที่มีภาระผูกพัน ในการดำเนินการค้าปกติ และ

ข) การใช้สอยทรัพย์สินของกองทรัพย์สิน นอกจากการดำเนินการค้าปกติ

สำหรับการใช้ทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนั้น ตามคำแนะนำที่ 54 กำหนดไว้ว่า กฎหมายล้มละลาย ควรระบุว่าผู้แทนในคดีล้มละลายอาจใช้สอยทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของและอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ได้หากปฏิบัติตามเงื่อนไขเฉพาะบางอย่าง รวมถึง

ก) ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกสำหรับการลดค่าลงไปของมูลค่าทรัพย์สินและ

ข) ค่าใช้จ่ายตามสัญญาว่าด้วยการชำระหนี้อย่างต่อเนื่องตามสัญญาและการใช้ทรัพย์สินนั้น จะได้รับชำระหนี้ในลักษณะเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการดำเนินการ

3.5 การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในกรณีที่ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกได้ถูกจัดเข้ามาอยู่ในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และอยู่ในระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายล้มละลายต้องมีมาตรการเพื่อปกป้องประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินเหล่านี้ นอกเหนือไปจากการจำกัดระยะเวลาของการพักการดำเนินคดีแล้ว อาจรวมถึงมาตรการที่ยอมให้มีการยกเลิกการดำเนินคดี และนำมาตราการต่าง ๆ มาใช้เพื่อที่จะประกันว่ามูลค่าของทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นได้รับการคุ้มครองจากการลดค่าลงไปอันเป็นผลมาจากการดำเนินกระบวนการล้มละลายในกรณีที่มูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอกลดลงจากการใช้ทรัพย์สิน หรือจากการใช้มาตรการการพักการดำเนินคดี กฎหมายล้มละลายจึงควรกำหนดแนวทางที่สอดคล้องกันกับความเหมาะสมของมาตรการที่นำมาใช้กับทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เช่น กรณีที่ใช้วิธีการดำเนินคดีเป็นระยะเวลาเพียงช่วงสั้น อาจไม่มีความจำเป็นที่จะให้กฎหมายกำหนดวิธีคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ในกรณีที่มีการพักการดำเนินคดีเป็นระยะเวลานาน การยกเลิกการพักดำเนินคดีอาจให้ประสิทธิภาพในเชิงเสียเปรียบมากกว่าการให้ความคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สิน ซึ่งมีข้อจำกัดอยู่ว่า ทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต่อกระบวนการล้มละลาย การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียโดยทั่วไปของบุคคลภายนอกในการใช้สอยทรัพย์สินดังกล่าวในกระบวนการล้มละลาย อาจเป็นการจ่ายค่าตอบแทนการใช้สอยทรัพย์สินนั้น トラบเท่าที่รายได้จากการใช้ทรัพย์สินนั้นเอื้ออำนวยให้กระทำดังกล่าว ซึ่งความเหมาะสมของแนวทางต่าง ๆ ที่ให้ความคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น จำต้องชั่งน้ำหนักเพื่อเปรียบเทียบกับค่าใช้จ่าย และความยุ่งยากของมาตรการต่าง ๆ รวมถึงการประเมินราคา และ

ความจำเป็นในการตัดสินใจ ในเชิงพาณิชย์ในการคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินของบุคคลภายนอก อีกด้วย

3.5.1 การบรรเทาจากการพักการดำเนินคดี

กระบวนการล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการอาจมีกรณีที่เหมาะสมที่จะให้บุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกใช้สอยในกระบวนการล้มละลายของลูกหนี้ ได้รับการเยียวยาจากการพักการดำเนินคดี เช่นบุคคลภายนอกอาจได้รับอนุญาตให้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอยกเลิกการพักการดำเนินคดี หรือต่อผู้แทนในคดีล้มละลาย (โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล) และอาจได้รับการอนุญาตให้ปลดปล่อยทรัพย์สินได้ กรณีดังกล่าวได้แก่

1. กรณีที่เจ้าของทรัพย์สินไม่ได้รับความคุ้มครองจากการลดลงไปซึ่งมูลค่าของทรัพย์สิน
2. กรณีที่บทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มครองอาจไม่เหมาะสม หรือเป็นภาระเกินควรแก่กองทรัพย์สิน
3. กรณีที่ทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลภายนอกนั้นไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ หรือไม่จำเป็นต่อการขายธุรกิจในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป
4. กรณีที่การบรรเทานั้นมีความจำเป็นเพื่อที่คุ้มครอง หรือรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินนั้น
5. กรณีแผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้รับความเห็นชอบภายในกำหนดเวลาที่ใช้อยู่บังคับในกรณีการฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้วิธีการบรรเทาจากการพักการดำเนินคดี กฎหมายล้มละลายอาจกำหนดให้ทรัพย์สินนั้นส่งคืนไปยังบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ทรัพย์สินดังกล่าวจะไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์มีความอิสระในการบังคับใช้สิทธิของตน กฎหมายล้มละลายบางประเทศนั้น ให้ผู้แทนในคดีล้มละลายต้องวินิจฉัยว่า ทรัพย์สินนั้น ๆ ควรจะส่งคืนให้แก่บุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์

หรือไม่ หรือควรส่งมอบสิทธิในการรับทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอกแทน เนื่องจากความแตกต่างระหว่างทางเลือกต่าง ๆ เหล่านี้ จะเกี่ยวพันกับค่าใช้จ่ายของกองทรัพย์สิน เช่น กรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นอุปกรณ์ หรือเครื่องจักรขนาดใหญ่ การส่งคืนให้แก่บุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์ จะมีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการขนส่ง ขณะที่การส่งมอบสิทธิ (Relinquishment) นั้น ทำให้ค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนตกแก่เจ้าของทรัพย์สิน

3.5.2 การคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สิน

กฎหมายล้มละลายบางประเทศใช้บทบัญญัติขึ้นโดยเฉพาะเพื่อที่จะจัดการกับผลกระทบในเชิงลบของการพักการดำเนินคดีที่มีต่อทรัพย์สินของบุคคลภายนอก โดยรักษาไว้ซึ่งมูลค่าทางเศรษฐศาสตร์ของทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในระหว่างช่วงเวลาที่มีการพักการดำเนินคดี ในบางอำนาจศาลเรียกว่า “การคุ้มครองที่เพียงพอ-adequate protection” ในกรณีที่กองทรัพย์สินสามารถที่จะคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลภายนอกแล้ว มีหลายวิธีการที่จะจัดการเรื่องดังกล่าว

ก) การคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

ในระหว่างที่มีการพักการดำเนินคดีนั้นมีความเป็นไปได้ที่มูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอก จะมีมูลค่าลดลง เนื่องจากการเสื่อมราคาของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นผลเสียแก่บุคคลภายนอก ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน กฎหมายล้มละลายบางประเทศบัญญัติว่าผู้แทนในคดีล้มละลายควรที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินมิให้ต้องเผชิญกับปัญหาการลดมูลค่าทรัพย์สิน ด้วยวิธีการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติม หรือทรัพย์สินทดแทน (Substitute assets) หรือทำการชำระเงินเป็นระยะๆ ตรงกับจำนวนเงินของมูลค่าทรัพย์สินที่ลดลง หรือชำระเงินตามค่าตอบแทนที่กำหนดในสัญญาที่ผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น

ข) การคุ้มครองมูลค่าของส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

วิธีที่สองสำหรับการคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก คือ การคุ้มครองมูลค่าของส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอกทันทีที่เริ่มดำเนินการระบวนการ ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจะได้รับการประเมินราคา ซึ่งบนฐานแห่งราคาประเมินนั้น จำนวนเงินของส่วนได้เสียจะถูกกำหนดว่าเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งจะกำหนดแน่นอนตลอดระยะเวลาตามกระบวนการทางกฎหมาย เมื่อจัดสรรเงินจากการชำระบัญชีแล้ว บุคคลภายนอกจะมีสิทธิเรียกร้องในลำดับที่หนึ่งในจำนวนเงินดังกล่าว ซึ่งระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการกฎหมาย บุคคลภายนอกมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยตามอัตราที่ระบุในสัญญาโดยคำนวณจากส่วนได้เสียดังกล่าว เพื่อชดเชยความล่าช้าอันเกิดจากการดำเนินการระบวนการดังกล่าว



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาเรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ในกระบวนการล้มละลาย

บทนี้ เป็นบทวิเคราะห์กฎหมายว่าด้วยการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก โดยจะพิจารณาในเรื่องหลักการ กระบวนการและผลที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินในกระบวนการล้มละลาย ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ในหมวดของกฎหมายล้มละลายนั้น จากการศึกษาพบว่าไม่มีบทบัญญัติใดเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รับเอาทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาใช้เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือแก่บรรดาเจ้าหนี้ได้ สำหรับหมวดของกฎหมายฟื้นฟูกิจการนั้น แม้จะเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่จำเป็นต่อธุรกิจของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ก็ตาม แต่การใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการใช้ในเชิงบังคับเอาแก่ทรัพย์สินและสิทธิของบุคคลภายนอก เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเหล่านั้น โดยที่มิได้คำนึงถึงสิทธิของบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน และไม่ได้ให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียแก่เจ้าของทรัพย์สินผู้จำต้องถูกบังคับใช้ทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้การเยียวยาความเสียหายแก่บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน อันเกิดจากการใช้ของลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการอีกด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงเกิดผลกระทบอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ ที่จะนำมาจัดสรรแบ่งให้บรรดาเจ้าหนี้ รวมทั้งเป็นอุปสรรคในการฟื้นฟูกิจการอีกด้วย ซึ่งข้อพิจารณาประการแรกของกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยแล้ว คือข้อพิจารณาในเรื่องความจำเป็นของการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

4.1 ความจำเป็นของการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ

จากการศึกษาแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL พบว่า ในกระบวนการล้มละลาย (ชำระบัญชี) มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ การจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มาซึ่งเงินสด แล้วนำเงินไปชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ให้เร็วที่สุด อันเป็นหลักเกณฑ์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการล้มละลาย ก็คือ การทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่ามากที่สุด ซึ่งแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายจะหาวิธีการซึ่งหลีกเลี่ยงการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะบังคับ (Forced Sales) อันทำให้ไม่อาจขายทรัพย์สินของลูกหนี้ได้มูลค่ามากที่สุด ดังนั้นหากผู้แทนในคดีล้มละลายพิจารณาแล้วเห็นว่า การขายทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีมูลค่ามากที่สุดหากขายในลักษณะที่ธุรกิจยังคงดำเนินต่อไป หรือกรณีมีความจำเป็นจะต้องดำเนินธุรกิจต่อไปอีกช่วงเวลาหนึ่ง เพื่อรอการขายแยกชิ้นก็ตาม เช่นนี้ การดำเนินไปซึ่งธุรกิจของลูกหนี้อาจมีความจำเป็นที่จะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ หากทรัพย์สินนั้นจำเป็นต่อการดำเนินไปซึ่งธุรกิจของลูกหนี้ และจำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้

หลักการใช้ทรัพย์สินเช่นนี้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ดังปรากฏตัวอย่างในคดีของประเทศอังกฤษ Local London Residential Ltd ,RE คดีนี้ Local London Residential Ltd ได้ยื่นขอชำระบัญชี ซึ่งในระหว่างการชำระบัญชีมีผู้คัดค้านการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยโต้แย้งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน Caravan Park ของลูกหนี้ ซึ่งจะขายให้แก่บุคคลภายนอกในราคา 435,000 ปอนด์ ในระหว่างพิจารณาศาลได้มีคำสั่งห้ามขาย Caravan Park ไว้ก่อน ผู้ชำระบัญชีจึงได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาค่าใช้จ่ายในกระบวนการชำระบัญชี และขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ขาย หรือใช้ประโยชน์ Caravan Park นั้นได้ในระหว่างพิจารณา ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ใช้ หรือเช่า Caravan Park รวมทั้งทรัพย์สินอื่นใดที่อยู่ใน Caravan Park นั้นได้ในระหว่างการชำระบัญชี ผู้ชำระบัญชีจึงได้นำ Caravan Park ออกให้เช่า และมีรายได้ในระหว่างรอการขายทรัพย์สินนั้นเป็นเงิน 50,000 ปอนด์ และได้นำเงินดังกล่าวมารวมเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ชำระหนี้ต่อไป

สำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น การพักการดำเนินคดีเพื่อให้ลูกหนี้มีระยะเวลาจัดการธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงินให้คลี่คลายออกไปได้ เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในกระบวนการฟื้นฟูกิจการและในช่วงเวลาดังกล่าว ลูกหนี้ยังคงดำเนินธุรกิจอย่างต่อเนื่อง ซึ่งอาจหลีกเลี่ยงไม่ได้หากทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้นั้นจำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ จะต้องถูกใช้ในธุรกิจของลูกหนี้ต่อไปเพื่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ด้วยเหตุข้างต้น ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการล้มละลาย (ชำระบัญชี) หรือฟื้นฟูกิจการก็ดี การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในธุรกิจของลูกหนี้ จึงมีความสำคัญที่จะทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด รวมถึงเป็นกลไกที่จะทำให้การฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จอีกด้วย แม้ว่าการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการ จะเป็นวิธีการซึ่งเกิดประโยชน์แก่ลูกหนี้และบรรดาเจ้าหนี้ก็ตาม แต่ก็มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อจัดการกับสภาพทรัพย์สินนั้นเพื่อการใช้ และจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกอย่างสมดุลกันอีกประการหนึ่ง

เมื่อพิจารณาเหตุผลซึ่งสนับสนุนความจำเป็นในการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายล้มละลายของไทย ควรมีบทบัญญัติกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์, ผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผน ให้อำนาจที่จะใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เพื่อประโยชน์ของการดำเนินกระบวนการล้มละลาย หรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการ เพื่อให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด หรือเพิ่มศักยภาพทางธุรกิจของลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งปวง และช่วยให้บรรดาเจ้าหนี้ร่วมมือในกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ ให้ประสบความสำเร็จอันจะเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

4.2 ข้อพิจารณาการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ในกระบวนการล้มละลาย

จากการศึกษากฎหมายล้มละลายของไทยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 แล้ว พบว่า หมวดกฎหมายล้มละลายนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติ ว่าด้วยการใช้ทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ทั้งนี้ เพราะกฎหมายล้มละลายมุ่งการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ให้เป็นไปอย่างรวดเร็ว นำเงินมาจัดสรรชำระหนี้ให้บรรดาเจ้าหนี้ และให้ลูกหนี้สามารถเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้อย่างรวดเร็ว แต่การเร่งจำหน่ายทรัพย์สินออกไปนั้นอาจมิใช่มาตรการที่ทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด การบังคับขายทรัพย์สินออกไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้มากกว่าการรอขายทรัพย์สินในเวลาอันสมควร หรือการขายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยที่กิจการยังคงดำเนินต่อไป หากกิจการของลูกหนี้มีกำลังที่อาจดำเนินต่อไปได้ เพื่อประโยชน์แห่งวิธีการข้างต้น

หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาความเหมาะสมของกิจการลูกหนี้แล้ว เห็นว่า กิจการของลูกหนี้อาจขายทรัพย์สินไปในลักษณะที่กิจการยังคงดำเนินต่อไป หรือจำเป็นต้องดำเนินธุรกิจต่อไปอีกระยะเวลาหนึ่งเพื่อรอการขายในเวลาอันสมควรแล้ว ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้หรือของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เพื่อประกอบกิจการของลูกหนี้ กรณีมีความจำเป็นที่ต้องใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เพื่อประกอบกิจการของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย ตามกฎหมายล้มละลายของไทยยังคงมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการที่ไม่อาจใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ได้ ซึ่งมีข้อพิจารณาสำหรับกฎหมายล้มละลายของไทย ได้แก่

- 1) ข้อพิจารณาเรื่องกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย
- 2) ข้อพิจารณาเรื่องอำนาจการจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์
- 3) ข้อพิจารณาเรื่องการจัดการกับสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

- 4) ข้อพิจารณาเรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก
- 5) ข้อพิจารณาเรื่องการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน

4.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย

กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายซึ่งเป็นทรัพย์สินของบุคคลภายนอกอันอาจแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 109 (3)¹ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเป็นบทบัญญัติยกเว้นเรื่องความรับผิดในการบังคับคดีทางแพ่ง ซึ่งปกติจะต้องเป็นทรัพย์สินที่จะนำมาชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้จะต้องเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น แต่ในกระบวนการล้มละลาย ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองหรืออำนาจสั่งการทางการค้าของลูกหนี้ด้วยความยินยอมของเจ้าของทรัพย์สินโดยมีพฤติการณ์ที่ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของลูกหนี้ให้ถือเสมือนว่าทรัพย์สินนั้นอาจแบ่งชำระหนี้ได้ในกระบวนการล้มละลาย แต่ในปัจจุบันหลักดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายล้มละลายหลายประเทศ เนื่องจากไม่เหมาะสม และสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อพิจารณาสำหรับเรื่องกองทรัพย์สินนี้ก็คือ ทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่น แม้ลูกหนี้เข้าครอบครอง และใช้สอยทรัพย์สินนั้นแต่หากเป็นการครอบครองและใช้สอยทรัพย์สินนั้นโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาใดสัญญาหนึ่ง พฤติการณ์เช่นนี้ยังไม่อาจทำให้ทรัพย์สินเหล่านั้นตกเป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ซึ่งอาจแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ได้ ทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่อาจรวบรวมให้เข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้

¹ มาตรา 109 “ทรัพย์สินดังต่อไปนี้ให้ถือว่า เป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายอันอาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ได้

(1)...

(2)...

(3) สิ่งของซึ่งอยู่ในความครอบครอง หรืออำนาจสั่งการหรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ในทางการค้า หรือธุรกิจของลูกหนี้ด้วยความยินยอมของเจ้าของอันแท้จริงโดยพฤติการณ์ซึ่งทำให้เห็นว่า ลูกหนี้เป็นเจ้าของในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย”.

อย่างไรก็ตาม มูลค่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไม่ใช่สิ่งสำคัญหากไม่อาจรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ แต่สิ่งที่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้รับความเสียหายจากการไม่อาจรวมทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย คือ สิทธิประโยชน์ของลูกหนี้เหนือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นจะต้องสิ้นไปหากไม่อาจรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ซึ่งในกระบวนการล้มละลายเมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว การจัดการกิจการใด ๆ ของลูกหนี้จะต้องหยุดลงทั้งสิ้น เว้นแต่กิจการที่จำเป็น หากทรัพย์สินของบุคคลภายนอกยังคงถูกยึดถือไว้ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ อาจมีค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยังคงครอบครองทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นอยู่ การครอบครองทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ต่อไปจึงไม่เกิดประโยชน์ต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้แต่อย่างใด การที่กฎหมายล้มละลายของไทยไม่อาจรวมเอาทรัพย์สินของบุคคลภายนอก หรือสิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ บทบัญญัติเช่นนี้ทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องสูญเสียประโยชน์ที่พึงได้จากทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

เมื่อพิจารณาแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL เรื่องทรัพย์สินซึ่งประกอบขึ้นเป็นกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย ในส่วนทรัพย์สินของบุคคลภายนอกแล้ว กฎหมายล้มละลายของบางประเทศให้แยกทรัพย์สินของบุคคลภายนอกออกจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยมุ่งคำนึงถึงกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายของเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ แต่บางประเทศจะแยกทรัพย์สินของบุคคลภายนอกให้อยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาแทน ซึ่งตามข้อเสนอแนะของแนวทางการร่างกฎหมายนั้น ประกอบกับวัตถุประสงค์เรื่องและกองทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว แม้จะกำหนดให้นำทรัพย์สินซึ่งบุคคลภายนอกเป็นเจ้าของรวมเข้ามาในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายด้วย แต่วัตถุประสงค์มิได้เพื่อนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจำหน่ายออกไปนำเงินมาจัดสรรชำระหนี้ แต่เพื่อให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกอยู่ภายใต้การจัดการของกระบวนการล้มละลายต่อไปได้นั่นเอง จะเห็นได้ว่าแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายยังคงให้ความเคารพแก่กรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่แท้จริงของทรัพย์สินนั้นๆ โดยให้ถือว่าสิทธิต่างๆ ของลูกหนี้ที่มีอยู่ในทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และยินยอมให้ผู้แทนในคดีล้มละลายใช้ทรัพย์สินดังกล่าวได้

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้บทบัญญัติแห่งมาตรา 109 (3) จะให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รวบรวมทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองหรือสั่งการของลูกหนี้ ในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย แต่บทบัญญัตินี้ยังมีความขัดแย้งกับหลักการเพื่อที่จะใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น ทั้งยังขัดแย้งกับหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์อีกด้วย บทบัญญัตินี้จึงเป็นปัญหาสำหรับการบังคับใช้กฎหมายล้มละลายของไทย ซึ่งไม่เปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ อาจรวบรวมทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ไว้ใช้เพื่อประโยชน์แห่งกระบวนการล้มละลายได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติล้มละลายของไทยในมาตรา 109 (3) มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ โดยให้รวมทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเข้ามาอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะสิทธิของลูกหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สำหรับมาตรการอื่นใดของกฎหมายล้มละลายที่จะพึงบังคับเอาแก่ทรัพย์สิน เช่นว่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในธุรกิจของลูกหนี้เพื่อประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ ทั้งนี้จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการเพิ่มมูลค่าสูงสุดแก่กองทรัพย์สิน

4.2.2 ข้อพิจารณาเรื่องอำนาจจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

จากการศึกษาอำนาจการจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายของไทยแล้ว เห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้นเพื่อให้กิจการต่างๆ ที่ยังคงค้างอยู่ของลูกหนี้นั้นสิ้นสุดลง² ซึ่งการจัดการกิจการนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องได้รับความยินยอมจากกรรมการเจ้าหนี้ หรือที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน แม้ว่าจะมีเหตุอันควรที่ธุรกิจจะดำเนินต่อไปก็ตาม แต่อำนาจจัดการทรัพย์สินเพื่อเหตุอันสมควรนั้นก็เพื่อให้ธุรกิจของลูกหนี้สิ้นสุดไปเท่านั้น กล่าวคือ ภายหลังจากศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ และอำนาจจัดการทรัพย์สินได้โอนมายังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แล้ว การจัดการธุรกิจของลูกหนี้นั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทำได้เพียงจัดการให้กิจการใดๆ ของลูกหนี้ที่ค้างค้างอยู่เสร็จสิ้นเท่านั้น ไม่อาจจัดการให้ธุรกิจดำเนินต่อไปเพื่อรอการขายรวมทั้งกิจการ หรือรอการแยกขายในระยะเวลาดัง

² พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 22 (1).

สมควรได้ การใช้ทรัพย์สินใดๆ ทั้งของลูกหนี้หรือของบุคคลภายนอกเพื่อกิจการของลูกหนี้นี้ย่อมไม่อาจกระทำขึ้นได้ แม้ว่าจะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก็ตาม

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 120 จึงขัดกับหลักการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เมื่อกฎหมายไม่เปิดช่องให้กระทำได้ปัญหาการทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่าสูงสุดจึงเกิดขึ้น ซึ่งมาตรการการใช้ทรัพย์สินนี้มีความสำคัญอันจะช่วยให้กฎหมายล้มละลายมีประสิทธิภาพและทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุดได้

ปัญหาในเรื่องนี้ ตามแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายล้มละลายควรจะอนุญาตให้มีการใช้สอยซึ่งทรัพย์สิน รวมถึงทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของในกระบวนการล้มละลาย³ ซึ่งจากการประชุมร่วมกันของคณะทำงานที่ 5 ได้ข้อยุติว่า การใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลอื่นในความครอบครองของลูกหนี้เป็นเรื่องสำคัญเป็นพิเศษสำหรับกระบวนการล้มละลายในกรณีที่ธุรกิจจะต้องจำหน่ายออกไป โดยที่ธุรกิจนั้นยังคงดำเนินต่อไป หรือในกรณีที่ธุรกิจนั้นจำเป็นต้องดำเนินต่อไปอีกในระยะเวลาหนึ่ง เพื่อช่วยให้ทรัพย์สินต่างๆ มีมูลค่าสูงสุด แม้จะต้องแยกชิ้นส่วนขายไปภายหลังก็ตาม

ต่อประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการใช้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ รวมทั้งทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เพื่อประโยชน์แห่งบรรดาเจ้าหนี้ทั้งปวงแล้ว กฎหมายล้มละลายของไทยจะต้องยอมรับหลักเกณฑ์สำคัญว่า “กรณีที่ธุรกิจจะต้องจำหน่ายออกไปโดยที่ธุรกิจนั้นยังคงดำเนินต่อไป หรือกรณีที่ธุรกิจนั้นต้องดำเนินในระยะเวลาสั้นๆ นั้น เพื่อแยกส่วนขายภายหลังก็ตาม จะช่วยให้ทรัพย์สินมีมูลค่าสูงสุดได้” ทั้งนี้ เพื่อทำลายอุปสรรคซึ่งขัดขวางการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต่อไป ดังนั้น บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 22 (1) ประกอบกับมาตรา 120 มีความจำเป็นจะต้องแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกอีกประการหนึ่งด้วย

³ Legislative Guide on Insolvency Law Recommendation 43.

4.2.3 ข้อพิจารณาการจัดการกับสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

สำหรับเรื่องสัญญาระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอก ภายใต้กฎหมายล้มละลายของไทยนั้น มีประเด็นปัญหากฎหมายสำคัญที่ต้องพิจารณา ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ข้อสัญญาที่ว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติ การร่นระยะเวลาของสัญญา หรือข้อสัญญาที่คล้ายกัน ซึ่งกฎหมายล้มละลายของไทยจะเข้าไปจัดการกับข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกัน หรือให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้ โดยอาศัยเหตุที่ลูกหนี้ต้องถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด หรือล้มละลายได้อย่างไร เนื่องจากข้อตกลงในลักษณะนี้ จะให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการบอกเลิกสัญญากับลูกหนี้ หรือให้สัญญาเลิกกันทันที ในกรณีที่ลูกหนี้ต้องถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือล้มละลาย ผลของข้อสัญญาลักษณะนี้จะทำให้ลูกหนี้ซึ่งถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือล้มละลายตกเป็นผู้ผิดสัญญา และระงับสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่มีต่อบุคคลภายนอกคู่สัญญา โดยลูกหนี้อาจต้องชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาอีกด้วย อันเป็นผลเสียแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นอย่างยิ่ง หากสัญญาที่เลิกกันโดยอาศัยเหตุตามกรณีนี้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่เป็นทรัพย์สินสำคัญที่จะต้องใช้ในการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ต่อไป เพื่อขายธุรกิจนั้นออกไปโดยที่ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ หรือดำเนินธุรกิจต่อไปอีกช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อรอการแยกขายก็ตาม ซึ่งกฎหมายล้มละลายของไทยยังมิได้มีบทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้

ด้วยเหตุดังกล่าวการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ใดๆ ในกระบวนการล้มละลายย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะเมื่อสัญญาเลิกกันแล้ว สิทธิของลูกหนี้ที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินนั้นย่อมสิ้นลงด้วย ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกย่อมไม่อาจรวมเข้าในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ ซึ่งปัญหานี้แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้วิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเช่นนี้จะขัดขวางการใช้กฎหมายล้มละลายให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้อีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีข้อสัญญาที่มีลักษณะเอื้อให้คู่สัญญาใช้สิทธิเลือกก่อน โดยบอกเลิกสัญญาด้วยสาเหตุอื่น

ที่มีใช้กรณีนี้ที่ลูกหนี้เริ่มเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กรณีเช่นว่านี้ ลูกหนี้และบรรดาเจ้าหนี้อื่นย่อมได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เป็นการสมควรอย่างทีกฎหมายล้มละลายจะเข้าไปจัดการกับข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวนี้ โดยมีบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ สำหรับพิจารณาว่าจะให้สัญญาใดควรสิ้นสุดลงหรือให้ดำเนินต่อไป เพื่อประโยชน์แห่งการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ และกฎหมายล้มละลายจะต้องสร้างความสมดุลโดยให้ชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเจ้าหนี้เหล่านั้นได้รับความเสียหาย หรือต้องสูญเสียจากผลกระทบที่ให้สัญญานั้นดำเนินต่อไปหลังจากที่ได้เริ่มต้นกระบวนการล้มละลายแล้วอีกด้วย

ประเด็นที่ 2 อำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะปฏิบัติต่อสัญญาของลูกหนี้กับบุคคลภายนอก ในประเด็นนี้ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายของประเทศไทยนั้น ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะปฏิบัติต่อสัญญาของลูกหนี้กับบุคคลภายนอก เพียงกรณีที่สัญญานั้นมีภาระเกินสมควรเท่านั้น โดยให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาว่าหากปฏิบัติตามสัญญานั้นไปจะคุ้มค่ากับผลตอบแทนที่ได้รับหรือไม่ กรณีเช่นว่านี้หากเป็นสัญญาที่จะต้องเสียค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สิน โดยที่ไม่ได้กรรมสิทธิ์ซึ่งทรัพย์สินใดคืนเช่นการชำระค่าเช่าตามสัญญาเช่ามา ย่อมจะทำให้เสื่อมเสียแก่กองทรัพย์สินทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามหากกรณีการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ในลักษณะที่ธุรกิจของลูกหนี้ยังคงดำเนินต่อไป หรือการรอการขายแยกส่วนในอีกระยะเวลาหนึ่งนั้น เป็นทางออกสำหรับลูกหนี้ผู้ล้มละลายแล้ว การดำเนินต่อไปสัญญาอาจมีความจำเป็นต่อการขายทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น โรงงานของลูกหนี้ตั้งอยู่บนที่ดินซึ่งทำสัญญาเช่าไว้กับบุคคลภายนอก หากสัญญาเช่านั้นไม่อาจคงไว้ได้การขายทรัพย์สินจำเป็นจะต้องแยกส่วนเครื่องจักรที่ติดตั้งในโรงงานออกไป การขายดังกล่าวจะเกิดค่าใช้จ่ายสำหรับการขนย้ายเครื่องจักรออกไป อันจะมีผลต่อราคาของเครื่องจักรที่ขายออกไปนั่นเอง กรณีเช่นว่านี้หากกฎหมายล้มละลายให้คงไว้ซึ่งสิทธิตามสัญญาเช่า และอาจนำสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่า ขายทอดตลาดพร้อมกับโรงงานได้ โดยให้ผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่

ตามสัญญาเช่าภายหลังซื้อทอดตลาดไปด้วย เช่นนี้ทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมจะเกิดมูลค่าสูงสุดได้ และจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่บรรดาเจ้าหนี้อีกด้วย

ปัญหาของกฎหมายล้มละลายไทย ตามกรณีตัวอย่าง คือ กฎหมายล้มละลายของไทยไม่มีบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจแก่ผู้แทนในคดีล้มละลาย (เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์) จะกระทำการในลักษณะเช่นนี้ได้

สำหรับแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL นั้น ได้พิจารณาถึงความสำคัญของการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้สัญญาดำเนินต่อไป เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินและบรรดาเจ้าหนี้ รวมทั้งคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งจำต้องถูกบังคับให้ทรัพย์สินนั้นต่อไปตามสัญญาในกระบวนการล้มละลายไว้ด้วย โดยจะกำหนดให้ผู้แทนในคดีล้มละลายพิจารณาถึงความจำเป็นสำหรับการดำเนินต่อไปของสัญญาเพื่อการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ประกอบกับผลดีและผลเสียของการดำเนินไปซึ่งสัญญาภายใต้กำหนดระยะเวลาของกฎหมายตามสมควร

เมื่อผู้แทนในคดีล้มละลายพิจารณาแล้วเห็นว่าจะให้สัญญาดำเนินต่อไปหรือไม่ จะต้องแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการดำเนินต่อไปภายใต้กระบวนการของกฎหมายล้มละลายเช่นนี้ จะมีข้อกำหนดบางประเภทที่บังคับเอาแก่คู่สัญญา เช่น การบังคับการโอนสิทธิตามสัญญาไปยังบุคคลภายนอกกำหนดไว้ภายใต้เงื่อนไขที่ไม่ทำให้คู่สัญญาเสียเปรียบจนเกินควร รวมทั้งให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียจากการปฏิบัติตามสัญญาที่ผูกพันการใช้ทรัพย์สินเช่นนี้อีกด้วย นอกจากนี้ กรณีที่สัญญาที่ผูกพันการใช้ทรัพย์สินนั้น อาจสิ้นระยะเวลาลงไปในระหว่างดำเนินกระบวนการทางกฎหมาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องมีอำนาจจัดการกับสัญญาเพื่อให้สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต่อไปได้ภายในระยะเวลาที่จำเป็นต่อการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้

ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรจะเพิ่มเติมหลักการและวิธีการสำหรับจัดการกับสัญญาที่จำเป็นต่อการใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายไว้ในกฎหมายล้มละลายของไทยด้วย ซึ่งจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาสัญญาต่างๆ ดังนี้

1. กำหนดข้อพิจารณาความจำเป็นของคู่สัญญาที่ผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ให้ชัดเจน
2. กำหนดข้อพิจารณาเรื่องระยะเวลาสำหรับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่จะแจ้งการรับสัญญาหรือปฏิเสธสัญญา
3. กำหนดข้อพิจารณาการโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามสัญญาที่ผูกพัน
4. กำหนดข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองเยียวยาบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งจำต้องผูกพันตนให้สัญญานั้นดำเนินต่อไป

4.2.4 ข้อพิจารณาการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

ตามข้อพิจารณาที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อกฎหมายล้มละลายเปิดช่องให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ได้เช่นเดียวกับกฎหมายฟื้นฟูกิจการแล้ว ข้อพิจารณาที่เป็นปัญหาสำหรับกฎหมายล้มละลาย คือการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเช่นว่านั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จะสามารถใช้ทรัพย์สินนั้นได้เพียงใด ภายใต้เงื่อนไขอย่างไร

ประเด็นแรกสำหรับข้อพิจารณาเรื่องนี้ คือ หากกฎหมายล้มละลายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เพื่อดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ได้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นได้ทันทีหรือไม่ หรือจำเป็นจะต้องให้กรรมการเจ้าหนี้ ที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือศาลให้ความเห็นชอบการใช้ทรัพย์สินนั้นก่อนหรือไม่ ต่อประเด็นนี้หากพิจารณาจากเรื่องอำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการกิจการที่ยังค้างค้างอยู่ของลูกหนี้⁴ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แล้ว เห็นว่า การจัดการเช่นว่านี้กฎหมายล้มละลายกำหนดให้เจ้าพนักงาน

⁴ มาตรา 120 “ถ้าลักษณะแห่งธุรกิจของลูกหนี้มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินต่อไปเมื่อได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ตนเอง เพื่อชำระสะสางธุรกิจนั้นให้เสร็จไป หรือจะตั้งบุคคลใดหรือลูกหนี้เป็นผู้จัดการโดยกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ก็ได้”.

พิกษ์ทรัพย์จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน ซึ่งการดำเนินการกิจการของลูกหนี้ต่อไปโดยจะต้องมีการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกด้วยแล้วย่อมมีความสำคัญ และเกิดผลกระทบต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้มากกว่าการจัดการงานที่ค้างค้างมาก กรณีนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกจะต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าหนี้ก่อน ทั้งนี้เพื่อให้บรรดาเจ้าหนี้มีโอกาสพิจารณาถึงผลประโยชน์ ข้อดี และข้อเสียจากการดำเนินการของเจ้าพนักงานพิกษ์ทรัพย์สำหรับการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ยังเป็นช่วงเวลาที่จะให้บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินพิจารณาผลกระทบจากการถูกใช้สอยทรัพย์สินของตนในกิจการของลูกหนี้ระหว่างกระบวนการล้มละลายอีกด้วย รวมทั้งการได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าหนี้สำหรับการจัดการทรัพย์สินเช่นนี้ ยังสามารถช่วยป้องกันปัญหาความรับผิดของเจ้าพนักงานพิกษ์ทรัพย์อีกประการหนึ่งด้วย

สำหรับแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL กำหนดให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมิได้ใช้สอยโดยผู้แทนในคดีล้มละลายได้ และผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนั้นให้รวบรวมเข้ามาในกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายด้วย ในกรณีที่มีการครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ภายใต้ข้อตกลงทางสัญญา กฎหมายล้มละลายจะต้องจัดการกับปัญหาซึ่งว่าด้วยการใช้สอยทรัพย์สินในแง่ของการปฏิบัติต่อสัญญา การจัดการเช่นนี้มีความกังวลในเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้แทนในคดีล้มละลายเกี่ยวกับการใช้สอยทรัพย์สินด้วย จึงจำเป็นจะต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมายใด ๆ เพื่อจัดการความรับผิดของผู้แทนในคดีล้มละลาย

หากพิจารณาแล้ว เจ้าพนักงานพิกษ์ทรัพย์อาจจะต้องมีความรับผิดในฐานะส่วนตัวจากการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่นนี้ การจัดการทรัพย์สินโดยไม่ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าหนี้ และอาจถูกคัดค้านได้ภายหลังจะทำให้กระบวนการล้มละลายสะดุดลงได้ และเป็นผลให้บรรดาเจ้าหนี้ขาดความมั่นใจในการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลาย การให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณาถึงความจำเป็นและเงื่อนไขการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก และการเปิดโอกาสให้เจ้าของทรัพย์สินมีโอกาสพิจารณาส่วนได้เสียของตนก่อนที่จะเริ่มการใช้ทรัพย์สินนั้น จะเป็นการป้องกันความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้อีกทางหนึ่งด้วย และทำให้กระบวนการล้มละลายดำเนินไปอย่างเรียบร้อย และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ผู้เขียนจึงมี

ความเห็นว่าการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกระบวนการล้มละลายจะต้องได้รับการพิจารณาจากที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือกรรมการเจ้าหนี้ และเปิดโอกาสให้เจ้าของทรัพย์สินพิจารณาถึงเงื่อนไขแห่งการใช้รวมทั้งส่วนได้เสียจากการใช้ทรัพย์สินนั้น และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้ทรัพย์สินนั้นได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากมติที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือกรรมการเจ้าหนี้ก่อนแล้วแต่กรณี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงจะสามารถดำเนินการต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกดำเนินกิจการของลูกหนี้ต่อเนื่องไปทันที เนื่องจาก การรอให้มีมติที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือที่ประชุมกรรมการเจ้าหนี้อนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินนั้น อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือกรณีที่ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นเป็นไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือการใช้ทรัพย์สินนั้นก่อให้เกิดประโยชน์แก่กองทรัพย์สินอย่างแน่นอน เช่นนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องมีอำนาจพิจารณาให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกได้ทันที และเจ้าพนักงานพิทักษ์จะต้องเร่งดำเนินการให้ได้รับมติที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือที่ประชุมกรรมการเจ้าหนี้ ภายในเวลาอันควรต่อไป

ประเด็นต่อมา คือการพิจารณาว่าทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นอาจใช้ได้เพียงใด สำหรับพระราชบัญญัติล้มละลายของไทยในหมวดกฎหมายล้มละลายยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ ส่วนหมวดกฎหมายฟื้นฟูกิจการนั้นได้กำหนดไว้เพียงว่า การดำเนินกิจการใดๆ ของลูกหนี้จะต้องเป็นไปในทางการค้าปกติ⁵ เท่านั้น หากการกระทำใดนอกการดำเนินการค้าปกติ จำเป็นต้องขออนุญาตจากศาล จึงจะสามารถกระทำได้ ปัญหาของการใช้เช่นว่านี้มีอยู่ว่า ธุรกิจแต่ละประเภทย่อมมีการดำเนินการแตกต่างกันไป ตามลักษณะของธุรกิจนั้นๆ จึงเป็นการยากที่จะกำหนดขอบเขตแห่งการใช้ทรัพย์สิน เพื่อดำเนินการค้าปกติได้อย่างชัดเจน หมวดกฎหมายล้มละลายของไทยยังไม่ได้กำหนดความชัดเจนขอบเขตแห่งการใช้เพื่อดำเนินการการค้าปกติไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรดำเนินการของลูกหนี้ของกฎหมายฟื้นฟูกิจการแล้ว การดำเนินธุรกิจต่อไปของลูกหนี้ในคดีล้มละลายจำเป็นจะต้องมีกรอบการดำเนินธุรกิจที่ชัดเจนกว่าการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้ ต้องพึงเข้าใจว่าแม้กระบวนการล้มละลายจะพิจารณาให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่เพื่อให้การขายธุรกิจของลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของ

⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/12 (9).

ลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุดเป็นสิ่งสำคัญ มิได้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้เกิดรายได้มาชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้เพื่อประกอบกิจการใดของลูกหนี้ จึงต้องมีลักษณะเป็นไปตามการดำเนินการค้ำปกติก่อนที่ลูกหนี้จะถูกคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด สำหรับการให้สอยทรัพย์สินลักษณะอื่นใดนอกการค้ำปกตินั้น จำเป็นจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลเป็นครั้งคราวไป แต่เพื่อมิให้การใช้ทรัพย์สินต้องสะดุดหยุดลงการกำหนดความยืดหยุ่นในการตีความการดำเนินการค้ำปกติ จึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะ การขออนุญาตศาลเพื่อดำเนินธุรกิจหรือทำการใดๆ ที่ไม่อาจแน่ใจว่าเป็นการกระทำเพื่อดำเนินการค้ำปกติหรือไม่ ทำให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนขาดความรวดเร็วและไม่มีประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าคณะกรรมการจัดทำแนวทางร่างกฎหมายนี้ให้ความสำคัญกับการกำหนดขอบเขตการใช้ทรัพย์สินในการดำเนินการค้ำปกติเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการกำหนดการดำเนินการค้ำปกติให้ชัดเจน จะช่วยให้การดำเนินกระบวนการของกฎหมายเป็นไปอย่างรวดเร็วและปราศจากข้อโต้แย้ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายล้มละลายของไทยต้องแก้ไขให้มีความชัดเจนซึ่งการกำหนดขอบเขตแห่งการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ให้ชัดเจน ในการดำเนินการค้ำปกติ และนอกจากการดำเนินการค้ำปกติอีกด้วย

4.3 ข้อพิจารณาการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

กระบวนการฟื้นฟูกิจการ จะมีมาตรการพิเศษทางกฎหมายที่สำคัญ จัดการกับปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ คือ การพักการดำเนินคดี (Automatic stay) ในระหว่างระยะเวลาตามมาตรการของกฎหมายฟื้นฟูกิจการนี้ ลูกหนี้ยังคงดำเนินกิจการของตนอย่างต่อเนื่อง ควบคู่ไปกับการปรับโครงสร้างหนี้ โครงสร้างทุน หรือโครงสร้างธุรกิจ รวมทั้งเรื่องอื่นใดที่จำเป็นต่อการรักษากิจการลูกหนี้ต่อไป โดยให้บรรดาเจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้มากกว่ากระบวนการล้มละลาย การดำเนินกิจการของลูกหนี้ในช่วงระยะเวลาแห่งการฟื้นฟูกิจการ ไม่ว่าจะโดยผู้ทำแผน

ผู้บริหาร หรือบุคคลใดแล้วแต่กรณี จะต้องใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ซึ่งอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจการต่อไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทย กำหนดมาตรการแห่งการพักดำเนินคดีไว้ในหมวดฟื้นฟูกิจการแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ด้วยเช่นกัน ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ นั้น ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่จำเป็นต่อการดำเนินกิจการของลูกหนี้ เจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมไม่อาจใช้สิทธิติดตามเอาคืนได้ และต้องให้ลูกหนี้โดยผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือบุคคลใดตามระยะเวลาแห่งกฎหมายใช้สอยทรัพย์สินของตน ดำเนินกิจการของลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตาม แม้การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเช่นว่านี้ อาจกระทำได้ทันทีในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ แต่เงื่อนไขการใช้สอยทรัพย์สิน เป็นปัญหาจำเป็นจะต้องได้รับการพิจารณาดังต่อไปนี้

สำหรับเงื่อนไขการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ในหมวดฟื้นฟูกิจการแล้ว การดำเนินกิจการใด ๆ ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ อาจดำเนินไปได้ หากเป็นการดำเนินกิจการค้ำปกติ สำหรับกิจการอื่นใดนอกเหนือกิจการค้ำปกติแล้ว จำเป็นต้องขออนุญาตจากศาลเสียก่อน การใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น อยู่ภายใต้การดำเนินกิจการค้ำปกติเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการไว้พิจารณา ตาม มาตรา 90/12(9) ลูกหนี้ได้ใช้สอยมาอย่างไร การดำเนินการค้ำปกติของการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ก็ต้องเป็นไปเช่นนั้น ในกรณีนี้ ลูกหนี้ ผู้ทำแผน หรือผู้บริหารแผนแล้วแต่กรณี ย่อมไม่ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต่อไปได้ ภายใต้เงื่อนไขการดำเนินการค้ำปกติ โดยเปรียบเทียบกับการใช้ทรัพย์สินนั้นก่อนที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เงื่อนไขเช่นว่านี้เป็นประโยชน์ในการพิจารณา การดำเนินการค้ำปกติ และเป็นเงื่อนไขการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่สำคัญประการหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม การใช้สอยในการดำเนินการค้ำปกติยังคงมีปัญหาการตีความการดำเนินการค้ำปกติอยู่ เนื่องจากลักษณะแห่งธุรกิจแต่ละอย่างนั้น มีความแตกต่างกัน การจะ

กำหนดเกณฑ์การใช้สอยทรัพย์สิน โดยเปรียบเทียบจากการใช้สอยทรัพย์สินนั้นก่อนที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ เป็นวิธีการหนึ่งเพื่อพิจารณาเท่านั้น

การกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้สอยนั้น ยังมีความจำเป็นต้องพิจารณาการดำเนินการค้าปกติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วตามคำพิพากษาฎีกาจะมุ่งถึงธุรกรรมของลูกหนี้กับบุคคลภายนอกในระหว่างการฟื้นฟูกิจการเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขาย การจำหน่ายสินค้าและการขอสินเชื่อ ส่วนการใช้สอยทรัพย์สินนั้น ศาลฎีกายังไม่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้แต่อย่างใด

ตามแนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL เห็นว่าการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ เป็นเรื่องสำคัญยิ่ง การกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้สอยอย่างชัดเจน จะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการอย่างยิ่ง กฎหมายฟื้นฟูกิจการจะต้องรวบรวมกลไกที่เอื้อให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้นได้รับการใช้สอยต่อไป และจะต้องกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้ทรัพย์สินเช่นนั้นให้ชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางในการใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอกได้ ภายใต้การดำเนินการค้าปกติ และต้องให้โอกาสบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินทราบเงื่อนไขการใช้ทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้กรณีที่ใช้สอยนั้นเปลี่ยนแปลงไปหรือมีการใช้นอกเหนือจากการค้าปกติ จะต้องแจ้งให้เจ้าของทรัพย์สินทราบ และต้องขออนุญาตจากศาลก่อนจึงจะกระทำได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอกนั้น หากกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นสำคัญได้ในกฎหมายฟื้นฟูกิจการแล้ว ย่อมทำให้มีความชัดเจนสำหรับพิจารณาความเสียหายสำหรับทรัพย์สินของบุคคลภายนอก อันจะเป็นประเด็นการพิจารณาการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียอีกประเด็นอันจะกล่าวต่อไป หากสามารถกำหนดเงื่อนไขการใช้สำหรับการดำเนินการค้าปกติให้ชัดเจน ย่อมจะเป็นประโยชน์แก่การดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นอย่างยิ่ง นอกจากนี้หากจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก เพื่อประโยชน์ประการใดนอกจากการดำเนินการค้าปกติเช่นนี้ จะต้องแจ้งเจ้าของทรัพย์สินให้ทราบ และต้องได้รับอนุญาตจากศาลอีกด้วย จึงจะเป็นธรรมสำหรับเจ้าของทรัพย์สินผู้จำต้องถูกใช้ทรัพย์สินในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

4.4 ข้อพิจารณาเรื่องการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน

ในส่วนของกฎหมายล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น ยังไม่มีการบัญญัติถึงการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก และการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของเจ้าของทรัพย์สินแต่อย่างใด ส่วนหมวดกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียแก่ผู้ต้องถูกจำกัดสิทธิจากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ (Automatic Stay) โดยอาจขอให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดสิทธิจากสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ได้ หากการจำกัดสิทธินั้น

- 1) ไม่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ หรือ
- 2) มิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันอย่างเพียงพอ⁶

ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคล 2 ประเภท ได้แก่ 1) ผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ และ 2) เจ้าหนี้มีประกันที่ไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างพอเพียง เมื่อพิจารณาแล้วบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินซึ่งต้องถูกบังคับใช้ตามกระบวนการฟื้นฟูกิจการแล้ว จึงอาจได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียเพียงกรณีทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการเท่านั้น หากจะตีความว่าบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ถือว่ามีส่วนได้เสียเช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกัน และจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเจ้าหนี้มีประกันแล้ว ย่อมขัดกับหลักกฎหมายในบทบัญญัติดังกล่าว แม้การตีความเช่นนี้จะไปในทางเดียวกันกับหลักสากลที่ยอมรับกันในระบบกฎหมายล้มละลายของหลายประเทศก็ตาม ทั้งยังขัดกับหลักกฎหมายเรื่องการประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน และหลักบุริมสิทธิในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย การที่บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินจะได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียเช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกัน จึงยังมีความขัดแย้งกับหลักกฎหมายล้มละลายและหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปด้วย

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน สำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ การให้ความเห็นชอบด้วย

⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 มาตรา 90/13.

แผนฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ หากบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ในฐานะเจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิลงมติในที่ประชุมเจ้าหนี้ หากเจ้าของทรัพย์สินที่ต้องถูกบังคับใช้ทรัพย์สินไม่ได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียตามสมควรแล้ว การเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการอาจไม่ได้รับความร่วมมือ และจะขัดขวางการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ จะมีความเสี่ยงทางเศรษฐกิจมากกว่าการดำเนินธุรกิจโดยปกติอีกด้วย ดังนั้น การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน จะทำให้มั่นใจได้ว่าบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินนั้นจะได้รับความคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกนั้น แนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ และจะต้องกระทำตามความเหมาะสมในเชิงพาณิชย์ สำหรับการที่ทรัพย์สินอาจลดค่าลงไปอันเป็นผลมาจากการใช้ทรัพย์สินนั้นในกระบวนการของกฎหมาย ซึ่งแนวทางการร่างกฎหมายได้กำหนดวิธีคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินไว้ 2 วิธี ได้แก่

- 1) การบรรเทาความเสียหายจากการพักการดำเนินคดี
- 2) การคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สิน

สำหรับการบรรเทาความเสียหายจากการพักการดำเนินคดีนั้น บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินอาจขอให้ปลดปล่อยทรัพย์สินของตนจากการถูกพักดำเนินคดีได้ในกรณี

- 1) ไม่ได้รับความคุ้มครองจากการลดลงไปซึ่งมูลค่าของทรัพย์สิน
- 2) กรณีที่ความคุ้มครองไม่เหมาะสม หรือเป็นภาระเกินควรแก่ของทรัพย์สิน
- 3) กรณีที่ทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการ
- 4) กรณีมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครอง หรือรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สิน
- 5) กรณีแผนฟื้นฟูกิจการไม่ได้รับความเห็นชอบภายในกำหนดเวลาที่ใช้บังคับในกรณีการฟื้นฟูกิจการ

กรณีการฟื้นฟูกิจการ

บุคคลภายนอกอาจขอให้ศาลหรือผู้แทนในคดีล้มละลายยกเลิกการพักการดำเนินคดี และให้ปลดปล่อยทรัพย์สินนั้นคืนแก่ตนได้ ส่วนการคุ้มครองมูลค่าทรัพย์สินนั้น กองทรัพย์สินจะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ (Adequate protection) โดยในระหว่างที่ถูกพักการดำเนินคดีนั้น ผู้แทนในคดีล้มละลายจะต้องคุ้มครองทรัพย์สินในกรณีที่มูลค่าทรัพย์สินนั้นลดลง

ด้วยการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติม หรือทดแทน หรือชำระเงินเป็นระยะๆ เท่ากับจำนวนเงินของมูลค่าทรัพย์สินที่ลดลง หรือชำระค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินตามที่ผูกพันกันในสัญญา หรืออาจจะกำหนดจำนวนเงินส่วนได้เสียไว้อย่างแน่นอน และให้บุคคลภายนอกมีสิทธิเรียกร้องในลำดับที่ 1 ของเงินจำนวนนี้ และให้คำนวณดอกเบี้ยเป็นค่าชดเชยความล่าช้าจากการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียเช่นนี้ จะพึงปฏิบัติเช่นเดียวกับหลักการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้มีประกันตามพระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 90/13 (2) และ 90/14 แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้กับบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า กฎหมายล้มละลายของไทยควรจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้สามารถนำมาใช้คุ้มครองบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินได้ และจะต้องบัญญัติหลักเช่นว่านี้ไว้ใช้ในกระบวนการล้มละลายด้วย เพื่อประโยชน์สำหรับการดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ และกระบวนการล้มละลายนั่นเอง

สำหรับมาตรการคุ้มครองความเสียหายด้วยการชำระค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินตามที่ผูกพันกันในสัญญานั้น จะนำมาใช้ในกรณีที่ลูกหนี้เข้าครอบครอง และใช้ประโยชน์ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกภายใต้สัญญาที่กำหนดค่าตอบแทนไว้เป็นงวด ๆ เช่น สัญญาเช่า หรือสัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ซึ่งการคำนวณเงินค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินจะต้องกำหนดตามสัญญาที่ผูกพันกันมาก่อนที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

ส่วนมาตรการการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติม ทดแทน หรือชำระเงินเป็นระยะ ๆ เท่ากับมูลค่าทรัพย์สินที่ลดลงนั้น จะนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายที่มีเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์ หรือกรณีการทำสัญญาทรัสต์รีซีทีให้บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ลูกหนี้ครอบครองไว้ จนกว่าลูกหนี้จะชำระหนี้เสร็จสิ้น ในระหว่างดำเนินกิจการของลูกหนี้ภายใต้กระบวนการล้มละลาย หรือฟื้นฟูกิจการ เมื่อลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินนั้นสัญญาประเภทนี้ไม่ได้กำหนดค่าตอบแทนการใช้ให้แก่บุคคลภายนอกแต่อย่างใด เช่นนี้ บุคคลภายนอกย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสีย จึงต้องนำมาตราการการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติม หรือทดแทน หรือชดใช้เงินเป็นระยะ ๆ เท่ากับมูลค่าที่ลดลงไปมาใช้กับกรณีดังกล่าว ด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายฟื้นฟูกิจการ มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือลูกหนี้ที่ประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราว แต่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ หากได้รับการช่วยเหลือทางการเงินโดยไม่ต้องล้มละลายไป ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการต่าง ๆ ทางกฎหมายเข้ามาเอื้อต่อความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ โดยมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญ คือการพักบังคับชำระหนี้ เพื่อให้เวลาแก่ลูกหนี้ดำเนินกิจการต่อไปได้ โดยปราศจากความกดดันจากบรรดาเจ้าหนี้ ในการปรับโครงสร้างหนี้ โครงสร้างทุน และโครงสร้างกิจการ แม้มาตรการนี้จะเป็นสิ่งจำเป็นต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็ตาม แต่สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ เมื่อกฎหมายฟื้นฟูกิจการ มีมาตรการเพื่อเอื้อต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการแล้ว กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการดังกล่าว โดยเฉพาะสิทธิของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ซึ่งจำเป็นต้องถูกจำกัดไว้มิให้ติดตามทรัพย์สินของตนคืน และให้ลูกหนี้ได้ใช้ทรัพย์สินของตนเพื่อการฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายล้มละลายในปัจจุบัน มีมาตรการรักษามูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยให้ขายธุรกิจของลูกหนี้โดยที่ธุรกิจนั้นดำเนินต่อไป หรือให้ธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินต่อไปในระยะหนึ่ง เพื่อรอการแยกขายก็ตาม มาตรการนี้ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อการดำเนินธุรกิจนั้น ซึ่งผลกระทบของการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ระยะเวลาดังกล่าว ย่อมจะกระทบซึ่งสิทธิของบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ เช่นเดียวกันกับการฟื้นฟูกิจการ

สำหรับกฎหมายล้มละลายของไทย เมื่อลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว อำนาจการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้จะโอนมายังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเป็นผู้รวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ จัดการระงับกิจการใด ๆ ของลูกหนี้ที่ยังคงค้างอยู่ และจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้นำเงินมาจัดสรรชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ แต่

กฎหมายล้มละลายของไทยมิได้มีบทบัญญัติให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ มีไว้เพื่อใช้ประโยชน์ในกิจการของลูกหนี้ในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย และไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาให้ลูกหนี้ประกอบกิจการต่อไปเพื่อขายทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยที่กิจการนั้นยังดำเนินการอยู่ หรือเพื่อบรรเทาภาระขายทรัพย์สินต่อไป สิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งลูกหนี้ครอบครองอยู่นั้น ย่อมไม่อาจนำมาใช้ได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายล้มละลายของไทย จึงไม่อาจทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุดเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายได้ นอกจากนี้หากพิจารณากว้างให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งต้องถูกใช้ในคดีล้มละลายแล้ว จึงไม่มีบทบัญญัติที่จำเป็นซึ่งสอดคล้องกับการใช้ด้วย

ส่วนกฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยโดยผลของสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ นั้นห้ามมิให้เจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ตามสัญญาต่าง ๆ ติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยต้องอนุญาตให้ลูกหนี้ครอบครองและใช้ประโยชน์ทรัพย์สินของตนในกระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อไป ซึ่งผลของสภาวะการพักบังคับชำระหนี้ จะช่วยให้ลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกเพื่อดำเนินกิจการของลูกหนี้ภายใต้การดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ทรัพย์สินของตนอาจเสื่อมค่าลงไปในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้นยังไม่สามารถจัดการกับปัญหาการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอได้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่บุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์จะให้ความร่วมมือในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เพราะในขณะที่ลูกหนี้และบรรดาเจ้าหนี้ได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินนั้น บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินไม่ได้รับความคุ้มครองส่วนได้เสียในทรัพย์สินของตนอย่างพอเพียง และต้องเสื่อมเสียมูลค่าในทรัพย์สินไปในระหว่างฟื้นฟูกิจการ หากเป็นเช่นนี้ การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการให้ประสบความสำเร็จคงเป็นไปได้ยาก การให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียแก่บุคคลภายนอกในทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ และต้องใช้เพื่อดำเนินธุรกิจ จะสามารถสร้างความเชื่อมั่นให้แก่เจ้าของทรัพย์สินว่าจะไม่ได้รับความเสียหายในระหว่างดำเนินการฟื้นฟูกิจการและจะมีโอกาสได้รับชำระหนี้มากกว่า หากให้ลูกหนี้ใช้ทรัพย์สินของตน

ต่อไป อันจะทำให้เจ้าของทรัพย์สินไม่ติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนในระหว่างฟื้นฟูกิจการ และความร่วมมือในการฟื้นฟูกิจการอีกด้วย เมื่อกฎหมายล้มละลายของไทย ทั้งในส่วนล้มละลายและส่วนฟื้นฟูกิจการ ยังคงเป็นเช่นนี้ ก็จะมีผลกระทบกระเทือนให้เสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้รวมทั้งเป็นอุปสรรคในการฟื้นฟูกิจการด้วย

แนวทางการร่างกฎหมายของ UNCITRAL ได้พิจารณาความสำคัญในการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ จึงได้กำหนดมาตรการที่จะให้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้จะใช้ได้ตามกระบวนการทางกฎหมาย ทั้งยังพิจารณาการคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกไว้ โดยคำนึงถึงความสมดุลของผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้ บรรดาเจ้าหนี้ และบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน และกำหนดมาตรการสำหรับให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ซึ่งต้องถูกใช้ในกระบวนการของกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการอย่างเป็นธรรม โดยแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้วิเคราะห์ปัญหาข้างต้น จากการศึกษากฎหมายของประเทศต่าง ๆ เปรียบเทียบกัน ดังนั้นการแก้ไขกฎหมายล้มละลายของไทยให้เป็นไปตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL จึงเป็นการแก้ไขปัญหสำหรับเรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ในคดีล้มละลายต่อไปได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายล้มละลายของไทยที่เกี่ยวข้อง หลักการและแนวความคิดการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ ทั้งในส่วนของการกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการ รวมถึงแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายเรื่องการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ตาม Legislative guide on Insolvency law ของ UNCITRAL แล้วพบว่า พระราชบัญญัติล้มละลายทั้งในส่วนของการล้มละลายยังไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สำหรับพิจารณาการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกต่อไปในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้สามารถขายกิจการของลูกหนี้ออกไปโดยที่

กิจการนั้นยังคงดำเนินอยู่ หรือเพื่อรอกการแยกขายอย่างมีมูลค่าสูงสุด และไม่มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินจากการใช้ทรัพย์สินนั้นในกระบวนการล้มละลาย สำหรับกระบวนการฟื้นฟูกิจการ แม้จะมีบทบัญญัติให้ใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในการดำเนินกิจการค้าของลูกหนี้ได้ แต่บทบัญญัติเรื่องการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียแก่บุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สินนั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ไม่เป็นธรรมต่อเจ้าของทรัพย์สิน ผู้ต้องถูกใช้ทรัพย์สินในการฟื้นฟูกิจการนั้น บทบัญญัตินี้จึงควรได้รับการจัดสรรความเป็นธรรมแก่ผู้ที่มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายในกระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการอันได้แก่ ลูกหนี้ บรรดาเจ้าหนี้ และบุคคลภายนอกเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินซึ่งถูกใช้ในกิจการของลูกหนี้

สำหรับส่วนกฎหมายล้มละลายควรจะปรับปรุงแก้ไขดังนี้

1. เรื่องทรัพย์สินของลูกหนี้ กฎหมายล้มละลายควรจะระบุให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น รวมถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของด้วย
2. อำนาจการจัดการทรัพย์สินของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กฎหมายล้มละลาย ควรจะแก้ไขให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ต่อไป ตราบเท่าที่จำเป็นเพื่อให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้มีมูลค่าสูงสุด
3. กฎหมายล้มละลายจะต้องมีบทบัญญัติจัดการสัญญาซึ่งผูกพันการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกไว้ เพื่อให้ผู้แทนในคดีล้มละลายสามารถใช้สอยทรัพย์สินของบุคคลภายนอกในกิจการภายใต้ผลของกฎหมายได้ โดยกำหนดให้ข้อสัญญาใด ๆ ที่มีการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติ หรือร่นระยะเวลาของสัญญาออกไป จะใช้บังคับไม่ได้กับผู้แทนในคดีล้มละลายและลูกหนี้ และให้อำนาจแก่ผู้แทนในคดีล้มละลายที่จะตัดสินใจปฏิบัติตามสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อกองทรัพย์สินในคดีล้มละลาย รวมทั้งเพื่อประโยชน์สำหรับการใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอก

4. กฎหมายล้มละลายควรจะอนุญาตให้มีการใช้สอยทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกเป็นเจ้าของ และอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ โดยจะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับเงื่อนไขการดำเนินกิจการของลูกหนี้ รวมทั้งเงื่อนไขดังต่อไปนี้

4.1 ผลประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้นได้รับการคุ้มครองในเรื่องการลดไปของมูลค่าทรัพย์สิน และ

4.2 ค่าใช้จ่ายตามสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างต่อเนื่องตามสัญญา และการใช้สอยของทรัพย์สินนั้นจะได้รับการชำระเงินค่าตอบแทนเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ

5. กฎหมายล้มละลายควรให้มีบทบัญญัติสำหรับการแจ้งคำสั่งเป็นหนังสือเป็นระยะเวลาตามสมควรเรื่องการใช้ที่มีขึ้นนอกการดำเนินการค้ำประกันแก่เจ้าของทรัพย์สิน และบรรดาเจ้าหนี้ และบัญญัติให้สิทธิแก่บุคคลเช่นว่านั้นมีโอกาสโต้แย้งคัดค้านต่อศาลได้

สำหรับส่วนที่กฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการจะต้องมีการแก้ไขให้เป็นไปในทางเดียวกัน คือ กรณีการให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกดังนี้

6. กฎหมายล้มละลาย ควรมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองส่วนได้เสียบุคคลภายนอกเจ้าของทรัพย์สิน ดังนี้

6.1 กำหนดวิธีการบรรเทาความเสียหายจากการพักการดำเนินคดี

6.2 กำหนดวิธีการคุ้มครองมูลค่าของทรัพย์สินของบุคคลภายนอกด้วยวิธีการให้ทรัพย์สินเพิ่มเติม หรือทดแทน การชำระเงินเป็นระยะๆ เท่ากับจำนวนเงินของมูลค่าทรัพย์สินที่ลดลง หรือชำระค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินตามที่ผูกพันกันในสัญญา

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมล กมลตระกูล. กฎหมายอเมริกาภูมิคุ้มกันคอร์ปชั่น, กรุงเทพฯธุรกิจ ฉบับวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2550.

กมล วีระเวชพลกุล. บทบาทของผู้บริหารแผน ปัญหาอุปสรรค และกลยุทธ์ในการบริหารแผนฟื้นฟูกิจการ, (เอกสารประกอบการบรรยายของศาลล้มละลายกลาง), 2548.

กฤษฎา พุงโซศชัย. หลักการเสมือนความเป็นเจ้าของ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

ชวลิต อัดตศาสตร์. กรณีศึกษา : การฟื้นฟูกิจการในศาลล้มละลาย. เอกสารประกอบการบรรยายโครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ถนอมนวล เชื้อบุญชัย. การฟื้นฟูองค์ธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.

ทวี กลียพงษ์. คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483. พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536.

เรียววิทย์ ชัยชูลี. ปัญหาผลบังคับจากข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลาย (IPSO FACTO CLAUSE). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546

ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี. กรุงเทพมหานคร : ศรีสมบัติการพิมพ์, 2544.

ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. การล้มละลาย. เอกสารประกอบการบรรยาย โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2549.

ประมุล สุวรรณศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545.

ปรีชา พานิชวงศ์. คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิ้น พิมพ์ครั้งที่ 4,
กรุงเทพมหานคร : บริษัท ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2548

พิชัย นิลทองคำ, กมล ชีรเวชพลกุล. การปรับโครงสร้างหนี้ ด้วยการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ โดยศาลล้มละลายกลาง. กรุงเทพมหานคร : อททยา มิเด็นเนียม, 2547.

ยุติธรรม, กระทรวง. “บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย
(ฉบับที่.....) พ.ศ.” (อัดสำเนา).

รวมคำสังศาลล้มละลายกลาง คดี ทีพีไอ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ กรีนลิบรา, 2550.

วรชาติ เจริญเลิศวิลาศ. การตั้งเอกชนเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายล้มละลายไทย.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

วัฒนา ลิ้มนรรัตน์. กฎหมายเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างหนี้การฟื้นฟูกิจการและล้มละลาย. เอกสาร
ประกอบการบรรยายโครงการประกาศนียบัตร บัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ. คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

วิชัย ตันติกุลานันท์. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3.
กรุงเทพมหานคร : พีรภาส, 2545.

วิชา มหาคุณ. กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2546

วิชา มหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยล้มละลายเรื่องกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของ
ลูกหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550.

วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. แพ่งพิสดาร เล่ม 4. กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2549.

วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. ล้มละลายพิสดาร. กรุงเทพมหานคร : แสงจันทร์การพิมพ์, 2549.

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 4.

พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : หสม. แก้วขวัญข้าง, 2545

วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยทรัพย์สิน

บรรพ 4 มาตรา 1298-1434. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ. กฎหมายฟื้นฟูฟูกิจการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์हरषา, 2547.

สมชาย สกุลสุรรัตน์. กฎหมายเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างหนี้ การฟื้นฟูฟูกิจการและล้มละลาย. เอกสารประกอบบรรยาย โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

เสนอ บุญเกียรติ , คำบรรยายวิชากฎหมายล้มละลาย , พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2514.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์.

กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2521.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2521.

สุธีร์ ศุภนิตย์. หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548.

หลวงสารกิจปริษา , คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย , พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

นิติบรรณการ , 2534.

หลวงสารนัยประสาสน์. หลักปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายที่เกี่ยวข้องกับศาล. กรุงเทพมหานคร : ม.ท.ป., 2512.

หทัยรัตน์ ถาวรพานิชกิจ. สิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544

เอื้อน ชุนแก้ว. คู่มือการศึกษากฎหมายล้มละลาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2547.

เอื้อน ชุนแก้ว. คู่มือการศึกษากฎหมายฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2548.

ภาษาอังกฤษ

Andrew R.Keay and Peter Walton. Insolvency Law Corporate and Personal. Edinburgh : Pearson
Education Limited, 2003.

Christopher Berry and Edward Bailey. Bankruptcy : Law and Practice. London: Buterworths,1987

Fiona Tolmie. Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law, London : Sweet &
Maxwell, 1998.

Fletcher, Ian F. The Law of insolvency. Third Edition. London : Sweet & Maxwell, 1999.

J.H Dalhuisen. International Insolvency & Bankruptcy. U.S.A. : Matthew Bender, 1982.

J.H. Thompson. The Principles of Bankruptcy Law. London : HFL Publishers, 1972.

Milman and Durrant. Corporate Insolvency. Third Edition. London : Sweet&Maxwell, 1999.

Paul Raby. Law Relating to Banking services. Second Edition, London : Pitman Publishing,
1992.

Richard I Aron. Bankruptcy Law Fundamentals. New York Clark Boardman Company Ltd.,1987.

Thomas H. Jackson. The Logic and Limits of Bankruptcy Law. U.S.A. : Harvard University, 1986.

Working Group V; UNITED Nations Commission on International Trade Law. Legislative Guide on Insolvency Law. New York, 2005.

Working Group Insolvency Law, United Nations commission on International Trade Law. Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its twenty-sixth session. New York, 13-17 May 2002.

Working Group Insolvency Law, United Nations commission on International Trade Law. Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its twenty-seventh session. Vienna, 9-13 December 2002.

Working Group Insolvency Law, United Nations commission on International Trade Law. Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirtieth session. 29 March-2 April 2004.

Working Group Insolvency Law, United Nations commission on International Trade Law. Report of Working Group V (Insolvency Law) on the work of its thirty-second session. New York, 14-18 May 2007.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNCITRAL : Legislative Guide on Insolvency Law

Treatment of assets on commencement of insolvency proceedings

A. Assets constituting the insolvency estate

1. Introduction

1. Fundamental to insolvency proceedings is the need to identify, collect, preserve and dispose of the debtor's assets. Many insolvency systems place these assets under a special regime sometimes referred to as the insolvency estate, over which the insolvency representative will have specified powers, subject to certain exceptions.

2. The present Legislative Guide uses the term "estate" in its functional sense to refer to assets of the debtor that are controlled by the insolvency representative and are subject to the insolvency proceedings. There are some important differences in the way in which the concept of the insolvency estate is understood in various jurisdictions. In some States, the insolvency law provides that legal title over the assets is transferred to the designated official (generally the insolvency representative). In others, the debtor continues to be the legal owner of the assets, but its powers to administer and dispose of those assets are limited. Either the insolvency representative will have complete control of the assets or the debtor will only be able to deal with assets in the ordinary course of business and use or disposal of assets outside the ordinary course of business, including by the creation of security interests, will require the consent of the insolvency representative or, in some cases, the court or creditors.

3. Irrespective of the applicable legal tradition, an insolvency law will need to clearly identify the assets that will be subject to the insolvency proceedings and therefore included within the concept of the estate as discussed in the Guide and indicate how they will be affected by those proceedings, including clarifying the relative powers of the various participants.

Identification of assets and their treatment will determine the scope and conduct of the proceedings and, in particular in reorganization, will have a significant bearing on the likely success of those proceedings. The inclusion in an insolvency law of clear and comprehensive provisions on these issues will ensure transparency and predictability for both creditors and the debtor.

2. Assets included in the insolvency estate

(a) General definition of the insolvency estate

4. The estate may be expected to include all assets of the debtor, including rights and interests in assets, wherever located, whether in the forum or a foreign State, whether or not in the possession of the debtor at the time of commencement, and including all tangible (whether movable or immovable) and intangible assets. It would include the debtor's rights and interests in encumbered assets and in third-party-owned assets (where the continued use of those assets by the estate may be subject to other provisions of the insolvency law—see chap. II, paras. 90 and 91). Generally, assets acquired by either the debtor or the insolvency representative after commencement of the insolvency proceedings (subject to specific exclusions that would apply in the case of natural person debtors—see below) and assets recovered through avoidance or other actions would also be included. Some assets may be freely sold or exchanged in the course of the proceedings, while others may be subject to limitations that arise from contract or other law (e.g. a non-assignable government licence or a customer list that is subject to privacy restrictions) or involve mediating problems that can arise with respect to other rights in those assets. Notwithstanding such limitations, it is desirable that these assets be included in the estate.

5. Tangible assets should be readily found on the debtor's balance sheets, such as cash, equipment, inventory, works in progress, bank accounts, accounts receivable and real estate. The assets to be included within the category of intangible assets may be defined differently in different States, depending upon national law, but may include intellectual property, securities and financial instruments, insurance policies, contract rights (including

those relating to assets owned by third parties) and rights of action arising from a tort.¹The inclusion of some intangible assets in the estate may give rise to conflicts with other laws, such as those restricting transferability or laws relating to privacy protection. In the case of natural persons, the estate may also include assets such as inheritance rights in which the debtor has an interest or to which the debtor is entitled at the commencement of insolvency proceedings or which come into existence during the proceedings, as well as the debtor's interest in assets owned jointly with another person, including the debtor's spouse.

6. Notwithstanding the desirability of a broad definition of the estate, the inclusion of a number of types of asset can be controversial. Some assets can be included in the estate without difficulty, such as assets belonging to the debtor and that are unencumbered, assets that are not disputed by a third party and assets recovered by the insolvency representative, whether through claims against a third party or through avoidance actions. Other assets can be excluded from the estate without difficulty, such as assets belonging to a third party in which the debtor has no interest and assets belonging, with full ownership rights, to the debtor's spouse. Assets such as encumbered assets, joint assets, assets located abroad, some intangible assets and third-party-owned assets in which the debtor has an interest could raise difficult questions. These are discussed in the following sections.

(b) Encumbered assets

¹ Where the debtor is a natural person, some jurisdictions exclude torts of a personal nature such as defamation, injury to credit or reputation or personal bodily injury, where the debtor remains personally entitled to sue and to retain what is recovered on the basis that the incentive to vindicate wrongdoing otherwise would be diminished, but may not be entitled to sue for any loss of earnings associated with those causes of action.

7. One question of some importance is whether the insolvency law includes encumbered assets as part of the insolvency estate. Insolvency laws adopt different approaches to the treatment of such assets. Many laws provide that encumbered assets are included in the insolvency estate, with the commencement of proceedings giving rise to different effects, such as limiting the enforcement of security interests by application of a stay. Including encumbered assets in the estate and thus limiting the exercise of rights by secured creditors on commencement of proceedings may assist not only in ensuring equal treatment of creditors, but may be crucial to the proceedings where the encumbered asset is essential to the business. For example, where manufacturing equipment or a leased factory building is central to the debtor's business operations, reorganization or sale of the business as a going concern cannot take place unless the equipment and the lease can be retained for the proceedings. There will be advantages, in particular in reorganization and where the business is to be sold as a going concern in liquidation, in having all assets of the debtor available to the insolvency estate from the time of commencement.

8. Where encumbered assets are included in the insolvency estate, a number of insolvency laws provide certain protections, such as those relating to maintaining the value of the encumbered asset or the secured portion of a creditor's claim and to specified situations where the encumbered asset may be separated from the estate. An insolvency law should make it clear that such an inclusion will not deprive secured creditors of their rights in the encumbered assets, even if it does operate to limit the exercise of those rights (e.g. postponement by operation of the stay) and should specifically ensure the protection of the rights of secured creditors in encumbered assets.

9. Other insolvency laws provide that encumbered assets are unaffected by insolvency proceedings and secured creditors may proceed to enforce their legal and contractual rights. Recognizing that there will be cases where encumbered assets may be crucial to the proceedings, there are examples of laws that provide that even where those assets are unaffected by the insolvency, the court may be requested to prevent such enforcement

where the asset is necessary for the business to continue operating. Exclusion of encumbered assets may have the advantage of generally enhancing the availability of credit because secured creditors would be reassured that their rights would not be adversely affected by the commencement of insolvency proceedings. It is increasingly accepted, however, that this general advantage to an economy is outweighed by the advantages to be derived from including encumbered assets in the insolvency estate and restricting the exercise of secured creditors' rights as noted above.

(c) Third-party-owned assets

10. Some jurisdictions permit assets in which a creditor retains legal title or ownership (e.g. a retention of title or a lease arrangement) to be separated from the insolvency estate on the basis that the insolvency law should respect the creditor's legal title in the asset. In some jurisdictions the separation of the asset may be subject to the provisions of the insolvency law relating to treatment of contracts. The estate will generally include, however, as indicated above in the general definition of the estate, any rights that the debtor might have in respect of those third-party-owned assets. There will be cases where the third-party-owned assets may be crucial, like encumbered assets, to the continued operation of the business, whether in reorganization or sale as a going concern in liquidation. In those cases, it will be advantageous for the insolvency law to include a mechanism that will permit third-party-owned assets to remain at the disposal of the insolvency proceedings, subject to protecting the interests of the third-party owner and to the right of the third party to dispute that treatment.

11. If the economic terms of the transaction demonstrate that it is a device to finance the acquisition of an asset, although structured, for example, as a lease, some laws treat the arrangement as a secured lending arrangement and the lessor will be subjected to the same treatment in insolvency as other secured creditors. A transaction will be a financing device where, at the end of the term of the lease, either the debtor can retain the asset for the payment of a nominal sum or the remaining value of the asset is negligible. The

insolvency law may regard the debtor's rights as part of the insolvency estate and permit the asset to be used by the insolvency representative subject to certain conditions as described below (paras. 90 and 91).

12. Where the interest in assets that is claimed by the debtor is disputed by a third party, it will be desirable for the insolvency law to enable those assets to be protected on an interim basis to ensure their preservation, pending decision by the court as to ownership. Where the decision is ultimately made that the assets do not form part of the estate, the law may also address issues of damage to the third party arising from the debtor's retention. The issue of damages may also be relevant where a third party withholds assets that are found to form part of the estate.

(d) Foreign assets

13. Whether the debtor's assets outside the country where the proceedings are taking place will become part of the estate raises issues of cross-border insolvency. This may be of particular importance in reorganization, where the exclusion of foreign assets could significantly affect the success of the proceedings. Some insolvency laws take the approach that there should be a single insolvency proceeding, based in the country where the debtor has its head office or place of registration or incorporation (centre of main interests), that will apply to the debtor's assets wherever situated (the universal approach). This approach includes the idea that the State adopting it will accept the same claim made under the insolvency law of another State. Other insolvency laws are based upon an approach that limits the applicability of the insolvency law to the geographical area governed by the State enacting the legislation (the territorial approach). This approach requires different proceedings to be commenced in each State in which the debtor has assets or in which different branches or establishments of the debtor are located. Another approach is a modified version where a State claims universal application of its own law, but does not recognize the same universal application of the laws of other States.

14. The existing diversity of approaches to this issue creates considerable uncertainty and undermines the effective application of national insolvency laws. However, as the differences between insolvency laws increasingly narrow and greater convergence emerges, there are fewer reasons for maintaining the territorial approach. It is increasingly desirable that an insolvency law provide that the insolvency estate comprise all assets of the debtor wherever located.² However, since divergence is likely to remain for some time, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency establishes a regime for effective cooperation in cross-border insolvency cases through recognition of foreign decisions and access for foreign insolvency representatives to local court proceedings. The regime is intended to be compatible with all legal systems and is discussed in more detail in the documents included in annex III.

(e) Recovered assets

(i) Avoidance proceedings

15. The insolvency estate generally will include any assets or their value recovered through avoidance proceedings where the transaction involving the assets was of the type subject to avoidance under an insolvency law. Such transactions may include transactions that resulted in preferential treatment to some creditors, were prejudicial to the insolvency estate or were entered into in an effort to defeat the collective rights of creditors (see below, paras. 170-184).

(ii) Unauthorized post-application and post-commencement transactions

² See for example, EC Regulation 1346/2000, which relies on the principle of proceedings with universal scope, while retaining the possibility of opening secondary proceedings whose effects are limited to the territory of the member State concerned. There is automatic recognition of foreign decisions and special rules for coordination between liquidators.

16. Many insolvency laws adopt measures intended to limit the extent to which a debtor subject to insolvency proceedings can deal with its assets, whether encumbered or not, without the authorization of the court or the insolvency representative (see below, paras. 70-73). These restrictions will generally apply after the commencement of insolvency proceedings, but may also apply after an application for commencement of proceedings in those cases where the powers to deal with assets of the estate are given to an interim insolvency representative. Some insolvency laws treat transactions that are not authorized as invalid and unenforceable as against the insolvency estate and enable any assets transferred to be reclaimed, except in some cases where the counterparty gave value or can prove that the transaction did not impair creditors' rights. Other insolvency laws achieve the same result by addressing unauthorized contracts in terms of avoidance provisions, depending upon how the suspect period is calculated (see below, para. 188).

3. Assets excluded from the insolvency estate

(a) General exclusions

17. The insolvency law may exclude certain assets from the estate. Insolvency laws adopt different approaches to this issue. Assets excluded from the estate may include, for example, certain assets owned by a third party that are in the possession of the debtor when the proceedings commence, such as trust assets and assets subject to an arrangement (whether contractual or otherwise) that does not involve a transfer of title, but rather use of the assets and return to the owner once the purpose for which they were in the possession of the debtor has been fulfilled.³ They may also include assets subject, under some laws, to reclamation, such as goods supplied to the debtor before commencement, but not paid for and recoverable by the supplier (subject to identification and other applicable conditions).

³ Such an arrangement may be known as a bailment or depositum.

(b) Where the debtor is a natural person

18. In the case of insolvency of a natural person, the insolvency law may exclude certain assets from the estate, such as post-application earnings from the provision of personal services by the debtor or monies received for public works by the debtor, assets that are necessary for the debtor to earn a living and personal and household assets, such as furniture, household equipment, bedding, clothing and other assets necessary to satisfy the basic domestic needs of the debtor and his or her family. Some jurisdictions also exclude torts of a personal nature such as defamation, injury to credit or reputation or personal bodily injury. The debtor remains personally entitled to sue and to retain what is recovered in such actions on the basis that the incentive to vindicate wrongdoing otherwise would be diminished, but the debtor may not be entitled to sue for any loss of earnings associated with those causes of action. Such exclusions generally would not be available to legal person debtors.

19. Where an insolvency law excludes certain assets from the estate of a natural person, those assets should be clearly identified and the number and value of the exclusions limited to the minimum necessary to preserve the personal rights of the debtor and allow the debtor to lead a productive life. In identifying such exclusions, consideration might need to be given to applicable human rights obligations, including international treaty obligations, which are intended to protect the debtor and relevant family members and may affect the exclusions that should be made.⁴ A further consideration may be the economic effects of exclusions; some research suggests that the full or substantial exemption of personal assets from insolvency proceedings may have a positive effect on entrepreneurship and risk-taking.

⁴ In Europe, for example, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 is relevant.

Joint assets

20. Different approaches are adopted to the treatment of personal assets owned jointly by a natural person debtor and his or her spouse. That treatment may be specified by the insolvency law or law other than the insolvency law, such as that relating to matrimonial property or property ownership and, in some federal jurisdictions, may involve questions of both state and federal law. The relationship between those other laws and the insolvency law may determine how certain provisions of the insolvency law, for example avoidance provisions, will apply.

21. One approach to the treatment of joint assets is to exclude them completely from the estate. Another approach provides that, where the proceedings are opened against the assets of one spouse, the part of the mutual assets belonging to that spouse can become part of the insolvency estate if, under law other than the insolvency law, the assets can be divided for purposes of execution (where division of the assets will be conducted outside of the insolvency law and proceedings). The choice between these approaches may therefore depend upon the operation of law other than the insolvency law and factors such as the ease with which the assets may be divided (see below, para. 87).

Recommendations 35-36

Purpose of legislative provisions

The purpose of provisions relating to the insolvency estate is:

- (a) To identify those assets which will be included in the estate, including the debtor's interests in encumbered assets and in third-party-owned assets; and
- (b) To identify the assets, if any, that will be excluded from the estate.

Contents of legislative provisions

Assets constituting the insolvency estate (paras. 1-16)

35. The insolvency law should specify that the estate should include:

- (a) Assets of the debtor,⁵ including the debtor's interest in encumbered assets and in third-party-owned assets;
- (b) Assets acquired after commencement of the insolvency proceedings; and
- (c) Assets recovered through avoidance and other actions.

36. In the case of insolvency proceedings commenced where the debtor has its centre of main interests, the insolvency law should specify that the estate should include all assets of the debtor wherever located.⁶

⁵ Ownership of assets would be determined by reference to the relevant applicable law, where the term "assets" is defined broadly to include property, rights and interest of the debtor, including the debtor's rights and interests in third-party-owned assets.

⁶Where the insolvency law adopts a universal approach, as recommended here, the law should also address the issue of recognition of foreign proceedings, see the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (annex III).

C. Use and disposal of assets

1. Introduction

74. Although as a general principle it is desirable that an insolvency law not interfere unduly with the ownership rights of third parties or the interests of secured creditors, the conduct of insolvency proceedings will often require assets of the insolvency estate, and assets in the possession of the debtor being used in the debtor's business, to continue to be used or disposed of (including by way of encumbrance) in order to enable the goal of the particular proceedings to be realized. This will be especially important in reorganization, but also in liquidation where the business is to be sold as a going concern. It may also be relevant in some cases of liquidation where the business needs to be continued for a short period to enable the value of the assets to be maximized even if they are to be sold piecemeal. For these reasons, it is desirable that an insolvency law include provisions on the use or disposal of assets of the insolvency estate (including encumbered assets), and third-party-owned assets, addressing the conditions upon which those assets may be used or disposed of and the provision of protection for the interests of third-party owners and secured creditors. Sale or disposal of assets would typically involve notifying creditors, whether generally or only affected creditors, of any proposed action. Where notice is to be given to creditors generally, it may be provided through any creditor committee formed to facilitate the proceedings (see chap. III, paras. 99-112). It may be important to note, in designing provisions on use and disposal, that other laws may affect the use of these powers in insolvency. For example, laws prohibiting or restricting foreign ownership in certain sectors of the economy may limit the price that can be obtained for certain assets and in turn affect distributions to creditors.

2. Assets of the insolvency estate

(a) Ordinary course of business

75. Some insolvency laws draw a distinction between use or disposal of assets of the estate in the ordinary course²⁹ of conducting the business of the debtor and use or disposal in other circumstances (“outside the ordinary course of business”) in terms of who may make decisions as to use or disposal and the protections that are required. When the insolvency representative continues the operation of the debtor’s business, either during reorganization proceedings or to enable a sale of the business as a going concern, decisions as to use and disposal of property in the ordinary course of business may be taken by the insolvency representative³⁰ without requiring notice to be given to creditors or approval of the court. Use and disposal outside the ordinary course of business, however, may require approval of the court or of creditors. Some laws extend these rights of use and disposal to a debtor under the supervision or control of an insolvency representative or to a debtor-in possession. When the assets are subject to a security or other interest (e.g. a lease) the economic rights of the holder of that interest will need to be protected.

76. Including a distinction in the insolvency law between disposals made in or outside the ordinary course of business may facilitate the continuing day-to-day operation of the business, both in reorganization and in liquidation where it is to be sold as a going concern,

²⁹ This concept is discussed further in the context of avoidance proceedings; see below, paras. 164-168. States define the “ordinary course of business” with a varying emphasis on different elements. However, in most jurisdictions a common purpose of the definition is to determine what constitutes routine conduct of business and allow a business to make routine payments and enter into routine contracts, without subjecting those transactions to possible avoidance in insolvency. Those routine payments might include the payment of rent, utilities such as electricity and telephone and possibly also payment for trade supplies.

³⁰ The exercise of these rights by the insolvency representative depends upon the functions of that position under the insolvency law and may be restricted, for example, where the insolvency representative’s role is that of a trustee or supervisor and also upon the relative roles assigned to the debtor and insolvency representative after commencement of insolvency proceedings, in particular in reorganization.

without imposing the complexity of obtaining court approval to conduct routine activities. The requirement for approval in the case of non-routine disposal can act as a check against abuse, such as disposals to related parties. Nevertheless, an insolvency law needs to provide clear guidance on what constitutes dealing in the ordinary course of business in order to avoid disputes and ensure that the proceedings are conducted quickly and efficiently. Sale or other disposal of assets outside the ordinary course of business raises several complicated issues, which are discussed below, including the method of sale designed to generate the most value for the estate; the sale of encumbered assets when there is a dispute concerning the validity or amount of the secured claim or when the value of the estate will be enhanced by that sale; notice to parties in interest and an opportunity for interested buyers to submit higher and better offers; prompt sale in the case of perishable assets; and the power to abandon assets that have no value to the estate.

77. Some insolvency laws also distinguish between different types of asset in terms of how they may be used and the conditions that will apply. Special provisions may apply, for example, to perishable or other assets that will diminish in value if not sold quickly or to cash or to property held jointly by the debtor and another person or held by the debtor subject to a security interest. An insolvency law may provide that such assets can be sold outside the ordinary course of business without prior approval of creditors or of the court.

78. Any concerns with respect to possible misuse of powers of use and disposal or defalcation by the insolvency representative may be addressed in terms of the appointment criteria, including provision of a security bond (an approach adopted by many insolvency laws—see also chap. III, para. 62) and through other measures to address the liability of the insolvency representative.

(b) Methods of sale

79. Where assets of the insolvency estate are to be sold it is important that, irrespective of which party may be required to supervise sales, the manner of sale chosen maximizes the

value for the estate and that creditors receive adequate notice of the sale, enabling them to challenge the sale in court if they disapprove. Where a creditor committee is formed and the insolvency law provides for creditors to be consulted on the sale of assets outside the ordinary course of business, a requirement to notify creditors of any proposed sale might be satisfied by notifying the creditor committee in order to minimize costs and avoid any delay associated with notifying all creditors. Different procedures are adopted with respect to the sale of assets. Many insolvency laws require assets to be sold by auction, with some providing that the creditor committee, or some other creditor representative or the insolvency representative, can approve some other means of sale, such as by private contract, if it will be more profitable.

80. As noted above, some insolvency laws give the power of sale in the ordinary course of business to the insolvency representative and impose a duty to obtain the best price reasonably obtainable at the time of sale. Some of those laws also impose limits on the insolvency representative's discretion to choose the method of sale. In cases where the insolvency representative chooses to conduct the sale privately rather than through a public auction, the law may require the court to supervise the sale or creditors to approve it. Other insolvency laws provide for the court to play a significant role in the sale of assets. The court fixes the time, the form and the conditions of sale; the insolvency representative plays a subsidiary role in collecting offers and obtaining the views of the creditors. Some insolvency laws also address issues such as sales to a creditor to offset that creditor's claim and sale of any of the debtor's assets in the possession of a third party to that third party for a reasonable market price. Where assets might be subject to rapid deterioration of value, such as where they are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy, notification and/or approval of creditors or the court might prove difficult to achieve quickly. In such cases it may be desirable for the law to provide that prior approval is not necessary. While the sale could be confirmed after it has been completed, it would not be feasible to create a possibility of reversing or modifying the sale (except in cases of fraud or collusion)

because of the consequential contractual uncertainty, and the very nature of the assets may discount the likelihood of any resale.

81. Although it may be suggested that an insolvency law should specifically preclude a sale to related parties to avoid collusion, absolute prohibition of such a sale may not be necessary, provided it is adequately supervised and carefully scrutinized before being allowed to proceed, to avoid fraud and collusion. Such supervision or scrutiny may require higher standards in terms of the valuation of assets and disclosure of business relationships.

82. While it may be expected that assets sold in the context of insolvency proceedings will achieve a lower sale price than similar assets sold under normal market conditions, an insolvency law can adopt a number of procedural protections to ensure that the proceedings are fair, that the maximum price is achieved and that, overall, the procedure for disposal of assets is transparent and well-publicized. Such protections include providing notice to creditors and to prospective purchasers in a manner that will ensure the information is likely to come to the attention of interested parties; allowing creditors to raise their objections or concerns (either with the insolvency representative or the court, as appropriate); requiring assets to be valued by neutral, independent professionals (especially in the case of real estate and specialized property); and, in the case of auctions, requiring pre-bidding qualification and minimum prices where appropriate and preventing and punishing collusion among bidders.

(c) Use or disposal of encumbered assets

83. An insolvency law will need to address the question of use or disposal (including by further encumbrance) of encumbered assets and, in particular, whether the insolvency representative or the secured creditor will have the power to sell those assets. To a large extent, the approach adopted will depend upon whether the insolvency law includes encumbered assets in the insolvency estate; if not, the secured creditor will generally be

free to enforce its security interest. Where encumbered assets are part of the estate, insolvency laws take different approaches to the issue. In some cases, the approach depends upon the application of other provisions of the insolvency law, such as application of the stay (while the stay applies only the insolvency representative can dispose of the assets), as well as law other than insolvency law, and whether encumbered assets can be sold free and clear of interests. It may also depend on the nature of the sale proposed, whether as an individual asset or as an integral part of a sale of the business as a going concern. Some insolvency laws, for example, provide that only the insolvency representative will be able to dispose of encumbered assets in both liquidation and reorganization. Other laws distinguish between liquidation and reorganization; the insolvency representative will be able to dispose of the assets during reorganization, but in liquidation this ability is time-limited. Once the insolvency representative's exclusive period has expired, the secured creditor may exercise its rights. Whichever approach is adopted, an insolvency law should require secured creditors to be notified of any proposed disposal and have an opportunity to object. Where the secured claim exceeds the value of the asset or the asset is not required for the proceedings, the insolvency representative may be permitted to relinquish the encumbered asset to the secured creditor without notice.

84. An insolvency law should also outline the conditions (including provision of notice and an opportunity for existing secured creditors to object) for further encumbrance of already encumbered assets, the most common being that the existing secured creditor will have priority for the secured portion of its claim over any new secured creditor (see below, paras. 103 and 104).

(d) Ability of the insolvency representative to sell free and clear of interests

85. Some insolvency laws permit the insolvency representative to sell assets of the estate free and clear of interests, including security interests, subject to certain conditions. These may include that the sale is permitted under law other than the insolvency law; that the holder of the interest is notified of the proposed sale and consents; that the sale price is in

excess of the value of the security interest; that the holder of the security interest could be compelled (in other legal proceedings) to accept cash or substitute equivalent security interest in settlement of its interest; and that the priority of interests in the proceeds of any sale will be preserved. Some laws also provide that, where the holder of the security interest does not consent to the sale, the insolvency representative may request the court to authorize the sale. This may be granted provided the court is satisfied, for example, that the insolvency representative has made reasonable efforts to obtain the consent; that the sale is in the interests of the debtor and its creditors; and that the sale will not substantially prejudice the holder of the interest. Even where the court approves the sale, if the offer for the asset was inadequate, the law might permit the holder of the security interest to retain the right to offset the bid to protect its interest.

86. Some advantages of allowing the insolvency representative to sell free and clear are that assets sold subject to these interests are likely to obtain much lower prices and considerable uncertainty will exist for the buyer. Where encumbered assets are subject to conflicting claims (e.g. ownership, lease or lien), the ability to sell free and clear of interests will allow the assets (where they are not unique) to be sold without waiting for the claims to be resolved. The claimants can then dispute the distribution of the proceeds of sale.

(e) Joint assets

87. Where the debtor and another person own assets in some form of joint or co-ownership, different approaches may be taken to the disposal of the estate's interest. Where the assets can be divided, generally under law other than insolvency law, between the debtor and the co-owners for the purposes of execution, the estate's interest can be sold without affecting the co-owners. Some insolvency laws, however, provide that the insolvency representative may sell both the estate's interest and that of the co-owners, provided certain conditions are met. These conditions may include that division of the property between the estate and the co-owners is impractical; that the sale of a divided part would realize significantly less for the estate than a sale of the undivided whole free of the interests of the co-owners; and that

the benefit to the estate of such a sale outweighs any detriment to the co-owner. An insolvency law may also provide that the co-owner has an option or right to purchase the debtor's interest before completion of the sale to another party. As noted above (paras. 20 and 21), the disposal of such assets in insolvency may be affected by the application of law other than insolvency law.

(f) Burdensome, no-value and hard-to-realize assets

88. It may be consistent with the objective of maximizing value and reducing the costs of the proceedings to allow the insolvency representative to relinquish the estate's interest in certain assets, including land, shares, assets subject to a valid security interest, contracts and other property, where the insolvency representative determines relinquishment to be in the interests of the estate and additionally where a secured creditor obtains relief from the stay. The exercise of that power may be subject to approval by the court and to certain conditions, such as that the relinquishment does not violate any compelling public interest that may exist, for example, where the asset is environmentally dangerous or hazardous to public health and safety. An insolvency law may also need to address who might be entitled to claim the relinquished assets. Situations in which this approach may be appropriate include where assets are of no or an insignificant value to the estate (e.g. the security interest exceeds the value of the encumbered asset); where the asset is burdened in such a way that retention would require excessive expenditure that would exceed the proceeds of realization of the asset or give rise to an onerous obligation or a liability to pay money; or where the asset is unsaleable or not readily saleable by the insolvency representative, such as where the asset is unique or does not have a readily apparent market or market value. Where a secured creditor is given an asset relinquished by an insolvency representative, the insolvency law might provide that the secured creditor's claim is reduced by the value of the relinquished asset. Creditors should be provided with notice of, and given an opportunity to object to, any proposal by the insolvency representative to relinquish assets.

(g) Receivables

89. Where the assets of the estate include receivables (the debtor's contractual right to payment of a monetary sum), permitting the insolvency representative to assign the rights to payment may enable value or a credit to be obtained for the estate. Different approaches are taken to the question of assignment in the context of insolvency (see below, paras. 139-142). Some insolvency laws specify that non-assignment clauses are made null and void by the commencement of insolvency proceedings. Other insolvency laws leave the matter to general contract law. If the contract contains a non-assignment clause the contract cannot be assigned unless the parties to the original contract agree. Some laws also provide that, if the counterparty to the original contract does not consent to assignment, the insolvency representative may assign with permission from the court if it can be shown that the counterparty is withholding consent unreasonably. This approach is consistent with the approach taken in the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, article 9.³¹

³¹ Article 9, Contractual limitations on assignment, reads:

"1. An assignment of a receivable is effective notwithstanding any agreement between the initial or any subsequent assignor and the debtor or any subsequent assignee limiting in any way the assignor's right to assign its receivables.

"2. Nothing in this article affects any obligation or liability of the assignor for breach of such an agreement, but the other party to such agreement may not avoid the original contract or the assignment contract on the sole ground of that breach. A person who is not party to such an agreement is not liable on the sole ground that it had knowledge of the agreement.

"3. This article applies only to assignments of receivables:

"(a) Arising from an original contract that is a contract for the supply or lease of goods or services other than financial services, a construction contract or a contract for the sale or lease of real property;

"(b) Arising from an original contract for the sale, lease or license of industrial or other intellectual property or of proprietary information;

"(c) Representing the payment obligation for a credit card transaction; or

3. Third-party-owned assets.

90. There will be insolvency cases where third-party-owned assets, similarly to encumbered assets, may be crucial to the continued operation of the business, in particular in reorganization proceedings but also to a lesser extent in those liquidation proceedings where the business is to be sold as a going concern. In those cases, it will be advantageous for the insolvency proceedings if an insolvency law includes a mechanism that will enable such assets to continue to be used. Some insolvency laws address this issue in terms of the types of asset to be included as part of the insolvency estate (see above, paras.10-12 and 17) and therefore available for use by the insolvency representative. It should be noted that, for the purposes of the Legislative Guide, the debtor's interests in third-party-owned assets are considered to be assets. Other insolvency laws, where the possession of the asset by the debtor is subject to a contractual arrangement, address the question of use in the context of the treatment of contracts. This may include, for example, imposing restrictions on the termination of the contract pursuant to which the debtor holds the assets (see below, paras. 114-119) or preventing the owner from reclaiming its assets in the insolvency (at least without the approval of the court or the insolvency representative) for a limited period of time after commencement through application of a stay.

91. Where third-party-owned assets are used in the insolvency proceedings, an insolvency law will need to consider protection of the interests of the owner of the assets against diminution in their value, in much the same way as protection is provided against diminution in the value of encumbered assets (see above, paras. 63-69). It is desirable that claims arising from the continued use of the asset be paid by the estate as an administrative expense (see below, para. 131).

“(d) Owed to the assignor upon net settlement of payments due pursuant to a netting agreement involving more than two parties.”

Recommendations 52-54

Purpose of legislative provisions

The purpose of provisions on use and disposal of assets is to:

- (a) Permit the use and disposal of assets, including encumbered assets in the insolvency proceedings and specify the conditions for their use and disposal;
- (b) Permit and specify the conditions for the use of third party owned assets;
- (c) Establish the limits to powers of use and disposal;
- (d) Notify creditors of proposed use and disposal, where appropriate; and
- (e) Provide for the treatment of burdensome assets.

Contents of legislative provisions

Power to use and dispose of assets of the estate (para. 74)

52. The insolvency law should permit:

- (a) The use and disposal of assets of the estate (including encumbered assets) in the ordinary course of business, except cash proceeds; and
- (b) The use and disposal of assets of the estate (including encumbered assets) outside the ordinary course of business, subject to the requirements of recommendations 55 and 58.

Further encumbrance of encumbered assets (para. 84)

53. The insolvency law should specify that an encumbered asset may be further encumbered, subject to the requirements of recommendations 65-67.

Use of third-party-owned assets (paras. 90-91)

54. The insolvency law should specify that the insolvency representative may use an asset owned by a third party and in the possession of the debtor provided specified conditions are satisfied, including:

- (a) The interests of the third party will be protected against diminution in the value of the asset; and
- (b) The costs under the contract of continued performance of the contract and use of the asset will be paid as an administrative expense.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายเอกลักษณ์ เหลืองอำพล เกิดเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2524 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร จบการศึกษามัธยมศึกษาปีที่ 1 ถึงปีที่ 5 จากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย เมื่อปี การศึกษา 2540 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี การศึกษา 2544 สำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 56 จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา เมื่อปีการศึกษา 2546 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2547 ปัจจุบันประกอบวิชาชีพทนายความที่สำนักงานสิทธิโชค ศรีเจริญ ทนายความ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย