

บทที่ 2

แนวความคิด วิวัฒนาการ ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้

แนวคิดของกฎหมายล้มละลายเกิดขึ้นมาตั้งแต่ยุคโรมันและมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดของหลักการล้มละลายไปตามสถานะของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย ในเบื้องต้นแนวคิดของกฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนจากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเท่าเทียมกัน และมีการปลดปล่อยหนี้ให้แก่ลูกหนี้เพื่อให้โอกาสลูกหนี้ได้เริ่มต้นใหม่ทางการเงิน (Fresh Start) ประกอบกับหลักคุณธรรมความเมตตาที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังแนวคิดนี้เพื่อให้โอกาสลูกหนี้ได้แก้ไขสถานะทางการเงิน และไม่ให้ออกห่างจากสังคมด้วยผลร้ายจากการตกเป็นบุคคลล้มละลายที่จะถูกกีดกันให้ออกจากการเป็นสมาชิกของสังคมตลอดไป¹ หากพิจารณาถึงแนวคิดของกฎหมายล้มละลายสำหรับบุคคลธรรมดาจะเห็นว่าบุคคลที่ประกอบธุรกิจทางการค้าในลักษณะของพ่อค้าและบุคคลที่ประกอบอาชีพโดยอาศัยความชำนาญของตนเองมีโอกาสประสบปัญหาทางการเงินได้ตลอดเวลา ซึ่งแนวคิดของกฎหมายล้มละลายในระยะเริ่มต้นต้องการให้บุคคลดังกล่าวได้จัดการกับปัญหาทางการเงินโดยผ่านกระบวนการล้มละลายที่จะสามารถสะสางหนี้ทั้งหมดอย่างรวดเร็ว และชำระหนี้ในจำนวนที่ยังมีเหลืออยู่ให้กับเจ้าหนี้ทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน พร้อมกับตกเป็นบุคคลล้มละลายตามระยะเวลาที่กำหนดซึ่งมาตรการลงโทษลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้วจึงสามารถเข้ามาเริ่มต้นประกอบธุรกิจหรืออาชีพในสังคมได้อีกครั้ง

สำหรับแนวคิดของกฎหมายล้มละลายในต่างประเทศ ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่มีความรู้ความสามารถโดยอาศัยความชำนาญในการประกอบอาชีพและที่ประกอบกิจการนั้นได้มีการเพิ่มมาตรการไม่ให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องล้มละลาย ถือเป็นมาตรการในการจัดการหนี้ของลูกหนี้ก่อนตกเป็นบุคคลล้มละลาย เพื่อให้เกิดความชอบธรรมทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ตามหลักของความรับผิดชอบชำระหนี้ได้ก่อนนี้ขึ้นมาแล้วต้องชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ให้ครบถ้วน เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายยอมรับที่จะเข้ามาช่วยเหลือและสนับสนุนการชำระหนี้คืนของลูกหนี้ตามมาตรการ

¹ จาก มาตรการฟื้นฟูลูกหนี้ที่มีกิจการขนาดเล็กภายใต้กฎหมายล้มละลาย (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 8), โดย ชัยณรงค์ เหลืองวิสัย, 2542, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ดังกล่าวไม่ให้ลูกหนี้ต้องล้มละลายอย่างแท้จริง เพราะบุคคลธรรมดาที่มีความแตกต่างจากนิติบุคคลที่ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ซึ่งในต่างประเทศลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องกลับสู่สังคมต่อไปยังต้องประกอบกิจการและอาชีพของตน การก่อหนี้ที่ไม่ต้องชำระหนี้เต็มจำนวนจากการเข้าสู่มาตรการของกฎหมายล้มละลายจนทำให้ลูกหนี้ขาดความเชื่อถือทางการเงิน ซึ่งถือเป็นปัญหาทางสังคมที่ไม่ใช่เหตุผลทางธุรกิจเท่านั้นแต่ยังส่งผลถึงความสัมพันธ์ทางสังคมด้วย จากแนวคิดที่จะช่วยเหลือลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาไม่ให้ต้องล้มละลายนั้น สำหรับตัวลูกหนี้ต้องมีความตั้งใจที่จะชำระหนี้ตามความสามารถที่มีอยู่อย่างแท้จริง และแสดงให้เห็นได้ทราบถึงสภาพทางการเงินอย่างถูกต้องเป็นสำคัญ เพื่อให้เกิดประโยชน์ทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้อย่างเท่าเทียมกัน คือเจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้เอาเกินทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ทันทีแต่จะได้รับการชำระหนี้ที่มากขึ้นกว่ากระบวนการล้มละลายหรือเต็มจำนวนหนี้กับลูกหนี้ไม่ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายและยังคงรักษาทรัพย์สินบางส่วนที่จำเป็นได้ต่อไปทั้งยังดำรงอยู่ในสังคมอย่างต่อเนื่องเพื่อประกอบกิจการหรืออาชีพที่มีอยู่เพื่อนำเงินจากรายได้ในอนาคตที่แน่นอนมาชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ตามมาตรการทางกฎหมายล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวให้ต้องรับการลงโทษถูกขับออกจากสังคมในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เพื่อให้ลูกหนี้ดังกล่าวรับรู้ถึงความผิดพลาดทางการเงินที่เกิดขึ้น เพื่อต่อไปเมื่อเข้าสู่สังคมแล้วจะไม่ทำให้เกิดปัญหาทางการเงินอีกซึ่งจะมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศตามมาด้วย การเสนอแนวคิดที่จะช่วยเหลือลูกหนี้ที่ต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายมีอยู่หลายมาตรการตามกฎหมายล้มละลายทั้งก่อนและหลังกระบวนการล้มละลาย เพียงแต่แนวคิดที่จะให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้รับประโยชน์สูงสุดในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำได้อย่างแท้จริงจึงต้องหาแนวทางที่เหมาะสมที่จะช่วยลูกหนี้ไม่ให้ตกเป็นบุคคลล้มละลายตามสภาพและสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยการเพิ่มศักยภาพของลูกหนี้ให้มีมากขึ้นและให้ผลประโยชน์ที่ลูกหนี้จะได้รับให้มากขึ้นเพื่อให้ลูกหนี้ดังกล่าวสมัครใจที่จะเข้ามาดำเนินการตามมาตรการช่วยเหลือลูกหนี้ก่อนตกเป็นบุคคลล้มละลาย ดังนั้นการที่จะหาวิธีการที่เหมาะสมในการช่วยเหลือลูกหนี้จำเป็นจะต้องเข้าใจแนวคิดของกฎหมายล้มละลายที่มีมาตั้งแต่แรกเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ที่มีมาในอดีตเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ยุคโรมัน และหลักเกณฑ์ตามหลักกฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส จนกระทั่งแนวคิดของ

กฎหมายล้มละลายที่มีอยู่ในปัจจุบัน² เพื่อมาประกอบกับการนำมาใช้กับกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยอย่างถูกต้องมากที่สุด ดังต่อไปนี้

2.1 แนวความคิด วิวัฒนาการ กรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้

2.1.1 แนวความคิด วิวัฒนาการ กรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในยุคโรมัน

กฎหมายล้มละลายได้เริ่มเกิดขึ้นในยุคโรมัน ซึ่งในกฎหมายของประเทศอิตาลีเรียกว่า “*bancarupta*”³ เกิดขึ้นจากยุคกลางโดยการค้าขายระหว่างรัฐต่าง ๆ ในยุโรป เนื่องจากการติดต่อการค้าได้เกิดระบบการรับฝากเงินขึ้นโดยมีการจัดตั้งหน่วยงานรับฝากเงินและเป็นการรับฝากเงินด้วยวิธีการลงบัญชีโดยไม่ต้องใช้เงินสดในการค้าขาย จนเกิดเหตุการณ์ที่บรรดาพ่อค้าที่รับฝากเงินนำเงินที่มีอยู่เป็นจำนวนมากหลบหนีไป ทำให้ผู้ฝากเงินในฐานะเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมาก⁴ ดังนั้นแนวคิดของกฎหมายล้มละลายเริ่มแรกในยุคโรมันจึงมีการนำเอารูปแบบของการล้มละลายของชนชาติอิตาลีที่มีการปลดปล่อยลูกหนี้ให้หลุดพ้นจากหนี้สินในปีที่มีความสำคัญทางศาสนามาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายล้มละลายที่เรียกว่า (The Cassio Bonarum) แห่งสมัยจูเลียส ซีซาร์ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งเน้นให้อำนาจเจ้าหนี้เรียกร้องบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้า (Merchants) เท่านั้น ซึ่งเป็นผลมาจากความคดโกงของลูกหนี้ดังกล่าว⁵ พร้อมกับการกำหนดโทษในลักษณะกึ่งกฎหมายอาญา รวมทั้งการกำหนดให้เจ้าหนี้จะต้องได้รับการชำระหนี้คืนเพื่อแบ่งกันระหว่างเจ้าหนี้ในลักษณะของหลักการรวมเจ้าหนี้ในคดี (Collective Debts) เนื่องด้วยมีบรรดาเจ้าหนี้จำนวนมากได้รับความเสียหายและเจ้าหนี้ดังกล่าวก็เป็นผู้มีอิทธิพลสูงสุดในยุคโรมันนั้น จึงต้องอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกันเพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายจะได้รับชำระหนี้คืนในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน

ประกอบกับการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้มีโอกาasเป็นไปได้ยาก กฎหมายจึงมุ่งลงโทษลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวทั้งบุคคลที่เป็นลูกหนี้เอง และยังรวมถึงผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดที่อยู่ในประเทศด้วย เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ร่วมมือกระทำความผิดอีกทางหนึ่งด้วย ดังนั้นแนวคิดกฎหมายล้มละลายในยุคแรกมุ่งให้มีการรวบรวมสินทรัพย์ของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด

² มาตรการช่วยเหลือลูกหนี้ไม่ให้เป็นบุคคลล้มละลาย (รายงานวิชาการ) .น) 6-16). เล่มเดิม.

³ From *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (p. 7), by Jack, T.H., 1986, U.S.A. Harvard University.

⁴ จาก ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) (น. 12), โดย อัจฉรา ประจันนวล, 2540, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵ จาก กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์ (น. 5), โดย วิชา มหาคุณ ก, 2541, กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

และนำมาชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ทั้งหมด และหากลูกหนี้คนใดถูกบังคับยึดสินทรัพย์ทั้งหมดเพื่อชำระหนี้ ลูกหนี้ก็จะไม่มีทรัพย์สินใดเหลือเลย แม้แต่ทรัพย์สินซึ่งเป็นเครื่องมือในการประกอบอาชีพก็จะถูกยึดชำระหนี้หมดสิ้น ลูกหนี้เหล่านี้จึงเปรียบเสมือนบุคคลที่ตายไปจากระบบเศรษฐกิจการค้า เพราะไม่อาจประกอบอาชีพหรือทำงานใด ๆ ได้เลย จึงถือเสมือนว่า “ตายในทางแพ่ง” แล้ว

2.1.2 แนวความคิด วิวัฒนาการ กรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในกลุ่มประเทศที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี(Common Law System)

2.1.2.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันเป็นบุคคลล้มละลายในช่วงปีคริสต์ศักราช 1542 “Act Against Such Persons As Do Make Bankrupt” โดยกำหนดบังคับใช้เฉพาะลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้า⁶ และเป็นการฟ้องคดีโดยไม่สมัครใจเพียงอย่างเดียว โดยกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวต้องตกเป็นบุคคลล้มละลาย ซึ่งถ้าลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าใดมีพฤติกรรมตามที่กฎหมายกำหนดบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อ Lord Chancellor เพื่อตั้งคณะกรรมการให้มีอำนาจรวบรวมทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้และขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ตามจำนวนภาระหนี้ของแต่ละคน และหากเจ้าหนี้รายใดไม่ได้รับชำระหนี้เต็มตามจำนวนแล้วก็ยังมิสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ในส่วนที่เหลือได้ตามกฎหมายอื่นที่ก่อกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถทำได้ด้วย และฉบับต่อมาได้ออกใช้อีกครั้งในปีคริสต์ศักราช 1570 สมัยพระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 1 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะปลดเปลื้องหนี้สินให้แก่ลูกหนี้แต่เป็นการปกป้องเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้ารายใดมีการปฏิบัติอันเข้าข่ายที่กฎหมายกำหนดไว้เจ้าหนี้ทั้งหลายมีสิทธิที่จะฟ้องคดีเพื่อรวบรวมทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ดังกล่าวมาขายเพื่อชำระหนี้คืนบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายต่อไป ซึ่งจะเป็นการบังคับยึดทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้จนไม่มีสินทรัพย์เหลืออยู่เลย จนทำให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายและออกจากระบบเศรษฐกิจการค้าอย่างถาวร

กฎหมายล้มละลายในประเทศอังกฤษได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดอีกครั้งในปีคริสต์ศักราช 1705 ในสมัยของพระนาง Anne เพราะโดยสภาพประเทศอังกฤษมีลักษณะเป็นเกาะ บรรดาพ่อค้า นักการเงินการธนาคารต่าง ๆ ที่ติดต่อค้าขายส่วนใหญ่เป็นชนชาติอังกฤษด้วยกันเอง จึงลดปัญหาในเรื่องการถ่ายเทภาระหนี้สินลงได้บ้าง และการลงโทษบรรดานักการค้าต่าง ๆ ด้วยการประหารชีวิตไปหมด ทำให้เป็นการเสียทรัพยากรบุคคล รัฐจึงเห็นความสำคัญของบุคคลเหล่านี้ว่ายังมีประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจการค้าอยู่ กฎหมายล้มละลายประเทศอังกฤษจึงได้มีบัญญัติให้มี

⁶ From *The Principles of Bankruptcy Law* (p. 1), by Thompson, J. H., 1972, London: HFL.

การปลดหนี้ล้มละลาย (Discharge) โดยบทบัญญัติว่าด้วยการปลดหนี้⁷ ได้กำหนดนโยบายให้เป็นมาตรการเพื่อตอบแทนการให้ความร่วมมือของลูกหนี้ที่ยอมเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่ยอมสละทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้เจ้าหนี้และปฏิบัติตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนด นอกจากนี้ยังสร้างแรงจูงใจให้กับลูกหนี้เพิ่มขึ้นไปอีกด้วยการตอบแทนคืนให้ลูกหนี้ในอัตราร้อยละ 5 ของมูลค่าทรัพย์สิน⁷ ที่ลูกหนี้รวบรวมมาในคดีเพื่อประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ ในทางตรงกันข้ามหากพ่อค้าที่เป็นลูกหนี้รายใดไม่ให้ความร่วมมือในการรวบรวมทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ในคดีอาจจะได้รับบทลงโทษอย่างรุนแรงถึงขั้นตัดสินประหารชีวิต พิจารณาได้ว่ากฎหมายล้มละลายฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์ที่รุนแรงบังคับใช้เฉพาะลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้ามากกว่าลูกหนี้ทั่วไปอยู่เช่นเดิม⁸

สังเกตได้ว่ากฎหมายล้มละลายในยุคเริ่มนี้ได้เริ่มผ่อนคลายความรุนแรงบ้างพอสมควร เพราะได้บัญญัติว่าด้วยการปลดหนี้ล้มละลายให้แก่ลูกหนี้ ซึ่งจะให้ลูกหนี้ได้มีโอกาสหลุดพ้นจากภาระหนี้ทั้งหลายที่ขึ้นก่อนถูกฟ้องล้มละลาย เมื่อเป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้ให้ความร่วมมือในการรวบรวมทรัพย์สินของตนเพื่อชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ทำให้ลูกหนี้ได้มีโอกาสเริ่มต้นใหม่ในทางการเงิน เพียงแต่แนวคิดนี้ยังมุ่งหวังเพื่อให้การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้มีประสิทธิภาพมากขึ้นเท่านั้น เพราะเมื่อลูกหนี้ไม่ให้ความร่วมมือก็จะได้รับโทษอยู่ในขั้นรุนแรง แต่กฎหมายล้มละลายในยุคนี้ยังมีได้คำนึงถึงหลักมนุษยธรรมใด ๆ หรือแม้กระทั่งการฟ้องคดีล้มละลายก็กำหนดสิทธิการฟ้องคดียังเป็นเจ้าของหนี้อยู่แต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น (Involuntary)

ซึ่งต่อมาในปีคริสต์ศักราช 1861 กฎหมายล้มละลายได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมของการปลดหนี้ในกระบวนการล้มละลายขึ้น เพื่อเป็นมาตรการในการจูงใจให้ลูกหนี้ยอมที่จะเปิดเผยข้อมูลของทรัพย์สินที่มีอยู่ทั้งหมดมากขึ้นเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้และให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายกำหนด ซึ่งการกำหนดให้ลูกหนี้ที่จะเข้ามาสู่กระบวนการล้มละลายในตอนเริ่มต้นนั้นจะต้องเป็นลูกหนี้ที่ประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษเท่านั้น โดยไม่จำกัดว่าต้องใช้บังคับกับลูกหนี้ที่มีอาชีพเป็นพ่อค้า (Merchant) แต่เพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้เนื่องมาจากประชาชนส่วนมากเห็นว่ากฎหมายล้มละลายที่บัญญัติมาใช้บังคับกับลูกหนี้ผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวถูกเจ้าหนี้ปฏิบัติการบังคับคดีอย่างรุนแรงเกินไป ประกอบกับหลักเกณฑ์กฎหมายล้มละลายแต่เดิมอนุญาตให้เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้และรับประโยชน์จากวิธีการใน

⁷ From “The Scope of the Fresh Start in Bankruptcy: Collateral Conversions and the Dischargeability Debate,” by Tabb, C.J., 1990 (November), *The George Washington Law Review*, 59, 62.

⁸ จาก การฟื้นฟูองค์ธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 13), โดย ถนอมพล เชื้อบุญชัย, 2532, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁹ From *Law of Bankruptcy* (p. 88), by Mac Lachlan, J.A., 1956, U.S.A.: West Publishing Co.

กฎหมายล้มละลายเฉพาะลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าเท่านั้น¹⁰ อีกทั้งประเทศอังกฤษไม่ได้ยอมรับแนวคิดที่ว่ากฎหมายพาณิชย์เป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งต่างจากหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป ดังนั้นลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่ว่าจะเป็นพ่อค้าหรือบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้ประกอบกิจการก็ตาม อาจถูกให้ล้มละลายได้เช่นกัน¹¹ จนกระทั่งในช่วงปีคริสต์ศักราช 1985-1986 ได้มีการรวมเอาการล้มละลายของบุคคลธรรมดา และการชำระบัญชีของนิติบุคคลไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน คือกฎหมายล้มละลายที่มีชื่อเรียกว่า “Insolvency Act, 1986” โดยที่ยังคงให้มีหลักการเพื่อปกป้องเจ้าหนี้อยู่เป็นสำคัญมากกว่าปลดปล่อยหนี้ให้แก่ลูกหนี้¹² และยังกำหนดให้บุคคลธรรมดาโดยทั่วไปถูกเข้ามาในกระบวนการล้มละลายได้

อย่างไรก็ตามในตอนเริ่มแรกที่จะมีการบัญญัติกฎหมายล้มละลาย “Insolvency Act, 1986” ได้มีแนวทางการดำเนินการเพื่อขอทำความตกลงหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งจะมีกำหนดไว้ในกฎหมาย Deeds of Arrangement Act 1914 กับ Bankruptcy Act 1914 เพื่อเป็นการพิจารณาคำขอประนอมหนี้หรือพิจารณาแผนตามคำขอทำความตกลงหนี้ในการลดจำนวนหนี้หรือขอขยายระยะเวลาชำระหนี้ออกไปแต่จะต้องได้รับความเห็นชอบโดยศาล และหากดำเนินการดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายต่อไป ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงความสมัครใจของลูกหนี้ในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยใช้วิธีที่เหมาะสมและจะต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นทรัสต์ (Trustee) ให้เคร่งครัด เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในเรื่องความสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์เหมือนอย่างเช่นที่ผ่านมา จากหลักเกณฑ์ที่มีขึ้นมานั้น จึงเป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยที่นำมาบังคับใช้ในปัจจุบันเพื่อเป็นแนวทางที่จะสามารถลดภาระหนี้สินของลูกหนี้ในกระบวนการล้มละลาย ซึ่งจะมีผลเป็นการให้โอกาสแก่ลูกหนี้ได้เริ่มต้นทางการเงินและคืนสู่สถานภาพเดิมของตนได้ต่อไป

2.1.2.2 สหรัฐอเมริกา

หลักการของกฎหมายล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกามีขึ้นโดยอาศัยหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ¹³ มีขึ้นในปีคริสต์ศักราช 1800 โดยรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมให้รัฐบาลกลางวางระเบียบและควบคุมคดีล้มละลายได้โดยการบัญญัติ

¹⁰ From *Bankruptcy Law* (p. 1), by Remond, peter William Dawson, 1867, London: Macdonald & Evaw.

¹¹ จาก *หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 13), โดย กฤษดา พงษ์โชคชัย, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹² *กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์* (น. 5). เล่มเดิม.

¹³ *Law of Bankruptcy* (p. 63). Op.cit.

กฎหมายล้มละลายขึ้นมาใช้บังคับโดยเริ่มแรกกำหนดให้ใช้บังคับเฉพาะลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้า¹⁴ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าพาณิชย์ เช่น นักธนาคาร นายหน้าค้าหลักทรัพย์และให้สิทธิเจ้าหนี้เท่านั้นที่สามารถฟ้องล้มละลายต่อลูกหนี้และให้ศาลแขวง (Magistrate Court) ทำหน้าที่แทน Lord Chancellor ตามอย่างในประเทศอังกฤษ เพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ในการติดตาม รวบรวมทรัพย์สิน และลูกหนี้จะได้รับการปลดภาระหนี้สินทั้งหลายได้เมื่อมีมติเห็นชอบจากบรรดาเจ้าหนี้ด้วยคะแนนเสียงสองในสามของจำนวนเจ้าหนี้

กฎหมายล้มละลายเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และบัญญัติใช้กับลูกหนี้ที่ทำการค้าเท่านั้น ในช่วงศตวรรษที่ 18 ได้มีกฎหมายในรัฐต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นมาเพื่อคุ้มครองลูกหนี้ทุกประเภทจากเจ้าหนี้ทั้งหลายไม่เฉพาะแต่เพียงลูกหนี้ในทางธุรกิจเท่านั้นที่เรียกว่า “Insolvency Acts” โดยมีบทบัญญัติที่ปลดปล่อยลูกหนี้จากโทษจำคุกและยังได้รับโอกาสในการปลดภาระหนี้ทั้งหลาย แต่ในขณะนั้นมีข้อจำกัดที่กฎหมายของรัฐไม่อาจบังคับได้กับเจ้าหนี้ที่อยู่นอกเขตอำนาจศาลของรัฐนั้น ๆ แม้ลูกหนี้จะได้รับการปลดหนี้ในรัฐตนก็จะไม่มีผลบังคับถึงเจ้าหนี้อื่นของลูกหนี้ที่อยู่นอกเขตอำนาจรัฐนั้นได้ จนกระทั่งในปีคริสต์ศักราช 1841 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายล้มละลายที่มีผลบังคับใช้ทั้งประเทศอีกครั้ง โดยมีแนวคิดจะรวบรวมเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ให้เป็นกลุ่มเดียวกัน (Sole Owner) ประกอบกับกฎหมายล้มละลายฉบับนี้ร่างขึ้นโดยอาศัยหลักการของต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ที่เป็นการรวบรวมมาตรการคุ้มครองเจ้าหนี้ให้ได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด¹⁵ และกำหนดให้ลูกหนี้สามารถเข้าสู่มาตรการดังกล่าวด้วยความสมัครใจ (Voluntary)

แนวคิดของกฎหมายล้มละลายได้เริ่มเปลี่ยนไปโดยเริ่มให้โอกาสลูกหนี้ได้เริ่มต้นใหม่ทางการเงินด้วยการปลดภาระหนี้ให้แก่ลูกหนี้แม้ว่าในช่วงแรกจะเป็นไปเพื่อจูงใจให้ลูกหนี้ยอมรับทรัพย์สินที่ซุกซ่อนอยู่เพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ จนกระทั่งการให้โอกาสลูกหนี้ได้เริ่มต้นใหม่ทางการเงินมิใช่เพื่อมุ่งหวังจูงใจให้ลูกหนี้ให้ความร่วมมือเท่านั้นแต่เริ่มคำนึงถึงหลักความมีมนุษยธรรมและให้ความคุ้มครองลูกหนี้มากขึ้นด้วย อย่างไรก็ตามปัญหาในการใช้กฎหมายล้มละลายที่ใช้บังคับอยู่นั้นเปิดช่องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้อย่างง่ายเกินไปประกอบกับลูกหนี้ไม่สามารถหลุดพ้นจากหนี้สินที่มีอยู่ได้ แม้จะมีการเพิ่มเติมลักษณะพิเศษใหม่ขึ้นเป็นอันมากในกฎหมายล้มละลายแต่ยังเป็นกฎหมายที่ขาดระบบและความล้ำสมัยของกฎหมายที่เกิดจากสถานะเศรษฐกิจของประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก

¹⁴ มาตรการฟื้นฟูลูกหนี้ที่มีกิจการขนาดเล็กภายใต้กฎหมายล้มละลาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 13). เล่มเดิม.

¹⁵ แหล่งเดิม.

กฎหมายล้มละลายเริ่มที่ตระหนักถึงผลร้ายที่ลูกหนี้ได้รับเมื่อต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ดังมีคำกล่าวว่ากฎหมายล้มละลายเสมือนเชื้อโรคร้ายของระบบธุรกิจ¹⁶ ลูกหนี้ล้มละลายต้องประสบปัญหาหลายประการอันเป็นอุปสรรคในการเริ่มต้นใหม่ทางการเงิน ทั้งอยู่ในระหว่างหรือหลังจากการล้มละลายดังนี้

1. ลูกหนี้ล้มละลายต้องถูกจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรมต่าง ๆ เพราะลูกหนี้อยู่ในสถานะมีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้คืนเจ้าหนี้ได้อยู่แล้ว จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีมาตรการที่จะห้ามลูกหนี้สร้างภาระหนี้สินเพิ่มขึ้นอีกหรือต้องอยู่ในความเห็นชอบของศาล แม้แต่สิทธิในการเข้าบริหารกิจการของลูกหนี้เอง โดยจะมีพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าทำหน้าที่ดูแลกิจการต่อไปกว่าจะปลดจากล้มละลาย ซึ่งอาจขาดความเข้าใจในกิจการทำให้สถานะกิจการของลูกหนี้ตกต่ำลงไปอีก

2. ลูกหนี้ล้มละลายต้องถูกยึดทรัพย์สินที่มีอยู่ขายทอดตลาดเพื่อชำระหนี้จนกว่าจะครบถ้วนเพราะกฎหมายล้มละลายมุ่งจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้คืนเจ้าหนี้อย่างยุติธรรมแต่ทรัพย์สินที่ขายไปมักได้ราคาที่ไม่สมควร เพื่อประโยชน์ในการแบ่งชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ ทำให้ได้เงินไม่เพียงพอจะชำระคืนโดยเฉพาะทรัพย์สินของบริษัทที่ต้องถูกขายไปในลักษณะเป็นส่วน ๆ (Piecemeal)¹⁷ ซึ่งไม่สามารถทำงานผลิตได้ เช่น เครื่องจักรหรืออุปกรณ์การผลิตต่าง ๆ ที่ซื้อมาด้วยราคาแพงแต่กลับถูกตีราคาในลักษณะเศษเหล็ก ทำให้ได้ราคาต่ำเพราะมองเพียงมูลค่าของวัตถุที่เป็นเหล็ก ไม่มองที่มูลค่าของประโยชน์ในการผลิตด้วย เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินจึงไม่เพียงพอชำระหนี้

3. ลูกหนี้ล้มละลายจะขาดความเชื่อถือจากคนในสังคม โดยเฉพาะลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เพราะลูกหนี้ไม่สามารถจัดการชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้ได้ บุคคลอาจถูกเลิกจ้างเพราะความไม่ไว้วางใจให้ทำงานต่อไป หรือในทางธุรกิจที่ลูกหนี้ล้มละลายจะไม่ได้ได้รับความเชื่อถือและไว้วางใจในการติดต่อธุรกิจการค้ากับคู่ค้าอีกต่อไป ทำให้เสียชื่อเสียงและภาพพจน์ของบุคคลและกิจการที่สร้างมาด้วยระยะเวลาอันยาวนาน ทำให้การประกอบอาชีพและธุรกิจในอนาคตต้องประสบความยากลำบากในการแข่งขัน แม้จะได้รับการปลดภาระหนี้หรือยกเลิกการล้มละลายแล้วก็ตาม และไม่นานลูกหนี้ดังกล่าวก็ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายอีก ย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้น และมีผลต่อสังคมตามมาด้วย

¹⁶ From *The Action-Step plan to Avoiding Business Bankruptcy* (p. 114), by Toncre', E, 1984, NJ: Prentice hall Inc.

¹⁷ From *The Logic and Limits Bankruptcy Law* (p. 221), by Jackson, T.H., 1986, U.S.A.: Haward University.

จนกระทั่งในปีคริสต์ศักราช 1973 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้มีการดัดแปลงกฎหมายขึ้นมาสืบศึกษากระบวนการล้มละลายที่ได้มีการเสนอกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ให้สมบูรณ์¹⁸ โดยมีหลักการที่จะเพิ่มอำนาจของผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Trustee) ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มากขึ้น และจากการศึกษากระบวนการล้มละลายนั่นทำให้รัฐสภาได้ผ่านรัฐบัญญัติล้มละลายขึ้นในปีคริสต์ศักราช 1978 (Bankruptcy Acts 1978) อันเป็นกฎหมายล้มละลายที่สมบูรณ์ที่สุดของสหรัฐอเมริกาโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 2 ประการ¹⁹ คือ การกำหนดให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมในการจัดสรรแบ่งปันทรัพย์สินของลูกหนี้ให้กับลูกหนี้ที่สุจริต (Honest Debtor) กับการกำหนดกระบวนการปลดภาระหนี้ให้แก่ลูกหนี้เพื่อให้ได้มีโอกาสเริ่มต้นใหม่ ด้วยเหตุผลของความมีมนุษยธรรมที่พิจารณาได้ว่าในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้คืนในอัตราส่วนที่น้อยกว่าที่เป็นหนี้กันจริงและลูกหนี้ตกอยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวอยู่ตลอดเวลาโดยไม่มี ความหวังที่จะมีโอกาสเริ่มต้นใหม่หรือหลุดพ้นจากการล้มละลายได้

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาจนกระทั่งปีคริสต์ศักราช 1898 ระบบการค้าขายมีการเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นการประกอบกิจการของบรรดาพ่อค้าทั้งหลายนั้นเดิมเป็นการประกอบกิจการเฉพาะบุคคล (Individual) ได้เปลี่ยนไปสู่การรวมกลุ่มกันตั้งเป็นองค์กรทางการค้าเป็นนิติบุคคลเพื่อจำกัดความรับผิดชอบได้กฎหมายหุ้นส่วนของบริษัทนั้น ๆ เพราะเมื่อลูกหนี้บุคคลธรรมดาที่ประกอบกิจการและประสบปัญหาหนี้สินล้นพ้นตัว เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ทั้งทรัพย์สินทั้งหลายของกิจการและทรัพย์สินส่วนบุคคลของลูกหนี้อีกด้วยจนกว่าจะชำระหนี้ครบถ้วน แต่ถ้ากิจการใดที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีสถานะบุคคลแตกต่างหากจากบรรดาผู้ถือหุ้นรวมถึงทรัพย์สินด้วย เมื่อกิจการที่เป็นนิติบุคคลมีหนี้สินล้นพ้นตัวบรรดาผู้ถือหุ้นหรือผู้ร่วมลงทุนในกิจการนั้นจะรับผิดชอบเท่าที่ได้ลงทุนไป เจ้าหนี้จะไม่อาจเรียกบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ถือหุ้นได้ มีผลให้หน่วยธุรกิจเปลี่ยนจากบุคคลธรรมดาไปเป็นนิติบุคคลเพิ่มมากขึ้น ดังนั้นหลักการของกฎหมายที่ปฏิรูปการล้มละลายแม้ลูกหนี้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัวก็ตามซึ่งลูกหนี้จะได้รับความคุ้มครองให้ยุติหนี้สินเหล่านั้นได้โดยยื่นคำร้องขอต่อศาล ตามคุณสมบัติของลูกหนี้แต่ละกรณีตามกระบวนการของกฎหมายล้มละลายตามที่กำหนดไว้ ซึ่งประมวลกฎหมายล้มละลายนี้มีชื่อเรียกว่า “Bankruptcy Code” ที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะช่วยเหลือลูกหนี้ที่มีลักษณะและ

¹⁸ กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์ (น. 6). เล่มเดิม.

¹⁹ แหล่งเดิม.

คุณสมบัติแตกต่างกันให้ได้มีการจัดการหนี้ของลูกหนี้แต่ละประเภทออกจากกันอย่างชัดเจนและเป็นธรรมกับลูกหนี้มากขึ้น²⁰

2.1.3 แนวความคิด วิวัฒนาการ กรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

2.1.3.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส²¹

สาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร และมีอิทธิพลต่อกฎหมายทั่วไปในโลก ประเทศหลายประเทศโดยเฉพาะที่เคยเป็นอาณานิคมฝรั่งเศสในทวีปแอฟริกา เอเชีย รวมทั้งประเทศอื่น ๆ อาทิ ในทวีปอเมริกากลางและอเมริกาใต้ ตลอดจนในตะวันออกกลาง ประเทศเหล่านี้ได้ใช้ระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นแม่แบบในการสร้างระบบกฎหมายของตนเองขึ้นมา ใช้ตำราทางกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และส่งนักศึกษาไปศึกษาในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ยิ่งกว่านั้นหลายประเทศยังจ้างศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาสอนในประเทศตนหรือมาเป็นที่ปรึกษากฎหมาย จัดทำกฎหมายที่สำคัญของประเทศดังเห็นได้จากกรณีของประเทศไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา²²

สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนกับประเทศไทย แต่สาธารณรัฐฝรั่งเศส มีประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ แยกออกจากกัน รวมทั้งศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ก็เป็นคนละศาลกัน ศาลพาณิชย์สาธารณรัฐฝรั่งเศส พิจารณาคดีที่ฟ้องร้องเฉพาะเรื่องการค้า หรือทางปฏิบัติในทางการค้าไม่ว่าระหว่างพ่อค้าด้วยกันหรือระหว่างพ่อค้ากับบุคคลใดซึ่งเกี่ยวข้องในทางการค้าและในคดีล้มละลายด้วย กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีที่มาจากกฎหมายบัญญัติ (droit écrit) หรือบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลายนั่นเอง ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่มีอยู่ทั่วไปในระบบกฎหมายที่ตั้งกีดสกุลกฎหมายโรมาน-เยอรมนิก²³ กฎหมายพาณิชย์ (Droit Commercial) การแยกกฎหมายพาณิชย์ออกจากกฎหมายแพ่ง

²⁰ การฟื้นฟูองค์กรธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 11). เล่มเดิม.

²¹ จาก ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีการร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 44-49), โดย ปิยะพัชร คล้อยเกลื่อน, 2554, ปทุมธานี: มหาวิทยาลัยรังสิต.

²² จาก เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ (น. 135), โดย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2549, นนทบุรี: ผู้แต่ง.

²³ มาตรการฟื้นฟูลูกหนี้ที่มีกิจการขนาดเล็กภายใต้กฎหมายล้มละลาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 119). เล่มเดิม.

เริ่มปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายเก่าของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติ และมาปรากฏชัดในยุคพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ที่ได้ทำประมวลกฎหมายแพ่งแยกจากประมวลกฎหมายพาณิชย์ ปัจจุบันกฎหมายพาณิชย์กับกฎหมายเศรษฐกิจภาคเอกชนจะเป็นคำแทนที่ใช้แทนกันได้ และครอบคลุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจภาคเอกชนซึ่งอยู่ในขอบเขตของกฎหมายธุรกิจ (Business Law) อันประกอบด้วยการจัดองค์กรทางธุรกิจ เชื้อ ตัวแลกเงิน สิทธิทางอุตสาหกรรม และพาณิชย์กรรม การธนาคาร การตลาดหลักทรัพย์ และกฎหมายล้มละลาย²⁴

กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเดิมมีชื่อเรียกว่า กฎหมายล้มละลาย (Droit de la faillite) ในทำนองเดียวกับกฎหมายล้มละลายของไทยในอดีต กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการนำทรัพย์สินของลูกหนี้ (ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้) ออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ใช้บังคับทั้งกับผู้ประกอบการในทางพาณิชย์ (Les commerçants) และผู้ที่มิได้ประกอบการในทางพาณิชย์ (Les non commerçants) โดยในระยะเริ่มแรก กระบวนการนี้จะมีลักษณะเป็นการบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาหรือการบังคับชำระหนี้เฝ้ากับทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นสำคัญ (Des procédures d'exécution force)

แนวโน้มของกฎหมายล้มละลายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เปลี่ยนแปลงไปในช่วงเวลาต่อมาเป็นระยะ ๆ ในลักษณะที่จะทำให้กระบวนการมีความเป็นอิสระ และมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยยอมให้ลูกหนี้ที่สุจริตยังคงดำเนินกิจการของตนต่อไปได้ (ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด) และให้มีการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของตนในรูปของการประนีประนอม (Un concordat)²⁵

ก่อนคริสต์ศักราช สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้นำกฎหมายโรมัน (Droit Roman) มาใช้วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเจ้าหนี้มีบทลงโทษลูกหนี้รุนแรงเช่นเชียนตี-ฆ่า

กฤษฎีกาเกี่ยวกับการค้าคริสต์ศักราช 1673 (Ordonance sur le commerce, 1673) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังชื่อ “Colbert” รัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 (Roi Louis XIV) มี 12 มาตรา วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเจ้าหนี้

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ Concordat หมายถึง วิธีการทางเทคนิคในอดีต (กำหนดโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1967 ว่าด้วยกระบวนการเกี่ยวกับความช่วยเหลือทางการเงิน) ซึ่งใช้บังคับกับบริษัทที่ยื่นคำขอต่อศาลขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาดีเพื่อฟื้นฟูกิจการพร้อมยื่นเอกสารทางบัญชี (Depot de bilan) โดยมีวัตถุประสงค์ในการหาข้อตกลงระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายเกี่ยวกับหนี้ที่เกิดขึ้น โดยเจ้าหนี้เหล่านี้ยอมลดจำนวนหนี้ และ/หรือยอมกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ให้ (ทำนองเดียวกับการประนอมหนี้ของไทย) ในปัจจุบัน วิธีการนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยรัฐบัญญัติฯ ปี ค.ศ. 1985.

ประมวลกฎหมายพาณิชย์คริสต์ศักราช 1807 (Code de Commerce, 1807) รัชสมัย นโปเลียน Bonapart กำหนดสิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ล้มละลาย ยังคงปกป้องสิทธิเจ้าหนี้

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1838 (Loi du 28 Mai, 1838) มีวัตถุประสงค์ปกป้อง สิทธิเจ้าหนี้และลูกหนี้ มีมาตรการทางกฎหมายในการผ่อนปรนลูกหนี้มากขึ้น

รัฐบัญญัติล้มละลาย คริสต์ศักราช 1889 (Loi du 7 Mars, 1889) แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1903 วัตถุประสงค์ปกป้องคุ้มครองสิทธิทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ มีการล้มละลายด้วยการสั่งให้ชำระบัญชี โดยคำสั่งศาล (Liquidation Judciaire) โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีล้มละลายอีก

ประกาศนายกรัฐมนตรี 2 ฉบับ (Décrét du 8 Aout, 1935 และ Du 20 Mai, 1955) วัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้บริหารบริษัทที่ฉ้อโกงและเพื่อปกป้องผู้ถือหุ้นของบริษัทเนื่องจากช่วง ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1940 (Loi du 16 November, 1940) วัตถุประสงค์ มุ่งลงโทษผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด (Société Anonym))

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1953 (Loi du 9 Aout, 1953) วัตถุประสงค์ขยายการ ลงโทษไปยังผู้บริหารบริษัทจำกัด (Société à Responsabilité Limitée : SARL)

ประกาศนายกรัฐมนตรี 2 ฉบับ (Décrét 20 Mai, 1955) และต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติม วัตถุประสงค์ให้อำนาจศาลเข้ามาสู่กระบวนการป้องกันการล้มละลาย และมีการจัดตั้งทนายความ (Avocat) ที่จดทะเบียนเป็นตัวแทนสมาคม (Syndie) เพื่อทำหน้าที่บริหารกิจการของลูกหนี้ในคดี ล้มละลาย

กฤษฎีกาคริสต์ศักราช 1958 (Ordonance du 23 September, 1958) สมัยประธานาธิบดี Charles De Gaull วัตถุประสงค์ ปกป้องสิทธิของคู่สมรสที่ทำการค้าแล้วต่อมาล้มละลาย โดยแยก ทรัพย์สินสามีภรรยาและครอบครัว ยังคงใช้มาตรการการลงโทษบุคคลล้มละลายที่ฉ้อโกง

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1967 (Loi du 13 Juillet, 1967) ให้อำนาจศาลเข้ามา เป็นคนกลางในกระบวนการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ฟื้นฟูกิจการ (Réglement Judicidire: RJ) และ การชำระบัญชี (Liquidation Judiciare) “LJ”

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1985 (Loi du 25 Janvier, 1985) วัตถุประสงค์เพื่อ จัดตั้งคณะกรรมการป้องกันล่วงหน้า (Comité de prevention) เพื่อป้องกันการล้มละลาย เปลี่ยน แนวทางการบังคับชำระหนี้เอาภัยทรัพย์สินของลูกหนี้มาเป็นการกำหนดวิธีการที่เอื้อต่อการแก้ไข ปัญหาทางการเงินของนิติบุคคลที่ประสบภาวะยุ่งยากทางการเงิน และตราบทบัญญัติขึ้นใหม่ เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยบริษัทที่ประสบปัญหาการเงิน” (Droit des entreprises en difficulté) ซึ่ง แบ่งออกเป็นกฎหมายสำคัญ 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติที่ 84-148 ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วย

การป้องกันปัญหาการเงินของบริษัทและการประណหนี้ รัฐบัญญัติที่ 85-98 ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1985 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้ และรัฐบัญญัติที่ 85-99 ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1985 ว่าด้วยเจ้าพนักงานศาล ผู้รับมอบอำนาจศาลเพื่อดำเนินการบังคับชำระหนี้ และผู้เชี่ยวชาญด้านการวางแผนบริษัท ในกระบวนการล้มละลายของกฎหมายฝรั่งเศส การใช้มาตรการแก้ไขปัญหาระบบที่ประสบภาวะยุ่งยากทางการเงินมีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การฟื้นฟูกิจการของบริษัท (la sauvegarde de l'entreprise) อย่างไรก็ดีตาม ความเห็นของนักวิชาการทั้งหลาย ตลอดจนตามแนวคำพิพากษาของศาลมีวัตถุประสงค์หลักที่ถือว่าสำคัญที่สุด ได้แก่ การฟื้นฟูกิจการของบริษัท ซึ่งถือเป็นการช่วยให้บริษัทรอดพ้นจากภัยอันตราย ช่วยรักษาไว้ซึ่งการจ้างงานของพนักงานลูกจ้าง และการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญรองลงมาตามลำดับ

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 1994 (Loi du 10 Juin, 1994) รัฐบัญญัติที่ 94-475 ลงวันที่ 10 มิถุนายน คริสต์ศักราช 1994 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐบัญญัติปี 1985 วัตถุประสงค์ เพื่อจัดตั้งตัวแทนสมาคม (Syndic) ขึ้นใหม่ เรียกว่า “Mandataire” เพื่อเข้ารับหน้าที่บริหารกิจการของลูกหนี้ตามแผนฟื้นฟูกิจการตามที่ศาลเห็นชอบด้วย (Plan de Redressement Judiciaire) มีการเรียกกระบวนการนี้ว่า “RJ” อนึ่ง หากยุ่งยากจนไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จ ศาลก็จะสั่งให้ชำระบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำสั่งศาลต่อไป (Liquidation Judiciaire) กระบวนการนี้เรียกว่า “LJ”²⁶

รัฐบัญญัติล้มละลายคริสต์ศักราช 2005 รัฐบัญญัติที่ 2005-845 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเร่งให้มีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ในการป้องกันปัญหาการเงินให้รวดเร็วยิ่งขึ้น เพื่อให้ได้ผลอย่างแท้จริง และโดยเฉพาะการเพิ่มอำนาจให้ประธานศาลพาณิชย์ในการดำเนินมาตรการป้องกันปัญหาทางการเงินของบริษัท และในการออกคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อบังคับชำระหนี้โดยทันทีโดยไม่กำหนด “ระยะเวลาแห่งการสังเกตการณ์” ตลอดจนการทำให้การดำเนินกระบวนการเยียวยาทางศาลและกระบวนการชำระบัญชีมีความซับซ้อนน้อยลงและมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น

ดังนั้น ปัจจุบันการแก้ปัญหาระบบที่ประสบความยุ่งยาก (Companies in difficulties) ที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพก็คือ ระบบการประណหนี้ในเชิงป้องกันของประเทศฝรั่งเศส ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 มกราคม คริสต์ศักราช 1985 แก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 10 มิถุนายน คริสต์ศักราช 1994 โดยบริษัทที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้อาจร้องขอต่อศาลพาณิชย์ เพื่อเข้าสู่กระบวนการแก้ไขเยียวยา

²⁶ จาก ประวัติกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของประเทศฝรั่งเศสเปรียบเทียบกับประเทศไทย. เอกสารประกอบการเรียนการสอน มหาวิทยาลัยรามคำแหง (เอกสารประกอบการเรียนการสอน มหาวิทยาลัยรามคำแหง) (น. 10), โดย ภูมิ โชคเหมาะ, กรุงเทพฯ.

ภายใต้การกำกับดูแลของศาล โดยอาจนำมาซึ่งการจัดทำแผนเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไป หรือมีการชำระบัญชี หรือในที่สุดอาจเป็นบุคคลล้มละลาย อันเป็นทางเลือกสุดท้าย ซึ่งคล้ายคลึงกับ วิธีการ Company Voluntary Arrangement ของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นประเทศแรกที่คิดกระบวนการแก้ไขปัญหาย่างยากทางการเงิน หรือการดูแลบริษัทเชิงป้องกัน โดยมีศาลพาณิชย์ พ้องคำทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา แต่จะไม่มีกฎหมายล้มละลายของบุคคลธรรมดา มีเฉพาะบุคคลที่ประกอบกิจการการค้าโดยเฉพาะเท่านั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงสามารถพัฒนากฎหมาย และแก้ไขปัญหากฎหมายล้มละลายของบริษัทได้ดีกว่า

2.1.4 แนวความคิด วิวัฒนาการกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในประเทศไทย²⁷

กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยนั้นถูกพบว่ามีมาตั้งแต่ครั้งสมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททองพระมหากษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยา และในสุโขทัยศด 1278 ปีชวด นักยตรศก ได้ตั้งลักษณะกู้หนี้ ซึ่งมีข้อบังคับคล้ายกับกฎหมายล้มละลายอยู่บ้างแล้ว แต่คงรวมอยู่ในกฎหมายลักษณะกู้หนี้ มิได้แยกออกมาเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษ วัตถุประสงค์ก็เพื่อเร่งรัดหนี้สินจากลูกหนี้ ยิ่งกว่าเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ต่อมาเมื่อการค้าขายตัวและเจริญมากขึ้น จึงได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมแต่กาลสมัย การแก้ไขวิธีพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องหนี้สินล้นพ้นตัว ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ของสังคมมีลักษณะดังนี้

1) กฎหมายลักษณะกู้หนี้ พุทธศักราช 2188 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงบุคคลล้มละลายไว้ว่า “เป็นหนี้หลายต่อหลายแห่งสินล้นพ้นตัวอันจะใช้หนี้ได้” ให้เจ้าหนี้เร่งรัดเอาหนี้สินโดยบัญญัติไว้ในบทที่ 50, 51 และ 52 โดยมีหลักการดังนี้

1.1) ผู้ใดเป็นหนี้หลายแห่ง ไม่สามารถใช้หนี้ได้ พิจารณาได้ความจริงยอมให้ผิดใช้หนี้ได้ 3 ครั้ง รวม 15 วัน

1.2) ครบกำหนดชำระแล้วไม่ใช้ ให้เอาจำใส่ชื่อ แห่น้ำ 3 วัน ตากแดดอีก 3 วัน เพื่อเร่งเงิน

1.3) ถ้ายังไม่ใช้อีกก็ให้จัดการยึดทรัพย์ ซึ่งรวมทั้งบุตรและทาสด้วย เพื่อเอามาใช้หนี้ต่อไป

1.4) ถ้ายังไม่ได้ ให้เอาตัวลูกหนี้ออกขาย ได้เงินเท่าใดให้แบ่งปันแก่เจ้าหนี้ตามจำนวนหนี้มากและน้อย โดยผู้ฟ้องคนแรกได้ 2 ส่วน นอกนั้นได้คนละส่วน เว้นแต่ผู้ที่มิได้เอาสัญญามาแสดงก็ไม่ให้ได้รับส่วนแบ่ง

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีการร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต) (น. 107-114). เล่มเดิม.

1.5) ถ้าลูกหนี้ยากจนกลายเป็นทาสภายหลัง ให้เอาขายได้ เกินค่าตัวเท่าใด ให้แบ่งปันแก่เจ้าหนี้มากและน้อย ถ้าลูกหนี้เป็นไพร่หลวง เมื่อขายได้เท่าใด ให้เป็นของหลวงถึงหนึ่งก่อนอีกถึงหนึ่งจึงแบ่งปันแก่เจ้าหนี้

กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะกึ่งกฎหมายอาญา กล่าวคือมีวิธีการเร่งรัดหนี้สินด้วย การเอาตัวลูกหนี้จำใส่ขื่อ แขน้ำ ดากแดด ซึ่งเป็นวิธีการลงโทษทางอาญา ทำให้ลูกหนี้ได้รับความเดือดร้อนเป็นอันมาก ในขั้นที่สุดเจ้าหนี้ยังอาจเอาตัวลูกหนี้ไปขายได้ นับได้ว่าเป็นวิธีการอันไม่เหมาะสมแก่ชาติที่มีอารยธรรม เมื่อถึง ร.ศ. 110 (พุทธศักราช 2434) จึงได้มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะกึ่งฉบับนี้ และบัญญัติกฎหมายใหม่ที่ทันสมัยขึ้นแทน คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกึ่งหนี้สิน ร.ศ.110 ในพระราชปรารภที่ให้ยกเลิกกฎหมายเดิมมีข้อความตอนหนึ่งว่า “...บรรดาการค้าขายย่อมมีเวลาวิวัฒนาการและหายไปตามกาลสมัย เหมือนการงานอื่น ๆ บางคน บางคนก็เคราะห์ร้ายทำการค้าไปก็ขาดทุนโดยไม่ได้คิดถ้อยคนผู้ใด เจ้าหนี้ที่ให้กู้ให้ยืมไปเห็นใจจริงว่าลูกหนี้เคราะห์ร้ายแล้วก็กรุณาลดหย่อนผ่อนเอาส่วนทรัพย์สินคืนแต่น้อยพอควรแก่กฎหมายและธรรมเนียมยุติธรรมที่เป็นอยู่ทั่วไปในประเทศอื่น ๆ เป็นอันมากแล้วก็ดี แต่เจ้าหนี้บางคนมีใจโลภเหลือเกินเห็นช่องที่กฎหมายเก่ามีอยู่ตามธรรมเนียมในโบราณกาลก็คิดขัดขวางไม่ยอมลดหย่อนผ่อนผันแก่ลูกหนี้ จะขึ้นเอาตามความในกฎหมายเก่านั้นทำให้เกิดคดี มีถ้อยความค้างโรงศาลอยู่เป็นอันมาก ทั้งเป็นที่เดือดร้อนแก่ลูกหนี้ผู้มีความยากไร้ยิ่งนัก”

2) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกึ่งหนี้สิน ร.ศ.110 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า ทรงบัญญัติให้สิทธิลูกหนี้บุคคลธรรมดาสามารถร้องขอให้ตนเองล้มละลายได้เพื่อประโยชน์จากการหลุดพ้นโดยนำแม่แบบมาจากกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ²⁸ กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการชำระหนี้ขึ้นใหม่ และเริ่มใช้คำว่า “ล้มละลาย” นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา โดยมีความสำคัญดังนี้

2.1) ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว จะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทก็ดี มีสิทธิร้องขอให้ศาลตั้งเจ้าพนักงานไปตรวจจัดการรวบรวมทรัพย์สินและบัญชี เพื่อที่จะได้ล้มละลายชำระหนี้สินกันเสียให้เสร็จสิ้น

2.2) ระหว่างพิจารณา ศาลเห็นสมควรจะเรียกประกันแก่ลูกหนี้ก็ได้ แต่ห้ามมิให้กักขัง จำจอง เว้นแต่จะมีเหตุผลว่าลูกหนี้คิดจะหลบหนีหรือชักย้ายทรัพย์

²⁸ จาก การล้มละลายโดยสมัครใจของบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 58), โดย พงศ์เทพ หาญนาคะเจริญ, 2548, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.3) เมื่อเจ้าพนักงานผู้จัดการล้มละลายเสนอบัญชีต่อศาล ให้ศาลแบ่งเฉลี่ยเจ้าหนี้ตามมากและน้อย และเมื่อใดแบ่งส่วนเฉลี่ยทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ แล้วให้ศาลพิพากษาว่าลูกหนี้หนี้ล้มละลายใช้หนี้เสร็จสิ้นไปชั้นหนึ่ง คดีนั้นเป็นอันล้มเลิกกันไป

2.4) เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องได้อีกในเมื่อต่อมาปรากฏว่ามีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดในสามประการ คือ

ก) ลูกหนี้ทำการทุจริตปิดบังทรัพย์สินไว้

ข) ลูกหนี้ทำการฉ้อโกงอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเจ้าหนี้ยังไม่ทราบในเวลาพิจารณา

ค) ลูกหนี้มีทรัพย์สินขึ้นอีกภายหลังการล้มละลาย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีนโยบายสำคัญที่จะช่วยลูกหนี้ฝ่ายเดียวโดยลูกหนี้เท่านั้นที่จะขอให้ล้มละลายได้ ส่วนเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิไม่ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกหนี้คัดโกงบิดพลิ้ว ได้ตามใจชอบ ยักย้ายโอนทรัพย์สินแล้วล้มละลายก็ได้ แม้ไม่ล้มละลายแต่เลือกใช้นี้ให้เจ้าหนี้คนใดก็ได้ ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบโดยไม่เป็นธรรม โดยต่อมาเพียงประมาณ 7 ปี พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าก็ได้ทรงยกเลิกสิทธิของลูกหนี้ ในการร้องขอให้ตนล้มละลายเสีย โดยการตราพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.127 ขึ้นแทน²⁹

3) พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.127 ซึ่งออกใช้ชั่วคราวเพียง 8 มาตรา และพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.130 ซึ่งเป็นฉบับสมบูรณ์

กฎหมายล้มละลายทั้ง 2 ฉบับนี้บัญญัติขึ้นตามแบบอย่างอารยประเทศ สำหรับพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.127 มีหลักเกณฑ์สำคัญ คือ

3.1) เจ้าหนี้แต่ฝ่ายเดียวมีสิทธิฟ้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย

3.2) จำนวนหนี้ต้องมีตั้งแต่ 1,000 บาทขึ้นไป³⁰

3.3) ขอมให้ลูกหนี้แสดงหลักฐานประกอบคำต่อสู้ของตนภายใน 10 วัน ว่าสามารถชำระหนี้ทั้งหมดได้ ถ้าไม่สามารถใช้หนี้ได้เต็มจำนวน ก็ให้ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลาย

3.4) เมื่อลูกหนี้ถูกพิพากษาให้ล้มละลาย ให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ส่งบัญชีสินทรัพย์และหนี้สินกับเอกสารสำคัญแก่เจ้าพนักงาน ทั้งให้ทำคำชี้แจงเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน ด้วยกับอาจถูกไต่สวนเรื่องทรัพย์สินและการค้าขาย ตามแต่ศาลจะเห็นสมควร

²⁹ แหล่งเดิม.

³⁰ พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ได้นำความเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนหนี้ขึ้นต่ำตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ. 127มาใช้ซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. ล้มละลาย พ.ศ. 2483.

3.5) ศาลมีอำนาจสั่งว่าการโอนทรัพย์สินหรือการใช้หนี้ของลูกหนี้เป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบเป็นอันใช้ไม่ได้

3.6) ศาลต้องบังคับคดีตามคำสั่งให้ล้มละลายทันที แม้จะมีอุทธรณ์อยู่ก็ตาม เว้นแต่ห้ามไม่ให้เฉลี่ยทรัพย์สินกว่าคดีจะถึงที่สุด

ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.130 ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติม คือ

- 1) ให้โอกาสลูกหนี้ที่สุจริตขอปลดจากการล้มละลายได้
- 2) มีบทบัญญัติเรื่องการประนอมหนี้เพื่อเลิกคดีล้มละลาย
- 3) กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์
- 4) วางระเบียบวิธีการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนการขอพิสูจน์หนี้ของเจ้าหนี้
- 5) มีบทลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต

พระราชบัญญัติล้มละลาย ร.ศ.130 ใช้บังคับอยู่เกือบ 30 ปี จนถึงรัชกาลที่ 8 จึงได้ถูกแก้ไขโดยรัฐสภาอีกครั้งหนึ่ง เรียกว่า พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 และกฎหมายล้มละลายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอีกทั้งสิ้น 7 ครั้ง ดังมีสาระสำคัญ ดังนี้

4) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มีหลักการสำคัญ คือ

4.1) เปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการฟ้องใหม่ จากหลักที่ว่าลูกหนี้ต้องงดการใช้เงินเป็นต้องมีหนี้สินล้นพ้นตัว

4.2) มีการพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ซึ่งยังไม่ถือว่าเป็นคนล้มละลาย

4.3) ลูกหนี้ขอให้ยกเลิกการล้มละลายได้ เมื่อครบ 10 ปี นับแต่วันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แบ่งเฉลี่ยครั้งสุดท้าย หรือปิดบัญชีไม่มีทรัพย์จะแบ่ง

4.4) วางระเบียบให้การดำเนินคดีล้มละลายเป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น

4.5) เพิ่มบทลงโทษทางอาญามากขึ้น และให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

นับแต่พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มีผลบังคับใช้ ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ดังกล่าว รวมทั้งสิ้น 6 ครั้ง คือ

1) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2511 กฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บางมาตรา เพื่อความเหมาะสมแก่ภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมหลักเกณฑ์ที่แก้ไขมีดังนี้ คือ

1.1) เพิ่มจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องลูกหนี้ล้มละลายได้จาก 1,000 บาท เป็น 30,000 บาท³¹

1.2) เพิ่มจำนวนเงินวางประกันค่าใช้จ่ายที่เจ้าหนี้จะต้องนำมาวางศาล

1.3) แก้ไขเรื่องข้อยกเว้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย อันจะนำมาแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ได้ ให้มีความหมายกว้างและมีวงเงินสูงขึ้น

1.4) เพิ่มอำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยอมให้กระทำในระหว่าง 3 ปีก่อนมีการขอให้ล้มละลาย

1.5) แก้ไขอัตราค่าธรรมเนียมให้มีความหมายกว้าง และสูงขึ้น

2) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2526 กฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การฟ้องคดีล้มละลาย โดยเพิ่มจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลาย และแยกเป็นการฟ้องลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ ลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นหนี้จำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 บาท หรือลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลเป็นหนี้จำนวนไม่น้อยกว่า 500,000 บาท³²

3) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ ในหมวด 3/1 การฟื้นฟูกิจการเพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้บางประเภทสามารถฟื้นฟูกิจการได้โดยไม่ต้องล้มละลาย อันเป็นการพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายครั้งใหญ่ที่สุด สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจปัจจุบัน ซึ่งถือเป็นการเพิ่มเติมหลักการใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายล้มละลายของไทย³³

³¹ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากค่าของเงินในปัจจุบันแตกต่างไปจากเมื่อสมัยก่อนเป็นอันมาก จึงควรแก้ไขกำหนดจำนวนหนี้ที่จะฟ้องคดีล้มละลายให้สูงขึ้น กับแก้ไขจำนวนเงินวางศาลและค่าธรรมเนียมบางอย่างให้เหมาะสม...” (ราชกิจจานุเบกษา, 2511, น. 199).

³² “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดเกี่ยวกับจำนวนเงินที่เจ้าหนี้มีสิทธิจะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้จะต้องเป็นหนี้ไม่น้อยกว่าสามหมื่นบาท และเนื่องจากในปัจจุบันค่าของเงินบาทตกต่ำลงมาก สมควรกำหนดจำนวนเงินที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้ให้ล้มละลายได้เสียใหม่ โดยจะฟ้องได้ต่อเมื่อลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเป็นหนี้เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์คนเดียวหรือหลายคนเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นบาท...” (ราชกิจจานุเบกษา, 2526, น. 3).

³³ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันโดยเฉพาะเมื่อลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราวอันควรได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากผู้ประสงฆ์จะให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสได้ฟื้นฟูกิจการ แต่เนื่องจากมาตรา

4) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 กฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักการที่สำคัญบางประการทั้งในส่วนของกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้รับการปลดจากการล้มละลาย โดยผลของกฎหมายหรือที่เรียกว่าเป็นการปลดล้มละลายโดยอัตโนมัติ (Automatic Discharge) และจำนวนหนี้ที่เจ้าหนี้อาจฟ้องให้ล้มละลายได้ (บุคคลธรรมดาเป็นหนี้ไม่น้อยกว่า 1,000,000 บาทและนิติบุคคลเป็นหนี้ไม่น้อยกว่า 2,000,000 บาท) จำนวนเงินที่ต้องวางประกันค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในขั้นตอนต่าง ๆ และราคาของทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ และแก้ไขในส่วนของการฟื้นฟูกิจการและกระบวนการล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวกับการลงมติยอมรับแผนฟื้นฟู การใช้ดุลพินิจของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการลงมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการ การใช้ดุลพินิจของศาลในการเห็นชอบด้วยแผน อำนาจของผู้บริหารแผนเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ การเพิกถอนนิติกรรม ลำดับบุริมสิทธิ และยกเลิกบทบัญญัติที่มีบทบัญญัติแล้วในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542

อนึ่ง ยังได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 อันทำให้มีการเปิดทำการศาลล้มละลายกลางขึ้นในกรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2542 ด้วย

5) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2543 แก้ไขเปลี่ยนแปลงสถานะของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เนื่องจากการแยกสำนักงานศาลยุติธรรมและกระทรวงยุติธรรมออกจากกัน

6) พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2547 แก้ไขเพื่อรองรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการพ้นจากล้มละลายซึ่งมีการบัญญัติในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 โดยปรับเปลี่ยนไปบัญญัติรวมไว้เป็นเป็นเรื่องของการปลดล้มละลาย

94(2) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติให้เจ้าหนี้ที่ยอมให้ลูกหนี้ก่อนหนี้ขึ้นโดยรู้อยู่แล้วว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย อันเป็นเหตุให้ไม่มีสถาบันทางการเงิน หรือเอกชนรายใดยินยอมให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราว ลูกหนี้จึงต้องตกเป็นบุคคลล้มละลายทั้ง ๆ ที่กิจการของลูกหนี้อยู่ในสภาพที่จะฟื้นฟูได้ หากได้รับความช่วยเหลือทางการเงินสมควรที่จะมีบทบัญญัติคุ้มครองการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินชั่วคราวเพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสได้ฟื้นฟูกิจการได้ซึ่งจะช่วยเจ้าหนี้ให้มีโอกาสรับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมด้วย อันจะเป็นการส่งเสริมเศรษฐกิจและการค้าของประเทศให้เจริญก้าวหน้าต่อไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้, (ราชกิจจานุเบกษา, 2541, น. 37).

พร้อมทั้งมีการปรับปรุงบทบัญญัติในเรื่องล้มละลายให้มีความชัดเจนแน่นอน และปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมในคดีล้มละลาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศไทยในอดีตกาลนั้น มีแนวคิดแต่เดิมเป็นการลงโทษลูกหนี้อย่างรุนแรงเพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้เช่นเดียวกับกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศในอดีตเช่นกัน แต่แนวคิดของกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยมีการพัฒนาอย่างช้า ๆ ไม่พัฒนาไปตามสภาพเศรษฐกิจของโลก เนื่องจากสังคมไทยยังเป็นสังคมที่กำลังพัฒนาทางด้านการศึกษาที่สังคมในเมืองและสังคมชนบทยังมีความแตกต่างกันอยู่มาก จึงมีการพัฒนาแนวคิดในการปรับปรุงกฎหมายล้มละลายอย่างช้า ๆ แต่ก็นับว่ากฎหมายล้มละลายได้มีการพัฒนาไปบ้างโดยพยายามปรับปรุงให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจโดยให้ความสำคัญกับนิติบุคคล เช่น การฟื้นฟูกิจการ และบุคคลธรรมดา เช่น ปลดจากการล้มละลาย เป็นต้น แต่ก็ยังคงมองว่า บุคคลล้มละลายเป็นบุคคลที่กระทำความผิดและถูกแบ่งแยกออกจากสังคมด้วยคำว่า “บุคคลล้มละลาย” อยู่นั่นเอง

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL³⁴

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ (Legislative Guide on Insolvency Law) ได้ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) หรือ UNCITRAL โครงการนี้เกิดขึ้นจากการนำเสนอต่อคณะกรรมการเมื่อ พ.ศ. 2542 ซึ่งเสนอให้ UNCITRAL ดำเนินการในเรื่องกฎหมายล้มละลายโดยเฉพาะเรื่องการล้มละลายของบริษัท (Corporate insolvency) เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการเอาข้อบัญญัติเรื่องการล้มละลายของบริษัทไปบังคับใช้การประชุมเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ของโครงการได้ถูกจัดขึ้นในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2542 จากข้อเสนอแนะของที่ประชุมดังกล่าว คณะกรรมการได้มอบหมายให้คณะทำงานคณะที่ 5 (กฎหมายล้มละลาย) (Working Group V – Insolvency Law) ดำเนินการจัดเตรียมรายละเอียดวัตถุประสงค์หลักและสาระสำคัญของการล้มละลาย ระบบการดำเนินการระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้ ซึ่งรวมถึงการปรับปรุงโครงสร้างนอกศาล และแนวทางการร่างกฎหมาย ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของการล้มละลายได้ง่าย รวมถึงการหารือถึงวิธีการอื่นอันเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้ และผลดีและผลเสียของวิธีการดังกล่าว ที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ได้มีการ

³⁴ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีการร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 51-54). เล่มเดิม.

จัดการประชุมระหว่างประเทศร่วมกับ INSOL International และสมาคมเนติบัณฑิตระหว่างประเทศ (International Bar Association) ในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2543 เพื่อหาข้อมูลจากนานาประเทศเกี่ยวกับการล้มละลายในเรื่องวัตถุประสงค์หลักและขอบเขตของสาระสำคัญของข้อบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายที่จะบรรจุไว้ในแนวทาง (Guide)

ร่างฉบับแรกของแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามชาติได้รับการพิจารณาจากคณะทำงานคณะที่ 5 ในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2544 และมีความคืบหน้าของงานอย่างต่อเนื่องจากการประชุม 7 ครั้ง ครั้งละ 1 สัปดาห์ โดยการประชุมครั้งสุดท้ายได้จัดให้มีขึ้นในปลายเดือนมีนาคม พ.ศ. 2547 ซึ่งนอกจากจะมีผู้แทนจากประเทศสมาชิกของคณะกรรมการจำนวน 36 ประเทศเข้าร่วมประชุม แล้วยังมีผู้แทนจากประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ รวมถึงผู้แทนจากองค์การระหว่างประเทศหลายแห่งทั้งที่เป็นองค์การที่ก่อตั้งร่วมกันโดยรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ และองค์การอื่น ๆ ที่มีช่องทางการของรัฐซึ่งต่างเข้าร่วมอย่างแข็งขันในการยกร่าง และในการปฏิบัติงานดังกล่าว ก็ยังมีการร่วมมืออย่างใกล้ชิดกับคณะทำงานคณะที่ 6 (เรื่องสิทธิในหลักประกัน) เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ามีการประสานกันในการปฏิบัติต่อสิทธิในหลักประกันกรณีล้มละลายกับแนวทางการร่างกฎหมายข้ามชาติเกี่ยวกับธุรกรรมที่มีหลักประกันซึ่งอยู่ในระหว่างการพัฒนาของ UNCITRAL

การเจรจาครั้งสุดท้ายเกี่ยวกับการจัดทำร่างแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้นในระหว่างการประชุมครั้งที่ 37 ของ UNCITRAL ในนครนิวยอร์ก ตั้งแต่วันที่ 14-21 มิถุนายน พ.ศ. 2547 โดยที่ประชุมได้ให้การรับรองด้วยมติที่เป็นเอกฉันท์เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2547 ต่อมาที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติลงมติที่ 59/40 ลงวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2547 โดยในมติดังกล่าว สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้แสดงความขอบคุณ UNCITRAL สำหรับการจัดทำแนวทางการร่างกฎหมายจนสำเร็จลุล่วงและยังให้ใช้แนวทางการร่างกฎหมายดังกล่าว³⁵

แนวคิดเกี่ยวกับการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้น UNCITRAL มองว่าสังคมมีวิวัฒนาการไปเรื่อย ๆ กฎหมายล้มละลายก็ไม่สามารถหยุดนิ่งอยู่ได้โดยกฎหมายล้มละลายมีความจำเป็นที่จะต้องมีการประเมินใหม่เป็นระยะ ๆ เพื่อให้แน่ใจว่ากฎหมายล้มละลายสามารถสนองความต้องการของสังคมได้ การตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่คาดเห็นได้นั้นหมายถึงการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบซึ่งสามารถเรียนรู้ได้จากแนวปฏิบัติที่ใช้กันในประเทศ

³⁵ จาก แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) (น. i-ii), โดย กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, 2550, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

และการปฏิบัตินั้นสามารถนำมาเป็นระบบกฎหมายล้มละลายของประเทศหนึ่ง ๆ โดยคำนึงถึงความเป็นจริงของระบบและทรัพยากรทางบุคคลและวัตถุดิบที่มีอยู่³⁶

การกำหนดว่าเมื่อใดกระบวนการล้มละลายจะเริ่มต้นและรูปแบบของกระบวนการล้มละลายที่จะเริ่มต้น คู่กรณี que เริ่มกระบวนการล้มละลาย และหากพิจารณาถึงประเด็นว่า คู่กรณีฝ่ายใดเป็นฝ่ายร้องขอให้เริ่มกระบวนการล้มละลายแล้ว หลักการในการเริ่มกระบวนการล้มละลายควรแตกต่างออกไปหรือไม่ อย่างไร ซึ่งแนวคิดของ UNCITRAL ได้กำหนดประเด็นเริ่มต้นของการเข้ากระบวนการล้มละลาย โดยมองว่าการร่างกฎหมายล้มละลายซึ่งเน้นหนักไปที่ลูกหนี้³⁷ ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ประการแรก คือ กฎหมายควรจะจำแนกระหว่างลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา กับลูกหนี้ซึ่งเป็นวิสาหกิจที่มีความรับผิดชอบอย่างจำกัดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือบริษัท หรือนิติบุคคลอื่น ๆ หรือไม่ โดยที่ลูกหนี้แต่ละประเภทนั้น นอกจากจะมีข้อพิจารณาทางด้านนโยบายที่แตกต่างกันแล้ว ยังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับทัศนคติทางสังคมและทัศนคติอื่น ๆ ที่แตกต่างกันอีกด้วย ประการที่สอง คือ ประเภทลูกหนี้ที่ควรจะถูกกันออกจากการบังคับใช้ของกฎหมาย³⁸

นโยบายที่ใช้กับหนี้และการล้มละลายของปัจเจกชนหรือบุคคล มักสะท้อนทัศนคติทางวัฒนธรรม ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเท่าใดนัก เช่น อาจรวมถึงทัศนคติที่มีต่อการก่อหนี้ของบุคคล การมีหนทางปลดหนี้ที่ไม่สามารถจัดการได้ผลทางสังคมของการล้มละลายต่อสถานะของบุคคล ความจำเป็นที่จะต้องมีการให้คำปรึกษาและความช่วยเหลือด้านการศึกษาเกี่ยวกับหนี้ของบุคคล และการให้โอกาสแก่ลูกหนี้เพื่อให้เริ่มต้นใหม่โดยการปลดเปลื้องผลประโยชน์ของบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (ซึ่งรวมทั้งห้างหุ้นส่วนของบุคคลธรรมดา และผู้ค้าคนเดิยต่าง ๆ) นั้น แตกต่างจากผลประโยชน์ของลูกหนี้ที่เป็นผู้บริโภคน้อยก็ในแง่ของลักษณะบางประการของการเป็นหนี้ของบุคคลเหล่านั้น แต่บ่อยครั้งที่เป็นเรื่องยากในการแยกหนี้ส่วนบุคคลออกจากหนี้ทางธุรกิจของเขาเพื่อกำหนดว่าเขาควรจะได้รับ การปฏิบัติในคดีล้มละลายอย่างไร เกณฑ์ทดสอบที่แตกต่างกันอาจมีการพัฒนาขึ้น เพื่อช่วยในการกำหนดดังกล่าว

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการรวมเอาบุคคลธรรมดาไว้ในหลักเกณฑ์การล้มละลายพาณิชย์ก็สมควรที่จะกังวลและได้รับการพิจารณา โดยคำนึงถึงลักษณะของการทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจในแต่ละประเทศ กับการดำรงอยู่และประสิทธิผลของกฎหมายล้มละลายที่ใช้กับบุคคลธรรมดา เช่น

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ การอ้างอิงถึง “บุคคล” ให้ตีความว่ารวมถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น.

³⁸ แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) (น. 50). เล่มเดิม.

ในหลายประเทศ กิจกรรมทางเศรษฐกิจเกือบทั้งหมดจะทำโดยปัจเจกชน และการกันปัจเจกชนเหล่านี้ออกจากกฎหมายล้มละลายจะเป็นการจำกัดการบังคับใช้และประสิทธิผลของกฎหมายนั้นเป็นอย่างมาก ส่วนในประเทศอื่น ๆ กำหนดการล้มละลายของบุคคลธรรมดาที่ทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายล้มละลายของบุคคลธรรมดา และบุคคลเหล่านั้นจะถูกกันออกจากกฎเกณฑ์การล้มละลายทางการพาณิชย์

แนวทางการร่างกฎหมายเน้นหนักไปที่การทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งของนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา โดยไม่คำนึงถึงโครงสร้างทางกฎหมายที่รองรับการทำกิจกรรมเหล่านั้น และไม่ว่ากิจกรรมนั้นจะทำได้ไปเพื่อผลกำไรหรือไม่ โดยได้ระบุประเด็นต่าง ๆ ที่ต้องมีบทบัญญัติที่เพิ่มเติม หรือที่แตกต่างออกไป หากมีการรวมเอาลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาไว้ในกฎหมายล้มละลายด้วย³⁹

การเริ่มต้นกระบวนการทางกฎหมายนั้น มาตรฐานที่จะต้องยึดถือสำหรับการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เป็นศูนย์กลางของการร่างกฎหมายล้มละลาย ในฐานะพื้นฐานอันทำให้สามารถเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายได้ มาตรฐานนี้จะเป็นเครื่องมือในการกำหนดตัวลูกหนี้ที่จะนำเข้ามาสู่กลไกการคุ้มครองและกฎเกณฑ์บังคับของกฎหมายล้มละลายได้ และเป็นเครื่องมือในการกำหนดว่า ผู้ใดสามารถจะร้องขอให้เริ่มต้นกระบวนการทางกฎหมายได้ ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือฝ่ายอื่น ๆ

ในฐานะหลักการทั่วไป มาตรฐานในการเริ่มต้นกระบวนการทางกฎหมายควรโปร่งใส และแน่นอน เอื้ออำนวยให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยสะดวก ประหยัด และรวดเร็ว เพื่อส่งเสริมธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวให้เข้าสู่กระบวนการโดยสมัครใจ นอกจากนี้ การเข้าสู่กระบวนการควรมีความยืดหยุ่นในแง่ของประเภทของกระบวนการล้มละลายที่มีอยู่ และความสะดวกในการที่จะเข้าสู่กระบวนการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับลูกหนี้เฉพาะราย และการที่จะสามารถเปลี่ยนจากกระบวนการหนึ่งไปเป็นอีกกระบวนการหนึ่งได้ หากการเข้าสู่กระบวนการของกฎหมายมีข้อจำกัดอาจขวางกั้นทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้มิให้เริ่มกระบวนการทางกฎหมายได้ ในขณะที่ความล่าช้าจะมีผลเสียต่อมูลค่าของทรัพย์สิน และการประสพผลสำเร็จของกระบวนการทางกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับมาตรการป้องกันที่เหมาะสมและเพียงพอเพื่อป้องกันการนำกระบวนการทางกฎหมายไปใช้อย่างไม่เหมาะสม ตัวอย่างของการใช้อย่างไม่เหมาะสม เช่น การร้องขอโดยลูกหนี้ที่มีได้ประสบปัญหาทางการเงิน เพื่อแสวงประโยชน์จากการคุ้มครองต่าง ๆ ที่กฎหมายล้มละลายกำหนดไว้ เช่น การพักการดำเนินคดีโดย

³⁹ แหล่งเดิม.

อัตโนมัติ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงหรือถ่วงเวลาในการชำระเงินให้แก่เจ้าหนี้ และการร้องขอโดยเจ้าหนี้ซึ่งเป็นคู่แข่งของลูกค้านี้ โดยที่การร้องขอดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการแสวงประโยชน์จากกระบวนการล้มละลาย เพื่อขัดขวางธุรกิจของลูกค้านี้ และเพื่อให้ตนได้เปรียบในการแข่งขัน⁴⁰

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจของศาล⁴¹

“ดุลพินิจ” ตามความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นควรมีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discretion” มาจากรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio” แต่ความหมายในทางกฎหมายนั้น หมายถึง เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (Privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรมว่าสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (Circumstance) และการใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจของตัวผู้พิพากษาเองโดยไม่มีขึ้นกับวิจารณญาณหรือการตัดสินใจของบุคคลชั้นใด (Uncontrolled By The Judgement Of Conscience Of Others)

นอกจากนี้ความของ “ดุลพินิจ” ในทางกฎหมายยังมีความหมายไปถึงการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาความ พอจะสรุปความหมายของดุลพินิจได้ 3 ประการ คือ

- 1) ค้นหาข้อเท็จจริง (find facts)
- 2) ปรับข้อเท็จจริงเข้าหาหลักกฎหมาย
- 3) พิจารณาพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องภายหลังจากที่ได้ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

“โทษของดุลพินิจ” แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความยุติธรรมแต่ในทางกลับกัน สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมก็มาจากการใช้ดุลพินิจได้อีกเช่นกัน ทั้งนี้เพราะการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด ดุลพินิจจึงเปรียบเสมือนกับขวานที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างมหันต์ แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้เช่นกัน (like an axe, it can be an weapon for mayhem or murder)

K.C Davis ได้กล่าวว่า “ดุลพินิจ นั้น ประกอบด้วยมิติหลายมิติ” อันจะทำให้ผู้ใช้ดุลพินิจนั่นเองต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่าข้อเท็จจริงเช่นใดจึงควรใช้มิติไหนของดุลพินิจมาบังคับ หากเลือกใช้ดุลพินิจได้ถูกต้อง ดุลพินิจนั้นก็ย่อมสร้างความเป็นธรรมอันควรสรรเสริญ แต่

⁴⁰ แหล่งเดิม.

⁴¹ จาก การใช้ดุลพินิจตัดสินใจของผู้พิพากษาศาลล้มละลายกลาง ต่อการรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการและการพิจารณาให้ความเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการ (รายงานผลการวิจัย) (น. 33-35), โดย พิชัย นิลทองคำ ก, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ.

ถ้าเลือกใช้ดุลพินิจนั้นก็เป็นการยอมรับความยุติธรรม ดังนั้นดุลพินิจนั้นมีประโยชน์เพื่อสนองความยุติธรรมเฉพาะกรณี โดยจะต้องอาศัยการพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมเป็นเครื่องช่วยกำหนด หากจะวางกฎเกณฑ์ไว้จะสามารถสร้างกฎเกณฑ์คลุมถึงพฤติการณ์ได้หรือและแม้จะมีการสร้างกฎเกณฑ์วางไว้ก็ยังคงใช้ดุลพินิจอีกนั่นเอง เพราะให้ผลดีกว่า (even when rules can be written, discretion is often better) การใช้ดุลพินิจที่มีพื้นฐานหรือหลักนิติธรรมเป็นเครื่องช่วยกำหนดในการใช้ ก็คือสิ่งที่เรียกว่า “ดุลพินิจยุติธรรม” หรือ “Judicial Discretion, Legal Discretion” สิ่งที่จะเรียกว่าเป็นดุลพินิจยุติธรรมตามความหมายนี้ มุ่งกำหนดให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจ พิจารณาถึงหลักพื้นฐานหรือหลักยุติธรรมเสียก่อน เพื่อจะได้ดุลพินิจที่เป็นคุณ เพราะหากใช้ปฏิบัติโดยไม่มีหลักประกันใดยึดไว้เลยดุลพินิจนั้นอาจเป็นโทษได้

2.4 ลักษณะของกฎหมายล้มละลาย⁴²

เนื่องจากคดีล้มละลายเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจะคดีแพ่งสามัญทั่วไป ดังนั้นในส่วนนี้จะขอกล่าวถึงลักษณะของคดีล้มละลาย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. คดีล้มละลายเป็นคดีที่ฟ้องให้จัดการทรัพย์สินของบุคคลผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

หลักการการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลายจะมุ่งเน้นในเรื่องการแบ่งทรัพย์สินภายใต้หลักความเสมอภาค (Pari Passu) เป็นสำคัญ ดังนั้น การจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายจึงเน้นในเรื่องการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาจัดสรรให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ การดำเนินกิจการของลูกหนี้จะกระทำเฉพาะเพื่อให้ส่วนที่ค้างอยู่นั้นเสร็จสิ้นไปเท่านั้น โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่หลักในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นการรวบรวมและการจำหน่ายทรัพย์สิน การจัดสรรชำระหนี้ รวมถึงการดำเนินการหรือแต่งตั้งผู้ดำเนินกิจการของลูกหนี้ในส่วนที่ค้างอยู่⁴³

2. คดีล้มละลายเป็นคดีที่มีลักษณะจำกัดสิทธิในการจัดการทรัพย์สินและเสรีภาพของลูกหนี้

ในการดำเนินคดีล้มละลาย การจำกัดสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้หรือผู้บริหารของลูกหนี้จะเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และกระทำการที่จำเป็น เพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่

⁴² จาก บทบาทของศาลในคดีล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาและการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ เด็ดขาด (น. 13-25), โดย สุภาวดี วัฒนานนท์, 2551, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 22(1) และมาตรา 120.

ค้างอยู่เสร็จกันไป⁴⁴ และในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ลูกหนี้ที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือล้มละลายแล้ว จะจัดการทรัพย์สิน จะย้ายที่อยู่ จะออกไปต่างประเทศ ต้องขออนุญาตหรือต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบ⁴⁵ เหตุนี้เสรีภาพของลูกหนี้จึงถูกกระทบกระเทือนด้วย

3. คดีล้มละลายเป็นคดีที่ระงับสิทธิในการฟ้องร้องและบังคับตามสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละราย

การระงับสิทธิในการฟ้องร้องหรือบังคับตามสิทธิ รวมถึงการระงับการดำเนินการใด ๆ ในทางกฎหมาย (Judicial Remedies) ของเจ้าหนี้แต่ละราย โดยกำหนดให้เจ้าหนี้ดังกล่าว สามารถขอรับชำระหนี้ได้ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายล้มละลาย⁴⁶ อย่างไรก็ตามข้อระงับสิทธิดังกล่าวนี้จะมีผลเฉพาะแต่เจ้าหนี้สามัญหรือเจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกันเท่านั้น แต่ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันการชำระหนี้แต่อย่างใด เจ้าหนี้มีประกันสามารถเลือกที่จะบังคับชำระหนี้ได้โดยไม่ต้องเข้ามาสู่ระบบการแบ่งทรัพย์สินในกฎหมายล้มละลาย สำหรับการกำหนดให้เจ้าหนี้มีประกันยื่นชี้แจงต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมของหลักประกันกับจำนวนหนี้ ซึ่งเป็นเพียงการตรวจสอบหลักประกันที่เจ้าหนี้ยึดถือไว้กับมูลหนี้ของเจ้าหนี้ดังกล่าวเหมาะสมหรือไม่เท่านั้น⁴⁷ โดยหากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เห็นว่าหลักประกันนั้นมีมูลค่าเกินกว่าจำนวนหนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็จะดำเนินการไถ่ถอนหลักประกันโดยชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันตามจำนวนหนี้

สำหรับเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยหลักแล้วย่อมมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนคืนได้ เว้นแต่กรณีที่ทรัพย์สินดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้ที่ล้มละลายในลักษณะที่ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้นที่กฎหมายล้มละลายให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้อันอาจนำมาแบ่งได้ในคดีล้มละลาย อย่างไรก็ตามเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้⁴⁸

4. คดีล้มละลายเป็นคดีที่มีการกำหนดข้อสันนิษฐานความมีหนี้สินล้นพ้นตัว

เป็นธรรมดาที่ลูกหนี้ทุกคนจะปกปิดและพยายามรักษาทรัพย์สินของตนไว้ ยิ่งถ้าเป็นพ่อค้าหรือบุคคลที่มีอำนาจแล้วยิ่งสำคัญ การที่ลูกหนี้ปกปิดทรัพย์สินจะเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้นั้นคิดฉ้อโกง หรือเป็นเพราะการประกอบกิจการที่เกินตัวไม่เป็นระบบแบบแผนทำให้ไม่สามารถ

⁴⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 22 (1).

⁴⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 67(3).

⁴⁶ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 91.

⁴⁷ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 95 และมาตรา 96.

⁴⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 109(3).

ติดตามและแจกแจงบัญชีทรัพย์สินหนี้สินได้ก็ตาม ย่อมเป็นความยากลำบากแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายใน อันจะพิสูจน์ทราบเหตุเช่นนี้ สำหรับคดีล้มละลายจึงจำเป็นต้องวางกำหนดข้อสันนิษฐานว่า ถ้าลูกหนี้มีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นมา ก็อาจสันนิษฐานได้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เพื่อให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องคดีล้มละลายได้ทันที⁴⁹ และเพื่อให้การพิสูจน์ของเจ้าหนี้กระทำได้ โดยง่ายยิ่งขึ้นแล้ว ทั้งยังทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเป็นไปโดยรวดเร็วและเกิดผลดีต่อการ ติดตามรวบรวมทรัพย์สินหนี้สินของลูกหนี้เพื่อนำมาจัดการในระบบเฉลี่ยแบ่งปันแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย⁵⁰

5. คดีล้มละลายเป็นคดีที่มีวิธีพิจารณาเฉพาะที่ช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายรวดเร็วและเสียค่าธรรมเนียมน้อย

ในการดำเนินคดีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ถ้าให้ดำเนินไปตามวิธีพิจารณาความ แพ่งธรรมดาจะเป็นการติดขัดยุ่งยากทำให้ต้องเสียเวลาต้องจ่ายเงินและค่าใช้จ่ายมาก เพราะได้กล่าว ไปแล้วว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการบังคับชำระหนี้ใน กรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเจ้าหนี้หนึ่งรายกับลูกหนี้เท่านั้น วิธีพิจารณา จึงสลับซับซ้อน⁵¹ ทั้งสองฝ่ายต้องปกป้องผลประโยชน์กันเอง ไม่มีบทบัญญัติในการเร่งรัดกระบวนการ พิจารณาที่ชัดเจน ในขณะที่คดีล้มละลายต้องคำนึงถึงความเป็นเจ้าหนี้ทั้งหลายที่จะต้องได้รับเงินที่ ลูกหนี้ค้างชำระแต่ตนโดยรวดเร็ว เพราะในทางธุรกิจนั้นเจ้าหนี้ทั้งหลายก็มักจะเป็นหนี้ผู้อื่นอีก ทอดหนึ่งจึงต้องการนำเงินไปชำระหนี้ของเจ้าหนี้เอง และลักษณะอย่างหนึ่งของคดีล้มละลาย คือ จะมีผู้เกี่ยวข้องมากโดยเฉพาะเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ จำต้องมีวิธีการเฉพาะในการจัดการกับ บุคคลต่าง ๆ ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจึงจะทำให้คดีเป็นไปโดยเร็วได้ เพราะการที่คดีล่าช้า เนื่องจากการกระทำของบุคคลเพียงคนเดียวจะมีผลกระทบทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ในคดีทุกคนให้ได้รับความเสียหาย และเจ้าหนี้ทั้งหลายย่อมต้องการที่จะได้รับชำระหนี้คืนเป็น จำนวนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น วิธีพิจารณาคดีล้มละลายต้องวางหลักเกณฑ์มิให้ต้องมีการ เสียค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในคดีมาก เพื่อที่จะได้ไม่กระทบกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น เก็บค่าขึ้นศาลเพียง 500 บาท เก็บเงินประกันค่าใช้จ่าย 5,000 บาท เป็นต้น ด้วยเหตุนี้คดี

⁴⁹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 8. และศึกษาเปรียบเทียบกับ Bankruptcy Act 1914 section 1 ของประเทศอังกฤษ.

⁵⁰ จาก การฟ้องคดีล้มละลายและวิธีปฏิบัติในศาลล้มละลายกลาง (น. 12), โดย พิชัย นิลทองคำ ข, 2544, กรุงเทพฯ: อทตยามีเล็นเนี่ยน.

⁵¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (น. 6), โดย ธานินทร์ ภัยวิเชียร, 2521, กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์.

ล้มละลายจึงต้องมีวิธีพิจารณาเฉพาะเพื่อรองรับมาตรการของกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้

6. คดีล้มละลายเป็นคดีที่ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน ย่อมได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติที่ดีกว่าเจ้าหนี้ไม่มีประกัน⁵²

หลักการในเรื่องนี้เป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งในคดีล้มละลาย โดยในช่วงเวลาที่ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้ ความแตกต่างระหว่างเจ้าหนี้มีประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินกับเจ้าหนี้ไม่มีประกันที่มีต่อลูกหนี้ยังไม่เห็นเด่นชัดนัก สิทธิเรียกร้องที่ไม่มีประกันจะเป็นเพียงบุคคลสิทธิซึ่งเป็นเพียงสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ตามมูลหนี้โดยอาศัยกระบวนการทางศาลและสิทธิดังกล่าวสามารถบังคับได้แต่เฉพาะกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การผูกพันของเจ้าหนี้มีประกัน นอกจากนี้สิทธิดังกล่าวจะอยู่ภายใต้หลักในเรื่องบุริมสิทธิด้วยสำหรับกรณีที่ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น เจ้าหนี้ไม่มีประกันจะไม่สามารถดำเนินการฟ้องร้องเพื่อบังคับตามสิทธิของตนได้เป็นส่วนตัว สิทธิของเจ้าหนี้ดังกล่าวจะแปลงสภาพเป็นสิทธิในการพิสูจน์หนี้ ยื่นขอชำระหนี้ หรือมีส่วนร่วมกับเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกัน อื่น ๆ ในขณะที่เจ้าหนี้มีประกันหรือเจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สิน เช่น เจ้าหนี้จำนอง เจ้าหนี้ที่มีทรัพย์สินเป็นหลักประกันการชำระหนี้อยู่ในครอบครอง สามารถที่จะแยกทรัพย์สินดังกล่าวนั้นออกจากบรรดาเจ้าหนี้สามัญทั่วไปได้

7. คดีล้มละลายเป็นคดีที่ป้องกันลูกหนี้ที่ไม่สุจริตและการกระทำใด ๆ ที่ไม่เป็นธรรมอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย⁵³

ในคดีล้มละลาย ทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ถูกทำให้ลดน้อยลงหรือทำให้หมดไปด้วยการโอน การให้สิทธิพิเศษ การให้ประโยชน์หรือการกระทำใด ๆ ที่ลูกหนี้ได้กระทำขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่ลูกหนี้อยู่ในสถานะที่ประสบปัญหาทางการเงินหรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวซึ่งไม่ยุติธรรมต่อบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย การกระทำดังกล่าวนอกจากจะทำให้เจ้าหนี้เดิมได้รับความเสียหาย เนื่องจากทรัพย์สินที่จะนำมาจัดสรรชำระหนี้ให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายต้องลดน้อยลงอันมีผลต่อการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เหล่านั้นแล้ว ยังมีผลให้บุคคลนอกเข้าใจผิดในสถานะการเงินหรือสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการป้องกันการโอน การให้หลักประกันหรือการกระทำใด ๆ ที่ทำขึ้นในขณะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือในช่วงเวลาที่กฎหมาย

⁵² From *Principles of corporate Insolvency Law* (p. 20), by Goode, R.M.

⁵³ Ibid.

กำหนด โดยกำหนดให้การกระทำดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจร้อง ขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้⁵⁴

2.5 วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย

เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้และความรับผิดชอบอื่น ๆ ของตนเมื่อครบกำหนดชำระระบบกฎหมายส่วนใหญ่บัญญัติกลไกทางกฎหมายในการจัดการให้มีการชำระหนี้คงค้างที่มีการเรียกร้องให้ชำระจากทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งถึงแม้วิธีการทางกฎหมายของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันออกไป แต่มีความเห็นพ้องต้องกันอย่างกว้างขวางว่าข้อบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลควรมีจุดมุ่งหมายในการบรรลุวัตถุประสงค์หลักที่ระบุไว้ในลักษณะที่มีสมดุล โดยไม่ว่ากฎหมายจะกำหนดในรูปแบบใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวกฎหมายล้มละลายจะต้องเป็นส่วนส่งเสริมและสอดคล้องกับคุณค่าทางกฎหมายและทางสังคมที่กฎหมายล้มละลายนั้นได้บัญญัติขึ้นมาและจะคงอยู่ในท้ายที่สุด ถึงแม้ว่ากฎหมายล้มละลายโดยทั่วไปจะมีบทบัญญัติแตกต่างไป แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ควรให้ผลลัพธ์ที่ขัดแย้งกับหลักการที่กฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายล้มละลายใช้เป็นเกณฑ์ ในขณะที่กฎหมายล้มละลายประสงค์ที่จะบรรลุผลที่แตกต่างไปจากหรือเบี่ยงเบนไปจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายอื่น แต่สิ่งที่พึงประสงค์อย่างยิ่งก็คือ ผลที่ได้ดังกล่าวเป็นผลิตผลของการพิจารณาอย่างรอบคอบและนโยบายที่ตระหนักในแนวทางดังกล่าว ดังนั้น หน่วยงานระหว่างประเทศอย่าง UNCITRAL ได้ให้ความเห็นต่อร่างข้อเสนอแนะในการออกกฎหมายล้มละลาย (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) ไว้ในการประชุมสมัยที่ 37⁵⁵ ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์หลักของการดำเนินคดีล้มละลายไว้ดังนี้⁵⁶

1. การสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

กฎหมายล้มละลายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการช่วยให้ประเทศต่าง ๆ สามารถบรรลุประโยชน์และหลีกเลี่ยงกับดักของการรวมกันเป็นหนึ่งเดียวระหว่างระบบการเงินของประเทศกับระบบการเงินระหว่างประเทศ โดย

⁵⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 113 มาตรา 114 และ มาตรา 115.

⁵⁵ ประชุมที่นิวยอร์ก ระหว่างวันที่ 14-25 มิถุนายน 2547 ปรากฏตามเอกสาร A/CN.9/WG.V/WP.70 Part (pp. 10-14).

⁵⁶ จาก แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) (น. 12-18). เล่มเดิม.

กฎหมายและหน่วยงานเหล่านี้ควรส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างของธุรกิจที่สามารถดำรงอยู่ได้ และการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปิดกิจการและการโอนทรัพย์สินของธุรกิจที่ประสบความล้มเหลว และอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินทุนสำหรับการเริ่มต้นใหม่ของธุรกิจ และการฟื้นฟูกิจการ รวมทั้งช่วยให้การประเมินความเสี่ยงของการให้สินเชื่อสามารถกระทำได้ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย ดังต่อไปนี้ ควรได้รับการดำเนินการเพื่อเสริมสร้างความแน่นอนในตลาดและส่งเสริมเสถียรภาพ และการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

2. การเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด

ผู้เข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายควรมีแรงจูงใจอย่างมากในการดำเนินการให้ทรัพย์สินมีมูลค่าสูงสุด เนื่องจากจะช่วยให้มีการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยรวมได้มากยิ่งขึ้นและลดภาระของการมีหนี้สินล้นพ้นตัว การบรรลุเป้าหมายนี้มักนำไปสู่การบรรลุความสมดุลของการกระจายความเสี่ยงระหว่างคู่กรณีที่อยู่รอบกระบวนการล้มละลาย ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนธุรกรรมที่ผ่านมา สามารถทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า เจ้าหนี้จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันและเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการเอามูลค่าของทรัพย์สินกลับคืนมาเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทุกราย ในขณะเดียวกัน การเพิกถอนดังกล่าว สามารถทำลายความสามารถในการคาดการณ์ได้ถึงความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งมีความสำคัญต่อการตัดสินใจในการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างจุดมุ่งหมายที่ต่างกันของกระบวนการล้มละลาย ในทำนองเดียวกัน ก็มีความจำเป็นในการสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชีที่รวดเร็วกับการใช้ความพยายามในระยะยาวในการฟื้นฟูกิจการซึ่งอาจก่อให้เกิดมูลค่าเพิ่มแก่เจ้าหนี้ และความสมดุลระหว่างความต้องการเงินลงทุนใหม่เพื่อรักษาหรือเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินกับผลกระทบและต้นทุนของการลงทุนใหม่ที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียในปัจจุบัน รวมทั้งความสมดุลระหว่างบทบาทที่แตกต่างกันของผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลยพินิจของผู้แทนในคดีล้มละลายกับขอบเขตที่เจ้าหนี้สามารถฟ้องร้องการใช้ดุลยพินิจนั้น เพื่อคุ้มครองกระบวนการทางกฎหมาย และเพื่อให้เกิดมูลค่าสูงสุด

3. การสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ

วัตถุประสงค์หลักข้อแรกในการเพิ่มมูลค่าให้สูงสุดนั้น มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการบรรลุความสมดุลในกฎหมายล้มละลายระหว่างการชำระบัญชีและการฟื้นฟูกิจการโดยกฎหมายล้มละลายจำต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ระหว่างการรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสั้นผ่านทางชำระบัญชี (ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้มีประกันเลือก) กับการรักษาไว้ซึ่งมูลค่าธุรกิจของลูกหนี้ โดยวิธีการฟื้นฟูกิจการ (ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันและลูกหนี้เลือก)

การบรรลุซึ่งสมดุลดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อข้อพิจารณาทางด้านนโยบายสังคมอื่น ๆ อาทิเช่น การสนับสนุนการพัฒนาของชนชั้นผู้ประกอบการและปกป้องการจ้างแรงงาน ทั้งนี้กฎหมายล้มละลายควรรวมถึงความเป็นไปได้ของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้เป็นทางเลือกแทนการชำระบัญชี ซึ่งเจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ไม่น้อยกว่าในกรณีของการชำระบัญชีโดยที่เจ้าหนี้ไม่สมัครใจ และคุณค่าของลูกหนี้ต่อสังคมและต่อเจ้าหนี้อาจเพิ่มพูนให้สูงค่าได้อย่างมากโดยการยินยอมให้ลูกหนี้ดำเนินกิจการต่อไป โดยการดำเนินการดังกล่าวตั้งอยู่บนทฤษฎีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ว่า การดำรงรักษาไว้ซึ่งองค์ประกอบที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อธุรกิจอาจทำให้ได้มูลค่าที่สูงกว่าการแยกจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวออกเป็นส่วน ๆ โดยกฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้มีการแปลงรูปแบบของกระบวนการหนึ่งไปสู่อีกกระบวนการหนึ่งตามสภาวะการณ์ที่เหมาะสมด้วย เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ากระบวนการในกฎหมายล้มละลายจะไม่ถูกใช้ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ และมีวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ปัญหาทางการเงินของลูกหนี้

4. การดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (equitable treatment) ต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน

วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าในกระบวนการทางกฎหมายโดยรวม เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยได้รับส่วนแบ่งการชำระหนี้ตามลำดับหนี้และส่วนได้เสียในหนี้ของตน วัตถุประสงค์หลักนี้ยอมรับว่าเจ้าหนี้ทุกรายไม่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน แต่ได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่สะท้อนถึงการต่อรองที่แตกต่างกันออกไป ที่มีระหว่างเจ้าหนี้ดังกล่าวกับลูกหนี้ ประเด็นข้างต้นอาจไม่เป็นประเด็นที่สำคัญในกรณีที่ไม่มีสัญญาเกี่ยวกับหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกับลูกหนี้ อาทิเช่น ในกรณีของผู้เรียกร้องค่าเสียหาย (ตัวอย่างเช่น การเรียกร้องในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม) และหน่วยงานราชการด้านภาษี แม้ว่าการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันอาจจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยนโยบายทางด้านสังคมเกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้ก่อน และการหลีกเลี่ยงให้แก่ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิในลำดับก่อน ตัวอย่างเช่นที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย กระนั้นก็ตามหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันก็ยังคงความสำคัญอยู่ โดยการดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่าการจัดลำดับการชำระหนี้ให้ก่อนของเจ้าหนี้ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกันมีผลต่อสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ นโยบายว่าด้วยการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันครอบคลุมในหลายด้านของกฎหมายล้มละลาย รวมถึงการใช้วิธีการพักการดำเนินคดีหรือการระงับชั่วคราว การกำหนดเรื่องการระงับการกระทำและธุรกรรมและการฟื้นฟูมูลค่าของทรัพย์สินในคดีล้มละลาย การจัดกลุ่มของหนี้ วิธีการออกเสียงลงคะแนนในการฟื้นฟูกิจการและกลไกในการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรแก้ไขปัญหากับกฏข้อฉ้อฉลและความลำเอียงที่

อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความยุ่งยากทางการเงิน โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น บัญญัติให้สามารถบอกล้างการกระทำและธุรกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่เท่าเทียมกันของเจ้าหนี้ได้

5. การให้มีการแก้ปัญหาล้มละลายด้วยวิธีการที่ทันต่อเหตุการณ์ มีประสิทธิภาพ และเป็นกลางปัญหาการล้มละลายควรได้รับการจัดการและแก้ไขในลักษณะที่เป็นระเบียบรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เพื่อหลีกเลี่ยงการสะดุดหยุดลงอย่างเกินควรของธุรกิจและกิจกรรมของลูกหนี้ และเพื่อลดค่าใช้จ่ายของการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายให้มีจำนวนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้ การบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและในเวลาอันเหมาะสมจะช่วยสนับสนุนวัตถุประสงค์ในการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด ในขณะที่ความเป็นกลางจะช่วยสนับสนุนเป้าหมายของการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน โดยกระบวนการทั้งหมดจำเป็นต้องได้รับการพิจารณาด้วยความรอบคอบเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยไม่ทำให้ขาดความคล่องตัวในการดำเนินการ ในขณะเดียวกัน ควรให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่งกับการชำระบัญชีของธุรกิจที่ไม่อาจดำรงอยู่ต่อไปได้และที่ไม่มีประสิทธิภาพ และความอยู่รอดของธุรกิจที่มีประสิทธิภาพและมีศักยภาพในการดำเนินต่อไปได้ นอกจากนี้ การแก้ปัญหาด้านการเงินของลูกหนี้ด้วยความรวดเร็วและเป็นระเบียบสามารถส่งเสริมให้เกิดขึ้นได้ด้วยกฎหมายล้มละลายที่สามารถเข้าถึงกระบวนการล้มละลายได้ง่าย โดยการอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนและที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (objective criteria) โดยจัดให้มีวิธีการที่สะดวกในการระบุ เก็บ รักษา และเอาคืนซึ่งทรัพย์สินและสิทธิที่ควรนำมาใช้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ซึ่งอำนวยความสะดวกต่อการเข้าร่วมของลูกหนี้และเจ้าหนี้โดยให้ความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จัดให้มีโครงสร้างที่เหมาะสมสำหรับการดูแลและบริหารกระบวนการ (รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญและสถาบันต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง) และมีผลให้มีการแก้ไขภาระและความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้อย่างมีประสิทธิภาพ

6. การดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน

กฎหมายล้มละลายควรรักษาทรัพย์สินและขีดขวางการแยกทรัพย์สินของลูกหนี้ออกเป็นส่วน ๆ ก่อนเวลาที่เหมาะสมโดยเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดที่ทำการบังคับชำระหนี้ของตน เนื่องจากการกระทำได้กล่าวมาจะเป็นการลดมูลค่าโดยรวมของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่สำหรับการชำระหนี้ต่าง ๆ ที่ลูกหนี้มีและอาจขีดขวางการฟื้นฟูกิจการหรือการขายธุรกิจบนหลักการที่ให้ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป การพักการดำเนินคดีที่เจ้าหนี้ยื่นฟ้องทำให้ลูกหนี้มีเวลาในการดำเนินการต่าง ๆ และทำให้สามารถตรวจสอบสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้อย่างถูกต้องเหมาะสม และสนับสนุนให้เกิดการเพิ่มมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินของลูกหนี้และการปฏิบัติต่อ

เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกันทั้งนี้อาจจำเป็นต้องมีกลไกบางประการในการสร้างความมั่นใจว่า การพักการดำเนินคดีไม่กระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

7. การสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ และเป็นกฎหมายที่ให้แรงจูงใจในการเก็บรวบรวมและกระจายข้อมูล

กฎหมายล้มละลายควรมีความโปร่งใสและคาดการณ์ได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ที่อาจจะให้กู้และเจ้าหนี้สามารถเข้าใจการดำเนินการของกระบวนการล้มละลายและสามารถประเมินความเสี่ยงเกี่ยวกับฐานะของตนในฐานะเจ้าหนี้หากเกิดการล้มละลาย อันจะเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพในด้านความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์และส่งเสริมการให้กู้เงินและการลงทุน โดยมีอัตราค่าเสี่ยงภัยที่ต่ำลง ทั้งนี้ ความโปร่งใสและการสามารถคาดการณ์ได้จะทำให้เจ้าหนี้สามารถได้รับความกระจ่างเกี่ยวกับลำดับของการชำระหนี้ หลีกเลี่ยงข้อพิพาทโดยการให้รายละเอียดเกี่ยวกับสถานการณ์ซึ่งสามารถใช้เป็นข้อมูลในการประเมินสิทธิและความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้อง และช่วยกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจใด ๆ การใช้กฎหมายล้มละลายในลักษณะที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ อาจเป็นการทำลายไม่เฉพาะต่อความเชื่อมั่นของผู้ที่ร่วมในกระบวนการล้มละลาย แต่ยังทำลายความเต็มใจของบุคคลดังกล่าวในการให้สินเชื่อและการตัดสินใจลงทุนก่อนการเกิดการล้มละลาย ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรระบุอย่างชัดเจนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมายอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินกระบวนการล้มละลายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์และสัญญา กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายที่กระทบต่ออัตราแลกเปลี่ยน การหักบัญชีและการหักกลบลบหนี้ การแปลงหนี้เป็นทุน และแม้แต่กฎหมายว่าด้วยครอบครัวและการสมรส) นอกจากนี้ กฎหมายล้มละลายควรสร้างความมั่นใจว่า มีข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับสถานะของลูกหนี้ ควรมีมาตรการที่ให้แรงจูงใจในการกระตุ้นให้ลูกหนี้เปิดเผยฐานะของตนและในกรณีที่เหมาะสม มีบทกำหนดโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว การมีข้อมูลเช่นนี้จะทำให้ผู้ที่มีความรับผิดชอบในการบริหารและดูแลกระบวนการล้มละลาย (ศาลหรือหน่วยงานด้านการปกครอง ผู้แทนในคดีล้มละลาย) และเจ้าหนี้สามารถประเมินสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้ และพิจารณากำหนดวิธีการแก้ไขที่มีความเหมาะสมที่สุด

8. การยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อน

การยอมรับและการบังคับใช้ในกระบวนการล้มละลายซึ่งสิทธิต่าง ๆ ที่แตกต่างกันที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย จะสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาด และสนับสนุนการให้สินเชื่อ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิและลำดับการชำระหนี้ก่อนสำหรับเจ้าหนี้มีประกัน การมีหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนของ

เจ้าหน้าที่มีอยู่ในปัจจุบันและเจ้าหน้าที่ที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลายมีความสำคัญในการทำให้ผู้ให้กู้สามารถคาดการณ์เกี่ยวกับสถานการณ์และทำให้เกิดความมั่นใจว่าจะมีการใช้หลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน และทำให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการล้มละลาย รวมทั้งทำให้ผู้เข้าร่วมในกระบวนการทุกรายสามารถใช้มาตรการที่เหมาะสมในการจัดการกับความเสียหายของตน โดยการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนควรอาศัยการต่อรองในทางการค้าเป็นเกณฑ์เท่าที่จะเป็นไปได้ และไม่สะท้อนถึงประเด็นทางด้านสังคมและการเมืองที่อาจบิดเบือนผลของการล้มละลาย ดังนั้นลำดับของการชำระหนี้ก่อนที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของอำนาจต่อรองในทางการค้าควรให้น้อยที่สุด

2.6 ความแตกต่างระหว่างคดีล้มละลายและคดีแพ่งทั่วไป

ในการศึกษากฎหมาย แนวทางการเปรียบเทียบความแตกต่างเป็นวิธีการหนึ่งซึ่งทำให้สามารถเข้าใจกระบวนการของกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น จากลักษณะของคดีล้มละลายและวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีล้มละลาย จะเห็นได้ว่า คดีล้มละลายและคดีแพ่งทั่วไป มีความแตกต่างกันดังนี้

1. จุดประสงค์ในการฟ้องคดี

คดีแพ่งสามัญ เจ้าหน้าที่ฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่นั่นเองเท่านั้น ส่วนคดีล้มละลาย เจ้าหน้าที่ฟ้องเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ทั้งหลาย กล่าวคือ คดีแพ่งสามัญคนที่เข้าไปเกี่ยวข้อง หรือได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาเหมือนกัน⁵⁷ ส่วนในคดีล้มละลายนั้นไม่ว่าเจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งหรือหลายคนจะรวมกันฟ้องก็ตาม เมื่อศาลมีคำพิพากษาทรัพย์สินเด็ดขาดของลูกหนี้แล้ว เจ้าหน้าที่อื่นที่มีได้ฟ้องก็มีสิทธิจะมาขอส่วนแบ่งหรือส่วนเฉลี่ยจากทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายนั่นได้จากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยที่ตนไม่ได้ฟ้อง โดยการยื่นคำขอรับชำระหนี้⁵⁸

2. การบังคับคดี

คดีแพ่งบังคับเฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ ส่วนคดีล้มละลายนั้น นอกจากจะกระทบถึงทรัพย์สินของลูกหนี้แล้ว ยังกระทบถึงความสามารถในการจัดการทรัพย์สินและเสรีภาพของลูกหนี้ด้วย ข้อนี้หมายความว่าคดีแพ่งเมื่อเจ้าหน้าที่ชนะคดีแล้วบังคับลูกหนี้ได้เฉพาะการยึดทรัพย์ของลูกหนี้เท่านั้น⁵⁹ ส่วนคดีล้มละลายนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถในการ

⁵⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 271.

⁵⁸ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 27 มาตรา 91 มาตรา 94 และมาตรา 96.

⁵⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278.

จัดทรัพย์สิน การครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้ตกเป็นของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์⁶⁰ และในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพลูกหนี้ที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือล้มละลายแล้วจะย้ายที่อยู่ จะออกไปต่างประเทศ ต้องขออนุญาตหรือต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบ⁶¹ เหตุนี้เสรีภาพของลูกหนี้จึงถูกกระทบกระเทือนด้วย

3. การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

การพิจารณาในคดีล้มละลายให้ศาลพิจารณาเอาความจริงตามมาตรา 9 มาตรา 10 ถ้าศาลพิจารณาได้ความจริง ให้ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด แต่ถ้าไม่ได้ความจริงหรือลูกหนี้นำสืบได้ว่าอาจชำระหนี้ได้ทั้งหมดหรือมีเหตุที่ไม่ควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย ให้ศาลยกฟ้อง⁶² โดยปกติเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อน ถ้าฟังไม่ได้ศาลยกฟ้องได้เลย แต่ถ้าฟังได้จึงค่อยพิจารณาหลักฐานของทางฝ่ายลูกหนี้ว่าสามารถชำระหนี้ได้หรือไม่ หากไม่สามารถชำระหนี้ได้ จึงจะพิจารณาต่อว่ามีเหตุที่ลูกหนี้ไม่สมควรล้มละลายหรือไม่ นอกจากนี้ ในคดีล้มละลายคู่ความจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันว่าหากผิคนัดให้ศาลพิพากษาให้ล้มละลายไม่ได้⁶³ ส่วนการพิจารณาในคดีแพ่งสามัญนั้นเป็นการดำเนินการตามหลักความตกลงหรือเจรจา ที่คู่ความตกลงกันว่าประเด็นใดและข้อเท็จจริงอะไรบ้างคู่ความจะนำมาสืบแสดงให้ศาลเห็นและข้อเท็จจริงอะไรที่ไม่มีความจำเป็นในการนำสืบพิสูจน์ต่อศาล หากคู่ความรับข้อเท็จจริงกันในเรื่องใด คู่ความก็ไม่ต้องสืบพยานในเรื่องดังกล่าว⁶⁴ ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบนั้นจะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาไปตามนั้น⁶⁵ และหากคู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้ ก็อาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลได้⁶⁶

4. การดำเนินกระบวนการพิจารณา

การพิจารณาคดีล้มละลายต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการเร่งด่วน บังคับให้ศาลต้องเร่งรัดการพิจารณาพิพากษาคดีเข้มงวดกว่าคดีแพ่งทั่วไป โดยศาลล้มละลายนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จการพิจารณา เว้นแต่เหตุจำเป็นอันมีอาจก้าวล่วงเสียได้

⁶⁰ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 22.

⁶¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 67(3).

⁶² พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 14.

⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 179/2524.

⁶⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183.

⁶⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 104.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 138.

เท่านั้น เมื่อการพิจารณาคดีกฎหมายก็บังคับให้ศาลล้มละลายรีบทำคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยเร็ว⁶⁷ ทั้งนี้เพื่อบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้และริบยุดิปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการล้มละลายให้ได้ก่อนจะส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้างต่อเศรษฐกิจ ส่วนวิธีการฟ้องคดีแพ่งสามัญตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่สามารถทำได้ ในคดีแพ่งสามัญนั้นการพิจารณามีขั้นตอนมากไม่เข้มงวดในความรวดเร็ว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะสำหรับในคดีแพ่งสามัญนั้นความรวดเร็วในการพิจารณาคดีไม่ใช่หัวใจของคดีแต่อยู่ที่การที่เจ้าหนี้บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้

2.7 ทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย

หลักการที่สำคัญสูงสุดของกฎหมายล้มละลายก็คือหลักที่ประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เสมอภาคทั่วหน้ากัน ซึ่งหมายถึง หลักความเท่าเทียมกัน และได้รับส่วนแบ่งในอัตราที่เสมอหน้ากันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (the assets of insolvents) และได้รับส่วนแบ่งในอัตราที่เสมอหน้ากันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (the assets of insolvents) ระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน จึงมีทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายเป็นหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้

2.7.1 ทฤษฎีที่ว่าด้วยการต่อรองของเจ้าหนี้

ทฤษฎีที่ว่าด้วยการต่อรองของเจ้าหนี้ (The creditors' bargain theory) ทฤษฎีนี้เห็นว่ากฎหมายล้มละลายควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ และบุคคลอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการล้มละลายของลูกหนี้ทั้ง ๆ ที่มิได้เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลาย และไม่ควรปกป้องประโยชน์ของผู้ที่มีไม่ใช่เจ้าหนี้

2.7.2 ทฤษฎีที่ว่าด้วยชุมชน

ทฤษฎีที่ว่าด้วยชุมชน (Communitarian Theory) นี้ตรงข้ามกับทฤษฎีแรกโดยถือประโยชน์ของมหาชนเป็นหลัก ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้าง ผู้ที่ติดต่อกับขายกับลูกหนี้ รัฐบาล ผู้บริโภค เพื่อนบ้าน ชุมชนท้องถิ่น ผู้ที่ร่วมอยู่ในสังคมกับลูกหนี้ เพราะการล้มละลายก่อให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจในวงกว้าง มิใช่เฉพาะปัญหาของเจ้าหนี้เท่านั้น

2.7.3 ทฤษฎีที่ว่าด้วยการเข้าถึงค่านิยมอันหลากหลาย

ทฤษฎีที่ว่าด้วยการเข้าถึงค่านิยมอันหลากหลาย (Multiple Values Approach) นี้เห็นว่านอกจากประโยชน์ของเจ้าหนี้แล้ว ควรพิจารณาถึงสิ่งอื่นที่มีความสำเร็จ เช่น การเผยแพร่กระบวนการล้มละลาย การคุ้มครองการลงทุนของสาธารณะการยึดมั่นในจริยธรรมธุรกิจ

⁶⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พุทธศักราช 2542 มาตรา 15.

การคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจต่อไปของลูกหนี้โดยศาลเป็นผู้สร้างความยุติธรรมและความยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ⁶⁸

2.7.4 หลักการแบ่งทรัพย์สินภายใต้หลักความเสมอภาค

หลักการแบ่งทรัพย์สินภายใต้หลักความเสมอภาค (pari passu) การพิจารณาตามหลักแห่งความยุติธรรมและเพื่อประโยชน์ร่วมกันของบรรดาเจ้าหนี้ โดยไม่ควรมีการแก่งแย่งกันบังคับเอาากับกองทรัพย์สินของลูกหนี้จึงมีหลักการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ตามหลักสัดส่วน ซึ่งหมายถึง หลักความเท่าเทียมกัน และได้รับส่วนแบ่งในอัตราที่เสมอกันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีเจ้าหนี้มีประกัน และการหักกลบลบหนี้ โดยกฎหมายล้มละลายมีกระบวนการในการรวบรวมบรรดาทรัพย์สินของลูกหนี้และทรัพย์สินที่นำมาแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ในคดีล้มละลาย และกระบวนการรวบรวมบรรดาหนี้ทั้งหลายที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อบรรดาเจ้าหนี้ไม่ว่าหนี้นั้นจะถึงกำหนดชำระแล้วหรือไม่ก็ตาม เพื่อที่จะนำทรัพย์สินทั้งหมดที่รวบรวมได้มาแบ่งเฉลี่ยให้กับบรรดาเจ้าหนี้ตามสัดส่วนแห่งหนี้ ตามหลักความยุติธรรมนี้ต้องมีมาตรการควบคุมและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มีจำนวนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพราะเหตุว่าถ้ากองทรัพย์สินของลูกหนี้มีจำนวนมากขึ้นเท่าใดก็เป็นผลให้ส่วนแบ่งของเจ้าหนี้ที่จะได้รับตามหลักสัดส่วนมีจำนวนมากขึ้นตามไปด้วยเช่นกัน

การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้และแบ่งทรัพย์สินให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ตามหลักสัดส่วนความเสมอภาคนี้ เมื่อลูกหนี้มีหนี้กับเจ้าหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้มีไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ทุกราย ทรัพย์สินของลูกหนี้ก็จะปันกันหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหมด และหลักการบังคับคดีในทางแพ่ง เมื่อเจ้าหนี้คนใดฟ้องร้องบังคับกับลูกหนี้และดำเนินการบังคับคดีก่อน ก็ย่อมจะได้รับการชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไปก่อน โดยไม่ต้องคำนึงว่ามูลหนี้เกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังเจ้าหนี้อื่น เพียงแต่หนี้ต้องถึงกำหนดชำระแล้วเท่านั้น กรณีเช่นนี้ทำให้เจ้าหนี้ต้องบังคับชำระหนี้เอาากับลูกหนี้โดยแก่งแย่งกัน โดยใครที่มาก่อนย่อมได้รับชำระหนี้ไปก่อน

2.7.5 หลักการเริ่มต้นใหม่

หลักการเริ่มต้นใหม่ (Fresh start) เกิดขึ้นมาจากการให้อภัยและการให้โอกาสลูกหนี้เริ่มต้นใหม่ เกิดขึ้นเมื่อช่วงกลางของศตวรรษที่ 18 โดยวางบทบัญญัติอย่างชัดเจนในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการนี้ได้เปลี่ยนไปจาก “ระบบลงโทษ” มาเป็น “ระบบการให้อภัย” โดยให้โอกาสลูกหนี้เริ่มต้นใหม่ทางการเงินด้วยการปลดภาระหนี้ให้ลูกหนี้ แม้ว่าในช่วงแรกจะเป็นไป

⁶⁸ จาก กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์ (น. 14), โดย วิษณุ มหาคุณ ข, 2549, กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

เพื่อจูงใจให้ลูกหนี้ยอมมอบทรัพย์สินที่ซุกซ่อนอยู่เพื่อใช้ในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ตาม จนกระทั่งการให้โอกาสลูกหนี้ได้เริ่มต้นใหม่ทางการเงิน มิใช่เพื่อมุ่งหวังจูงใจให้ลูกหนี้ให้ความร่วมมือเท่านั้น แต่เริ่มคำนึงถึงหลักความมีมนุษยธรรมและให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้มากขึ้น

โดยปรากฏขึ้นครั้งแรกในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลมลรัฐจอร์เจียในคดี Williams V. U.S. Fidelity Co. คำพิพากษานี้ได้วางหลักการว่า

“จุดประสงค์ของกฎหมายล้มละลายมุ่งที่จะรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ และแปรสภาพให้เป็นเงินสดเพื่อแจกจ่ายแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย และปลดปล่อยลูกหนี้ที่สุจริตจากหนี้สิน ให้เขาได้เริ่มต้นใหม่ โดยหลุดพ้นจากหนี้และความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจผิดพลาด”

คำพิพากษานี้ ได้วางแนวบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีต่อ ๆ มาซึ่งได้มีคำพิพากษาคดี Local Loan Co.V. Hunt ได้พิพากษาตามหลักการดังกล่าวข้างต้น และยังได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมที่สำคัญคือ หลักการ Fresh Start จะใช้แก่กรณี “ลูกหนี้ที่สุจริต แต่โชคร้าย” (honest but unfortunate debtor) เท่านั้น ซึ่งคำพิพากษานี้ได้กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิมีชีวิตอยู่และอยู่รอดในสังคม ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานส่วนบุคคล หากว่าไม่เกินกว่าที่สมควร การรักษาสิทธิเช่นนี้ไม่เพียงแต่เป็นความจำเป็นส่วนบุคคล แต่ยังเป็นสาระสำคัญของสังคมโดยรวมด้วย การดำรงชีวิตอยู่โดยทำมาหากินมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยระหว่างการทำมาหากินกับการทำมาหากินเพื่อเกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ จึงมีความจำเป็นในการให้โอกาสเริ่มต้นใหม่ในชีวิต ซึ่งเป็นจุดประสงค์ของกฎหมายล้มละลายด้วยที่จะช่วยให้ลูกหนี้อยู่รอด และทำมาหากินต่อไป ดังจะส่งผลให้เกิดรายได้ที่จะนำมาชำระหนี้ที่ก่อขึ้นก่อนหน้าที่จะล้มละลายได้”

2.7.6 หลักการคุ้มครองลูกหนี้

หลักการคุ้มครองลูกหนี้ เป็นกระบวนการคุ้มครองลูกหนี้ หรือ Automatic Stay มีความประสงค์ของกฎหมายต้องการให้ลูกหนี้ได้รับโอกาสในการหยุดสถานะการถูกบังคับคดี เพื่อป้องกันมิให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ต้องถูกบังคับต่อไป กฎหมายล้มละลายส่วนใหญ่จึงกำหนดนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอไว้เพื่อพิจารณาให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการ Automatic Stay ทันที เหตุที่กฎหมายล้มละลายสร้างมาตรการในการพักบังคับชำระหนี้ขึ้นมาเพราะหลักการพักบังคับชำระหนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อกระบวนการในคดีล้มละลาย โดยมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

ประการแรก คือเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้โดยป้องกันการแย่งกันบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละราย ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้อื่นเสียหาย กฎหมายจึงบังคับให้เจ้าหนี้ทั้งหลายต้องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย เนื่องจากเมื่อมีการนำทรัพย์สินของลูกหนี้เข้ามาจัดการให้มีระบบมากขึ้น

โดยอาจทำการส่งมอบทรัพย์สินของคุณนี้ให้แก่ทรีสตีเพื่อทำหน้าที่ดูแลรักษาให้ หรือให้คุณนี้นั้นเองทำการครอบครองบริหารทรัพย์สินต่อไปก็ได้

ประการที่สอง คือเป็นมาตรการที่คุ้มครองคุณนี้ โดยเปิดโอกาสให้คุณนี้ได้มีเวลาหยุดพักจากการฟุ้งร้องบังคับชำระหนี้จากเจ้าหนี้ทั้งหลาย (Breathing Spell) เพื่อให้คุณนี้ได้มีโอกาสเริ่มต้นใหม่อีกครั้ง และทำให้มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะมาชำระหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน เจ้าหนี้แต่ละคนไม่สามารถกดดันหรือบีบบังคับคุณนี้ให้ชำระหนี้แก่ตนได้ เนื่องจากถูกกระบวนการพักบังคับชำระหนี้กำหนดห้ามไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาทรัพย์สินของคุณนี้ไว้ให้มากที่สุด

ดังนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งตามที่ร้องขอแล้ว (order for relief) ผลที่ตามมาก็คือ ห้ามมิให้มีการดำเนินการใด ๆ ต่อคุณนี้และทรัพย์สินของคุณนี้ทันทีนับแต่วันนั้น ซึ่งเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย โดยเป็นการห้ามบุคคลใด ๆ (all entities) เข้าไปรบกวนคุณนี้ ทรัพย์สินของคุณนี้ และทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของคุณนี้ ไม่ว่าด้วยการกระทำในรูปแบบใด ๆ เช่น ฟ้องคุณนี้เป็นคดีแพ่งอื่น บังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา เข้าควบคุมหรือครอบครองทรัพย์สินในกองทรัพย์สินรวมทั้งการก่อให้เกิด ใช้สิทธิยึดเหนี่ยวหรือบังคับชำระหนี้จากหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์สิน นอกจากนี้ ห้ามมิให้หักกลบลบหนี้กับหนี้อื่นที่เจ้าหนี้มีต่อคุณนี้ก่อนวันเริ่มต้นคดี และห้ามดำเนินคดีคุณนี้ต่อศาลภาษีอากรเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ครอบคลุมการห้ามไว้ทุกกรณี จึงต้องบัญญัติข้อยกเว้นไว้ด้วย เช่น สามารถฟ้องคดีอาญาได้ หรือกรณีหน่วยงานของรัฐเป็นโจทก์ฟ้องดำเนินคดีต่อไป หรือบังคับให้คุณนี้ตามคำพิพากษากระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่ไม่ใช่การพิพากษาให้ชำระเงิน⁶⁹

2.8 ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับกรณีคุณนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้

คำว่า “หนี้” เป็นคำที่มีความหมายหลากหลายแตกต่างกัน ความหมายที่เข้าใจกันทั่วไปกับความหมายที่ใช้กันในทางเทคนิคหรือในแวดวงของนักกฎหมายอาจจะไม่เหมือนกัน ในความเข้าใจของบุคคลทั่ว ๆ ไปเมื่อกล่าวถึง “การเป็นหนี้” ที่มีนัยสำคัญทางกฎหมาย ก็จะเป็นการสื่อถึงสถานะของการติดค้างชำระเงิน ไม่ว่าจะเป็นการค้างชำระค่าสินค้า ค่าบริการ ค่าจ้าง หรือคำว่า “หนี้” ที่ใช้สื่อความหมายที่เข้าใจกันอย่างกว้างขวางทั่วไปอาจจะหมายถึงการกู้ยืมเงินและยังไม่ได้ชำระให้เสร็จสิ้นไปในขณะที่บรรดานักกฎหมายทั้งหลายจะเข้าใจความหมายของคำว่า “การเป็น

⁶⁹ ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีการร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของคุณนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) (น. 25-27). เล่มเดิม.

หนี้” กว้างมาก โดยมิได้จำกัดอยู่เพียงแค่การคิดค้างชำระเงิน แต่จะรวมไปถึงสิ่งที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ตกลงกันหรือตามที่กฎหมายกำหนด ให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย อาทิเช่น หากพิจารณาถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่กล่าวถึงในวรรคก่อน การเป็นหนี้ในสายตาของบรรดานักกฎหมายจะรวมถึงภาระผูกพันของผู้ให้เช่าที่ดินจะต้องให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ในที่ดินในระยะเวลาที่กำหนด ภาระผูกพันของผู้ขนส่งสินค้าที่จะต้องนำสินค้าไปสู่จุดหมายปลายทางตามที่ได้รับการว่าจ้าง หรือภาระผูกพันของลูกจ้างจะต้องทำงานตามคำสั่งและตามระยะเวลาที่นายจ้างกำหนด เป็นต้น

ความจำเป็นและความสำคัญของระบบกฎหมายว่าด้วยหนี้ที่มีต่อบรรดากิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งหลายหลัก ๆ มีอยู่สองประการคือ การสร้างกลไกที่เป็นฐานทางกฎหมายรองรับความผูกพันระหว่างคู่กรณีในกิจกรรมที่กระทำระหว่างกัน และการสร้างกำลังบังคับให้แก่ความผูกพันระหว่างคู่กรณีในกิจกรรมที่กระทำขึ้น หากจะยกตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมในกรณีของกิจกรรมทางเศรษฐกิจก็คือการจัดหาเงินโดยการกู้ยืมเงินระหว่างกิจการหนึ่งกับสถาบันการเงินแห่งหนึ่ง ระบบกฎหมายว่าด้วยหนี้จะเข้ามามีบทบาทในเรื่องของการจัดให้มีกลไกเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา การกำหนดสิทธิ-หน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในการกู้ยืมเงิน การจัดกลไกบังคับให้เป็นไปตามความผูกพันที่สร้างขึ้น เช่น การเยียวยาแก่ฝ่ายที่ให้กู้ยืมเงินหากผู้กู้ยืมไม่ชำระเงินที่กู้ยืมไปตามเวลาที่กำหนด หรือชำระคืนแต่ไม่ครบถ้วน

นอกเหนือไปจากการจัดให้มีกลไกรองรับความผูกพันของคู่กรณีในกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสร้างกำลังบังคับให้แก่ความผูกพันเหล่านั้นแล้ว ระบบกฎหมายว่าด้วยหนี้ยังจัดให้มีมาตรการเสริมเพื่อให้เกิดความมั่นใจแก่คู่กรณีในโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้มากไปกว่าปกติ โดยการจัดให้มีมาตรการการให้หลักประกันแก่หนี้ทั้งโดยผลของกฎหมายและสัญญา มาตรการที่สำคัญและใช้กันอย่างแพร่หลายจนมาถึงปัจจุบันได้แก่การค้ำประกันอันเป็นการประกันหนี้ด้วยบุคคลและการจำนอง-จำนำอันเป็นการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินนั่นเอง⁷⁰

2.8.1 ทฤษฎีหลักการแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการก่อเกิดแห่งหนี้และการดำเนินการของเจ้าหนี้⁷¹

ในการกล่าวถึงแนวทางปฏิบัติของเจ้าหนี้ในการก่อหนี้และการดำเนินการอื่น ๆ ที่กล่าวในส่วนนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงให้เห็นว่า นอกเหนือไปจากการมีกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายแพ่งจะเป็นโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายที่สร้างกลไกให้เจ้าหนี้ได้รับความคุ้มครอง

⁷⁰ จาก ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 1-2), โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547, กรุงเทพฯ: เสนอต่อสถาบันกรมพัฒนาเศรษฐกิจ.

⁷¹ แหล่งเดิม.

เกี่ยวกับการได้รับชำระหนี้คืนในหลายประการแล้ว เจ้าหนี้ยังมีเครื่องมือเครื่องมืออื่น ๆ ที่สำคัญในการช่วยให้เจ้าหนี้ใช้ในการก่อหนี้และดำเนินการเพื่อให้เกิดความมั่นใจในการชำระหนี้คืนด้วยเช่นกัน

ในการตัดสินใจว่าจะก่อหนี้กับลูกหนี้คนหนึ่ง ๆ หรือไม่ ภายใต้งบดุลอย่างไรบ้างนั้น บรรดาสถาบันการเงินซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่มีลูกหนี้จากการให้สินเชื่อ หรือให้เงินกู้ยืม เป็นจำนวนมากในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย มีแนวคิดและแนวปฏิบัติที่เรียกกันทั่วไปว่า การวิเคราะห์สินเชื่อ โดยอาจอธิบายเป็นลำดับได้ดังต่อไปนี้

(1) การรวบรวมข้อมูลและแหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้อง⁷²

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการรวบรวมข้อมูลที่จะนำมาใช้ในการวิเคราะห์สินเชื่อนั้นต้องมีความเพียงพอ ทันสมัย ถูกต้องครบถ้วน และมีต้นทุนในการรวบรวมข้อมูลที่สมเหตุสมผลตามสินเชื่อแต่ละกรณี โดยแหล่งที่มาของข้อมูลอาจเป็นได้ทั้งแหล่งข้อมูลที่มาจากผู้ขอสินเชื่อเอง⁷³ ข้อมูลจากลูกค้าหรือแวดวงอุตสาหกรรม พาณิชย์กรรม หรือกิจการที่ผู้ขอสินเชื่อดำเนินกิจการเกี่ยวข้องอยู่ ข้อมูลจากธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ผู้ขอสินเชื่อมีหรือเคยติดต่อธุรกิจด้วย ข้อมูลจากสำนักข้อมูลเครดิต (Credit Bureau) ข้อมูลทะเบียนธุรกิจหรือข้อมูลอื่นที่เป็นเอกสารมหาชน⁷⁴ รวมทั้งข้อมูลจากองค์กรจัดอันดับเครดิตตราสาร (credit rating agency)

(2) การวิเคราะห์ข้อมูลหรือการวิเคราะห์สินเชื่อ⁷⁵

วัตถุประสงค์ของการวิเคราะห์ข้อมูลของสินเชื่อแต่ละรายที่ได้รวบรวมมาจากแหล่งต่าง ๆ ก็เพื่อที่จะทราบว่าผู้ขอสินเชื่อ นั้น ๆ มีความสามารถในการชำระหนี้เป็นอย่างไร เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจว่าจะให้สินเชื่อหรือไม่ และหากจะให้สินเชื่อ จะให้ในลักษณะใด เพียงไร บนเงื่อนไขใดบ้าง เช่น ในเรื่องของต้นทุน ระยะเวลาการชำระหนี้คืน หลักประกันต่าง ๆ จำต้องมีหรือไม่ แนวทางการวิเคราะห์มีหลายแนวทางด้วยกัน ที่จะนำมากล่าวในที่นี้เป็นแนวคิดที่ยอมรับกันทั่วไป คือ ส่วนแรกเป็นการวิเคราะห์ตามหลัก 3P's การวิเคราะห์ตามหลัก 6C's ที่เป็นวิธีการที่ใช้กันมานาน

⁷² จาก การบริหารสินเชื่อ (น. 47 – 59), โดย ภิชัย ชัยนิรันดร์, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷³ อันได้แก่คำขอสินเชื่อ เอกสารต่าง ๆ ที่ผู้ขอสินเชื่อจัดทำ และการสัมภาษณ์.

⁷⁴ อาทิเช่น ข้อมูลนิติบุคคลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ข้อมูลเกี่ยวกับที่ดินของกรมที่ดิน ข้อมูลเกี่ยวกับเครื่องจักรของกรมโรงงานอุตสาหกรรม ข้อมูลบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น.

⁷⁵ การบริหารสินเชื่อ (น. 61 – 121). เล่มเดิม. และ การประยุกต์ใช้แบบจำลองโพรบิต (Probit Model) ในการประเมินปัจจัยบ่งชี้คุณภาพลูกหนี้สินเชื่อ (รายงานผลการวิจัย) (น. 19-25), โดย อภิรติ ประมวลศักดิ์, 2546, กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

และการประเมินความเสี่ยงสินเชื่อในวิธีการที่เรียกว่า credit scoring และ credit risk taking⁷⁶ ที่นิยมใช้กันมากในปัจจุบัน

การวิเคราะห์ตามหลัก 3P's ประการแรกคือการวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ในการกู้ยืม (purpose) ว่าผู้ขอสินเชื่อหรือผู้กู้นำไปใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนดำเนินการ หรือนำไปลงทุนในสินทรัพย์ถาวร หรือนำไปชำระหนี้เดิม หรือนำไปเก็งกำไร ประการที่สองคือการวิเคราะห์ถึงการชำระหนี้คืน (payment) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ในประการแรก กล่าวคือหากกู้ไปใช้เป็นเงินทุนดำเนินการ การชำระคืนก็ควรจะเป็นระยะเวลาที่สั้น ในขณะที่หากเป็นการกู้ไปลงทุนในสินทรัพย์ถาวร การชำระคืนก็จะมีระยะเวลายาวนานขึ้น การวิเคราะห์ส่วนนี้จะมีผลต่อการกำหนดค่าตอบแทนหรือดอกเบี้ยที่ผู้ขอสินเชื่อจะต้องชำระ และประการสุดท้ายคือการวิเคราะห์ถึงมาตรการคุ้มครองหรือลดความเสี่ยงจากการไม่ได้รับชำระหนี้คืน (protection)

การวิเคราะห์ตามหลัก 6C's เป็นหลักเกณฑ์ 6 ประการที่มุ่งวัดความสามารถในการชำระหนี้คืนอันได้แก่

(1) characteristics คือการพิจารณาคุณสมบัติทางด้านจิตใจและพฤติกรรมของผู้ขอสินเชื่อว่ามีความตั้งใจในการชำระหนี้เพียงใด อันอาจดูได้จากการดำเนินธุรกิจที่มีมาแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน สถานะทางสังคม ประวัติการชำระหนี้เดิม

(2) capacity เป็นการพิจารณาถึงศักยภาพหรือประสิทธิภาพในการหารายได้เพื่อนำมาชำระหนี้

(3) capital เป็นการพิจารณาถึงความเข้มแข็งในทางการเงิน อาจวัดได้จากเงินลงทุนสินทรัพย์ หนี้สินและภาระผูกพันต่าง ๆ

(4) collateral เป็นการพิจารณาถึงบรรดาหลักประกันต่าง ๆ ที่ผู้ขอสินเชื่อเสนอเข้ามา รวมไปถึงสินทรัพย์อื่น ๆ ที่มีได้เสนอเข้ามาด้วยว่ามีความเป็นไปได้เพียงไรในการที่สถาบันการเงินหรือผู้ให้กู้จะติดตามนำมาชำระหนี้หากเกิดการไม่ชำระหนี้ในอนาคตจนหลักประกันที่มีอยู่ไม่เพียงพอ

(5) condition เป็นการพิจารณาภาพรวมของสภาพแวดล้อมทางธุรกิจของผู้ขอสินเชื่อไม่ว่าจะเป็นภาวะทางเศรษฐกิจ การเมือง สภาพการแข่งขันในธุรกิจของผู้ขอสินเชื่อ สภาพตลาดเงิน ตลาดทุน เป็นต้น

⁷⁶ มีวิธีการวิเคราะห์เชิงปริมาณอีกหลายวิธีการที่ใช้กันอยู่บ้างอันได้แก่ การวิเคราะห์งบการเงิน การวิเคราะห์โดยใช้ขนาดร่วม (Common Size) การวิเคราะห์อัตราส่วนทางการเงิน การวิเคราะห์งบกระแสเงินสด เป็นต้น.

(6) country เป็นการพิจารณาในกรณีเกี่ยวข้องกับกิจการการค้าระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาสภาพของประเทศคู่ค้าที่ผู้ขอสินเชื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องกับอีกทางหนึ่งในบริบททำนองเดียวกับเงื่อนไขข้างต้น

การประเมินความเสี่ยงสินเชื่อโดยวิธี credit scoring เป็นการประเมินความเป็นไปได้ในการไม่ชำระหนี้ของผู้ขอสินเชื่อหรือลูกหนี้ ที่มีกระบวนการการวัดความเสี่ยงโดยการให้คะแนนที่มีการตั้งปัจจัยต่าง ๆ เป็นเกณฑ์ในการให้คะแนน และมีการให้น้ำหนักหรือถ่วงน้ำหนักในปัจจัยเหล่านั้นไม่เท่ากัน และจะแตกต่างกันไปตามประเภทของสินเชื่อและมาตรฐานของผู้ให้สินเชื่อหรือสถาบันการเงินแต่ละแห่งอีกด้วย

วิธีการนี้ใช้กันมากสำหรับการประเมินสินเชื่อส่วนบุคคล สินเชื่อรายย่อย สินเชื่อที่อยู่อาศัยที่มีผู้ขอสินเชื่อเป็นจำนวนมาก อันจะช่วยให้มาตรฐานการพิจารณาสินเชื่อเป็นไปบนมาตรฐานเดียวกันและมีความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาให้สินเชื่อ

ตัวอย่างของปัจจัยที่นำมาเป็นเกณฑ์การให้คะแนนได้แก่ อาชีพการงาน ความเป็นเจ้าของบ้านหรือทรัพย์สิน ช่วงของเงินเดือน ระยะเวลาการทำงาน ประวัติการชำระหนี้เดิม เงินฝากในธนาคาร เป็นต้น

การประเมินความเสี่ยงสินเชื่อแบบ credit risk taking เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการประเมินความเสี่ยงสินเชื่อในทางธุรกิจตั้งแต่รายย่อยไปจนถึงรายใหญ่ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ลักษณะหรือวิธีการพิจารณาจะคล้ายคลึงกับ credit scoring กล่าวคือมีการนำปัจจัยสำคัญต่าง ๆ มาให้คะแนนและถ่วงน้ำหนัก แต่คะแนนที่ได้จะมีใช้ตัวชี้วัดเพียงประการเดียวเหมือนกับในกรณีของ credit scoring (ที่เน้นมาตรฐานการพิจารณาและความรวดเร็วเพื่อรองรับคำขอสินเชื่อรายย่อยจำนวนมาก) แต่ในวิธีการนี้จะนำคะแนนที่คำนวณได้ไปพิจารณาประกอบกับข้อมูลอื่น ๆ ด้วย เพราะในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ธุรกิจจะต้องพิจารณาให้ละเอียดซับซ้อนมากกว่าการให้สินเชื่อส่วนบุคคลรายย่อย นั่นก็คือ จะมีการพิจารณาคะแนนประกอบกับข้อมูลในลักษณะหรือวิธี 3P's และ 6'C's ร่วมกันในการพิจารณาให้สินเชื่อทางธุรกิจนั่นเอง

(3) การติดตามดูแลสินเชื่อ⁷⁷

เมื่อได้มีการพิจารณาก่อนนี้หรือให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ไม่ว่ารายใด ๆ ไปแล้ว เจ้าหนี้หรือผู้ให้กู้หรือสถาบันการเงิน จะมีกระบวนการสำคัญที่จะต้องดำเนินการต่อไปอย่างต่อเนื่องด้วย เพื่อคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งโอกาสในการได้รับชำระหนี้คืนเมื่อถึงกำหนดเวลาตามที่ได้กำหนดกันไว้ในตอนแรกกระบวนการที่สำคัญเหล่านี้ได้แก่

⁷⁷ การบริหารสินเชื่อ (น. 134-138). เล่มเดิม.

- (1) การติดตามปรับข้อมูลของสินเชื่อ สำคัญที่จะต้องปรับปรุงข้อมูลอยู่เสมอเป็นระยะคือ ปริมาณสินเชื่อที่มีความเพียงพอหรือไม่ ความเคลื่อนไหวทางการเงิน
- (2) ผลการดำเนินงานกิจการของลูกหนี้
- (3) ชื่อเสียง จรรยาบรรณ และข่าวคราวทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ อุตสาหกรรม หรือสภาพโดยรวมของตลาดแห่งกิจการที่ลูกหนี้ดำเนินการอยู่
- (4) การติดต่อกับเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้สถาบันการเงิน หรือเจ้าหนี้ทางการค้า
- (5) การติดตามการใช้เงินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ขอสินเชื่อ
- (6) การดูแลหลักประกันไม่ให้เสื่อมค่า
- (7) การตรวจสอบสัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องให้มีความสมบูรณ์ถูกต้องและสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เช่น หากเป็นสินเชื่อระยะสั้น จะต้องคอยดูแลการต่ออายุสัญญา เป็นต้น
- (8) การเข้าไปช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา หรือดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็น เมื่อเกิดสัญญาณว่าหนี้จะมีปัญหา หรือเมื่อเริ่มเกิดปัญหาดังแต่ต้น เพื่อมิให้ปัญหาลูกกลายไปจนกลายเป็นหนี้เสียในภายหลัง

2.8.2 ทฤษฎี หลักการเหตุและสภาวะของการไม่สามารถชำระหนี้⁷⁸

โดยปกติเมื่อมีหนี้เกิดขึ้นและลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้น เจ้าหนี้มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้บังคับให้ลูกหนี้ชำระได้ แต่ลูกหนี้ก็อาจมีข้อแก้ตัวบางประการที่จะปฏิเสธคำร้องขอนั้นได้ เช่น การกล่าวอ้างถึงพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบและพฤติการณ์นั้นมีผลทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้ จึงไม่ถือว่าลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด แต่ยังคงมีหนี้ที่จะต้องชำระ⁷⁹ และการชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งได้เกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ อันมีผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้⁸⁰ นอกจากนี้ยังจะเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าหนี้เองหรือฝ่ายรัฐซึ่งจะมีแนวนโยบายกำกับดูแลสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ จะมีมาตรการควบคุมหรือลดความเสี่ยงจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ทั้งในรูปหลักการทางวิชาการและหลักปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมเพียงใดก็ตาม สภาวะการณ์การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ก็ยังคงเกิดให้เห็นอยู่เสมอ ๆ จึงเป็นเรื่องที่จะต้องมาพิจารณาว่า ในเมื่อการพิจารณาที่จะให้เกิดหนี้ (การให้สินเชื่อ) ซึ่งน่าจะได้นำมาพิจารณาตามกรอบหรือแนวทางที่ควรจะเป็น และน่าจะได้มีการจัดทำเอกสารสัญญาอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับรับรองสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อใช้ใน

⁷⁸ ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 15-19). เล่มเดิม.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 205.

⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219.

การบังคับตามสิทธินั้น ๆ ไว้โดยรอบคอบแล้ว เหตุใดจึงยังคงเกิดสถานการณ์ไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ขึ้นได้เหตุหรือสถานการณ์อันทำให้ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

- (1) เหตุอันเกิดจากฝ่ายลูกหนี้
- (2) เหตุอันเกิดจากปัจจัยภายนอก
- (3) เหตุอันเกิดจากฝ่ายเจ้าหนี้
- (1) เหตุอันเกิดจากฝ่ายลูกหนี้

การไม่ชำระหนี้ที่มีผลมาจากฝ่ายลูกหนี้ นั้น คณะผู้วิจัยมุ่งหมายที่จะพิจารณาถึงสาเหตุของการไม่สามารถชำระหนี้เฉพาะเหตุที่เกิดจากการกระทำทางฝ่ายลูกหนี้เป็นสำคัญ ซึ่งอาจแยกได้ดังนี้

การบริหารกิจการผลิตผลโดยแท้ ซึ่งเป็นความผิดพลาดที่ลูกหนี้มิได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด การกระทำของลูกหนี้เช่นนี้มิได้เกิดจากเหตุปัจจัยภายนอกใด ๆ ทั้งสิ้น หากจะกล่าวว่าเป็นความบกพร่องผลิตผลซึ่งลูกหนี้มีอาจคาดคะเนได้ล่วงหน้าและลูกหนี้เองก็มิได้ประสงค์จะให้เกิดผลเช่นนั้นด้วย อาทิเช่น ในสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่ดำเนินไปอย่างปกติ ลูกหนี้ก็กลับบริหารงานบกพร่องจนกิจการขาดทุนอย่างมากและไม่อาจชำระหนี้คืนได้ในที่สุด⁸¹

การบริหารกิจการด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำที่ลูกหนี้มิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอเยี่ยงผู้ประกอบการในสถานะเช่นเดียวกันกับลูกหนี้ควรจะได้ใช้ อาทิเช่น การนำเงินกู้หรือสินเชื่อระยะสั้นไปใช้ในการลงทุนทรัพย์สินถาวร หรือนำไปเก็งกำไรในทรัพย์สินอื่น หรือนำไปชำระหนี้เดิม หรือนำไปใช้ส่วนตัว หรือให้กู้ยืมแก่บุคคลอื่นเป็นต้น กู้เงินไปใช้ผิดลักษณะหรือผิดวัตถุประสงค์จนเป็นเหตุให้ไม่สามารถชำระหนี้คืนได้ เช่น การที่ลูกหนี้มีเจตนาโดยจงใจที่จะไม่ชำระหนี้แม้จะมีความสามารถที่จะชำระหนี้ได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน กรณีเช่นนี้นี้มักจะเกิดมากในภาวะที่เศรษฐกิจตกต่ำ เช่นระหว่างช่วงเวลาที่ผ่านมาซึ่งมีการปรับโครงสร้างหนี้เป็นจำนวนมาก เมื่อมีลูกหนี้บางรายเข้าสู่กระบวนการปรับโครงสร้างหนี้จนได้รับการผ่อนปรนจากเจ้าหนี้ ทำให้ลูกหนี้บางรายซึ่งมิได้มีปัญหาจนต้องปรับโครงสร้างหนี้แต่เห็นว่าการที่ตนมีสถานะปกติและชำระหนี้ต่อไปตามปกติกลับไม่ได้รับการผ่อนปรนใด ๆ จากเจ้าหนี้ จึงเจตนากระทำให้ตนเป็นหนี้ที่มีปัญหาของเจ้าหนี้เพื่อหวังที่จะได้รับการผ่อนปรนจากเจ้าหนี้เฉกเช่นลูกหนี้รายอื่นที่มีปัญหาบ้าง⁸²

⁸¹ แม้อาจจะเรียกได้ว่า ลูกหนี้กลุ่มนี้มีลักษณะเป็นการไม่ชำระหนี้โดยสุจริต แต่พึงเข้าใจด้วยว่าเหตุเช่นนี้มีมิใช่ข้อแก้ตัวของลูกหนี้ที่รับฟังได้ตามกฎหมาย.

⁸² ลูกหนี้เหล่านี้ถูกเรียกขานว่า strategic NPLs และน่าจะเรียกว่าลูกหนี้มีเจตนาไม่สุจริตในการไม่ชำระหนี้ได้.

(2) เหตุอันเกิดจากปัจจัยภายนอก

เหตุที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้เพราะปัจจัยภายนอกที่อยู่นอกเหนือความควบคุมของลูกหนี้ (ซึ่งทำให้บุคคลอื่น ๆ ในสถานะเดียวกับลูกหนี้ก็ได้รับผลทำนองเดียวกับที่ลูกหนี้ได้รับ) อาทิเช่น ภาวะเศรษฐกิจโดยรวมตกต่ำที่มีผลกระทบในวงกว้างช่วงหลัง พ.ศ. 2540 หรือเกิดสภาวะการถดถอยในกลุ่มธุรกิจการค้าบริการอุตสาหกรรมซึ่งลูกหนี้สังกัดอยู่ หรือที่ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจในลักษณะพึ่งพาหรือเกี่ยวพันอยู่อย่างมีนัยสำคัญ จนเกิดผลกระทบต่อการดำเนินการของลูกหนี้ หรือในกรณีของเจ้าหนี้สินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัยหรือสินเชื่อเพื่อการบริโภคซึ่งอาศัยรายได้ของลูกหนี้เป็นหลักในการรับชำระหนี้คืน หากเกิดเหตุการณ์ลูกหนี้ถูกเลิกจ้างโดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ ก็จะกระทบเจ้าหนี้ดังกล่าวต่อไปอีก เป็นต้น

(3) เหตุอันเกิดจากฝ่ายเจ้าหนี้

นอกจากเหตุที่ก่อให้เกิดสภาพการไม่สามารถชำระหนี้อันเกิดจากตัวลูกหนี้เองหรือปัจจัยภายนอกที่อยู่เหนือความควบคุมแล้ว คณะผู้วิจัยยังเชื่อว่ามีเหตุหรือสภาวะการไม่ชำระหนี้ที่มีผลมาจากฝ่ายเจ้าหนี้อยู่บ้างตามสมควร ดังต่อไปนี้

การพิจารณาให้สินเชื่อ กระบวนการที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย ตลอดจนเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องขาดมาตรฐานหรือประสิทธิภาพที่เพียงพอในการประเมินความเสี่ยงของสินเชื่อ อันหมายถึงปัญหาที่เจ้าหนี้ได้ก่อให้เกิดขึ้นตั้งแต่ในขั้นก่อนหน้านั้นเอง

การบริหารสินเชื่อที่ขาดการติดตามดูแล กล่าวคือ ไม่ว่าทางฝ่ายเจ้าหนี้จะมีมาตรฐานการให้สินเชื่อ เกณฑ์การประเมินความเสี่ยงการไม่ชำระหนี้ กระบวนการพิจารณาคัดสรรลูกหนี้ ตลอดจนการจัดเตรียมเอกสารหลักฐานที่มีความสมบูรณ์รอบด้านเพียงไรก็ตาม หากหลังจากได้มีการให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ไปแล้วแต่ไม่มีการติดตามดูแลสินเชื่อหรือลูกหนี้อย่างเพียงพอและต่อเนื่อง อาจทำให้เกิดสภาวะการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นได้เช่นกัน เพราะการติดตามดูแลอย่างต่อเนื่องนั้น อย่างน้อยที่สุดจะทำให้ฝ่ายเจ้าหนี้ได้รับทราบข้อมูลทั้งหลายเกี่ยวกับตัวลูกหนี้อย่างทันกาลและเป็นปัจจุบันนอกเหนือไปจากการรอรับทราบผลการดำเนินการของกิจการลูกหนี้หรือลักษณะของการนำสินเชื่อไปใช้ในตอนปลายปี ซึ่งหากลูกหนี้ประสบปัญหาทางการเงิน ก็จะทำให้การแก้ไขช่วยเหลือไม่ว่าจะเป็นการหาหนทางผ่อนปรนการชำระหนี้ การให้ลูกหนี้จัดหาหลักประกันเพิ่มเติม หรือแม้กระทั่งการสนับสนุนให้สินเชื่อเพิ่มเติม ทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันการณ์ อันจะช่วยไม่ให้สินเชื่อนั้นมีปัญหาร้ายแรงจนกลายเป็นหนี้เสียในภายหลัง ซึ่งท้ายที่สุดก็จะเป็นผลเสียแก่เจ้าหนี้เอง

สภาวะการแข่งขันในแวดวงธุรกิจของเจ้าหนี้ นอกจากเหตุสองประการดังกล่าวข้างต้น อันเป็นเหตุที่เกิดในขั้นก่อนหนี้และการติดตามดูแลหลังจากก่อหนี้ในภาวะปกติ ยังมีกรณีที่มีเหตุมา

จากสภาพแวดล้อมทางธุรกิจของฝ่ายเจ้าหนี้ที่มีแข่งขันอย่างสูง (สภาพการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นในช่วงการเปิดเสรีกิจการวิเทศธนกิจ จนเป็นผลให้เงินกู้ดอกเบี้ยต่ำจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศไทยอย่างรวดเร็วเป็นจำนวนมาก ทำให้บรรดาสถาบันการเงินมีการแข่งขันกันอย่างมากในการให้สินเชื่อ)ซึ่งจะมีผลกระทบทางอ้อมต่อการพิจารณาและการบริหารสินเชื่อเป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องของการเร่งรัดให้ดำเนินการปล่อยสินเชื่อให้เพิ่มขึ้นทั้งจำนวนลูกค้าและปริมาณของสินเชื่อ การเลือกวิธีการพิจารณาและบริหารสินเชื่อในลักษณะเอื้อประโยชน์แก่ลูกหนี้มากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการลดดอกเบี้ยการให้วงเงินที่สูงขึ้น การผ่อนปรนเรื่องเกณฑ์ความเสี่ยง การบิดเบือนการประเมินราคาหลักทรัพย์เพื่อเพิ่มวงเงินสินเชื่อรายหนึ่ง ๆ ฯลฯ ซึ่งเจ้าหนี้จะนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการแข่งขันชิงลูกค้าเป็นสำคัญนอกจากนี้ ในบางครั้งนโยบายเกี่ยวกับการให้สินเชื่อของสถาบันการเงิน ซึ่งอาจจะมาจากฝ่ายการเมืองโดยตรง หรือผ่านมาทางฝ่ายข้าราชการประจำ หรือเป็นนโยบายจากหน่วยงานกำกับดูแลสถาบันการเงิน ก็มีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติงานให้สินเชื่อของสถาบันการเงินในลักษณะทำนองเดียวกับผลจากสภาพแวดล้อมทางธุรกิจด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่นโยบายนั้น ๆ มีลักษณะทางการเมืองสูง⁸³ ดังเช่นการขอความร่วมมือจากสถาบันการเงินให้จัดสรรสินเชื่อแก่ภาคเศรษฐกิจ หรือกลุ่มลูกค้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดเป็นพิเศษ เพื่อหวังผลทางการเมืองในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ก็จะมีผลทำให้การพิจารณาให้สินเชื่อและการบริหารสินเชื่อจะเป็นไปโดยผ่อนปรนมากกว่าปกติ เป็นต้น

2.8.3 ทฤษฎี หลักการกระบวนการที่เป็นทางการเพื่อการแก้ไขการไม่สามารถชำระหนี้⁸⁴

ในท้ายที่สุดเมื่อเกิดสภาพการณ์ของการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้นอกระบบมีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้⁸⁵ ซึ่งในการดำเนินคดีของเจ้าหนี้ในชั้นศาลอันเป็นการบังคับตามสิทธิทางสารบัญญัติที่ตนมีอยู่นั้น ศาลจะได้พิจารณาบรรดาหลักฐานต่าง ๆ ตามที่เจ้าหนี้กล่าวอ้าง ตลอดจนคำให้การและหลักฐานต่าง ๆ จากฝ่ายลูกหนี้ประกอบกัน เมื่อได้ความจริงว่าลูกหนี้เป็นหนี้อยู่จริงและยังมิได้ปฏิบัติตามการชำระหนี้อยู่เพียงไร⁸⁶ ศาลก็จะมีคำพิพากษาให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ นั้น โดยจะมีการออกคำสั่งบังคับให้

⁸³ มิได้เป็นไปเพื่อกระจายความเติบโตในทุกภาคเศรษฐกิจ หรือเพื่อความมั่นคงทางการเงินการคลังของประเทศ.

⁸⁴ ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 19-23). เล่มเดิม.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55.

⁸⁶ ปัจจุบันได้มีการแก้ไขกระบวนการพิจารณาคดีในส่วนนี้ให้มีความคล่องตัว รวดเร็วมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น โดยการกำหนดให้มีวิธีพิจารณาคดีขึ้นเป็นพิเศษสำหรับคดีที่มีประเด็นไม่ยุ่งยากซับซ้อน อาทิ เช่นเป็นคดีที่มีความชัดเจนแน่นอนในเรื่องมูลหนี้ (ทั้งจำนวนเงินที่แน่นอนและมีเอกสารหลักฐานที่สมบูรณ์

ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ตามคำพิพากษาซึ่งมีรากฐานจากวัตถุแห่งหนี้ที่มีอยู่ในระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้นั่นเอง หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามคำบังคับที่ศาลได้ออกเป็นคำสั่งแล้ว ขั้นตอนต่อไปเจ้าหนี้ก็จะขอให้ศาลออกหมายบังคับเพื่อดำเนินการนำทรัพย์สินของลูกหนี้ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ของตนต่อไป

ในกระบวนการบังคับตามสิทธิของเจ้าหนี้ด้วยการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการส่วนซึ่งมีนัยสำคัญต่อการได้รับชำระหนี้ขึ้นจากการปล่อยสินเชื่อออกไปย่อมได้แก่กระบวนการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สิน เพราะหากลูกหนี้อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้แล้วเมื่อศาลได้ออกคำบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษา ลูกหนี้อย่อมดำเนินการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ แต่หากลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กระบวนการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่อมเป็นหนทางสุดท้ายของโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้คืนของฝ่ายเจ้าหนี้⁸⁷

แม้ว่าในขั้นก่อนหน้าหรือในขั้นตอนของการพิจารณาให้สินเชื่อ การให้ค้ำนำหนักของกองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือหลักประกันใด ๆ ที่ลูกหนี้เสนอจะถูกเน้นอยู่เสมอว่ามีความสำคัญน้อยกว่าการพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้คืนก็ตาม แต่ในทางกฎหมายแล้วกองทรัพย์สินของลูกหนี้จะมีสถานะเป็นหลักประกันการชำระหนี้อย่างทั่วไปและสิ้นเชิงแก่เจ้าหนี้ ซึ่งคำว่า “ทั่วไป” นั้นมีความหมายว่าทรัพย์สินทั้งหมดทุกอย่างที่เป็นของลูกหนี้⁸⁸ ย่อมอาจถูกนำมาขายเพื่อนำเงินไปชำระหนี้ที่ค้างชำระแก่เจ้าหนี้ และคำว่า “สิ้นเชิง” ย่อมมีความหมายว่าตราใดที่ยังได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วนเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะเรียกให้นำทรัพย์สินของลูกหนี้ไปขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ได้ ดังนี้ หากท้ายที่สุดลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้ว กองทรัพย์สินของลูกหนี้จึงเป็นทางออกสุดท้ายของเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้คืน การประเมินสถานะและการติดตามดูแลสถานะทางทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างต่อเนื่องและทันการณ์จึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีสัญญาณแห่งอันตรายหรือความเสี่ยงกับการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น ซึ่งหากมีการดำเนินการใด ๆ

บังคับได้อย่างชัดเจน)เพื่อให้กระบวนการพิจารณาชั้นศาลเสร็จสิ้นไปรวดเร็ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 196.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214.

⁸⁸ เว้นแต่ทรัพย์สินบางอย่างของลูกหนี้ที่จะถูกจำกัดโดยกฎหมายไม่ให้อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี เพื่อประโยชน์ในการดำรงชีพพื้นฐานและการประกอบอาชีพการงานของลูกหนี้ ซึ่งจะถูกจำกัดโดยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(มาตรา 286) และบทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษบางฉบับ อาทิเช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม เป็นต้น.

ของลูกหนี้กับกองทรัพย์สินนั้น ๆ ฝ่ายเจ้าหนี้จะได้ใช้กลไกทางกฎหมายที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองกองทรัพย์สินดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง⁸⁹

อนึ่ง สำหรับผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นการประกันหนี้ด้วยบุคคลนั้น ในทางกฎหมายถือได้ว่าเป็นลูกหนี้คนหนึ่งของผู้เจ้าหนี้เช่นกัน แม้จะเป็นเพียงลูกหนี้ในหนี้อุปสรรคและหนี้ลำดับรองก็ตาม ดังนั้นในการพิจารณาว่าจะรับบุคคลใดเข้าเป็นผู้ค้ำประกันหรือไม่ เพียงไร การพิจารณาถึงกองทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันก็ต้องถือว่ามีความสำคัญไม่น้อยเช่นกัน มิใช่พิจารณาให้น้ำหนักแก่ตำแหน่งหน้าที่การงานหรือฐานะทางสังคมหรือความมีชื่อเสียงในสังคมของผู้ค้ำประกันจนเกินเลย หรือมิใช่เพียงให้มีการประกันหนี้ด้วยบุคคลเสริมเข้ามาให้ครบถ้วนสำหรับการสอบทานสินเชื่อเท่านั้นเอง

อย่างไรก็ดี สิทธิของเจ้าหนี้ที่มีต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าวมานี้ เป็นสิทธิที่จัดขึ้นมิขึ้นไว้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกคนที่เป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้รายหนึ่ง ๆ มิได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใด โดยเฉพาะเจาะจง หากหนี้รายใดเข้าเงื่อนไขที่จะบังคับได้ตามสิทธิของเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง⁹⁰ เจ้าหนี้รายนั้น ๆ ก็จะมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะขอให้ศาลนำทรัพย์สินใด ๆ ของลูกหนี้ออกขายเพื่อนำมาชำระหนี้แก่ตนเองได้โดยมิพักต้องคำนึงถึงเจ้าหนี้รายอื่นว่า เมื่อตนได้รับชำระหนี้ไปแล้ว กองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เหลืออยู่จะเพียงพอจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายอื่นหรือไม่ เพียงไร อันเป็นไปตามหลัก first come first serve หาก ณ เวลาที่มีการยึดทรัพย์สินเพื่อนำออกขายทอดตลาดนั้น ลูกหนี้มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้เพียงรายเดียว หรือไม่เพียงพอแม้จะชำระหนี้แก่รายที่ขอยึดทรัพย์สินก็ตาม เจ้าหนี้รายอื่นซึ่งสิทธิของตนยังไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย จะกล่าวอ้างใด ๆ ให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่เจ้าหนี้ผู้นำยึดไม่ได้⁹¹ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การที่เจ้าหนี้ดำเนินการฟ้องคดีและบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นการฟ้องเพื่อขอให้บังคับสิทธิของตนเองโดยเฉพาะเจาะจง มิได้เป็นไปเพื่อมีวัตถุประสงค์ที่จะดูแลบริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อการชำระหนี้แก่ภาระหนี้สินที่ลูกหนี้มีอยู่ทั้งหมดแต่อย่างใด

⁸⁹ กลไกดังกล่าวได้แก่การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้และการเพิกถอนการจำนอง ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233-240.

⁹⁰ โดยทั่วไปย่อมได้แก่ การไม่ชำระหนี้ตามกรอบของเวลาหรือการผิดนัด การไม่ชำระหนี้ให้ครบถ้วนหรือถูกต้องตามวัตถุประสงค์ และการไม่ชำระหนี้เพราะเหตุการฉ้อโกงหนี้พันวิสัยที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ.

⁹¹ เว้นเสียแต่เป็นกรณีเจ้าหนี้บุริมสิทธิหรือสิทธิอื่นที่ถึงกำหนดชำระแล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 287 หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่จะขอเข้ามาเฉลี่ยทรัพย์สินที่ยึดตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 290.

จากผลแห่งการเป็นเจ้าหนี้ที่มีสิทธิอย่างเสมอภาคต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ในสถานการณ์ที่ลูกหนี้ก่อนนี้ไว้ต่อเจ้าหนี้หลายรายและลูกหนี้มีทรัพย์สินในจำนวนที่ไม่เพียงพอต่อการจัดสรรชำระหนี้ให้ได้แก่หนี้ทุกรายแล้ว จึงมีความเป็นไปได้หรือความเสี่ยงที่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งอาจจะไม่ได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพราะหากเป็นไปตามหลักไครมา ก่อนได้ก่อน สิทธิของเจ้าหนี้รายใดบังคับได้ก่อน ก็จะมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ดีกว่าเจ้าหนี้รายที่จะบังคับได้ภายหลังอันเป็นผลธรรมดา การสร้างกลไกของระบบการประกันหนี้ไม่ว่าด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินจึงเกิดขึ้นมาเพื่อลดความเสี่ยงที่กล่าวมาข้างต้นนี้

ในสภาพการณ์ของการเป็นเจ้าหนี้ที่มีการประกันด้วยบุคคลนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว บ้างว่าเป็นการนำเอากองทรัพย์สินอีกกองหนึ่งเข้ามาเป็นทางเลือกให้กับเจ้าหนี้ที่จะได้รับชำระหนี้ของตน ดังนั้นหากเปรียบเทียบกับสภาพการเป็นเจ้าหนี้ที่ไม่มีการค้ำประกัน อธิบายได้ว่า สิทธิของตนที่มีต่อลูกหนี้และกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ได้เปลี่ยนไปแม้แต่น้อย ตนยังคงมีสิทธิตามมาตรา 214 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกับเจ้าหนี้รายอื่นของลูกหนี้คนเดียวกัน เพียงแต่การมีค้ำประกันเพิ่มเข้ามาย่อมทำให้ตนไม่ต้องรอคอยไปเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้กับเจ้าหนี้รายอื่น ๆ เพราะตนยังคงมีโอกาสดำเนินการชำระหนี้ในมูลหนี้เดียวกันของตนจากกองทรัพย์สินอีกกองหนึ่งซึ่งเป็นของผู้ค้ำประกันด้วย โดยการเรียกร้องหรือฟ้องผู้ค้ำประกันเป็นคดีแพ่งทั่ว ๆ ไปให้ชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

อย่างไรก็ดี หากเจ้าหนี้ที่มีการค้ำประกันไม่ตรวจสอบสถานะทางทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันให้รอบคอบและรัดกุมให้ดี ตลอดจนไม่ติดตามดูแลสถานะทางทรัพย์สินของผู้ค้ำประกันอย่างต่อเนื่องแล้ว อาจจะพบในภายหลังว่าผู้ค้ำประกันมีหนี้ต่อเจ้าหนี้รายอื่นทั้งในฐานะลูกหนี้ชั้นต้นหรือลูกหนี้ลำดับรองในอีกหลาย ๆ มูลหนี้ จนตนอาจไม่ได้รับชำระหนี้เลยก็เป็นไปได้เช่นกัน

แต่สำหรับในกรณีของการเป็นเจ้าหนี้ที่มีการประกันด้วยทรัพย์สินนั้น จะมีความแตกต่างออกไปจากการค้ำประกันด้วยบุคคลอย่างค่อนข้างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินของตนเองเป็นหลักประกัน หรือมีบุคคลภายนอกเป็นผู้นำทรัพย์สินเข้ามาเป็นหลักประกัน สำหรับกรณีที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินของตนเองมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ นั้น จะมีลักษณะเสมือนเป็นการแยกทรัพย์สินนั้น ๆ ออกมาเฉพาะเจาะจงจากทรัพย์สินอื่นในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นหลักประกัน จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นได้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น เจ้าหนี้รายอื่น ๆ จะมีสิทธิก็เพียงส่วนที่เหลือภายหลังจากที่ได้จัดสรรให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันแล้วเท่านั้น และหากบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมด เจ้าหนี้ยังคงมี

สิทธิไปบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ของตนครบถ้วน⁹² ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ที่มีต่อลูกหนี้คนเดียวกัน เจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันจะมีสิทธิต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ดีกว่าอย่างเห็นได้ค่อนข้างชัดเจน

ส่วนกรณีสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับหลักประกันที่เป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีใช้ลูกหนี้ นอกจากเจ้าหนี้จะมีสิทธิในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เท่าเทียมกับเจ้าหนี้รายอื่น ยังจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้น ๆ ก่อนเจ้าหนี้ทั้งหลายของบุคคลผู้น่าทรัพย์สินมาเป็นประกันในทำนองเดียวกัน เพียงแต่ว่าหากได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้น ๆ ไม่เพียงพอชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้จะไปบังคับเอากับทรัพย์สินอื่น ๆ ของบุคคลผู้น่าทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันอีกไม่ได้ เพราะบุคคลภายนอกเพียงแต่นำทรัพย์สินของตนเองมาเป็นประกันการชำระหนี้ มิได้ผูกพันก่อนบุคคลสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ที่จะมาใช้สิทธิตามมาตรา 214 ได้อีกต่อไป

สำหรับกลไกในการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันนั้น เจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิกระทำได้ทั้งในรูปของการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินโดยตรง⁹³ และการขอถอนส่วนในสิทธิของตนเหนือทรัพย์สินที่เป็นประกันในกรณีที่มีเจ้าหนี้ (ในลูกหนี้รายเดียวกัน) ตามคำพิพากษาอื่นนำยึดทรัพย์สินที่เป็นประกันเพื่อออกขายทอดตลาดแล้ว⁹⁴

นอกเหนือไปจากสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันก่อนเจ้าหนี้อื่นแล้วเจ้าหนี้ผู้มีหลักประกันด้วยทรัพย์สินยังได้รับการคุ้มครองสิทธิเช่นว่านี้ของตนในกรณีที่ลูกหนี้ถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายอีกด้วย⁹⁵

⁹² ในกรณีของการจำนำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 767 และในกรณีของจำนอง จะต้องปรากฏว่าเป็นการทำสัญญาจำนองที่มีข้อตกลงพิเศษยกเว้นผลบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ด้วย.

⁹³ กรณีของการจำนองผู้รับจำนองต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อบังคับจำนองภายหลังที่ได้มีการบอกกล่าวบังคับจำนองตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ส่วนกรณีของการจำนำนั้น ภายหลังที่ได้มีการบอกกล่าวบังคับจำนำ ผู้รับจำนำสามารถนำทรัพย์สินจำนำออกขายทอดตลาดได้ด้วยตนเอง มิต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 729 และมาตรา 764.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289.

⁹⁵ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2542. มาตรา 95-96.