

บทที่ 3

แนวทางตามกฎหมายกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ต่างประเทศและตามกฎหมายประเทศไทย

บทนี้เป็นการนำเสนอแนวทางตามกฎหมายในคดีล้มละลายของระหว่างประเทศ คือ แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) แนวทางตามกฎหมายในล้มละลายของต่างประเทศ กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส แนวทางตามกฎหมายในคดีล้มละลายของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่าง ข้อดีข้อเสียของกฎหมายในคดีล้มละลายของแต่ละประเทศ เพื่อค้นหบทกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับคดีล้มละลายในประเทศไทย

3.1 แนวทางกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL)

แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency law) ¹ ได้ถูกจัดทำเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการรับเอาข้อบัญญัติเรื่องการล้มละลายของบริษัทไปใช้บังคับ คณะกรรมการจึงได้มอบหมายให้คณะทำงานที่ V (กฎหมายล้มละลาย) (Working Group V - Insolvency law) ดำเนินการจัดเตรียมรายละเอียด วัตถุประสงค์หลักและสาระสำคัญของกฎหมายล้มละลาย ระบบการดำเนินการระหว่างเจ้าหนี้-ลูกหนี้ ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของกฎหมายล้มละลายได้ง่าย รวมถึงการหาหรือถึงวิธีการอื่นอันเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้ และผลดีผลเสียของวิธีการดังกล่าว¹

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

สำหรับกรอบในการศึกษานี้ จะศึกษาถึงแนวทางหลักเกณฑ์ของกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ ตาม UNCITRAL ซึ่งมีสาระสำคัญที่จะกล่าวดังต่อไปนี้²

ลักษณะสำคัญของเกณฑ์ในการเริ่มคดีคือ

1. เป็นเกณฑ์ที่มีความแน่นอนชัดเจนและมีความโปร่งใส
2. เป็นเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้พิจารณาพิสูจน์ได้อย่างรวดเร็วทันการณที่มีประสิทธิภาพและมีค่าใช้จ่ายที่ไม่สูงจนเกินควร
3. มีกลไกที่จะป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องบิดเบือนโดยอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตนในทางที่ไม่สมควร

ทั้งนี้ โดยแยกระหว่างเกณฑ์การเริ่มคดีโดยเจ้าหนี้กับลูกหนี้ไว้ต่างกัน กล่าวคือ กรณีลูกหนี้เป็นฝ่ายเริ่มคดี ลูกหนี้จะต้องแสดงข้อเท็จจริงให้เห็นอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

1. คนไม่สามารถชำระหนี้ หรือจะไม่สามารถชำระหนี้ของตนได้อย่างเป็นการทั่วไป (generally) เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ
2. มีความรับผิดชอบ (liabilities) เกินกว่ามูลค่าของสินทรัพย์ที่มีอยู่

การกำหนด “การไม่สามารถชำระหนี้” ของลูกหนี้ขึ้นเป็นเกณฑ์นั้นอาจจะต้องมีการกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ด้วยว่า หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้รายหนึ่งหรือเกินกว่านั้น โดยที่หนี้ดังกล่าวนั้นสามารถกำหนดจำนวนได้แน่นอนไม่ตกอยู่ในระหว่างการพิพาทโต้แย้งหรืออาจถูกหักกลบลบหนี้โดยสิทธิที่มีมูลค่าที่เท่ากันหรือมากกว่า ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ นอกไปจากนี้ ควรที่จะได้มีการกำหนดให้ชัดเจนลงไปด้วยว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นผู้เริ่มคดีนั้นจะให้มีผลเป็นการเริ่มคดีโดยทันที หรือจะให้ศาลเข้ามาพิจารณาทบทวนก่อนว่าข้อเท็จจริงที่ลูกหนี้กล่าวอ้างเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หากพบว่าเป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนด จึงจะมีผลเป็นการเริ่มคดี แต่หากไม่เป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนด หรือมีการบิดเบือนใช้สิทธิเริ่มคดีโดยไม่สมควรให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับคำขอเริ่มคดีนั้น

กรณีเจ้าหนี้เป็นฝ่ายเริ่มคดี เจ้าหนี้จะต้องแสดงได้ว่ามีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้เกิดขึ้น

1. ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างเป็นการทั่วไป (generally) เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ

² จาก ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 202-206), โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547, กรุงเทพฯ: สถาบันกรมพัฒนาเศรษฐกิจ.

2. ลูกหนี้มีความรับผิดชอบ (liabilities) เกินกว่ามูลค่าของสินทรัพย์ที่มีอยู่ นอกจากนี้ การที่เจ้าหนี้เป็นฝ่ายเริ่มคดีแสดงให้เห็นว่ามีลักษณะเป็นการเริ่มคดีโดยที่ลูกหนี้ไม่สมัครใจ (involuntary proceeding) ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดขั้นตอนที่สำคัญดังต่อไปนี้เป็นการเพิ่มเติมอีกด้วย

3. ให้มีการแจ้งให้ลูกหนี้ทราบถึงการขอเริ่มคดีโดยเจ้าหนี้ในทันที โดยกฎหมายจะต้องกำหนดกระบวนการดังกล่าวนี้ให้ชัดเจนทั้งวิธีการส่งคำบอกกล่าวและเนื้อหาของคำบอกกล่าวนั้นด้วย

4. ลูกหนี้จะต้องได้รับโอกาสในการแก้ต่างข้อกล่าวอ้างของเจ้าหนี้

5. ศาลจะเข้ามาพิจารณาว่าข้อกล่าวอ้างของเจ้าหนี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากพบว่าเป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนด จึงจะมีผลเป็นการเริ่มคดีแต่หากไม่เป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนด หรือมีการบิดเบือนใช้สิทธิเริ่มคดีที่ไม่สมควร ให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับคำขอเริ่มคดีนั้น

ในการพิจารณากำหนดเกณฑ์เริ่มคดีตามแนวทางการจัดทำกฎหมายของ UNCITRAL ดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่ามิได้เป็นการกำหนดเลือกกลงไปชัดเจนว่าจะใช้แนวทางของ cash flow test หรือ balance sheet test อันใดอันหนึ่งลงไปชัดเจน โดยได้มีการอธิบายหรือให้ข้อสังเกตไว้เป็นที่น่าสนใจพอสมควร จึงจะขอนำมาเสนอดังต่อไปนี้คือ

เกณฑ์ที่จะกำหนดขึ้นจะต้องสนับสนุนหรือส่งเสริมให้ลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินเข้าสู่กระบวนการอย่างสมัครใจ

เกณฑ์เช่นนี้จะต้องมีความยืดหยุ่นที่จะใช้ได้ทั้งกับกระบวนการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินและกระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ หรือเอื้ออำนวยแก่การสลับจากกระบวนการหนึ่งไปสู่อีกกระบวนการหนึ่งได้

เกณฑ์ที่วางเงื่อนไขการเข้าสู่กระบวนการสูงหรือยากเกินไป จะมีผลทำให้การแก้ไขปัญหาลูกหนี้ล่าช้าไปจนเกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ได้

Cash flow test เป็นกลไกที่ถูกสร้างขึ้นให้การเริ่มคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาวงการเงินของลูกหนี้ ลดความเสี่ยงในการที่ลูกหนี้อาจจะโอนจำหน่ายทรัพย์สินออกไป และป้องกันการแก่งแย่งเข้าบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายในภาพรวมแก่เจ้าหนี้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่การใช้ cash flow test เป็นเกณฑ์เริ่มคดีจะต้องระมัดระวังกับการไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้ที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวด้วย เพราะในปัจจุบันที่มีสภาพการแข่งขันกันอย่างมากในภาคธุรกิจอาจมีกรณีที่ธุรกิจจะต้องดำเนินการที่มีผลทำให้ผลกำไรลดลงหรือขาดทุนบ้างเพื่อให้สามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพเป็น

บางครั้งบางคราว จึงควรที่จะต้องมีความเข้าใจในการใช้เกณฑ์นี้ได้อย่างเหมาะสม เพื่อหลีกเลี่ยงการที่จะต้องนำลูกหนี้เข้าสู่กลไกของกฎหมายล้มละลายเร็วเกินไปด้วย

Balance Sheet Test เป็นกลไกที่อิงอยู่กับข้อมูลภายใต้การดูแลของลูกหนี้ การที่เจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นจะเข้าถึงข้อมูลเช่นว่านี้เพื่อทราบถึงสภาพการณ์ทางการเงินที่แท้จริงของลูกหนี้จึงเป็นไปได้ค่อนข้างยาก และอาจจะต้องใช้เวลานานจนสภาพการณ์ของลูกหนี้ลดต่ำลงจนเป็นผลเสียแก่ทุกฝ่ายในที่สุด

การประเมินมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ใช่เรื่องที่จะกระทำได้ง่าย เนื่องจากมีประเด็นปัญหาทางบัญชีเกี่ยวกับการตีมูลค่าสินทรัพย์ของลูกหนี้ว่าจะต้องเป็นราคาที่จะสะท้อนมูลค่าตลาดที่ถูกต้องแท้จริงและเป็นธรรม (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นสินทรัพย์ประเภทที่ไม่มีราคาตลาดหรือตลาดยังไม่พัฒนาเพียงพอที่จะกำหนดราคาให้อ้างอิง) นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือของงบการเงินของลูกหนี้ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าลูกหนี้มีหนี้สินที่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าสินทรัพย์หรือไม่ นอกจากนี้ การประเมินมูลค่าสินทรัพย์และหนี้สินความรับผิดชอบของลูกหนี้เป็นงานที่ยากควรจะต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญในการตรวจสอบสมุดบัญชี การบันทึกรายการข้อมูลทางการเงินซึ่งหากลูกหนี้ดำเนินการในเรื่องเหล่านี้อย่างไม่ถูกต้องเหมาะสมบรรณตามมาตรฐานที่กำหนดแล้ว การดำเนินการเหล่านี้ก็จะกินเวลาและเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก จนอาจเกิดผลกระทบล่าช้าในการแก้ไขปัญหาของลูกหนี้ได้ในท้ายที่สุด การใช้ balance sheet test เป็นเกณฑ์อย่างเดียวในการเริ่มคดีจึงไม่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง เว้นเสียแต่ว่าจะนำไปใช้ร่วมกับเกณฑ์อื่นในฐานะที่เป็นเกณฑ์เสริมเพื่อกำหนดความไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของหนี้หรือความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ

ในบางระบบกฎหมายมีการกำหนดให้ใช้สองเกณฑ์ร่วมกัน โดยกำหนดว่าลูกหนี้จะต้องหยุดชำระหนี้และลูกหนี้จะต้องมีหนี้สินมากเกินไป (overindebtedness) ซึ่งพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระได้เพราะเหตุที่มีหนี้สินเกินกว่าสินทรัพย์นั่นเอง วิธีการเช่นนี้จะมีประโยชน์ในกรณีที่เจ้าหนี้ขาดข้อมูลในการพิสูจน์ถึงการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้เป็นการทั่วไปและทำให้การมองสถานการณ์ทางการเงินของลูกหนี้ในภาพรวมทั้งขณะนี้และในอนาคตได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนั้น หากจะมีการกำหนดเกณฑ์การเริ่มคดีโดยใช้เกณฑ์เพียงอย่างเดียว ซึ่งจะมีข้อได้เปรียบตรงความง่ายในการปรับใช้ ก็ควรที่จะเลือกใช้ cash flow test มากกว่าที่จะเลือกใช้ balance sheet test แต่ก็สามารถที่จะใช้สองเกณฑ์ประกอบกันได้ โดยกำหนดให้เลือกว่าหากเข้าเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่ง ก็สามารถที่จะให้มีการเริ่มคดีได้

3.2 แนวทางตามกฎหมายกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในต่างประเทศ

3.2.1 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) เป็นกฎหมายซึ่งพัฒนาขึ้นโดยผู้พิพากษา ผ่านทางการตัดสินคดีความของศาล และศาลชั้นอุทธรณ์อื่น ๆ มากกว่าผ่านทางพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการดำเนินการของฝ่ายบริหาร “ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์” เป็นระบบกฎหมายซึ่งให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนเป็นอย่างมาก บนแนวคิดซึ่งเชื่อว่าจะเป็น การอยู่ดีมีสุขหากตัดสินดำเนินคดีต่อข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันในโอกาสที่ต่างกัน ทำให้การตัดสินคดีตาม “คอมมอนลอว์” ผูกมัดการตัดสินคดีในอนาคตตามไปด้วย ในกรณีนี้มีกลุ่มผู้ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายดังกล่าว ศาลคอมมอนลอว์ที่เหมาะสมที่สุดจะตรวจสอบการตัดสินคดีที่ผ่านมาของศาลที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน หากข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกันได้รับการแก้ไขแล้วในอดีต ศาลจะถูกผูกมัดให้ตัดสินคดีตามการให้เหตุผลซึ่งใช้ในการตัดสินคดีครั้งก่อน ๆ อย่างไรก็ตาม หากศาลพบว่าข้อพิพาทในปัจจุบันมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับการตัดสินคดีในอดีตทั้งหมด ผู้พิพากษาจะมีอำนาจและหน้าที่ที่จะสร้างกฎหมายโดยการริเริ่มเป็นแบบอย่าง ภายหลังจากนั้น การตัดสินคดีครั้งต่อไปจะเป็นตัวอย่างแก่การตัดสินคดีครั้งต่อไป ซึ่งศาลในอนาคตจะต้องยึดมั่น จะเห็นได้ว่าเป็นระบบที่ใช้กันในเครือจักรภพอังกฤษและในสหรัฐอเมริกา โดยจะใช้คำพิพากษาที่ศาลเคยวางหลักไว้แล้วเป็นหลักในการพิจารณา ระบบนี้มีกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่ระบบกฎหมายทั่วไปนี้ จะให้อำนาจผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายอย่างมาก จึงลดทอนความสำคัญของกฎหมายของรัฐสภาลง และจะตีความในลักษณะจำกัดเท่าที่ลายลักษณ์อักษรไว้บัญญัติเท่านั้น ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบนี้ในปัจจุบันนั้น ได้แก่ เครือจักรภพอังกฤษ, สหรัฐอเมริกา, แคนาดา, ออสเตรเลีย, นิวซีแลนด์, อินเดีย เป็นต้น

3.2.1.1 อังกฤษ³

เดิมการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 บัญญัติให้ชำระบัญชีล้มละลายและนำทรัพย์สินมาแบ่งกันในระหว่างเจ้าหนี้ และกำหนดให้เฉพาะพ่อค้าเท่านั้นที่จะถูกฟ้องร้องให้บุคคลล้มละลายได้ ต่อมาก็ขยายวิธีนี้ให้ใช้กับบุคคลทุกชั้นทุกประเภท ในสมัยนั้นระยะแรกของการพิจารณาคดีล้มละลาย Court of Chancery ยังไม่มีอำนาจพิจารณาเหนือคดีล้มละลาย Lord Chancellor มีแต่เพียงอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการจัดการ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมเหนือบุคคลและทรัพย์สินของผู้ล้มละลาย โดยในการพิจารณาคณะกรรมการจัดการจะต้องร้อง

³ จาก บทบาทของศาลในคดีล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาและการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 26-36), โดย สุภาวดี วัฒนานนท์, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ขอให้ศาล Common Law Court เป็นผู้วินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมายที่ยุ่งยาก ต่อมาในศตวรรษที่ 18 คำร้องดังกล่าวได้ยื่นตรงต่อ Lord Chancellor จึงทำให้ Lord Chancellor มีอำนาจในการพิจารณาเหนือคดีล้มละลาย แต่ระบบการดำเนินคดีและการชำระบัญชีทรัพย์สินของบุคคลล้มละลายก็อยู่ในฐานะที่ไม่น่าพอใจ การดำเนินกระบวนการพิจารณาล่าช้าทั้ง ๆ ที่ความรวดเร็วในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสิ่งสำคัญที่สุดของคดีล้มละลาย⁴ คณะกรรมการ และ Lord Chancellor ได้รับผลประโยชน์มากมาย ส่วนลูกหนี้ตกเป็นผู้ได้รับความเสียหายอย่างมาก ในขณะที่เจ้าหนี้ก็มีได้รับประโยชน์มากนัก ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1831 จึงมีการจัดตั้งศาลล้มละลายขึ้นในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ขึ้นเป็นพิเศษเพื่อพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะ คือ London Court of Bankruptcy ลดภาระของ Lord Chancellor ในการพิจารณาคดีล้มละลาย ต่อมาได้มีการออก The Judicature Act 1873 ให้รวมศาลล้มละลายกลางในลอนดอนมาอยู่ในศาล High Court ในศาลนี้ได้แบ่งผู้พิพากษาออกเป็น 5 แผนก คดีล้มละลายอยู่ในแผนก Chancery⁵ จะเห็นได้ว่า การจัดองค์กรศาลเพื่อพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะของอังกฤษ มีจุดประสงค์เพื่อให้คดีล้มละลายได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญโดยเฉพาะ เพื่อจะได้บริหารคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ตามกฎหมายล้มละลายของอังกฤษศาลจะเป็นผู้ที่มีบทบาทมากในคดี กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลอย่างใกล้ชิด ศาลมีอำนาจเต็มที่ในการวินิจฉัยทุก ๆ ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดี ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง การวินิจฉัยคำสั่งที่ Official Receiver หรือ Trustee ขอให้ออกคำสั่ง คำสั่งที่ออกไปบังคับแก่ใครหากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลบุคคลนั้นจะถือว่าละเมิดอำนาจศาลซึ่งจะต้องได้รับการลงโทษ

ในรายงานของ Cork Report ที่เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษระบุในส่วนของการปรับปรุงโครงสร้างของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายของประเทศอังกฤษและwelt ว่า เหตุผลของการปรับปรุงโครงสร้างของศาลที่พิจารณาคดีล้มละลายก็เพื่อนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจค้ำค่าของการทำงานของศาล และพนักงานของศาลตามรายงานฉบับนี้มีความเห็นว่าลักษณะของคดีล้มละลายทำให้ศาลที่เข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจะต้องมีดุลพินิจที่กว้าง เพราะบางครั้งการพิจารณาจะต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องราวทางธุรกิจการค้า และการวิเคราะห์ทางบัญชีธุรกิจ ดังนั้น คำวินิจฉัย หรือคำพิพากษาของศาลส่วนใหญ่จึงมี

⁴ From *The Law of Insolvency* (p. 20), by Ian F. Fletcher, 1990, London: Sweet & Maxwell.

⁵ จาก *ระบบกฎหมายอังกฤษ* (น. 142), โดย สุนัย มโนมัยอุดม, 2527, กรุงเทพฯ: ประยูรวงศ์ และ Halsbury's Laws of England (4th ed) Vol.37 Practice and Procedure, p.258 ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีศาลเพื่อพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะดูรายละเอียดใน *Cowans Bankruptcy Law and Practice: Practice and procedure under the new bankruptcy* (p. 1), by Dainei R. Cowans and Foe Lee, 1982, St. Paul, Minn : West Pub. Co.

เนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับการค้า การพาณิชย์อาจกล่าวได้ว่า ศาลที่พิจารณาคดีล้มละลายมีลักษณะสำคัญ 3 ประการคือ⁶

1. ศาลมีอำนาจในลักษณะบังคับกับผู้ล้มละลาย พยาน และเจ้าหน้าที่ ในการไต่สวน
2. ศาลมีอำนาจในการแก้ไขยกเลิกคำสั่งของตนเอง โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวหรือไม่ และส่วนใหญ่ศาลอุทธรณ์จะไม่ค่อยเข้ามาตรวจสอบแทรกแซง

3. ลักษณะสำคัญของอำนาจศาลในการพิจารณาคดีจะมีลักษณะกิ่งอาญา ปัจจุบันในประเทศอังกฤษที่มีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายมี 2 ประเภท ได้แก่

County Court คำร้องขอเกี่ยวกับคดีล้มละลายให้ยื่นต่อศาล County Court ในเขตที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาหรือประกอบธุรกิจในระหว่าง 6 เดือน ก่อนมีการยื่นคำร้อง

High Court คำร้องขอเกี่ยวกับคดีล้มละลายให้เสนอต่อศาล High Court ได้ในกรณีที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาหรือประกอบธุรกิจในเขต London (London insolvency district) ในเวลา 6 เดือน ก่อนที่มีการยื่นคำร้องลูกหนี้ไม่มีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษและเวลส์ เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องไม่สามารถยื่นยันภูมิลำเนาของลูกหนี้ หรือที่ประกอบธุรกิจของลูกหนี้ หรือเมื่อคำร้องเสนอโดยรัฐมนตรี หรือหน่วยงานของรัฐ แม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีศาลล้มละลาย โดยเฉพาะแต่ในศาล High Court คดีล้มละลายจะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาแผนก Chancery ซึ่งมีความเชี่ยวชาญกับคดีที่เป็นเรื่องทางการค้าและทางธุรกิจ เพราะคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล High Court มักเป็นคดีประเภทที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจเพราะเป็นเขตเมืองหลวง นอกจากนี้ แม้ประเทศอังกฤษจะยอมให้ฟ้องหรือร้องขอเกี่ยวกับคดีล้มละลายในศาล County Court ได้ก็ตาม แต่ตาม Insolvency Rules 1986 r.7011(4) ให้อำนาจศาล High Court มีคำสั่งให้โอนกระบวนการพิจารณา จากศาล County Court มายังศาล High Court ได้ และผู้พิพากษาศาล High Court ก็ยังมีอำนาจสั่งให้โอนกระบวนการพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการรวมทรัพย์สินของผู้ล้มละลายมา เพื่อพิจารณาไปด้วยกันกับเรื่องเดิมได้ตาม Insolvency Rules 1986 r. 7.15 แสดงให้เห็นว่า กฎหมายของประเทศอังกฤษต้องการให้คดีล้มละลายได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะนั่นเอง

กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษฉบับแรกออกใช้ตั้งแต่ ค.ศ.1542 ชื่อว่า Act Against Such Persons As Do Make Bankrupt⁷ และต่อมาประเทศอังกฤษใช้ Bankruptcy Act 1890

⁶ From *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice* (p. 224), by Kenneth Cork, 1981, London: Her Majesty's stationary Office.

⁷ From *Cases. Problems, and Material on Bankruptcy* (p. 21), by Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson, USA.: Little, Brown & Company (Canada).

(พ.ศ. 2433) บังคับใช้⁸ ต่อมาจึงได้ถูก Bankruptcy Act 1914 ยกเลิก ในขณะที่ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ขึ้นใช้แทนพระราชบัญญัติล้มละลาย รตนโกสินทรศก 130 และใช้มาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มีลักษณะและกระบวนการคล้ายคลึงกับ Bankruptcy Act 1914⁹ และต่อมา Bankruptcy Act 1914 จึงได้ถูกยกเลิกโดย Insolvency Act 1986 และได้บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

ตาม The Insolvency Act 1986 มาตรา 363 - 371 กำหนดอำนาจศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยศาลจะมีอำนาจในการกำหนด การตัดสินใจ การวินิจฉัยทุกปัญหา ไม่ว่าจะเป็นปัญหากฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีล้มละลาย การให้อำนาจมากเช่นนี้ ก็เพื่อเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษหากมีเพียง Insolvency Act 1986 ฉบับเดียวซึ่งแม้จะบัญญัติโครงสร้างให้ชัดเจนเพียงใดก็ไม่อาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายดำเนินไปอย่างรวดเร็วเพียงพอได้ ทั้งนี้ เพราะยังขาดรายละเอียดในการปฏิบัติ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายที่เข้ามากำหนดในรายละเอียดที่ชัดเจน สะดวก ง่าย เพื่อที่ให้ผู้ปฏิบัติ และผู้เกี่ยวข้องสามารถดำเนินการไปในทางเดียวกันได้ อันจะส่งผลให้ทุกคดีในคดีล้มละลายมีวิธีการปฏิบัติเป็นไปในทางเดียวกัน ไม่เกิดการเลือกปฏิบัติ และที่สำคัญเมื่อมีรายละเอียดในการดำเนินการที่ชัดเจน ง่าย ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ก็จะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้น ตามกฎหมายอังกฤษ จึงต้องมีการตรา Insolvency Rule 1986 ออกมาเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติที่เป็นรายละเอียด ได้แก่ การกำหนดแบบ (form) ของเอกสารในคดีประเภทต่าง ๆ การยื่นเอกสารในคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้ขอจะต้อง เตรียมเอกสารอะไรบ้าง ผู้ขอต้องมีคุณสมบัติในรายละเอียดอย่างไร รายการรายละเอียดในคำร้องจะต้องระบุถึงอะไรบ้าง วิธีการพิจารณาคำร้อง คำขอต่าง ๆ ในทางปฏิบัติจะต้องทำอะไร ค่าใช้จ่ายเท่าไร เป็นต้น ซึ่งจะทำให้ผู้ปฏิบัติเข้าใจง่าย และที่สำคัญกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติเหล่านี้จะสอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ใน Insolvency Act 1986 จึงจะมีผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วและถูกต้องเหมาะสม

การเริ่มต้นคดี ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษฉบับเดิมเรียกว่า Bankruptcy Act 1914 จะมีขั้นตอนการพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มีลักษณะ และกระบวนการคล้ายคลึงกับ Bankruptcy Act 1914 อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ถูก

⁸ From *The Principles of Bankruptcy Law* (p. 1), by J.H. Thomson, 1972, London: HFL (PUBLISHERS).

⁹ จาก *กฎหมายฟื้นฟูกิจการ* (น. 8), โดย วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, 2543, กรุงเทพฯ: หรรษา.

ยกเลิกโดย Insolvency Act 1986 ซึ่งกฎหมายใหม่นี้ได้ตัดขั้นตอนในเรื่องการออกคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ โดยกำหนดให้ไม่เพียงแต่เจ้าหนี้เท่านั้นที่สามารถยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย¹⁰ แต่ลูกหนี้สามารถยื่นคำร้องขอให้ตนเองล้มละลายได้ และศาลจะเป็นผู้พิจารณาในการสั่งล้มละลายของลูกหนี้

การยื่นคำร้องของเจ้าหนี้ที่ขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งหรือหลายคนสามารถยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ภายใต้เงื่อนไขว่าเป็นเจ้าหนี้ที่ออกหนังสือเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว เรียกว่า Statutory demand หรือในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นเจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาแต่ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้¹¹ ในกรณีที่เป็นการยื่นคำร้องของเจ้าหนี้ คำร้องจะต้องทำตามแบบฟอร์มที่เหมาะสม และต้องระบุชื่อ สถานที่พักและอาชีพของลูกหนี้ รวมทั้งชื่ออื่นใดที่ลูกหนี้ใช้ในการประกอบกิจการประเภทของกิจการ และที่อยู่ของสถานประกอบการ นอกจากนี้คำร้องต้องระบุข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนหนี้ ซึ่งมีจำนวนหนี้เท่ากับหรือมากกว่า 750 ปอนด์ขึ้นไป¹² ผลตอบแทนสำหรับหนี้ดังกล่าว (หรือถ้าไม่มี หนี้หนี้ใดอย่างใด) และหนี้ดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อใด หรือครบกำหนดเมื่อใด โดยระบุข้อมูลเกี่ยวกับหนี้ทุก ๆ จำนวนที่เจ้าหนี้ยื่นคำร้อง จะต้องมีการขอความระบุข้อเท็จจริงสองประการว่า หนี้หนี้เป็นหนี้ที่ต้องชำระให้แก่เจ้าหนี้และผู้ยื่นคำร้องและเป็นหนี้ที่ไม่มีหลักประกันและหนี้หนี้เป็นหนี้ที่ระบุจำนวนแน่นอนซึ่งจะต้องชำระคืนทันที และดูเหมือนว่าลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือมีเจตนาให้ระบุว่าหนี้หนี้เป็นหนี้ที่ระบุจำนวนแน่นอน ซึ่งจะต้องชำระคืนในอนาคตตามกำหนดเวลาที่ระบุไว้แน่นอนและดูเหมือนว่า ลูกหนี้จะไม่มีหนทางที่จะสามารถชำระหนี้หนี้ได้ตามเหตุผลอันสมควร ในกรณีที่หนี้ของเจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องเป็นหนี้ซึ่งจะต้องมีการส่งหนังสือทวงหนี้ตามกฎหมายไปยังลูกหนี้ก่อนตาม Insolvency Act 1986 Section 298 คำร้องจะต้องระบุวันที่และวิธีการส่งหนังสือทวงหนี้ และต้องระบุด้วยว่า เท่าที่เจ้าหนี้ทราบและเชื่อว่าเป็นความจริงหนังสือทวงหนี้ฉบับนั้นยังไม่ได้รับการปฏิบัติตามหรือยกเลิกไปแต่อย่างใด และไม่มีคำขอยกเลิกหนี้ดังกล่าวค้างพิจารณาอยู่ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนด ดังกล่าวข้างต้นก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่มีการยื่นคำร้องแบบเร่งรัดตาม Insolvency Act 1986 Section 270 เนื่องจากมีการกล่าวหาว่าเกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นกับทรัพย์สินของลูกหนี้

ขั้นตอนหลัก ๆ ที่เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องต้องดำเนินการได้แก่ การยื่นคำร้องซึ่งต้องพิสูจน์ด้วยคำให้การรับรองว่าข้อความทั้งหมดที่ระบุไว้ในคำร้องเป็นความจริง ณ ที่ว่าการของศาล ซึ่งมีอำนาจรับคำร้อง โดยส่งสำเนาอย่างน้อยสองชุดพร้อมกับคำขอที่นำไปยื่นต่อศาลฉบับหนึ่ง สำหรับ

¹⁰ Insolvency Act 1986 Section 268.

¹¹ Ibid.

¹² Insolvency Act 1986 Section 267 (4) & Insolvency Rules 1986 Part 6 Chapter 2.

ส่งให้แก่ลูกหนี้ และอีกฉบับหนึ่งจะนำไปแนบท้ายคำให้การรับรองการส่งคำร้องในภายหลังสำเนาแต่ละชุดจะต้องประทับตราของศาลก่อนที่จะออกให้แก่ผู้ยื่นคำร้อง เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องจะยื่นคำร้องไม่ได้ หากมิได้นำใบเสร็จรับเงินของทางราชการ (ปัจจุบันกำหนดไว้ที่ 270 ปอนด์) ซึ่งต้องชำระเมื่อเจ้าหนี้ยื่นคำร้องมาแสดงพร้อมกับคำร้อง ในกรณีที่มีการส่งหนังสือทวงหนี้ตามกฎหมาย ผู้ยื่นคำร้องต้องยื่นคำให้การรับรองเป็นหลักฐานการส่งหนังสือทวงหนี้ต่อศาลด้วย ศาลต้องส่งหนังสือแจ้งเรื่องไปยังหัวหน้านายทะเบียนที่ดินทันทีพร้อมคำขอให้จัดแจ้งคำร้องนั้นไว้ในทะเบียนที่ดินระหว่างการพิจารณาคดี

หลังจากศาลมอบสำเนาคำร้องซึ่งประทับตราศาลให้แก่ผู้ยื่นคำร้องแล้ว เจ้าหน้าที่ของศาล หรือเจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องหรือทนายความของเจ้าหนี้ หรือบุคคลที่ได้รับการจ้างวานเพื่อการนี้ จะต้องนำคำร้องไปส่งให้แก่ลูกหนี้ด้วยตนเอง การส่งคำร้องนี้จะต้องส่งโดยการมอบสำเนาคำร้องที่ประทับตราศาลให้แก่ลูกหนี้ แต่ถ้าศาลได้รับคำชี้แจงเป็นที่พอใจว่า การให้คนนำคำร้องไปส่งโดยเร็วทันที่นั้น ไม่สามารถจะกระทำได้ เนื่องจากลูกหนี้กำลังหลบเพื่อหลีกเลี่ยงการส่งคำร้องหรือการดำเนินการอื่น ๆ ตามกฎหมาย ศาลอาจสั่งให้ส่งคำร้องโดยวิธีใดวิธีหนึ่งที่เหมาะสมแทนก็ได้ และเมื่อได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลให้ส่งคำร้องโดยวิธีอื่นแทนแล้ว ให้ถือว่าได้ส่งคำร้องให้แก่ลูกหนี้แล้วโดยชอบ หลังจากนั้น ผู้ยื่นคำร้องต้องทำคำให้การรับรองอีกหนึ่งฉบับ โดยสาบานตนและยื่นคำให้การรับรอง (Affidavit) นั้น ต่อศาลทันทีภายหลังการส่งคำร้อง เพื่อรับรองว่าได้ส่งคำร้องแล้วคำให้การรับรองนี้ต้องมีสำเนาคำร้องที่ประทับตราศาลหนึ่งชุดแนบไปด้วย และถ้าศาลสั่งให้ส่งคำร้องโดยวิธีอื่นแทน จะต้องมีสำเนาคำสั่งศาลซึ่งประทับตราศาลแนบไปด้วย¹³

ในการปฏิบัติตามขั้นตอน การส่งคำร้องเป็นขั้นตอนหนึ่งที่สำคัญที่สุดในบรรดาขั้นตอนทั้งหมด และศาลจะตรวจสอบการดำเนินการตามขั้นตอนนี้ตลอดจนกรณีแวดล้อมต่าง ๆ (attendant circumstances) อย่างเคร่งครัดที่สุด ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการส่งของจดหมายปิดผนึกให้แก่ลูกหนี้ที่พำนักอยู่ในต่างประเทศ แต่ไม่มีหลักฐานว่าลูกหนี้ได้รับแจ้งเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของจดหมายในเวลาที่ยื่นมอบ ศาลอุทธรณ์ถือว่าการส่งครั้งนั้นใช้ไม่ได้ กรณีมีปัญหาเรื่อง การส่งคำร้องให้ลูกหนี้ ศาลจะให้เวลาเจ้าหนี้ส่งคำร้องอีกเป็นครั้งที่สอง เพื่อที่เจ้าหนี้จะได้แก้ไขข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของ Insolvency Act 1986 และ Insolvency Rules 1986 ที่ว่าทัศนคติที่เข้มงวดและเคร่งครัดจนเกินไปเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งมีพิธีรีตองเรื่องการล้มละลาย ซึ่งในสมัยก่อนถือเป็นสาระสำคัญของกฎหมาย ควรจะได้รับการผ่อนผันบ้างเพื่อให้ความสำคัญแก่ข้อกำหนดเกี่ยวกับความยุติธรรมและเป็นธรรมมากขึ้นเพื่อความสมดุล Insolvency Act 1986 r. 7.55 กำหนดไว้ว่า กระบวนพิจารณาคดีเกี่ยวกับการมีหนี้สินพันล้านตัวจะไม่ตกเป็น

¹³ *The Law of Insolvency* (p. 128 -129). Op.cit.

โมฆะ เพราะเหตุที่มีข้อบกพร่องใด ๆ เกี่ยวกับพิธีรีตองต่าง ๆ หรือผิดระเบียบ เว้นแต่ศาลซึ่งได้รับคำคัดค้านเห็นว่า ข้อบกพร่องหรือการกระทำผิดระเบียบดังกล่าวทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง และความไม่ยุติธรรมนั้น ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยคำสั่งใด ๆ ของศาล เมื่อมีการดำเนินการทุกขั้นตอนตามระเบียบเรียบร้อยแล้ว และได้ยื่นสำเนาคำร้องที่ประทับตราศาลพร้อมคำให้การรับรองการส่งคำร้องต่อศาลแล้ว ศาลก็สามารถกำหนดวันนัดฟังคำร้องได้¹⁴

ส่วนการยื่นคำร้องของลูกหนี้ที่ขอให้ตนเองล้มละลาย ลูกหนี้มีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ตนเองเป็นบุคคลล้มละลายได้ และต้องระบุตัวลูกหนี้โดยอ้างชื่อสถานที่พักและอาชีพ (ถ้ามี) และระบุชื่ออื่นใดที่ลูกหนี้ใช้ในการประกอบกิจการ ประเภทธุรกิจ และที่อยู่ที่ใช้เป็นที่ประกอบการด้วย คำร้องต้องระบุข้อความว่าผู้ยื่นคำร้องไม่สามารถชำระหนี้ได้ และคำขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นบุคคลล้มละลาย นอกจากนี้ถ้าภายในห้าปีก่อนวันที่ยื่นคำร้องผู้ยื่นคำร้องได้ถูกศาลพิพากษาเป็นบุคคลล้มละลายแล้ว หรือได้ทำการประนอมหนี้กับบรรดาเจ้าหนี้เพื่อชำระสะสางหนี้ หรือจัดการเกี่ยวกับกิจการต่าง ๆ ของตน หรือทำความตกลงชำระหนี้โดยสมัครใจ รายละเอียดของเรื่องดังกล่าว จะต้องใส่ไว้ในคำร้อง และถ้าในวันที่ยื่นคำร้องมีการประนอมหนี้โดยสมัครใจตาม Insolvency Act 1986 Section 258 (3) ซึ่งมีผลใช้บังคับกับลูกหนี้ คำร้องต้องระบุข้อความนั้นด้วยพร้อมชื่อและที่อยู่ของผู้ดูแลการทำความตกลง ประนอมหนี้ดังกล่าวด้วย¹⁵

คำร้องของลูกหนี้ต้องมีคำแถลงเกี่ยวกับกิจการของลูกหนี้ตามแบบที่กำหนดแนบไปด้วย โดยมีคำให้การรับรองเป็นหลักฐาน และเอกสารทั้งหมดนี้จะต้องนำไปยื่นต่อศาลพร้อมสำเนาคำร้องสามชุดและสำเนาคำแถลงสองชุด ในบรรดาสำเนาคำร้องสามชุดที่ส่งมอบ ณ ที่ทำการของศาล สำเนาหนึ่งชุดจะต้องคืนให้แก่ผู้ยื่นคำร้องโดยระบุสถานที่พิจารณาคำร้องไว้ด้วยอีกหนึ่งฉบับซึ่งระบุข้อความคล้ายกัน ศาลจะเก็บไว้และส่งให้แก่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์(พร้อมสำเนาหนึ่งชุดของคำแถลงเกี่ยวกับกิจการ) ถ้าศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้พิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวหรือมีคำสั่งล้มละลาย ส่วนสำเนาชุดที่เหลือศาลจะเก็บไว้ เพื่อส่งให้แก่ผู้จัดการมีหนี้สินล้มละลาย (Insolvency practitioner) หากมีการแต่งตั้งขึ้นในภายหลังตาม Insolvency Act 1986 Section 273 (2) ลูกหนี้จะยื่นคำร้องไม่ได้หากมิได้นำใบเสร็จรับเงินของทางราชการ (ปัจจุบันกำหนดไว้ที่ 135 ปอนด์) ซึ่งต้องชำระในเวลาที่ยื่นคำร้องมาแสดงพร้อมคำร้อง เมื่อลูกหนี้ยื่นคำร้องเรียบร้อยแล้วศาลอาจพิจารณาคำร้องทันที หรือมิฉะนั้น จะต้องกำหนดสถานที่นัดพิจารณาคำร้อง นอกจากนี้ศาลต้องส่งหนังสือแจ้งการยื่นคำร้องไปยังหัวหน้านายทะเบียนที่ดินเพื่อจดแจ้งคำร้องไว้ในทะเบียนที่ดินในระหว่างพิจารณาคดี

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Insolvency Act 1986 Section 273 (3).

ในการพิจารณาคำร้องของเจ้าหนี้ นั้น ศาลจะนัดพิจารณาคำร้องหลังจาก 14 วันนับจากวันที่ส่งคำร้องให้แก่ลูกหนี้ เว้นแต่ หากมีเหตุอันควรตาม Insolvency Rules 1986 r.6.18 อนุญาตให้ศาลพิจารณาคำร้องได้เร็วกว่านั้น ยกตัวอย่างเช่น ถ้าปรากฏว่าลูกหนี้ได้หลบหนีไปแล้ว หรือถ้าศาลเห็นสมควรว่าเป็นกรณีที่เหมาะสมในการที่จะพิจารณาคำร้องแบบเร่งรัด หรือถ้าลูกหนี้ยินยอมให้นัดพิจารณาคำร้องได้เร็วกว่านั้น ในกรณีที่ลูกหนี้ประสงค์จะคัดค้านคำร้อง ลูกหนี้จะต้องยื่นหนังสือแจ้งความจำนงค์ต่อศาล ระบุนเหตุผลการคัดค้านการขอคำสั่งล้มละลาย และส่งสำเนาหนึ่งชุดของหนังสือแจ้งดังกล่าวไปยังเจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องหรือ ทนายความของผู้ยื่นคำร้อง โดยจะต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนวันนัดพิจารณาคำร้องไม่น้อยกว่า 7 วัน เจ้าหนี้รายอื่น ๆ ที่ประสงค์จะมาศาลในวันนัดพิจารณาคำร้อง ต้องแจ้งความจำนงค์ให้เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องทราบตามการแจ้งความจำนงค์ดังกล่าว จะแจ้งเมื่อใดก็ได้ของวันทำการก่อนวันนัดพิจารณาคำร้อง¹⁶ และบุคคลที่ละเลยไม่ส่งหนังสือแจ้งดังกล่าวจะมาศาลในวันนัดพิจารณา ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น เมื่อพิจารณาว่าไม่มีข้อกำหนดใด ๆ อย่างเป็นทางการ ให้ต้องประกาศโฆษณาการนัดพิจารณาคำร้องให้บุคคลทั่วไปทราบล่วงหน้า เป็นที่เข้าใจว่า ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวได้อย่างเต็มที่เกี่ยวกับกำหนดเวลาต่าง ๆ ทั้งหมดที่ระบุไว้ใน Insolvency Act 1986 และใน Insolvency Rules 1986 ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการขยายระยะเวลาดำเนินการใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังวันครบกำหนดระยะเวลานั้น ๆ ภายใต้บังคับของเงื่อนไขใด ๆ ก็ตามที่ศาลจะกำหนด เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องต้องจัดทำบัญชีรายชื่อเจ้าหนี้ที่ได้ส่งหนังสือแจ้งความจำนงค์ว่าจะมาศาลเพื่อสนับสนุนคำร้องหรือเพื่อคัดค้านคำร้องให้แก่ศาล และต้องส่งบัญชีรายชื่อให้ศาลก่อนที่ศาลจะเริ่มดำเนินการพิจารณาคำร้อง¹⁷

เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้องต้องมาฟังการพิจารณาคำร้อง ถ้าไม่มา Insolvency Rules 1986 r.6.26 บัญญัติไว้ว่า เจ้าหนี้รายเดิมจะยื่นคำร้องใด ๆ ก็ตามภายหลังจากนั้นเกี่ยวกับลูกหนี้รายเดิมไม่ว่าจะยื่นโดยลำพัง หรือร่วมกับบุคคลอื่นใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับหนี้เดิมอีกไม่ได้ หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาลที่เจ้าหนี้รายนั้นยื่นคำร้องฉบับเดิมไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ศาลอาจมีคำสั่งบางประเภทโดยที่ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ผู้ยื่นคำร้องต่าง ไม่มาศาลเลยก็ได้ อันได้แก่ (1) คำสั่งยกคำร้องหรือ (2) คำสั่งอนุญาตให้ถอนคำร้อง ถ้ายังมิได้มีการส่งคำร้อง¹⁸

อย่างไรก็ตาม ไม่มีข้อกำหนดใดในกฎหมายว่าลูกหนี้จะต้องมาศาลแม้จะเป็นเรื่องที่เหมาะสมเป็นอย่างยิ่งที่ลูกหนี้ควรทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าลูกหนี้ประสงค์จะให้การคัดค้านการขอ

¹⁶ Insolvency Rules 1986, r.6.23.

¹⁷ Insolvency Rules 1986, r.6.24.

¹⁸ *The Law of Insolvency* (p. 138-139). Op.cit.

คำสั่งให้ตนเป็นบุคคลล้มละลายได้ผล แต่ถ้าลูกหนี้ไม่มาศาล การพิจารณาคำฟ้องก็จะดำเนินต่อไป และศาลอาจมีคำสั่งให้ลูกหนี้เป็นบุคคลล้มละลายหากทุกอย่างเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย ทุกประการข้อกำหนดดังกล่าวประกอบด้วยข้อกำหนดที่เป็นโทษและเป็นคุณรวมกัน ซึ่งระบุไว้ใน Insolvency Act 1986 Section 271(1) โดยบัญญัติไว้ว่าศาลจะไม่มีคำสั่งล้มละลายตามคำร้องของ เจ้าหนี้ เว้นแต่ศาลมั่นใจว่าหนี้ดังกล่าวหรือหนึ่งในบรรดาหนี้ดังกล่าวที่ยื่นคำร้องไว้นั้นเป็นหนี้ อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) หนี้ซึ่งหลังจากที่ต้องชำระคืน ณ วันที่ยื่นคำร้องหรือนับแต่วันที่ได้ถึงกำหนดชำระ เงินยังมิได้มีการชำระคืน อีกทั้งไม่มีหลักประกันหรือไม่มีการประนอมหนี้แต่อย่างใด

(2) หนี้ซึ่งตามเหตุผลอันสมควร ลูกหนี้ไม่มีหนทางที่จะชำระคืนได้เมื่อครบกำหนด

บทบัญญัตินี้จะต้องพิจารณาประกอบกับ Section 271 (4) ของ Insolvency Act 1986 ซึ่ง กำหนดให้เจ้าหนี้ที่ยื่นคำร้องเกี่ยวกับหนี้ซึ่งต้องชำระในอนาคต ต้องแสดงหลักฐานว่า สถานการณ์ ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมากนับตั้งแต่ที่เจ้าหนี้ยอมให้ลูกหนี้ก่อหนี้ ซึ่งในเวลานั้นยังพอมี ความหวังตามเหตุผลอันสมควรว่าลูกหนี้จะชำระหนี้ได้เมื่อครบกำหนด ต่อมาความหวังดังกล่าว มิได้เป็นเช่นเดิมอีก ดังนั้น Section 271 (4) จึงป้องกันมิให้เจ้าหนี้ยอมเสี่ยงโดยวางแผนไว้ล่วงหน้า เกี่ยวกับความสามารถในการชำระหนี้โดยต่อเนื่องของลูกหนี้ โดยคาดหวังไว้ว่าตนจะสามารถ ดำเนินกระบวนการพิจารณาล้มละลายได้ก่อนวันครบกำหนดชำระคืนถ้าการสันนิษฐานของตนเกี่ยวกับ ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ไม่ถูกต้อง¹⁹

ในการพิจารณาคดีตาม Insolvency Act 1986 กฎเกณฑ์ที่จะพิจารณาคำร้องบัญญัติอยู่ ใน Insolvency Act 1986 Section 271 (3) ซึ่งตาม Section 271 (3) บัญญัติว่า ศาลอาจยกคำร้องหาก ได้รับการยืนยันว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้ทั้งหมดหรือถ้าศาลพอใจว่า

(1) ลูกหนี้ได้ยื่นข้อเสนอขอประกันหนี้หรือประนอมหนี้ที่เจ้าหนี้ยื่นคำร้องไว้ และ

(2) การยอมรับข้อเสนอดังกล่าว กำหนดไว้ว่าจะต้องมีการยกคำร้อง และ

(3) ข้อเสนอดังกล่าวได้รับการปฏิเสธโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

บทบัญญัตินี้กำหนดแนวทางไว้ว่าในการพิจารณาว่าลูกหนี้สามารถชำระหนี้ของตน ทั้งหมดได้หรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาหนี้ที่มีอยู่แล้วและหนี้ที่อาจมีขึ้นในอนาคตของลูกหนี้ในทาง ตรงกันข้ามก็ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบที่ต้องทำในการพิจารณาคดีว่าข้อเสนอ ของลูกหนี้ที่จะประกันหนี้หรือประนอมหนี้ นั้น ได้รับการปฏิเสธ “โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” หรือไม่

¹⁹ Ibid.

ส่วนการพิจารณาคำร้องของลูกหนี้²⁰ ส่วนใหญ่ค่อนข้างตรงไปตรงมา เมื่อเปรียบเทียบกับกรพิจารณาคำร้องของเจ้าหนี้เนื่องจากตามความหมายของถ้อยคำลูกหนี้ยินยอมสมัครใจที่จะขอคำสั่งศาลให้ตัวเองเป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจเต็มที่เท่า ๆ กันว่าจะมีคำสั่งล้มละลายตามคำร้องของลูกหนี้หรือไม่ และจะพิจารณาข้อกำหนดว่าด้วยความยุติธรรมโดยรวมทั้งหมด รวมทั้งประเด็นที่ว่าคำร้องของลูกหนี้เป็นการใช้ขั้นตอนทางกฎหมายในทางที่ผิดโดยนัยใดหนึ่งหรือไม่

ผลของคำพิพากษาให้ล้มละลาย²¹ การจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายเป็นมาตรการที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติทันทีที่มีการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลายไม่ว่าจะเป็นการยื่นคำร้องขอโดยสมัครใจของลูกหนี้หรือไม่ก็ตาม เมื่อศาลพิจารณาคำร้องแล้วหากศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายก็จะมีแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยศาล และแต่งตั้ง Insolvency Practitioner โดยที่ประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก เข้ามาดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้โดยที่เจ้าหนี้ทั้งหมด แม้แต่เจ้าหนี้ที่ยื่นนำคำฟ้องก็ไม่มีสิทธิเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ ผลของคำสั่งล้มละลายบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย รวมถึงเจ้าหนี้ที่ยื่นคำฟ้องจะต้องยื่นคำขอรับชำระหนี้ และต้องไปพิสูจน์ว่าตนเองเป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้จริง จะเห็นได้ว่าการล้มละลายของลูกหนี้ตามกฎหมายใหม่ขึ้นอยู่กับศาลเป็นผู้พิจารณา มิใช่ขึ้นอยู่กับการประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกดังเช่นกฎหมายฉบับเดิม

การแจ้งคำสั่งให้ล้มละลายให้ศาลส่งสำเนาคำสั่งให้ล้มละลาย ซึ่งประทับตราอย่างน้อย 2 ฉบับ ได้แก่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยทันทีและให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แจ้งการมีคำสั่งให้ล้มละลายไปยังหัวหน้านายทะเบียนที่ดินเพื่อลงทะเบียนเกี่ยวกับที่ดิน รวมทั้งประกาศหนังสือพิมพ์และประกาศคำสั่งในราชกิจจานุเบกษา²²

ระหว่างที่ศาลมีคำสั่งให้ล้มละลายจนถึงเวลาที่ได้มีการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สินในช่วงนี้ของการล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Official Receiver) จะเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้อำนาจและหน้าที่ของการแต่งตั้งผู้จัดการพิเศษ (Special Manager) ของศาล²³ จนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustees) โดยที่ประชุมเจ้าหนี้ หรือโดย Secretary of State of Trade หรือโดยศาลแล้วแต่กรณี²⁴

²⁰ บทบาทของศาลในคดีล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาและการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น. 38). เล่มเดิม.

²¹ แหล่งเดิม.

²² Insolvency Rules 1986, r.6.34.

²³ Insolvency Act 1986 Section 287, 370.

²⁴ Insolvency Act 1986 Section 292 - 297.

จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้และลูกหนี้สามารถยื่นขอให้ตนเองล้มละลายได้ ในส่วนของลูกหนี้นั้นไม่ว่าจะเป็นกรณีเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็สามารถยื่นขอให้ตนเองล้มละลายได้²⁵ ซึ่งโดยหลักแล้วลูกหนี้จะต้องพิสูจน์ต่อศาลว่าตนไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Unable to pay his debts) ทั้งนี้กฎหมายไม่คำนึงว่าจำนวนหนี้สินที่มากกว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นจำนวนเท่าไร อันต่างจากกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ยื่นขอให้ล้มละลายที่จำนวนหนี้สินของเจ้าหนี้ที่ยื่นคำขอจะต้องมีไม่ต่ำกว่า £750 หรือมีเหตุอื่นใดที่สมควรให้ลูกหนี้ล้มละลาย และสำหรับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลก็อาจเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยการขอศาลให้มีคำสั่งให้บริษัทเลิกกิจการหากปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายบริษัท

ในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ยื่นขอให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายนั้นกฎหมายล้มละลายของอังกฤษใช้หลักเกณฑ์ว่าเมื่อมีเหตุการณ์ตามข้อสันนิษฐานที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ก็ถือว่าลูกหนี้นั้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Inability to pay his debts)²⁶ เนื่องจากกฎหมายมองว่า หากให้เจ้าหนี้เป็นผู้ที่มีภาระในการพิสูจน์ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ก็จะเป็นการโยนภาระให้กับเจ้าหนี้มากเกินไป เนื่องจากเจ้าหนี้มักเข้าถึงข้อมูลที่จะนำมาพิสูจน์สถานะของลูกหนี้ได้ จึงกำหนดให้แสดงต่อศาลเพียงว่าลูกหนี้มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ เช่น ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้เมื่อเจ้าหนี้เรียกร้องได้ เป็นต้น โดยที่เจ้าหนี้ไม่ต้องสืบพิสูจน์ในชั้นศาลอีกว่าลูกหนี้อยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว อันต่างจากกฎหมายล้มละลายของไทยที่กฎหมายเพียงกำหนดข้อสันนิษฐานในการฟ้องคดีโดยที่เจ้าหนี้ต้องสืบพิสูจน์ในชั้นศาลอีกว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะเป็นคุณกับเจ้าหนี้ในเรื่องภาระการพิสูจน์ดังกล่าว แต่ก็เปิดโอกาสให้ลูกหนี้สามารถสืบพิสูจน์ได้แย้งหรืออ้างเหตุที่ตนไม่ควรล้มละลายได้

การยื่นขอให้ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาล้มละลายนั้น กฎหมายกำหนดว่าหนี้ที่ใช้เป็นฐานในการฟ้องคดีจะต้องเป็นหนี้ที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระได้ หรือไม่มีความหวังว่าจะสามารถชำระได้²⁷ ซึ่งเข้าบทนิยามคำว่า “ไม่สามารถชำระหนี้” (Inability to pay) ตามกฎหมายล้มละลายฉบับปี ค.ศ. 1986 มาตรา 268 อันก่อให้เกิดฐานในการฟ้องคดีสองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ

1. เจ้าหนี้ได้ส่งหนังสือเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แล้ว แต่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือให้ประกันภายในสามสัปดาห์ หรือหากเป็นกรณีที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ แต่จะครบกำหนดชำระภายในเวลาแน่นอนในอนาคต เจ้าหนี้ก็อาจส่งหนังสือไปเรียกให้ลูกหนี้แสดงให้เห็นที่พอใจว่าเมื่อถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้จะชำระได้อย่างไร หากภายในสามสัปดาห์ ลูกหนี้ไม่สามารถแสดง

²⁵ ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 111-115). เล่มเดิม.

²⁶ Insolvency Act 1986 มาตรา 122(1)(f) และมาตรา 272(1).

²⁷ Insolvency Act 1986 มาตรา 267(2)(c).

ให้เห็นเป็นที่พอใจได้แล้วเจ้าหนี้ก็สามารถยื่นขอให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ (Statutory Demand)²⁸ ในบางกรณี กฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ยื่นขอให้ลูกหนี้ล้มละลายก่อนครบกำหนดสามสัปดาห์ได้ หากปรากฏว่า ทรัพย์สินของลูกหนี้จะเสื่อมหรือลดน้อยถอยลงเมื่อครบสามสัปดาห์²⁹

2. การบังคับคดีทางแพ่งในหนี้ของเจ้าหนี้ผู้ยื่นขอให้ลูกหนี้ล้มละลายไม่เป็นผล (Unsatisfied Execution)³⁰ ข้อสันนิษฐานว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ทั้งสองกรณีดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความสะดวกและลดค่าใช้จ่ายของเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตาม หากไม่เข้าทั้งสองกรณีดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ก็อาจยื่นขอให้ลูกหนี้ล้มละลายโดยอ้างเหตุว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนด (Inability to pay his debts when it falls due) หรือลูกหนี้มีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สินได้ในส่วนของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ลูกหนี้อาจถูกยื่นคำขอให้ล้มละลายโดยการเลิกกิจการได้ด้วยหลายสาเหตุด้วยกัน โดยกรณีที่สำคัญที่กำหนดในกฎหมายล้มละลายได้แก่กรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Inability to pay its debts)³¹ โดยในกรณีนี้เจ้าหนี้อาจพิสูจน์ถึงข้อสันนิษฐานข้อใดข้อหนึ่งในสองประการดังกล่าว แต่แม้จะไม่เข้าทั้งสองกรณีดังกล่าว เจ้าหนี้ก็อาจพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า ปรากฏข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงให้เห็นว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ โดยพิสูจน์ถึงสภาวะทางการเงินของลูกหนี้ในทางความเป็นจริงว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดชำระ (Cash Flow Test)³² หรือจำนวนหนี้สินต่อสินทรัพย์ของบริษัทลูกหนี้ในทางบัญชีว่าลูกหนี้มีสินทรัพย์น้อยกว่าความรับผิด (Balance Sheet Test)³³

1) Cash Flow Test ในกรณีนี้ กฎหมายถือว่าบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดในขณะนั้น รวมถึงบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ที่จะถึงกำหนดในเวลาอันใกล้ด้วย³⁴ ทั้งนี้ โดยไม่พิจารณาว่าในทางบัญชี บริษัทจะมีสินทรัพย์มากหรือน้อยกว่าความรับผิด (Liability)³⁵ ที่ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดนี้ไม่จำเป็นว่าบริษัทลูกหนี้จะต้องมีเงินสดหรือทรัพย์สินที่สามารถนำมาชำระหนี้ได้ทันที เพียงแต่ต้องปรากฏว่า

²⁸ Insolvency Act 1986 มาตรา 268(1)(a).

²⁹ Insolvency Act 1986 มาตรา 270.

³⁰ Insolvency Act 1986 มาตรา 268(1)(b).

³¹ Insolvency Act 1986 มาตรา 123.

³² Insolvency Act 1986 มาตรา 123(1)(e).

³³ Insolvency Act 1986 มาตรา 123(2).

³⁴ Expo International Ltd v. Chant [1979] 2 N.S.W.L.R. 820.

³⁵ หนี้ที่ถึงกำหนดเมื่อเรียก (Payable on demand) เช่น หนี้เงินฝากธนาคาร จะถึงกำหนดเมื่อถอน ไม่เข้าข้อพิจารณาข้อนี้ เนื่องจากหากพิจารณารวมหนี้ประเภทนี้ด้วยแล้ว ธนาคารทั้งหลายก็จะอยู่ในฐานะไม่สามารถชำระหนี้ได้.

บริษัทสามารถหาวิธีชำระหนี้ได้ภายในเวลาที่เหมาะสม เช่น โดยการกู้ยืม หรือจำหน่ายทรัพย์สิน เป็นต้น นอกจากนั้น จะต้องเป็นหนี้ที่กำหนดจำนวนได้แน่นอนหรือสามารถกำหนดจำนวนได้แน่นอน ไม่ใช่หนี้ที่ยังมีปัญหา เช่น ค่าเสียหายกรณีพิพาทสัญญาหรือละเมิด เป็นต้น จะเห็นได้ว่าข้อพิจารณานี้เป็นไปได้ง่ายในทางปฏิบัติเนื่องจากดูที่การกระทำของบริษัทลูกหนี้ชัดเจนว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดชำระ ข้อพิจารณานี้จะใช้ในการขอลิขสิทธิ์³⁶ และการขอเข้าสู่กระบวนการบริหารจัดการบริษัท³⁷ เป็นต้น

2) Balance Sheet Test เป็นกรณีที่สินทรัพย์ของบริษัทลูกหนี้ในปัจจุบันไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้หรือความรับผิดของบริษัท โดยคำนึงถึงหนี้และความรับผิดที่ยังไม่แน่ว่าจะเกิดขึ้นในอนาคตหรือไม่ (Contingent Liability) เช่น ความรับผิดของผู้ค้ำประกันและผู้รับประกันภัย เป็นต้น ความรับผิดที่เกิดขึ้นแล้วแต่จะถึงกำหนดชำระในอนาคต (Prospective Liability) ไม่ว่าจะได้กำหนดวันถึงกำหนดไว้แล้ว หรือจะถึงกำหนดเมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ขึ้นในอนาคต และหนี้ที่ยังไม่ได้กำหนดจำนวนแน่นอน เช่น ค่าเสียหายกรณีละเมิดด้วย³⁸ อันต่างจาก Cash Flow Test ที่คำนึงถึงแต่หนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วหรือที่จะถึงกำหนดในระยะเวลาอันใกล้ข้อพิจารณานี้จะใช้ในการขอลิขสิทธิ์ การขอเข้าสู่กระบวนการบริหารจัดการบริษัท การเพิกถอนนิติกรรมที่ทำไปแล้วและการห้ามดำรงตำแหน่งกรรมการ เป็นต้น โดยพิจารณาจำนวนสินทรัพย์ต่อความรับผิด วันที่ยื่นขอให้เลิกกิจการ หรือขอเข้าสู่กระบวนการบริหารจัดการบริษัท หรือวันที่ลูกหนี้ได้ทำนิติกรรมที่จะขอเพิกถอน แล้วแต่กรณีข้อพิจารณาจะไม่ชัดเจนเท่ากับข้อพิจารณาตาม Cash Flow Test และอาจเกิดปัญหาในการประเมินราคาสินทรัพย์บางรายการที่ไม่มีราคาตลาดได้ อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้อาจพิสูจน์เพื่อไม่ให้ศาลสั่งให้ตนล้มละลายได้ว่า แม้ในขณะที่ถูกยื่นคำขอนั้น ลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้ก็ตาม แต่ลูกหนี้จะสามารถดำเนินการชำระหนี้ได้ในอนาคตอันใกล้ได้ แต่ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะสั่งให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้ หากปรากฏว่า ลูกหนี้ยอมรับว่าเป็นหนี้เจ้าหนี้ผู้อื่นคำขอและไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้นั้นได้ รวมถึงกรณีที่ลูกหนี้สามารถชำระหนี้ได้³⁹ แต่ปฏิเสธที่จะชำระเมื่อเจ้าหนี้เรียกร้องด้วย

³⁶ Insolvency Act 1986 มาตรา 238.

³⁷ Insolvency Act 1986 มาตรา 239.

³⁸ Insolvency Rules 1986 ข้อ 13.12.

³⁹ From 4 Ch D 18, by Re Bradford Tramways Co, 1876 & Cornhill Insurance plc v. Improvement Services Ltd.

3.2.1.2 สหรัฐอเมริกา⁴⁰

กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในรูปของกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Law) จัดเป็นระบบกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับปัญหาความล้มเหลวทางการเงิน กฎหมายล้มละลายมีการพัฒนามาโดยตลอดเพื่อให้กฎหมายล้มละลายมีความทันสมัย กระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ภายใต้ The Bankruptcy Reform Act of 1978 ที่รู้จักกันในชื่อของ The Bankruptcy Code ใน Title 11 ของ The United States Code The United States Code มีเจตนาที่จะรวบรวมกฎหมายล้มละลายต่าง ๆ ให้เป็นขั้นตอน วัตถุประสงค์ที่สำคัญสองประการของ The United States Code คือ ให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรม และเท่าเทียมกันในการจัดสรรแบ่งปันทรัพย์สินของลูกหนี้ และให้ลูกหนี้ที่สุจริตได้รับโอกาสในการเริ่มต้นชีวิตใหม่จึงเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายปฏิรูปการล้มละลาย (The Bankruptcy Reform Act)⁴¹

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ ศาลล้มละลายแห่งมลรัฐ และศาลล้มละลายกลาง ทั้งนี้แม้ว่าแต่ละมลรัฐจะสามารถออกกฎหมายล้มละลายบังคับใช้ในมลรัฐของตนโดยไม่ขัดต่อกฎหมายล้มละลายกลางได้ก็ตาม ศาลล้มละลายกลางแห่งสหรัฐก็ยังคงมีอำนาจในการพิจารณาคดีล้มละลายของมลรัฐทั้งหลายทั้งปวงไม่ว่าจะคาบเกี่ยวอยู่ในมลรัฐใด และแม้จะเป็นคดีล้มละลายซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจล้มละลายของมลรัฐซึ่งมีเขตอำนาจเหนือคตินั้น ๆ อย่างไรก็ตามคดีลูกหนี้มีสิทธิในการเลือกที่จะต้องขอให้ตนล้มละลายภายใต้เขตอำนาจศาลล้มละลายไม่ว่าจะเป็นศาลล้มละลายกลางหรือศาลล้มละลายมลรัฐที่มีอำนาจเหนือ

ผู้เขียนได้ศึกษากระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใต้ บทบัญญัติ Chapter 7 (liquidation) ซึ่งกระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังกล่าวจะใช้กับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ แปลงทรัพย์สินให้มีสภาพคล่องโดยการนำออกขายทอดตลาดแล้วแบ่งเฉลี่ยชำระหนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ (to manage the estate, liquidate the estates and distribute the proceeds among creditors)

การเริ่มต้นคดี การยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีการจัดการกับทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยวิธีการชำระบัญชีตาม Chapter 7 สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประการ ประการแรก คือ การที่ลูกหนี้

⁴⁰ บทบาทของศาลในคดีล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาและการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 48-57). เล่มเดิม.

⁴¹ กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์ (น. 7). เล่มเดิม.

ร้องขอให้ตนเองตกเป็นบุคคลล้มละลาย(สมัครใจการล้มละลาย) ประการที่สอง คือ การที่เจ้าหนี้เป็นคนร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย (ไม่สมัครใจล้มละลาย)⁴²

การยื่นคำร้องโดยไม่สมัครใจเป็นการยื่นคำร้องโดยฝ่ายเจ้าหนี้ซึ่งไม่ได้รับการชำระหนี้ตามกำหนดโดยอาจบังคับลูกหนี้ให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยการยื่นคำร้อง (Involuntary Petition) เจ้าหนี้ไม่อาจจะยื่นคำร้องขอให้สามีและภรรยาด้วยกันเป็นบุคคลล้มละลายได้ โดยสามารถที่จะยื่นคำร้องขอให้ล้มละลายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น และการยื่นคำร้องโดยไม่สมัครใจภายใต้ Chapter 7 ไม่สามารถยื่นเพื่อให้บุคคลดังต่อไปนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้

1. ชาวนา
2. ผู้เลี้ยงโค
3. องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมิได้เพื่อกำไร
4. เทศบาล การรถไฟ และหน่วยงานของรัฐ
5. สถาบันการเงินและธนาคาร

โดยปกติเจ้าหนี้ผู้ซึ่งยื่นคำร้องต้องมีจำนวน 3 คน ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิเรียกร้องไม่มีประกันเหนือลูกหนี้ในจำนวนเงินรวมกันอย่างน้อยที่สุดไม่น้อยกว่า 12,300 เหรียญสหรัฐเข้าชื่อกันยื่นคำร้อง แต่ในกรณีที่ลูกหนี้มีเจ้าหนี้ไม่มีประกันน้อยกว่า 12 คน เจ้าหนี้ไม่มีประกันเพียง 1 คน ซึ่งมีหนี้เหนือลูกหนี้ 12,300 เหรียญสหรัฐ ก็สามารถยื่นคำร้องได้⁴³

ส่วนการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลายโดยที่ลูกหนี้สมัครใจ ลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา สมาคม ห้างหุ้นส่วน จำกัด บริษัท จำกัด สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเองล้มละลายได้ทั้งนี้แม้ว่าลูกหนี้ไม่ได้อยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวก็ตาม หากลูกหนี้ประสงค์จะชำระหนี้สินของตน ก็สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจศาลได้ โดยจะต้องเป็นการยื่นคำร้องด้วยความสุจริตใจ (Good Faith) ไม่เช่นนั้นแล้วศาลก็อาจจะยกคำร้อง เช่นว่านั้นได้ ตลอดจนศาลอาจจะสั่งให้หยุดการกระทำทั้งหลายได้⁴⁴ เป็นต้น อย่างไรก็ตามบุคคลต่อไปนี้ กฎหมายห้ามมิให้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ลูกหนี้ล้มละลายภายใต้ Chapter 7

1. ธนาคาร
2. บริษัทรถไฟ (กรมรถไฟ)
3. สถาบันการเงิน

⁴² From *American Jurisprudence* (p. 563), 1991, St.Paul, Minn: Lawyers Cooperative.

⁴³ From *Introduction to Bankruptcy Law* (p. 474), by Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, Sidney K.Swinson, 2005, Thomson Learning.

⁴⁴ *American Jurisprudence* (p. 564). Op.cit.

4. บริษัทประกันภัย

5. หน่วยงานราชการ

ภายใต้คำรื้อนั้นต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อ ที่อยู่ ของลูกหนี้ รายละเอียดเกี่ยวกับมูลเหตุแห่งหนี้ หลักประกัน เป็นต้น พร้อมทั้งจัดทำบัญชีเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของตน

กระบวนการในชั้นพิจารณาคดี กรณีที่มีการยื่นคำร้องโดยไม่สมัครใจ กฎหมายเปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีสิทธิที่ยื่นคำให้การ ถ้าลูกหนี้ไม่ยื่นคำให้การภายในกำหนด ศาลก็จะสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางคดีล้มละลายได้⁴⁵ โดยศาลจะดำเนินการไต่สวนคำร้องว่าสมควรมีคำสั่ง Order of Relief หรือ ไม่ ศาลจะมีคำสั่ง Order of Relief ได้ต่อเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า

1. ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนด⁴⁶
2. ภายในระยะเวลา 4 เดือนก่อนมีการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย ลูกหนี้มีการแต่งตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน⁴⁷ (Custodian) หรือแต่งตั้งบุคคลใดเข้าปกครองทรัพย์สินของลูกหนี้ ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่ง Order of Relief ศาลจะแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สินชั่วคราว (Interim Trustee) ผู้จัดการทรัพย์สินชั่วคราวจะทำหน้าที่จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ไปจนกว่าที่ประชุมเจ้าหนี้จะมีการแต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee)

ในชั้นไต่สวนคำร้องจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการสืบพยานต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้อง คำให้การของกลุ่มความแต่ละฝ่าย เหมือนในคดีแพ่ง โดยภาระพิสูจน์จะเป็นไปตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์” และกลุ่มความมีอิสระที่จะอ้างและสืบพยานได้อย่างเต็มที่ ในการไต่สวนคำร้องของเจ้าหนี้ที่ขอให้ลูกหนี้ล้มละลายของศาล มีตัวอย่างปรากฏในคดีของ Palace Oriental Rugs, Inc.⁴⁸ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการยื่นคำร้องโดยไม่สมัครใจ ซึ่งคำให้การของลูกหนี้ต่อคำฟ้อง

⁴⁵ From *Debtor Creditor law* (pp. 154-155), by David G.Epstein, 1991, St.paul, Minn.: West Publishing.

⁴⁶ มาตรา 303(h)(1).

⁴⁷ ผู้ปกครองทรัพย์สิน คือเจ้าพนักงานบังคับคดี หรือผู้จัดการทรัพย์สินที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาภายใต้กฎหมายอื่นๆ ที่มีใช้กฎหมายล้มละลาย โดยให้เข้ามาเพื่อดำเนินการกับทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ การแต่งตั้งนี้อาจกระทำโดยตัวลูกหนี้เองก็ได้ หรืออาจกระทำโดยคำสั่งศาลในคดีอื่น ๆ ที่มีใช้คดีล้มละลายก็ได้ กระบวนการเข้ามาครอบครองและจัดการกับทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้รักษาทรัพย์นี้มักจะเกิดขึ้นกับลูกหนี้ที่มีสถานะหนี้สินล้นพ้นตัว ดังนั้นการตั้งผู้รักษาทรัพย์จึงเป็นตัวบ่งชี้หนึ่งว่าลูกหนี้มีสถานะหนี้สินล้นพ้นตัว อย่างไรก็ตาม การเข้ามาครอบครองและจัดการกับทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่รวมถึงการเข้ามาครอบครองทรัพย์สินเพียงบางส่วนของทรัพย์สินที่สำคัญทั้งหมดเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินหลักประกัน.

⁴⁸ 193 B.R. 126 (Bankr. D. Conn. 1996).

ที่กระทำโดยสมัครใจนั้นยืนยันว่าข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องกระทำโดยสุจริตโดยหนี้้นั้นต้องเป็นหนี้ที่ต้องชำระเมื่อถึงกำหนดชำระ และคำร้องที่กระทำโดยไม่สมัครใจนั้นได้มีการยื่นไว้โดยไม่สุจริต

ในคดีนี้ผู้กรณได้ถูกเรียกให้มาที่ศาลเพื่อพิจารณาคัดสินว่า (1) ข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้เป็น “ข้อพิพาทที่ได้กระทำโดยสุจริต” หรือไม่ ภายใต้ความหมายของ 11 U.S.C. § 303 (b)(1) และหรือ (2) ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ของตนเมื่อหนี้้นั้นถึงกำหนดชำระตามปกติภายใต้ความหมายของ 11 U.S.C. § 303 (b)(1)

ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า ลูกหนี้ได้ยื่นคำให้การพร้อมกับฟ้องแย้งยืนยันว่าข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อพิพาทนั้นจะต้องกระทำขึ้นโดยสุจริตโดยที่ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ของตนเมื่อถึงกำหนดชำระตามปกติ และอ้างว่าคำร้องที่ได้กระทำขึ้นโดยไม่สมัครใจนั้นได้เริ่มขึ้นโดยการกระทำที่ไม่สุจริตของเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้ โดยเจ้าหนี้ได้ให้การแก้ฟ้องแย้งปฏิเสธต่อข้อกล่าวหาเป็นส่วนใหญ่ที่มีในฟ้องแย้งของลูกหนี้ ภายหลังจากระยะเวลาในการสืบพยานที่มีการโต้แย้งกันตามที่กำหนดไว้ซึ่งคดีนี้ได้มีการนำสืบต่อหน้าศาล

ในเรื่องประเด็นการการโต้เถียงนั้น การชี้ขาดตัดสินของคำร้องในคดีล้มละลายที่ได้กระทำโดยไม่สมัครใจอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ 11 U.S.C. § 303 และกฎแห่งรัฐของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยมีประเด็นในการพิจารณาดังนี้

1) การระในการพิสูจน์ เจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้เป็นผู้มีภาระต้องพิสูจน์เกี่ยวกับข้อกำหนดทั้งหมดให้ครบตามมาตรา 303 ของกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้นั้นมีภาระต้องกระทำตามเงื่อนไขที่บังคับก่อนที่เกี่ยวข้องกับ “อำนาจในการตัดสินใจพิจารณาคดี” ของมาตรา 303 (b)⁴⁹ เช่นเดียวกับ เจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้เป็นผู้มีภาระต้องพิสูจน์หลักฐานทั้งหมดที่ตนมีข้อได้เปรียบว่า ลูกหนี้ที่ถูกกล่าวหาหนี้้นั้นไม่ชำระหนี้ของตนเมื่อหนี้้นั้นถึงกำหนดชำระ

2) วันที่ใช้ในการอ้างอิงสำหรับการวิเคราะห์ข้อเรียกร้อง วันที่มีการยื่นคำร้องไว้เป็นวันที่ใช้ในการอ้างอิงอย่างเหมาะสมสำหรับการพิจารณาว่าลูกหนี้หนี้้นั้นชำระหนี้ของตนเมื่อถึงกำหนดชำระแล้วหรือไม่⁵⁰ เช่นเดียวกับภายใต้เงื่อนไขเกี่ยวกับหลักเกณฑ์คุณสมบัติของเจ้าหนี้ตามมาตรา 303 (b)(1) คำถามที่เกี่ยวข้องก็คือ ข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่มีการยื่นคำร้องไว้นั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าข้อพิพาทนั้นต้องกระทำขึ้นโดยสุจริตหรือไม่ในวันที่ได้มีการยื่นคำร้องอย่างไรก็ดี ในการ

⁴⁹ Charon 94 B.R. 403, 405-406 (Bankr.E.D.Va 1988).

⁵⁰ B.D. Int'l Discount Corp V Chase Manhattan Bank, 701 F2d 1071, 1076 n.9 (2d Cir1983).

พิจารณาสถานะของวันที่ในการยื่นคำร้องของข้อเรียกร้องนั้น ศาลจะไม่ถูกขัดขวางจากการพิจารณาเกี่ยวกับการพัฒนาของพยานหลักฐานในคำร้องที่ยื่นไว้ในภายหลัง

3) การวิเคราะห์เกี่ยวกับ “การไม่ชำระตามปกติ” เมื่อได้รับฟังการสืบพยาน และเมื่อได้พิจารณาหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการและหลักฐานที่เป็นเอกสารในคดีนี้ และภายหลังจากที่ได้พิจารณาบททบทวนบันทึกของคดีทั้งหมดโดยละเอียด รวมถึงข้อโต้แย้งของทนายความของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ศาลตัดสินว่าเจ้าหนี้ได้ละเลยภาระในการนำสืบของตนว่าลูกหนี้ “ไม่ชำระหนี้ตามปกติ” ของตน “เมื่อถึงกำหนดต้องชำระ” ในวันที่มีการยื่นคำร้องไว้ภายใต้เงื่อนไขของเจตนารมณ์ของมาตรา 303 (h)(1)⁵¹

ในการทำคำตัดสิน ศาลได้ดำเนินการโดยมิได้พิจารณาจากแนวปฏิบัติโดยเฉพาะเป็นสำคัญจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่บัญญัติ หรืออำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคัดสิน อย่างไรก็ตาม แหล่งที่มาที่ได้รับการยืนยันจากวิธีการการวิเคราะห์ในคดีนี้ดังต่อไปนี้ โดยประการแรกศาลจะต้องคำนวณตัวเลข และจำนวนหนี้ ณ ปัจจุบันที่ค้างชำระอย่างคร่าว ๆ ของลูกหนี้ที่ถูกกล่าวหาในวันที่มีการยื่นคำร้องไว้ ต่อจากนั้น ศาลจะต้องใช้ผลลัพธ์ของการคำนวณนั้นให้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาคัดสินโดยสัดส่วนของหนี้ที่ค้างชำระของหนี้ในปัจจุบันนั้น จะต้องได้รับการยืนยันว่ามีลักษณะเป็น “การไม่ชำระหนี้ตามปกติ” สำหรับหลักฐานที่มีการนำเสนอในคดีนี้ ไม่ถือว่ามียุ่ยงยากที่จะทำการประมาณ

แม้ว่า ศาลจะได้รวมหนี้ที่ “ค้างชำระ” ที่มีการกล่าวอ้างว่าได้ค้างชำระต่อเจ้าหนี้โดยลูกหนี้ เช่น ตัดสินว่าหนี้ที่เกิดขึ้นโดยข้อพิพาทที่ได้กระทำขึ้นโดยไม่สุจริตตามจำนวนที่มีการยืนยันโดยเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ที่นั่นละเลยที่จะทำให้ศาลเชื่อว่าการไม่ชำระหนี้ดังกล่าวก่อให้เกิดหนี้ของลูกหนี้เป็นส่วนใหญ่ หรือแม้แต่น้อยซึ่งที่เป็นสาระสำคัญทั้งในตัวเลข หรือจำนวนเงิน

เจ้าหนี้ที่ยื่นคำร้องได้แสดงหลักฐานประวัติการชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับหนี้เพียงจำนวนเดียวนอกเหนือจากที่ตนเองมี เช่น ค่าใช้จ่ายสำหรับบริการสาธารณะที่ถึงกำหนดชำระต่อ Southern New England Telephone Co. (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “SNET”) ศาลพบว่า แม้ว่าเจ้าหนี้ได้นำเสนอไว้แต่หลักฐานเกี่ยวกับหนี้ของ SNET ได้รับการยืนยันโดยสถานะ “ปัจจุบัน” ของหนี้ในวันที่มีการยื่นคำร้องไว้

ส่วนหลักฐานของประวัติการชำระหนี้ที่มีอยู่นอกเหนือจากหนี้ที่มีการกล่าวอ้างว่าค้างชำระต่อเจ้าหนี้ และ SNET ซึ่งเป็นหนี้ของบุคคลภายนอกนั้น มาจากพยานที่มีการเสนอไว้โดยลูกหนี้ เจ้าหนี้ที่ และตัวแทนของลูกหนี้ได้ให้การไว้เกี่ยวกับสถานะของหนี้ของบุคคลภายนอกใน

⁵¹ From *Introduction to Bankruptcy Law* (p. 488), by Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, Sidney K.Swinson, Thomson Learning..

วันที่มีการยื่นคำร้องไว้ ทำให้การนั้นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ข้อยกเว้นของเจ้าหนี้เท่าที่จะเป็นไปได้ นั่นคือ ลูกหนี้เป็นลูกหนี้ใน “ปัจจุบัน” ตามปกติของเจ้าหนี้ทั้งหมดในวันที่มีการยื่นคำร้องไว้ ที่สำคัญคือ ศาลได้ตัดสินว่า การเกิดขึ้นของคดีนี้ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายการเงินโดยทั่วไปของลูกหนี้ แต่เป็นเรื่อง ข้อพิพาท - โดยสุจริต แต่เพียงอย่างเดียวมากกว่าหรือไม่ - กับเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้ กรณีดังกล่าวนี้ไม่ก่อให้เกิด “การไม่ชำระหนี้ตามปกติ” หนี้ของ (ลูกหนี้) ซึ่งหนี้นั้นถึงกำหนดชำระ...” และไม่เป็นการเร่งรีบตามสมควรที่จำเป็นต่อคดีล้มละลายที่กระทำขึ้นโดยไม่สมควร

4) การวิเคราะห์เกี่ยวกับข้อพิพาทโดยสุจริต คำวินิจฉัยของศาล และข้อสรุปที่ได้ให้ไว้ข้างต้นเกี่ยวกับปัญหาทั้งหมดของ “การไม่ชำระหนี้ตามปกติ” ภายใต้เงื่อนไขมาตรา 303 (h)(1) นั้น ไม่เป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาปัญหาในคุณสมบัติของเจ้าหนี้ เช่น ข้อเรียกร้องของเจ้าหนี้ผู้นั้นอยู่ “ภายใต้เงื่อนไขของข้อพิพาทที่ได้กระทำโดยสุจริต” ในวันที่มีการยื่นคำร้องไว้หรือไม่

5) ฟ้องแย้งของลูกหนี้ ข้อเรียกร้องของลูกหนี้สำหรับค่าใช้จ่าย ค่าทนายความ และหรือ ค่าเสียหาย ภายใต้มาตรา 303 (1) ทำให้มีการพิจารณาเกี่ยวกับการยก คำร้องโดยไม่สมควร⁵² ถึงแม้ว่าในระหว่างระยะเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนี้ ศาลรับฟังเพียงคำให้การอย่างเดียวที่เกี่ยวข้องกับฟ้องแย้งของลูกหนี้ สำหรับค่าใช้จ่าย ค่าทนายความ และค่าเสียหาย โดยที่ผู้กรณีไม่น่าสับสนให้ศาลเชื่อว่าผู้กรณีได้ตรวจสอบข้อพิพาทนั้นอย่างเพียงพอที่จะทำให้เกิดความกระจ่างในการนำเสนอหลักฐานทั้งหมดอย่างสมบูรณ์และยุติธรรมถือเป็นสาระสำคัญต่อปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น นอกจากนี้ ยังไม่แน่ชัดว่าลูกหนี้อาจให้การ และดำเนินคดี “ฟ้องแย้ง” ก่อนที่จะมีการยกคำร้องของเจ้าหนี้ที่ยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย (ไม่สมควรใจในการล้มละลาย)⁵³ ดังนั้น จึงเป็นดุลพินิจของศาลว่า จะต้องสืบพยานเกี่ยวกับหลักฐานเพิ่มเติมเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องทุกข้ไว้ว่ามี(ถ้ามี) ต่อลูกหนี้ที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ และขอบเขตของคำพิพากษาศาลตัดสินเกี่ยวกับเรื่องการเงินที่เป็นผลตามมาสำหรับค่าใช้จ่าย ค่าทนายความ และหรือ ค่าเสียหาย

อาจกล่าวได้ว่า กรณีที่มีการละเลยในภาระที่ต้องพิสูจน์ภายใต้มาตรา 303 (h) เจ้าหนี้ที่ได้ยื่นคำร้องไว้ไม่มีสิทธิตามคำสั่ง Order of Relief ในคำร้องที่ยื่นไว้โดยไม่สมควรใจ และคำร้องดังกล่าวนี้ถูกยกโดยคำสั่งต่างหาก การสืบพยาน และรับฟังพยานจะต้องกระทำตามเงื่อนไขของฟ้องแย้งของลูกหนี้ที่ถูกกล่าวหาภายใต้มาตรา 303 (1)

กล่าวโดยสรุป สำหรับการไต่สวนคำร้องของเจ้าหนี้ที่ขอให้ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เงื่อนไขแรกที่เจ้าหนี้จะใช้เป็นเหตุในการยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลายคือ การที่ลูกหนี้

⁵² Ross, 135 B.R. 230, 234 (Bankr.E.D.Pa 1991).

⁵³ Fed.R.Bank.P.Bank 1011 (d).

ไม่ชำระหนี้ โดยเป็นหนี้ซึ่งถึงกำหนดชำระและเป็นหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้งแล้ว การไม่สามารถชำระหนี้โดยทั่วไปนี้เป็นที่รู้จักกันในชื่อว่า equity insolvency เชื่อกันว่าการทดสอบสถานะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ด้วยวิธี equity insolvency นี้เป็นการทดสอบสถานะความยุ่งยากทางการเงินของลูกหนี้ได้ดี และยังเป็นการง่ายกับตัวเจ้าหนี้ในการพิสูจน์มากกว่าการทดสอบด้วยวิธีทดสอบทางบัญชีสมดุล (Balance Sheet Test ; คือการที่หนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน) เนื่องจากการผิคนัดโดยทั่วไปเป็นตัวบ่งบอกที่ดีถึงสภาพความตึงเครียดทางการเงิน เจ้าหนี้ที่จะได้รับผลกระทบจากสถานะดังกล่าว จึงได้รับสิทธิให้ร้องขอให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายแม้ลูกหนี้ไม่สมัครใจได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดสภาพที่เจ้าหนี้ทั้งหลายแข่งขันกันเข้ามาแย่งชิงบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สิน และการทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่าน้อยลงกว่าที่ควร จะเป็นในการพิจารณาว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ซึ่งถึงกำหนดชำระแล้วเป็นการทั่วไป หรือไม่นั้น ศาลอาจต้องใช้ปัจจัยหลายอย่างในการชี้วัดเป็นต้นว่า เปอร์เซนต์ของหนี้ที่ผิคนัดโดยพิจารณาทั้งในแง่ของจำนวนและมูลค่า ยิ่งการผิคนัดมีวงกว้างมากเท่าไร และยิ่งสัดส่วนการผิคนัดมีมากเท่าไร ก็มีความเป็นไปได้สูงที่จะถือว่าสถานะการไม่ชำระหนี้โดยทั่วไปมีมากเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้จำกัดการพิจารณาเพียงจากสิ่งที่ปรากฏในรูปของตัวเลขหนี้และจำนวนเท่านั้น แต่ยังพิจารณาไปถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องและมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากันด้วยเช่นว่า ระยะเวลาของการผิคนัด จำนวนการเพิ่มขึ้นของการผิคนัดไม่ชำระหนี้ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ความรุนแรงของการขาดความรับผิดชอบของลูกหนี้ และปัจจัยอื่น ๆ ที่สามารถชี้ให้เห็นถึงสถานะของลูกหนี้ว่าอยู่ในจุดที่อันตรายพอที่จะถือว่าสมควรที่จะถูกฟ้องให้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย

หนี้ที่ลูกหนี้ผิคนัดซึ่งจะถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้เป็นการทั่วไปจะต้องเป็นหนี้ที่ไม่ได้อยู่ในระหว่างการโต้แย้งโดยสุจริต หมายถึงว่าหากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดนั้นเป็นเพราะมีเหตุผลซึ่งเป็นข้อโต้แย้งตามกฎหมายได้ต่อเจ้าหนี้ การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวนี้ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดชำระโดยทั่วไป ศาลมีแนวโน้มที่จะใช้ objective test ในการพิจารณาว่าการโต้แย้งที่มีนั้นเป็นการโต้แย้งที่แท้จริงหรือไม่ ซึ่งหมายถึงว่าคดีต้องมีมูลพอที่จะโต้แย้งกันได้ด้วยเหตุนี้การโต้แย้งที่เพียงแต่ทำโดยสุจริตแต่ไม่มีมูลเพียงพอที่จะยกขึ้นมากระทำได้จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของการโต้แย้งโดยสุจริตในความหมายนี้

อย่างไรก็ตาม ศาลอาจยกคำร้องที่กระทำขึ้นโดยไม่สมัครใจ ภายหลังจากที่รับทราบและพิจารณาคำขอของผู้ยื่นคำร้องเมื่อได้รับความยินยอมของผู้ร้อง และลูกหนี้ทั้งหมด หรือเพราะต้องการที่จะดำเนินคดี 11 U.S.C.A. § 303 (j) ในการยื่นคำขอเพื่อยกคำร้อง ลูกหนี้ หรือหน่วยงาน

อื่นที่กำหนดไว้โดยศาลจะต้องยื่นรายการเจ้าหนี้พร้อมกับที่อยู่ซึ่งสามารถทำให้เจ้าหนี้ทั้งหมดมีโอกาสที่จะคัดค้านต่อการยกคำร้องนั้น⁵⁴

การยกคำร้องที่ได้กระทำขึ้นโดยไม่สมัครใจอาจเป็นบทเรียนที่มีราคาแพงสำหรับผู้ร้องภายหลังจากการรับทราบ และพิจารณาคำขอ และโดยเหตุผลใดก็ตาม ศาลอาจกำหนดให้เจ้าหนี้วางหลักประกันเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ลูกหนี้ต่อความเสียหายที่ศาลอาจให้อนุญาตในภายหลัง หากคำร้องนั้นถูกยกภายใต้มาตรา 303 (i) U.S.C.A. § 303 (e) หากศาลยกคำร้องที่ได้กระทำขึ้นโดยไม่สมัครใจโดยเหตุผลใดก็ตามนอกเหนือจากโดยความยินยอมของผู้ยื่นคำร้อง และลูกหนี้ทั้งหมดและหากลูกหนี้ไม่สละสิทธิในการพิจารณาคดี ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ผู้ยื่นคำร้องชำระค่าใช้จ่ายและค่าทนายความตามสมควร 11 U.S.C.A. § 303 (i)(1) ศาลอาจมีคำพิพากษาที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ยื่นคำร้อง หากพบว่าได้ยื่นคำร้องโดยไม่สุจริตสำหรับความเสียหายใด ๆ ที่เป็นจำนวนใกล้เคียงที่สุดที่เกิดจากการยื่นคำร้อง หรือสำหรับค่าชดเชยความเสียหาย 11 U.S.C.A. § 303 (i)(2) ซึ่งถือเป็นการยับยั้งเจ้าหนี้ที่อาจยื่นคำร้องที่กระทำขึ้นโดยไม่สมัครใจซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นการรบกวนต่อลูกหนี้⁵⁵

ส่วนการยื่นคำร้องโดยสมัครใจ⁵⁶ กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขจำนวนหนี้ขั้นต่ำที่ลูกหนี้ยื่นคำร้องขอให้ล้มละลาย แต่ลูกหนี้ต้องยื่นเอกสารประกอบตามที่กฎหมายกำหนดมาพร้อมกับคำฟ้อง เอกสารประกอบดังกล่าวได้แก่ รายละเอียดทรัพย์สินและหนี้สิน (รวมทั้งรายชื่อเจ้าหนี้ จำนวนและสภาพของหนี้) รายละเอียดรายได้และค่าใช้จ่ายในปัจจุบัน รายงานแสดงสถานะทางการเงินและรายละเอียดสัญญาที่ลูกหนี้เป็นคู่สัญญาและยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน⁵⁷ เป็นต้น ภายหลังจากการยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้ว ศาลจะมีคำสั่ง Order of Relief คำสั่งดังกล่าวเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ การยื่นคำร้อง นั้นเองจะทำหน้าที่เป็นเสมือนคำสั่งอย่างหนึ่งซึ่งมีผลให้ลูกหนี้เข้าสู่สถานะของการเป็นบุคคลล้มละลาย (Order of Relief)⁵⁸ โดยอัตโนมัติ กล่าวคือเมื่อได้มีการยื่นคำร้องขอให้ล้มละลายโดยความสมัครใจของลูกหนี้ต่อศาลแล้วถือว่าคดี

⁵⁴ Fed.R.Bank.P.1017.

⁵⁵ From *Introduction to Bankruptcy Law* (p.490), by Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, Sidney K.Swinson.

⁵⁶ บทบาทของศาลในคดีล้มละลาย: ศึกษาเฉพาะกรณีการพิจารณาและการมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 59-62). เล่มเดิม.

⁵⁷ กฎว่าด้วยกระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลาย (Federal Rules of Bankruptcy Procedure) ข้อ 1007 (b).

⁵⁸ มาตรา 301.

ล้มละลายได้เริ่มขึ้นแล้ว ณ เวลาที่ได้ยื่นคำร้องขอนั้นเอง โดยไม่จำเป็นที่ศาลจะต้องพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายแต่อย่างใด หรืออาจกล่าวได้ว่า การยื่นคำร้องขอให้ล้มละลายมันทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นคำสั่งของศาล⁵⁹ ซึ่งเมื่อได้มีการยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้ว ก็จะทำให้การกระทำต่าง ๆ ของลูกหนี้ กิจการหรือธุรกิจของลูกหนี้ ทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนกระบวนการวิธีพิจารณาที่ได้ฟ้องลูกหนี้อยู่ต้องหยุดหมดคือ ลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะกระทำการต่าง ๆ เหล่านั้นได้โดยอำนาจต่าง ๆ จะไปตกเป็นของ Trustee ของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายต่อไป

ผลของคำพิพากษาให้ล้มละลายการยื่นคำร้องขอใด ๆ ภายใต Chapter 7 ไม่ว่าจะเป็นการยื่นคำร้องโดยสมัครใจ (Voluntary Petition) หรือการยื่นคำร้องโดยไม่สมัครใจ (Involuntary Petition) ทำให้เกิดภาวะการพักบังคับชำระหนี้ (automatic stay) เป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะหยุดยั้งเจ้าหนี้หรือบุคคลอื่นใดที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิทางกฎหมายเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ หรือการกระทำการอันเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือการฟ้องร้องบังคับคดี ครอบคลุมที่ภาวะการพักบังคับชำระหนี้มีผลบังคับใช้ เจ้าหนี้จะไม่สามารถดำเนินคดีทางศาลกับลูกหนี้ได้ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้การดำเนินคดีล้มละลายมีเพียงส่วนเดียว เมื่อศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้เป็นบุคคลล้มละลายจะมีผู้เข้ามาจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งได้แก่ ผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee) ที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามา ดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยที่เจ้าหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้แม้แต่เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำฟ้องก็ไม่มีสิทธิเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพื่อให้มีการยุติการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อบังคับชำระหนี้จากบรรดาเจ้าหนี้หลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายลูกหนี้ในคดีล้มละลาย ลูกหนี้ไม่มีอำนาจจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนเองทันที อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โอนไปยังเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Official Receiver) หรือผู้จัดการทรัพย์สิน (Trustee) แล้วแต่กรณีลูกหนี้มีเพียงหน้าที่ที่ต้องช่วยเหลือผู้จัดการทรัพย์สินในการรวบรวมทรัพย์สินจัดเตรียมเอกสารเกี่ยวกับทรัพย์สินหนี้สิน และกิจการของตนให้แก่ผู้จัดการทรัพย์สิน มิฉะนั้นลูกหนี้จะมีความผิด ลูกหนี้ต้องช่วยเหลือผู้จัดการทรัพย์สินในการรวบรวมและแบ่งทรัพย์สินให้เสร็จสิ้นจนกว่าจะได้รับการปลดจากการล้มละลายจึงจะมีสิทธิที่จะมีทรัพย์สินและจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ใหม่

⁵⁹ Debtor Creditor law (p.154). Op.cit.

3.2.2 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลักษณะอักษ (Civil Law System)

ซีวิลลอว์ (civil law) เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นระบบประมวล และมีได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวน และศาลจะไม่ผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ

ในเชิงความคิด ซีวิลลอว์เป็นกลุ่มของแนวคิดและระบบกฎหมายซึ่งได้รับมาจากประมวลกฎหมายจัสติเนียน รวมไปถึงกฎหมายของชนเผ่าเยอรมัน สงฆ์ ระบบศักดินา และจารีตประเพณีภายในท้องถิ่นเอง รวมไปถึงความคิดเช่น กฎหมายธรรมชาติ แนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมาย และกลุ่มปฏิฐานนิยม (กลุ่มที่ยึดถือกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นหลัก)

ซีวิลลอว์ดำเนินจากนัยนามธรรม วางระเบียบหลักการทั่วไป และแบ่งแยกกฎระเบียบสารบัญญัติออกจากระเบียบพิจารณาความ ในระบบนี้จะให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอันดับแรก เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้น จะพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้หรือไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าว ถ้ามีก็จะนำกฎหมายลายที่บัญญัติไว้นั้นนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง หากไม่มีกฎหมายให้พิจารณาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ๆ จารีตประเพณีก็คือประเพณีที่ประเพณีและปฏิบัติกันมานาน และไม่ขัดต่อศีลธรรม ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็ถือว่าผิด และถ้าไม่มีจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้อง กฎหมายจะอนุโลมให้ใช้บทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อน จนในที่สุดหากยังไม่พบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอีก ก็จะให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ ดังนั้นในระบบนี้จึงไม่ยึดหลักคำพิพากษาคดี จะต้องดูตัวบทก่อนแล้วถึงจะตัดสินคดีได้

เป็นระบบที่ใช้กันมากในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยมีหลักกฎหมายซึ่งสืบทอดมาจากหลักกฎหมายโรมัน ในการเรียนการสอนกฎหมายของบางประเทศ เช่น เยอรมัน จะต้องเรียนรู้ภาษาละตินก่อนจึงจะสามารถเรียนกฎหมายได้ ประมวลกฎหมายสำคัญซึ่งเป็นที่ยอมรับกันและเป็นตัวอย่างให้กับนานาประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ระบบกฎหมายนี้ ผู้พิพากษาสามารถตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในลักษณะขยายความได้ โดยมีหลักว่า ผู้พิพากษาจะต้องค้นหากฎหมายที่จะนำมาตัดสินคดีความจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน หากไม่ได้จึงจะใช้หลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณี ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบนี้ในปัจจุบันนั้น ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น ประเทศสแกนดิเนเวีย รวมทั้งประเทศไทย เป็นต้น

3.2.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

กฎหมายของฝรั่งเศสเดิมมีชื่อเรียกว่า กฎหมายล้มละลาย (droit de la faillite) ในทำนองเดียวกับกฎหมายล้มละลายของไทยในอดีต กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หลักในการนำทรัพย์สินของลูกหนี้(ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้) ออกขายเพื่อนำเงินมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ใช้บังคับทั้งกับผู้ประกอบการในทางพาณิชย์ (les commerçants) และผู้ที่มิได้ประกอบการในทางพาณิชย์ (les non commerçants) โดยในระยะเริ่มแรก กระบวนการนี้จะมีลักษณะเป็นการบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาหรือการบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นสำคัญ (des procédures d'exécution forcée)⁶⁰

แนวโน้มของกฎหมายล้มละลายของฝรั่งเศสได้เปลี่ยนแปลงไปในช่วงเวลาต่อมาเป็นระยะ ๆ ในลักษณะที่จะทำให้กระบวนการมีความเป็นอิสระ และมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยยอมให้ลูกหนี้ที่สุจริตยังคงดำเนินกิจการของตนต่อไปได้ (ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด) และให้มีการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของตนในรูปของการประนีประนอม (un concordat)⁶¹ อีกทั้งการกำหนดกระบวนการที่เรียกว่า la liquidation judiciaire ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อบังคับชำระหนี้โดยในขณะนั้น การบังคับใช้มาตรการนี้จะกระทำโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของลูกหนี้เป็นสำคัญ

กฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสำคัญในปี ค.ศ. 1985 เปลี่ยนแนวทางการบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินของลูกหนี้มาเป็นการกำหนดวิธีการที่เอื้อต่อการแก้ไขปัญหาทางการเงินของนิติบุคคลที่ประสบภาวะยุ่งยากทางการเงิน และตราบทบัญญัติขึ้นใหม่เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน” (droit des entreprises en difficulté) ซึ่งแบ่งออกเป็นกฎหมายสำคัญ 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐบัญญัติที่ 84 -148 ลงวันที่ 1 มีนาคม 1984 ว่าด้วยการป้องกันปัญหาทางการเงินของบริษัทและการประนีประนอมหนี้ รัฐบัญญัติที่ 85- 98 ลงวันที่ 25 มกราคม 1985 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้⁶² และรัฐบัญญัติที่ 85-99 ลงวันที่ 25 มกราคม 1985 ว่าด้วยเจ้าพนักงานศาล ผู้รับมอบอำนาจศาลเพื่อดำเนินการบังคับชำระหนี้ และผู้เชี่ยวชาญ

⁶⁰ จาก “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วย บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน,” โดย สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, 2542 (3 กันยายน), วารสารนิติศาสตร์, น. 492.

⁶¹ concordat หมายถึง วิธีการทางเทคนิคในอดีต (กำหนดโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1967 ว่าด้วยกระบวนการเกี่ยวกับความช่วยเหลือทางการเงิน) ซึ่งใช้กับบริษัทที่ยื่นคำขอต่อศาลขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อฟื้นฟูกิจการพร้อมยื่นหลักฐานทางบัญชี (depot de bilan) โดยมีวัตถุประสงค์ในการหาข้อตกลงระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ทั้งหลายเกี่ยวกับหนี้ที่เกิดขึ้น โดยเจ้าหนี้เหล่านี้ยอมลดจำนวนหนี้ และ/หรือยอมกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ให้(ทำนองเดียวกับการประนีประนอมหนี้ของไทย) ในปัจจุบันวิธีการได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยรัฐบัญญัติฯ ปี 1985.

⁶² ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วย บริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน (น. 492). เล่มเดิม.

ด้านการวางแผนบริษัท ในกระบวนการล้มละลายของกฎหมายฝรั่งเศส การใช้มาตรการแก้ไข ปัญหาบริษัทที่ประสบภาวะยุ่งยากการเงินมีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การฟื้นฟูกิจการ ของบริษัท (la sauvegarde de l'entreprise) การประกอบกิจการของลูกหนี้อย่างต่อเนื่องและการ รักษาไว้ซึ่งการจ้างงานของพนักงานลูกจ้าง (le maintien de l'activité et de l'emploi) และการชำระหนี้สิน (l'apurement du passif)⁶³ อย่างไรก็ตาม ตามความเห็นของนักวิชาการทั้งหลาย ตลอดจนตาม แนวคำพิพากษาของศาล วัตถุประสงค์หลักที่ถือว่าสำคัญที่สุด ได้แก่ การฟื้นฟูกิจการของบริษัท ซึ่ง ถือเป็นการช่วยให้บริษัทรอดพ้นจากภยันตราย⁶⁴ ส่วนรักษาไว้ซึ่งการจ้างงานของพนักงานลูกจ้าง และการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญรองลงมาตามลำดับ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐบัญญัติปี 1985 นี้ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องความล่าช้าของการดำเนินมาตรการต่าง ๆ จึงได้มีการจัดทำสรุปผลการบังคับใช้ กฎหมายดังกล่าว ตลอดจนข้อบกพร่องหรือปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น และได้มีการปฏิรูปกฎหมายฉบับ นี้อีกครั้ง ในปี ค.ศ. 1994 โดยรัฐบัญญัติที่ 94-475 ลงวันที่ 10 มิถุนายน 1994 ซึ่งเป็นการแก้ไข เพิ่มเติมบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐปี 1985 นอกจากนี้ได้มีการปฏิรูปกฎหมายฉบับนี้ ครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 2005 โดยรัฐบัญญัติที่ 2005-845 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเร่งให้มีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ใน การป้องกันปัญหาการเงินให้รวดเร็วยิ่งขึ้น เพื่อให้ได้ผลอย่างแท้จริง และโดยเฉพาะการเพิ่มอำนาจ ให้ประธานศาลพาณิชย์ในการดำเนินมาตรการป้องกันปัญหาทางการเงินของบริษัท และในการ ออกคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาดีเพื่อบังคับชำระหนี้โดยทันทีโดยไม่กำหนด “ระยะเวลา แห่งการสังเกตการณ์” ตลอดจนการทำให้การดำเนินกระบวนการเยียวยาทางศาลและกระบวนการ ชำระบัญชีมีความซับซ้อนน้อยลงและมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น

กระบวนการป้องกันปัญหาการเงินของบริษัท : การประนีประนอมหนี้ (Conciliation)

การขอประนีประนอมหนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อช่วยให้บริษัทที่ประสบปัญหาการเงินยังคง ดำเนินกิจการต่อไปได้และกระทำในลักษณะเป็นความลับนอกกระบวนการพิจารณาดีทางศาล แต่การขอประนีประนอมหนี้นี้จะกระทำได้อีกเฉพาะแต่บริษัทที่ยังไม่ตกอยู่ในสถานะมีหนี้สินล้นพ้น ตัว เพียงแต่สถานการณ์เงินในขณะนั้นไม่สามารถช่วยให้กิจการของบริษัทดำเนินต่อไปได้ดีเท่านั้น

การเริ่มต้นดำเนินการ ถ้าปรากฏจากเอกสารหรือกระบวนการใดว่า บริษัททางการค้า หรือกลุ่มธุรกิจซึ่งประสบกับความยุ่งยาก แต่ธุรกิจอาจจะดำเนินการประนีประนอมหนี้เพื่อให้ธุรกิจ

⁶³ รัฐบัญญัติปี 1985 มาตรา 1.

⁶⁴ R.HOUIN, Rapport introductif, Les innovations, Rev. trim; dr. com., 1986, p.11; J.CIMAY, La triple finalité de la loi sur le redressement judiciaire, Les petites Affiches, 1987, n.141, p.18; R.VLANDIER et G. ENDREO, Redressement et liquidation judiciaires, 1986, p. 4.

ดำเนินต่อไปได้ ผู้จัดการธุรกิจอาจถูกเรียกตัวโดยประธานศาลพาณิชย์เพื่อกำหนดใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อบรรเทาสถานการณ์⁶⁵ กล่าวคือ โดยทั่วไปศาลมีหน้าที่เพื่อเข้าแทรกแซงโดยการใช้ความล้มเหลวเพื่อแสดงเอกสารทางบัญชีในการขึ้นทะเบียนที่ศาลพาณิชย์เป็นจุดเริ่มกระบวนการเมื่อมีการเพิกเฉยนั้นเกิดขึ้นผู้จัดการธุรกิจจะได้รับคำสั่งโดยตรงบังคับให้แสดงเอกสารดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดในภาวะที่ธุรกิจเผชิญปัญหาผู้จัดการอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามศาลสั่งเพื่อให้สามารถทำการสืบสวนว่าควรดำเนินการฟ้องร้องต่อไปหรือไม่ เมื่อหมายเรียกตัวนั้นไม่เป็นผล ศาลจะสามารถร้องขอข้อมูลใด ๆ ที่ครอบคลุมไว้โดยบุคคลสาธารณะในธุรกิจเพื่อพิจารณาตรวจสอบว่า ธุรกิจนั้นยังคงดำเนินต่อไปได้หรือไม่

ประธานศาลอาจมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญที่เลือกมาจัดทำรายงานเกี่ยวกับภาวะทางเศรษฐกิจ สังคมและการเงินของลูกหนี้ทั้งยังออกกฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ บังคับต่อผู้จัดขึ้นนั้น จากการธนาคารและสถาบันการเงินทุก ๆ รายละเอียดที่จะให้ข้อมูลที่เป็นจริงเกี่ยวกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินของลูกหนี้⁶⁶

ขั้นตอนการดำเนินการ กระบวนการไต่ถามข้อพิพาทจะเริ่มขึ้นโดยประธานศาลแต่งตั้งผู้ไต่ถามเป็นช่วงเวลาโดยที่ต้อ้งไม่เกินสี่เดือนแต่หากมีเหตุผลสามารถประกาศคำสั่งขยายเวลาออกไปได้อีกหนึ่งเดือนเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ประธานศาลพาณิชย์แต่เพียงผู้เดียวที่มีอำนาจในการแต่งตั้งคนกลาง เพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการประนอมหนี้ โดยประธานศาลพาณิชย์อาจทำการสำรวจข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสถานะของบริษัทก่อน เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและตรงกับความเป็นจริง ก่อนที่จะมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดได้

ภาระหน้าที่ของผู้ไต่ถามคือ ต้องทำให้บทสรุปของกรณีที่เกิดขึ้นเป็นไปอย่างเรียบง่ายและทำให้เป็นมิตรระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ ผู้ไต่ถามจะต้องให้ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อธุรกิจด้วย เมื่อสิ้นสุดภาระหน้าที่แล้ว ผู้ไต่ถามจะได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์จากลูกหนี้ ประธานของศาลจะทำการปรึกษาหารือกับผู้ไต่ถามเกี่ยวกับรายละเอียดทั้งหมดและรายงานความคืบหน้าภารกิจต่อประธานศาล⁶⁷

ในการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับการประนอมหนี้ กระบวนทางศาลจะเริ่มเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการประนอมหนี้ยิ่งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ คือ การใช้อำนาจทางศาลเพื่อให้การประนอมหนี้บรรลุผลตามเจตนารมณ์และสภาพการณ์ของลูกหนี้ฟื้นตัวอยู่ในสภาพปกติ

⁶⁵ Commercial Code Article L. 611-2.

⁶⁶ Commercial Code Article L. 611-6.

⁶⁷ Commercial Code Article L. 611-7.

การพิจารณาคำขอประนอมหนี้จะเป็นอำนาจหน้าที่ของประธานศาลพาณิชย์ หลังจากศาลได้รับคำขอประนอมหนี้แล้ว ศาลจะหมายเรียกลูกหนี้เข้ามารับฟังคำชี้แจง โดยศาลจะต้องแจ้งคำขอประนอมหนี้ไปยังพนักงานอัยการ เจ้าหนี้ หรือคณะอนุกรรมการปรับปรุงโครงสร้างเพื่อทราบด้วย ในการพิจารณาคำขอประนอมหนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้สอบสวนข้อมูลเพิ่มเติมหรือขอข้อมูลจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง หากว่าเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา⁶⁸

อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่ามาตรการในการป้องกันปัญหาการเงินของบริษัทไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้ตามวัตถุประสงค์ และบริษัทตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินกระบวนการเพื่อแก้ไขเยียวยาทางศาลหรือเพื่อบังคับชำระหนี้แล้วแต่กรณีต่อไป

กระบวนการแก้ไขเยียวยาทางศาล

การให้ความช่วยเหลือทางศาลจะเอื้อประโยชน์อย่างต่อเนื่องต่อธุรกิจซึ่งไม่สามารถทำนายผลกระทบจากปัญหาทางการเงินได้อย่างแน่นอนและมีโอกาสทางธุรกิจที่เสียไปสำหรับการประนอมข้อพิพาท อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ใหม่คือทำให้การให้ความช่วยเหลือทางศาลเป็นจุดพักก่อนเข้าสู่การชำระบัญชีของบริษัทโดยใช้ประโยชน์จากแผนช่วยเหลือที่เกี่ยวข้องกับการขายธุรกิจที่เป็นองค์ประกอบหรือกลุ่มทรัพย์สินที่เป็นองค์ประกอบ สิ่งเหล่านี้สามารถครอบคลุมกรณีที่ต้องการดำเนินธุรกิจโดยกลุ่มบริหารจัดการเดิมที่มีอยู่ไม่อาจเป็นทางเลือกที่ต้องการและการชำระบัญชีอย่างตรงไปตรงมาไม่สามารถเสนอโอกาสในการจัดทำแผนการช่วยเหลือที่เพิ่มขึ้นเพื่อสินทรัพย์ที่ทำกำไรได้ดีกว่าและการวิเคราะห์ผลกระทบต่อราคาขายในกลุ่มเจ้าหนี้

การเริ่มต้นดำเนินการ ในขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่บริษัทลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้⁶⁹ หรือมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั่นเอง ซึ่งเป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งของการยื่นคำขอให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อการแก้ไขเยียวยาทางศาล ซึ่งการดำเนินกระบวนการเยียวยาทางศาลอาจถูกร้องขอโดยลูกหนี้ แต่ถ้ายการประนอมหนี้ (Conciliation) ไม่เป็นผลสำเร็จโดยปรากฏจากรายงานของผู้ไกล่เกลี่ยว่าลูกหนี้หยุดการชำระหนี้ ศาลมีอำนาจเริ่มดำเนินกระบวนการเยียวยาทางศาล⁷⁰

สหภาพแรงงาน หรือ ตัวแทนของลูกจ้าง อาจให้ข้อมูลกับประธานของศาลหรืออัยการเพื่อเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้หยุดการชำระหนี้⁷¹

⁶⁸ Commercial Code Article L. 611-9.

⁶⁹ Commercial Code Article L. 631 -1.

⁷⁰ Commercial Code Article L. 631-4.

⁷¹ Commercial Code Article L. 631-6.

ขั้นตอนการดำเนินการ หากศาลพาณิชย์วินิจฉัยว่าข้อมูลที่เป็นไปได้ว่าบริษัทอาจแก้ไขเยียวยาได้ก็จะให้บริษัทเริ่มดำเนินการจัดทำแผนฟื้นฟูภายใต้การกำกับดูแลของศาลพาณิชย์ หากข้อมูลยังไม่เพียงพอก็ต้องเปิดให้มีการไต่สวนเพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติม

เมื่อศาลมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อแก้ไขเยียวยาทางศาล ศาลจะแต่งตั้งเจ้าพนักงานศาลจำนวนหนึ่งเพื่อช่วยในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อันได้แก่

1. le juge - commissaire ซึ่งรับผิดชอบในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปโดยรวดเร็วและการคุ้มครองประโยชน์แก่บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในระหว่างระยะเวลาแห่งการสังเกตการณ์

2. l'administrateur ซึ่งให้ความช่วยเหลือหรือดูแลกิจการของลูกหนี้ตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งทำการศึกษาปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้นและจัดทำรายงานสรุปผลทางเศรษฐกิจและด้านแรงงานของบริษัท และจากรายงานสรุปผลดังกล่าวนี้เองที่ศาลใช้เป็นข้อมูลในการกำหนดแผนฟื้นฟูกิจการลูกหนี้หรือให้ดำเนินการบังคับชำระหนี้โดยทันที

3. ตัวแทนเจ้าหนี้ (le représentant des créanciers) เพื่อให้คำปรึกษาหารือและแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะในเรื่องการให้ความเห็นชอบในนามของเจ้าหนี้ทั้งหลายในการอนุมัติกำหนดเวลาการชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือการลดจำนวนหนี้ เมื่อมีการทำคำเสนอจะชำระหนี้โดย l'administrateur

4. ตัวแทนพนักงานลูกจ้าง(un représentant des salariés)

กระบวนการแก้ไขเยียวยาจะเริ่มด้วยการกำหนดระยะเวลาในการเฝ้าสังเกตการณ์ (a period of observation) อันนำมาซึ่งการจัดทำแผนเพื่อดำเนินงานบริษัทต่อไป หรือเพื่อปิดกิจการของบริษัทในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่าไม่อาจเยียวยาแก้ไขบริษัทต่อไปได้ ศาลพาณิชย์ต้องมีคำสั่งให้มีการชำระบัญชี (liquidation judiciaire) โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาล อย่างไรก็ตาม หลังจากได้มีการพิจารณาคดีครั้งแรกแล้ว ระยะเวลาเฝ้าสังเกตการณ์อาจถูกระงับ ในกรณีที่แผนแก้ไขเยียวยาประสบความสำเร็จหรือมีการชำระบัญชีของบริษัทเมื่อไม่มีหนทางอื่นที่จะแก้ไขได้แล้ว

สำหรับระยะเวลาเฝ้าสังเกตการณ์มีกำหนดตั้งแต่ 4 ถึง 20 เดือน ขึ้นกับขนาดของบริษัท ระหว่างระยะเวลาดังกล่าวบริษัทสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ จุดประสงค์ของการกำหนดเวลาเป็นไปเพื่อให้มีการศึกษาความเป็นไปได้ในการแก้ไขเยียวยาบริษัทด้วยความช่วยเหลือของเจ้าพนักงานบริหารจัดการและตัวแทนของเจ้าหนี้ที่ กระบวนการจะต้องประกอบด้วยการจัดทำ

แผนเพื่อเพิ่มขีดความสามารถของบริษัทในการชำระหนี้เมื่อพ้นระยะเวลาเฝ้าสังเกตการณ์หรือแผนที่จะชำระบัญชีในการขายบริษัท⁷²

เมื่อหนี้สินของบริษัทถูกตรวจพบโดยตัวแทนเจ้าหนี้ ตัวแทนเจ้าหนี้อาจยื่นคำร้องขอต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้วินิจฉัยว่า จะยอมรับหรือปฏิเสธหนี้ดังกล่าว จากนั้นเจ้าพนักงาน (Greffe) จะแจ้งให้เจ้าหนี้ทราบถึงคำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่เห็นด้วยกับตัวแทนเจ้าหนี้ เจ้าหนี้อาจยื่นคำร้องต่อศาลพาณิชย์เพื่อให้มีคำสั่งต่อไป

หลังจากแผนได้รับความเห็นชอบให้มีการปฏิบัติ กระบวนการจะสิ้นสุดลงเมื่อเจ้าพนักงานบริหารจัดการและตัวแทนเจ้าหนี้ได้ยื่นบัญชีทรัพย์สินของบริษัทแล้ว

หากไม่มีหวังที่จะเยียวยาบริษัทได้แล้ว ศาลพาณิชย์ต้องมีคำสั่งให้ชำระบัญชีภายใต้การกำกับดูแลของศาล คำสั่งดังกล่าวมีผลทำให้ต้องปิดกิจการบริษัทในทันที ศาลพาณิชย์จะประกาศชื่อเจ้าพนักงานชำระบัญชี และจัดสรรผลกำไรเพื่อเจ้าหนี้ทั้งหลาย

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวข้างต้นแล้วสามารถสรุปได้ว่า กฎหมายล้มละลายของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจแก่ศาลอย่างกว้างขวางในการกำหนดทิศทางของกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการค้นหาข้อเท็จจริงโดยเฉพาะในเรื่องการรวบรวมข้อเท็จจริงหรือการเรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง ซึ่งปรากฏในขั้นตอนการป้องกันปัญหาการเงินของบริษัทในชั้นการประนีประนอมหนี้ (Conciliation) กล่าวคือ ถ้าปรากฏจากเอกสารหรือกระบวนการใดว่า บริษัททางการค้าหรือกลุ่มธุรกิจซึ่งประสบกับความยุ่งยาก แต่ธุรกิจอาจจะดำเนินการประนีประนอมหนี้เพื่อให้ธุรกิจดำเนินต่อไปได้ ผู้จัดการธุรกิจอาจถูกเรียกตัวโดยประธานศาลพาณิชย์เพื่อกำหนดใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อบรรเทาสถานการณ์⁷³ เมื่อหมายเรียกตัวนั้นไม่เป็นผล ศาลจะสามารถร้องขอข้อมูลใด ๆ ที่ครอบครองไว้ โดยบุคคลสาธารณะในธุรกิจเพื่อพิจารณาตรวจสอบว่าธุรกิจนั้นยังคงดำเนินต่อไปได้หรือไม่ และในการพิจารณาคำขอประนีประนอมหนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้สอบสวนข้อมูลเพิ่มเติมหรือขอข้อมูลจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง หากว่าเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา⁷⁴ สำหรับอำนาจของศาลในการเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองสำหรับขั้นตอนกระบวนการแก้ไขเยียวยาทางศาล กล่าวคือ หากศาลพาณิชย์วินิจฉัยว่ามีข้อมูลที่เป็นไปได้ว่าบริษัทอาจแก้ไขเยียวยาได้ก็จะให้บริษัทเริ่มดำเนินการจัดทำแผนฟื้นฟูภายใต้การกำกับดูแลของศาลพาณิชย์ หากข้อมูลยังไม่เพียงพอ ศาลมีอำนาจเปิดให้มีการไต่สวนเพื่อหาข้อมูลเพิ่มเติม

⁷² จาก “บทบาทของศาลยุติธรรมในการแก้ไขวิกฤตทางเศรษฐกิจของประเทศ,” โดย วิชา มหาคุณ ค, 2548, ระเบียบ, น. 98.

⁷³ Commercial Code Article L. 611-2.

⁷⁴ Commercial Code Article L. 611-9.

จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยกิจการที่ประสบปัญหาการเงินได้กำหนดเกณฑ์ของกิจการที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายหรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการไว้เป็นเกณฑ์เดียวกัน⁷⁵ คือ กิจการลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวคือ กิจการลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระ (passif exigible) ด้วยสินทรัพย์ที่ตนสามารถนำมาชำระหนี้ได้โดยทันที (actif disponible) ได้ อย่างไรก็ตาม แม้เกณฑ์เบื้องต้นของการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้จะเป็นเกณฑ์เดียวกัน แต่ผู้มีสิทธิเริ่มคดีจะต้องร้องขอต่อศาลพาณิชย์ (หรือศาลจังหวัด) ให้เริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ (le redressement judiciaire) เสียก่อน โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ ตามลำดับ คือ เพื่อรักษากิจการลูกหนี้ให้อยู่รอด คงไว้ซึ่งการประกอบกิจการและการจ้างงาน และชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้ได้หยุดประกอบกิจการโดยสิ้นเชิง หรือเมื่อเป็นที่ชัดเจนว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการล้มละลายหรือกระบวนการบังคับชำระหนี้ (la liquidation judiciaire) โดยทันทีก็ได้⁷⁶

กลไกของระบบกฎหมายล้มละลาย

(1) โครงสร้างของระบบกฎหมายล้มละลายกับการแยกกลไกตามลักษณะของลูกหนี้
กฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยกิจการที่ประสบปัญหาการเงินได้แยกการบังคับชำระหนี้หรือการล้มละลายของกิจการที่เป็นนิติบุคคล ออกจากการบังคับชำระหนี้หรือการล้มละลายของบุคคลธรรมดา

ก) การบังคับชำระหนี้หรือการล้มละลายของนิติบุคคลกระบวนการล้มละลายหรือการบังคับชำระหนี้ของนิติบุคคลอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ กรณีที่นิติบุคคลหยุดประกอบกิจการโดยสิ้นเชิงหรือเป็นที่ชัดเจนว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะฟื้นฟูกิจการดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น และกรณีที่ศาลไม่สามารถกำหนดแผนฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ได้เมื่อพ้นระยะเวลาตรวจสอบสถานะของกิจการลูกหนี้⁷⁷ หรือเมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามแผนฟื้นฟูกิจการที่ศาลกำหนด⁷⁸ กระบวนการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการรวบรวมสินทรัพย์ทั้งหลายของกิจการลูกหนี้เพื่อนำมาชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย และเมื่อศาลมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการดังกล่าว ผู้บริหารกิจการลูกหนี้นิติบุคคลจะสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการกิจการลูกหนี้โดยทันที

⁷⁵ ระบบกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 166-171). เล่มเดิม.

⁷⁶ Commercial Code Article L.620-1, L. 622-1.

⁷⁷ Commercial Code Article L. 621-2 .

⁷⁸ Commercial Code Article L. 622-2 .

ข) การล้มละลายของบุคคลธรรมดา (la faillite personnelle) การล้มละลายของบุคคลธรรมดาแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีบุคคลธรรมดาที่ประกอบกิจการทางการค้า เกษตรกร หรือบุคคลธรรมดาที่ขึ้นทะเบียนการประกอบอาชีพไว้ (le répertoire des métiers) และกรณีบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้บริหารกิจการลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในกรณีของลูกหนี้บุคคลธรรมดาที่ประกอบกิจการทางการค้า เกษตรกร หรือบุคคลธรรมดาที่ขึ้นทะเบียนการประกอบอาชีพ (les entrepreneurs personnes physiques) ศาลจะมีคำสั่งให้เป็นบุคคลล้มละลายก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้ได้กระทำการดังต่อไปนี้

1. ดำเนินกิจการที่ขาดทุนต่อไปโดยไม่ชอบ ซึ่งมีแต่จะทำให้กิจการตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้
2. ไม่จัดทำบัญชีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือทำให้เอกสารทางบัญชีสูญหายทั้งหมดหรือบางส่วน
3. จำหน่าย จ่าย แจก หรือปิดบังซ่อนเร้นสินทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือก่อให้เกิดหนี้สินเพิ่มขึ้นโดยการฉ้อฉล⁷⁹

นอกจากนี้ ศาลอาจมีคำสั่งลงโทษผู้บริหารกิจการลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล (les dirigeants de personnes morales) ให้เป็นบุคคลล้มละลายได้เช่นกัน ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้บริหารนั้นได้กระทำความผิดในการบริหารจัดการกิจการลูกหนี้ เช่น ครอบครองทรัพย์สินของนิติบุคคลลูกหนี้เสมือนเป็นทรัพย์สินของตน ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยใช้นิติบุคคลลูกหนี้บังหน้า ใช้ทรัพย์สินหรือชื่อเสียงของนิติบุคคลลูกหนี้โดยมิใช่เพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลนั้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลหรือกิจการอื่นที่ผู้บริหารนั้นมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ดำเนินกิจการที่ขาดทุนต่อไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวซึ่งมีแต่จะทำให้นิติบุคคลลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จัดทำบัญชีปลอม (une comptabilité fictive) หรือทำให้เอกสารทางบัญชีของนิติบุคคลสูญหาย หรือไม่จัดทำบัญชีให้เป็นไปตามกฎหมายกำหนดหรือจำหน่าย จ่าย แจกหรือปิดบังซ่อนเร้นทรัพย์สินของนิติบุคคลหรือก่อให้เกิดหนี้สินขึ้นโดยการฉ้อฉล เป็นต้น⁸⁰ หรือในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ขยายกระบวนการฟื้นฟูกิจการไปยังผู้บริหารกิจการด้วย (une extension du redressement judiciaire)⁸¹ หรือให้ผู้บริหารนั้นต้องรับผิดชอบ

⁷⁹ Commercial Code Article L. 625-3.

⁸⁰ Commercial Code Article L.625-4.

⁸¹ เช่น กรณีผู้บริหารกิจการนำทรัพย์สินของบริษัทไปชำระหนี้ส่วนตัว หรือนำสินทรัพย์อันเป็นทุนในการประกอบกิจการของบริษัทไปชำระหนี้ของอีกบริษัทหนึ่งซึ่งผู้บริหารนั้นมีส่วนได้เสียอยู่; คำพิพากษาศาล Com. 11 juill.1995, J.C.P. 1995, II, 22549, note D. GIBIRILA.

ชำระหนี้ของกิจการลูกหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน (une action en comblement) และผู้บริหารไม่ยอมชำระหนี้⁸²

(2) การเริ่มคดี

ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น เกณฑ์เบื้องต้นของการเริ่มคดีล้มละลายหรือกระบวนการบังคับชำระหนี้เป็นเกณฑ์เดียวกับการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการ กล่าวคือ ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การเริ่มคดีล้มละลายอาจกระทำได้ทันทีเมื่อปรากฏว่าลูกหนี้หยุดการประกอบกิจการโดยสิ้นเชิง หรือเป็นที่ชัดเจนว่าไม่สามารถที่จะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ได้แล้ว

1. เหตุแห่งการร้องขอต่อศาลให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดี

หลัก: ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้⁸³

กรณีอื่น: กรณีที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้เงินตามข้อตกลงประนอมหนี้⁸⁴

ดังนั้น สถานะที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้จะเกิดขึ้นเมื่อทำการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าของสินทรัพย์ที่สามารถนำมาชำระหนี้ได้ทันที เช่น เงินสดในธนาคารหรือที่กิจการเก็บรักษาไว้และทรัพย์สินต่าง ๆ ที่กิจการสามารถนำมาแปลงสภาพเป็นเงินได้โดยทันทีหรืออย่างรวดเร็ว และหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้ว (เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้) แม้จะยังไม่มีการเรียกให้ชำระหนี้จริง ๆ แล้วก็ตาม เช่น หนี้ในการประกอบกิจการค้า หนี้ภาษีอากร และหนี้ค่าจ้างแรงงานที่ค้างชำระ (les dettes échues) และไม่ได้รับการขยายกำหนดเวลาชำระหนี้ ตัวอย่างเช่น ศาลพาณิชย์แห่งเมืองลิล (Lille) ได้พิพากษาว่าตราใบที่กิจการยังได้รับเครดิตจากธนาคารอยู่ กิจการยังไม่ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ลูกหนี้ยังไม่ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หากลูกหนี้ยังสามารถพึ่งพาแหล่งเงินทุนตามปกติได้อยู่ นอกจากนี้ มาตรา L. 621-1 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ใช้คำว่า “หนี้ที่อาจถูกเรียกร้องให้ชำระ” (“passif exigible”) มิใช่หนี้ที่มีการเรียกให้ชำระหนี้จริง ๆ แล้ว (“effectivement exigé”)

ดังนั้น สถานะของลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้จึงอาจเป็นผลมาจากการขาดสภาพคล่อง (une absence de disponibilité) หรือการหยุดให้ความช่วยเหลือทางการเงินของธนาคาร (un retrait des soutiens bancaires) อย่างไรก็ตาม การขาดสภาพคล่องดังกล่าวมิได้แสดงว่าลูกหนี้

⁸² Commercial Code Article L.625-6, L.624-3.

⁸³ ประมวลกฎหมายพาณิชย์มาตรา L. 621-1 ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้” “Cessation de paiement” ว่าหมายความว่า “ความไม่สามารถที่จะชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วด้วยสินทรัพย์ที่สามารถนำมาชำระหนี้โดยทันทีได้.”

⁸⁴ Commercial Code Article L.621-3.

มีหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvable) ลูกหนี้อาจมีสินทรัพย์ต่าง ๆ ที่มีมูลค่าเพียงพอแก่การชำระหนี้เจ้าหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ใช้ในการประกอบกิจการ (fonds de commerce) เพียงแต่การนำเอาทรัพย์สินต่าง ๆ ดังกล่าวมาแปลงสภาพเพื่อนำมาชำระหนี้ในทันทีนั้นไม่อาจกระทำได้นอกจากนี้ การไม่ชำระหนี้แม้เพียงครั้งเดียวก็อาจแสดงให้เห็นว่าลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ก็ได้อีก ทั้งนี้ ไม่ว่าหนี้ที่มีได้ชำระนั้นจะเป็นหนี้ทางแพ่งหรือหนี้ทางพาณิชย์ก็ตาม ตราบใดที่หนี้นั้นมีความแน่นอน (certaine) ถึงกำหนดชำระแล้ว (exigible) และกำหนดจำนวนได้แน่นอน (liquide)

อนึ่ง สถานะของลูกหนี้ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้นแตกต่างจากกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้ (refus de paiement) และผู้ร้องขอให้ศาลเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ต้องนำเสนอให้ศาลเห็นว่าลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะดังกล่าว ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาสถานะของลูกหนี้ ณ วันที่ศาลมีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อการฟื้นฟูกิจการ ถ้าหากในวันนั้น ปรากฏว่าลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้แล้ว ศาลจะไม่สั่งให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดี

3.3 แนวทางตามกฎหมายกรณีลูกหนี้ไม่อยู่ในสถานะที่จะชำระหนี้ได้ในประเทศไทย

กฎหมายล้มละลาย เป็นกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติแขนงหนึ่ง ซึ่งบัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ตั้งแต่เงื่อนไขการขอให้ลูกหนี้เป็นบุคคลล้มละลาย วิธีการขอให้ลูกหนี้เป็นบุคคลล้มละลาย การขอให้พิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ ซึ่งมีทั้งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวและพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด การประนีประนอมหนี้ รวมทั้งการขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีล้มละลายได้แก่ศาลล้มละลายกลางปัจจุบัน ประเทศไทยมีกฎหมายล้มละลายที่ใช้อยู่คือพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงตามสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ ไทยได้นำการวางหลักกฎหมายส่วนใหญ่มาจากกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาการบังคับใช้กฎหมายล้มละลาย จะต่างจากการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากกฎหมายล้มละลายเป็นเพียงการบังคับใช้เพื่อให้เจ้าหนี้ได้มีหลักประกันว่าจะได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้อย่างแน่นอนและเท่าเทียมกัน (pari passu) และมีลักษณะที่เปิดช่องให้มีการเจรจา ประนีประนอมกันมากกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมุ่งระงับข้อพิพาททางแพ่งที่มีการโต้แย้งสิทธิกันเพื่อให้เจ้าหนี้ชนะคดีและบังคับเอาจากลูกหนี้เพียงอย่างเดียว

3.3.1 พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้กำหนดมูลเหตุในการฟ้องคดีล้มละลายที่เกี่ยวกับตัวลูกหนี้ คือ ต้องเป็นลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว และการเป็นลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวกฎหมายไม่ได้วางบทนิยามหรือคำวิเคราะห์ศัพท์เป็นการเฉพาะว่าลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว มีความหมายเป็นประการใด

ศาสตราจารย์หลวงสารกิจปรีชา ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินโดยมีทรัพย์สินไม่พอจะชำระหนี้ได้⁸⁵

รองศาสตราจารย์ สุธีร์ ศุภนิคย์ ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า เป็นสภาวะการณ์ที่ลูกหนี้มีหนี้สินเป็นจำนวนมาก (overindebtedness) จนเกินกว่าปริมาณทรัพย์สินที่ตนมีอยู่ทั้งหมด อันทำให้ไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของตนได้ (insolvent) ลูกหนี้ที่มีสถานะทางการเงินที่ไม่สามารถรับผิดชอบต่อหนี้สินทั้งหมดที่ตนได้ก่อขึ้น⁸⁶

วิชา มหาคุณ ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินหรือมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้⁸⁷

ทวี กสิยพงศ์ ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน⁸⁸

ศาสตราจารย์ปรีชา พานิชวงค์ ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินหรือมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้⁸⁹

เอื้อน ขุนแก้ว ให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” หมายความว่า ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน⁹⁰

⁸⁵ จาก คำสอนปริญญาดรี กฎหมายล้มละลาย (น. 33), โดย หลวงสารกิจปรีชา, 2502, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸⁶ จาก หลักกฎหมายล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการ (น. 26), โดย สุธีร์ ศุภนิคย์, 2542, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸⁷ กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์ (น. 27). เล่มเดิม.

⁸⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายล้มละลายพร้อมด้วยระเบียบปฏิบัติ (น. 11), โดย ทวี กสิยพงศ์, 2526, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์.

⁸⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย (น. 24), โดย ปรีชา พานิชวงค์ ก, 2540, กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

⁹⁰ จาก กฎหมายล้มละลาย (น. 18), โดย เอื้อน ขุนแก้ว, 2556, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่.

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าทั้งในอดีตและปัจจุบันต่างให้ความหมายคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” ในทิศทางเดียวกัน คือ สภาพที่ลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินจนกระทั่งไม่พอชำระหนี้⁹¹

จากการให้ความหมายของนักวิชาการต่าง ๆ จึงนำมาซึ่งลักษณะและหลักคิดของคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” ซึ่งเป็นปัจจัยในการพิจารณาให้เห็นว่าลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ โดยมีแนวคิดดังต่อไปนี้⁹²

1. สัดส่วนระหว่างหนี้สินต่อทรัพย์สิน (สินทรัพย์) คือการพิจารณาโดยประเมินจากทรัพย์สินที่บุคคลนั้นมีอยู่เปรียบเทียบกับทรัพย์สิน ถ้าทรัพย์สินมีจำนวนน้อยกว่าก็ให้พิจารณาไปในทางที่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

2. พฤติกรรมการชำระหนี้ ถ้าพฤติกรรมการของลูกหนี้เป็นไปในทางบวกก็ไม่อยู่ในข่ายมีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ถ้ามีพฤติกรรมตรงกันข้ามก็อาจจะตกอยู่ในข่ายมีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ ในที่นี้มีหลักพฤติกรรมของลูกหนี้ที่ควรพิจารณา เช่น การชำระหนี้ตรงตามงวด ตรงตามระยะเวลาที่กำหนดตามข้อสัญญาหรือไม่ หรือการชำระหนี้เมื่อมีการทวงถามแล้วยอมชำระหนี้โดยดีหรือไม่ หรือมีความพยายามที่จะหลบหนีหนี้ เช่น ไม่ยอมรับโทรศัพท์ หรือมีการย้ายภูมิลำเนาหรือไม่ เป็นต้น

3. ความสามารถในการหารายได้ชำระหนี้ คือการพิจารณาถึงรายได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม รายได้ที่เกี่ยวข้องโดยถูกต้องและรายได้ที่หลบเลี่ยงไม่เสียภาษี รายได้ประจำแน่นอน เช่น รายได้เงินเดือน รายได้ที่ไม่แน่นอนต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์และเหตุการณ์บางอย่าง เช่น รายได้พิเศษ รวมถึงการพิจารณารายได้รวมของลูกหนี้ว่ามีจำนวนเพียงพอกับหนี้สินหรือไม่ หรือความสามารถในการหารายได้ในอนาคตมีความแน่นอนและโอกาสมากเพียงพอเมื่อเทียบสัดส่วนกับโอกาสการขยายตัวและจำนวนของหนี้สินที่เพิ่มขึ้นหรือไม่

4. จำนวนหนี้ คือการพิจารณาขอดหนี้ที่ลูกหนี้เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้มีจำนวนสูงเพียงใด โดยเปรียบเทียบกับระยะเวลาชำระหนี้เสร็จ สถานะเงินสดหมุนเวียนในแต่ละงวดเพียงพอที่จะชำระหนี้หรือไม่ รายได้ประจำกับจำนวนหนี้จะมีระยะเวลานานกว่าที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ได้กับลักษณะของลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่องหรือไม่

5. ระยะเวลาชำระหนี้ คือการพิจารณาวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระกับรายได้และรายจ่ายที่ลูกหนี้มีอยู่สัมพันธ์กันหรือไม่ และลูกหนี้ที่อยู่ในสถานะที่พร้อมจะชำระหนี้เมื่อเจ้าหนี้ทวงถามหรือเรียกคืนหนี้มีมากน้อยเพียงใด

⁹¹ จาก การฟ้องคดีล้มละลายและวิธีปฏิบัติในศาลล้มละลายกลาง (น. 56), โดย พิชัย นิลทองคำ ก, 2544, กรุงเทพฯ: อทตยามีเลี่ยนเนี่ยน.

⁹² แหล่งเดิม.

6. ข้อตกลงและสัญญา ข้อตกลงและสัญญามีลักษณะผูกพันให้พึงต้องปฏิบัติแบบผ่อนปรนด้วยถ้อยที่ถ้อยอาศัยหรือไม่ หรือมีความยืดหยุ่นเพียงใด โอกาสการต่อรองเพื่อผ่อนปรนเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาของลูกหนี้มีโอกาสเป็นไปได้มากน้อยเพียงใด

7. หลักการวิธีวิเคราะห์และประเมินความสามารถของลูกหนี้ หลักการวิธีวิเคราะห์ความสามารถของลูกหนี้และเทคนิควิธีการที่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ใช้ประเมินความสามารถต่อการชำระหนี้เป็นที่ยอมรับกันได้หรือไม่ มีมาตรฐานหรือไม่ ใช้กฎเกณฑ์หลักการวิธีเดียวกันหรือต่างกันอย่างไร

8. ความช่วยเหลือของบุคคลภายนอก หมายถึงสภาพการณ์ที่บุคคลภายนอกคิดจะด้วยความเป็นญาติ ความสัมพันธ์ส่วนตัว ความเกี่ยวข้องทางการค้าก็ตาม บุคคลเหล่านั้นเข้ายอมรับคำประกันหรือยินยอมให้ความช่วยเหลือแก่ผู้มีหนี้สินล้มพันตัวหรือไม่และการช่วยเหลือนั้นมีความชัดเจน มีความแน่นอน และเป็นที่น่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด

9. ความสามารถในการชำระหนี้ซึ่งมีผลต่อลูกหนี้ ลูกหนี้ชั้นต้น ผู้ค้ำประกัน ผู้จำนอง และผู้จำนำ คือการที่ได้ความจริงว่าลูกหนี้ผู้หนึ่งผู้ใดในบรรดาลูกหนี้ทั้งหลายยังมีความสามารถชำระหนี้และไม่ควรอยู่ในฐานะผู้มีหนี้สินล้มพันตัวหรือไม่ โอกาสของเจ้าหนี้ต่อการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ชั้นต้นหรือลูกหนี้ร่วมรายอื่นยังคงมีอยู่หรือไม่หรือเจ้าหนี้ยังอาจบังคับชำระหนี้ได้ด้วยวิธีการทางแพ่งหรือวิธีการอื่นได้โดยง่ายหรือโอกาสการได้รับชำระหนี้โดยง่ายและสะดวกได้ผลเต็มเม็ดเต็มหน่วยหรือไม่ โอกาสเหล่านี้ทำให้ผู้ค้ำประกันซึ่งต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมกับลูกหนี้ชั้นต้นหรือลูกหนี้ชั้นต้นนั้นเองอาจจะกลับกลายเป็นผู้ไม่อยู่ในฐานะที่สมควรจะเป็นบุคคลผู้มีหนี้สินล้มพันตัวก็ได้

ความมีหนี้สินล้มพันตัวถือว่าเป็นหลักเกณฑ์สำคัญ โดยหลักเกณฑ์ข้อนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ความมีหนี้สินล้มพันตัวเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งอันจะนำไปสู่การพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายได้⁹³ ซึ่งโดยนัยทั่วไปแล้วคำว่า “หนี้สินล้มพันตัว” หมายถึงว่าลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน หรือมีสินทรัพย์ไม่พอชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่โดยที่การพิสูจน์แสดงต่อศาลเพื่อชี้ให้เห็นว่าลูกหนี้มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินนั้นค่อนข้างจะเป็นการยากลำบาก ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดเครื่องมือช่วยเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ให้พิสูจน์ความมีหนี้สินล้มพันตัวได้ง่ายขึ้นโดยกำหนดข้อสันนิษฐานของกฎหมายขึ้นไว้เป็นแบบมาตรฐานเพื่อพิจารณาว่าถ้าลูกหนี้ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 แล้วก็ให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้มพันตัว

⁹³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 7.

มาตรา 8 “ถ้ามีเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

(1) ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สินหรือสิทธิจัดการทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์แห่งเจ้าหนี้ทั้งหลายของตน ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

(2) ถ้าลูกหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินของตนไปโดยการแสดงเจตนาลวงหรือโดยการฉ้อโกง ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

(3) ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สินของตนหรือก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเหนือทรัพย์สินนั้น ซึ่งถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้วจะต้องถือว่าเป็นการให้เปรียบ ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

(4) ถ้าลูกหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เพื่อประวิงการชำระหนี้ หรือมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

ก. ออกไปเสียนอกราชอาณาจักร หรือได้ออกไปก่อนแล้วและคงอยู่นอกราชอาณาจักร

ข. ไปเสียดจากเคหสถานที่เคยอยู่ หรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน หรือหลบไปหรือวิธีอื่น หรือปิดสถานที่ประกอบธุรกิจ

ค. ยักย้ายทรัพย์สินไปให้พ้นอำนาจศาล

ง. ขอมตนให้ต้องคำพิพากษาซึ่งบังคับให้ชำระเงินซึ่งตนไม่ควรต้องชำระ

(5) ถ้าลูกหนี้ถูกยึดทรัพย์ตามหมายบังคับคดี หรือไม่มีทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะพึงยึดมาชำระหนี้ได้

(6) ถ้าลูกหนี้แถลงต่อศาลในคดีใด ๆ ว่าไม่สามารถจะชำระหนี้ได้

(7) ถ้าลูกหนี้แจ้งให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดของตนทราบว่าจะไม่สามารถชำระหนี้ได้

(8) ถ้าลูกหนี้เสนอคำขอประนอมหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่สองคนขึ้นไป

(9) ถ้าลูกหนี้ได้รับหนังสือทวงถามจากเจ้าหนี้ให้ชำระหนี้แล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งซึ่งมีระยะเวลาห่างกันไม่น้อยกว่าสามสิบวัน และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

จากบทบัญญัติของมาตรา 8 บัญญัติถึงการกระทำต่าง ๆ ของลูกหนี้ที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งอธิบายได้ดังนี้⁹⁴ คือ

⁹⁴ จาก หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ (น. 32-36), โดย สุธีร์ สุกนิษฐ์, 2542 และ การฟ้องคดีล้มละลายและวิธีปฏิบัติในศาลล้มละลายกลาง (น. 76-92). เล่มเดิม.

ประการที่หนึ่ง ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สินหรือสิทธิจัดการทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของตน ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

กรณีเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินหรือสิทธิจัดการทรัพย์สินทั้งหมดของตนให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อให้บุคคลนั้นดำเนินการจัดแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้ ทั้งนี้ไม่ว่าได้กระทำการในหรือนอกราชอาณาจักร การดำเนินการดังกล่าวของลูกหนี้นี้ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ทั้งหมดให้แก่เจ้าหนี้ได้ จึงได้ใช้วิธีการโอนทรัพย์สินหรือสิทธิจัดการทรัพย์สินให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อให้บุคคลนั้นจัดสรรการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้

ในกรณีที่ลูกหนี้โอนทรัพย์สินหรือสิทธิจัดการทรัพย์สินให้กับบุคคลใดเพื่อดำเนินการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหมดของลูกหนี้ จะไม่ตกอยู่ในข้อสันนิษฐานข้อนี้แต่อย่างใด เช่น ลูกหนี้มีร้านค้าขาย และมีเจ้าหนี้หลายคน หากลูกหนี้มอบให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด จะเป็นเจ้าหนี้หรือมิใช่ก็ตาม เข้าไปจัดการขายสินค้าต่าง ๆ ของตน เพื่อนำมาชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ทั้งหลายของตน ในกรณีเช่นนี้สันนิษฐานได้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ทั้งนี้ไม่ว่าลูกหนี้จะทำการกระทำการเช่นนั้นภายในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม

ประการที่สอง ถ้าลูกหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินของตนไปโดยการแสดงเจตนาหลง หรือโดยการฉ้อโกง ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

การที่ลูกหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินของตนโดยการแสดงเจตนาหลงนั้นเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องของการที่ต้องการแสดงให้เห็นว่าได้มีการจำหน่ายโอนทรัพย์สินของตนไปให้คนใดคนหนึ่ง ซึ่งแท้จริงไม่ได้มีนิติสัมพันธ์อันแท้จริงกับบุคคลนั้นแต่อย่างใด การกระทำความดังกล่าว ย่อมทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้เสียหาย จะทำให้เจ้าหนี้ของลูกหนี้เสียประโยชน์ไม่อาจจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นได้อีกต่อไป ส่วนการโอนทรัพย์สินหรือการส่งมอบทรัพย์สินโดยการฉ้อโกง จะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบอย่างเห็นได้ชัด มีผลทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยถอยลง การกระทำทั้งสองกรณีของลูกหนี้ดังกล่าว ไม่จำกัดว่าต้องทำในราชอาณาจักรเท่านั้นยังรวมถึงการที่ลูกหนี้ได้กระทำการนอกราชอาณาจักรด้วย จะเห็นได้ว่าการกระทำความดังกล่าวของลูกหนี้ถือได้ว่ามีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้ได้ และถือเป็นเหตุว่าที่ได้กระทำเช่นนั้นเป็นเพราะมีหนี้สินล้นพ้นตัว

การแสดงเจตนาหลง เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง กล่าวคือเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับความจริงโดยสมรู้กับอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อลวงคนอื่น เช่น นาย ก. และ นาย ข. สมคบกันจดทะเบียนโอนซื้อขายที่ดินพิพาทโดยไม่สุจริต และไม่มีการชำระเงินกันจริงเพื่อหลอกลวงไม่ให้ นาย ค. เจ้าหนี้ บังคับนาย ก. ตามที่ตกลงซื้อขาย

กัน การแสดงเจตนาของนาย ก. และ นาย ข. ต้องการจะลงเจ้าหนี้ แต่ความจริงหาได้มีการซื้อขายกันไม่ ดังนี้ กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

ส่วนการลือลล เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 กล่าวคือ เป็นนิติกรรมที่ลูกหนี้กระทำไปโดยรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ ซึ่งเจ้าหนี้ชอบที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนเสียได้ เช่น ขณะทำนิติกรรมโอนทรัพย์สิน ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินอื่นอีกแต่กลับโอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวไปทำให้เจ้าหนี้ไม่มีทางบังคับชำระหนี้เอาจากที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวได้ เป็นทางที่ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบแล้ว

ประการที่สาม ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สินของตนหรือก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเหนือทรัพย์สินนั้น ซึ่งถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้วจะต้องถือว่าเป็นการให้เปรียบ ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

ในเรื่องนี้พิจารณาได้ว่า โดยปกติแล้วลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของตนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน หากลูกหนี้เลือกปฏิบัติการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนใดหนึ่งเป็นการเฉพาะโดยไม่คำนึงถึงเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้ด้วยนั้น ย่อมทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายล้มละลายที่มีหลักการที่สำคัญที่ต้องการให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้โดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้นจึงมีหลักการว่าการที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดไป ถ้าเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการเลือกปฏิบัติของลูกหนี้อันเป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้รายนั้นเหนือเจ้าหนี้รายอื่น ๆ จะมีการเพิกถอนการชำระหนี้ นั้นได้

ดังนั้นการที่ลูกหนี้โอนทรัพย์สินของตนเพื่อชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งซึ่งเป็นการให้เปรียบดังกรณีดังกล่าวตอนต้นคดี หรือการที่ลูกหนี้ก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเหนือทรัพย์สิน เช่น ลูกหนี้นำที่ดินของตนไปจำนองให้แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะโดยที่เจ้าหนี้อื่น ๆ ไม่ได้รับประโยชน์ไปด้วย การกระทำได้กล่าวทั้งสองกรณีของลูกหนี้ซึ่งไม่ว่าจะได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร ในสายตาของกฎหมายถือว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว เพราะมีทรัพย์สินไม่เพียงพอไม่สามารถจะชำระหนี้ทั้งหมดให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของตนได้ จึงได้ใช้วิธีการเลือกปฏิบัติกระทำการชำระหนี้หรือให้หลักประกันพิเศษจากทรัพย์สินของตนแก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ

หลักในข้อนี้คล้ายคลึงกับข้อ (2) แต่เพิ่มสาระสำคัญขึ้นมาว่าการกระทำของลูกหนี้ไม่จำต้องถึงขั้นโอนก็ได้ เพียงแต่ก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดเหนือทรัพย์สินของตน นอกจากนี้ การโอนหรือการก่อให้เกิดทรัพย์สินนั้น ถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้วจะเป็นการให้เปรียบ

แก่ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จากการโอน หรือจากทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้ก่อให้เกิดขึ้น เช่น ไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย จำนอง เป็นต้น

ประการที่สี่ ถ้าลูกหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เพื่อประวิงการชำระหนี้ หรือ มิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

ก. ออกไปเสียนอกราชอาณาจักร หรือได้ออกไปก่อนแล้วและคงอยู่นอกราชอาณาจักร การที่ลูกหนี้ออกไปนอกราชอาณาจักรต้องได้ความว่าด้วยเจตนาที่จะหลบหนีเพื่อการประวิงการชำระหนี้หรือมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวด้วยเหตุผลอื่น เช่น เพื่อการติดต่อทางธุรกิจหรือการท่องเที่ยว จะไม่ตกอยู่ในความหมายดังกล่าวแต่อย่างใด

ข. ไปเสียจากเคหสถานที่เคยอยู่ หรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน หรือหลบไปหรือวิธีอื่น หรือปิดสถานที่ประกอบธุรกิจ

เป็นกรณีที่เห็นได้ว่าลูกหนี้หลีกเลี่ยงไม่ต้องการติดต่อกับเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตามการที่ลูกหนี้มีพฤติกรรมดังกล่าวก็ด้วยเจตนาที่จะประวิงการชำระหนี้ หรือมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

ค. ยักย้ายทรัพย์สินไปให้พ้นอำนาจศาล

เป็นกรณีที่ลูกหนี้ยักย้ายถ่ายเททรัพย์สิน ไม่ให้ถูกยึดมาเพื่อการบังคับชำระหนี้ได้

ง. ขอมตนให้ต้องคำพิพากษาซึ่งบังคับให้ชำระเงินซึ่งตนไม่ควรถูกชำระ

กรณีนี้เป็นเรื่องที่ลูกหนี้ยอมต้องคำพิพากษาที่บังคับให้มีการชำระเงินทั้ง ๆ ที่ลูกหนี้สามารถต่อสู้คดีให้ไม่ต้องรับผิดตามคำพิพากษาก็ได้ แต่ไม่ดำเนินการแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพื่อที่จะประวิงการชำระหนี้หรือมิให้เจ้าหนี้อื่น ๆ ได้รับชำระหนี้

ข้อนี้มีผู้กล่าวว่า เป็นช่องโหว่ของกฎหมาย เพราะไม่อาจใช้บังคับแก่กรณีที่ลูกหนี้ยอมตนให้ต้องคำพิพากษาซึ่งบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 291/2485 มาปรับใช้ได้ กล่าวคือในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าววินิจฉัยไว้ว่า “บทสันนิษฐานเท่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 นี้ บัญญัติไว้ให้เห็นเป็นสังเขปเท่านั้นว่า ถ้ามีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังสันนิษฐานไว้เกิดขึ้น ให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ฉะนั้นถ้าหากว่ามีเหตุอื่นเกิดขึ้น นอกจากที่ระบุไว้แล้ว ศาลอาจถือว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้” นอกจากนี้ยังอาศัยหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ในข้อที่ขอให้เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้กรณีดังกล่าวจึงปรับให้เข้าข้อ 4(2) ได้โดยถือว่าเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในข้อนี้มีความหมาย 2 ประการ คือ ประการแรกไม่ได้เป็นหนี้เขาเลย ถูกเขาฟ้องก็ไม่ยอมสู้คดี หรือสู้คดีแต่ภายหลังทำยอมความกับเขา

เสีย และอีกประการหนึ่ง คือ มีหนี้สินอยู่จริง แต่ไม่ยอมยกข้อต่อสู้ที่ตนควรจะยกขึ้นมาต่อสู้คดี เป็นเหตุให้แพ้คดีทั้ง ๆ ที่ไม่ควรจะแพ้

ประการที่ห้า ถ้าลูกหนี้ถูกยึดทรัพย์ตามหมายบังคับคดี หรือไม่มีทรัพย์สินอย่างหนึ่ง อย่างไม่ที่จะพึงยึดมาชำระหนี้ได้

ความหมายในตอนแรกชัดเจนว่า ลูกหนี้ตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในคดีแพ่งแล้ว ถูกยึดทรัพย์ตามหมายบังคับคดี แต่ในตอนที่สองนั้นยังมีปัญหาว่า หมายถึงเป็นลูกหนี้ตาม คำพิพากษาแล้วไม่มีทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างไม่ที่จะพึงยึดมาชำระหนี้ได้ หรือไม่จำเป็นต้องถึง ขนาดเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา เพียงเจ้าหนี้สืบได้ว่าลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินอะไรที่จะยึดไปชำระหนี้ หากเจ้าหนี้ฟ้องคดีแพ่งและชนะคดีก็เป็นการเพียงพอแล้ว

กรณีนี้เห็นว่า ลูกหนี้จะเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้วเช่นเดียวกับกรณีแรก แต่ไม่มี ทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างไม่ที่จะพึงยึดมาชำระหนี้ได้ กล่าวคือ ข้อนี้บ่งถึงกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นลูกหนี้ ตามคำพิพากษา แต่แยกออกเป็น 2 กรณี คือ ถูกยึดทรัพย์ตามหมายบังคับคดีกับอีกกรณีหนึ่งไม่มี ทรัพย์สินที่จะพึงยึดมาชำระหนี้ได้นั่นเอง

ประการที่หก ถ้าลูกหนี้แถลงต่อศาลในคดีใด ๆ ว่าไม่สามารถจะชำระหนี้ได้

เป็นเรื่องลูกหนี้แถลงต่อศาลว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้ มีลักษณะที่สำคัญคือมีการฟ้อง คดีลูกหนี้ต่อศาลแล้ว ลูกหนี้ยอมรับต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้ คำว่า “ในคดี ใด ๆ” นั้นหมายความว่า ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีล้มละลายก็ตาม และยังน่าจะแปลความไปไกล ถึงคดีอาญาในบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการชำระหนี้ในทางแพ่งด้วย เช่นการฟ้องคดีอาญาแทน ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค คำแถลงของลูกหนี้ต่อศาลเช่นนี้ เท่ากับเป็นการเปิดเผยถึงสถานะของตนให้ศาลได้รับทราบซึ่งน่าจะเชื่อได้ว่าเป็นความจริง เพราะเป็น การแถลงต่อศาลทำให้พิจารณาได้ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

ประการที่เจ็ด ถ้าลูกหนี้แจ้งให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดของตนทราบว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้

ข้อสันนิษฐานนี้เป็นเรื่องลูกหนี้แจ้งต่อเจ้าหนี้ว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยยังไม่มี การฟ้องร้องคดีต่อศาล เพียงแต่เจ้าหนี้ทวงถามหนี้ต่อลูกหนี้และลูกหนี้ยอมรับโดยชัดแจ้งว่าไม่สามารถ ชำระหนี้ได้ การยอมรับนี้จะยอมรับโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือยอมรับด้วยวาจาก็ได้

ประการที่แปด ถ้าลูกหนี้เสนอคำขอประนอมหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตั้งแต่สองคนขึ้นไป

การที่ลูกหนี้เสนอคำขอประนอมหนี้ต่อเจ้าหนี้ นั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้ขอทำความตกลงที่ จะชำระหนี้บางส่วนให้กับบรรดาเจ้าหนี้และให้ถือว่าหนี้นั้นระงับไป เช่น ลูกหนี้เป็นหนี้ต่อเจ้าหนี้ เป็นจำนวน 500,000 บาท ลูกหนี้เสนอต่อเจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้ให้เพียง 200,000 บาท โดยให้ถือว่า เมื่อลูกหนี้ชำระหนี้จำนวน 200,000 บาท ให้ถือว่าหนี้จำนวน 500,000 บาท เป็นอันระงับไป

จะเรียกร้องต่อไปไม่ได้ ดังนั้นการที่ลูกหนี้เสนอคำขอประนอมหนี้ต่อเจ้าหนี้ตั้งแต่สองคนขึ้นไป ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่าลูกหนี้อยู่ในสถานะที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอต่อการที่จะนำชำระ ให้กับเจ้าหนี้จนเต็มจำนวนได้ ซึ่งเท่ากับมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินนั่นเอง

ประการที่เก้า ถ้าลูกหนี้ได้รับหนังสือทวงถามจากเจ้าหนี้ให้ชำระหนี้แล้วไม่น้อยกว่า สองครั้งซึ่งมีระยะเวลาห่างกันไม่น้อยกว่าสามสิบวัน และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

ความสำคัญอยู่ที่ลูกหนี้ได้รับหนังสือทวงถามเจ้าหนี้ให้ชำระหนี้ และจะต้องควาลูกหนี้ ได้รับหนังสือเมื่อไร กล่าวคือ ลูกหนี้ได้รับหนังสือทวงถามฉบับแรกและฉบับหลังเมื่อใด หนังสือ ทั้งสองฉบับดังกล่าวต้องได้รับห่างกันไม่น้อยกว่าสามสิบวัน เช่น แม้หนังสือทวงถามที่ส่งไปยัง ภูมิลำเนาของจำเลยจำหน้าของจดหมายผิดจากเขตคดีเป็นเขตพญาไท แต่มีคนในบ้านรับไว้แทน จำเลยทั้งสองครั้ง เชื่อว่าหนังสือทวงถามได้ถูกส่งไปยังภูมิลำเนาที่อยู่ของจำเลยและจำเลยได้รับ หนังสือทวงถามแล้ว โจทก์ส่งหนังสือทวงถามให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 ตามภูมิลำเนาที่ปรากฏใน สัญญาค้ำประกัน ถือได้ว่าเป็นภูมิลำเนาที่ได้เลือกไว้เป็นการเฉพาะกรณี โดยเจตนาชัดแจ้งตั้งแต่ ทำสัญญาค้ำประกัน และไม่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองได้แสดงเจตนาเปลี่ยนแปลง การส่งหนังสือ ดังกล่าวโดยทางไปรษณีย์ซึ่งมีผู้รับโดยชอบจำนวนสองครั้ง ระยะเวลาห่างกันไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ต้องถือว่าได้กระทำโดยชอบแล้ว

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การมีหนี้สินล้นพ้นตัว หมายถึง การมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการที่เจ้าหนี้จะฟ้องให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลาย โดยมีข้อสันนิษฐานเพื่อให้เห็นว่ากรณีไหนบ้างเป็นกรณีของการมีหนี้สินล้นพ้นตัว

3.3.2 ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.

โครงการ “การยกร่างกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย” ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ และเหตุผลว่า สืบเนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไข กฎหมายล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ล้มละลายของไทยที่บังคับใช้มานานแล้วให้มีประสิทธิภาพ เพื่อยกระดับกฎหมายล้มละลายของ ประเทศไทยให้มีมาตรฐานสากล แม้ว่าปัจจุบันกฎหมายล้มละลายได้มีการแก้ไขมาแล้วหลายครั้งก็ ตาม แต่ยังมีประเด็นสำคัญหลายเรื่องที่ถูกกฎหมายล้มละลายของไทยยังไม่ได้มีการพัฒนาเหมือนใน ต่างประเทศ เช่น บทบัญญัติรับรองให้ลูกหนี้ผู้สุจริตสมัครใจเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้ ปัญหา การพิสูจน์ความมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ สิทธิในการได้รับชำระหนี้เงินทุนภายหลังเริ่มต้น กระบวนการล้มละลาย ตลอดจนกระบวนการทางเลือกอื่น เป็นต้น ดังนั้น สำนักงานกิจการยุติธรรม จึงได้ร่วมกับกรมบังคับคดีว่าจ้างบริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากลแปลเอกสารแนวทางการร่าง กฎหมายล้มละลาย (Legislative Guid on Insolvency Law) ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมาย

การค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission Trade Law: UNCITRAL) เพื่อนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ในการยกร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายล้มละลายดังกล่าว ในการนี้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย ได้มีมติให้แต่งตั้งอนุกรรมการเพื่อทำหน้าที่ยกร่างกฎหมายตามแนวทางที่คณะกรรมการมอบหมาย

วัตถุประสงค์ของโครงการ “การยกร่างกฎหมายล้มละลายในประเทศไทย” เพื่อให้มีการถ่ายทอดความรู้ แลกเปลี่ยนประสบการณ์ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะจากผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ และบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมในการยกร่างกฎหมายล้มละลายตามแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guid on Insolvency Law) ของ UNCITRAL และเพื่อนำข้อมูลที่ได้มารวบรวม วิเคราะห์ เพื่อนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการยกร่างกฎหมายล้มละลาย⁹⁵

สำหรับวัตถุประสงค์ของแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายคือการให้ความช่วยเหลือในการกำหนดโครงสร้างของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลในการดำเนินการกับปัญหาทางการเงินของลูกหนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายให้หน่วยงานราชการ และองค์กรที่ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้ใช้เป็นเอกสารอ้างอิงเมื่อมีการจัดทำกฎหมายใหม่หรือมีการตรวจสอบความพอเพียงของกฎหมายและกฎระเบียบที่มีอยู่ โดยคำแนะนำที่ระบุในแนวทางการร่างกฎหมายมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความสมดุลระหว่างความจำเป็นในการดำเนินการกับปัญหาทางการเงินของลูกหนี้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่าที่จะเป็นไปได้กับผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายได้พิจารณาประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เป็นหัวใจในการร่างกฎหมายให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เช่น การให้ความสำคัญกับการฟื้นฟูกิจการ การดำเนินการกับลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือนุคคลธรรมดาซึ่งมีการดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจ การฟื้นฟูกิจการแบบเร่งรัด การเจรจาเกี่ยวกับการปรับปรุงโครงสร้างซึ่งลูกหนี้และเจ้าหนี้ในการเจรจาโดยสมัครใจ การจัดการหนี้สินและทรัพย์สิน เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดการยกร่างกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ของประเทศไทยเริ่มปรับเปลี่ยนแนวคิดจากเดิมที่รับเอาต้นแบบกฎหมายล้มละลายจากประเทศอังกฤษ ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2483 ซึ่งมีแนวคิดเป็นการลงโทษลูกหนี้ โดยมองว่าบุคคลที่มีหนี้สินล้มพันตัวเป็นบุคคลที่กระทำผิดต้องรับโทษ แต่แนวคิดในปัจจุบันที่ปรากฏในการยกร่างกฎหมายล้มละลาย

⁹⁵ เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 วันที่ 8-10 มิถุนายน 2550 วันที่ 14 กรกฎาคม 2550 วันที่ 8-10 สิงหาคม 2550 วันที่ 8 กันยายน 2550.

ฉบับใหม่เริ่มมีมุมมองที่เป็นสากลโดยนำต้นแบบมาจากกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมองว่ากฎหมายล้มละลายน่าจะเป็นเครื่องมือที่ช่วยเหลือบุคลากรในประเทศมากกว่า และสามารถให้อภัยลูกหนี้ได้ และให้ลูกหนี้กลับมาเริ่มต้นชีวิตใหม่ทางการเงินได้

แนวความคิดดั้งเดิมของกฎหมายล้มละลายในประเทศอังกฤษ ที่เรียกว่า “Insolvency Law” นั้นมุ่งที่จะลงโทษลูกหนี้ ส่วนการให้อภัยนั้นมีน้อยมากในยุคต้น จุดนี้นับว่าเป็นสิ่งสำคัญในการศึกษากฎหมายล้มละลายของประเทศไทยเพราะประเทศไทยรับแนวทางการบัญญัติกฎหมายล้มละลายตั้งแต่เริ่มต้นจากประเทศอังกฤษ โดยคำว่า “หนี้สินล้นพ้นตัว” เป็นถ้อยคำที่ตกทอดมาตั้งแต่ “กฎหมายลักษณะกู้หนี้ พุทธศักราช 2188” ซึ่งกำหนดไว้ว่า ผู้ใดเป็นหนี้หลายต่อหลายแห่ง “หนี้สินล้นพ้นตัว” อันจะใช้มิได้ถ้าเจ้าหนี้เร่งรัดเอาหนี้สินไม่ได้ ให้เอาลูกหนี้ขึ้นนอกขาย ได้ค่าตัวเท่าใด ก็เอาแจกเจ้าหนี้ทั้งหลาย แม้เมื่อประเทศไทยเริ่มมีระบบกฎหมาย ก็ยังคงคำนี้ไว้ ซึ่งเป็นเสมือนตราบาป (Stigma) ประทับให้แก่ลูกหนี้ว่าเป็นผู้ต้องด้วยข้อสันนิษฐานที่ว่าเป็นหนี้แล้วไม่ชำระที่แตกต่างจากคำว่า Insolvency ในระบบล้มละลายของประเทศไทยปัจจุบัน ซึ่งมีความหมายว่า “สภาพที่ไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้อื่นได้” (the state of not being able to pay one's debt)⁹⁶

ซึ่งกรณีดังกล่าวได้ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 2

ลูกหนี้

มาตรา 2 ลูกหนี้ที่ศาลอาจมีคำสั่ง ให้ชำระกิจการและทรัพย์สิน ต้องปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- (1) ลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้ และ
- (2) มีถิ่นที่อยู่ หรือมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ไม่ว่าด้วยตนเองหรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการร้องขอหรือภายในกำหนดเวลาสองปีก่อนนั้น หรือมีทรัพย์สินอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่มีการร้องขอ

มาตรา 3 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าลูกหนี้ไม่อยู่ในฐานะที่จะชำระหนี้ได้

- (1) ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอกับหนี้สิน

⁹⁶ จาก ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. : ศึกษาเฉพาะกรณีการร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 124), โดย ปิยะพัชร คล้อยเกลื่อน, 2554, ปทุมธานี: มหาวิทยาลัยรังสิต.

(2) ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนด เมื่อได้รับหนังสือทวงถามจากเจ้าหนี้ผู้ร้องขอให้ชำระหนี้ที่ถึงกำหนดชำระภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวันและระบุไว้ในหนังสือด้วยว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดแล้ว เจ้าหนี้จะดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย

(3) ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ได้ตามคำพิพากษาหรือเจ้าหนี้ผู้ร้องขอบังคับคดีแก่ลูกหนี้แล้วมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้

(4) ลูกหนี้มีผิคนัดชำระหนี้เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งและมีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่าลูกหนี้ไม่อาจชำระหนี้รายอื่น ๆ ได้อีก

(5) ลูกหนี้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เพื่อประวิงการชำระหนี้หรือมิให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้

ก. ออกไปเสียนอกราชอาณาจักรหรือได้ออกไปก่อนแล้วและคงอยู่นอกราชอาณาจักร

ข. ไปเสียดจากเคหะสถานที่เคยอยู่หรือซ่อนตัวอยู่ในเคหะสถานที่หลบไปหรือวิธีอื่นหรือปิดสถานที่ประกอบธุรกิจ

ค. ยักย้ายทรัพย์สินไปให้พ้นอำนาจศาล

ง. ขอมคนให้ต้องคำพิพากษาซึ่งบังคับให้ชำระเงินซึ่งตนไม่ควรถูกชำระ

มาตรา 4 บุคคลดังต่อไปนี้อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ได้

(1) ลูกหนี้

(2) เจ้าหนี้รายเดียวหรือหลายรายที่มีจำนวนหนี้แน่นอนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นบาท

มาตรา 5 ห้ามมิให้ยื่นคำร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ถ้าปรากฏว่าศาลได้เคยมีคำสั่งยกคำร้องขอให้ชำระกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้หรือศาลได้เคยมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพราะความผิดของผู้ร้องขอก่อนวันยื่นคำร้องขอแล้วไม่เกินหกเดือน

มาตรา 6 ในขณะยื่นคำร้องขอ ผู้ร้องขอต้องวางเงินประกันค่าใช้จ่ายไว้ต่อศาลเป็นจำนวนหนึ่งหมื่นบาทหรือตามจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงและจะต้องสาบานต่อศาลว่าตนยื่นคำร้องขอโดยสุจริตศาลมีอำนาจเรียกให้ผู้ร้องขอวางเงินประกันค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร

มาตรา 7 ผู้ร้องขอจะถอนคำร้องขอไม่ได้ เว้นแต่ศาลเห็นว่า การถอนคำร้องขอจะเป็นประโยชน์แก่ลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งหลาย แต่ถ้าศาลมีคำสั่งให้ชำระกิจการและทรัพย์สินแล้วศาลจะอนุญาตให้ถอนคำร้องขอไม่ได้

จะเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลายไปในทำนองที่มีความสอดคล้องกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. ได้มีการแก้ไขปรับปรุงในส่วนหลักเกณฑ์ในการเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลายทัดเทียมกับนานาประเทศแล้ว เพียงแต่อาจจะแตกต่างกันในรายละเอียดแต่หลักการใหญ่ยังคงมีความเป็นมาตรฐานสากล ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายล้มละลายยุคใหม่