



## ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสัญญาในคดีล้มละลายของประเทศไทย

บทนี้จะวิเคราะห์ถึงพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสัญญาในคดีล้มละลาย โดยจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ หลักเกณฑ์ และผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างกว้างๆ ยังขาดทั้งความชัดเจนและหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพียงพอในการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายในเรื่องการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา อีกทั้งยังก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องทั้งหลายทำให้ได้รับความเสียหาย โดยอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

### 5.1 ประเภทของสัญญาที่สามารถรับเอาหรือบอกปิดได้

ตามมาตรา 122 และมาตรา 90/42(10) ประกอบกับมาตรา 90/41 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ดังนั้น ในเบื้องต้นจะต้องปรากฏว่าลูกหนี้มีสิทธิตามสัญญา และสิทธิตามสัญญานั้นจะต้องมีภาระ ซึ่งคำว่า "ภาระ" นี้ เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วอาจแปลความหมายได้เช่นเดียวกับคำว่า "หน้าที่" ตามสัญญาที่ลูกหนี้มีอยู่แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น หน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาจะซื้อจะขาย<sup>1</sup> หน้าที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ใช้ทรัพย์สินตามสัญญาเช่า<sup>2</sup> หน้าที่ชำระค่าเช่า หน้าที่ชำระราคา เป็นต้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาแล้ว Bankruptcy Code มาตรา 365(a) ได้ให้อำนาจ Trustee (ซึ่งหมายความรวมถึงลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (debtor in possession) ด้วย) ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาประเภท Executory contract และสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุด ซึ่งศาสตราจารย์ Vern Countryman ได้ให้คำจำกัดความของ "Executory contract" ไว้ว่า "คือ สัญญาซึ่งหนึ่งของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอันได้แก่ ลูกหนี้ในคดีล้มละลายกับคู่สัญญาอีกฝ่ายยังมีได้มีการชำระให้แก่กัน ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระ

<sup>1</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 170/2460, 990/2509, 2376-2378/2532, 1752/2535, 2634/2435.

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1187/2506.

หนี้ตามสัญญายอมก่อให้เกิดการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ อันทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องชำระหนี้ตอบแทน"<sup>3</sup> ส่วนสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุดนั้นเป็นสัญญาประเภท Executory contract อย่างหนึ่งเพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างยังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้แกกัน แต่มีลักษณะพิเศษกว่า Executory contract โดยทั่วไปเพราะเป็นเรื่องสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ตาม Insolvenzordnung มาตรา 103 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากสัญญานั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนซึ่งลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายต่างยังไม่ได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้นในวันที่คดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น Insolvency Administrator ย่อมมีอำนาจในการเลือกที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือจะปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญา

อีกทั้ง ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้ระบุว่า สัญญาที่จะสามารถใช้ดุลพินิจรับเอาหรือบอกปิดได้นั้น จะต้องเป็นสัญญาที่ทั้งลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายยังไม่ได้ชำระหนี้ของตนให้เสร็จสิ้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาที่สามารถรับเอาหรือบอกปิดได้นั้นมีลักษณะพิเศษ โดยต้องเป็นสัญญาที่ได้รวมเอาไว้ทั้งสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้อันเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลาย กับหน้าที่ของลูกหนี้อันเป็นหนี้สินที่กองทรัพย์สินต้องรับภาระ เพราะหากเป็นกรณีที่ลูกหนี้มีหน้าที่ตามสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อกองทรัพย์สินให้ชำระหนี้ตามสัญญานั้นได้ หรือหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมีหน้าที่ตามสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายย่อมสามารถเรียกร้องทวงถามให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ตามสัญญานั้นได้ อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายล้มละลาย จึงไม่ใช่เรื่องที่ต้องมาพิจารณาว่าควรจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น การที่ต้องพิจารณาว่าควรจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญา เนื่องจากกองทรัพย์สินจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อที่จะได้สิทธิตามสัญญานั้นมา ด้วยเหตุนี้ กฎหมายล้มละลายจึงได้ให้อำนาจแก่ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายในการ

---

<sup>3</sup> Vern Countryman, "Executory Contracts in Bankruptcy (pt. 1)," Minnesota Law Review 57 (1973): 460. cited by Thomas H. Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, p. 105.

ปฏิบัติต่อสัญญาเหล่านั้น โดยการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน และเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลาย ซึ่งในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็มีมาตรการนี้เช่นเดียวกัน เพื่อเป็นการรักษากิจการของลูกหนี้ให้อยู่รอด สามารถดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการต่อไปได้ และทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 122 และมาตรา 90/42(10) ประกอบกับมาตรา 90/41 ทวิ จะได้กำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่มีภาวะ แต่ก็เห็นได้ว่ายังขาดความชัดเจน เพราะได้บัญญัติไว้รวมกับกรณีการใช้อำนาจไม่ยอมรับทรัพย์สินที่มีภาวะ ซึ่งไม่ใช่เรื่องการชำระหนี้ตอบแทนกัน แต่เป็นเรื่องการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น เช่น ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์หรือขายทอดตลาดทรัพย์นั้น หรือการไถ่ถอนจำนอง เป็นต้น ดังนั้น คำว่า "ภาวะ" ตามมาตรา 122 และมาตรา 90/42(10) ประกอบกับมาตรา 90/41 ทวิ จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่า "หน้าที่" หรือ "หนี้" กล่าวคือ มิได้เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและหน้าที่เท่านั้น

นอกจากนี้ การที่บัญญัติให้เป็นการ "ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญา" ในบางกรณี อาจทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการใช้บทบัญญัติดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด กล่าวคือ ได้มุ่งเน้นไปที่เรื่อง "สิทธิตามสัญญา" โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 1224/2504 ได้วินิจฉัยไว้ว่า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะอ้างมาตรา 122 มาปฏิเสธการบอกเลิกสัญญาเช่าของผู้ให้เช่าหาได้ไม่ เพราะความในมาตรา 122 นั้น หมายถึง สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมา ไม่ใช่สิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงรับไป การที่ผู้ให้เช่าใช้สิทธิตามข้อตกลงในสัญญาเช่าบอกเลิกสัญญาเช่านั้น เป็นสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงได้รับไป หาใช่สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมาไม่ จึงไม่อยู่ในวิสัยที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะพิจารณาว่าสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นรับไปเช่นนี้ มีภาวะเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือไม่ และคำพิพากษาฎีกาที่ 2134/2518 ได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อบุคคลใดตามความในมาตรา 122 นั้น มีความหมายว่า ในฐานะที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมา มิใช่หมายถึงว่าจะไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นเช่นผู้ร้องจะพึงได้รับไป ฉะนั้น ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินระหว่างผู้ร้องกับจำเลยดังกล่าว จึงมิได้ทำให้สิทธิของผู้ร้องตามข้อสัญญาในการ

ที่จะริบเงินมัดจำนั้นต้องสูญสิ้นไปแต่ประการใด นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5623/2541 และ 627-645/2542 ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยไว้เป็นอย่างดีด้วยกัน โดยมุ่งเน้นไปที่สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับ มิใช่สิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงได้รับ

ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าการมุ่งเน้นไปที่ประเด็นว่าเป็นสิทธิตามสัญญาของลูกหนี้หรือของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นไม่น่าจะถูกต้อง และอาจทำให้เกิดผลอันไม่พึงประสงค์ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจริบเอาหรือบอกลบสัญญา นั้น ประเด็นย่อมอยู่ที่สัญญานั้นเป็นสัญญาที่ลูกหนี้มีสิทธิตามสัญญา ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็มีหน้าที่ตามสัญญาด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทั้งลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายต่างก็มีสิทธิตามสัญญาหาใช่เพียงแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1224/2504 แล้วจะเห็นได้ว่า สัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุดนั้นเป็นสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายต่างก็มีสิทธิตามสัญญา จึงอยู่ในอำนาจที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้ดุลพินิจริบเอาหรือบอกลบได้ เพื่อรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เข้าสู่กองทรัพย์สิน ทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด ส่วนสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเป็นอีกประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกลบสัญญาได้หรือไม่ หรือข้อตกลงให้สิทธิเลิกสัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้เพียงใด ไม่ใช่กรณีที่จะมาพิจารณาว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้อำนาจตามมาตรา 122 ไม่ยอมรับสิทธิบอกลบสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเมื่อสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้ดุลพินิจริบเอาหรือบอกลบได้แล้ว โดยทั่วไปคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมไม่มีสิทธิเลิกสัญญานั้นได้ การที่ศาลวินิจฉัยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายบอกลบสัญญาเช่าได้เพราะเป็นสิทธิที่คู่สัญญาจะพึงได้รับไป มิใช่สิทธิที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมา เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงน่าจะไม่ต้อง และทำให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินได้ หากสัญญาเช่านั้นเป็นประโยชน์ต่อกองทรัพย์สิน

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2134/2518 แล้วจะเห็นได้ว่าเหตุผลที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่อาจปฏิเสธสิทธิริบเงินมัดจำของคู่สัญญาอีกฝ่ายเนื่องจากเป็นสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงได้รับไป ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาของศาลฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากเมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินระหว่างลูกหนี้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายแล้ว โดยทั่วไปย่อมเป็นการไม่ยอมรับทั้งสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่ตามสัญญานั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การบอกลบสัญญาย่อมเป็นการบอกลบสัญญานั้นทั้งสัญญา แต่ปัญหาในประเด็นที่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิริบเงินมัดจำหรือไม่

เป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาว่าผลของการไม่ยอมรับสัญญาเป็นอย่างไร กระทบกับข้อตกลงดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กองทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องชำระหนี้ที่เหลืออยู่ตามสัญญานั้นอีกต่อไป<sup>4</sup> ส่วนทรัพย์สินใดที่ให้ไว้แก่กันก็ให้คืน โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิได้รับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้ไม่มีประกัน<sup>5</sup> (เว้นแต่สิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะเป็นสิทธิมีประกัน) โดยมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนเงินที่ได้ชำระแก่ลูกหนี้ไปแล้วและค่าเสียหายที่ได้รับตามมาตรา 92 ส่วนเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็มีอำนาจเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายคืนทรัพย์สินที่ได้รับชำระจากลูกหนี้ได้ตามมาตรา 119 อย่างไรก็ตาม มีบางเรื่องที่ไม่ได้รับผลกระทบจากการที่สัญญานั้นถูกบอกปิด ได้แก่ การบอกปิดสัญญานั้นไม่มีผลต่อส่วนที่เป็นการบังคับตามสัญญา เช่น เรื่องหลักประกันที่ได้ให้ไว้ตามสัญญา อันมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถได้รับชำระค่าเสียหายคืนเต็มตามจำนวน<sup>6</sup> เช่น เงินมัดจำที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้เพื่อประกันความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญา<sup>7</sup> ดังนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายจึงมีสิทธิในเงินมัดจำนั้น

ดังนั้น การที่บัญญัติให้เป็นการ "ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญา" ย่อมทำให้เกิดความสับสนคลาดเคลื่อน ซึ่งตามกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 365(a) และตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้กำหนดให้เป็นการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาเลยทีเดียว หากเพียงสิทธิหรือหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดไม่ ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี มาตรา 103 ได้กำหนดว่า Insolvency Administrator อาจเลือกที่จะชำระหนี้ตามสัญญานั้นแทนลูกหนี้และเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา หรือเลือกที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญานั้นและให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหาย

<sup>4</sup> Gerald F. Munitz and George G. Love, "Executory Contracts and Unexpired Leases Under the Bankruptcy Code" in *Bankruptcy Litigation Manual* ed. Michael L. Cook, p. 323.

<sup>5</sup> John D. Ayer, Michael L. Bernstein and Jonathan Friedland, "Executory Contracts Under Section 365," *American Bankruptcy Institute Journal*: p. 16.

<sup>6</sup> Gerald F. Munitz and George G. Love, "Executory Contracts and Unexpired Leases Under the Bankruptcy Code" in *Bankruptcy Litigation Manual* ed. Michael L. Cook, p. 324.

<sup>7</sup> Richard F. Broude, Theodore L. Freedman, Adam C. Rogoff and Lawrence P. King, *Collier International Business Insolvency Guide*, pp. 6/43-44.

อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหนี้ ซึ่งมีความชัดเจนไม่ทำให้เกิดความสับสน โดยมุ่งเน้นไปที่การไม่ชำระหนี้ที่มีอยู่ตามสัญญาที่ไม่เกิดประโยชน์

นอกจากนี้ การมุ่งเน้นไปที่สิทธิตามสัญญาโดยกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้บริหารแผนมีอำนาจ "ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญา" โดยมองสิทธิตามสัญญานั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับทรัพย์สินทั่วไปที่จะสามารถไม่ยอมรับได้หากทรัพย์สินนั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ย่อมทำให้เกิดความสับสน โดยผู้เขียนเห็นว่า แม้การบอกปัดสัญญานี้มีลักษณะใกล้เคียงกับการไม่ยอมรับทรัพย์สินทั่วไป โดยมีผลทำให้สัญญาหรือทรัพย์สินนั้นไม่ถูกรวบรวมเข้ามาอยู่ในกองทรัพย์สิน แต่ต่างกันตรงที่สัญญานั้นต่างจากทรัพย์สินอื่นในคดีล้มละลาย กล่าวคือ สัญญานั้นได้รวมเอาไว้ทั้งสิทธิอันเป็นทรัพย์สินและหน้าที่อันเป็นหนี้สิน หากมีการรับเอาสัญญาแล้ว กองทรัพย์สินจะต้องแสวงหาทุนมาเพื่อชำระหนี้ตอบแทนการได้มาซึ่งสิทธิตามสัญญานั้น<sup>8</sup> และมีสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง การใช้หลักเกณฑ์ร่วมกันอาจไม่เหมาะสม ซึ่งตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แยกเรื่องการไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสละทรัพย์สิน (Abandonment of property of the estate) ไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งในมาตรา 554 โดยให้อำนาจ Trustee สละทรัพย์สินที่มีภาระเกินควรหรือไม่มีมูลค่าและไม่เป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน ซึ่งมีหลักเกณฑ์และกระบวนการที่แตกต่างไป<sup>9</sup> และตามคำแนะนำของ UNCITRAL ก็ได้ระบุเรื่องการปฏิบัติต่อสัญญาไว้เป็นกรณีเฉพาะ แยกต่างหากจากการไม่ยอมรับทรัพย์สินที่มีภาระเกินควรโดยทั่วไป (to relinquish a burdensome asset) โดยได้ให้คำจำกัดความทรัพย์สินที่มีภาระเกินควรไว้ว่า คือ ทรัพย์สินที่ไม่มีมูลค่าหรือไม่ได้มีมูลค่าสำคัญต่อกองทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินที่มีภาระเกินควรในลักษณะที่การสงวนทรัพย์สินนั้นไว้ต่อไปจะมีค่าใช้จ่ายเกินกว่าเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นหรือก่อให้เกิดหน้าที่ซึ่งเป็นภาระเกินควรหรือความรับผิดชอบที่จะต้องชำระเงิน

ดังนั้น การที่มาตรา 122 และมาตรา 90/42(10) ประกอบกับมาตรา 90/41 ทวิ บัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่มีภาระ

<sup>8</sup> Michael T. Andrew, "Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding 'Rejection'," *University of Colorado Law Review*: 897.

<sup>9</sup> โปรดดูบทที่ 3, ข้อ 3.1.2.1, หน้า 66, เจริญธรรมที่ 20.

จึงขาดความชัดเจนและอาจทำให้เกิดความสับสนคลาดเคลื่อน เป็นเหตุให้ไม่สามารถใช้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกลไกที่จะทำให้บรรลุดัตถุประสงค์ในการทำให้กองทัพysinเกิดมูลค่า สูงสุดได้

## 5.2 ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลาย

ในกรณีสัญญาที่ลูกหนี้ได้ทำไว้มีข้อสัญญาระบุถึงเหตุผิดสัญญาและให้สิทธิแก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถเลิกสัญญาได้หรือให้สัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติ อันเป็นผลให้สัญญานั้น ล้มสุดลง ข้อสัญญาดังกล่าวนี้เรียกว่า “ipso facto” clauses ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ข้อสัญญาเช่นนี้ ย่อมมีผลใช้บังคับภายใต้กฎหมายว่าด้วยสัญญา แต่เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการข้องเกี่ยวกับคดี ล้มละลาย คู่สัญญาจึงอาจจะระบุให้สัญญาเป็นอันเลิกกันเพราะเหตุล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง เช่น กรณีมีการยื่นคำฟ้อง มีการเริ่มต้นคดีล้มละลาย มีการแต่งตั้งผู้มีอำนาจจัดการแทน ลูกหนี้ในคดีล้มละลาย มีข้อเท็จจริงที่ทำให้ลูกหนี้เข้าหลักเกณฑ์ที่จะเริ่มต้นคดีล้มละลาย หรือ แม้แต่มีสถานการณ์ที่บ่งชี้ว่าลูกหนี้มีสถานะทางการเงินที่ไม่มั่นคง ดังนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะมี ผลใช้บังคับได้เพียงใดภายใต้กฎหมายล้มละลายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณา เนื่องจาก พระราชบัญญัติล้มละลายมิได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง

เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วพบว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ ภายใต้กฎหมายล้มละลาย โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1224/2504 ได้วินิจฉัยไว้ว่า จำเลยเช่าที่ดินของ ผู้ร้องเพื่อปลูกสร้างเป็นโกดังเก็บสินค้า มีเงื่อนไขในสัญญาเช่าว่า เมื่อสัญญาเช่าเลิกลงเพราะเหตุ ใดๆ บรรดาสิ่งปลูกสร้างทั้งสิ้นตกเป็นทรัพย์สินของผู้ให้เช่า และมีเงื่อนไขในสัญญาเช่าว่า เมื่อ ผู้เช่าถูกฟ้องคดีล้มละลาย ผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาเช่าได้ ต่อมาจำเลยถูกฟ้องคดีล้มละลาย ศาลมี คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์จำเลยเด็ดขาด ผู้ร้องจึงบอกเลิกสัญญาเช่ารายนี้ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะอ้างมาตรา 122 มาปฏิเสธการบอกเลิกสัญญาเช่าของผู้ให้เช่าหาได้ไม่ เพราะความในมาตรา 122 นั้น หมายถึง สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมา ไม่ใช่ สิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงรับไป การที่ผู้ให้เช่าใช้สิทธิตามข้อตกลงในสัญญาเช่าบอกเลิกสัญญา เช่านั้น เป็นสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นจะพึงได้รับไป หากใช้สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมาไม่ จึงไม่อยู่ในวิสัยที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะพิจารณาว่าสิทธิตามสัญญาที่ผู้อื่นรับไปเช่นนี้ มี ภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้แก่กองทัพysinของลูกหนี้หรือไม่ และศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้

ในตอนหนึ่งว่า จริงอยู่ที่ยอมให้ผู้ร้องบอกเลิกสัญญาเช่ารายนี้ได้แล้ว จะมีผลกระทบกระเทือนให้เสียหายแก่กองทรัพย์สินของจำเลย ตลอดจนเจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้เป็นอย่างมาก ดังที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยกเป็นเหตุประกอบการคัดค้านและกล่าวมาในฎีกา แต่การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อ้างมาในฎีกาว่าเป็นมือของกฎหมายที่จะรักษาสติทิตี ที่จะรักษาผลประโยชน์ทั้งของลูกหนี้และเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย ศาลฎีกาเห็นว่า จะใช้อำนาจอย่างใดก็ต้องมีบทกฎหมายบัญญัติให้อำนาจอย่างนั้นไว้ ถ้าหาไม่แล้วจะใช้อำนาจลิดรอนประโยชน์หรือสิทธิของผู้อื่นให้เสียไป โดยมุ่งแต่ให้ได้ประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้และเจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้เป็นประมาณแต่ฝ่ายเดียวหาได้ไม่ เพราะประโยชน์หรือสิทธิของผู้อื่นอันควรมีควรได้ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองจากบทกฎหมายอยู่เหมือนกัน ฎีกาของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ฟังไม่ขึ้น

ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว การวินิจฉัยว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาเช่าได้เพราะเป็นสิทธิที่คู่สัญญาจะพึงได้รับไป ไม่ใช่สิทธิที่ลูกหนี้จะพึงได้รับมา และการจะใช้อำนาจอย่างใดก็ต้องมีบทกฎหมายบัญญัติให้อำนาจอย่างนั้นไว้ ถ้าหาไม่แล้วจะใช้อำนาจลิดรอนประโยชน์หรือสิทธิของผู้อื่นให้เสียไป โดยมุ่งแต่ให้ได้ประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้และเจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้เป็นประมาณแต่ฝ่ายเดียวหาได้ไม่ เพราะประโยชน์หรือสิทธิของผู้อื่นอันควรมีควรได้ก็ย่อมได้รับความคุ้มครองจากบทกฎหมายอยู่เหมือนกัน ผู้เขียนเห็นว่าในการใช้อำนาจรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น ประเด็นยอมอยู่ที่สัญญา นั้นเป็นสัญญาที่ลูกหนี้มีสิทธิตามสัญญา ในขณะที่เดียวกันลูกหนี้ก็มีหน้าที่ตามสัญญาด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุดนั้นเป็นสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา จึงอยู่ในวิสัยที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้ดุลพินิจรับเอาหรือบอกปิดได้ตามที่มาตรา 122 ได้ให้อำนาจไว้ ส่วนสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเป็นอีกประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ หรือข้อตกลงให้สิทธิเลิกสัญญามีผลใช้บังคับได้เพียงใด ไม่ใช่กรณีที่จะมาพิจารณาว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้อำนาจตามมาตรา 122 ไม่ยอมรับสิทธิบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายได้หรือไม่ และการที่ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า จะใช้อำนาจอย่างใดก็ต้องมีบทกฎหมายบัญญัติให้อำนาจอย่างนั้นไว้ ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยเป็นอย่างยิ่ง แต่การที่ศาลกลับวินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย เพราะแม้พระราชบัญญัติล้มละลาย จะไม่มีบทบัญญัติรองรับในกรณีดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง แต่การที่มาตรา 122 บัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวมีอำนาจ ไม่ยอมรับสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ก็น่าจะชัดเจนพอควรว่ากฎหมายได้



บัญญัติรับรองให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไปหรือไม่ยอมรับสัญญานั้น ในทางกลับกัน พระราชบัญญัติล้มละลายมิได้บัญญัติถึงสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด คงบัญญัติให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากการที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับสัญญานั้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่าย อีกทั้ง การตีความกฎหมายล้มละลายนั้นจะต้องตีความควบคู่กันกับในทางแพ่ง ในทางแพ่งนั้นถือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ แต่ในทางกฎหมายล้มละลายนั้นถือหลักความเป็นธรรมระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลายเป็นสำคัญด้วย การให้เจ้าหนี้ทั้งหลายซึ่งต่างต้องเสียหายจากการไม่ได้รับชำระหนี้เนื่องจากลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวเข้ามาอยู่ในกระบวนการจัดการในครั้งเดียวคราวเดียวกัน ร่วมกันเฉลี่ยความเสียหาย โดยมีกระบวนการจัดการเพื่อบรรเทาความเสียหายของบรรดาเจ้าหนี้ให้ได้รับชำระหนี้คืนมากที่สุดย่อมเป็นหลักสำคัญที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เมื่อสัญญาดังกล่าวอยู่ในอำนาจที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้ดุลพินิจรับเอาหรือบอกปิดได้แล้ว โดยทั่วไปคู่สัญญาอีกฝ่ายจึงย่อมไม่มีสิทธิเลิกสัญญานั้นเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการข้องเกี่ยวกับคดีล้มละลายได้ การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้คู่สัญญาอีกฝ่ายบอกเลิกสัญญาเช่าเพราะเหตุลูกหนี้ถูกฟ้องคดีล้มละลายได้ ย่อมมีผลกระทบทำให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สิน หากสัญญาเช่านั้นเป็นประโยชน์ต่อกองทรัพย์สิน และกระทบต่อหลักความเป็นธรรมระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ อีกทั้ง ศาลเองก็ยอมรับว่าการที่ยอมให้ผู้ร้องบอกเลิกสัญญาเช่ารายนี้ได้แล้วจะมีผลกระทบกระเทือนให้เสียหายแก่กองทรัพย์สินของจำเลย ตลอดจนเจ้าหนี้ผู้ขอรับชำระหนี้เป็นอย่างมาก อันเป็นการวินิจฉัยที่ขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว Bankruptcy Code มาตรา 541(c)(1) ได้กำหนดไว้ว่า ผลประโยชน์ทั้งหลายของลูกหนี้ในทรัพย์สินย่อมกลายเป็นทรัพย์สินของกองทรัพย์สิน ถึงแม้ว่าในสัญญาหรือในกฎหมายอื่นจะกำหนดให้ลูกหนี้อาจโอนผลประโยชน์นั้นได้โดยมีข้อจำกัดหรือโดยมีเงื่อนไข หรือกำหนดให้ผลประโยชน์ของลูกหนี้ในทรัพย์สินนั้นต้องสิ้นสุดลงหรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพราะเหตุความมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ หรือการเริ่มต้นคดีล้มละลาย หรือมีการแต่งตั้งหรือการเข้ามามีอำนาจจัดการของ Trustee หรือผู้ปกครองทรัพย์ก่อนการเริ่มต้นคดีก็ตาม ดังนั้น หากสัญญาที่ลูกหนี้ได้ทำไว้มีข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุดังที่มาตรา 541(c)(1) กำหนดไว้ ข้อสัญญาเช่นว่านั้นย่อมไม่มีผลบังคับในคดีล้มละลาย กล่าวคือ สัญญานั้นย่อมเป็นทรัพย์สินของกองทรัพย์สิน

อีกทั้ง หากสัญญานั้นเป็นสัญญาประเภท Executory Contract และสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุด มาตรา 365(e)(1) ยังบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนว่า Executory Contract และสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุด รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาดังกล่าว ย่อมไม่อาจสิ้นสุดลงหรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ว่าในเวลาใดๆหลังจากมีการเริ่มต้นคดีแล้ว เพียงเพราะมีข้อสัญญากำหนดไว้เกี่ยวกับเหตุความมีหนี้สินล้มละลายหรือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ หรือการเริ่มต้นคดีล้มละลาย หรือมีการแต่งตั้งหรือการเข้ามามีอำนาจจัดการของ Trustee หรือผู้ปกครองทรัพย์สินก่อนการเริ่มต้นคดี ดังนั้น ข้อสัญญาเช่นว่านั้นโดยทั่วไปแล้วย่อมไม่มีผลบังคับ Trustee จึงมีอำนาจรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นได้

อย่างไรก็ตาม Bankruptcy Code ได้กำหนดข้อยกเว้นของการไม่มีผลบังคับของข้อสัญญาเช่นว่านั้นไว้ 3 ประการคือ

1. หากมีบทกฎหมายอื่นกำหนดให้ปลดปล่อยคู่สัญญาอีกฝ่ายจากการรับชำระหนี้จากหรือจากการชำระหนี้ให้แก่ Trustee หรือผู้รับโอนสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ให้ความยินยอมในการรับเอาหรือโอนสัญญานั้น ดังนี้ ข้อสัญญาเช่นว่านั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้

2. หากเป็นสัญญาให้สินเชื่อ ขยายเงินทุน หรือจัดสรรเงินทุนให้แก่ลูกหนี้หรือเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้หรือเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ลูกหนี้ ดังนี้ ข้อสัญญาเช่นว่านั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้<sup>10</sup>

3. หากเป็นสัญญาทางการเงิน เช่น สัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า สัญญาธุรกรรมการซื้อขายค้ำประกันหลักทรัพย์ สัญญาในการแลกเปลี่ยนกระแสเงินที่จะเกิดขึ้นในอนาคต (swap) ดังนี้ ข้อสัญญาเช่นว่านั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้<sup>11</sup>

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ตาม Insolvenzordnung มาตรา 119 ได้กำหนดไว้ว่า หากมีข้อตกลงในสัญญาที่กำหนดไว้อันเป็นการขัดต่อมาตรา 103 ถึงมาตรา 118 ข้อตกลงเช่นว่านั้นย่อมไม่มีผลบังคับ ดังนั้น หากสัญญามีข้อตกลงอันเป็นการขัดต่ออำนาจของ Insolvency Administrator ที่จะใช้ดุลพินิจเลือกที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือจะปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญา หรือขัดต่อบทบัญญัติใดๆที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้อตกลงเช่นว่านั้นย่อมไม่มีผล

<sup>10</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(e)(2)(A)-(B).

<sup>11</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 555, 556 and 559.

บังคับ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 103 ถึงมาตรา 118 แล้ว มีบทบัญญัติอยู่เพียง 2 มาตราที่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายเลิกสัญญาได้ คือ มาตรา 109(2) กรณีสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่าและลูกหนี้ยังไม่ได้เช่าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าในเวลาที่คดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจถอนตัวจากสัญญานั้นได้ ซึ่งมีผลให้ Insolvency Administrator ไม่อาจบังคับตามสัญญานั้นได้อีกต่อไป และมาตรา 113(1) กรณีสัญญาให้บริการซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ให้บริการ คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจบอกเลิกสัญญาได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าสัญญานั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใดหรือมีข้อตกลงห้ามมิให้บอกเลิกสัญญาหรือไม่ โดยต้องแจ้งให้ Insolvency Administrator ทราบล่วงหน้าอย่างน้อยสามเดือน เว้นแต่จะได้ตกลงกันให้ระยะเวลาสั้นกว่านั้น นอกจากนี้ในมาตรา 112 ยังกำหนดไว้ว่า หลังจากมีการฟ้องคดีล้มละลายแล้ว คู่สัญญาฝ่ายผู้ให้เช่ายอมไม่อาจเลิกสัญญาซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่า ด้วยเหตุเพราะลูกหนี้ผิดนัดชำระค่าเช่าตามสัญญาก่อนการฟ้องคดีล้มละลายหรือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ย่ำแย่ลง อันจะเห็นได้ว่าไม่มีมาตราใดบัญญัติให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลใช้บังคับได้ ด้วยเหตุนี้ ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกัน เพราะเหตุล้มละลายจึงไม่มีผลใช้บังคับ

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้ระบุว่า การให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นไม่มีผลบังคับยังไม่ใช่หลักทั่วไปของกฎหมายล้มละลาย หากกฎหมายล้มละลายยอมให้มีการแทรกแซงหลักกฎหมายสัญญา ดังนี้ จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์และความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างระมัดระวัง และการที่ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายจะดำเนินการตามสัญญาต่อไปจะต้องเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้การฟื้นฟูกิจการประสบความสำเร็จ หรือมีความสำคัญต่อการชำระบัญชีที่มีการขายโอนไปทั้งกิจการ และต้องให้มีการชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับความเสียหายหรือได้รับความสูญเสียเนื่องจากการที่สัญญานั้นดำเนินต่อไปภายหลังเวลาเริ่มต้นแห่งคดีล้มละลาย รวมถึงต้องมีบทยกเว้นบางประการสำหรับสัญญาบางลักษณะ เช่น สัญญาให้สินเชื่อ และสัญญาทางการเงิน เป็นต้น

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนี รวมทั้งตามคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างยอมรับให้ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลายอันมีผลทำให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงไม่มีผลใช้บังคับภายใต้กฎหมายล้มละลาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายอมเป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สินอย่างแท้จริง อันจะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของ

กฎหมายล้มละลายในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุดและทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพราะข้อสัญญาเช่นว่านั้นอาจทำให้เกิดอุปสรรคในการฟื้นฟูกิจการและทำให้ไม่สามารถนำมูลค่าของสัญญานั้นมาเพื่อเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้ ซึ่งหากให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนสามารถรับเอาหรือโอนสัญญานั้นได้ย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อการฟื้นฟูกิจการและต่อกระบวนการล้มละลาย เพื่อให้แน่ใจว่ากองทรัพย์สินจะไม่สูญเสียทรัพย์สินที่มีความสำคัญและมีค่าไปเพียงเพราะมีข้อกำหนดไว้ในสัญญาอันทำให้เจ้าหนี้ในสัญญานั้นได้รับประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว ซึ่งถือเป็นการหลีกเลี่ยงผลกระทบจากคดีล้มละลายอย่างไรก็ตาม จะต้องมิบทยกเว้นบางประการสำหรับสัญญาบางลักษณะ โดยให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลใช้บังคับได้ภายใต้กฎหมายล้มละลาย เช่น ในสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัว เนื่องจากโดยสภาพแล้วลูกหนี้ไม่อาจให้ผู้อื่นชำระหนี้แทนได้ หรือสัญญาให้สินเชื่อเนื่องจากต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจ โดยผู้ให้สินเชื่อย่อมต้องพิจารณาถึงสถานะทางการเงินของผู้ขอสินเชื่อเป็นสำคัญในการปล่อยสินเชื่อ นั้น และสัญญาทางการเงิน เนื่องจากหากมีความไม่แน่นอนแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความมีเสถียรภาพและความคล่องตัวของระบบตลาดการเงินได้<sup>12</sup> เป็นต้น

---

<sup>12</sup> ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้คำจำกัดความของสัญญาทางการเงิน (financial contract) ไว้ โดยหมายความถึง ธุรกิจลักษณะ spot หรือ forward หรือการซื้อขายล่วงหน้า (future) หรือ option หรือ swap ที่เกี่ยวเนื่องกับอัตราดอกเบี้ย สินค้าโภคภัณฑ์ สกุลเงิน หุ้น พันธบัตร ดัชนี หรือตราสารทางการเงินอื่นๆ ธุรกิจการซื้อคืน (repurchase) หรือการให้ยืมหลักทรัพย์ และธุรกิจอื่นใดในทำนองเดียวกับธุรกิจที่กล่าวมาข้างต้นที่เกิดขึ้นในตลาดการเงิน และธุรกิจที่กล่าวมาข้างต้นหลายธุรกิจรวมกัน ซึ่งสัญญาทางการเงินนี้ก่อให้เกิดการลงทุน อันนำมาซึ่งความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และได้กลายเป็นส่วนประกอบสำคัญของตลาดทุนระหว่างประเทศ ทำให้เกิดการหมุนเวียนของเงินทุน ช่วยเพิ่มพูนเงินทุนให้มากขึ้น อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการบริหารความเสี่ยงต่ออัตราแลกเปลี่ยน อัตราดอกเบี้ย และความผันผวนอื่นๆ ของตลาด จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความแน่นอนในสิ่งที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีคู่สัญญาที่ไม่สามารถปฏิบัติการชำระหนี้ได้ รวมถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัว จึงควรต้องมีการปิดล้างสัญญาทั้งหมดเพื่อหักกลบลบหนี้ทั้งหมดซึ่งเกิดขึ้นเพื่อหยุดยั้ง ซึ่งก็เป็นปัจจัยสำคัญในการลดความเสี่ยงที่มีผลกระทบต่อเนื่องไปเป็นระบบ อันสามารถส่งผลกระทบต่อความมีเสถียรภาพของตลาดการเงินได้

### 5.3 การตีความคำว่า "มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้" และหลักในการใช้ดุลพินิจ

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายที่ดีไว้ ซึ่งวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งนั่นคือ มีมาตรการในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด (Maximize value of assets) และมาตรการหนึ่งนั่นก็คือ การรับเอาหรือบอกปิดต่อสัญญาที่ลูกหนี้ได้ทำไว้ก่อนคดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น โดยให้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายรับเอาสัญญาที่ก่อให้เกิดประโยชน์และเพิ่มพูนมูลค่ากองทรัพย์สิน หรือบอกปิดสัญญาที่มีภาระเกินควรแก่กองทรัพย์สินหรือสัญญาซึ่งต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปนั้นเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญา โดยหากผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีล้มละลายตระหนักถึงวัตถุประสงค์นี้ จะสามารถบรรเทาความเสียหายแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย ทำให้ได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้นและลดภาระหนี้สินแก่กองทรัพย์สินให้น้อยลง อีกทั้งในกรณีของการฟื้นฟูกิจการยังช่วยให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ไม่เกิดอุปสรรคต่อการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อศึกษากฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า Bankruptcy Code มาตรา 365 เป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>13</sup> โดยในการจัดการทรัพย์สินนั้นกฎหมายได้ให้อำนาจ Trustee ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา ซึ่งในการใช้ดุลพินิจว่าควรจะรับเอาสัญญาเพื่อปฏิบัติตามต่อไปหรือไม่นั้น Bankruptcy Code มิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานใดๆไว้ อย่างไรก็ตาม Trustee มีหน้าที่ในการทำให้เจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนมากที่สุด<sup>14</sup> และมีบรรทัดฐานของศาลซึ่งส่วนใหญ่ได้วางหลักไว้ว่าต้องใช้การตัดสินใจเชิงธุรกิจ หรือที่เรียกว่า "Business Judgment"<sup>15</sup> กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่ากองทรัพย์สินควรจะลงทุนในสัญญานั้นหรือไม่ ในระหว่างการรับเอาสัญญาและการบอกปิด

<sup>13</sup> Gerald F. Munitz and George G. Love, "Executory Contracts and Unexpired Leases Under the Bankruptcy Code," in *Bankruptcy Litigation Manual*, ed. Michael L. Cook, p. 307.

<sup>14</sup> มาตรา 704 (a)(1) บัญญัติว่า Trustee มีหน้าที่รวบรวมและจำหน่ายทรัพย์สินตามหลักการชำระหนี้ที่ดีที่สุด (the best interests of parties in interest)

<sup>15</sup> David G. Epstein, *Bankruptcy and Other Debtor-Creditor Laws in a Nutshell*, p. 296.

สัญญา ทางเลือกใดจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่กองทรัพย์สินและเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาของ Trustee เป็นไปตามหลัก Business Judgment ย่อมเป็นหลักประกันได้ว่าศาลจะเห็นชอบด้วยกับการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม ศาลอาจไม่เห็นชอบด้วยกับการบอกปิดสัญญาของ Trustee โดยจะยกหลัก “Burdenome Test” หรือหลัก “Balancing Test” ขึ้นมาเพื่อไม่อนุญาตให้ Trustee บอกปิดสัญญา ซึ่งภายใต้หลัก Burdenome Test นั้น สัญญา ย่อมไม่อาจถูกบอกปิดได้ เว้นแต่ปรากฏว่า หากมีการปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไปย่อมทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าลดน้อยถอยลงตามความเป็นจริง (actual loss)<sup>16</sup> หลักนี้จึงเคร่งครัดมากกว่าหลัก Business Judgment ส่วนหลัก Balancing Test นั้น เป็นหลักที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะ โดยหากปรากฏว่าการบอกปิดสัญญานั้นเป็นผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเสียหายเกินควรอย่างไม่ได้ส่วนเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่กองทรัพย์สินจะได้รับ<sup>17</sup> ดังนี้ ศาลย่อมไม่อนุญาตให้บอกปิดสัญญานั้น ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงได้เข้ามามีบทบาทในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาเป็นอย่างมาก เพื่อให้แน่ใจว่าการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะที่จะถูกกระทบด้วย

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ตาม Insolvenzordnung ได้กำหนดมาตรการต่างๆขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองกองทรัพย์สิน (assets involved in the insolvency proceedings) จากการแทรกแซงของลูกหนี้หรือจากบรรดาเจ้าหนี้ โดยให้ Insolvency Administrator เข้าครอบครองทรัพย์สินทันทีที่มีการเริ่มต้นคดีล้มละลาย<sup>18</sup> และให้มีอำนาจจัดการ

<sup>16</sup> In re Jackson Brewing Co., 567 F.2d 618, 621 Z5th Cir.1978); In re Stable Mews Assocs., Inc. 41 B.R. 594,596 (Bankr. S.D.N.Y. 1984); In re Huff, 81 B.R. 531 (Bankr. D. Minn. 1988) ซึ่งหลัก Burdenome Test เป็นหลักที่ศาลเคยยึดถือในสมัยที่ Bankruptcy Act 1898 ใช้บังคับ แต่เมื่อ Bankruptcy Code 1978 ใช้บังคับ หลักนี้ไม่เป็นที่นิยมอีกต่อไป โปรดดู In re Midwest Polychem, Ltd., 61 B.R. 559 (Bankr. N.D. Ill. 1986)

<sup>17</sup> In re Chi-Feng Huang, 23 B.R. 798 (B.A.P. 9<sup>th</sup> Cir. 1982); In re Meehan, 59 B.R. 380 (E.D. N.Y. 1986); In re Midwest Polychem, Ltd., 61 B.R. 559 (Bankr. N.D. Ill. 1986).

<sup>18</sup> Bankruptcy-Germany, Available from: [http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy\\_ger\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_ger_en.htm) [2006, June 7]

เพื่อเพิ่มพูนมูลค่าของทรัพย์สินและส่วนแบ่งที่เจ้าหนี้ทั้งหลายจะได้รับชำระหนี้คืน<sup>19</sup> ซึ่งมาตรการการอย่างหนึ่งนั้นได้แก่ การจัดการกับสัญญาต่างตอบแทนที่ค้างอยู่ โดยให้ Insolvency Administrator บอกปิดสัญญาที่ไม่เป็นประโยชน์เพื่อของทรัพย์สินไม่ต้องรับภาระตามสัญญานั้นต่อไป และรับเอาสัญญาที่เป็นประโยชน์เพื่อนำสิ่งตอบแทนตามสัญญานั้นเข้าสู่ของทรัพย์สิน<sup>20</sup> ซึ่งตามมาตรา 103 กำหนดว่า หากมีสัญญาต่างตอบแทนซึ่งลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายต่างยังไม่ได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้นในวันที่คดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น Insolvency Administrator ย่อมมีอำนาจเลือกที่จะปฏิบัติต่อสัญญานั้นได้ 2 ทางคือ

1. เลือกที่จะชำระหนี้ตามสัญญานั้นแทนลูกหนี้และเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา หรือ
2. เลือกที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญานั้น ซึ่งทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาในฐานะเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย

จะเห็นได้ว่ามาตรา 103 มิได้กำหนดว่ากรณีใดจึงจะรับเอาสัญญาไว้ปฏิบัติต่อไปหรือกรณีใดจะต้องบอกปิดสัญญา โดยปล่อยให้เป็นดุลพินิจของ Insolvency Administrator ในการจัดการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่นั้น Insolvency Administrator จะต้องกระทำด้วยความเหมาะสมและขยันหมั่นเพียรอย่างระมัดระวัง<sup>21</sup>

สำหรับประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติล้มละลาย มาตรา 122 และมาตรา 90/42(10) ประกอบกับมาตรา 90/41 ทวิ บัญญัติให้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่ “มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้” จากการศึกษาพบว่าในทางปฏิบัติเกิดปัญหาในการตีความคำว่า “มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้” ทำให้ผลที่ได้อาจไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายในข้อที่จะทำให้องค์กรทรัพย์สิน

<sup>19</sup> Klaus Kamlah, “The New German Insolvency Act: Insolvenzordnung,” *American Bankruptcy Law Journal*: 433.

<sup>20</sup> Christoph G. Paulus, “The New German Insolvency Code,” *Texas International Law Journal*: 147.

<sup>21</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 60(1).

เกิดมูลค่าสูงสุด อันทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น อาจกล่าวได้ว่า ในบางกรณีเป็นการตีความโดยไม่ได้พิเคราะห์ถึงประโยชน์ที่กองทรัพย์สินและเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลายจะได้รับ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2376-2378/2532 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า ผู้ร้องกับพวกทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกับจำเลยที่ 1 (ลูกหนี้) และสัญญาว่าจ้างจำเลยที่ 1 ปลูกสร้างอาคารบนที่ดินดังกล่าว ผู้ร้องกับพวกคงค้างชำระเงินตามสัญญาดังกล่าว 506,570 บาท จำเลยที่ 1 ยังไม่ได้โอนที่ดินให้ผู้ร้องกับพวก แต่กลับนำที่ดินตามสัญญาดังกล่าวและที่ดินอื่นรวม 31 โฉนดไปจำนองบริษัท ส. จำกัดในวงเงิน 8,000,000 บาท ต่อมาศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์จำเลยที่ 1 เด็ดขาดบริษัท ส. จำกัดยื่นคำขอรับชำระหนี้ในฐานะเจ้าหนี้มีประกัน โดยขอให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขายทอดตลาดที่ดินที่จำนองและขอรับชำระหนี้จำนวนที่ยังขาดจากยอดหนี้ 10,589,687.88 บาท ตามมาตรา 96(3) ดังนี้ เมื่อจำเลยที่ 1 มีสิทธิที่จะได้รับเงินจากผู้ร้องกับพวกรวมกันเป็นเงิน 506,570 บาท แต่ที่ดินพิพาทและที่ดินแปลงอื่น ๆ รวม 31 โฉนด ได้จดทะเบียนจำนองรวมกันเป็นเงิน 8,000,000 บาท และผู้รับจำนองขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์ดังกล่าว ซึ่งเป็นสิทธิของผู้รับจำนองในฐานะเจ้าหนี้มีประกัน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ผู้คัดค้านเพียงแต่มีหน้าที่ขายทรัพย์โดยปลอดจำนองเพื่อนำเงินไปชำระหนี้จำนองเท่านั้น การที่ต้องขายทอดตลาดทรัพย์ดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า จำเลยที่ 1 ไม่สามารถไถ่ถอนจำนองซึ่งจะต้องใช้เงินจำนวนมากได้ และเมื่อพิเคราะห์ดูสิทธิตามสัญญาที่จำเลยที่ 1 จะได้รับจากผู้ร้องกับพวกแล้วเห็นว่าเป็นเงินจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับความยุ่งยากหรือภาระที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา จึงเป็นกรณีที่สิทธิตามสัญญามีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจที่จะไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญานั้น โดยบอกเลิกสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างจำเลยที่ 1 กับผู้ร้องกับพวกได้ตามมาตรา 122

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 4432-4593/2534 ได้วินิจฉัยไว้ว่า สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อบ้านและที่ดินระหว่างผู้ร้องทั้งหมดกับจำเลยที่ 1 (ลูกหนี้) นั้นเป็นสิทธิที่ผู้ร้องทั้งหมดและจำเลยที่ 1 จะพึงได้รับทั้งสองฝ่าย หากสิทธิตามสัญญาที่ผู้ร้องทั้งหมดจะพึงได้รับไปแต่ฝ่ายเดียวเท่านั้นไม่ เมื่อปรากฏว่าที่ดินดังกล่าวติดจำนองธนาคาร ท. เจ้าหนี้มีประกันได้ยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ไว้จำนวนเงิน 166,527,203.70 บาท โดยขอให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินอันเป็นหลักประกัน แล้วขอรับชำระหนี้สำหรับจำนวนเงินที่ยังขาดอยู่ ตามมาตรา 96(3) และยังมีเจ้าหนี้



รายอื่นอีกจำนวนมากยื่นคำขอรับชำระหนี้เป็นจำนวนถึง 1,271,317,509.34 บาท แต่สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อที่จำเลยที่ 1 จะได้รับค่าเช่าซื้ออีกบางส่วนจากผู้ร้องทั้งหมดเพียงรายละเอียด 180,000 บาทเท่านั้น ดังนี้ สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อที่จำเลยที่ 1 จะได้รับเงินจากผู้ร้องทั้งหมดเป็นเงินจำนวนน้อย เมื่อเทียบกับความยุ่งยากหรือภาระที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา จึงเป็นกรณีที่สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยอมมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญานั้นได้ตามมาตรา 122

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าว การที่วินิจฉัยว่า สิทธิตามสัญญาที่ลูกหนี้จะได้รับเงินจากคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเงินจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับความยุ่งยากหรือภาระที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา จึงเป็นกรณีที่สิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ อาจทำให้มองได้ว่าเป็นการตีความอย่างกว้าง เนื่องจาก "ความยุ่งยาก" ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญานั้นอาจไม่ใช่กรณีที่สัญญานั้นมีภาระเกินควรตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติมาตรา 122 ซึ่งมุ่งหมายถึงภาระหนี้สินที่กองทรัพย์สินต้องรับผิดชอบ ความยุ่งยากนี้อาจเป็นไปได้ทั้งความยุ่งยากในการดำเนินการของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยมุ่งที่ตัวของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เอง โดยมีได้คำนึงถึงภาระหนี้สินที่กองทรัพย์สินต้องรับผิดชอบ หรืออาจมองได้ว่าเป็นการดำเนินการของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยอมมีค่าใช้จ่าย และหากการดำเนินการนั้นมีความยุ่งยากก็ย่อมหมายถึงมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น อันเป็นภาระหนี้สินที่กองทรัพย์ต้องรับผิดชอบ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้วยังไม่แน่ชัดว่าความยุ่งยากนี้ได้มุ่งพิจารณาในเชิงภาระหนี้สินที่กองทรัพย์สินจะต้องรับภาระหรือไม่ อันจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความต่อไปได้

อีกทั้ง ในการพิจารณาว่าสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้หรือไม่ จะต้องชั่งระหว่างประโยชน์กับภาระที่เกิดจากสัญญานั้น โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องยึดหลักว่าจะเป็นการเสียประโยชน์แก่กองทรัพย์สินหรือไม่เป็นสำคัญ<sup>22</sup> ซึ่งต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังถึงประโยชน์ที่กองทรัพย์สินจะได้รับจากสัญญาในภาพรวม มิใช่เพียงแค่ประโยชน์ที่กองทรัพย์สินจะได้รับต่อไปจากสัญญานั้น (หน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เหลืออยู่) เพราะหากปรากฏว่าสิทธิที่จะได้รับต่อไปเป็นจำนวนน้อยกว่าภาระตามสัญญา อันเป็นผลให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้อำนาจบอกปิดสัญญา ผลที่ตามมาคือ คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมมีสิทธิขอรับชำระหนี้

<sup>22</sup> สุธีร์ ศุภนิศย์, หลักกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ, หน้า 92.

ค่าเสียหายอันเกิดจากการบอกปิดสัญญา ซึ่งได้แก่ สิ่งที่ได้ชำระให้แก่ลูกหนี้ไปแล้ว เช่น ราคาที่ดินที่ได้ชำระไปแล้วและค่าเสียหายใดๆที่เกิดขึ้น โดยเข้ามาอยู่ในกลุ่มเจ้าหนี้ไม่มีประกัน ทำให้จำนวนหนี้ที่กองทรัพย์สินต้องรับภาระมีจำนวนเพิ่มขึ้น อันอาจทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งในการชำระหนี้น้อยลงก็เป็นได้ ดังนั้น ประโยชน์ที่จะพึงได้นั้นไม่ใช่เพียงแค่อัตริที่ลูกหนี้จะได้รับต่อไปตามสัญญาหรือประโยชน์ตามความเป็นจริงเท่านั้น อีกทั้งมีความหมายกว้างกว่าประโยชน์ตามตัวอักษรในสัญญา แต่ย่อหมายถึงประโยชน์โดยรวมที่จะได้รับจากสัญญานั้น เช่น ราคาที่ตกลงไว้ มูลค่าของทรัพย์สินในขณะที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้ดุลพินิจ ประโยชน์จากการได้ใช้ทรัพย์สินเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการดำเนินต่อไปได้ เป็นต้น โดยหากปรากฏว่าภาระตามสัญญานั้นมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ย่อมมีอำนาจบอกปิดสัญญานั้นได้ ในทางตรงข้าม หากปรากฏว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากสัญญานั้นมีมากกว่าภาระตามสัญญา เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ต้องรับสัญญานั้นไว้ปฏิบัติต่อไปให้เสร็จสิ้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการใช้หลักการเกินควรกว่าประโยชน์ หรือที่เรียกว่าหลัก "Burdensome" นั้นอาจมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง กล่าวคือ ภายใต้หลักนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่อาจบอกปิดสัญญาได้ เว้นแต่ปรากฏว่าหากมีการปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไปย่อมทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าลดน้อยถอยลง ซึ่งในบางกรณีอาจเป็นการบิดเบือนประโยชน์ที่ได้รับ กล่าวคือ แม้การบอกปิดสัญญาจะทำให้สามารถรักษามูลค่าแห่งกองทรัพย์สินไว้ไม่ให้ลดน้อยถอยลง แต่เจ้าหนี้ทั้งหลายกลับได้รับชำระหนี้คืนน้อยลง ซึ่งหากให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถใช้การตัดสินใจเชิงธุรกิจ หรือหลัก "Business Judgment" ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา โดยพิจารณาว่ากองทรัพย์สินควรจะลงทุนในสัญญานั้นหรือไม่ ในระหว่างการรับเอาสัญญาและการบอกปิดสัญญา ทางเลือกใดจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่กองทรัพย์สินและเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลาย ซึ่งในการตัดสินใจว่าจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นจะต้องคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีต่อกองทรัพย์สินอันเกิดจากการบอกปิดสัญญาด้วย อันเป็นการพิจารณาในมุมมองเชิงเศรษฐศาสตร์ว่าการบอกปิดสัญญานั้นก่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือไม่ ย่อมจะทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กองทรัพย์สินเกิดมูลค่าสูงสุด อันทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้คืนมากขึ้น<sup>23</sup> แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงศักยภาพและแรงจูงใจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ว่าจะสามารถใช้หลักดังกล่าวนี้เพื่อทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

<sup>23</sup> โปรดดู บทที่ 2, ข้อ 2.4.5, หน้า 54-59.

ล้มละลายได้เพียงใด อีกทั้ง โดยที่หลักนี้เป็นหลักที่ทำให้สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง จึงควรให้ศาลเข้ามามีบทบาท ซึ่งแม้ตามมาตรา 146 และ 90/41 ทวิ วรรคสองจะให้สิทธิผู้เกี่ยวข้องที่ได้รับความเสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งกลับหรือแก้ไขการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาได้ แต่หากการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นเป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สินและเจ้าหนี้ทั้งหลายแล้ว ศาลย่อมมีคำสั่งยืนตามนั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่มีหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานใดมาตรฐานหนึ่งที่จะปรับใช้ได้ในทุกกรณีเพื่อให้การรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นมีความเหมาะสม แม้การรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นจะเป็นไปตามหลักการตัดสินใจเชิงธุรกิจก็ตาม แต่บางกรณีอาจต้องคำนึงถึงความยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะที่จะถูกกระทบด้วย จึงควรให้ศาลมีอำนาจกลับคำสั่งบอกปิดสัญญาเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมได้ด้วย

#### 5.4 กำหนดเวลาในการใช้อำนาจและผลของการไม่ใช้อำนาจภายในระยะเวลาที่กำหนด

##### 5.4.1 กรณีกระบวนการล้มละลาย

ในกระบวนการล้มละลายนั้น มาตรา 122 กำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องบอกปิดไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบว่ามีสิทธิตามสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ซึ่งหากไม่บอกปิดภายในกำหนดเวลานี้ย่อมต้องผูกพันปฏิบัติตามสัญญานั้น<sup>24</sup> ดังนั้น หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยังไม่ทราบ กำหนดเวลา 3 เดือนก็ยังไม่เริ่มต้นขึ้น จึงย่อมเป็นการไม่แน่นอนว่าจะมีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นเนิ่นช้าเพียงใดหลังจากลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์แล้ว อันอาจทำให้กองทรัพย์สินได้รับความเสียหาย เพราะสัญญานั้นอาจเป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สินหากได้มีการปฏิบัติตามสัญญาในเวลาอันควร การมีกำหนดเวลาที่แน่นอนนี้ย่อมสร้างความแน่นอนให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและเป็นประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้องทั้งหลาย เพื่อให้การพิจารณาคดีล้มละลายดำเนินไปอย่างรวดเร็ว กระบวนการที่ล่าช้าย่อมทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

อีกทั้ง หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ใช้อำนาจบอกปิดสัญญาภายในกำหนดเวลาดังกล่าว สัญญานั้นจึงยังคงผูกพันต่อไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งอาจเป็น

<sup>24</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 990/2509.

ที่เสียหายแก่กองทรัพย์สินได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากในกระบวนการล้มละลายนั้นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป ตามมาตรา 22(1) เพื่อนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินมาแบ่งคืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ต่อไป ดังนั้น การที่มาตรา 122 กำหนดไว้เช่นนี้ จึงไม่น่าจะสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของกระบวนการล้มละลาย ในทางกลับกัน หากให้สัญญานั้นถือว่าถูกบอกรับคืน เว้นแต่จะมีการรับเอาสัญญานั้นภายในกำหนดเวลาอาจจะเหมาะสมมากกว่า ทั้งนี้เพราะหากสัญญานั้นมีความสำคัญแก่กองทรัพย์สิน เจ้าพนักงานพิทักษ์คงจะรับรู้ถึงความมีอยู่แห่งสัญญานั้นและใช้อำนาจรับเอาสัญญานั้นได้ภายในกำหนดเวลา อีกทั้ง ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ต้องถูกผูกพันในสัญญานั้นต่อไป สามารถนำทรัพย์สินตามสัญญานั้นไปใช้ประโยชน์ในทางอื่นต่อไปได้ ซึ่งหากคู่สัญญาอีกฝ่ายประสงค์ให้มีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปก็คงจะได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้ปฏิบัติตามสัญญาภายในเวลาที่กำหนด ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วม ทำให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบถึงความมีอยู่แห่งสัญญาได้อีกทางหนึ่ง

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า Bankruptcy Code ได้กำหนดให้ Trustee ต้องมีคำขอต่อศาลเพื่อให้ความเห็นชอบในการรับเอาหรือบอกรับคืนสัญญาภายในกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน โดยในหมวดการชำระบัญชีตาม Chapter 7 นั้นสัญญาประเภท Executory contract และสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ที่ใช้อยู่อาศัยหรือสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่สิ้นสุดอาจถูกรับเอาหรือบอกรับคืนภายใน 60 วันนับแต่วันที่คำสั่งเริ่มต้นคดี หรือภายในกำหนดระยะเวลาที่ศาลได้ขยายออกไปกรณีมีเหตุอันสมควรตามคำขอของ Trustee ซึ่งได้ยื่นมาก่อนสิ้นระยะเวลา 60 วันนั้น หาก Trustee ไม่รับเอาหรือบอกรับคืนสัญญาภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเป็นการบอกรับคืนสัญญา<sup>25</sup> ส่วนกรณีสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ที่ได้ใช้อยู่อาศัยที่ยังไม่สิ้นสุดซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่านั้นอาจถูกรับเอาหรือบอกรับคืนภายใน 120 วันนับแต่วันที่คำสั่งเริ่มต้นคดี<sup>26</sup> ทั้งนี้ Trustee หรือผู้ให้เช่าอาจมีคำขอก่อนสิ้นระยะเวลา 120 วันดังกล่าว เพื่อศาลมีคำสั่งขยายระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ ซึ่งหากมีเหตุอันสมควร ศาลจะขยายระยะเวลาออกไปอีก 90 วัน และหากศาลได้มีคำสั่งขยายระยะเวลาแล้ว การขอขยายระยะเวลาในครั้งต่อไป ศาลจะอนุญาตต่อเมื่อผู้ให้เช่าได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์

<sup>25</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(d)(1).

<sup>26</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(d)(4)(A)(i).

อักษร<sup>27</sup> ซึ่งหาก Trustee ไม่รับเอาหรือบอกปิดสัญญาภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าเป็นการบอกปิดสัญญา<sup>28</sup>

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ตามมาตรา 103 มิได้กำหนดระยะเวลาในการที่ Insolvency Administrator จะดำเนินการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา แต่เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายจากความล่าช้าในการใช้ดุลพินิจของ Insolvency Administrator มาตรา 103(2) จึงกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกให้ Insolvency Administrator ใช้อำนาจตัดสินใจภายในระยะเวลาที่ไม่ล่าช้าเกินสมควร มิฉะนั้นแล้ว Insolvency Administrator ย่อมไม่อาจเลือกที่จะบังคับตามสัญญาได้

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ระบุไว้ว่ากฎหมายที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายจะต้องดำเนินการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นจะต้องมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการดำเนินการ เพื่อสร้างความแน่นอนให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายหลังจากคดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น ซึ่งอาจมีบทบัญญัติขอยายระยะเวลาได้ในบางกรณี ซึ่งผลของการไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดในกระบวนการชำระบัญชีให้ถือว่าเป็นการบอกปิดสัญญาโดยอัตโนมัติ

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ต่างก็ให้ความสำคัญกับการใช้อำนาจภายในระยะเวลาที่กำหนดแน่นอน แต่กฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนีนั้นมิได้มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนในการใช้อำนาจ เพียงแต่ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายมีคำขอให้ Insolvency Administrator ใช้อำนาจตัดสินใจภายในระยะเวลาที่ไม่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งถือว่าย่างขาดความแน่นอนเช่นเดียวกัน และในส่วนของผลของการไม่ใช้อำนาจภายในระยะเวลาที่กำหนดย่อมเป็นผลให้สัญญานั้นถูกบอกปิด ทำให้ไม่ต้องถูกผูกพันปฏิบัติตามสัญญานั้นอีกต่อไป

<sup>27</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(d)(4)(B).

<sup>28</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(d)(4)(A).

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการมีกำหนดเวลาที่แน่นอนในการใช้อำนาจนี้มีความสำคัญยิ่ง และกฎหมายก็ต้องกำหนดผลของการไม่ใช้อำนาจภายในระยะเวลาที่กำหนดให้สอดคล้องกับกระบวนการล้มละลาย โดยให้ถือว่าเป็นการบอกปิดสัญญา อย่างไรก็ตาม เพื่อให้มีความยืดหยุ่นและสามารถจัดการกับกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ทราบถึงความมีอยู่แห่งสัญญานั้นหรือทราบเมื่อใกล้สิ้นกำหนดเวลา จึงควรให้มีการขอขยายระยะเวลาในการใช้อำนาจเช่นนั้นได้ ซึ่งจากการศึกษายังมีปัญหาว่ากำหนดเวลานี้ศาลอาจขยายหรือย่อโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 มาตรา 14 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 ได้หรือไม่ เพราะยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้โดยตรง คงอาศัยเทียบเคียงได้ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5944/2538 และ 6270/2539 ในเรื่องการขอขยายเวลาชำระหนี้ตามมาตรา 91 ซึ่งได้ตัดสินไว้ว่าการที่ผู้ร้องไม่อาจทราบได้ว่าจำเลยได้ถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว ถือได้ว่าเป็นพฤติการณ์พิเศษที่ผู้ร้องไม่อาจยื่นคำขอรับชำระหนี้ภายในกำหนด 2 เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดได้ และถือว่าเป็นกรณีมีเหตุสุดวิสัย ผู้ร้องจึงมีสิทธิยื่นคำขอขยายระยะเวลาต่อศาลหลังจากสิ้นระยะเวลาแล้วได้ แต่ผู้ร้องจะต้องยื่นคำขอขยายระยะเวลาเสียภายในเวลาอันสมควรที่ผู้ร้องอาจยื่นได้หลังจากทราบเรื่องจำเลยถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดแล้ว ดังนั้น โดยนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 มาใช้บังคับโดยอนุโลมกับกรณีดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ ควรจะบัญญัติให้ชัดเจนเนื่องจากมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5945/2538 ได้วินิจฉัยไว้ในทางตรงกันข้าม โดยวินิจฉัยว่าจะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 มาใช้บังคับกับกรณีการขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 91 โดยอนุโลมหาได้ไม่

#### 5.4.2 กรณีกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น มาตรา 90/41 ทวิ วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ตามที่ได้กำหนดไว้ในแผนตามมาตรา 90/42(10) ภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่ผู้บริหารแผนทราบคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนของศาล ซึ่งการที่มาตรา 90/41 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติถ้อยคำไว้ในลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา 122 มีผลทำให้หากผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการบอกปิดสัญญภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้บริหารแผนย่อมไม่มีอำนาจที่จะบอกปิดสัญญานั้นได้ ส่วนสัญญาใดที่แผนไม่ได้กำหนดให้

บอกปิด ผู้บริหารแผนก็ต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไปให้เสร็จสิ้นหรือให้เป็นไปตามแนวทางที่แผนได้กำหนดไว้ ซึ่งหากผู้ทำแผนไม่ได้ระบุถึงสัญญาให้ครบถ้วนว่าสัญญาใดบ้างที่ผู้ทำแผนประสงค์จะบอกปิดหรือยอมรับ และผู้บริหารแผนมาทราบในภายหลังถึงความมีอยู่แห่งสัญญาซึ่งแม้จะมีภาระเกินควร ผู้บริหารแผนก็ไม่มีอำนาจบอกปิดสัญญานั้นได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาใดที่ไม่ได้ถูกบอกปิดตามแผน ย่อมถือว่าเป็นการรับเอาสัญญานั้น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ผู้บริหารแผนไม่มีอำนาจพิจารณาว่าสิทธิตามสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้หรือไม่ หากผู้บริหารแผนใช้อำนาจบอกปิดสัญญาแตกต่างไปจากที่ได้กำหนดไว้ในแผน กล่าวคือ ไม่บอกปิดสัญญาตามที่แผนได้กำหนดไว้ แต่กลับรับเอาสัญญานั้น หรือบอกปิดสัญญาที่ไม่ได้กำหนดไว้ในแผน ดังนี้ ถือว่าผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการตามแผน ศาลย่อมมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่งได้ตามมาตรา 90/67

โดยเหตุที่มาตรา 90/42 (10) กำหนดให้แผนต้องมีรายการการไม่ยอมรับทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญา ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญามีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ดังนั้น หากผู้ทำแผนเห็นว่าสิทธิตามสัญญาใดมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ผู้ทำแผนจะต้องกำหนดไว้ในแผนถึงการไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญานั้น ซึ่งรายการที่กำหนดไว้ในแผนตามผู้ทำแผนได้จัดทำขึ้นจะต้องผ่านมติพิเศษยอมรับแผนของที่ประชุมเจ้าหนี้ อีกทั้งยังต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลด้วย แผนนั้นจึงจะผูกพันมีผลให้กิจการนั้นได้รับการฟื้นฟูไปตามแผนนั้น ดังนั้น ดุลพินิจในการบอกปิดสัญญานั้นแท้จริงแล้วจึงอยู่ที่ผู้ทำแผนโดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล อำนาจของผู้บริหารแผนนั้นเป็นเพียงการปฏิบัติตามที่แผนได้กำหนดไว้แล้วเท่านั้น หากได้มีดุลพินิจในการใช้อำนาจแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกระบวนการล้มละลาย ที่กฎหมายให้อำนาจโดยสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาได้ว่าสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้หรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่มาตรา 90/41 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติถ้อยคำไว้ในลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา 122 ย่อมทำให้เกิดความเสียหายต่อการฟื้นฟูกิจการเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากผู้บริหารแผนไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาภายในกำหนด 2 เดือนนับแต่วันที่ทราบคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน จะมีผลให้ต้องเป็นการรับเอาสัญญาซึ่งแผนได้บอกปิดโดยความเห็นชอบของที่ประชุมเจ้าหนี้และศาลแล้วเช่นนั้น หรือ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้นั้น ข้อมูลในกิจการและทรัพย์สินต้องมีความชัดเจนแน่นอน ทั้งเป็นปัจจัยสำคัญเพื่อใช้ในการตัดสินใจของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

ดังนั้น การที่ผู้บริหารแผนไม่สามารถดำเนินการได้ภายในกำหนดไม่ควรมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงแผนซึ่งได้ผ่านมติพิเศษยอมรับจากที่ประชุมเจ้าหน้าที่และได้มีการพิจารณาโดยฟังคู่ความทุกฝ่ายและศาลได้มีคำสั่งเห็นชอบแล้ว<sup>29</sup> ผู้เขียนเห็นว่าการดำเนินการบอกปิดสัญญาของผู้บริหารแผนเป็นไปเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบเพื่อให้ใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ภายในกำหนดเวลา ตามมาตรา 90/26 วรรคสอง ดังนั้น หากผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการบอกปิดสัญญาภายในกำหนดเวลา ควรให้ถือว่าสัญญานั้นถูกบอกปิดเมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลา 2 เดือนดังกล่าว และเมื่อผู้บริหารแผนไม่ดำเนินการภายในเวลาที่กำหนดศาลย่อมมีคำสั่งให้ผู้บริหารแผนพ้นจากตำแหน่งได้ตามมาตรา 90/67 อีกทั้ง หากปรากฏว่าผู้บริหารแผนละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หรือกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ลูกหนี้หรือเจ้าหน้าที่ ก็อาจต้องรับโทษเป็นการส่วนตัว ตามมาตรา 90/88

ในส่วนของสัญญาที่แผนมิได้ระบุให้ไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญานั้น อีกทั้งไม่ปรากฏในแผนแต่อย่างใดว่าสัญญานั้นจะได้รับการปฏิบัติอย่างไร หากให้ถือว่าเป็นการรับเอาสัญญานั้นไว้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่การฟื้นฟูกิจการได้เช่นเดียวกัน เพราะหากให้ถือว่าเป็นการรับเอาสัญญานั้นแล้วย่อมมีผลให้กองทรัพย์สินต้องเสียทรัพย์สินไปเพื่อชำระหนี้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามที่กำหนดไว้ในสัญญา อันอาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินการตามแผนได้ ดังนั้น จึงควรถือให้เป็นการบอกปิดสัญญาเมื่อแผนนั้นได้รับความเห็นชอบจากศาลจะเหมาะสมมากกว่าเพื่อให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง

ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้บริหารแผนมีอำนาจไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับแต่วันที่ผู้บริหารแผนทราบคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนของศาล เมื่อรวมกับระยะเวลาตั้งแต่ศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอไว้เพื่อพิจารณา จนถึงวันที่ศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน ย่อมเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจได้รับความเสียหายจากความล่าช้าดังกล่าวได้ จึงควรมีบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถมีคำขอให้ผู้บริหารแผน ผู้ทำแผน ผู้บริหารชั่วคราว หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แล้วแต่กรณี พิจารณาว่าจะรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้นภายในระยะเวลาที่ไม่ล่าช้า อีกทั้ง ควรมีบทบัญญัติให้ผู้ทำแผน ผู้บริหารชั่วคราว หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แล้วแต่กรณี มีอำนาจในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาได้ก่อนศาลมี

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 90/46, 90/56, 90/57 และ 90/60.



คำสั่งเห็นชอบด้วยแผน เพื่อให้สัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อกิจการดำเนินต่อไป หรือเพื่อให้สัญญาที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อกิจการสิ้นสุดลงได้

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่า ในกรณี Chapter 9, 11, 12 หรือ 13 นั้น มาตรา 365(d)(2) กำหนดให้สัญญาประเภท Executory contract และสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ที่ให้อยู่อาศัยหรือสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่สิ้นสุดอาจถูกรับเอาหรือบอกปิดโดย Trustee ในเวลาใดๆก่อนศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน เว้นแต่ในกรณีที่คู่สัญญามีคำขอ ศาลอาจกำหนดระยะเวลาให้ Trustee รับเอาหรือบอกปิดสัญญาได้ก่อนหน้านั้น ซึ่งตามมาตรา 1123(b)(2) กำหนดให้แผนต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับการรับเอาหรือบอกปิดหรือการโอนสัญญาซึ่งยังไม่ได้มีการบอกปิดตามมาตรา 365

หาก Trustee ไม่ได้รับเอาหรือบอกปิดสัญญาก่อนศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน อีกทั้งแผนระบุถึงสัญญาที่คงค้างอยู่ไม่ครบถ้วน ดังนี้ มาตรา 365(p)(3) ได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีตาม Chapter 11 ซึ่งลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาและตาม Chapter 13 นั้น หากลูกหนี้เป็นผู้เช่าในสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์ และสัญญานั้นไม่ได้รับเอาไว้ตามแผนซึ่งศาลได้มีคำสั่งเห็นชอบแล้ว ให้ถือว่าเป็นการบอกปิดสัญญานั้น และให้การพักบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 362 และมาตรา 1301 อันเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เช่านั้นสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ ส่วนในกรณีสัญญาอื่นๆนั้นจะถือว่าสัญญานั้นถูกบอกปิดหรือไม่ Bankruptcy Code ไม่ได้กำหนดไว้ อีกทั้งยังไม่มีบรรทัดฐานของศาล โดยบางคดีได้ตัดสินว่า การที่สัญญาไม่ถูกบอกปิดตามแผน ย่อมมีผลเป็นการรับเอาสัญญา แต่บางคดีก็ตัดสินว่าการไม่รับเอาสัญญาเท่ากับเป็นการบอกปิดสัญญา ด้วยเหตุนี้ ในแผนจึงมักระบุข้อความในลักษณะที่ว่า หากสัญญาใดไม่ได้ระบุไว้ในแผนนี้ ให้ถือว่าเป็นการบอกปิด (หรือรับเอา) สัญญานั้น<sup>30</sup>

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ระบุว่าในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ อาจให้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายสามารถใช้สิทธิบอกปิดสัญญาได้ถึงเวลาที่แผนได้รับความเห็นชอบ และให้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถบังคับให้ผู้มี

<sup>30</sup> Gerald F. Munitz and George G. Love, "Executory Contracts and Unexpired Leases Under the Bankruptcy Code" in *Bankruptcy Litigation Manual* ed. Michael L. Cook, p. 316.

อำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายใช้อำนาจตัดสินใจเร็วกว่าที่กำหนดไว้ได้ ซึ่งการปฏิบัติต่อสัญญาต่างๆจะต้องระบุไว้ในแผนอย่างชัดเจน และอาจมีบทบัญญัติให้สัญญาที่มีได้ระบุไว้ในแผนถือว่าเป็นการบอกปิดสัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อแผนนั้นได้รับความเห็นชอบ

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนีนั้นไม่ได้แยกกระบวนการชำระบัญชีออกจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการตั้งแต่เริ่มต้นคดีอย่างเช่นกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ คดีล้มละลายนั้นเริ่มต้นจากกระบวนการชำระบัญชี แต่อาจได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ให้ฟื้นฟูกิจการตามแผนซึ่งจัดทำโดยลูกหนี้หรือ Insolvency Administrator ได้ ดังนั้น จึงไม่มีหลักเกณฑ์ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาในกระบวนการฟื้นฟูกิจการเป็นพิเศษแต่อย่างใด

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทั้งกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาและตามคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างก็ยอมรับให้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายสามารถรับเอาหรือบอกปิดสัญญาได้ในเวลาใดๆก่อนศาลมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน และให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถทราบได้ว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปหรือจะมีการบอกปิดสัญญานั้นก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผน เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความเสียหายจากความล่าช้าของกระบวนการ

## 5.5 การคุ้มครองผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา

ความเสียหายที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาได้รับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่สัญญาอีกฝ่าย เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึง การให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเพียงเรียกร้องค่าเสียหายกรณีบอกปิดสัญญานั้นในบางกรณีอาจไม่เพียงพอ ถึงแม้จะมีการให้ผู้ได้รับความเสียหายสามารถคัดค้านต่อศาลได้ และในกระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขายหรือสัญญาอื่นที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันได้ สามารถติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินตามสัญญาที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้หรือของบุคคลอื่นที่อาศัยสิทธิของลูกหนี้ รวมตลอดจนฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินและหนี้ซึ่งเกิดจากสัญญาดังกล่าวได้ หากปรากฏว่าหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการมีการผิมนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ ราคา ค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สิน หรือค่าเช่าตามสัญญา

สองคราวติดต่อกัน หรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ ตามมาตรา 90/12(8) ตอนท้าย หรือให้ผู้ประกอบการสาธารณูปโภค เช่น ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ งดให้บริการแก่ลูกหนี้ได้ หากหลังจากวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการมีการไม่ชำระค่าบริการสองคราวติดต่อกัน ตามมาตรา 90/12(11) ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังสมควรจะมีมาตรการอื่นมารับรองคุ้มครองผู้ที่ได้รับเสียหายมากกว่านี้ การปฏิบัติผิดสัญญาไม่ว่าจะเป็นการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาย่อมก่อความเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องได้ ในการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายนั้น กฎหมายล้มละลายควรมีบทบัญญัติพิเศษเพื่อเป็นข้อยกเว้นบทบัญญัติทั่วไป ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

### 5.5.1 ข้อจำกัดในการรับเอาสัญญา

แม้อำนาจในการรับเอาสัญญาจะมีความสำคัญต่อกระบวนการล้มละลายและกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็ตาม แต่การใช้อำนาจเช่นว่านั้นควรอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

#### 5.5.1.1 สัญญาที่มีการประพฤติผิดสัญญามาก่อน

ในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนรับเอาสัญญาเพื่อปฏิบัติต่อไป เนื่องจากเห็นว่าสัญญานั้นไม่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ พระราชบัญญัติล้มละลายมิได้กำหนดข้อจำกัดอำนาจไว้แต่อย่างใด ดังนี้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ได้มีการประพฤติผิดสัญญามาก่อน การจะหาคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องผูกพันปฏิบัติตามสัญญาที่ลูกหนี้ได้ผิดสัญญาแล้ว จะมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือไม่ เพราะอาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเสียหายจากการที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ตามสัญญา จึงควรมีการคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายเพื่อให้แน่ใจว่าการที่ตนปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปนั้น ย่อมจะได้รับชำระหนี้ตอบแทน

โดยกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 365(b)(1) กำหนดให้ Trustee ไม่อาจรับเอาสัญญาประเภท Executory contract และสัญญาเช่ายังไม่สิ้นสุดที่ได้มีการผิดสัญญามาก่อน เว้นแต่ในเวลาที่รับเอาสัญญานั้น Trustee จะต้อง

1. ยื่นขอร้องการที่ได้ผิดสัญญาหรือได้ให้ประกันที่เพียงพอว่าจะมีการเยียวยา เช่นว่านั่นทันที เว้นแต่เป็นกรณีการผิดสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่สิ้นสุดในข้อที่เป็นหน้าที่ซึ่ง

ไม่ใช่เรื่องเงินและ Trustee ไม่อาจเยียวยาการที่ได้ผิดสัญญาขึ้นโดยการปฏิบัติตามข้อสัญญานั้น ในขณะที่และภายหลังจากการรับเอาสัญญานั้นได้ ดังนี้ Trustee ย่อมได้รับการยกเว้นไม่ต้องเยียวยาการที่ได้ผิดสัญญานั้น แต่ทั้งนี้หากเป็นกรณีการผิดสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ให้อยู่อาศัยที่ยังไม่สิ้นสุดในข้อที่เป็นหน้าที่ซึ่งไม่ใช่เรื่องเงิน การผิดสัญญาเช่นนั้นอาจเยียวยาได้โดยการปฏิบัติตามข้อสัญญานั้นในขณะที่และภายหลังจากการรับเอาสัญญานั้นและให้ชดใช้ค่าเสียหายซึ่งอาจคำนวณเป็นเงินได้อันเป็นผลมาจากการผิดสัญญาเช่นนั้น

2. ชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญาซึ่งอาจคำนวณเป็นเงินได้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือได้ให้ประกันที่เพียงพอว่าจะมีการชดเชยค่าเสียหายเช่นนั้นทันที และ

3. ให้ประกันที่เพียงพอสำหรับการปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไปในอนาคต

อย่างไรก็ตาม มาตรา 365(b)(2) กำหนดให้ Trustee ไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นก่อนรับเอาสัญญา หากเป็นการผิดสัญญาในข้อสัญญาเกี่ยวกับ

1. ความมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนมีการปิดคดี

2. การเริ่มต้นคดีล้มละลาย

3. การแต่งตั้งหรือการเข้ามามีอำนาจจัดการของ Trustee หรือผู้ปกครองทรัพย์สินก่อนการเริ่มต้นคดี หรือ

4. การชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าอันเป็นอัตราโทษหรือเป็นบทลงโทษในกรณีที่ลูกหนี้ผิดสัญญาในข้อที่ไม่ใช่เรื่องเงิน

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITAL ระบุว่าในกรณีที่ลูกหนี้เป็นผู้ผิดสัญญาในเวลาที่มีการยื่นคำฟ้องคดีล้มละลาย ควรกำหนดให้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายต้องเยียวยาการผิดสัญญานั้นเสียก่อน กล่าวคือ ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายกลับไปอยู่ในสถานะเช่นเดิมก่อนมีการผิดสัญญา และให้ประกันว่ากองทรัพย์สินจะสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปในอนาคตได้

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนีไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว คงบัญญัติไว้แต่เพียงว่าหลังจากมีการฟ้องคดีล้มละลายแล้ว คู่สัญญาฝ่ายผู้ให้เช่าย่อมไม่อาจเลิก

สัญญาซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่า ด้วยเหตุเพราะลูกหนี้มีค้ำประกันชำระค่าเช่าตามสัญญาก่อนการฟ้องคดีล้มละลายหรือสถานะทางการเงินของลูกหนี้ย่ำแย่ลง<sup>31</sup>

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทั้งกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและตามคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างก็ยอมรับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา โดยต้องทำให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นอยู่ในสถานะเสมือนหนึ่งไม่เคยมีการผิดสัญญาเพื่อเป็นการตอบแทน (quid pro quo) หากกองทรัพย์สินต้องการได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น และจะต้องให้ประกันที่เพียงพอสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปในอนาคต เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายให้ได้รับความเป็นธรรม ซึ่งการให้ประกันที่เพียงพอขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี การให้ประกันนั้นจะเพียงพอหรือไม่ย่อมวิเคราะห์ในเชิงพาณิชย์โดยพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของคู่สัญญา ความตกลงที่มีกันมาก่อน สถานการณ์ในปัจจุบัน และความเป็นไปได้ที่แผนฟื้นฟูกิจการจะชำระหนี้ตามสัญญานั้น เป็นต้น การให้ประกันที่เพียงพอนี้อาจอยู่ในรูปของเงินมัดจำหรือการให้หลักประกัน หรือแสดงให้เห็นได้ว่ามีสถานะทางการเงินไม่ต่างไปจากในเวลาที่ยกหนี้เข้าทำสัญญานั้น และหากการรับเอาสัญญาไม่ทำสถานะของคู่สัญญาอีกฝ่ายเสี่ยงต่อความเสียหายยิ่งกว่าการบอกปิดสัญญา ดังนี้ การให้ประกันที่เพียงพอสำหรับการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปในอนาคตนั้นอาจลดลงได้

### 5.5.1.2 สัญญาที่ไม่อาจใช้อำนาจรับเอาได้

พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้มีการประกาศใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 2484 โดยมีบทบัญญัติในเรื่องการไม่ยอมรับสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ตามมาตรา 122 ซึ่งมีได้มีการแก้ไขเลขจนปัจจุบัน และเมื่อมีการนำหลักการดังกล่าวไปใช้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 อันปรากฏอยู่ในมาตรา 90/26 วรรคสอง, มาตรา 90/41 ทวิ และมาตรา 90/42(10) ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 22 เมษายน 2542 เป็นต้นไป ก็ยังคงใช้หลักการเช่นเดียวกับที่มาตรา 122 ได้บัญญัติไว้ โดยใช้บังคับกับสัญญาทั้งหลายที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้

<sup>31</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 112.

อย่างไรก็ตาม สภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันได้มีความเจริญก้าวหน้าเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก การประกอบธุรกรรมมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น สัญญาจึงมีมากมายหลายรูปแบบตั้งแต่สัญญาทั่วไป จนถึงสัญญาที่มีความสลับซับซ้อนอย่างมาก และลูกหนี้เกี่ยวข้องกับสัญญาในฐานะต่างๆ ดังนั้น การใช้หลักเกณฑ์ในการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาจึงควรคำนึงถึงลักษณะของสัญญาและสถานะของคู่สัญญาที่แตกต่างกันไปด้วย หากให้มีการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันบังคับกับสัญญาทั้งหลายย่อมก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น สัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัว สัญญาให้สินเชื่อ และสัญญาทางการเงิน เป็นต้น ทั้งนี้เพราะในสัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัวและสัญญาให้สินเชื่อ นั้น ผู้ทำสัญญาย่อมคำนึงถึงผู้ที่ตนเข้าทำสัญญาด้วยเป็นสาระสำคัญ หรือในสัญญาทางการเงินนั้น หากมีความไม่แน่นอนย่อมส่งผลกระทบต่อความมีเสถียรภาพและความคล่องตัวของระบบตลาดการเงินได้<sup>32</sup>

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่า มีสัญญาอยู่ 3 ลักษณะที่ Trustee ไม่อาจใช้อำนาจรับเอาสัญญานั้นได้ ได้แก่<sup>33</sup>

1. สัญญาซึ่งมีบทกฎหมายอื่นกำหนดให้ปลดปล่อยคู่สัญญาอีกฝ่ายจากการรับชำระหนี้จากหรือจากการชำระหนี้ให้แก่ผู้ที่ไม่ใช่ลูกหนี้หรือลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ให้ความยินยอมในการรับเอาสัญญานั้น
2. สัญญาให้สินเชื่อหรือขายเงินทุนหรือจัดสรรเงินทุนให้แก่ลูกหนี้หรือเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้หรือเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ลูกหนี้
3. สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ใช้อู่อาศัยซึ่งได้ระงับลงตามบทกฎหมายอื่นก่อนวันมีคำสั่งเริ่มต้นคดี

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ได้กำหนดถึงกรณีเกี่ยวกับสัญญาทางการเงินประเภท Fixed-date และ สัญญาซื้อขายล่วงหน้าไว้ในมาตรา 104 ว่า

1. หากการส่งมอบสินค้าและการชำระเงินได้กำหนดวันไว้แน่นอนหรือกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอนซึ่งหากไม่มีการชำระหนี้กันในวันดังกล่าวย่อมทำให้สัญญานั้นเป็นอันไร้

<sup>32</sup> โปรดดูหน้า 162, เชนเจอร์ที่ 12 ข้างต้น

<sup>33</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(c)(1)-(3).

ประโยชน์ และปรากฏว่าวันดังกล่าวหรือวันสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวเป็นวันภายหลังการเริ่มต้นคดีล้มละลาย ดังนี้ Insolvency Administrator ย่อมไม่อาจบังคับตามสัญญา นั้นได้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

2. หากการชำระหนี้ตามสัญญาทางการเงินและการชำระเงินได้กำหนดวันไว้แน่นอนหรือกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน และวันดังกล่าวหรือวันสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวเป็นวันภายหลังการเริ่มต้นคดีล้มละลาย ดังนี้ Insolvency Administrator ย่อมไม่อาจบังคับตามสัญญา นั้นได้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา

นอกจากนี้ ยังมีในกรณีของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่าและลูกหนี้ยังไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าในเวลาที่คดีล้มละลายเริ่มต้นขึ้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจถอนตัวจากสัญญานั้นได้ ซึ่งหากคู่สัญญาอีกฝ่ายแสดงเจตนาถอนตัวภายในกำหนดระยะเวลา Insolvency Administrator ย่อมไม่อาจบังคับตามสัญญานั้นได้<sup>34</sup> และในกรณีของสัญญาให้บริการ ซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ให้บริการ มาตรา 113(1) กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าสัญญานั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใดหรือมีข้อตกลงห้ามมิให้บอกเลิกสัญญาหรือไม่ โดยต้องแจ้งให้ Insolvency Administrator ทราบล่วงหน้าอย่างน้อยสามเดือน เว้นแต่จะได้ตกลงกันให้ระยะเวลาสั้นกว่านั้น ดังนั้น Insolvency Administrator จึงไม่อาจรับเอาสัญญาที่ลูกหนี้เป็นผู้ให้บริการซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายประสงค์จะเลิกสัญญาได้

ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ระบุว่ากรณีกฎหมายล้มละลายกำหนดให้ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันเพราะเหตุล้มละลายไม่มีผลบังคับจะต้องมีบทยกเว้นสำหรับสัญญาบางลักษณะ อันได้แก่ สัญญาทางการเงินระยะสั้น (เช่น สวอป (swap) และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (futures)) สัญญาประกันภัย และสัญญาให้สินเชื่อ เป็นต้น และไม่ว่ากฎหมายล้มละลายจะกำหนดให้ข้อสัญญาที่ให้สัญญาเลิกกันโดยอัตโนมัติมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ก็ตาม ยังคงมีสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ได้แก่ สัญญาที่ลูกหนี้หรือลูกจ้างของลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัวโดยไม่อาจให้ผู้อื่นแทนที่ได้ เช่น สัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภท การบริการซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาเช่าหุ้นส่วน การบริการที่ต้องการทักษะสูงเฉพาะตัวหรือโดยบุคคลผู้ที่มีทักษะเฉพาะ เป็นต้น

<sup>34</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 109(2).

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนี รวมถึงคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างก็มีข้อจำกัดอำนาจในการรับเอาสัญญาบางลักษณะ อันได้แก่ สัญญาที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้เป็นการเฉพาะตัว สัญญาทางการเงิน รวมถึงสัญญาให้สินเชื่อ โดยสัญญาเหล่านี้ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายไม่สามารถรับเอาสัญญานั้นได้

### 5.5.2 ข้อจำกัดในการบอกปิดสัญญา

พระราชบัญญัติล้มละลายได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ทำแผนบอกปิดสัญญาทั้งหลายได้ หากปรากฏว่าสิทธิตามสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่พึงได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้ทำแผนจะมีอำนาจบอกปิดสัญญาหากปรากฏว่าสิทธิตามสัญญานั้นมีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ก็ตาม แต่การบอกปิดสัญญานั้นควรอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ซึ่งตอบรับกับนโยบายสาธารณะ โดยคำนึงถึงสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาบางลักษณะ ซึ่งหากให้มีการบอกปิดสัญญาได้อย่างไม่มีข้อจำกัดหรือผลของการบอกปิดสัญญาไม่ถูกจำกัดขอบเขตลง ย่อมทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้รับความเสียหายเกินควร หากให้มีการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันบังคับกับสัญญาทั้งหลายย่อมก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่าแม้ Trustee จะมีอำนาจบอกปิดสัญญาโดยใช้การตัดสินใจเชิงธุรกิจ แต่การบอกปิดสัญญานั้นอาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 4 กรณี คือ

#### 1. สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายในอสังหาริมทรัพย์

โดยปกติการบอกปิดสัญญาย่อมมีผลทำให้ Trustee ไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นต่อไป อย่างไรก็ตาม มาตรา 365 ได้จำกัดขอบเขตแห่งผลของการบอกปิดสัญญาใน 3 กรณี คือ

- 1) การบอกปิดสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่สิ้นสุดซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ให้เช่า<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(h)(1).



2) การบอกปิดสัญญาซื้อขายสิทธิในการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ภายใต้ข้อตกลงการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ร่วมกันซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ขายสิทธิ<sup>36</sup> และ

3) การบอกปิดสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีการชำระราคาเป็นงวดซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ขายและผู้ซื้อได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อแล้ว<sup>37</sup>

โดยอาจสรุปได้ว่า ผลของการบอกปิดสัญญาสองกรณีแรกถูกจำกัดลงโดยให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นผู้เลือกที่จะให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงและออกไปจากทรัพย์สินนั้น หรือจะยังคงใช้สิทธิครอบครองทรัพย์สินต่อไป โดยหากคู่สัญญาอีกฝ่ายเลือกกรณีแรก คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาเช่นในกรณีปกติ แต่หากคู่สัญญาอีกฝ่ายเลือกกรณีหลัง คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถครอบครองทรัพย์สินนั้นต่อไปตามระยะเวลาที่เหลือในสัญญาโดยมีหน้าที่ต้องชำระค่าเช่าหรือค่าตอบแทนตามสัญญานั้น แต่ Trustee ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นภาระต่อไป เช่น การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ การบำรุงซ่อมแซม เป็นต้น และหากคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของ Trustee คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นก็มิมีสิทธิหักกลบหนี้กับค่าเช่าหรือค่าตอบแทนที่จะต้องชำระได้ แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อกองทรัพย์สิน

ส่วนผลของการบอกปิดสัญญาในกรณีที่สามถูกจำกัดลงโดยให้สิทธิผู้ซื้อเป็นผู้เลือกที่จะให้สัญญาซื้อขายนั้นสิ้นสุดลงและสละการครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อนั้น หรือจะยังคงใช้สิทธิครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อนั้นต่อไป โดยหากผู้ซื้อเลือกกรณีแรก ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาเช่นในกรณีปกติ และผู้ซื้อย่อมมีประกันเหนือทรัพย์สินที่ซื้อขายในอันที่จะได้รับชำระหนี้สำหรับราคาที่ได้ชำระไปแล้ว แต่หากผู้ซื้อเลือกกรณีหลัง ผู้ซื้อสามารถครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อนั้นต่อไป โดยมีหน้าที่ต้องชำระราคาทรัพย์สินตามงวดที่ยังคงค้างชำระอยู่ตามสัญญาซื้อขายนั้น และ Trustee มีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา แต่ Trustee ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในข้ออื่นๆซึ่งเป็นภาระต่อไป และหากผู้ซื้อได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของ Trustee ผู้ซื้อก็มีสิทธิหักกลบหนี้กับราคาที่ต้องชำระได้ แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องใดๆต่อกองทรัพย์สิน

<sup>36</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(h)(2) and (i).

<sup>37</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(i) and (j).

## 2. สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งลูกหนี้เป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

หาก Trustee บอกปิดสัญญาดังกล่าว ผู้ได้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิเลือกที่จะให้สัญญานั้นสิ้นสุดลง หรือจะยังคงใช้สิทธิตามที่ได้รับอนุญาตตามสัญญานั้นต่อไป โดยหากผู้ได้รับอนุญาตเลือกกรณีแรก ย่อมมีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาเช่นในกรณีปกติ แต่หากผู้ได้รับอนุญาตเลือกกรณีหลัง ผู้ได้รับอนุญาตคงมีสิทธิตามสัญญานั้นต่อไปในอันที่จะใช้สิทธิในทรัพย์สินปัญญานั้น แต่ Trustee ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในข้ออื่นๆซึ่งเกิดขึ้นภายหลังวันเริ่มต้นคดี เช่น การให้บริการ การปรับปรุงโปรแกรมซอฟต์แวร์ เป็นต้น โดยผู้ได้รับอนุญาตมีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนในการใช้สิทธิตามสัญญานั้น และถือว่าผู้ได้รับอนุญาตสละสิทธิในการหักกลบลบหนี้<sup>38</sup>

## 3. การบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างภายใต้ Chapter 11

การรับเอาหรือบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้นเป็นต้องไปตามมาตรา 1113 ซึ่งได้กำหนดกระบวนการและผลของการบอกปิดสัญญาไว้เป็นพิเศษ โดยหากปรากฏว่าการบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้นจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดต่อกองทรัพย์สิน Trustee ต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ มิฉะนั้นแล้วศาลย่อมไม่เห็นชอบด้วยกับการบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้น อีกทั้งแผนฟื้นฟูกิจการอาจไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลหากปรากฏว่าการบอกปิดสัญญาไม่เป็นไปตามมาตรา 1113 ซึ่งภายใต้มาตรา 1113 การบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างก็คือ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้น ซึ่งศาลจะมีคำสั่งเห็นชอบด้วยกับการบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างต่อเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า<sup>39</sup>

- 1) Trustee ได้จัดทำข้อเรียกร้องกับผู้แทนสหภาพแรงงานก่อนมีการไต่สวน
- 2) ผู้แทนสหภาพแรงงานไม่ตกลงตามข้อเรียกร้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และ

<sup>38</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 365(n).

<sup>39</sup> Bankruptcy Code, 1978, section 1113(c)(1)-(3).

3) จะต้องทำให้เกิดความเท่าเทียมกันในการบอกปิดข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้น กล่าวคือ ประโยชน์ต่างๆของกิจการ เจ้าหนี้ทั้งหลาย และลูกจ้างจะต้องมีความสมดุลกัน

#### 4. การบอกปิดสัญญาสวัสดิการประกันชีวิตและสุขภาพของลูกจ้างที่เกษียณแล้วภายใต้ Chapter 11

มาตรา 1114 ได้กำหนดข้อจำกัดห้ามไม่ให้ Trustee แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำให้สัญญาสวัสดิการดังกล่าวสิ้นสุดลงแต่เพียงฝ่ายเดียวก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสวัสดิการนั้นได้ และกำหนดให้ Trustee ต้องชำระค่าสวัสดิการนั้นต่อไปตามสัญญา จนกว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาสวัสดิการนั้นจะได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนผู้มีอำนาจหรือจากศาล ซึ่งค่าสวัสดิการทั้งหลายตามสัญญาก่อนที่จะมีการเห็นชอบนั้นอยู่ในฐานะเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการอันจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั้งหลาย

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ได้กำหนดข้อจำกัดในการปฏิบัติต่อสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ซึ่งลูกหนี้เป็นผู้ขาย โดยได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแล้วแต่ยังมิได้ตกลงโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อก่อนเริ่มต้นคดีล้มละลาย ดังนี้ ผู้ซื้ออาจเรียกร้องให้ปฏิบัติตามสัญญานั้นได้<sup>40</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้น มาตรา 120 กำหนดว่า หากกองทรัพย์สินต้องรับภาระอันเกิดจากผลประโยชน์ตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ดังนี้ Insolvency Administrator ย่อมต้องเจรจาตกลงกับสหภาพแรงงานเพื่อพิจารณาลดผลประโยชน์ตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้นอาจสิ้นสุดลงโดยการบอกกล่าวล่วงหน้าอย่างน้อยสามเดือน เว้นแต่จะมีเหตุผลสำคัญ ซึ่งในการเจรจาตกลงกันนั้น หาก Insolvency Administrator และสหภาพแรงงานไม่สามารถตกลงกันได้ ดังนี้ Insolvency Administrator อาจเสนอข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่มีการแก้ไขนั้นต่อศาลแรงงานเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบได้ ซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้ความเห็นชอบเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การแก้ไขนั้นเป็นไปตามสภาวะทางเศรษฐกิจของกิจการนั้น โดยคำนึงถึงการคุ้มครอง

<sup>40</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 107(1).

ลูกจ้าง และหลักประกันในการปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่ได้แก้ไขแล้วนั้น โดยหากคู่ความ อันได้แก่ Insolvency Administrator และสหภาพแรงงานไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลแรงงานก็อาจอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ภายในกำหนด 1 เดือนนับแต่วันทราบคำสั่ง<sup>41</sup>

หากกิจการนั้นไม่เจรจาตกลงกับสหภาพแรงงาน ดังนี้ Insolvency Administrator อาจยื่นคำร้องต่อศาลแรงงานเพื่อให้มีคำสั่งเลิกจ้างลูกจ้างตามรายชื่อที่ได้ระบุไว้ในคำร้อง ซึ่งการเลิกจ้างลูกจ้างตามรายชื่อที่ระบุไว้นั้นต้องเป็นเรื่องจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุอันสมควร อีกทั้ง การเลิกจ้างนั้นได้พิจารณาบนพื้นฐานระยะเวลาการทำงาน อายุ และหน้าที่ โดยลูกจ้างย่อมมีสิทธิยื่นคำคัดค้านเพื่อมิให้มีการเลิกจ้างโดยขอให้ศาลยกคำร้องได้<sup>42</sup>

นอกจากนี้ ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ได้ระบุไว้ว่า ในการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายนั้น ควรมิบทยกเว้นเกี่ยวกับการใช้อำนาจออกปิดสัญญาในกรณีสัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาที่ลูกหนี้เป็นผู้ให้เช่า หรือเป็นผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ หรือเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงจะทำให้ธุรกิจของคู่สัญญาอีกฝ่ายจบสิ้นลงหรือถูกกระทบอย่างรุนแรง โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบแล้วประโยชน์ที่ลูกหนี้จะได้รับมีเพียงเล็กน้อย และสัญญาที่รัฐเป็นคู่สัญญา เช่น สัญญาให้สิทธิหรือสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น และเพื่อส่งเสริมหลักความโปร่งใสในคดีล้มละลาย ข้อจำกัดในการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายที่จะจัดการกับสัญญาลักษณะต่างๆ ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายล้มละลาย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทั้งกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย เยอรมนี รวมทั้งตามคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างก็กำหนดให้การออกปิดสัญญาบางลักษณะนั้นต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา อันได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ สัญญาให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และที่สำคัญอย่างยิ่งนั้นได้แก่ สัญญาจ้างแรงงาน เนื่องจากสัญญาจ้างแรงงานมีความสำคัญทั้งต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการและกระบวนการชำระบัญชีที่ผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายต้องการจะขาย

<sup>41</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 122.

<sup>42</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 127.

โอนไปทั้งกิจการ หากสามารถทำให้สัญญาจ้างแรงงานที่เป็นภาระสิ้นสุดลงเพื่อจะลดจำนวน ลูกจ้างลงตามความจำเป็นก็อาจทำให้ขายกิจการได้ในราคาสูงขึ้น และความสัมพันธ์ระหว่าง ลูกจ้างและนายจ้างเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน เพราะไม่ใช่เรื่องสัญญาเพียงอย่างเดียวเหมือนเช่น สัญญาอื่นๆ แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายอื่นๆ ที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้าง เช่น การเลิกจ้างโดย ไม่เป็นธรรม อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ เงินที่ค้างชำระ ระยะเวลาการทำงาน การลาคลอด การปฏิบัติ อย่างเท่าเทียมกัน และการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น ส่วนในสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีการชำระราคาเป็นงวดๆ ซึ่งลูกหนี้เป็น ผู้ขายและผู้ซื้อได้เข้าครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อแล้วอาจมองได้ว่า การที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องถูก ขับไล่ออกไปและสูญเสียการได้สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ไป อาจไม่เป็นธรรมเนื่องจากคู่สัญญา อีกฝ่ายมักเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งต้องการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นและได้ปรับตัวเข้ากับ ทำเลที่ตั้งอสังหาริมทรัพย์แล้วซึ่งสังคมควรให้ความคุ้มครอง จึงควรมีหลักเกณฑ์พิเศษ เช่น ให้ ผู้ซื้อมีประกันเหนือทรัพย์สินที่ซื้อขายในอันที่จะได้รับชำระหนี้สำหรับราคาที่ได้ชำระไปแล้ว เป็นต้น

### 5.5.3 สถานะของหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ยังมิได้มีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา

ในกระบวนการล้มละลายนั้น มาตรา 27 บัญญัติว่า "เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของ ลูกหนี้เด็ดขาดแล้ว เจ้าหนี้จะขอรับชำระหนี้ได้ ก็แต่โดยปฏิบัติตามวิธีการที่กล่าวไว้ใน พระราชบัญญัตินี้ แม้จะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือเป็นเจ้าหนี้ที่ฟ้องคดีแพ่งไว้แล้ว แต่คดี ยังคงอยู่ระหว่างการพิจารณาก็ตาม"

มาตรา 94 บัญญัติไว้ว่า "เจ้าหนี้ไม่มีประกันอาจขอรับชำระหนี้ได้ หากมูลแห่งหนี้ เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ แม้ว่าหนี้นั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระหรือมีเงื่อนไขก็ตาม..."

นอกจากนี้ มาตรา 99 ยังได้บัญญัติไว้ว่า "ถ้าหนี้ค่าเช่าหรือหนี้อย่างอื่นซึ่งมี กำหนดระยะเวลาให้ชำระ และวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ไม่ตรงกับวันกำหนด เจ้าหนี้อาจขอรับ ชำระหนี้ตามส่วนจนถึงวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ได้"

จากบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวนั้นมีผลให้หนี้ที่จะขอรับชำระใน กระบวนการล้มละลายได้ต้องเป็นหนี้ที่มูลแห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 122 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 92 และ มาตรา 91 ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยเหตุที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ยอมรับ สิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ มีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับค่าเสียหาย ได้ภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับจากวันที่อาจใช้สิทธิขอรับชำระหนี้ได้ กล่าวคือ นับแต่วันที่ คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบหรือถือว่าได้ทราบคำสั่งบอกปิดสัญญาของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่ หากมีข้อโต้แย้งเป็นคดี ให้นับจากวันคดีถึงที่สุด จึงเห็นได้ว่ามาตรา 122 วรรคสอง และมาตรา 92 ได้บัญญัติรับรองให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นมีสิทธิขอรับชำระหนี้สำหรับค่าเสียหายได้ อันเป็นการ แปลงสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไปเป็นการชำระหนี้ค่าเสียหาย ซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหนี้ตามสัญญานั้น สามารถขอรับชำระหนี้ได้ โดยเข้ามาอยู่ในกลุ่มเจ้าหนี้ไม่มีประกัน (เว้นแต่สิทธิตามสัญญาของ คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะเป็นสิทธิมีประกัน) ในอันที่จะได้รับชำระหนี้เฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนหนี้ ทั้งนี้เพราะสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเกิดขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์บอกปิดสัญญา มูลหนี้ ค่าเสียหายจึงเกิดขึ้นภายหลังวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์แล้ว จึงไม่อาจขอรับชำระหนี้ได้ตาม มาตรา 94 หนี้ค่าเสียหายดังกล่าวจัดเป็นข้อยกเว้นซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษในกฎหมายล้มละลาย ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วต้องถือว่าหนี้ที่จะขอรับชำระในกระบวนการล้มละลายได้ต้องเป็นหนี้ที่มูล แห่งหนี้ได้เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์<sup>43</sup>

แต่หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นั้นรับเอาสัญญา พระราชบัญญัติล้มละลาย มิได้กำหนดไว้เป็นพิเศษว่าจะมีผลอย่างไร ดังนั้น จึงเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา กล่าวคือ ต่างฝ่ายต่างต้องปฏิบัติตามภาระหนี้ให้แก่กันตามสัญญา โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายและ กองทรัพย์สินโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องชำระหนี้ตามสัญญานั้นต่อไปให้เสร็จสิ้น

กรณีจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าในช่วงเวลาที่ยังมิได้มีการรับเอาหรือบอกปิด สัญญา ย่อมทำให้เกิดช่องว่างระหว่างระยะเวลา กล่าวคือ นับแต่เวลาที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ จนถึงเวลาที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์รับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายและ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะดำเนินการเกี่ยวกับสัญญานั้นอย่างไร จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา ต่อไปจนกว่าจะมีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งหากให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตาม

<sup>43</sup> ทวี กสิยพงศ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, หน้า 269.

สัญญาต่อไปเพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินแต่กลับไม่ได้ค่าตอบแทน เนื่องจากมาตรา 99 จำกัดไว้  
เช่นนี้อาจเกิดความไม่เป็นธรรม

โดยในกรณีของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ พระราชบัญญัติล้มละลายได้บัญญัติ  
รับรองสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายในการได้รับชำระหนี้ตอบแทนไว้ โดยนัยแห่งมาตรา 90/12(8) และ  
มาตรา 90/12(11) ประกอบกับมาตรา 90/27 วรรคท้าย ซึ่งทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นเจ้าของ  
ทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขายหรือ  
สัญญาอื่นที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นกำหนดเวลา หรือ  
คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการสาธารณูปโภคมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามสัญญา

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว  
พบว่า มาตรา 365(d)(3) ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งถึงหน้าที่ของลูกหนี้ในสัญญาเช่า  
อสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ใช้อู่อาศัยที่ยังไม่สิ้นสุด โดยกำหนดให้ Trustee ต้องชำระค่าเช่าซึ่งเกิดขึ้น  
ในช่วงเวลาดังกล่าวตามกำหนดเวลา และในกรณีมีเหตุอันสมควร ศาลอาจมีคำสั่งเลื่อน  
กำหนดเวลาที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาในหนี้ที่เกิดขึ้นภายใน 60 วันนับแต่วันที่มูลค่าเริ่มต้นคดี แต่  
ทั้งนี้จะต้องไม่พ้นกำหนด 60 วันดังกล่าว และตามมาตรา 365(d)(5) ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งถึง  
หน้าที่ของลูกหนี้ในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ยังไม่สิ้นสุด ภายใต้กระบวนการ  
ฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11 โดยกำหนดให้ Trustee ต้องชำระค่าเช่าซึ่งเกิดขึ้นภายหลัง 60 วัน  
นับแต่วันที่มูลค่าเริ่มต้นคดีตามกำหนดเวลา จนกว่าจะมีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญานั้น จะ  
เห็นได้ว่าตามมาตรานี้ Trustee ได้สิทธิสามารถใช้ทรัพย์สินที่เช่าได้โดยไม่ต้องชำระค่าเช่าในช่วง  
60 วันแรก เว้นแต่เมื่อศาลได้ไต่สวนแล้วเห็นสมควรมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์แห่งความ  
ยุติธรรม

ส่วนกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมนี ได้กำหนดให้สัญญาที่ก่อนนี้ให้แก่  
คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายปฏิบัติเป็นช่วงๆกันไปตลอดระยะเวลาตามสัญญา อันได้แก่ สัญญาเช่า  
อสังหาริมทรัพย์และสัญญาให้บริการแก่ลูกหนี้นั้นจะต้องดำเนินการตามสัญญาต่อไป โดยถือว่าเป็น  
เป็นหนี้ของกองทรัพย์สินในอันที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 108(1).

ส่วนสิทธิเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายตามสัญญาดังกล่าวซึ่งเกิดก่อนเริ่มต้นคดีล้มละลายนั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมมีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ในฐานะเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายเท่านั้น<sup>45</sup>

อีกทั้ง ตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ระบุไว้ว่าในระหว่างเวลาเริ่มต้นแห่งคดีล้มละลายจนถึงเวลาที่มีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา หากสัญญานั้น มีการปฏิบัติต่อก่อนมีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องได้รับชำระค่าตอบแทนตามสัญญาในการที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปในฐานะเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการ เพราะมีความเป็นธรรมที่จะสันนิษฐานว่าการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปนั้นย่อมเป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน มิฉะนั้นแล้วสัญญานั้นก็คงถูกปฏิเสธ และหากผู้มีอำนาจจัดการแทนลูกหนี้ในคดีล้มละลายใช้ทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของลูกหนี้โดยสัญญาต่อไป บุคคลนั้นจะต้องได้รับชำระค่าตอบแทนตามสัญญาในการที่ให้ใช้ทรัพย์สินต่อไปในฐานะเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการ และหากสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ บุคคลภายนอกต้องได้รับความคุ้มครองในการที่ทรัพย์สินนั้นเสื่อมค่าลง

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนี รวมถึงคำแนะนำของ UNCITRAL ต่างก็ยอมรับสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายในการได้รับชำระหนี้ตอบแทนการที่ตนได้ให้ใช้ทรัพย์สินต่อก่อนมีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญา อันเป็นประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน โดยถือว่านี่ดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการ อันจะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้ไม่มีประกัน

<sup>45</sup> Insolvenzordnung, 1994, section 108(2).