

กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ : ศึกษากรณี
การยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ



นายมนุเชษฐ์ ไรจนศิริบุตร

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ ภาควิชานิติศาสตร์

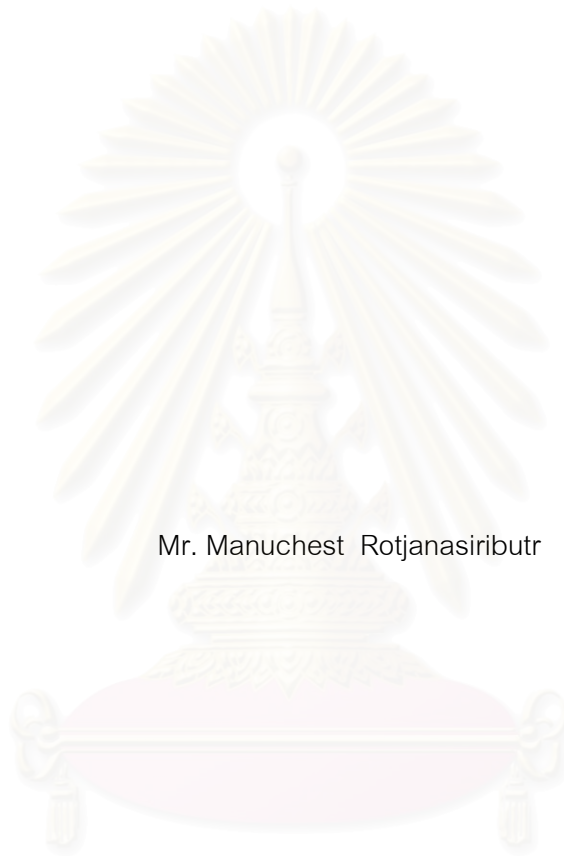
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-03-1509-7

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY :
CASE STUDY ON THE RECOGNITION OF JUDGEMENT
OR ORDER OF THE FOREIGN COURT



Mr. Manuchest Rotjanasiributr

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of laws in International Laws

Department of Law
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2001
ISBN 974-03-1509-7

หัวข้อวิทยานิพนธ์ กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ :
ศึกษากฎนี้ การยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่าง
ประเทศ

โดย นายมนุเชษฐ์ โจนศิริบุตร

สาขาวิชา นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์มรุธา วัฒนชะวีระกุล

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม อาจารย์วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เต๋อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์มรุธา วัฒนชะวีระกุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม
(อาจารย์วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์)

.....กรรมการ
(อาจารย์สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์)

นายมนูเชษฐ์ โจนศิริบุตร : กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ :
ศึกษารณีย์ การยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ (UNCITRAL MODEL
LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY : CASE STUDY ON THE RECOGNITION OF
JUDGEMENT OR ORDER OF THE FOREIGN COURT) อาจารย์ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์
มูรธา วัฒนชะวีระกุล, อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม : อาจารย์วิศิษฏ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, 290 หน้า.

ISBN 974-03-1509-7

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศเป็นหลัก โดยศึกษาถึงเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ ลักษณะที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ และทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลาย รวมทั้งวิเคราะห์การรับหลักการของประเทศไทยต่อกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ด้วย

ผลจากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า กฎหมายต้นแบบมีบทบัญญัติ และแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ซึ่งสามารถรองรับและเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นจากคดีล้มละลายข้ามชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายต่างประเทศในมาตรา 177 และมาตรา 178 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ของประเทศไทยมีความไม่เหมาะสม ไม่เอื้ออำนวย และไม่สามารถรองรับต่อการจัดการ และแก้ไขปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีรวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมถึงการไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอและเป็นธรรมด้วย โดยเฉพาะกับเจ้าหนี้ในประเทศไทยเองซึ่งอาจสูญเสียผลประโยชน์ที่ควรได้รับไป นอกจากนี้ยังเป็นอุปสรรคต่อการค้า และการลงทุนในทางระหว่างประเทศอีกด้วย โดยเฉพาะการลงทุนและนักลงทุนจากต่างประเทศที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ขาดความเชื่อมั่นต่อความมั่นคงและการได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอจากการดำเนินธุรกิจในประเทศไทย อันเนื่องมาจากการขาดกฎหมายรองรับในการแก้ไขปัญหา และสามารถปกป้องผลประโยชน์ต่อกิจการและทรัพย์สินที่มีอยู่ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรม นอกจากนี้ยังไม่เอื้ออำนวยต่อพันธกรณีในการเปิดเสรีทางการค้าจากการที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) อีกด้วย

ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนะว่า ประเทศไทยควรมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติขึ้น เพื่อจะได้สามารถรองรับกับคดีล้มละลายข้ามชาติได้โดยเฉพาะการรับรอง และการยอมรับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยได้เสนอให้พิจารณาจากหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบเป็นหลัก เพราะมีหลักการที่เด่น ไม่เคร่งครัดเกินไปนัก และมีความเป็นสากล โดยควรบัญญัติเป็นกฎหมายขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่งต่างหากจากกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้ว เพื่อให้มีความชัดเจนเนื่องจากกฎหมายรับหลักการจะมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กับคดีล้มละลายที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศเป็นหลัก นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้เสนอให้ศาลล้มละลาย รวมทั้งหน่วยงาน และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรับหลักการโดยตรง เพราะเป็นศาลชำนาญพิเศษและมีประสบการณ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการรับหลักการ และกฎหมายรับหลักการนี้จะป้จจัยเอื้ออันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นต่อนักลงทุนต่างชาติ เป็นการส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติให้มีมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในประเทศต่อคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นให้ได้รับการจัดสรรชำระหนี้ที่เป็นธรรมยิ่งขึ้นอีกด้วย

ภาควิชานิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติ.....

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

ปีการศึกษา 2544

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

4186111434 : MAJOR LAW

MANUCHEST ROTJANASIRIBUTR : UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER
INSOLVENCY : CASE STUDY ON THE RECOGNITION OF JUDGEMENT OR ORDER OF
THE FOREIGN COURT. THESIS ADVISOR : ASSISTANT PROFESSOR MURATHA
WATTANACHEEVAKUL; CO-ADVISOR : WISIT WISITSORA-AT, 290 pp.
ISBN 974-03-1509-7

This thesis is aimed at exploring the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, with particular emphasis on the recognition of a foreign insolvency proceeding. The study is also extended to the State and court jurisdiction over a cross-border insolvency case, the characteristic and origin of the law relating to cross-border insolvency, and the theory on consequence of insolvency proceeding. Moreover, this study is aimed to analyze of Thailand with the enactment of this Model Law.

The examination by this thesis reveals that while the Model Law sets out specific rules conjunction with the recognition of a foreign insolvency proceeding that effectively resolve the problems arising from the cross-border insolvency case, no particular law in this instance has been in place in Thailand. In addition, the unsuitable of Articles 177 and 178 of the Thailand Insolvency Act B.E. 2483 which can not deals with the cross-border insolvency case by effectively, affecting to the interested persons of the case that no obtain enough and fair protection, in particular to Thai creditors. All this, indeed, constitutes barriers to international trade and investment and it is not pursuant to Thailand's obligations of free-trading as Thailand has been a member of World Trade Organization (WTO).

This thesis suggests that Thailand should, in effect, have the law relating to cross-border insolvency, to deal with the cross-border insolvency cases, in particular the recognition of foreign insolvency proceeding. This thesis suggests that underlying legal principles as contained in the Model Law be adopted as guidance for the enactment of specific legislation intended to be applicable to the recognition of foreign insolvency proceeding, due to its universal characteristic and no moreover strictly provided. Its promulgation should be separate from the existing law because of the Enacting Law is aimed to play a role in the insolvency cases having a foreign element. This thesis also suggests that the Bankruptcy Court, relating offices and officers should directly be the authority persons of the Enacting Law due to having theirs relate experiences. Finally, the Enacting Law will be the factors of investment promotion from aboard, creating confidence to foreign investors and protection the interests of creditors, debtors, and interested persons involving the cases, to obtain more fair practice and distribution.

Department	Law	Student's signature.....
Field of Study	International Law	Advisor's signature.....
Academic Year	2001	Co-Advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากความเมตตาของคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ร่วมพิจารณา และกรุณาให้ความช่วยเหลืออีกทั้งให้ความเห็นทางวิชาการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำอันมีค่าอย่างยิ่งด้วยอัธยาศัยไมตรีที่เป็นกันเอง

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย และท่านอาจารย์สุศักดิ์ วาจาสิทธิ์ ที่กรุณารับ และได้สละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยให้ความเห็นทางวิชาการและข้อชี้แนะอันมีค่าอย่างยิ่งด้วยความเมตตาของความเป็นอาจารย์ที่มีต่อศิษย์อย่างเป็นกันเอง ซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความชัดเจน ครบถ้วนบริบูรณ์ มีคุณค่า และเกิดประโยชน์ในทางวิชาการมากยิ่งขึ้น

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์มูรธา วัฒนชะชีวะกุล เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและสนับสนุนให้มีการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตั้งแต่แรกเริ่ม โดยกรุณาสละเวลาอันมีค่าในการตรวจพิจารณา และให้ความเห็นทางวิชาการอย่างละเอียดถี่ถ้วน รวมทั้งให้คำแนะนำเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งให้ผู้วิจัยสามารถศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าในการถ่ายทอดความรู้ แนวความคิด และประสบการณ์จากการเป็นผู้แทนเข้าร่วมประชุมกับ UNCITRAL เพื่อจัดทำกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติขึ้น โดยกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม และให้การสนับสนุนในการศึกษาค้นคว้า รวมทั้งตรวจเนื้อหาวิทยานิพนธ์ อันเป็นส่วนสำคัญให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จ ลุล่วงได้เป็นอย่างดี อีกทั้งให้ความกรุณาตรวจบทความย่อภาษาอังกฤษให้มีความถูกต้องชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาของผู้วิจัยทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือ และสนับสนุนในการศึกษาวิจัย และขอขอบคุณ คุณฤทัย พูลสวัสดิ์ ที่ให้ความช่วยเหลือทุกอย่าง และคอยให้กำลังใจในการศึกษาค้นคว้าเสมอมา อันเป็นแรงบันดาลใจที่สำคัญในการผลักดันให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จขึ้นได้

ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณดุลยธรรม ธรรมวงศ์ เจ้าหน้าที่ห้องสมุด ESCAP องค์การสหประชาชาติ และ ดร. วิลาวรรณ ลาภวงศ์วัฒนา หัวหน้ากองกฎหมาย กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ ที่ให้ความอนุเคราะห์ทางด้านข้อมูล และเอกสารต่างประเทศ ขอขอบคุณ คุณอรุณี คงเรืองฤทธิ์ และคุณอังคณา หรรณันท์ ที่ช่วยประสานงานในการสอบวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณ ท่านผู้พิพากษายุทธพงศ์ ภูริเสถียร ที่ให้ คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ตั้งแต่แรกเริ่ม และพิสูจน์อักษรให้มีความถูกต้องยิ่งขึ้น ขอขอบคุณ เจ้าหน้าที่บัณฑิต ที่ให้คำแนะนำต่างๆ ตลอดการศึกษา และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ และสถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ และหอสมุดปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ช่วยเหลือในการค้นคว้าเอกสารด้วยอัธยาศัยไมตรี และขอขอบคุณพี่น้องมองเพื่อนกัลยาณมิตรทุกท่าน และบุคคลอื่นๆ ที่ไม่อาจกล่าว नामได้หมด ณ ที่นี้

ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณอรนิตา โจนศิริบุตร และคุณจุฑาทิพย์ โจนศิริบุตร น้องสาวของผู้วิจัย ที่ช่วยพิมพ์วิทยานิพนธ์ด้วยความอุตสาหะ ขอขอบคุณครอบครัวอันแสนอบอุ่น และความห่วงใยเอาใจใส่ของสมาชิกทุกท่านในครอบครัวของผู้วิจัย ซึ่งถือเป็นพลังผลักดันอันสำคัญในการศึกษาวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ลุล่วงไปด้วยดี และสุดท้ายผู้วิจัยขอกราบระลึกถึงพระคุณของบิดามารดา นายบุญยวัฒน์ โจนศิริบุตร และ นางสุภัทรา โจนศิริบุตร ผู้ให้กำเนิด เลี้ยงดูอบรมสั่งสอนผู้วิจัยด้วยความรักและความห่วงใยเสมอ รวมทั้งให้กำลังใจ และดูแลเอาใจใส่ผู้วิจัยในระหว่างทำวิทยานิพนธ์

มนุเชษฐา โจนศิริบุตร

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญภาพ.....	ฒ
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความหมายของ “การล้มละลายข้ามชาติ”.....	1
1.2 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	2
1.3 สมมติฐาน.....	7
1.4 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.5 ขอบเขตของการวิจัย.....	9
1.6 วิธีการวิจัย.....	9
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	10
2 ลักษณะที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติและทฤษฎี	
ว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลาย.....	11
2.1 ลักษณะของนิติสัมพันธ์.....	11
2.2 องค์ประกอบระหว่างประเทศ.....	13
2.2.1 พื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจรัฐ.....	13
2.2.2 จุดเกาะเกี่ยว.....	14
2.2.2.1 จุดเกาะเกี่ยวของตัวลูกหนี้.....	15
ก. สัญชาติ (Nation).....	15
ข. ภูมิลำเนา (Domicile).....	16
ค. ถิ่นที่อยู่ (Residence).....	17
ง. สถานประกอบการ (Establishment).....	18
จ. การประกอบธุรกิจ (Carrying on business).....	18
2.2.2.2 จุดเกาะเกี่ยวในทรัพย์สินของลูกหนี้.....	18
2.2.2.3 จุดเกาะเกี่ยวในความผิดในหนี้ของลูกหนี้.....	19
ก. เจ้าหนี้ (Creditor).....	19
ข. ความรับผิดแห่งหนี้ (Debt's Liabilities).....	20
2.3 ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ.....	22
2.3.1 กฎหมายภายในของรัฐ.....	22

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ.....	25
2.3.2.1 กฎหมายเอกชน.....	25
2.3.2.2 กฎหมายระหว่างรัฐ.....	27
ก. สนธิสัญญาหรืออนุสัญญา.....	27
ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	30
ค. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป.....	31
ง. คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ.....	32
2.4 ทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลาย.....	35
2.4.1 ทฤษฎี Territoriality.....	35
2.4.1.1 ลักษณะและความหมาย.....	35
2.4.1.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้.....	35
2.4.1.3 ผลเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย.....	36
2.4.1.4 ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้.....	36
2.4.2 ทฤษฎี Universality.....	37
2.4.2.1 ลักษณะและความหมาย.....	37
2.4.2.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้.....	38
2.4.2.3 ผลเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย.....	39
2.4.2.4 ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้.....	39
2.4.3 เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality กับทฤษฎี Universality.....	40
2.4.3.1 ลักษณะและผลที่เอื้อต่อกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายข้ามชาติ.....	40
ก. ทฤษฎี Territoriality.....	40
ข. ทฤษฎี Universality.....	41
2.4.3.2 ลักษณะและผลที่เป็นอุปสรรคต่อกระบวนการ คดีล้มละลายข้ามชาติ.....	41
ก. ทฤษฎี Territoriality.....	41
ข. ทฤษฎี Universality.....	42
3 เขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.....	44
3.1 ขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาล.....	44
3.1.1 ขอบเขตของเขตอำนาจรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	44

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.1.1.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction).....	45
3.1.1.2 เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction).....	46
3.1.1.3 เขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดร้ายแรงและ เป็นภัยต่อความมั่นคง (Protective Jurisdiction).....	46
3.1.1.4 เขตอำนาจรัฐเหนือความผิดสากล (Universal Jurisdiction).....	47
3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาล.....	47
3.1.2.1 เขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐ.....	48
3.1.2.2 การใช้เขตอำนาจศาลต้องสอดคล้องกับการใช้เขต อำนาจรัฐ.....	48
3.1.2.3 การจำกัดการใช้เขตอำนาจรัฐให้เกิดการจำกัด การใช้เขตอำนาจศาล.....	48
3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.....	49
3.2.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด เป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล.....	50
3.2.1.1 การใช้ภูมิลำเนาในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.....	51
ก. ภูมิลำเนาเจ้าหนี้.....	52
ข. ภูมิลำเนาลูกหนี้.....	53
3.2.1.2 การใช้ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในฐานะ จุดเกาะเกี่ยว.....	55
3.2.1.3 การใช้ถิ่นที่อยู่ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.....	57
3.2.1.4 การใช้การประกอบธุรกิจของลูกหนี้ในฐานะ จุดเกาะเกี่ยว.....	59
3.2.1.5 การใช้การปรากฏตัวในราชอาณาจักรของลูกหนี้ใน ฐานะจุดเกาะเกี่ยว.....	61
3.2.1.6 การใช้ภาวะการมีหนี้สินล้มพันตัวของลูกหนี้ใน ฐานะจุดเกาะเกี่ยว.....	64
3.2.1.7 การใช้สถานที่ตั้งของทรัพย์สินลูกหนี้ในฐานะ จุดเกาะเกี่ยว.....	66
3.2.1.8 การใช้การยอมรับเขตอำนาจศาลของลูกหนี้และ เจ้าหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.....	67

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2.2	เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด
	เป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล.....69
3.2.2.1	การใช้สัญชาติเจ้าหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว..... 70
3.2.2.2	การใช้สัญชาติลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว..... 72
3.3	เขตอำนาจของศาลไทย..... 74
3.3.1	การดำเนินกระบวนการพิจารณานอกราชอาณาจักร..... 76
3.3.2	การดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ศาลต่างประเทศ..... 78
3.3.3	ผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย..... 79
4	กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) เกี่ยวกับการ การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ..... 81
4.1	หลักการและความเป็นมาแห่งกฎหมายต้นแบบ..... 81
4.2	วัตถุประสงค์แห่งกฎหมายต้นแบบ..... 84
4.3	ขอบเขตการบังคับใช้แห่งกฎหมายต้นแบบ..... 88
4.4	การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ..... 89
4.4.1	โดยอาศัยศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Debtor's Center of Main Interests)..... 90
4.4.2	โดยอาศัยสถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment)..... 93
4.4.3	โดยอาศัยกฎหมายภายใน (National Law)..... 93
4.4.3.1	ผู้แทนต่างประเทศ (Foreign Representative)..... 94
	ก. เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย..... 94
	ข. เริ่มกระบวนการรับรอง..... 95
4.4.3.2	เจ้าหนี้ต่างประเทศ (Foreign Creditor)..... 96
4.4.3.3	ทรัพย์สินของลูกหนี้ (Debtor's Assets)..... 97
4.5	สถานะและผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ..... 98
4.5.1	กระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding)..... 99
4.5.2	กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding)..... 101
4.6	การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ..... 103
4.6.1	การเข้าสู่กระบวนการรับรองโดยผู้แทนต่างประเทศ..... 103

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า	
4.6.2	108	
4.6.3	110	
4.6.4	112	
4.6.4.1	112	
4.6.4.2	114	
4.6.4.3	115	
4.7	117	
4.7.1	117	
4.7.2	120	
4.7.2.1	121	
ก.	121	
ข.	123	
4.7.2.2	125	
ก.	125	
ข.	126	
4.8	128	
5	วิเคราะห์การรับหลักการของประเทศไทยต่อกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) เกี่ยวกับการริบรอง กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ และการยอมรับ ถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ.....	131
5.1	131	
5.2	135	
5.3	137	
5.3.1	139	
5.3.2	140	
5.3.3	143	
5.4	146	
5.4.1	150	
5.4.2	153	

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.4.3 การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ.....	155
5.4.3.1 วิธีการเข้าสู่ศาลของผู้แทนต่างประเทศ.....	157
ก. โดยการยื่นคำร้องขอ.....	157
ข. โดยการร้องสอด.....	160
5.4.3.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ.....	161
ก. สิทธิเกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอ.....	161
ข. หน้าที่เกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอ.....	162
5.4.4 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง.....	166
5.5 คำพิพากษาหรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	170
5.5.1 กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding).....	171
5.5.2 กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding).....	171
5.5.3 การเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่ง.....	173
5.5.4 การอุทธรณ์.....	174
5.6 การให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	176
5.6.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.....	176
5.6.2 การให้ความคุ้มครองเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรับรอง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	180
5.6.2.1 การคุ้มครองลูกหนี้.....	180
ก. ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในต่าง ประเทศ.....	182
(1) โดยผลของกฎหมาย (Automatic Relief)	183
(2) โดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief).....	187
ข. ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ในต่างประเทศ....	188
5.6.2.2 การคุ้มครองเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย.....	190
ก. โดยผลของกฎหมาย (Automatic Relief).....	193
ข. โดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief)....	195
5.7 อำนาจศาลและหน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย.....	198
5.7.1 เขตอำนาจศาล.....	198

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.7.1.1 การยอมรับผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ต่างประเทศ.....	201
5.7.1.2 การยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	203
5.7.1.3 การบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	208
ก. ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศ.....	210
ข. ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศ.....	211
ค. การขัดกันแห่งกฎหมายของทรัพย์สิน.....	212
5.7.2 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์.....	215
5.7.3 สำนักงานฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้.....	217
5.7.4 ผู้ชำระบัญชี.....	221
6 บทสรุปและเสนอแนะ.....	226
รายการอ้างอิง.....	233
ภาคผนวก	242
-ภาคผนวก ก กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency).....	243
-ภาคผนวก ข คำแปลของกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลาย ข้ามชาติ	257
-ภาคผนวก ค มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ที่ 52/158 (General Assembly Resolution 52/158).....	273
-ภาคผนวก ง ตารางสรุป เปรียบเทียบ และวิเคราะห์.....	275
ประวัติผู้วิจัย	290

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 แผนภาพข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย ล้มละลายที่มีลักษณะระหว่างประเทศ.....	12
4.6.1 แผนภาพแสดงถึงการเข้าสู่กระบวนการรับรองของศาลโดย ผู้แทนต่างประเทศ.....	107



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความหมายของ “การล้มละลายข้ามชาติ”

เนื่องจากในปัจจุบันเศรษฐกิจของโลกมีการขยายตัวอย่างมาก การค้ามีการเปิดเสรีมากขึ้น นักลงทุนเข้าไปลงทุนในชาติอื่นมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นภาคธุรกิจ ทางด้านพาณิชย์กรรม ภาค อุตสาหกรรม หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี กล่าวได้ว่ามีความสัมพันธ์กับต่างชาติเสมอและนับวันจะมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น หากธุรกิจหรือกิจการนั้นสามารถดำเนินกิจการไปได้ด้วยดีแล้วก็จะทำให้มีผลประโยชน์เกิดขึ้นมากมายทั้งในประเทศที่เข้าไปลงทุน หรือกับประเทศของตนเมื่อมีการส่งเงินกลับไป แต่บางครั้งธุรกิจมิได้ดำเนินไปได้ด้วยดีอย่างที่หวังไว้ โดยอาจเนื่องมาจากสาเหตุหลายประการซึ่งอาจเกิดขึ้นจากระบบบริหารของธุรกิจนั่นเองที่ไม่มีประสิทธิภาพ หรืออาจได้รับผลกระทบจากภาวะเศรษฐกิจของเศรษฐกิจในประเทศที่เข้าไปลงทุน หรือภาวะของเศรษฐกิจโลกซึ่งจะทำให้ได้รับผลกระทบจนกระทั่งไม่มีเงินทุนหมุนเวียนที่เพียงพอในการบริหารงาน

โดยปัญหาทางด้านหนี้สินเมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่เพียงแต่ขยายมีผลเฉพาะแต่ในระดับภูมิภาค แต่ยังมีผลกระทบต่อระบบโครงสร้างของเศรษฐกิจโลกอีกด้วย¹ และลูกหนี้อาจมีภาระหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินที่มีอยู่ หรือเป็นผู้มีหนี้สินล้มพันตัว (insolvent) กล่าวคือ มีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทุกรายตามจำนวนที่เป็นหนี้กันอยู่ได้ โดยเป็นสภาวะการณ์ที่ลูกหนี้มีหนี้สินเป็นจำนวนมาก (overindebtedness) จนเกินกว่าปริมาณทรัพย์สินที่ตนมีอยู่ทั้งหมด อันทำให้ไม่สามารถจะชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของตนได้ ซึ่งลูกหนี้มีสถานะทางการเงินที่ไม่สามารถรับผิดชอบต่อหนี้สินทั้งหมดที่ตนได้ก่อขึ้น² ซึ่งถือว่าเจ้าหนี้ทุกรายได้รับความเสียหาย และหากปล่อยให้ เจ้าหนี้แต่ละรายต่างฟ้องร้องกันเองก็อาจจะทำให้บรรดาเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเอง คืออาจจะไม่ได้รับชำระหนี้เท่าที่ควร หรือเจ้าหนี้รายอื่นอาจได้รับความเสียหาย คืออาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย ดังนั้นจึงต้องฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลาย³ เพื่อจะได้แบ่งสันปันส่วนทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้อย่างทั่วถึง

¹Roger E. Shields, Aspects of Current International Debt Problems: Is the Problem Insolvency or Illiquidity?, (New York : the American Enterprise Institute, 1987), p. 8.

²สุธีร์ ศุภนิตย์, หลักกฎหมายล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 26.

³มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของคดีล้มละลายไว้ว่า “คดีล้มละลาย” หมายความว่า คดีตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายที่มีไซค์คืออาญาและให้รวมถึงคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกันกับคดีดังกล่าวด้วย.”

กันและเท่าเทียมกันอย่างเป็นทางการ (Pari Passu)⁴ และคดีดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็น “คดีล้มละลายข้ามชาติ” (cross-border insolvency cases) เนื่องจากเป็นคดีล้มละลายที่มีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นมูลเหตุการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ สถานที่ในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ ตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือลักษณะของหนี้นั้นเองซึ่งลูกหนี้รายหนึ่งอาจไปกู้เงินจาก เจ้าหนี้หลายรายทั่วโลก หรือทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้เข้าไปลงทุนทำกิจการ และมีทรัพย์สินอยู่ในหลายประเทศ เมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวจนถึงขั้นล้มละลายจึงเป็น “การล้มละลายข้ามชาติ” (cross-border insolvency)

การล้มละลายข้ามชาติในปัจจุบันที่เห็นได้ชัดเจนคือในกรณีของ “บริษัทข้ามชาติ” (Transnational Corporation (TNC)) ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่แพร่หลายในประชาคมระหว่างประเทศ โดยลักษณะข้ามชาติของนิติบุคคลประเภทนี้เกิดจากการที่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของนิติบุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐหลายรัฐ⁵ บริษัทข้ามชาติถือกำเนิดมาจากการจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง และต่อมาบริษัทดังกล่าวได้ขยายกิจการและขอบเขตของการดำเนินธุรกิจของตนออกไปนอกดินแดนของประเทศซึ่งบริษัท ดังกล่าวได้จัดตั้งขึ้น การขยายขอบเขตการดำเนินธุรกิจดังกล่าวส่งผลให้บทบาทของบริษัทเหล่านั้นมีมากขึ้นในทางระหว่างประเทศ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินธุรกิจของบริษัทดังกล่าวทั้งโดยประเทศซึ่งบริษัทเหล่านั้นจัดตั้งขึ้นและประเทศอื่นๆ ซึ่งบริษัทเข้าไปลงทุนและดำเนินธุรกิจ โดยในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ บริษัทข้ามชาติดังกล่าวยังถือเป็นเพียงนิติบุคคลเอกชนตามกฎหมายภายในของประเทศที่บริษัทเหล่านั้นจัดตั้งขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสภาพบุคคลและความสามารถของบริษัทดังกล่าวในการดำเนินธุรกิจ ย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่บริษัทเหล่านั้นจัดตั้งขึ้น (state of incorporation)

1.2 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

คดีล้มละลายข้ามชาติเหล่านี้มีความสลับซับซ้อนของการเป็นลูกหนี้-เจ้าหนี้กัน กล่าวคือ ลูกหนี้อาจมีเจ้าหนี้ที่อยู่ในหลายประเทศ อีกทั้งทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือสถานประกอบธุรกิจของลูกหนี้ก็มีอยู่ในหลายประเทศเช่นกัน ทำให้เกิดปัญหาในการแบ่งสันปันส่วนทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ รวมทั้งเขตอำนาจศาลในการพิจารณาที่มีความคาบเกี่ยวกันหลายประเทศ หรือวิธีการบังคับคดีว่าจะดำเนินการอย่างไรจึงจะทำให้เจ้าหนี้ทุกรายได้รับความเป็นธรรมที่สุด

⁴Draft Legislative Guide on Insolvency Law ของ UNCITRAL ได้ให้นิยาม หรือความหมายของ “Pari Passu” ไว้ว่า “Pari Passu : principle according to which creditors of the same class are treated equally [and are paid proportionately out of the assets of the estate].”

⁵พันธทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 261.

ซึ่งนับวันคดีล้มละลายข้ามชาตินี้จะทวีเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยสามารถที่จะกล่าวได้ว่าคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเป็นผลสะท้อนกลับของการขยายตัวอย่างต่อเนื่องของเศรษฐกิจโลกทางด้านการค้า และการลงทุน อย่างไรก็ตามกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศมิได้มีการขยายตัวไปตามแนวโน้มนี้ และบ่อยครั้งจะต้องหยุดชะงัก ไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาของคดีล้มละลายข้ามชาติได้ โดยเป็นผลมาจากความไม่เพียงพอ และการไม่มีกระบวนการวิธีพิจารณาความทางกฎหมายที่ประสานกลมกลืนกันของแต่ละชาติที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการบรรเทาแก้ไขปัญหาทางการเงินของธุรกิจอย่างเป็นธรรม และมีประสิทธิภาพโดยเฉพาะในคดีล้มละลายข้ามชาติเหล่านี้

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งของคดีล้มละลายข้ามชาติคือ ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ทำการขอลดโดยปิดบังทรัพย์สิน เคลื่อนย้าย หรือโอนทรัพย์สินไปอยู่ในเขตอำนาจศาลของต่างประเทศ ซึ่งโดยเฉพาะในภาวะปัจจุบัน การติดต่อสื่อสารกันนั้นมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยง่ายต่อการที่จะทำการขอลดโดยการปิดบังหรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินนี้ จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดกลไกในความร่วมมือระหว่างประเทศขึ้นในด้านของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทข้ามชาติ ซึ่งมีบริษัทในเครือ (subsidiaries) อยู่ในหลายประเทศ เมื่อบริษัทแม่ (parent company) มีหนี้สินล้นพ้นตัวจนถึงขั้นล้มละลายแล้ว ผลกระทบที่เกิดขึ้นคือบริษัทในเครือจะต้องล้มละลายไปด้วยโดยปกติ⁶ โดยปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมาหากไม่มีกฎหมายและความร่วมมือทางระหว่างประเทศที่ชัดเจนและเป็นธรรม ในแต่ละประเทศต่างก็อ้างเขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) และเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ของตนโดยต่างก็ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายภายในของตนในแต่ละประเทศ ต่างก็แต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือผู้ดูแลทรัพย์ของลูกหนี้ขึ้นเพื่อเข้าจัดการและดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยไม่ได้มีการประสานงาน มีการร่วมมือกันในการเข้าดำเนินการดังกล่าวแล้ว ก็เกิดปัญหาที่ยุ่งยากตามมาเหมือนอย่างเช่นในคดี Bank of Credit and Commerce International (BCCI)⁷ ที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งสุดท้ายแล้วก็จะมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ทั้งหลาย ที่อาจจะไม่ได้รับส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะเกิดประโยชน์สูงสุด (maximization of assets) แก่ตนและเป็นธรรม

ปัจจุบันมีจำนวนประเทศไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่มีขอบเขตของกฎหมายที่ครอบคลุมไปถึงการแก้ไขปัญหาการล้มละลายข้ามชาติในรูปแบบเชิงรุกที่สอดคล้องกับการค้าและการลงทุน โดยเทคนิคหรือความคิดที่หลากหลายได้ถูกนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของกฎหมาย

⁶E Bruce Leonard and Christopher W Besant, Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations, (London : Graham & Trotman and International Bar Association, 1994), p. 88.

⁷Re Bank of Credit and Commerce International SA (No. 2) [1992] B.C.C. 715, CA., quoted in Louis G. Doyle, Insolvency Litigation, (London : Sweet & Maxwell, 1999), p. 414.

เฉพาะ เป็นต้นว่าอยู่ในกฎหมายล้มละลายภายในในประเทศของตนเอง เช่น ประเทศอังกฤษ⁸ หรือ ประเทศออสเตรเลีย⁹ เป็นต้น หรือในรูปแบบของสนธิสัญญาและอนุสัญญา แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาค่าทั้งระบบ และเกิดปัญหาในด้านของการติดต่อสื่อสารและความร่วมมือกันระหว่างศาลและบุคลากรที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีความเป็นไปได้สูงที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ อาจจะมีการ ยักย้ายถ่ายเทไป มีการฉ้อฉล หรือซ่อนเร้นปิดบังไว้ หรือรวมทั้งมีการนำไปชำระหนี้แก่เจ้าหนี้รายหนึ่งโดยเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้รายอื่นก็อาจเป็นไปได้ โดยผลของประการเช่นนี้ไม่เพียงแต่ทำให้ประสิทธิภาพในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต้องลดลง แต่มีผลต่อการรักษาเสถียรภาพทางด้านการเงินของเศรษฐกิจโดยรวมและการจ้างงานด้วย ดังนั้นปัญหาเหล่านี้ถือว่าเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของระบบเศรษฐกิจของโลกซึ่งต้องอาศัยฟังกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศเข้ามาแก้ไข ปัญหาเหล่านี้ให้ลุล่วงไป

การรุดลามาของปัญหาหนี้สินล้นพ้นตัวที่มีลักษณะข้ามชาติโดยปราศจากหลักเกณฑ์ หรือกลไกระหว่างประเทศที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาย่อมส่งผลกระทบต่อปัญหาวิกฤติของเศรษฐกิจในภาพรวมได้ ทั้งนี้เนื่อง

⁸The Insolvency Act 1986: section 426 **บัญญัติว่า**

“(4) The courts having jurisdiction in relation to insolvency law in any part of the United Kingdom shall assist the courts having the corresponding jurisdiction in any other part of the United Kingdom or relevant country or territory.

(5) For the purpose of sub-section (4), a request made to a court in any part of the United Kingdom by a court in any other part of the United Kingdom or in the relevant country or territory is authority for the court to which the request is made to apply, in relation to any matters specified in the request, the insolvency law which is applicable by either court in relation to comparable matters falling within its jurisdiction. In exercising its discretion under this subsection, the court shall have regard in particular to the rules for private international law.”

⁹The Bankruptcy Act: section 29 (2) **บัญญัติว่า** “(2): In all matters of bankruptcy the Court –

a): shall act in aid of and be auxiliary to the courts of the external Territories, and of prescribed countries, that have jurisdiction in bankruptcy; and

b): shall act in aid of and be auxiliary to the courts of other countries that have jurisdiction in bankruptcy.

c): Where a letter of request from a court of an external Territory, or of a country other than Australia, requesting aid in a matter of bankruptcy is filed in the Court, the Court may exercise such powers with respect to the matter as it could exercise if the matter had arisen within its own jurisdiction.”

จากการขาดหลักเกณฑ์หรือกลไกระหว่างประเทศที่จะนำมาบังคับใช้แก่ข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างเหมาะสม อันส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนและความไม่ชัดเจนของผลทางกฎหมายโดยเฉพาะในเรื่องของเขตอำนาจศาล และการขัดกันแห่งกฎหมาย นักธุรกิจและนักลงทุนระหว่างประเทศจึงขาดความมั่นใจในการดำเนินธุรกิจและการลงทุนที่จะดำเนินไปอย่างปกติ ซึ่งเป็นการกระทบต่อการขยายตัวของธุรกิจและการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจโดยรวมด้วย

การคำนึงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและกำลังจะลุกลามต่อไปนี้ ในนานาอารยประเทศโดยเฉพาะในองค์กรระดับต่างๆ รวมทั้งฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้พยายามหาหนทางในการเยียวยาปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น เพราะได้เล็งเห็นความสำคัญของเรื่องนี้ ดังที่ท่านผู้พิพากษาศาลสูงท่านหนึ่งในประเทศอังกฤษได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งว่า

“The huge increase in international trade in modern times and the development of a global market place have inevitably led to an increase in the number, size and complexity of cross-border insolvencies. Novel problems have been caused by the creation of multinational trading corporations, in many cases having little or no economic connection with any particular place of incorporation. Legal theory, based on the territorial jurisdiction of the courts of the national states, has parted company with commercial reality and the needs of modern business”¹⁰

ดังนั้น ปัจจุบันจึงมีความร่วมมือทางระหว่างประเทศเกิดขึ้นมากมายจากหลายฝ่าย และหลายหน่วยงานทั้งในระดับทวีปและระดับพหุภาคี และโดยความร่วมมือขององค์การระหว่างประเทศคือ องค์การสหประชาชาติ (United Nations Organization (UN)) โดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) และหน่วยงานระหว่างประเทศรวมทั้งหน่วยงานระดับชาติอีกหลายหน่วยงานจึงได้ประสานความร่วมมือ และหารือร่วมกันในการร่างกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) ขึ้น เพื่อให้เป็นกฎหมายต้นแบบให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปปรับใช้ตามกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกเอง เพื่อให้เกิดความร่วมมือกันในการแก้ปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติให้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี อันจะเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองระบบเศรษฐกิจและผลประโยชน์ทางการค้าและการลงทุนในประชาคมโลก รวมถึงเพื่อเป็นการสร้างระเบียบวินัยทางการเงินให้อยู่ในกรอบที่ถูกต้องอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศอีกด้วย อีกทั้งจะเป็นการช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายแต่แต่ละประเทศจะต้องยอมลดเขตอำนาจ (jurisdiction) ของตนเองเพื่อเอื้อประโยชน์ให้ซึ่งกันและกัน¹¹

¹⁰Cross-border Insolvency: The Judicial Approach, a paper given by Lord Justice Millett at the Robson Rhodes Fellowship Lecture, New Hall, Lincoln's Inn, February 5, 1997.

¹¹สัมภาษณ์, มุรธา วัฒนะชีวะกุล, อดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 12 มกราคม 2545.

ซึ่งโดยก่อนหน้านี้นี้ก็ได้มีความเคลื่อนไหวของหลายองค์กรในระดับระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นองค์กรซึ่งเกี่ยวข้องกับด้านกฎหมายและด้านการเงิน ดังจะกล่าวโดยสังเขปได้แก่¹²

1. Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) โดยได้มีความพยายามมาตั้งแต่ปี 1992 โดยหน่วยงานที่มีชื่อว่า The Privatization and Enterprise Reform Unit ของ OECD ได้ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อการพัฒนากฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการเชื่อมตลาดโดยการปฏิรูปกฎหมาย โดยเฉพาะการแปรรูปเอกชน การล้มละลาย และกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัท ในด้านของกฎหมายล้มละลาย หน่วยงานนี้ได้ใช้วิธีดำเนินการโดยการเปรียบเทียบแนวความคิดของกฎหมายล้มละลายของรัฐต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน เพื่อจัดทำข้อมูลเสนอแนวทางในการพัฒนาต่อไป

2. International Bar Association (IBA) ได้พยายามพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลาย การดำเนินการครั้งล่าสุดคือ Model Bankruptcy Code โดยมีจุดประสงค์ในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายล้มละลายในด้านสาระบัญญัติ ซึ่งต้นร่างได้ดำเนินการเสร็จเมื่อเดือนกันยายน 1997

3. Asian Development Bank (ADB) โดยหน่วยงานที่มีชื่อว่า The ADB Regional Technical Assistance for Insolvency Law Reform (RETA) มีความพยายามที่จะพัฒนาและเสนอแนะประเด็นอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายล้มละลายที่เป็นต้นแบบปฏิบัติที่ดีที่สุด (Best Practice Model) โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการพัฒนาหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ (cross-border aspects of insolvency law) ในปัญหาของการล้มละลาย และการฟื้นฟูสภาพหนี้สินของบริษัทโดยเฉพาะในกลุ่ม 11 ประเทศในอาเซียน

4. Working Group on International Financial Crisis (G22) ซึ่งได้เสนอรายงานในปี ค.ศ. 1998 เกี่ยวกับมาตรการการป้องกันวิกฤตการณ์ทางการเงิน โดยเฉพาะนโยบายเกี่ยวกับการลดวิกฤตการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ปรับปรุงความร่วมมือกันของบรรดาเจ้าหนี้ และ ส่งเสริมระบบการประสานความร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเงินระหว่างประเทศโดยได้รับคำปรึกษาจาก International Federation of Insolvency Professionals (INSOL)

5. International Monetary Fund (IMF) โดยฝ่ายกฎหมายของ IMF ได้จัดทำรายงานภายใน เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1999 ในชื่อหัวข้อว่า "Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues" โดยได้รายงานถึงสภาพปัญหาของการล้มละลายข้ามชาติ และแนวทางการแก้ไขปัญหาบนพื้นฐานของการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศ โดยได้ตระหนักถึงความเป็นสากลของกฎหมายล้มละลายเป็นหลักสำคัญ และ

6. World Bank ซึ่งเป็นผู้นำในการริเริ่มชี้หลัก และแนวทางในการร่วมมือกันทางด้านกฎหมายล้มละลายเพื่อให้เกิดความแข็งแกร่งขึ้นโดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้-ลูกหนี้ โดยความร่วมมือกันระหว่างองค์กรระหว่างประเทศต่างๆ (รวมทั้ง IMF, ADB, UNCITRAL, OECD, the International Finance Corporation,

¹²Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, Vienna, 6-17 December 1999, (Mimeographed), pars. 13-23.

the African Development Bank, the European Bank for Reconstruction and Development, the Inter-American Development Bank, IBA and INSOL)

โดยเฉพาะประเทศไทยในปัจจุบันมีการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจอย่างมากโดยเฉพาะทางด้านการค้าและการลงทุนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องด้วยจากสาเหตุการได้เปรียบทางด้านทรัพยากรต่างๆ ที่ประเทศไทยมีเป็นจำนวนมาก รวมทั้งอัตราค่าจ้างแรงงานก็อยู่ในอัตราที่ต่ำเมื่อเทียบกับประเทศในแถบภูมิภาคนี้ประการหนึ่ง และการเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนอีกประการหนึ่ง เนื่องจากประเทศไทยซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) จึงมี พันธกรณีที่จะต้องเปิดเสรีทางการค้า และโดยผลของประการฉะนั้น ประเทศไทยจึงต้องทำการการค้ากับต่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ และในด้านของการค้าและการลงทุนก็จะเกิดทรัพย์สินและผลประโยชน์ขึ้นมากมายหมุนเวียนอยู่ในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย และเชื่อมโยงต่อไปในประชาคมโลก และเมื่อธุรกิจหรือกิจการนั้นเกิดปัญหาสภาพคล่องทางการเงิน หรือเกิดภาวะที่เรียกว่าหนี้สินล้นพ้นตัวขึ้นจนถึงขั้นล้มละลาย จึงเกิดปัญหาตามมาว่าจะจัดการแบ่งสันปันส่วนทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอาจมีอยู่ในหลายประเทศให้กับเจ้าหนี้ได้อย่างไร หรือปัญหาว่าลูกหนี้เจ้าหนี้ที่อยู่ในหลายประเทศ เจ้าหนี้เหล่านั้นจะขอรับชำระหนี้ได้อย่างไร

1.3 สมมติฐาน

การที่คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)) ได้จัดทำกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) ขึ้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปเป็นแบบอย่างในการจัดทำกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกเกี่ยวกับความร่วมมือหลักการ และหลักกฎหมายในการแก้ไขปัญหาคดีพิพาทเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยประเทศไทยซึ่งเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินั้นยังไม่มีกรจัดทำกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและความร่วมมือทางระหว่างประเทศของคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยเฉพาะในกรณีเกี่ยวกับการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายล้มละลายที่ใช้บังคับอยู่ของประเทศไทย ในหมวด 8 บทบัญญัติเบ็ดเสร็จ ส่วนที่ 2 การล้มละลายเกี่ยวกับต่างประเทศ มาตรา 177 และ 178 แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483¹³ มีความไม่เหมาะสม ไม่เอื้ออำนวย และไม่สามารถรองรับต่อการเปิดเสรีทางการค้า

¹³มาตรา 177 บัญญัติว่า “การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัตินี้มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดและเฉพาะแต่ในราชอาณาจักร

การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศอื่น ไม่มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร”

มาตรา 178 บัญญัติว่า “เจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ต้องพิสูจน์ว่า เจ้าหนี้ในประเทศไทยก็มีสิทธิขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ตามกฎหมายและในศาลแห่งประเทศของตนได้ในทำนองเดียวกัน

และต่อสภาวะเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบัน อันส่งผลกระทบต่อและเป็นอุปสรรคต่อการค้า และการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะการที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องเปิดเสรีทางการค้า เนื่องจากการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization (WTO)) ด้วย

ดังนั้น จึงเห็นควรศึกษาเกี่ยวกับความร่วมมือและรูปแบบของกฎหมายในเรื่องของการยอมรับถึงกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของศาลต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยอมรับถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศในประเทศไทย โดยพิจารณาจากกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติเป็นหลัก รวมทั้งสนธิสัญญา อนุสัญญา กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และรูปแบบของกฎหมายและความร่วมมือของบางประเทศที่ได้มีการรับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้แล้วว่ามีแนวทางอย่างไร เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดรูปแบบของความร่วมมือ และการจัดทำกฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศไทยและเพื่อให้มีความเป็นสากลต่อไป

1.4 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาว่าประเทศไทยสมควรที่จะรับหลักการ และหลักกฎหมายของกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติหรือไม่ อย่างไร โดยการศึกษาถึงหลักการ และหลักกฎหมายของกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ว่ามีจุดมุ่งหมายและมีสาระสำคัญอย่างไร รวมทั้งมีขอบเขตในการบังคับใช้เพียงใดในเรื่องเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ตลอดจนการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ ซึ่งหากประเทศไทยรับหลักการของกฎหมายฉบับนี้แล้ว จะส่งผลให้เกิดประโยชน์กับประเทศไทยอย่างไรบ้าง หรือเกิดผลกระทบหรือผลเสียกับประเทศไทยอย่างไร ทั้งนี้โดยการวิเคราะห์ถึงแนวทางและความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะรับกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ และหากประเทศไทยจะรับหลักการของกฎหมายต้นแบบฉบับนี้แล้ว สมควรที่จะมีแนวทางอย่างไรและจะรับมาได้มากน้อยเพียงใด หรือควรที่จะปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมส่วนใดบ้าง จึงจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยคำนึงถึงหลักกฎหมาย จารีตประเพณี และนโยบายของรัฐเป็นหลัก รวมทั้งคำนึงถึงว่าจะต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

1.5 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้มีขอบเขตการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ และคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งครอบคลุมถึง

(2) ต้องแถลงว่า ตนได้รับหรือมีสิทธิจะได้รับทรัพย์สินหรือส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้คนเดียวกันนั้นนอกราชอาณาจักร เป็นจำนวนเท่าใดหรือไม่ และถ้ามีตนยอมส่งทรัพย์สินหรือส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้ดังกล่าวแล้วมารวมในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในราชอาณาจักร.”

1. ลักษณะของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ โดยศึกษาถึงลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายระหว่างประเทศ และผลของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นว่ามีอย่างไร

2. ศึกษาถึงที่มาของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ ศึกษาถึงระเบียบปฏิบัติ หรือหลักกฎหมายทั้งกฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศที่มีการใช้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ

3. ศึกษาถึงเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ ขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาล หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ รวมทั้งศึกษาถึงเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ และการยอมรับถึงผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศตามกฎหมายของประเทศไทย

4. ศึกษาหลักการ และสาระสำคัญของกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ โดยเน้นการศึกษาเฉพาะในกรณีการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ การยอมรับถึงผลของ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ และการบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และ

5. ศึกษาวิเคราะห์ถึงเหตุผลและความจำเป็น และแนวทางที่ประเทศไทยจะรับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้มาใช้ในประเทศไทย โดยศึกษาถึงความเป็นไปได้ของกฎหมายที่จะเกิดขึ้น รูปแบบของกฎหมาย หรือความร่วมมือในระดับชาติ รวมทั้งมาตรการในการคุ้มครองลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ ศึกษาถึงเขตอำนาจศาล อำนาจหน้าที่ของศาล และหน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และการขัดกันของกฎหมายที่หากจะมีขึ้นด้วย

1.6 วิธีการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษา ค้นคว้า และวิเคราะห์ ข้อมูลจากหนังสือกฎหมาย บทความ วิทยานิพนธ์ วารสาร คำพิพากษาศาลฎีกา เอกสารงานวิจัยและเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งบันทึก (record) เอกสารวิจัย และรายงาน (report) ของหน่วยงาน และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิต่างๆ ผู้เชี่ยวชาญ นักวิชาการ ผู้มีประสบการณ์และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น โดยการขอ คำแนะนำ คำปรึกษา ในปัญหาที่มีขึ้น และดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลต่างๆ ตามแหล่งข้อมูล เช่น แหล่งข้อมูลจาก internet เป็นต้น โดยเฉพาะตัวบทกฎหมายที่ใช้ในการศึกษาวิเคราะห์ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายในประเทศ และรวมถึงหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงลักษณะของนิติสัมพันธ์ และความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ และลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติในทางระหว่างประเทศว่ามีลักษณะ อย่งไร รวมทั้งที่มาของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึงความร่วมมือทางระหว่างประเทศ ลักษณะของความร่วมมือและลักษณะของแนวทางในรูปแบบกฎหมายที่นำมาใช้ในการบรรเทาข้อพิพาท หรือปัญหาที่เกิดขึ้นจากคดี ล้มละลายข้ามชาติ

3. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ ขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาล หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ และหลักกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

4. ทำให้ทราบถึงหลักการ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักการของกฎหมายล้มละลายที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติว่ามีลักษณะ หรือแนวทางและวัตถุประสงค์อย่างไร

5. ทำให้ทราบถึงความจำเป็น และความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะรับหลักการและหลักการสำคัญของกฎหมายต้นแบบนี้ ต่อผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น หรือข้อเสีย รวมทั้งปัญหาหรืออุปสรรคที่อาจมีขึ้นในการรับกฎหมายต้นแบบนี้ โดยเฉพาะในกรณีของความร่วมมือ และการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ และทำให้ทราบถึงแนวทางและรูปแบบของกฎหมายที่อาจเป็นไปได้ในประเทศไทย

6. ทำให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางความร่วมมือทางระหว่างประเทศ แนวทางการวินิจฉัย การระงับข้อพิพาทในคดีล้มละลายข้ามชาติ และการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศในคดีล้มละลายข้ามชาติ ที่อาจจะมีปัญหาเกิดขึ้นในศาลของประเทศไทย และ

7. เพื่อเป็นแหล่งข้อมูล การเสวนา (discussion) และใช้ในการอ้างอิง ในการศึกษา และในการค้นคว้าเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายในทางระหว่างประเทศ และคดีล้มละลายข้ามชาติต่อไป

ลักษณะที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ
และทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลาย

2.1 ลักษณะของนิติสัมพันธ์

กฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศมีลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับบุคคลตามกฎหมายเอกชนภายในของรัฐ หรือกล่าวได้ว่านิติสัมพันธ์ในกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศนั้น อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) ซึ่งบุคคลตามกฎหมายเอกชนภายในของรัฐอาจจะมีนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับบุคคลตามกฎหมายเอกชนภายในของรัฐด้วยตนเอง หรืออาจจะมีนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐหรือองค์การของรัฐก็ได้ โดยสรุปก็คือพิจารณาว่าเมื่อนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศใดมีคู่กรณีอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชนภายในของรัฐ ดังเช่นในคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases) นิติสัมพันธ์นั้นก็จะยอมตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เพราะกรณีที่เกิดขึ้นย่อมมีความเกี่ยวข้อง “โดยตรง” กับ “บุคคล” จึงเป็นเรื่องของ “เอกชน” มิได้เป็นเรื่องของ “เมือง” หรือ “รัฐ” โดยแท้¹ ที่จะตกอยู่ภายใต้ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law)

นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนี้ อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลตามกฎหมาย ล้มละลายที่เป็นกฎหมายเอกชนภายในของแต่ละรัฐ ที่มีลักษณะระหว่างประเทศเพราะมีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ (international connecting points) เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเพราะการก่อนนิติสัมพันธ์หรือทรัพย์สิน โดยอาจเรียกร่างๆ ว่ากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศซึ่งเป็นคดี ล้มละลายข้ามชาตินั้น เป็นนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

กฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับต่อนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันนิติสัมพันธ์ประเภทนี้เป็นเรื่องธรรมดาที่เกิดขึ้นและพบเห็นได้ในประชาคมโลก เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การเปิดเสรีทางการค้า ทำให้เกิดการค้าระหว่างประเทศและบรรษัทข้ามชาติมากมาย ซึ่งการที่เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นในประเทศหนึ่งแต่จะต้องมีการปฏิบัติการในอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้นเนื่องจากนิติกรรมที่เป็นรูปแบบนี้เองจึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศที่จะนำมาใช้

¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 44.

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ จัดว่าอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศนี้ มีประเด็นปัญหาที่เป็นปกติธรรมดาซึ่งเกิดขึ้นเสมอในเรื่องของการขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐ (conflict of State jurisdiction) และการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล (conflict of court jurisdiction) โดยเฉพาะในเรื่องของเขตอำนาจศาลว่าขยายครอบคลุมคดีล้มละลายข้ามชาติเพียงใด² ซึ่งต่างกับหรือไม่ใช่เรื่องของการเลือกกฎหมาย (choice of laws) หรือศาลที่ทำการพิจารณาคดี (choice of forums) โดยปัญหาที่สำคัญของคดีล้มละลายข้ามชาติคือ จะกำหนดเส้นแบ่งของเขตอำนาจศาลในการที่จะต้องยอมรับ หรือสามารถที่จะปฏิเสธเขตอำนาจของศาลต่างประเทศอย่างไร

ข้อเท็จจริงที่ชี้ว่านิติสัมพันธ์ของการล้มละลายข้ามชาติมีลักษณะระหว่างประเทศสามารถสรุปเป็นแผนภาพได้ดังนี้



²โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 เขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.

2.2 องค์ประกอบระหว่างประเทศ

ลักษณะของข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศนั้น สามารถที่จะพิจารณาเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยเครื่องบ่งชี้การมีลักษณะระหว่างประเทศ (international character) ของข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์นี้ พิจารณาจากการมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ (international elements) หรือองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements) ซึ่งมีความหมายเดียวกัน

เมื่อข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลาย มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ หรือองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้การล้มละลายนั้นมีลักษณะเป็นการล้มละลายข้ามชาติและอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ และคดีที่เกิดขึ้นจึงเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 พื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction)

เนื่องจากรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นของตนเอง มีอิสระในการตัดสินใจและดำเนินกิจกรรมต่างๆ ภายในรัฐของตนเอง โดยปลอดจากการแทรกแซงใดๆ จากภายนอกเว้นแต่จะได้รับคามยินยอมจากรัฐนั้นก่อน ดังนั้นหลักเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามกฎหมายล้มละลายนั้น มีองค์ประกอบระหว่างประเทศหรือไม่ ต้องพิจารณาจากหลักพื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐ (State jurisdiction) ซึ่งต้องอิงอยู่กับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐด้วย

การใช้เขตอำนาจของรัฐนั้น รัฐอาจใช้เขตอำนาจในการออกกฎหมาย (prescriptive power) โดยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative) และอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (enforcement power) โดยฝ่ายตุลาการ (Judicial) และฝ่ายบริหาร (Executive) และโดยทั่วไปแล้วรัฐอาจใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว (connecting points) บางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวอาศัยจากหลักสัญชาติ หลักดินแดน หลักความมั่นคง หลักอำนาจลงโทษสากล หรืออาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดขึ้นโดยสนธิสัญญา ดังนั้นรัฐอาจจะตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ โดยฝ่ายบริหารเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว ในขณะที่ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาคดี เพราะฉะนั้นเขตอำนาจของรัฐจึงมีความหมายกว้างกว่าเขตอำนาจของศาลที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในของรัฐ เนื่องจากเขตอำนาจของศาลเป็นเพียงแขนงหนึ่งของการใช้เขตอำนาจของรัฐ³

³จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 240-241.

โดยหลักทฤษฎีแล้วเขตอำนาจของรัฐแตกต่างจากอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพราะอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นอำนาจดั้งเดิมที่เกิดขึ้นพร้อมกับความเป็นรัฐ มีลักษณะถาวร เด็ดขาด และไม่อาจเพิกถอนได้ ในขณะที่เขตอำนาจของรัฐเป็นผลมาจากอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็น พื้นฐาน แต่อาจเพิ่มเติมหรือลดลงได้ด้วยเหตุตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญาที่ให้รัฐหนึ่งสามารถอนุญาตให้คนชาติของตนเข้าออกในดินแดนของรัฐหนึ่งได้โดยเสรี ทำให้รัฐซึ่งได้รับประโยชน์จากสนธิสัญญาดังกล่าวมีเขตอำนาจรัฐนอกดินแดน หรืออาณาเขตที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยของตนเอง แต่อีกรัฐหนึ่งที่ยอมสละเขตอำนาจรัฐบางส่วนด้วยการยอมให้คนชาติของรัฐอื่นเข้าออกได้โดยเสรีนั้นยังคงมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ในอาณาเขตของตน แต่ถูกจำกัดการใช้เขตอำนาจรัฐในบางส่วนเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐมีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) ในขณะที่เขตอำนาจของรัฐมีลักษณะเป็นรูปธรรม (constructive) มากกว่า ดังนั้น รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนย่อมมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนด้วย แต่รัฐที่มีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนไม่จำเป็นต้องมีอำนาจอธิปไตยเสมอไป

2.2.2 จุดเกาะเกี่ยว (Connecting Points)

โดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับเอกชน และมืองค์ประกอบระหว่างประเทศย่อมตกอยู่ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ส่วนปัญหาที่ว่าองค์ประกอบระหว่างประเทศดังกล่าวพิจารณาจากอะไรและมีหลักเกณฑ์อย่างไรนั้นต้องอาศัยพื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐดังกล่าวข้างต้น โดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐหรือไม่ หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงมีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ ข้อเท็จจริงนั้นย่อมมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ⁴

รัฐอาจใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคล ททรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ ซึ่งหากกล่าวโดยเฉพาะแล้ว คำว่า บุคคล ททรัพย์สิน หรือเหตุการณ์ ในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลาย ได้แก่ ตัวลูกหนี้ ททรัพย์สินของลูกหนี้ และความรับผิดชอบในหนี้ของลูกหนี้ ส่วนในปัญหาที่ว่ารัฐอาจใช้เขตอำนาจของรัฐเหนือตัวลูกหนี้ ททรัพย์สินของลูกหนี้ และความรับผิดชอบในหนี้ของลูกหนี้ในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลาย โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศรับรองได้แก่อะไรบ้างนั้น ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

องค์ประกอบระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ อยู่ที่ว่าตัวลูกหนี้เองนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับต่างประเทศหนึ่งประเทศหรือมากกว่านั้น ไม่ว่าจะอาศัยสัญชาติ ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ หรือการประกอบธุรกิจ หรือโดยมีจุดเกาะเกี่ยวผ่านทรัพย์สินที่เป็นของลูกหนี้ ไม่ว่าจะจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือพิจารณาจากความรับผิดชอบในหนี้ของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายซึ่ง

⁴พันธูทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, หน้า 22.

อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ หรือในกรณีที่มีมูลแห่งหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องละเมิด สัญญา หรือบ่อนเกิดแห่งหนึ่งลักษณะอื่น ซึ่งสภาพแห่งหนึ่งดังกล่าวโดยหลักแล้วอยู่ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ⁵

2.2.2.1 จุดเกาะเกี่ยวของตัวลูกหนี้

เมื่อพิจารณาถึงจุดเกาะเกี่ยวที่รัฐอาจอ้างเขตอำนาจเหนือลูกหนี้ในการล้มละลายได้ จุดเกาะเกี่ยวของตัวลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองอันประกอบด้วยสัญชาติ (nation) ภูมิลำเนา (domicile) ถิ่นที่อยู่ (residence) และการประกอบธุรกิจ (carrying on business) ของลูกหนี้⁶ ทั้งนี้เนื่องจากต้นเหตุสำคัญของการล้มละลาย คือ ตัวลูกหนี้ที่อยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว จึงต้องพิจารณาถึงตัวลูกหนี้อันเป็นปัจจัยสำคัญอันดับแรก

ก. สัญชาติ (Nation)

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจเหนือลูกหนี้หรือบุคคลที่มีสัญชาติของตน ในกรณีลูกหนี้มีสัญชาติของรัฐใดรัฐนั้นย่อมมีเขตอำนาจเหนือ ลูกหนี้ในฐานะรัฐเจ้าของสัญชาติ (national State) ไม่ว่าจะลูกหนี้จะอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นเองหรือรัฐอื่นใด รัฐที่มีอำนาจเหนือลูกหนี้ที่มีสัญชาติของรัฐนั้นมีอำนาจในการออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การให้สัญชาติแก่บุคคลหรือลูกหนี้ได้ แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อสิทธิของรัฐอื่น ดังนั้นการกำหนดสัญชาติของบุคคลหรือลูกหนี้โดยรัฐนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย ในกรณีลูกหนี้มีสัญชาติของรัฐใด เขตอำนาจของรัฐนั้นมีเหนือลูกหนี้ที่มีสัญชาติของตนและย่อมติดตามตัวลูกหนี้ไปทุกหนทุกแห่ง ส่วนหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าลูกหนี้มีสัญชาติของรัฐหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ

ในกรณีลูกหนี้มีสภาพเป็นนิติบุคคล การพิจารณาถึงสัญชาติของลูกหนี้ที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลนั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมากในปัจจุบัน เนื่องจากการขยายตัวในทางการค้าระหว่างประเทศ ทำให้เกิดนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากในประชาคมระหว่างประเทศ หลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันทั่วไปในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลที่สำคัญ ได้แก่ (1) ถ้อยตามสถานะที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล (place of incorporation) (2) ถ้อยตามสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ (head office) และ (3) ถ้อยตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ในนิติบุคคลนั้น (controlling shareholders)⁷

⁵Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1996), p. 540.

⁶Ibid.

⁷พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ*, หน้า 265.

ซึ่งประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law มักนิยมยึดถือสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคลเป็นเกณฑ์ ในขณะที่ประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Civil Law มักยึดถือที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่เป็นเกณฑ์⁸ ส่วนกรณีของการยึดถือตามสัญชาติของบุคคลที่มีเจ้าของหุ้นข้างมาก หรือผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นสัญชาติของรัฐนั้น โดยส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจของบริษัทต่างชาติในรัฐนั้น หรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือการเมือง

ในกรณีของประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไว้ชัดเจน แต่พบปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 7 ซึ่งได้บัญญัติถึงเกี่ยวกับในกรณีที่มีการขัดแย้งกันเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคล กล่าวคือ นิติบุคคลนั้นอาจมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ในหลายประเทศ หรือมีหลายสัญชาติ จึงมีปัญหาว่าจะถือตามสัญชาติใด ตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงกำหนดให้ถือตามแหล่งที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่⁹

ข. ภูมิลำเนา (Domicile)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ภูมิลำเนา” นี้ไว้ว่าภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา ได้แก่ถิ่นอันบุคคลนั้นมีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ¹⁰ ซึ่งหมายถึง ถิ่นที่บุคคลเลือกไว้เป็นถิ่นที่อยู่ โดยไม่ใช่เป็นที่อยู่เพื่อจะหาประโยชน์สิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยเฉพาะเป็นการชั่วคราว แต่เป็นที่อยู่ที่ตั้งใจจะอยู่ตลอดไป โดยไม่คิดถึงว่าจะมีเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนเกิดขึ้นในอนาคตที่ทำให้ต้องเปลี่ยนที่อยู่ใหม่ และโดยทั่วไป บุคคลจะมีภูมิลำเนาเกินกว่าหนึ่งแห่งในขณะเดียวกันไม่ได้ และคนต่างด้าวก็อาจมีภูมิลำเนาในประเทศไทยได้

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย ตามกฎหมายของประเทศไทยซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการ ชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ได้มีบทนิยามของคำว่า “ภูมิลำเนา” ไว้ แต่ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ภูมิลำเนาของบุคคลย่อมจะหมายถึงถิ่นซึ่งบุคคลนั้นมีความผูกพันอยู่เนื่องจากเป็นแหล่งที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอยู่ในระดับที่นับได้ว่าสำคัญพอที่จะทำให้ผูกพัน ลูกหนี้หนี้ไว้กับสถานที่หรือถิ่นนั้นๆ ได้¹¹ สำหรับความหมายของภูมิลำเนาตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะมีอย่างไรย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขที่แต่ละประเทศกำหนดไว้

⁸จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 266.

⁹มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่.”

¹⁰มาตรา 37.

¹¹กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535), หน้า 130.

สัญญาทำให้ทราบว่าลูกหนี้มีความสัมพันธ์ในทางเมืองกับรัฐใด ในขณะที่ภูมิลำเนาทำให้ทราบว่าลูกหนี้มีความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริงกับรัฐใด ภูมิลำเนาในกรณีของลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาอาจมีทั้งภูมิลำเนาตามกฎหมายเอกชน และภูมิลำเนาตามกฎหมายมหาชน ซึ่งภูมิลำเนาตามกฎหมายมหาชนขึ้นอยู่กับความยินยอมโดยตรงของรัฐเจ้าของดินแดน¹² ส่วนภูมิลำเนาตามกฎหมายเอกชนในกรณีของประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์ไว้โดยสรุปก็คือ ถิ่นที่อยู่ของบุคคลซึ่งถือเป็นแหล่งสำคัญ¹³ นอกจากนี้ในกรณีของลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลนั้นโดยทั่วไปแล้วย่อมหมายถึงสำนักงานอันเป็นที่ตั้งที่ทำการแห่งใหญ่ (head office) หรือที่จดทะเบียนไว้ (registered office) ตามข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง¹⁴

ค. ถิ่นที่อยู่ (Residence)

ถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้มีความสำคัญในลำดับรองลงมาจากภูมิลำเนาของลูกหนี้ คือใช้สำหรับพิจารณาว่าลูกหนี้มีที่พำนักอาศัยเป็นประจำในประเทศหรือ ณ ถิ่นนั้นหรือไม่ โดยถือว่าเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของการพิจารณาในเรื่องภูมิลำเนาของลูกหนี้เท่านั้น ดังนั้นถิ่นที่อยู่จึงมีความหมายที่ค่อนข้างกว้าง ลูกหนี้คนหนึ่งอาจมีถิ่นที่อยู่หลายแห่งในเวลาเดียวกันก็ได้ และสถานที่ที่ใช้เป็นถิ่นที่อยู่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้อยู่อาศัยหรือลูกหนี้จะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเสมอไป อาจหมายถึงสถานที่เช่าซึ่งลูกหนี้ได้ใช้เป็นที่พักเพื่อการหนึ่งการใดเป็นประจำ โดยแม้กระทั่งโรงแรมก็อาจเป็นถิ่นที่อยู่ของลูกหนี้ตามความหมายนี้ได้ นอกจากนี้คำว่า “ถิ่นที่อยู่” นี้ยังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในมาตรา 6 วรรคสอง¹⁵ ด้วยว่าในกรณีไม่ปรากฏว่าผู้นั้นมีภูมิลำเนาที่ใด ให้ถือตามถิ่นที่อยู่ของผู้นั้น และใช้กฎหมายถิ่นที่อยู่แทนกฎหมายภูมิลำเนา

¹² พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, หน้า 71.

¹³ มาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

¹⁴ มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ภูมิลำเนาของนิติบุคคลได้แก่ถิ่นอันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่หรือถิ่นอันเป็นที่ตั้งที่ทำการ หรือถิ่นที่ได้เลือกเอาเป็นภูมิลำเนาเฉพาะการตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง.”

¹⁵ มาตรา 6 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญญาบัตรบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมาคราวเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่บังคับ ถ้าบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอื่นนอกจากประเทศซึ่งตนมีสัญชาติสังกัดอยู่ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาในเวลาที่ยื่นฟ้องบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ.”

ง. สถานประกอบการ (Establishment)

สถานประกอบการของลูกหนี้ เป็นจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศอันหนึ่งเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลายประเทศได้นำจุดเกาะเกี่ยวนี้มาใช้ โดยของประเทศไทยได้ปรากฏคำว่าสถานประกอบการอยู่ในประมวลรัษฎากร ซึ่งหมายถึง สถานที่ซึ่งผู้ประกอบการใช้ประกอบกิจการเป็นประจำ และให้หมายความรวมถึงสถานที่ซึ่งใช้เป็นที่พักหรือเก็บสินค้าเป็นประจำด้วย ในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีสถานประกอบการตามความหมายนี้ ให้ถือว่าที่อยู่อาศัยของผู้ประกอบการนั้นเป็นสถานประกอบการ และถ้าผู้ประกอบการมีที่อยู่อาศัยหลายแห่ง ให้ผู้ประกอบการเลือกเอาที่อยู่อาศัยแห่งหนึ่งเป็นสถานประกอบการ¹⁶

จ. การประกอบธุรกิจ (Carrying on Business)

ในกรณีที่ลูกหนี้เข้าไปประกอบธุรกิจในรัฐใดไม่ว่าโดยตัวเองหรือตัวแทน รัฐเจ้าของดินแดนที่ลูกหนี้เข้าไปประกอบธุรกิจดังกล่าวย่อมอ้างเขตอำนาจเหนือลูกหนี้ได้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ของประเทศไทย ก็อาศัยจุดเกาะเกี่ยวจากการที่ ลูกหนี้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นหลักเกณฑ์ในการอ้างเขตอำนาจเหนือลูกหนี้ นอกจากนี้จากการอาศัยภูมิลำเนาของลูกหนี้ ดังพิจารณาได้จากมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว¹⁷

2.2.2.2 จุดเกาะเกี่ยวในทรัพย์สินของลูกหนี้

ตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าทรัพย์สินทั้งอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ตั้งอยู่ในเขตอำนาจของรัฐใด รัฐนั้นย่อมมีเขตอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น การล้มละลายใดหากปรากฏว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินทั้งหมด หรือบางส่วนอยู่ต่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนอยู่นอกเขตอำนาจของรัฐซึ่งกระบวนพิจารณาดีล้มละลายได้เกิดขึ้น ดังนี้ทรัพย์สินของลูกหนี้ในการล้มละลายนั้นจึงมีจุดเกาะเกี่ยวต่างประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ การล้มละลายดังกล่าวจึงมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง

นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายนอกจากเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับ ลูกหนี้ซึ่งมีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของกฎหมายล้มละลายก็คือการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด (maximization of debtor's assets) ดังนั้นทรัพย์สินของลูกหนี้จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญต่อรัฐใน

¹⁶มาตรา 77/1 (20).

¹⁷มาตรา 7 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าด้วยตนเอง หรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น.”

ฐานะที่มีเขตอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นในอันที่อาจจะมีผลไปถึง หรืออาจจะได้รับผลกระทบจากการล้มละลายที่มีขึ้น

ในกรณีที่มีการเริ่มคดี หรือการฟ้องร้องคดีล้มละลายในรัฐหนึ่ง ในขณะที่มีการยื่นฟ้อง หรือการพิจารณาคดีอยู่ในศาล สำหรับกรณีที่เป็นทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ (movable assets) ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนย้ายได้โดยได้มีการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินนั้นออกนอกประเทศ มีปัญหาว่ารัฐใดจะมีเขตอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นในระหว่างที่ทรัพย์สินเคลื่อนที่ผ่านเขตอำนาจของรัฐต่างๆ หรือในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในระหว่างการขนส่งสินค้าเพื่อส่งมอบตามสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เป็นต้น ปัญหาในกรณีนี้หากพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้ว ทรัพย์สินอยู่ในเขตอำนาจของรัฐใดในเวลาที่ใช้เขตอำนาจรัฐ รัฐนั้นย่อมกล่าวอ้างเขตอำนาจได้ ส่วนในกรณีของการล้มละลายข้ามชาตินั้น ทรัพย์สินที่เป็นของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ ณ ที่ใด ควรได้รับการจัดการภายใต้กระบวนการที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน รัฐที่ถูกกระทบจากกระบวนการล้มละลายก็คือ รัฐที่ยังคงมีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจ และย่อมสิ้นสุดลงหากทรัพย์สินนั้นได้เคลื่อนย้ายออกนอกเขตอำนาจของรัฐนั้นแล้วด้วยเหตุผลหนึ่งเหตุผลใดที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาหลักกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลในเรื่องของทรัพย์สินนี้ด้วยว่ามีข้อยกเว้นเฉพาะเรื่องเป็นประการใดหรือไม่ ดังนั้นเขตอำนาจของรัฐที่มีจุดเกาะเกี่ยวผ่านทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ย่อมขึ้นอยู่กับปรากฏการณ์ทางข้อเท็จจริงในขณะนั้นๆ เป็นกรณีๆ ไป ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.2.2.3 จุดเกาะเกี่ยวในความรับผิดชอบในหนี้ของลูกหนี้

ตามหลักพื้นฐานของวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย เป็นการแก้ไขปัญหาหนี้สินของลูกหนี้ซึ่งมีทรัพย์สินไม่พอชำระหนี้ หน้าที่ประการหนึ่งของกระบวนการล้มละลาย คือ การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ (collecting of debtor's assets) โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหนี้ที่ประสงค์จะขอรับชำระหนี้ต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายเพื่อพิสูจน์หนี้สินที่ลูกหนี้ค้างชำระอยู่¹⁸ ดังนั้นความรับผิดชอบในหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่ต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายจึงเป็นปัจจัยที่รัฐอาจอ้างเขตอำนาจโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการต่อความรับผิดชอบนั้น อันได้แก่

ก. เจ้าหนี้ (Creditor)

ในกรณีที่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ (foreign jurisdiction) ไม่ว่าจะโดยสัญชาติ ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานประกอบการ หรือการประกอบธุรกิจสำหรับบุคคลธรรมดา และถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ ถิ่นที่ก่อตั้ง หรือจุดเกาะเกี่ยวเหนือ ผู้ถือหุ้นข้างมากสำหรับนิติบุคคล

¹⁸ มูธา วัฒนะชีวะกุล, คำบรรยายวิชาสัมมนากฎหมายล้มละลาย, ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 14 มกราคม 2543.

โดยปกติแล้วลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวมักจะมีหนี้สินที่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้มากกว่าหนึ่งราย และเจ้าหนี้ทุกรายที่ยังคงประสงค์จะได้รับชำระหนี้คืนตามสิทธิเรียกร้อง ไม่ว่าจะเป็เจ้าหนี้ที่ได้ยื่นฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายหรือเป็นคดีแพ่งสามัญหรือไม่ และไม่ว่าหนี้สินนั้นจะถึงกำหนดชำระแล้วหรือไม่ ต่างก็จะต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายเพื่อพิสูจน์หนี้สิน ดังนั้นหากเจ้าหนี้แม้เพียงคนหนึ่งคนใดอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ ย่อมเป็นเหตุให้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายนั้นมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเป็นลักษณะระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายนั้น เจ้าหนี้ซึ่งเป็นรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศ ย่อมหมายถึงเจ้าหนี้ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศด้วย เพราะเป็นการใช้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศนั้นโดยตรงโดยผ่านรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐต่างประเทศนั่นเอง¹⁹

การพิจารณาว่าเจ้าหนี้ใดอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศนั้น เปรียบเทียบได้กับกรณีของลูกหนี้ที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ กล่าวคือ เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากมีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศโดยทางหนึ่งทางใดที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เจ้าหนี้นั้นย่อมได้ชื่อว่าจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐต่างประเทศซึ่งมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีล้มละลาย หรือ

ข. ความรับผิดแห่งหนี้ (Debt's Liabilities)

ความรับผิดในหนี้ตนเองซึ่งภายใต้สถานการณ์บางประการ ตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายต่างประเทศ (governed by foreign law) ซึ่งความรับผิดในกรณีนี้หมายเฉพาะเจาะจงถึง “มูลหนี้” โดยไม่คำนึงถึงตัวเจ้าหนี้ หากมูลหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศโดยเหตุหนึ่งเหตุใดตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองแล้ว ย่อมทำให้นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายนั้นมีองค์ประกอบระหว่างประเทศอันเป็นลักษณะระหว่างประเทศของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลายนั้น มีมูลหนี้ในสถานการณ์ซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศนั้น สามารถแยกพิจารณาตามมูลแห่งหนี้ตนเองได้แก่ นิติกรรม และนิติเหตุ เพราะตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนั้น ได้กำหนดเหตุในการเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้แตกต่างกัน ตัวอย่าง ตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 13 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญา นั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่ว่าจะหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่ง คู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น”

¹⁹จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 265-266.

ตามมาตรา 13 วรรคแรกของกฎหมายนี้ มูลเหตุที่เกิดจากนิติกรรมซึ่งโดยทั่วไปได้แก่สัญญาประเภทต่างๆ ซึ่งเกิดจากการตกลงของบุคคลสองคนหรือกว่านั้นโดยมีเจตนาจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย และก่อให้เกิดสิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ปกติจะได้แก่สัญญาในวงการธุรกิจการค้า เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญากู้ยืมเงิน หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นต้น ซึ่งกรณีอาจจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่กรณีแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายให้ใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่มูลหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาอาจพิจารณาได้จากสัญญาตี้อันร่วมกันของคู่สัญญา สถานที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา ข้อความของสัญญา ประเพณีการค้า หรือสถานที่ที่ทำสัญญาขึ้น กฎหมายที่คู่กรณีประสงค์จะให้ใช้บังคับแก่สัญญานี้เรียกว่า the Proper Law of the Contract²⁰ ซึ่งจะทำให้ความรับผิดชอบแห่งหนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในประเทศที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาไว้

(2) หากไม่ปรากฏเจตนาตาม (1) และสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณีเป็นต่างด้าว

(3) หากไม่ปรากฏเจตนาตาม (1) และไม่ปรากฏสัญชาติอันร่วมกันตาม (2) และถิ่นที่นิติกรรมได้ทำขึ้น (Lex Loci Contractus)²¹ อยู่ในเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ

ในกรณีของมูลหนี้ที่เกิดจากนิติเหตุ อันได้แก่ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้นั้น ในกรณีของการจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ ซึ่งจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีได้แก่ กรณีถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดมูลแห่งหนี้นั้น อยู่ในเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 14²² ซึ่งหมายความว่าในกรณีเป็นเรื่องจัดการงานนอกสั่งจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับเมื่อถิ่นที่จัดการงานนอกสั่งลงไปในนั้นอยู่ในต่างประเทศ และในกรณีลาภมิควรได้จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับต่อเมื่อถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นลาภมิควรได้นั้นได้เกิดขึ้นในต่างประเทศ ส่วนในกรณีของหนี้อันเกิดจากการกระทำอันเป็นละเมิดนั้นตามมาตรา 15 วรรคแรก²³ ได้กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่การกระทำอันเป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น ซึ่งทั้งนี้หมายความว่า การกระทำนั้นต้องเข้าลักษณะเป็นละเมิดตามกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำนั้นขึ้นเสียก่อน จึงจะนำเอาบทบัญญัติในเรื่องนี้ และความรับผิดชอบในเรื่องละเมิดมาบังคับกันได้

ประการที่สำคัญคือในกรณีที่หนี้ที่เกิดขึ้นเกิดจากมูลหนี้ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยปกติจะต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นคำพิพากษาที่ศาลไทยยอมรับหรือไม่ หากเป็นคำพิพากษาที่

สถาบันนวัตกรรมการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰ กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 299.

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² มาตรา 14 บัญญัติว่า “หนี้ซึ่งเกิดจากการจัดการงานนอกสั่ง หรือลาภมิควรได้ ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดหนี้นั้นได้เกิดขึ้น.”

²³ มาตรา 15 วรรคแรก บัญญัติว่า “หนี้ซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น.”

ศาลไทยไม่รับรอง มูลหนี้ตามคำพิพากษานั้นก็จะถูกพิจารณาในลักษณะของมูลหนี้สามัญ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าเป็นมูลหนี้ที่เกิดจากนิติกรรม หรือนิติเหตุตามที่กล่าวข้างต้น แต่หากเป็นคำพิพากษาที่ศาลไทยยอมรับรอง มูลหนี้ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้น ก็เป็นสถานการณ์ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่างประเทศ เพราะถูกตัดสินมาโดยศาลต่างประเทศ จึงเป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจของรัฐต่างประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวเพียงพอเห็นมูลหนี้นั้นในการตัดสินคดี

2.3 ที่มาของกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ

2.3.1 กฎหมายภายในของรัฐ

กฎหมายที่มีผลบังคับต่อนิติสัมพันธ์ทางด้านล้มละลายระหว่างประเทศซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น กฎหมายที่มีผลโดยตรงและโดยสมบูรณ์ก็คือกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายของประเทศที่เป็นประธานแห่งนิติสัมพันธ์นี้ โดยกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นกฎเกณฑ์ในการให้กรอบว่า นิติสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดจะได้รับการรับรองให้มีผลในทางระหว่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายภายในของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรองก็คือกฎหมายของรัฐที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์อย่างแท้จริงและมากที่สุด (genuine link) ดังนั้นจึงเห็นควรศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายล้มละลายที่มีบ่อเกิดอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ โดยเฉพาะที่สำคัญคือ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of Laws) หรือกฎหมายขัดกัน ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายที่นานาประเทศยอมรับในการแก้ปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยเนื้อหาของกฎหมายนี้จึงมีลักษณะสากล กล่าวคือ มีลักษณะระหว่างประเทศโดยแท้ และมีที่มาจากกรยอมรับของเจตจำนงของนานาประเทศในประชาคมระหว่างประเทศ มิได้มีที่มาจากเจตจำนงของรัฐบาลของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ โดยการพิจารณากฎหมายขัดกันเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นจะพิจารณาไปโดยเฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องการก่อเกิดนิติสัมพันธ์หรือหนี้ หรือเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับกับทรัพย์สินในการชำระหนี้ เป็นต้น

รูปแบบหนึ่งของบ่อเกิดกฎหมายระหว่างประเทศจากกฎหมายภายในของรัฐ อยู่ในกฎหมายล้มละลายภายในของรัฐนั่นเอง เช่น ในกฎหมายล้มละลายของอังกฤษ คือ The Insolvency Act 1986 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในคอมมอนเวลท์ (Commonwealth)²⁴ โดยไม่ต้องมีการทำสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศระหว่างกัน และโดยอาศัยบรรทัดฐานจาก คำพิพากษาของศาลสูงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศระหว่างกันอีกด้วย ดังตัวอย่างในคดี Re Solomons v. Ross (1764) 1 H.Bl. 131 โดยศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการยอมรับและรับรองอำนาจของผู้ดูแลทรัพย์สิน (Trustee) จากต่างประเทศใน

²⁴ประเทศอังกฤษ และเวลส์.

กลุ่ม คอมมอนเวลท์ในการรวบรวมทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (movable assets)²⁵ แต่หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ (immovable assets) ศาลอังกฤษจะอนุญาตให้ผู้ดูแลทรัพย์สินจากต่างประเทศทำการขายที่ดินเพื่อแบ่งสรรเงินที่ได้รับให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้²⁶

นอกจากนี้ในสหราชอาณาจักร (United Kingdom)²⁷ ยังปรากฏบทบัญญัติพิเศษเฉพาะ เพื่อการให้ความช่วยเหลือระหว่างกันทางศาล (judicial assistance) ในคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรอีกด้วย²⁸

กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกฎหมายภายในของรัฐที่นำมาพิจารณานิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศของกฎหมายล้มละลาย แต่จะต้องมีพื้นฐานความเข้าใจก่อนว่าเนื่องจากกฎหมายล้มละลายเป็นทั้งกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนในตัว ดังนั้นการพิจารณากฎหมายขัดกันก็เฉพาะแต่ในส่วนที่เป็นนิติสัมพันธ์ทางเอกชนเท่านั้น และจะต้องพิจารณาเป็นเฉพาะเรื่องไป กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นขั้นตอนแรกของการวิเคราะห์ ในการแก้ปัญหาที่เกี่ยวข้องหรือพิพาทกันระหว่างคนหลายๆ ชาติ โดยเฉพาะข้อพิพาทในทางทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งตั้งอยู่หรืออยู่ในต่างประเทศ²⁹ เหตุที่ต้องมีการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นเพราะว่าเมื่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีจะดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลต้องทราบด้วยว่าข้อพิพาทกันในทางกฎหมายล้มละลายนั้นมีเรื่อง หรือข้อเท็จจริงอะไรที่เกี่ยวข้องบ้างเพื่อ ศาลจะได้สามารถนำเรื่องหรือข้อเท็จจริงนั้นๆ ปรับเข้ากับหลักกฎหมายได้

โดยหลักทั่วไปในกรณีที่มีการพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ นั้น ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์³⁰ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นอยู่ 2 กรณี คือ

²⁵Louis Jacques Blom-Cooper, Bankruptcy in Private International Law, (London : The Eastern Press Ltd., 1954), p. 20.

²⁶Re Kooperman [1928] W.N. 101.

²⁷ประกอบด้วยประเทศอังกฤษ, เวลส์, สก็อตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ.

²⁸English Insolvency Act 1986: Section 122; Bankruptcy (Scotland) Act 1985: Section 43; Bankruptcy (Ireland) Amendment Act 1872: Section 70.

²⁹พจน์ กุ๊มานะชัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 6.

³⁰มาตรา 16 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า "ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์."

(1) ในกรณีที่ส่งทรัพย์สินออกนอกประเทศ ไม่ว่าจะประเทศไทยหรือต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่อง ที่ทรัพย์สินกำลังเคลื่อนที่ไปในประเทศต่าง ๆ (res in transitu)³¹ ทั้งนี้เพราะเป็นการจำเป็นโดยที่ทรัพย์สินอาจผ่านไป หลายประเทศ ซึ่งคู่กรณีไม่ทราบว่าจะอยู่ที่ทำนิติกรรมนั้น ทรัพย์สินอยู่ในประเทศใดแน่ แต่คู่กรณีจำเป็นจะต้อง ทราบกฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินนั้นในธุรกิจของตน³² ส่วนความหมายของคำว่า “ส่งออกนอกประเทศ” นั้นเป็น ไปตามกฎหมายศุลกากร³³

(2) การที่ส่งทรัพย์สินย้ายที่ไประหว่างฟ้องคดี ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่ง กฎหมาย พุทธศักราช 2481³⁴ แม้จะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิ ผิดจากที่เป็นอยู่ในขณะฟ้อง ศาลไทยก็ไม่ถือว่ามิผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้หมายความว่าคงวินิจฉัยคดีประหนึ่งว่าส่งทรัพย์สิน นั้นมิได้ย้ายที่ไประหว่างฟ้องคดีแต่ประการใด

โดยหลักตามกฎหมายขัดกันในกระบวนพิจารณาคดีล้มละลายที่ทรัพย์สินของ ลูกหนี้ตั้งอยู่ ในต่างประเทศ การจัดการทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ แต่ยังมีวิธีใน การเพิ่มศักยภาพในกระบวนกรรวบรวมทรัพย์สิน ได้แก่

(1) ถ้าประเทศที่ยึดถือทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ได้ยอมรับเขตอำนาจของประเทศที่เกิดกระบวน พิจารณาคดีล้มละลายขึ้น และยอมส่งมอบทรัพย์สินนั้น และ

³¹หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมาย กฎหมายสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 109.

³²มาตรา 16 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า “อย่างไรก็ดี ในกรณีการส่งทรัพย์สินออกนอกประเทศ ให้ใช้กฎหมาย สัญชาติของเจ้าของทรัพย์สินบังคับแก่ทรัพย์สินนั้นตั้งแต่เวลาส่งทรัพย์สินออกนอกประเทศ” แม้หลักเกณฑ์ นี้เป็นการบัญญัติให้ใช้กฎหมายเจ้าของทรัพย์สินบังคับแทนกฎหมายแห่งประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ ก็ไม่ ขัดกับหลักเกณฑ์ตามมาตรา 16 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 แต่อย่างใด เพราะประเทศที่ทรัพย์สินเพียงจะผ่านไปย่อมไม่มีอำนาจเหนือทรัพย์สิน นั้นอย่างแท้จริง ส่วนปัญหาที่ว่าเจ้าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามความหมายที่ใช้ในมาตรา 16 วรรคสองนี้จึงไม่ใช่เรื่องของการตีความ แต่ต้องใช้กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ซึ่ง บัญญัติให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินหลังที่สุดเป็นเกณฑ์.

³³หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกัน แห่งกฎหมาย กฎหมายสัญญา, หน้า 110.

³⁴มาตรา 17 บัญญัติว่า “ส่งทรัพย์สินใด ๆ ซึ่งได้ย้ายที่ไประหว่างฟ้องคดีเกี่ยวกับ ทรัพย์สินนั้น ให้คงบังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ในขณะยื่นฟ้อง.”

(2) โดยการกำหนดให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายของลูกหนี้ หรือโดยคำสั่งศาลให้ลูกหนี้ต้องดำเนินการใดๆ ให้เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ต่างประเทศได้³⁵

นอกจากนี้กฎหมายล้มละลายบางประเทศกำหนดให้กระบวนการรวบรวมทรัพย์สินจากต่างประเทศจะมีขึ้นได้ จะต้องผ่านกระบวนการรับรองคำตัดสินของศาลต่างประเทศนั้นอย่างเป็นทางการโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์การรับรองทั่วไปตามกฎหมายระหว่างประเทศก่อน แต่ในบางประเทศก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์กระบวนการรวบรวมทรัพย์สินจากต่างประเทศขึ้นมาโดยเฉพาะโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการรับรองอย่างเป็นทางการ³⁶

2.3.2 กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศที่มีบ่อเกิดอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ ซึ่งเป็นกฎหมายล้มละลายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้

2.3.2.1 กฎหมายเอกชน

บ่อเกิดส่วนหนึ่งของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศมีบ่อเกิดอยู่ในกฎหมายของเอกชน แม้รัฐอาจจะปฏิเสธความเป็นกฎหมายในความหมายที่แท้จริงของกฎเกณฑ์ดังกล่าว แต่กฎเกณฑ์นี้ก็มีผลใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยการยอมรับของเอกชนนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องมาจากเพราะเอกชนมักไม่ยอมให้นำนิติสัมพันธ์ในทางการค้าของตนตกอยู่ภายใต้กฎหมายขัดกัน โดยมีอยู่ในรูปแบบต่างๆ ซึ่งยอมรับว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในทางระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ หรือข้อบังคับของหน่วยงาน หรือองค์การระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายในกรณีของปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติโดยสังเขปได้แก่

(1) กฎเกณฑ์ต่างๆ ของสมาคมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเพื่อการระงับข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาพิพาทในคดีล้มละลายข้ามชาติของหอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce (ICC))

(2) กฎเกณฑ์ว่าด้วยรูปแบบความร่วมมือของการล้มละลายระหว่างประเทศ 1989 (Model International Insolvency Cooperation Act 1989 (MIICA)) ของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่าง

³⁵The Secretariat of United Nations Commission on International Trade Law, *Possible Future Work*, paper presented at the twenty-sixth session, Vienna, 5–23 July 1993, (Mimeographed).

³⁶Ibid.

ประเทศ (International Bar Association (IBA)) ในประเทศสหรัฐอเมริกา³⁷

(3) Working Group on International Financial Crisis (G22) ซึ่งได้จัดทำรายงานเกี่ยวกับการแยกประเภท และจัดอันดับนโยบายของสถาบันต่างๆ ที่สามารถดำเนินการป้องกันวิกฤติทางการเงินระหว่างประเทศ เพื่อดำเนินการหาข้อสรุปที่เป็นประโยชน์ต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในด้านกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายโดยอาศัยคำแนะนำจาก International Federation of Insolvency Professional (INSOL)³⁸

(4) Asian Development Bank (ADB) โดยหน่วยงานที่มีชื่อว่า The ADB Regional Technical Assistance for Insolvency Law Reform (RETA) มีความพยายามที่จะพัฒนา และเสนอแนะประเด็นอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายล้มละลายที่เป็นต้นแบบการปฏิบัติที่ดีที่สุด (Best Practice Model) โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการพัฒนาหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ (Cross-Border Aspects of Insolvency Law) ในปัญหาของการล้มละลาย และการฟื้นฟูสภาพหนี้สินของบริษัทโดยเฉพาะในกลุ่ม 11 ประเทศในอาเซียน³⁹

(5) International Bar Association (IBA) ได้พยายามพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายโดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลาย การดำเนินการครั้งล่าสุดคือ Model

³⁷ซึ่งมีหลักการที่สำคัญคือ

- สร้างมาตรการโดยกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ

- ยึดถือหลักการให้มีกระบวนการพิจารณาเดียว โดยให้มีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะตั้งอยู่ที่ใด

- ได้กำหนดเงื่อนไขของการให้ความช่วยเหลือ คือประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศที่กำหนดไว้เป็นอย่างดี โดยศาลของประเทศนั้นได้ใช้เขตอำนาจศาลโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงที่เกิดขึ้น เพื่อสะดวกต่อการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายทั้งหลาย

- กำหนดให้มีกระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหนึ่งเดียวเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายโดยไม่เลือกปฏิบัติ ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้พัวพันกับเขตอำนาจรัฐต่างประเทศ

- ในกรณีที่ศาลของประเทศใดปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือ ผู้ที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ อาจทำการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศที่ปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือนั้นได้.

³⁸Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, Vienna, 6-17 December 1999, (Mimeographed), par. 20.

³⁹Ibid., pars. 13-14.

Bankruptcy Code โดยมีจุดประสงค์ในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายล้มละลายในด้าน
 สาระบัญญัติ ซึ่งต้นร่างได้ดำเนินการเสร็จเมื่อเดือนกันยายน 1997⁴⁰

โดยแม้ว่าหลักเกณฑ์ข้อกำหนดเหล่านี้จะเกิดขึ้นจากองค์กรเอกชน หรือองค์การ
 ระหว่างประเทศก็ตาม แต่ลักษณะการใช้นั้นมีความเป็นสากล จึงเป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ และถือ
 เป็นบ่อเกิดอย่างหนึ่งของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

2.3.2.2 กฎหมายระหว่างรัฐ

ก. สนธิสัญญาหรืออนุสัญญา

สนธิสัญญา (Treaty)⁴¹ เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป และ
 ทำได้เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันระดับทวิภาคีหรือพหุภาคี ย่อมมีผลเป็นการสมัครใจสร้าง
 พันธกรณีทางกฎหมายระหว่างภาคีตามหลัก pacta sunt servanda (ความตกลงต้องปฏิบัติตาม) และโดยปกติ
 การตกลงนั้นย่อมไม่ผูกพันไม่ให้ทั้งโทษและคุณแก่รัฐที่สาม (ซึ่งไม่ใช่ภาคี) ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก pacta tertiis
 nec nocent nec prosunt ซึ่งหมายความว่าความตกลงย่อมไม่ให้ทั้งโทษและประโยชน์แก่ฝ่ายที่สาม⁴² ซึ่งข้อตกลง
 ลงนี้อาจทำเป็นฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็มีผลผูกพันต่อรัฐภาคีได้ เกี่ยวกับเรื่องนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
 (International Court of Justice (ICJ)) ได้ตัดสินไว้ในคดี Ambatielos Case⁴³ ว่าข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างส
 ราชอาณาจักรอังกฤษกับกรีซ แม้จะทำขึ้นเป็นสนธิสัญญาฉบับหนึ่งกับปฏิญญา (Declaration) อีกฉบับหนึ่งก็
 ตาม ถือได้ว่าเป็นสนธิสัญญาผูกพันรัฐทั้งสอง และชื่อนั้นมิใช่ องค์ประกอบในการกำหนดลักษณะของข้อตกลง
 หรือข้อผูกพันระหว่างประเทศ⁴⁴

สนธิสัญญา หรืออนุสัญญาที่เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติได้แก่⁴⁵

⁴⁰Ibid., par. 15.

⁴¹ตามมาตรา 2 วรรค 1 (a) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.
 1969 ได้ให้ความหมายของสนธิสัญญาไว้ว่า หมายถึง “ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำขึ้นเป็น
 ลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐต่าง ๆ และอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับ
 เดียว สองฉบับ หรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกันและไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด.”

⁴²ดำรง ธรรมมาร์กซ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ*, กรุงเทพมหานคร
 : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 27.

⁴³Ambatielos Case, *I.C.J. Reports*, (1952), p. 42.

⁴⁴South West Africa Case, *I.C.J. Reports*, (1962), pp. 331–332.

⁴⁵Official Records of the General Assembly, United Nations, Report of the United
 Nations Commission on International Trade Law, on the work of its thirtieth session,
 Vienna, 12-30 May 1997, (Mimeographed).

(1)สนธิสัญญามอนเตวิเดโอแห่งกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1889 และ 1940 (Montevideo Treaties on International Commercial Law 1889, 1940) โดยสนธิสัญญาฉบับนี้มีหลักการสำคัญเกี่ยวกับภูมิลำเนาที่ประกอบธุรกิจของลูกหนี้ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เมื่อได้รับการยอมรับของรัฐภาคีทั้งหมดแล้วจะมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศเหล่านั้นอันได้แก่กลุ่มรัฐในลาตินอเมริกา 4 ประเทศ โดยศาลของรัฐภาคีจะต้องช่วยทำการเผยแพร่หรือโฆษณากระบวนการล้มละลายด้วย และหลักประกันของบรรดาเจ้าหนี้จะได้รับการยอมรับตราบเท่าที่หลักประกันนั้นเกิดขึ้นก่อนการเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลาย

(2)อนุสัญญาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ค.ศ. 1928 (Convention on Private International Law (Bustamante Code) 1928) อนุสัญญาฉบับนี้มีหลักการสำคัญเช่นเดียวกับสนธิสัญญามอนเตวิเดโอแห่งกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1889 และ 1940 (Montevideo Treaties on International Commercial Law 1889, 1940) ดังกล่าวข้างต้นแต่มีรัฐภาคีที่กว้างขวางมากกว่าคือกลุ่มรัฐในลาตินอเมริกา 15 ประเทศ

(3)อนุสัญญาเกี่ยวกับการล้มละลายระหว่างกลุ่มรัฐนอร์ดิก ค.ศ. 1933 (Convention regarding Bankruptcy between Nordic States 1933) หลักสารสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้คือ กระบวนการล้มละลายที่เริ่มต้นขึ้นในรัฐภาคีซึ่งลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ หรือสำนักงานที่จดทะเบียน กระบวนการดำเนินพิจารณาและผลของคำพิพากษาจะได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีทั้งหมดในกลุ่มรัฐนอร์ดิก⁴⁶

(4)อนุสัญญาแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยแนวคิดระหว่างประเทศบางประการของการล้มละลาย ค.ศ. 1990 (European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy 1990) ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้มีหลักการที่สำคัญคือ

-กำหนดให้การเริ่มต้นของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยยึดถือสถานที่ที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก (center of debtor's main interests) โดยในกรณีของลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสำนักงานที่จดทะเบียน (registered office) ของนิติบุคคลนั้นเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ โดยลูกหนี้ซึ่งล้มละลายในรัฐที่เป็นกระบวนการหลัก (main bankruptcy) อาจล้มละลายในอีกรัฐหนึ่งซึ่งเป็นกระบวนการรอง (secondary bankruptcy) ได้

-ผู้ที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายมีสิทธิดำเนินการใดๆ ในนามของบรรดาเจ้าหนี้ในรัฐของตนในเขตอำนาจรัฐอื่น

-เจ้าหนี้ต่างประเทศมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในรัฐที่เกิดกระบวนการหลักและกระบวนการรอง และมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย.

(5)อนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวิधिพิจารณาล้มละลายของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (Convention on Insolvency Proceedings of the European Union 1995) ซึ่งโดยเฉพาะอนุสัญญาฉบับนี้เป็นเวลากว่า 25 ปีมาแล้ว คณะกรรมการเป็นจำนวนหลายคณะและกลุ่มของนักปราชญ์ทางด้านกฎหมาย และ

⁴⁶ได้แก่ประเทศเดนมาร์ก ฟินแลนด์ ไอซ์แลนด์ นอร์เวย์ และสวีเดน.

ประเทศสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union (EU)) ได้ประชุมกันและร่วมกันร่างอนุสัญญาขึ้นเพื่อตกลงกันถึงเขตอำนาจศาล และการยอมรับกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการพัฒนาให้เกิดอนุสัญญาอันหนึ่งขึ้นให้มีผลรองรับต่ออนุสัญญาบรัสเซล ในการกำหนดเขตอำนาจศาล และการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters 1968, 1978) ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวในการร่างอนุสัญญาดังนี้มี การเสนอกันมากมายหลายฝ่ายโดยหน่วยงาน และองค์กรที่เกี่ยวข้องของคณะกรรมการของกลุ่มประเทศยุโรป และได้ผ่านการพิจารณาอย่างละเอียดโดยนักวิชาการ และ นักปฏิบัติในกลุ่มประเทศสมาชิก ดังนั้น ร่างสุดท้ายของอนุสัญญานี้ได้รับการเห็นชอบร่วมกันเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2538 โดยได้รับรู้กันว่าเป็นอนุสัญญาของกระบวนการล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นและเป็นผลจากขบวนการถกเถียงและรวบรวมความคิดเห็นต่างๆ นานา เป็นระยะเวลาอันยาวนาน

อนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย และจะถูกนำมาประยุกต์ใช้โดยตรง โดยศาลของประเทศสมาชิก บทบัญญัติต่างๆ ในอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้ไม่มีเจตจำนงที่จะให้มีการทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยรัฐของประเทศสมาชิก โดยอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้มีเป้าหมายหลักเพื่อสร้างเขตอำนาจศาลของคดีล้มละลาย ให้เกิดเป็นพรมแดนอันหนึ่งเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของประเทศสมาชิก และผลของกระบวนการระงับการดำเนินคดีล้มละลายในเขตอำนาจศาลหนึ่งในเขตอำนาจศาลของกลุ่มประเทศสมาชิก หลักการพื้นฐานที่สำคัญคือความเท่าเทียมกันของการแบ่งปันสินทรัพย์เพื่อการชำระหนี้ข้ามชาติ ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ตามข้อ 6 ของสนธิสัญญาแห่งการจัดตั้งสหภาพยุโรป (European Community Treaty (ECT)) นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้ยังเป็นการรองรับข้อ 220 ของสนธิสัญญาแห่งการจัดตั้งสหภาพยุโรป (ECT) อีกด้วย ซึ่งตามข้อ 220 ของสนธิสัญญาแห่งการจัดตั้งสหภาพยุโรป (ECT) กำหนดว่า “รัฐสมาชิกต้องสร้างวิธีการ และกระบวนการเพื่อการรับรองคำตัดสินของศาล ให้เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศสมาชิก” โดยหลักการอันนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติอยู่ในอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้ด้วย การใช้บังคับอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้เท่ากับหมายความว่าจะมีขั้นตอน และกระบวนการทางกฎหมายล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้นในกลุ่มประเทศยุโรป โดยจะมีผลสามารถให้เรียกร้องขอรับชำระหนี้ได้ ทั้งกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป โดยหลักการสำคัญของอนุสัญญาดังกล่าวฉบับนี้คือการยึดถือหลักการล้มละลายเดียว ซึ่งจะมีผลต่อทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงถิ่นที่ตั้งของทรัพย์สิน และให้การยอมรับการเกิดกระบวนการล้มละลายรอง (secondary proceedings) ซึ่งจะมีผลต่อทรัพย์สินเฉพาะที่อยู่ในดินแดนที่กระบวนการล้มละลายรองเกิดขึ้นเท่านั้น

ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) หมายถึงการปฏิบัติซึ่งรัฐยอมรับว่าผูกพันเป็นกฎหมาย⁴⁷ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)⁴⁸ จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้จารีตประเพณีตั้งอยู่บนพื้นฐานของระยะเวลาที่ยาวนาน (age) โดยมิได้พิจารณาถึงความเห็นของนักกฎหมาย (opinio juris) เช่นในปัจจุบัน⁴⁹ นอกจากนี้จะต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบด้วย อาทิ แนวทางปฏิบัติของรัฐที่กระทำสืบต่อกันมา (subsequent conduct) โดยมีองค์ประกอบในเรื่องระยะเวลา (time element) เข้ามาเกี่ยวข้อง⁵⁰

ปัญหาสำคัญในการพิจารณาจารีตประเพณีระหว่างประเทศ คือ การมีสภาพบังคับหรือผลบังคับใช้ทางกฎหมาย ซึ่งตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice)⁵¹ ได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้จารีตประเพณีระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นหลักฐานของการปฏิบัติโดยทั่วไป ซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นกฎหมาย (international custom, as evidence of a general practice accepted as law)⁵² เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้พิจารณาได้ว่า จารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นเรื่องของการปฏิบัติตามโดยรัฐด้วยความเชื่อมั่นว่ามีผลผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งแตกต่างจากการกระทำในลักษณะที่เป็นเรื่องของการ

⁴⁷ดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 27.

⁴⁸จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (international custom) มีองค์ประกอบสองประการคือ -องค์ประกอบภายนอก (physical element) ได้แก่การปฏิบัติทั่วไป เป็นพฤติกรรมหรือการปฏิบัติของรัฐ (State practices) ที่กระทำจนเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐ (precedents) และ -องค์ประกอบภายใน (psychological element) ได้แก่การยอมรับกันว่าผูกพันอย่างกฎหมาย (accepted as law) หรือความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris sive necessitatis) การปฏิบัติทั่วไปโดยขาดองค์ประกอบภายใน เช่น ปฏิบัติเนื่องจากอัยาศัยไมตรี การปฏิบัตินั้นเรียกว่า usage ซึ่งไม่มีผลเป็นกฎหมาย.

⁴⁹ดำรง ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 27.

⁵⁰Rebecca M.M.Wallance, International Law : A Student Introduction, (London : Sweet & Maxwell, 1986), p. 10.

⁵¹ลงนามที่ San Francisco เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945.

⁵²Article 38 (1) (b).

ทำตามมรรยาท การกระทำอันมีมิตร หรือการกระทำเพื่อความสะดวกสบาย หรือความรู้สึกที่ไม่ยอมรับว่าสิ่งนั้น จะมีผลทางกฎหมายติดตามมา⁵³

เป็นต้นว่า ตามธรรมเนียมจารีตประเพณีปฏิบัติในกรณีของประเทศญี่ปุ่น ผู้ดูแลทรัสต์ (Trustee) หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของประเทศญี่ปุ่นไม่มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการล้มละลายใดๆ ในต่างประเทศ รวมทั้งไม่มีอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรืออำนาจในการชดเชยวงการใช้สิทธิใดๆ ของเจ้าหนี้ทั้งเจ้าหนี้ญี่ปุ่นและเจ้าหนี้ต่างประเทศเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศ⁵⁴ แต่ผู้ดูแลทรัสต์อาจมีอำนาจที่จะสั่งให้เคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่อยู่ในต่างประเทศมาที่ญี่ปุ่น เพื่อเป็นการยืนยันอำนาจที่จะมีเหนือทรัพย์สินนั้นหลังจากกระบวนการล้มละลายได้เริ่มขึ้น⁵⁵ ซึ่งถ้าหากทรัพย์สินนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์แล้วกรณีดังกล่าวผู้ดูแลทรัสต์ก็อาจที่จะดำเนินการได้ หากแต่ว่าในกรณีเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว กรณีก็คงไม่อาจที่จะดำเนินการนี้ได้

ค. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หมายถึงหลักกฎหมายที่จะต้องได้รับการรับรองจากนานาชาติอารยประเทศ (the general principles of law recognized by civilized nations)⁵⁶ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นที่รับรู้ และเข้าใจกันโดยทั่วไป⁵⁷ อย่างไรก็ตามปัญหาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในกฎหมายระหว่างประเทศในปัญหาเรื่องการดำรงอยู่ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั่วไปของระบบอื่นๆ ทั้งในลักษณะ และบ่อเกิดของหลักดังกล่าว รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างกัน⁵⁸

กรณีคดีศึกษาในประเทศญี่ปุ่น ศาลญี่ปุ่นได้อนุญาตให้ผู้ดูแลทรัสต์ (Trustee) จากประเทศสวิสเซอร์แลนด์ เข้ามาใช้สิทธิดำเนินการทางศาลในฐานะผู้แทน (representative) ของลูกหนี้ต่างประเทศซึ่งเป็นบริษัทในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ต่อกรณีที่มีการร้องขอให้ยึดหรืออายัดเครื่องหมายความการค้าของลูกหนี้ต่างประเทศโดยเจ้าหนี้ในญี่ปุ่น โดยศาลญี่ปุ่นอนุญาตให้ผู้ดูแลทรัสต์ใช้สิทธิดำเนินการในประเทศญี่ปุ่นใน

⁵³Rebecca M.M.Wallance, International Law : A Student Introduction, p. 9.

⁵⁴E Bruce Leonard and Christopher W Besant, Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations, (London : Graham & Trotman and International Bar Association, 1994), p. 73.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Article 38 (1) (c).

⁵⁷เช่น หลักความเสมอภาค (Equality) หลักยุติธรรม (Equity) หลักสุจริต (Good Faith) เป็นต้น

⁵⁸Gaetano Arangio – Ruiz, The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law, (The Netherland : Sijthoff, 1979), p. 65.

นามของลูกหนี้ โดยเป็นสิทธิที่ ผู้ดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้ต่างประเทศมีสิทธิดำเนินการได้ ตามหลักกฎหมายทั่วไป แห่งกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลต่างประเทศในกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁹

หรือดังตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษในคดี *Re Connelly v. RTZ Corporation*⁶⁰ ซึ่งมีตอนหนึ่งของคำตัดสินว่า ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป การที่ไม่ได้รับ หรือ การขาดความช่วยเหลือสนับสนุนทางการเงินที่เหมาะสมจากต่างประเทศ จะนำไปสู่การไม่ได้รับความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ⁶¹

ดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ หรือ กฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ ที่มีบ่อเกิดอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศโดยแท้ในรูปของกฎหมายระหว่าง รัฐกล่าวคือ สนธิสัญญาหรืออนุสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ซึ่งเหล่านี้ได้รับการยอมรับในสถานะของบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกล่าวได้ว่าเป็นที่มา ของกฎเกณฑ์ที่อาจถูกนำมาใช้พิจารณาข้อเท็จจริง (Applicable Law to Fact) เปรียบประดุจเม็ดเงินที่ใช้ในการตัด ขึ้นเนื้อ กฎเกณฑ์ในบ่อเกิดนี้จึงมีสถานะเป็นกฎหมายที่มีผลต่อดีล้มละลายข้ามชาติโดยตรง ดังที่มาตรา 38 แห่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรับรองสิ่งเหล่านี้ในฐานะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่าง ประเทศและเรียกกฎเกณฑ์ทั้งสามนี้ว่า “The Rules of Law”⁶²

ง. คำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ และหลักกฎหมายล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ในคำพิพากษาของศาล ระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการตีความ และแก้ปัญหาคดีพิพาทของการ ล้มละลายข้ามชาติที่ยัง หาข้อยุติไม่ได้ โดยคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศนี้ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ระหว่างประเทศเช่นกันดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แห่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ได้รับการ ยอมรับในสถานะของบ่อเกิดอันดับรองของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือกล่าวได้ว่าเป็นที่มาของคำอธิบายแห่ง

⁵⁹Decision of 30 January 1981 (Showa 56), Tokyo Kosei, 994 *Hanrei Jiho* 53 (1981), quoted in E Bruce Leonard and Christopher W Besant, *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, p. 74.

⁶⁰[1998] A.C. 854.

⁶¹Peter Muchlinski, “Corporations in International Litigation : Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases,” *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50 part 1 (January 2001) : p. 6.

⁶²พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, หน้า 64.

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (the determination of the Rules of Law)⁶³ อันได้แก่ สนธิสัญญาหรืออนุสัญญา จารีต ประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเอง

คำวินิจฉัยของศาล (Judicial Decisions) คือคำพิพากษาศาลตัดสินของศาล ในระบบกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่มีหลักการถือตามบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลคดีก่อนๆ (binding by precedent) แต่ลักษณะจำเป็นของการประสาทความยุติธรรมซึ่งต้องการให้กฎหมายมีความแน่นอน คงเส้นคงวา สามารถที่จะคาดการณ์ได้ตามเหตุผล ทำให้เนื้อหาของคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายโดยแท้ (ratio decidendi)⁶⁴ ถูกนำมาใช้อย่างต่อเนื่องกันมา และใช้อ้างอิงแสดงเนื้อหาหรือขอบเขตของกฎหมายว่าเป็นหรือมีอยู่อย่างใดได้ คำพิพากษาศาลระหว่างประเทศ หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice (ICJ)) หรือศาลโลก ย่อมมีอิทธิพลในการแสดงกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าคำพิพากษาศาลภายในรัฐ เพราะมีลักษณะเหนือว่าทั้งองค์ประกอบของผู้พิพากษา ความหลากหลายด้านทัศนะ และความเป็นกลางซึ่งไม่ยึดติดอยู่กับรัฐใดรัฐหนึ่ง⁶⁵

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่ากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศนั้น จัดอยู่ในประเภทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งสำหรับคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล นับว่ายังมีอยู่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับคดีล้มละลายด้วยแล้วแทบไม่พบเลย ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเนื่องจากว่าลักษณะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลนั้น ปกติเป็นเรื่องระหว่างเอกชน เช่น ในคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งถึงแม้จะเป็นคดีที่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม ศาลระหว่างประเทศมิได้เป็นศาลที่รับฟ้องของเอกชน รัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ยื่นฟ้องคดีในศาลนี้ได้ และอำนาจของศาลนี้ก็ขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐคู่กรณี จึงเป็นการยากที่รัฐคู่กรณีจะพร้อมใจกันนำข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาสู่ศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่ถูกฟ้องย่อมสามารถที่จะปฏิเสธอำนาจศาล และไม่ยอมเข้ามาเป็นจำเลย หรือลูกหนี้ในคดีได้ ดังนั้นคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับคดีล้มละลายข้าม

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ ตำร ธรรมารักษ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 31.

⁶⁵ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิจารณาข้อขัดแย้งในทางกฎหมายระหว่างรัฐ (contentious jurisdiction) โดยยึดถือความสมัครใจของคู่กรณีเป็นสำคัญ ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก เป็นการที่รัฐคู่พิพาททำความตกลงเสนอข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาพิพากษาคดีเป็นแต่ละกรณีไป (ad hoc arrangement) และ

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่รัฐคู่พิพาทได้ทำสนธิสัญญาผูกพันตนไว้ให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาท หรือรัฐคู่พิพาทได้ลงนามยอมรับอำนาจศาล

และโปรดดู มานพ เมฆประยูรทอง, องค์การสหประชาชาติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2533), หน้า 72.

ชาติแล้วแทบจะไม่พบเลย⁶⁶ หนึ่ง การที่รัฐใดจะนำคดีเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติเกี่ยวกับลูกหนี้ หรือเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นคนชาติของตนขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศนั้น จะต้องพิจารณาโดยรอบคอบ เพราะเป็นการที่รัฐนั้นกระทำไปในนามของคนชาติ (national) ของตน⁶⁷

ตัวอย่างคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ เช่น ในกฎหมายล้มละลายของอังกฤษ คือ The Insolvency Act 1986 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในคอมมอนเวลท์ (Commonwealth)⁶⁸ โดยไม่ต้องมีการทำสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศระหว่างกัน และโดยอาศัยบรรทัดฐานจากคำพิพากษาของศาลสูงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศระหว่างกันอีกด้วย ตัวอย่างในคดี Re Solomons v. Ross (1764) 1 H.Bl. 131 โดยศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการยอมรับและรับรองอำนาจของผู้ดูแลทรัพย์สิน (Trustee) จากต่างประเทศในกลุ่มคอมมอนเวลท์ในการรวบรวมทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ (movable assets)⁶⁹ แต่หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ (immovable assets) ศาลอังกฤษจะอนุญาตให้ผู้ดูแลทรัพย์สินจากต่างประเทศทำการขายที่ดินเพื่อแบ่งสรรเงินที่ได้รับให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้⁷⁰

⁶⁶ในส่วนที่เกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ กรณีศึกษา (case study) นอกจากการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น ซึ่งถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายล้มละลายข้ามชาติอย่างหนึ่งแล้ว ยังสามารถพิจารณาได้จาก Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT) ซึ่งเป็นการรวบรวมคำพิพากษา หรือคำตัดสินของศาล และอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะกฎหมายพาณิชย์เพื่อเป็นการสนับสนุนการใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะในกฎหมายที่เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ และโปรดดู Official Records of the General Assembly, United Nations, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, on the work of its thirtieth session.

⁶⁷เช่น ดังจะเห็นได้จากในคดี Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วินิจฉัยในปี ค.ศ. 1955 ว่า รัฐจะมีสิทธิเข้าดำเนินการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศในนามของเอกชนได้ก็แต่เฉพาะในเมื่อรัฐนั้นมีสิ่งผูกพันอันแท้จริงกับเอกชนนั้นเท่านั้น และโปรดดู Nottebohm Case, I.C.J. Reports, (1955), pp. 4-65.

⁶⁸ประเทศอังกฤษ และเวลส์.

⁶⁹Louis Jacques Blom-Cooper, Bankruptcy in Private International Law, p. 20.

⁷⁰Re Kooperman [1928] W.N. 101.

2.4 ทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลาย

2.4.1 ทฤษฎี Territoriality

2.4.1.1 ลักษณะและความหมาย

ผลของกระบวนการล้มละลายในทฤษฎี Territoriality เป็นแนวความคิดที่อยู่บนพื้นฐานของหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction)⁷¹ ดังนั้นสาระโดยหลักของทฤษฎีนี้จะจำกัดผลของกระบวนการล้มละลายอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น⁷² กล่าวคือ การที่ศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ หรือให้ลูกหนี้ล้มละลายนั้น ผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งดังกล่าวต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่จะดำเนินต่อไปจะจำกัดขอบเขตอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น โดยเฉพาะผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้

2.4.1.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้

โดยผลของทฤษฎี Territoriality ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายซึ่งจะถูกจำกัดขอบเขตอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น ดังนั้น โดยนัยสำคัญของทฤษฎีนี้ที่มีผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ คือ เมื่อศาลในแต่ละประเทศจะอ้างเขตอำนาจศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่อลูกหนี้คนใดคนหนึ่ง จะต้องปรากฏว่ามีจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่แน่ชัดระหว่างลูกหนี้กับประเทศที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น เนื่องจากผลของกระบวนการล้มละลายจะถูกจำกัดอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น โดยจุดเกาะเกี่ยวนี้จะต้องเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ชัดเจน และปรากฏมีอยู่อย่างแจ่มชัดในการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะยกขึ้นอ้างเขตอำนาจศาลเหนือตัว ลูกหนี้ได้ซึ่งเป็นการใช้หลัก “domiciliary”⁷³ เช่น ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักหรือในการบริหารจัดการ หรือสำนักงานจดทะเบียนในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล⁷⁴

⁷¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.1.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction).

⁷²Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1996), p. 543.

⁷³Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 8.

⁷⁴Ibid.

2.4.1.3 ผลเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย

เมื่อผลของกระบวนการล้มละลายตามทฤษฎี Territoriality จะถูกจำกัดอยู่แต่ในเฉพาะประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น ผลที่ตามมาเกี่ยวกับตัว เจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียในกรณีที่เป็นเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียภายในประเทศนั้นเองที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น หรือเป็นเจ้าหนี้ภายในประเทศ (local creditor) ซึ่งเป็นเจ้าหนี้โดยปกติทั่วไปที่มีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น แต่หากเป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศ (foreign creditor) ก็ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายล้มละลายของประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นได้เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ ต่างประเทศสามารถขอรับชำระหนี้ได้มากน้อยเพียงใด หรือมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอย่างไรบ้างที่เจ้าหนี้ต่างประเทศจะต้องปฏิบัติ ซึ่งกฎหมายล้มละลายโดยส่วนใหญ่ของแต่ละประเทศโดยเฉพาะประเทศที่ผลของกระบวนการล้มละลายเป็นไปตามทฤษฎี Territoriality จะถือว่าเจ้าหนี้ต่างประเทศนั้นเป็นเจ้าหนี้อีกประเภทหนึ่งที่แยกออกจากเจ้าหนี้โดยปกติทั่วไป หรือจากเจ้าหนี้ในประเทศ อีกทั้งยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เจ้าหนี้ต่างประเทศจะต้องปฏิบัติเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษจากเจ้าหนี้ในประเทศในการขอรับชำระหนี้⁷⁵

2.4.1.4 ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้

ผลของกระบวนการล้มละลายที่ถูกจำกัดอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นตามหลักของทฤษฎี Territoriality ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อเข้ามาสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (insolvency estate) และแบ่งเฉลี่ยคืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้นั้นก็จะมีผลที่ถูกจำกัดเช่นเดียวกัน กล่าวคือ คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลที่ให้พิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือให้ลูกหนี้ล้มละลายนั้นจะมีผลแต่เฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้นที่สามารถจะถูกรวบรวมเพื่อเข้ามาสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ โดยไม่สามารถไปทำการรวบรวมทรัพย์สินของ ลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศได้เลยตามผลของทฤษฎี Territoriality นี้ นอกจากนี้ยังปิดกั้นกระบวนการล้มละลายจากต่างประเทศที่จะเข้ามารวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ภายในประเทศของตนออกไปอีกด้วย

ดังตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในคดี Maxwell Communication Corporation Plc. (MCC) เป็นบริษัทอังกฤษที่ดำเนินธุรกิจในรูปแบบของกลุ่มบริษัท (holding company) โดยมีบริษัทในเครือ (subsidiaries) กว่า 400 แห่งทั่วโลก ซึ่งดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการบริการข้อมูล ข่าวสาร (information services) การโฆษณาทางอิเล็กทรอนิกส์ (electronic publishing) การสอนภาษา (language instruction) และการโฆษณาเกี่ยวกับการอุปโภคบริโภคโดยทั่วไป โดยภายหลังจากที่มีปัญหาการชำระหนี้เงินกู้กว่าสองพันล้านเหรียญสหรัฐกับเจ้า

⁷⁵เช่น ในกรณีตามมาตรา 178 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

หนึ่งร่วมที่เป็นสถาบันการเงิน (banking syndicate) MCC เกรงว่าเจ้าหนี้จะดำเนินคดีล้มละลายในประเทศอังกฤษ ดังนั้น MCC โดยบริษัทในเครือที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้ยื่นคำขอโดยสมัครใจเพื่อเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11 แห่ง Bankruptcy Code ต่อศาลล้มละลายในนิวยอร์ก (New York) ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1991 แต่ในวันถัดมา MCC ได้รับคำสั่งจากศาลสูง (the High Court) ในลอนดอน (London) ประเทศอังกฤษ ให้ MCC เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตาม Insolvency Act 1986⁷⁶

ผลที่เกิดขึ้นในคดี MCC คือมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้น และดำเนินอยู่พร้อมกันสองกระบวนการในสองประเทศภายใต้การดำเนินกระบวนการที่เป็นอิสระที่ต่างมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง ซึ่งหากไม่มีการร่วมมือ หรือการประสานงานกันแล้ว ในท้ายที่สุดผลกระทบจะเกิดต่อบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายที่ต้องสูญเสียเวลา และค่าใช้จ่ายไปโดย ไร้เหตุ⁷⁷ ทำให้ไม่ได้รับชำระหนี้เต็มเม็ดเต็มหน่วยตามควรที่จะได้รับอย่างเป็นธรรม

ดังนั้น โดยผลของทฤษฎี Territoriality จะมีผลอย่างจำกัดต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่แต่ภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น โดยเฉพาะในแง่ของการจำกัดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ภายในประเทศมิให้ถูกรวบรวมออกไปโดยกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากเป็นการส่งผลที่เป็นอุปสรรคต่อบรรดาเจ้าหนี้ในการเข้าถึงทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้⁷⁸ และทำให้ไม่บรรลุถึงวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งของกลไกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่ต้องการรวบรวม ทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มากที่สุด (maximization of debtor's assets) เพื่อนำมาแบ่งเฉลี่ยคืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้อย่างเกิดประโยชน์สูงสุด

2.4.2 ทฤษฎี Universality

2.4.2.1 ลักษณะและความหมาย

ทฤษฎี Universality มีแนวความคิดต่อผลของกระบวนการล้มละลายว่า กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นควรจะถูกรวมรับ และรับรองให้มีกระบวนการพิจารณาเพียงหนึ่งเดียว หรือรวมเป็นกระบวนการพิจารณาเดียว (one set of proceedings) โดยให้มีผลใช้บังคับในทุกประเทศทั่วโลก⁷⁹ โดยไม่ถูกจำกัดอยู่แต่ในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น แนวความคิดนี้กล่าวได้ว่าเป็นแนวความคิดใน

⁷⁶E Bruce Leonard and Christopher W Besant, Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations, p. 41.

⁷⁷Louis G. Doyle, Insolvency Litigation, (London : Sweet and Maxwell, 1999), p. 417.

⁷⁸Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 12.

⁷⁹Ian F. Fletcher, The Law of Insolvency, 2nd ed., pp. 542-543.

อุดมคติเกี่ยวกับผลของกระบวนการล้มละลายที่ต้องการให้มีผลเป็นการสากลทุกประเทศ โดยไม่ถูกจำกัดตามหลักดินแดนในเรื่องเขตอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ตรงข้ามกับทฤษฎี Territoriality อย่างสิ้นเชิง โดยผลงานสำคัญที่เด่นชัดของแนวความคิดตามทฤษฎี Universality คือ Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA)⁸⁰ ซึ่ง MIICA นี้เป็นกฎหมายต้นแบบที่อยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดในทฤษฎี Universality อย่างเด่นชัด โดยมีหลักการสำคัญที่ให้มีสถานที่ที่บริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายเพียงแห่งเดียวไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะอยู่ ณ ที่ใด⁸¹

2.4.2.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้

โดยผลตามหลักของทฤษฎี Universality ในแง่ของจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศกับตัวลูกหนี้ในประเทศที่จะมีผลของกระบวนการล้มละลายเกิดขึ้นนั้น ซึ่งกระบวนการล้มละลายจะมีได้มีผลอยู่แต่เพียงในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น ดังนั้น จุดเกาะเกี่ยวกับตัวลูกหนี้จึงไม่เคร่งครัดเช่นเดียวกับทฤษฎี Territoriality ซึ่งนอกจากจุดเกาะเกี่ยวตามหลัก domiciliary ในทฤษฎีของ Territoriality แล้ว⁸² ตามหลักการของทฤษฎี Universality สามารถให้ประเทศที่จะเกิดผลของกระบวนการล้มละลายขึ้น หรือสามารถที่จะเปิดคดีขึ้นได้แม้จะไม่ปรากฏว่ามีจุดเกาะเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ตามหลัก domiciliary หรือกล่าวได้ว่าสามารถใช้จุดเกาะเกี่ยว non-domiciliary ได้เป็นต้นว่า มีทรัพย์สินส่วนหนึ่งของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศนั้น หรือลูกหนี้ในกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดาได้ปรากฏตัวในประเทศนั้น⁸³ โดยกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายทั้งหลายเหล่านี้สามารถที่จะต่างดำเนินการไปได้เป็นกระบวนการพิจารณาคดีอย่างคู่ขนาน (in parallel) และเป็นอิสระจากประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น (origin) ตามหลักการของ domiciliary หรือจากประเทศอื่นที่เป็น non-domiciliary ด้วยกัน⁸⁴ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดที่เกิดขึ้นต้องมีการประสานความร่วมมือกัน และมีความสอดคล้องกัน โดยเฉพาะกับประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาตามหลักของ non-domiciliary อาจกล่าวได้ว่าเป็นสาขาของกระบวนการพิจารณาของประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาโดยหลัก domiciliary อย่างไรก็ตามในประเทศที่เป็น non-domiciliary ด้วยกัน อาจจะไม่ยอมรับผลของกระบวนการล้มละลายในระหว่างกัน โดยจะ

⁸⁰ซึ่งได้จัดทำขึ้นโดย International Bar Association (IBA) ในปี ค.ศ. 1989.

⁸¹Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 47.

⁸²โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.1.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้.

⁸³Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 9.

⁸⁴Ibid.

ยอมรับผลของกระบวนการล้มละลายแต่เฉพาะจากในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นตามหลัก domiciliary เท่านั้น⁸⁵

2.4.2.3 ผลเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย

ในหลักการของทฤษฎี Universality เกี่ยวกับเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียในผลของกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้น และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจะมีความแตกต่างจากทฤษฎี Territoriality ที่ได้กล่าวในเบื้องต้น⁸⁶ โดยทฤษฎี Universality นั้น เจ้าหนี้จะมีความเป็นสากล ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างเจ้าหนี้ในประเทศ กับเจ้าหนี้ต่างประเทศ ซึ่งจะมีสิทธิและได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ (discrimination) เนื่องจากต่างก็เป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเช่นเดียวกัน เพราะตามหลักทฤษฎี Universality กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจะมีความเป็นสากล ถึงแม้จะมีหลายกระบวนการพิจารณาแต่ก็เพื่ออำนวยความสะดวก โดยกระบวนการพิจารณาทั้งหลายจะต้องมีความสอดคล้องกัน และมีการประสานความร่วมมือกัน และถึงแม้ว่าจะยังมีการเรียกเจ้าหนี้ว่าเป็นเจ้าหนี้ในประเทศ กับเจ้าหนี้ต่างประเทศ อยู่ก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นกัน

2.4.2.4 ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้

ผลที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะเข้ามาเป็นกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (insolvency estate) ตามหลักการของทฤษฎี Universality จะเกิดผลในทางตรงกันข้ามกับทฤษฎี Territoriality กล่าวคือทฤษฎี Universality นั้นทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่แห่งใด ไม่ว่าจะอยู่ในประเทศที่ได้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นหรือไม่ หรืออยู่ในประเทศอื่นใดทุกหนทุกแห่งทั่วโลกก็สามารถที่จะถูกรวบรวมเข้ามาสู่กอง ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยไม่ถูกจำกัดโดยหลักดินแดนในเรื่องเขตอำนาจรัฐ เช่นเดียวกับในทฤษฎี Territoriality กล่าวโดยเฉพาะคือ ประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นขึ้นสามารถที่จะทำการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศได้ และในขณะเดียวกันก็เปิดให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นในต่างประเทศสามารถที่จะเข้ามารวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศของตนออกไปได้เช่นเดียวกัน

ดังในตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นในคดี MCC ที่ได้กล่าวในเบื้องต้น⁸⁷ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วเพื่อที่จะให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะกับ เจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย และเพื่อแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งที่เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นหลายกระบวนการพร้อมกัน จึงนำไปสู่การหาหลักเกณฑ์เพื่อสร้างความร่วมมือระหว่างศาลล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา และศาลสูง

⁸⁵Ibid., par. 11.

⁸⁶ในหัวข้อ 2.4.1.3 ผลเกี่ยวกับตัวเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย.

⁸⁷ในหัวข้อ 2.4.1.4 ผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้.

ของประเทศอังกฤษ โดยศาลสูงของประเทศอังกฤษได้แต่งตั้ง Joint Administrators เพื่อจัดการตามกระบวนการล้มละลายของประเทศอังกฤษ ในขณะที่ศาลล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แต่งตั้ง The Examiner เพื่อดำเนินการภายใต้ Chapter 11 และให้เจ้าหน้าที่ของทั้งสองประเทศดังกล่าวทำงานร่วมกันเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีทั้งสองประสานกันได้ ซึ่งผลจากการนี้ได้เกิดข้อตกลงระหว่างกันขึ้นคือ “Order and Protocol” โดยได้ผ่านการรับรองจากศาลสูงในประเทศอังกฤษเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1991 และรับรองโดยศาลล้มละลายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1992 ซึ่งหลักการทั่วไปใน Order and Protocol คือการประสานงานกันเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพแห่งการจัดการทรัพย์สินของ MCC เพื่อมุ่งหมายให้สามารถฟื้นฟูกิจการ และภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าวใน Order ได้กำหนดให้ Joint Administrators เป็นผู้ควบคุมการบริหารงานของ MCC ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ในขณะที่ The Examiner ถูกกำหนดให้เป็นผู้กำกับ และอำนวยความสะดวกรวมถึงการให้ความยินยอมแก่การกระทำบางอย่างของ Joint Administrators ด้วย ส่วน Protocol จะกำหนดหลักเกณฑ์การบริหารจัดการเกี่ยวกับบริษัทในเครือของ MCC⁸⁸ จากคดีของ MCC ทั้งนี้ก็เพื่อการประสานความร่วมมือกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มีความเป็นสากลนั่นเอง

2.4.3 เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality กับทฤษฎี Universality

2.4.3.1 ลักษณะและผลที่เอื้อต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ

ก. ทฤษฎี Territoriality

แนวความคิดของทฤษฎี Territoriality กล่าวได้ว่ามีลักษณะแนว ความคิดที่จำกัดตัวเองจากผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศของตน แม้ว่าลักษณะของคดีนั้นจะมีจุดที่เกี่ยวข้องในระหว่างประเทศเพียงใดก็ตาม และในขณะเดียวกันก็มีลักษณะแนวความคิดที่ปิดกั้นผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจากประเทศอื่น แม้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นจะมีจุดที่เกี่ยวข้องกับประเทศของตนเพียงใดก็ตาม โดยลักษณะและผลดังกล่าวนี้เองทฤษฎี Territoriality จึงส่งผลที่ไม่เป็นการเอื้อต่อการ ล้มละลายข้ามชาติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น ประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวข้องกับคดีจะต้องยอมเปิดตัวเองไปสู่ภายนอก และในขณะเดียวกันก็ต้องยอมรับผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาจากภายนอกด้วย

⁸⁸E Bruce Leonard and Christopher W Besant, Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations, pp. 41-44.

ข. ทฤษฎี Universality

ลักษณะแนวความคิดของทฤษฎี Universality มีลักษณะของแนวความคิดที่เปิดกว้างต่อผลของกระบวนการล้มละลาย โดยมีเจตจำนงให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นเกิดเป็นหนึ่งเดียวหากคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับหลายประเทศไม่ว่าในลักษณะใด ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่ได้เริ่มขึ้นแล้วในประเทศหนึ่งสามารถที่จะเกิดผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศอื่นที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับคดีได้ ในขณะที่เดียวกันหากมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเกิดขึ้นในประเทศอื่นก็สามารถที่จะเกิดผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศของตนได้เช่นกัน โดยลักษณะและผลดังกล่าวนี้เองจึงเป็นการเอื้อต่อการล้มละลายข้ามชาติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งมีลักษณะของคดีที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับหลายประเทศ

ในประการที่สำคัญของทฤษฎี Universality ที่เป็นการเอื้อต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ คือ จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อบรรดาเจ้าหนี้ให้ได้รับแบ่งเฉลี่ยหนี้สินเต็มเม็ดเต็มหน่วยมากขึ้น เนื่องจากการลดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องของเขตอำนาจรัฐ และมีการประสานความร่วมมือกันอันเป็นการประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา⁸⁹

อีกทั้งยังสอดคล้องกับการค้าและการลงทุนข้ามพรมแดนในยุค โลกาภิวัตน์ (globalization) ที่ทุกประเทศต้องยอมเปิดตัวเองสู่ภายนอก ซึ่งแนวความคิดของทฤษฎี Universality ไม่เพียงแต่ได้รับการยอมรับโดยศาลอังกฤษ⁹⁰ แต่ได้รับการยอมรับโดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย⁹¹

2.4.3.2 ลักษณะและผลที่เป็นอุปสรรคต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ

ก. ทฤษฎี Territoriality

ลักษณะและผลของทฤษฎี Territoriality นอกจากจะไม่เป็นการเอื้อต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติดังกล่าวในเบื้องต้นแล้ว⁹² แต่ยังส่งผลที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนิน

⁸⁹Louis G. Doyle, *Insolvency Litigation*, p. 417.

⁹⁰เช่นในคดี *Re Bank of Credit and Commerce International SA* (No. 11), op. cit., at 986 and *Goode*, op. cit., p. 497; see also *Woloniecki* (1986) I.C.L.Q. 644.

⁹¹เช่นในคดี *Felixstowe*, op. cit., at 368, per *Hirst J.*

⁹²ในหัวข้อ 2.4.3.1 ลักษณะและผลที่เอื้อต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ หัวข้อย่อย ก. ทฤษฎี Territoriality.

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติอีกด้วย และไม่เป็นการสอดคล้องต่อเศรษฐกิจไร้พรมแดนในปัจจุบันซึ่งเป็นธรรมชาติอยู่เองของคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในการมีจุด เกาะเกี่ยวกับหลายชาติ โดยผลของกระบวนการล้มละลายตามทฤษฎี Territoriality ส่งผลที่เป็นอุปสรรคประการหนึ่งที่ได้เห็นได้ชัดต่อบรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ผู้ล้มละลายที่อาจได้รับการเฉลี่ยหนี้คืนในจำนวนที่น้อยลงจากจำนวนที่ตนควรได้รับอย่างเป็นธรรม เนื่องจากข้อจำกัดในผลของกระบวนการล้มละลายตามทฤษฎี Territoriality ที่ส่งผลให้เกิดความขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจรัฐโดยไม่มีการประสานความร่วมมือกันในส่วนที่จะสามารถรองรับต่อคดีล้มละลายข้ามชาติได้อย่างเกิดประโยชน์สูงสุด เพราะมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการดำเนินกระบวนการ และสูญเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการที่ซ้ำซ้อนโดยใช่เหตุ อีกทั้งยังอาจเป็นสาเหตุให้เจ้าหนี้บางรายได้รับชำระหนี้คืนจากกระบวนการพิจารณาหนึ่งแล้วได้รับชำระหนี้จากอีกกระบวนการหนึ่งตามสิทธิเรียกร้องจากมูลหนี้อันเดียวกันนั้นซ้ำอีก เนื่องจากไม่มีการประสานความร่วมมือกันที่ต่างก็ปิด ตัวเองต่อภายนอก หรือต่อกระบวนการอื่น

นอกจากทฤษฎี Territoriality จะส่งผลที่เป็นอุปสรรคดังกล่าวแล้ว ยังอาจส่งผลให้เกิดความขัดแย้งในระหว่างกระบวนการที่เกิดขึ้นได้ เช่นในกรณีศาลในประเทศหนึ่งได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยแต่งตั้งให้ผู้บริหารของ ลูกหนี้นั่นเอง (debtor in possession) ดำเนินกิจการต่อไปแล้ว ในขณะที่ศาลในอีกประเทศหนึ่งในขณะเวลาเดียวกันได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ลูกหนี้รายเดียวกันนั้นเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งต้องเลิกกิจการไปเพื่อเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี⁹³ จึงทำให้เกิดผลที่เป็นการขัดแย้งขึ้นในการดำเนินกระบวนการ

ข. ทฤษฎี Universality

โดยหลักการของทฤษฎี Universality นั้นมีลักษณะและผลของกระบวนการล้มละลายที่เอื้อต่อการดำเนินกระบวนการของคดีล้มละลายข้ามชาติ⁹⁴ แต่โดยลักษณะของทฤษฎี Universality นี้ค่อนข้างเป็นแนวความคิดที่เป็นอุดมคติดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ายังเป็นเวลาที่ไกลเกินไปนักสำหรับในขณะนี้ที่จะคาดหวังให้ทุกประเทศมีกฎหมายล้มละลาย และใช้กฎหมายล้มละลายที่เป็นอย่างเดียวกัน หรือฉบับเดียวกัน⁹⁵ แต่สิ่งนี้ก็มิใช่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้าม

⁹³Cross-border insolvency: report on UNCITRAL-INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/398), Yearbook of the UNCITRAL, 1994, Vol. XXV, par. 5.

⁹⁴โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.3.1 ลักษณะและผลที่เอื้อต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ หัวข้อย่อย ข. ทฤษฎี Universality.

⁹⁵Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 1.

ชาติโดยตรงเสียทีเดียว เพียงแต่อาจจะต้องลดระดับความเข้มข้นของทฤษฎี Universality นี้หรือผ่อนคลายนในหลักการให้น้อยลงเพื่อให้มีความสอดคล้องกับในทางความเป็นจริง และเพื่อให้ความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติมากขึ้นโดยการหันเหความสนใจไปในประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับคดีให้มากขึ้น เช่น ประเทศที่มีทรัพย์สินส่วนหนึ่งของลูกหนี้อยู่ แทนที่จะให้ความสนใจเพียงแต่ในประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นเท่านั้น⁹⁶

นอกจากนี้ในความเป็นจริงบางประเทศถึงแม้จะได้รับเอาแนวความคิดของทฤษฎี Universality มาแต่ก็นำมาใช้ไม่เต็มรูปแบบ หรือไม่บริบูรณ์ ซึ่งถึงแม้จะมีได้เป็นอุปสรรคแต่ก็ไม่เอื้อต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติอย่างเต็มที่ หรือเป็นการไม่ครบวงจรของการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากในการบัญญัติกฎหมายของหลายประเทศได้นำหลักการตามทฤษฎี Universality มาใช้แต่ในทางเชิงรุก คือ ให้ผลของกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศของตนเกิดผลในวงกว้างโดยให้มีผลในประเทศอื่นด้วย เช่น การให้คำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ หรือให้ลูกหนี้ล้มละลายมีผลเหนือทรัพย์สินทั้งหมดของ ลูกหนี้ รวมถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศด้วย⁹⁷ แต่ในขณะเดียวกันได้ปิดกั้นผลของกระบวนการล้มละลายจากประเทศอื่นมิให้มีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศของตน จึงเห็นได้ว่านำทฤษฎี Universality มาใช้ไม่ครบวงจร นำมาใช้แต่ในทางเชิงรุก แต่ปฏิเสธหลักการนี้ที่จะนำมาปรับใช้ในทางเชิงรับ

อีกประการหนึ่งในผลที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริง คือกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายสามารถที่จะเริ่มขึ้นได้ในประเทศที่เป็น domiciliary กับในประเทศที่เป็น non-domiciliary⁹⁸ ซึ่งบางประเทศยอมรับทฤษฎี Universality หรือนำมาใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นจากประเทศที่เป็น domiciliary เท่านั้นโดยไม่ยอมรับผลของทฤษฎี Universality กับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศที่เป็น non-domiciliary⁹⁹ จึงเป็นปัญหาอย่างหนึ่งในความเป็นจริงว่าจะทำอย่างไรที่จะให้เกิดผลของกระบวนการล้มละลายตามหลักการของทฤษฎี Universality นี้อย่างทั่วถึงกันหมด หรือจะมีมาตรการอย่างไรที่จะประสานกระบวนการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นทั้งหลายเข้าด้วยกันเพื่อให้เกิดผลเป็นการสากล

⁹⁶Ibid.

⁹⁷Ibid., par. 11.

⁹⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.2 ผลเกี่ยวกับตัวลูกหนี้.

⁹⁹Cross-border insolvency: note by the Secretariat (A/CN.9/378/Add.4), Yearbook of the UNCITRAL, 1993, Vol. XXIV, par. 11.

เขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ

3.1 ขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ไม่ว่าจะในคดีใดย่อมอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) ทั้งสิ้นโดยเป็นที่ยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นหลักสากลทั่วไป ไม่มีรัฐใดที่จะกำหนดเขตอำนาจศาลของตนเกินไปจากเขตอำนาจรัฐ เขตอำนาจศาลไทยเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ศาลไทยมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีหรือไม่ อย่างไร และกฎหมายใดได้บัญญัติรับรองสิทธิและหน้าที่ของศาลไว้ เขตอำนาจศาลมีความสัมพันธ์กับเขตอำนาจรัฐอย่างใดนั้น จำเป็นต้องศึกษาให้กระจ่างเสียก่อนถึงขอบเขตของ “เขตอำนาจรัฐ” ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้กำหนดถึงขอบเขตของการใช้เขตอำนาจรัฐ อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐเอาไว้อย่างเป็นระบบระเบียบ¹ โดยการใช้อำนาจอธิปไตยทางการศาลหรือเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของการใช้เขตอำนาจรัฐซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการใช้อำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ เพราะรัฐมีการใช้อำนาจอธิปไตยออกมาในรูปของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ²

3.1.1 ขอบเขตของเขตอำนาจรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ

“เขตอำนาจรัฐ” (State jurisdiction) ในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง หมายถึง การที่รัฐอธิปไตยสามารถใช้อำนาจของรัฐภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด³ โดยมีได้จำกัดไว้เพียงแต่เฉพาะภายในดินแดนของรัฐเท่านั้น หรือแต่เฉพาะคนชาติของตนเท่านั้นซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของเขตอำนาจรัฐนั่นเอง โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

¹F.A. Mann, “The doctrine of jurisdiction in international law,” Studies in International Law, (Oxford : Clarendon Press, 1973), p. 4.

²Michael Akehurst, A Modern Introduction to International Law, 4thed. (London : George Allen and Unwin, 1982), p. 102.

³F.A. Mann, “The doctrine of jurisdiction in international law,” p. 2.

3.1.1.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction)

ดินแดนเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของรัฐเพื่อที่จะได้แสดงความเป็นรัฐครบถ้วนในทางกฎหมายระหว่างประเทศอันส่งผลให้รัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยขึ้น รัฐย่อมมีอำนาจเหนือดินแดนของตนแต่ผู้เดียวโดยเด็ดขาดและปราศจากเงื่อนไข⁴ แต่ทั้งนี้ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วยคือจะต้องอยู่ภายใต้บรรทัดฐานของสังคมระหว่างประเทศไม่ว่าจะปรากฏอยู่ในรูปของสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาที่รัฐนั้นได้เป็นภาคี⁵ หรืออยู่ในรูปของหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศซึ่งมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป⁶ หรือภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป⁷ และเนื่องจากลักษณะของกฎหมายล้มละลายมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องในทางแพ่งและพาณิชย์อยู่ด้วย การใช้อำนาจของรัฐจึงไม่มีลักษณะเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวและปราศจากเงื่อนไขอย่างแท้จริง ดังเช่นในกรณีที่เป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายอาญา ดังนั้นการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนในเรื่องของกฎหมายล้มละลาย จึงมักจะไม่มีลักษณะเด็ดขาดเท่าใดนัก เพราะโดยหลักแล้วเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน

ดังนั้นคดีล้มละลายที่มีจุดเกาะเกี่ยวพัวพันกับต่างประเทศ จึงไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของรัฐหนึ่งรัฐใดแต่เพียงผู้เดียว เช่น ในคดีล้มละลายข้ามชาติที่พิจารณากันอยู่ในศาลของรัฐหนึ่ง ในเรื่องของการพิจารณากฎหมายที่จะบังคับใช้กับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐหนึ่ง ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้วให้ใช้กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐมิได้บังคับใช้กฎหมายภายในดินแดนของตนอย่างเด็ดขาด

⁴ชุมพร ปัจจุสานนท์, “สังคมระหว่างประเทศกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” เอกสารการสอน ชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ หน้าที่ 1-5, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2530) : หน้า 44.

⁵โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.2 บ่อเกิดอยู่ในกฎหมายระหว่างรัฐ ในหัวข้อ ก. สนธิสัญญาหรืออนุสัญญา.

⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.2 บ่อเกิดอยู่ในกฎหมายระหว่างรัฐ ในหัวข้อ ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ตาม Vienna Convention on the Law of Treaty, 1965 ยอมรับว่าจารีตประเพณีใช้บังคับระหว่างรัฐได้.

⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.2.2 บ่อเกิดอยู่ในกฎหมายระหว่างรัฐ ในหัวข้อ ค. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป.

⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.1 บ่อเกิดอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ ในหัวข้อ ค. หลักกฎหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” ของลูกหนี้.

3.1.1.2 เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction)

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการปกป้องคนชาติของตนเมื่ออยู่ภายนอกดินแดนถ้าหากคนชาติของตนได้รับความเสียหาย เพราะบุคคลเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความเป็นรัฐ ซึ่งในกรณีของการใช้อำนาจอศาล พิจารณาได้ว่ารัฐมีอำนาจตัดสินคดีเหนือคนชาติ แม้ว่าฐานความผิดจะไม่ได้เกิดขึ้นในรัฐนั้นก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษในรัฐนั้นดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁹ และในกรณีของคดีล้มละลายข้ามชาติ สัญชาติของบุคคลก็เป็นปัจจัยอย่างหนึ่ง หรือเป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่จะนำมาเป็นเงื่อนไขหรือเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล¹⁰

3.1.1.3 เขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดร้ายแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคง (Protective Jurisdiction)

โดยหลักแล้วรัฐจะใช้อำนาจเหนือดินแดนของตน และเหนือคนชาติของตน แต่ในบางกรณีรัฐจะมีอำนาจในการป้องกันความมั่นคงของรัฐด้วย โดยอาจจะทำการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดอยู่นอกราชอาณาจักรหรือนอกดินแดนของตน หรืออาจจะทำการลงโทษบุคคลที่มีไซคนชาติของตน¹¹ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดบางประการที่ถือว่าเป็นความผิดสำคัญ และคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ หรือกล่าวว่าเป็นหลักกฎหมายอาญาทั่วไประหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ

⁹มาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร และ

(ก)ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนไทย และรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้น หรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ

(ข)ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย และผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ

ถ้าความผิดนั้นเป็นความผิดดังระบุไว้ต่อไปนี้ จะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร คือ...”

¹⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2.1 จุดเกาะเกี่ยวของตัวลูกหนี้ (Connecting Points on Debtor) ในหัวข้อ ก. สัญชาติ (nation) และในหัวข้อ 3.2.2 เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล และจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล.

¹¹Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, p. 103.

3.1.1.4 เขตอำนาจรัฐเหนือความผิดสากล (Universal Jurisdiction)

เขตอำนาจรัฐเหนือความผิดสากลตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง รัฐอาจมีเขตอำนาจเหนือความผิด หรืออาชญากรรมบางประการที่จัดว่าเป็นความผิดตามกฎหมายนานาชาติ (delicta juris gentium) หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ความผิดประเภทนี้เป็นกรกระทำที่เป็นภัยต่อสังคมระหว่างประเทศ¹² ทำให้รัฐต่าง ๆ ซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมรัฐ หรือสังคมระหว่างประเทศต้องร่วมมือกันขจัดภัย กฎหมายระหว่างประเทศจึงให้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และลงโทษผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายภายในของตนบัญญัติไว้ ทั้งที่ฐานความผิดอาจเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร หรือผู้กระทำความผิดอาจมิใช่เป็นคนชาติของตนก็ตาม เขตอำนาจรัฐเหนือความผิดสากลนี้แตกต่างจากเขตอำนาจรัฐในการป้องกันต่อความผิดร้ายแรงและเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐในหัวข้อ 3.1.1.3 ข้างต้น กล่าวคือในกรณีความผิดสากลนั้นเป็นการกระทำที่เป็นภัยต่อชุมชนระหว่างประเทศ ในขณะที่ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐนั้นก่อให้เกิดผลโดยตรงต่อรัฐหนึ่งรัฐใดโดยเฉพาะเจาะจง¹³

3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาล

ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลนั้น ถือว่าเขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐ ดังนั้นผู้บัญญัติกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องเข้าใจว่า เขตอำนาจศาลนั้นหากมีการบัญญัติกฎหมาย หรือมีการตีความเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจศาล ผู้บัญญัติหรือผู้ตีความจะต้องเข้าใจถึงขอบเขตของเขตอำนาจศาล และเขตอำนาจรัฐในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นประสงค์ที่จะแบ่งแยกการใช้เขตอำนาจรัฐของแต่ละรัฐที่อยู่ภายในสังคมระหว่างประเทศนี้ให้แจ่มชัด เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้เขตอำนาจรัฐ เขตอำนาจศาลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลจะต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักการ และหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอให้ล้มละลายของประเทศไทย ให้ยื่นต่อศาลซึ่งลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขต หรือประกอบธุรกิจอยู่ในเขตหรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น¹⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเขตอำนาจศาลสอดคล้องกับเขตอำนาจรัฐและไม่ได้มีมากไปกว่าเขตอำนาจรัฐ เพราะถือว่าการใช้อำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐนั่นเอง โดยสามารถแยกการพิจารณาได้ดังนี้

¹²สุผานิต มั่นสุข, เขตอำนาจศาลในคดีอาญา, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 38.

¹³M. Dixon, *Textbook on International Law*, 2nd ed. (London : Blackstone, 1993), p. 120.

¹⁴มาตรา 150 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

3.1.2.1 เขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐ

โดยนัยของกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อรัฐมีองค์ประกอบของความเป็นรัฐครบถ้วน รัฐก็ย่อมมีอำนาจอธิปไตย การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นเรียกว่าการใช้เขตอำนาจรัฐ การใช้เขตอำนาจรัฐนั้นจะใช้เหนือดินแดนและเหนือบุคคล โดยรัฐสามารถใช้ได้อย่างเต็มที่และแต่ผู้เดียวโดยปราศจากเงื่อนไข เขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของเขตอำนาจรัฐนั้นก็เนื่องจากรัฐใช้เขตอำนาจรัฐผ่านทางศาลนั่นเอง การที่รัฐใดจะบัญญัติกฎหมายภายในของตนเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจศาลที่พัวพันหรือมีองค์ประกอบระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแล้ว รัฐนั้นย่อมจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นพิเศษ

3.1.2.2 การใช้เขตอำนาจศาลต้องสอดคล้องกับการใช้เขตอำนาจรัฐ

เขตอำนาจรัฐนั้นถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดรายละเอียดของการใช้เขตอำนาจรัฐ รัฐจะเป็นผู้ใช้เขตอำนาจรัฐโดยผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ตามกลไกของประเทศเสรีนิยมหรือเสรีประชาธิปไตย แต่เขตอำนาจศาลนั้นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง ดังนั้นศาลจะต้องใช้เขตอำนาจของตนให้สอดคล้องกับการใช้เขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เช่น ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) รัฐมีอำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะกำหนดเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของตน ตามหลักที่ว่าเขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้เขตอำนาจรัฐ ศาลก็ย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจรัฐหรือภายในดินแดนของตน ตัวอย่างเช่น เขตอำนาจศาลไทยในคดีล้มละลายที่บัญญัติให้การยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอให้ล้มละลาย ให้ยื่นต่อศาลซึ่งลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตหรือประกอบธุรกิจอยู่ในเขต หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น เป็นกรณีข้อเท็จจริงที่ลูกหนี้อยู่ในดินแดนของรัฐ หรือมูลคดีได้เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐคือประเทศไทย จึงบัญญัติให้ศาลไทยมีเขตอำนาจศาลแม้ลูกหนี้นั้นจะเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ตาม กฎหมายก็ย่อมบัญญัติให้ศาลไทยมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีได้

3.1.2.3 การจำกัดการใช้เขตอำนาจรัฐทำให้เกิดการจำกัดการใช้เขตอำนาจศาล

เนื่องมาจากเหตุที่เขตอำนาจศาลเป็นส่วนหนึ่งของการใช้เขตอำนาจรัฐ ดังนั้นหากรัฐถูกจำกัดการใช้อำนาจลง เขตอำนาจศาลก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อจำกัดนั้นด้วย การจำกัดการใช้เขตอำนาจรัฐหมายความว่า การที่รัฐยอมยกเว้นไม่ใช้อำนาจของตนต่อบุคคลและทรัพย์สินบางประเภทที่อยู่ภายในดินแดนของตน ทั้งนี้เนื่องจากว่าตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลบางประเภทหรือทรัพย์สินบางจำพวก

จะไม่ตกอยู่ภายใต้การใช้เขตอำนาจของรัฐอื่น¹⁵ ยกตัวอย่างเช่น ประมุขของรัฐ ผู้แทนทางการทูต ทรัพย์สินที่ใช้ในการให้บริการสาธารณะของรัฐ เช่น เรือรบ เป็นต้น บุคคลและทรัพย์สินที่กล่าวมานี้จะมีสิ่งที่เรียกว่า ความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ (Immunity from Jurisdiction of State) ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของเรื่องเขตอำนาจรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁶

การพิจารณาการใช้เขตอำนาจรัฐในแง่การจำกัดการใช้เขตอำนาจรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ จะเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องระหว่างเขตอำนาจรัฐกับเขตอำนาจศาลได้ดียิ่งขึ้น กล่าวคือ เมื่อการใช้เขตอำนาจของศาลมีรากฐานมาจากเขตอำนาจของรัฐที่มีอยู่ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศรองรับไว้ ถ้าหากว่าการใช้อำนาจของรัฐถูกจำกัดลงแล้ว ก็ย่อมทำให้เกิดผลกระทบต่อการใช้เขตอำนาจของศาลซึ่งมีผลทำให้การใช้เขตอำนาจของศาลต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดนั้นด้วย

3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ

หลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นมีหลักมุมมองใหญ่อยู่ 2 ประการ คือ ในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งจะต้องพิจารณาประกอบกัน เพราะมีความสัมพันธ์กัน

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) จะเป็นการพิจารณาถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยอาศัยเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction) เป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น โดยปัจจัยที่นำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวจะต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนด้วยโดยมีปัจจัยสองประการ คือ

ประการแรก เป็นปัจจัยในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง โดยอาศัยข้อเท็จจริงในคดีตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนในการพิจารณา เช่น เจ้าหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ทรัพย์สินที่พิพาทตั้งอยู่ในประเทศไทย หรือมูลคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย ประเทศไทยก็สามารถใช้เขตอำนาจเหนือกรณีต่างๆ เหล่านี้ได้ เพราะปัจจัยเหล่านี้ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนประเทศไทยสามารถกำหนดให้ศาลภายในประเทศมีอำนาจพิจารณาคดีเช่นนั้นได้ และ

ประการที่สอง เป็นปัจจัยในเรื่องจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด โดยถือเอาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล เช่น หลักเกณฑ์ที่ถือว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีที่ ลูกหนี้มีภูมิลำเนานั้น เป็นเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในระบบกฎหมายของทุกๆ ประเทศ และถ้าหากจะพิจารณากฎหมายที่ถือว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาแล้ว ภูมิลำเนาของลูกหนี้ก็ถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดหรือกรณีเกี่ยวกับสถานที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ซึ่งทำให้เกิดอำนาจศาลแห่งสถานที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่ กรณีก็คือว่าสถานที่ที่ทรัพย์ตั้งอยู่เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด หรือสถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับรัฐที่มูลคดี

¹⁵S.A. William and A.L.C. de Mestral, *An Introduction to International Law*, 2nd ed. (Toronto : Butterworth, 1987), pp. 124-125.

¹⁶จุมพต สายสุนทร, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจรัฐและความคุ้มกันจากเขตอำนาจรัฐ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 23.

นั้นได้เกิดขึ้น ทั้งนี้กฎเกณฑ์เหล่านี้พบในหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และหลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลที่ข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) จะเป็นการพิจารณาถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยรัฐมักจะกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจเมื่อปรากฏว่ามีความเกี่ยวพันในทางใดทางหนึ่งระหว่างศาลกับคู่กรณี หรือกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดพิพาทเป็นคดีความขึ้น ทั้งนี้โดยหาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด (connecting point) มาใช้เป็นเกณฑ์ หรือโดยอาศัยเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล (personal jurisdiction) เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะที่สำคัญคือสัญชาติของบุคคล

ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติจึงต้องพิจารณาทั้งในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลประกอบกัน คือต้องพิจารณาถึงการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือดินแดน และพิจารณาถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์ รวมทั้งสัญชาติของคู่กรณีด้วยในการกำหนดเขตอำนาจศาล อย่างไรก็ตามควรทำการศึกษาปัจจัยดังกล่าวอย่างลึกซึ้ง ดังนี้

3.2.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด เป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล

หลักเกณฑ์ประเภทนี้เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยถือเอาเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเขตอำนาจศาล เป็นการพิจารณาถึงในกรณีข้อเท็จจริงในคดีล้มละลายข้ามชาติตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน ยกตัวอย่างเช่น เจ้าหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐ ลูกหนี้มีภูมิลำเนาหรือปรากฏตัวอยู่ภายในรัฐ ทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในรัฐ หรือภาวะการมีหนี้สินล้มละลายเกิดขึ้นภายในรัฐ เป็นต้น รัฐสามารถใช้เขตอำนาจเหนือกรณีต่างๆ เหล่านี้ได้ เพราะปัจจัยต่างๆ ตามที่กล่าวมาอยู่ภายในรัฐทั้งสิ้น จึงตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน รัฐเจ้าของดินแดนสามารถที่จะกำหนดให้ศาลภายในของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นได้

ประการต่อมาจะต้องพิจารณาถึงจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดด้วย กล่าวคือ ถือเอาจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ถ้าพิจารณาหลักกฎหมายที่ว่าศาลย่อมมีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาของลูกหนี้ ภูมิลำเนาของลูกหนี้จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด ศาลที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ก็ควรเป็นศาลที่ใกล้ชิดที่สุดกับคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในระบบกฎหมายของทุกประเทศ เพราะเหตุว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาความทั้งหลายต้องเปิดโอกาสให้ลูกหนี้หรือจำเลยเข้ามาต่อสู้ นอกจากนั้นหากมีการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายก็ย่อมเป็นการง่ายต่อการบังคับคดี

ในกรณีเกี่ยวกับสถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดซึ่งทำให้เกิดอำนาจศาลแห่งสถานที่ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศ¹⁷ หรือไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย¹⁸ ก็ยอมรับหลักการที่ว่าทรัพย์สินย่อมใกล้ชิดที่สุดกับประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

สถานประกอบการ หรือการประกอบธุรกิจอยู่ในเขตซึ่งถือว่าเป็นสถานที่มูลคดีได้เกิดขึ้น คือภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ได้เกิดขึ้นนั้น ย่อมถือว่ามีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับรัฐที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ หรือประกอบธุรกิจอยู่ในเขต จึงกำหนดให้รัฐนั้นมีเขตอำนาจศาลเหนือคดีเพราะภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้เกิดขึ้น ณ ที่ใด ที่นั้นย่อมง่ายต่อการที่จะพิสูจน์พยานหลักฐาน เนื่องจากมีความใกล้ชิดกับสถานที่เกิดเหตุ โดยหลักการข้อนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในของประเทศใด¹⁹ และในระดับระหว่างประเทศ

3.2.1.1 การใช้ภูมิลำเนาในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่น่ามาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยมีเหตุผลเกี่ยวเนื่องกับความเกี่ยวพันของศาลที่ทำการพิจารณากับผู้เป็นคู่กรณี กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ หรือลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้นๆ ในการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวนี้จะถือหลักศาลแห่งภูมิลำเนา (Forum Domicilii) กล่าวคือ ศาลที่บุคคลมีภูมิลำเนาเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดี ทั้งนี้คำว่า “ภูมิลำเนา” ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หมายถึง ถิ่นซึ่งบุคคลนั้นมีความผูกพัน เนื่องจากเป็นแหล่งที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอยู่ในระดับที่นับได้ว่าสำคัญพอที่จะทำให้ผูกพันบุคคลนั้นไว้กับสถานที่หรือถิ่นนั้นๆ ได้²⁰ บุคคลผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐใด รัฐนั้นย่อมใช้อำนาจรัฐเหนือดินแดนแก่บุคคลดังกล่าวได้ ฉะนั้น การใช้อำนาจของรัฐต่อบุคคลผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐจึงเป็นผลจากการที่รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน

¹⁷ยกตัวอย่างเช่นมาตรา 4 ทวิ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “คำฟ้องเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวด้วยอสังหาริมทรัพย์ ให้เสนอต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่หรือต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล.”

¹⁸ยกตัวอย่างเช่นมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติว่า “ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์.”

¹⁹เช่น ตามมาตรา 7 และมาตรา 150 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

²⁰กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2532), หน้า 126.

ก. ภูมิลำเนาเจ้าหนี้

ภูมิลำเนาเจ้าหนี้ได้มีการนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลอย่างหนึ่ง แต่ไม่เป็นที่นิยมแพร่หลายมีเพียงไม่กี่รัฐเท่านั้นที่ใช้เป็นเกณฑ์อันนี้มากำหนดเขตอำนาจศาลของตน ภูมิลำเนาเจ้าหนี้จึงไม่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป

ศาสตราจารย์ L. I. De Winter ได้วิจารณ์ว่าการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยใช้ภูมิลำเนาเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์นั้น เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลที่กว้างขวางเกินไป และอาจเกิดผลเสียหายต่อลูกหนี้ เช่น ลูกหนี้มีความเสี่ยงในเรื่องการพิจารณาคดีโดยขาดนัด เพราะอาจไม่ทราบหมายหรือไม่ทราบว่าตนถูกฟ้องคดีต่อศาล หรือลูกหนี้อาจประสบกับอุปสรรคอันเกิดจากความไม่สะดวกนานาประการในการต่อสู้คดี²¹ แต่อย่างไรก็ตาม ภูมิลำเนาเจ้าหนี้อาจเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับการยอมรับในมูลความแห่งคดีบางเรื่อง เช่น คดีเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู ปราบปรามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 46²² ในอนุสัญญา บรัสเซลส์ ค.ศ. 1968 และอนุสัญญาลูกาโน ค.ศ. 1988 มาตรา 5 (2)²³ ทั้งนี้เพราะประสงค์ที่จะปกป้องคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ซึ่งโดยปกติแล้วโจทก์หรือเจ้าหนี้ผู้เรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู (maintenance creditor) มักจะได้แก่ฝ่ายภริยา หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จึงมีลักษณะมุ่งไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายโจทก์หรือเจ้าหนี้ (pro-plaintiff or creditor) โดยอนุญาตให้เจ้าหนี้ฟ้องคดีต่อศาลที่ตนมีภูมิลำเนาได้ เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ ศาลแห่งภูมิลำเนาเจ้าหนี้มีความเหมาะสมในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดู ในแง่ที่ว่า ศาลแห่งภูมิลำเนาเจ้าหนี้เป็นศาลที่สามารถจะทราบหรือหยั่งรู้ถึงความจำเป็นของเจ้าหนี้ได้ดีกว่าศาลอื่น

ในคดีล้มละลายจากการศึกษาพบว่า ไม่มีประเทศใดที่บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเริ่มต้นคดีล้มละลายโดยใช้ภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ในศาลแห่งภูมิลำเนาของเจ้าหนี้ไว้อย่างชัดแจ้งโดยไม่คำนึงถึงลูกหนี้เลย ซึ่งโดยหลักแล้วการเริ่มต้นคดีล้มละลายจะต้องคำนึงถึงภูมิลำเนาของลูกหนี้ หรือจุดเกาะเกี่ยวใดที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้เสมอ โดยเจ้าหนี้จะมีสิทธิเริ่ม หรือฟ้องเป็นคดีล้มละลายในศาลแห่งประเทศใดจะต้องปรากฏว่าลูกหนี้จะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในศาลแห่งประเทศนั้นเป็นหลัก หรือมีจุดเกาะเกี่ยวอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ นั้น มิฉะนั้นแล้วจะมีปัญหา ยุ่งยากที่ตามมาอย่างมากในการพิจารณาถึงทรัพย์สิน และการบังคับคดีในการพิทักษ์

²¹L.I. De Winter, "Excessive Jurisdiction in Private International law," International Comparative Law Quarterly, vol. 17 Part 3 (July 1968) : p. 708.

²²มาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติว่า "นอกจากศาลแห่งเขตที่จำเลยอยู่อาศัยแล้ว โจทก์อาจเลือกฟ้องในคดีเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูต่อศาลแห่งเขตที่เจ้าหนี้อยู่อาศัย."

²³Brussels Convention, 1968 and Lugano Convention, 1988, Article 5 : "A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be used:

2. in matter relating to maintenance, in the courts for the place where the maintenance creditor is domiciled..."

ทรัพย์สินของลูกหนี้ ทั้งนี้เพราะคดีล้มละลายมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไป ซึ่งจะต้องให้ความสำคัญถึงตัวลูกหนี้ และทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายข้ามชาติ

จากที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ภูมิลำเนาเจ้าหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ไม่ได้รับการยอมรับในการนำมาใช้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลโดยเฉพาะคดีล้มละลายข้ามชาติ เว้นแต่ในคดีแพ่งประเภทอื่นโดยเฉพาะในคดีบางลักษณะ เช่น คดีเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูดังกล่าว เป็นต้น

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง การกำหนดเขตอำนาจศาลโดยถือการที่เจ้าหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลนั้น เป็นสิ่งที่รัฐสามารถกระทำได้ เพราะตัวเจ้าหนี้ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน ซึ่งรัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีอำนาจเหนือบุคคลทุกคนที่อยู่ภายในดินแดนของตน อย่างไรก็ตามการใช้เขตอำนาจศาลที่ค้ำถึงฝ่ายเจ้าหนี้ข้างเดียวเช่นนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่อยู่ในรัฐนั้น หรือไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในรัฐนั้น เมื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ หรือให้ล้มละลาย การบังคับคดีอาจเป็นไปได้ยากเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายข้ามชาติ

ข. ภูมิลำเนาลูกหนี้

โดยทั่วไปแล้วในคดีล้มละลาย รัฐจะกำหนดให้ศาลแห่งภูมิลำเนาลูกหนี้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ การกำหนดเขตอำนาจศาลโดยถือภูมิลำเนาลูกหนี้เป็นเกณฑ์ เป็นผลจากการที่รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ การที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐ รัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ และรัฐสามารถใช้อำนาจบังคับเข้ากับตัวลูกหนี้ กับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในรัฐ หรือสามารถนำตัวลูกหนี้มาขึ้นศาลได้ และรัฐสามารถใช้อำนาจทางพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ที่จะเข้าสู่ต่อสู้คดีในศาลของรัฐนั้น และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว การบังคับคดีย่อมกระทำได้โดยสะดวก โดยอาจบังคับกับตัวลูกหนี้ หรือกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในรัฐได้

การใช้ภูมิลำเนาลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในประเทศภาคพื้นยุโรป ดังมีภาษิตลาตินว่า “actor sequitur forum rei” หมายความว่า เจ้าหนี้จะต้องฟ้องคดีต่อศาลที่ลูกหนี้มีสถานที่อยู่ ซึ่งโดยหลักแล้วก็คือ สถานที่ที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา

เหตุผลที่กำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนามีหลายประการด้วยกัน คือ ศาลแห่งภูมิลำเนาลูกหนี้เป็นศาลที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับลูกหนี้ เพราะลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาล ประการที่สองคือ การฟ้องลูกหนี้เป็นคดีต่อศาลมีลักษณะเป็นการโต้แย้งสิทธิของลูกหนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ลูกหนี้ได้มีโอกาสเข้ามาต่อสู้คดีได้แย้ง และแสดงพยานหลักฐานได้โดยสะดวก ดังนั้น จึงถือเอาสถานที่ที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาเป็นเกณฑ์กำหนดศาลที่จะทำการพิจารณาคดี เป็นเรื่องของการปกป้องผลประโยชน์ของ

ลูกหนี้²⁴ และถือเอาความสะดวกของลูกหนี้เป็นสำคัญ โดยทั่วไปแล้วหลักเกณฑ์เรื่องภูมิลำเนาลูกหนี้จะถูกนำมาใช้กับคดีเกี่ยวกับบุคคลและคดีเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์เป็นหลัก²⁵ โดยการกำหนดให้เจ้าหนี้ต้องฟ้องคดีต่อศาลที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล ในกรณีที่ลูกหนี้หลายคน เจ้าหนี้อาจเลือกฟ้องยังศาลที่ ลูกหนี้คนหนึ่งคนใดมีภูมิลำเนาอยู่²⁶

ในกรณีที่บุคคลหรือลูกหนี้ผู้มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐได้เดินทางออกนอกประเทศ หรืออยู่นอกประเทศในขณะที่ตนถูกฟ้อง มีปัญหาว่า รัฐมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับบุคคลหรือลูกหนี้ที่นั้นโดยอาศัยเหตุที่เขาผู้มีภูมิลำเนาอยู่ภายในรัฐได้หรือไม่ ในกรณีนี้คงต้องตอบว่ารัฐสามารถพิจารณาคดีเกี่ยวกับบุคคลกับลูกหนี้ที่มีภูมิลำเนาในรัฐได้ เพราะไม่อาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐได้ขาดจากกัน และสันนิษฐานได้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ผลประโยชน์หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ยังอยู่ที่ภูมิลำเนาของเขานั้นเอง²⁷ ซึ่งแสดงว่าความเกี่ยวพันระหว่างบุคคลผู้นั้นกับรัฐยังคงมีอยู่ นอกจากนี้หากพิจารณากฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วจะพบว่ากฎหมายมิได้ห้ามมิให้ฟ้องลูกหนี้ที่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐในขณะที่ลูกหนี้ออกนอกประเทศเลย²⁸

ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ²⁹ ได้กำหนดให้ลูกหนี้ที่มี ภูมิลำเนาอยู่ในอังกฤษและเวลส์ ณ วันเริ่มต้นแห่งการพิจารณาคดี เป็นการเพียงพอที่ศาลอังกฤษจะอ้างเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ได้³⁰

ในประเทศฝรั่งเศสก็ได้กำหนดให้ภูมิลำเนาของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ได้ ซึ่งตามกฎหมายล้มละลายของประเทศ ฝรั่งเศส คือ The Law Nr. 85-98 of January 25, 1985 relating to Judicial Reorganization and Winding Up และ Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985 ได้กำหนดให้ศาลแพ่ง ฝรั่งเศส (The Civil Court) มีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายเหนือตัวลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส³¹

²⁴Matin Wolff, Private International Law, 2nd ed. (Oxford : Clarendon Press, 1976), pp. 63-64.

²⁵Martha Weser, "Bases of Judicial Jurisdiction in the Common Market Countries," The American Journal of Comparative Law vol. 10 (1961), pp. 328-329.

²⁶Ibid.

²⁷E. Scoles & P. Hay, Conflict of Law, (St. Paul : West, 1984), pp. 268-270.

²⁸ศรีวิสารวาจา, พระยา, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : เทพศรีทริสทนายความ, 2511), หน้า 111.

²⁹The Insolvency Act 1986.

³⁰Section 265 (1) (a).

³¹Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985: Article 2.

หรือในกรณีของประเทศไทยเอง ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ก็กำหนดให้ภูมิลำเนาของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลไทยจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ลูกหนี้เป็นบุคคลล้มละลายได้³²

การใช้ภูมิลำเนาลูกหนี้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายนั้น จัดเป็นเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ดังจะเห็นได้จากประเทศส่วนใหญ่ใช้เกณฑ์เรื่องภูมิลำเนาลูกหนี้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลตามกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศของตน

3.2.1.2 การใช้ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ในกรณีที่ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้เป็นนิติบุคคล เนื่องจากนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น ในการฟ้องคดีในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล จำเป็นจะต้องตรวจสอบก่อนว่าลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลนั้นมีที่ตั้งอยู่ที่ใดและมีความผูกพันใกล้ชิดอยู่ที่ใด

จุดเกาะเกี่ยวที่หลายประเทศนิยมใช้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับนิติบุคคล ได้แก่ สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล (head office) การใช้สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเป็นผลจากการที่รัฐเจ้าของดินแดนที่นิติบุคคลมีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่มีอำนาจเหนือนิติบุคคลนั้น กล่าวคือ การที่นิติบุคคลมีที่ตั้งแห่งใหญ่ ณ ที่แห่งใดในรัฐ ก็ถือได้ว่านิติบุคคลมีตัวตนอยู่ในรัฐหรืออยู่ในดินแดนของรัฐ ดังเช่นอนุสัญญาบรัสเซลส์ ค.ศ. 1968 ให้ถือว่าที่ตั้งของนิติบุคคลเป็นภูมิลำเนาของนิติบุคคลนั้น³³ รัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีอำนาจเหนือนิติบุคคลนั้น ดังนั้น รัฐเจ้าของดินแดนที่นิติบุคคลนั้นมีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ตั้งอยู่จึงมีอำนาจที่จะกำหนดให้ศาลภายในของตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีซึ่งนิติบุคคลถูกฟ้องเป็นลูกหนี้หรือจำเลยได้

รัฐจำนวนไม่น้อยยอมรับกับหลักการนี้ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ของหลายประเทศในยุโรป เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ในกรณีการฟ้องคดีนิติบุคคลเป็นจำเลยหรือลูกหนี้ โจทก์จะต้องฟ้องคดีต่อศาลที่ลูกหนี้หรือจำเลยอยู่อาศัย ตามบทบัญญัติมาตรา 43 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

³²มาตรา 7 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร ...”

³³The Brussels Convention, 1968, Article 53 :

“For the purpose of this convention, the seat of a company or other legal person or association of natural or legal persons shall be treated as its domicile. However, in order to determine that seat, the court shall apply its rules of private international law.”

แพ่ง ค.ศ. 1975 ของประเทศฝรั่งเศส ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า สถานที่ที่ลูกหนี้หรือจำเลยอาศัยอยู่ในกรณีของนิติบุคคลนั้น ให้หมายความรวมถึงสถานที่ที่นิติบุคคลตั้งอยู่³⁴

ในคดีล้มละลายในประเทศฝรั่งเศสก็ได้กำหนดให้ สถานประกอบกิจการ จดทะเบียน (registered place of business) หรือสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ของลูกหนี้ในกรณีที่เป็นนิติบุคคล เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ได้ ซึ่งตามกฎหมาย ล้มละลายของประเทศฝรั่งเศส คือ The Law Nr. 85-98 of January 25, 1985 relating to Judicial Reorganization and Winding Up และ Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985 ได้กำหนดให้ศาลฝรั่งเศส (The Commercial Court) มีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายเหนือตัวลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคลที่มีสถานประกอบกิจการจดทะเบียน หรือสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ของลูกหนี้ในประเทศฝรั่งเศส³⁵

อย่างไรก็ดี สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลตามความหมายของแต่ละประเทศ อาจมีความแตกต่างกันไปบ้าง เช่น ในประเทศฝรั่งเศส สถานที่ตั้งใหญ่ของนิติบุคคล ได้แก่ สถานที่ที่นิติบุคคลมีศูนย์กลางของการบริหารควบคุม (chief management and control of the corporation)³⁶ หรือในประเทศเบลเยียม และลักเซมเบิร์ก ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล หมายถึง สถานที่ที่นิติบุคคลมีที่ทำการหลัก (principal establishment)³⁷ เป็นต้น

ในกรณีที่นิติบุคคลได้ก่อตั้งสาขาขึ้น ณ ที่ใด สถานที่ตั้งของสาขาของนิติบุคคลก็ถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวได้เช่นกัน โดยเป็นที่ยอมรับว่าศาลแห่งที่ตั้งสาขาของนิติบุคคลก็มีเขตอำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับกิจการของสาขานั้นได้ นอกเหนือจากศาลแห่งสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล³⁸

ในประเทศอังกฤษ ในกรณีที่ลูกหนี้หรือจำเลยเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัทจำกัด โดยหลักแล้วเขตอำนาจของศาลอังกฤษถือการปรากฏตัวในราชอาณาจักรของลูกหนี้หรือจำเลยประกอบกับการรับหมายเป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลของนิติบุคคล แต่อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องยากที่จะพิจารณาว่า อย่างไรเป็นกรณีที่นิติบุคคลปรากฏตัวหรือออกไปจากราชาอาณาจักรในแง่ข้อเท็จจริง แต่โดยสรุปศาลอังกฤษถือว่านิติบุคคลปรากฏตัวในราชอาณาจักร ถ้านิติบุคคลนั้นจดทะเบียนในประเทศอังกฤษ (ก่อตั้งภายใต้กฎหมายอังกฤษ) หรือมี

³⁴French Code of Civil Procedure, Article 43 : "The place where the defendant lives means :

- in case of an artificial person, the place where it is establish."

³⁵Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985: Article 2.

³⁶Martha Weser, "Bases of Judicial Jurisdiction in Common Market Countries," pp. 329-330.

³⁷Ibid.

³⁸Ibid.

สำนักงานทำการ หรือประกอบการค้าในประเทศอังกฤษ (ก่อตั้งภายใต้กฎหมายต่างประเทศ)³⁹ ทั้งนี้ตามกฎหมาย ล้มละลายของอังกฤษ คือ The Insolvency Act 1986 ศาลอังกฤษมีอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลที่ได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในอังกฤษและเวลส์⁴⁰

ในประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการกำหนดให้ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลหรือสถานที่ประกอบธุรกิจของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่ศาลญี่ปุ่นจะมีเขตอำนาจศาลเหนือตัว ลูกหนี้ได้ ตาม Bankruptcy Law และ Corporate Reorganization Law ศาลญี่ปุ่นมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้หากสถานที่ประกอบธุรกิจหลัก (ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล) อยู่ในเขตอำนาจ ศาล⁴¹

เช่นเดียวกับประเทศสกอตแลนด์ ตาม Bankruptcy (Scotland) Act 1985 ศาลสกอตแลนด์มีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้เมื่อปรากฏว่าภายในเวลาใดๆ ภายในหนึ่งปีก่อนมีการเสนอคำร้องหรือคำฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือก่อนลูกหนี้ถึงแก่ความตาย เมื่อ ลูกหนี้มีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ หรือสถานที่ประกอบธุรกิจตั้งอยู่ในประเทศสกอตแลนด์⁴²

3.2.1.3 การใช้ถิ่นที่อยู่ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

การที่บุคคลเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นเหตุผลหนึ่งที่รัฐถือว่าบุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐ และรัฐจะใช้ถิ่นที่อยู่ของบุคคลภายในรัฐเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดในเรื่องเขตอำนาจศาล ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน ยอมรับว่ารัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลทุกคนที่อยู่ภายในดินแดนของตน ซึ่งคำว่า “ถิ่นที่อยู่” แสดงให้เห็นว่า ตัวบุคคลนั้นมีที่อยู่ที่มีความผูกพันกับสถานที่หนึ่งที่ได้ภายในรัฐ เช่น การที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐใด ศาลของประเทศที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่นับว่าเป็นศาลที่สะดวกสำหรับลูกหนี้ที่จะเข้ามาต่อสู้คดี และหากมีการพิจารณาพิพากษาแล้ว การบังคับคดีก็อยู่ในวิสัยที่จะทำได้ เพราะตัวลูกหนี้ที่อยู่ในรัฐที่มีการพิจารณาคดีโดยบังคับกับตัวลูกหนี้ และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในรัฐนั้น ดังจะพิจารณาได้จากกฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ ได้ยอมรับหลักเกณฑ์ข้อนี้

ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้ถือหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยนำถิ่นที่อยู่มาใช้เป็นเกณฑ์ในการทำงานเกี่ยวกับภูมิลำเนา หรืออาจนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในกรณีที่ไม่ปรากฏภูมิลำเนาของบุคคล ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับบุคคลและทรัพย์สินว่า เจ้าหนี้จะต้องฟ้อง

³⁹P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 12th ed. (London : Butterworth, 1992), p. 185.

⁴⁰Section 117 (1).

⁴¹Bankruptcy Law, Section 105; Corporate Reorganization Law, Section 6.

⁴²Section 9 (1) and (4).

คดีต่อศาลที่ลูกหนี้หรือจำเลยมีภูมิลำเนา แต่ถ้าไม่ปรากฏภูมิลำเนาของลูกหนี้หรือจำเลยในราชอาณาจักรแล้ว เจ้าหนี้ก็อาจฟ้องคดีต่อศาลที่ลูกหนี้หรือจำเลยมีถิ่นที่อยู่ได้ เช่น

ในประเทศฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1975 ได้กำหนดให้เจ้าหนี้หรือโจทก์ต้องฟ้องคดีต่อศาลแห่งเขตที่จำเลยหรือลูกหนี้อยู่อาศัย ในคดีล้มละลาย ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้ภูมิลำเนาของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลฝรั่งเศสมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ได้ ซึ่งตามกฎหมายล้มละลายของประเทศฝรั่งเศส คือ The Law Nr. 85-98 of January 25, 1985 relating to Judicial Reorganization and Winding Up และ Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985 ได้กำหนดให้ศาลแพ่งฝรั่งเศส (The Civil Court) มีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายเหนือตัวลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาที่มี ภูมิลำเนาอยู่ในฝรั่งเศส⁴³ ซึ่งศาลที่ลูกหนี้หรือจำเลยอยู่อาศัยนั้นให้หมายความถึงสถานที่ที่บุคคลธรรมดาที่มีภูมิลำเนา ในกรณีที่ไม่มีภูมิลำเนาให้หมายถึงถิ่นที่อยู่⁴⁴

ในประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการกำหนดให้ภูมิลำเนาหรือสถานที่ประกอบธุรกิจของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่ศาลญี่ปุ่นจะมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ได้ ตาม Bankruptcy Law และ Corporate Reorganization Law ศาลญี่ปุ่นมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้หากภูมิลำเนาหรือสถานที่ประกอบธุรกิจของลูกหนี้อยู่ในเขตอำนาจศาล⁴⁵ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น กำหนดว่า การฟ้องคดีให้เสนอคดีต่อศาลแห่งเขตที่ ลูกหนี้มีเขตสังกัดศาล (General Forum) แต่ถ้าบุคคลใดมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศญี่ปุ่น หรือภูมิลำเนาไม่เป็นที่รู้จัก ให้ถือตามถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นในประเทศญี่ปุ่น⁴⁶

สำหรับประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์ เช่น ในอังกฤษ ตาม Rule of Supreme Court order 11, r 1 (1) ศาลอังกฤษอาจใช้ดุลพินิจส่งหมายและสำเนาคำฟ้องแก่ ลูกหนี้ในราชอาณาจักรและถือว่าศาลอังกฤษมีเขตอำนาจศาล ถ้าลูกหนี้หรือจำเลยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่อันแน่นอน (ordinary residence) ในอังกฤษ⁴⁷ ดังนั้นจึงถือได้ว่ากฎเกณฑ์ข้อนี้คือใช้ถิ่นที่อยู่ของบุคคลในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเข้าลักษณะศาลแห่งถิ่นที่อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายของอังกฤษ คือ The Insolvency Act 1986 ได้กำหนดให้ศาลอังกฤษมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้หากลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่อันแน่นอน หรือมีสถานที่อันเป็นถิ่นที่อยู่ในอังกฤษและเวลาใด ๆ ณ ขณะเวลาใดๆ ในระยะเวลาสามปีก่อนเสนอคำฟ้องหรือคำร้องขอให้ลูกหนี้ ล้มละลาย⁴⁸ ซึ่งลูกหนี้มีจำเป็นจะต้องมีถิ่นที่อยู่ หรือสถานที่อันเป็นถิ่นที่อยู่ในอังกฤษตลอดระยะเวลาสามปีเต็ม

⁴³Decree Nr. 85-1388 of December 27, 1985: Article 2.

⁴⁴French Code of Civil Procedure, 1975, Article 43 : “The place where the defendant lives means : ... in the case of a natural person, the place where he has domicile, or failing that, his residence.”

⁴⁵Bankruptcy Law, Section 105; Corporate Reorganization Law, Section 6.

⁴⁶Japan Civil procedural Code, Article 1 and Article 2 (2).

⁴⁷RSC. order 11, r 1 (1) (c).

⁴⁸Section 265 (1) (c) (i).

หากแต่ปรากฏสิ่งดังกล่าว ณ เวลาใดๆ ในช่วงระยะเวลาสามปีดังกล่าวก็เป็นการเพียงพอที่ศาลอังกฤษจะอ้างเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้นั้นได้ด้วย

ในประเทศสกอตแลนด์ ตาม Bankruptcy (Scotland) Act 1985 ศาล สกอตแลนด์ มีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้เมื่อปรากฏว่าภายในเวลาใดๆ ภายในหนึ่งปีก่อนมีการเสนอคำร้องหรือคำฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือก่อนลูกหนี้ถึงแก่ความตาย เมื่อลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติวิสัย (habitual residence) ในประเทศสกอตแลนด์⁴⁹

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้หรือโจทก์ต้องฟ้องคดีต่อศาลซึ่งจำเลยหรือลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ ณ ดังที่ได้กล่าวในเรื่องการใช้ภูมิลำเนาในฐานะจุดเกาะเกี่ยวแล้วว่า การกำหนดให้เจ้าหนี้หรือโจทก์ต้องฟ้องคดียังสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่ของลูกหนี้หรือจำเลย ก็เพื่อมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของลูกหนี้หรือจำเลย และเพื่อความสะดวกในการต่อสู้คดีของลูกหนี้หรือจำเลยโดยเฉพาะในคดีล้มละลายนั้น ลูกหนี้มีความสำคัญมาก ซึ่งเป็นไปตามหลักว่า ภูมิลำเนาเป็นที่อยู่อันสำคัญของบุคคล เมื่อไม่ปรากฏภูมิลำเนาของบุคคลแต่หากบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ก็ถือได้ว่าถิ่นที่อยู่ซึ่งมีความสำคัญในลำดับรองลงมาจากภูมิลำเนาของบุคคล⁵⁰ เป็นสถานที่ที่สันนิษฐานได้ว่าจำเลยหรือลูกหนี้อาศัยอยู่ ณ ที่นั้น โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงถือได้ว่ากฎเกณฑ์ข้อนี้ที่ใช้ถิ่นที่อยู่ของบุคคลในฐานะจุดเกาะเกี่ยว เข้าลักษณะ For a habitationis หรือศาลแห่งถิ่นที่อยู่⁵¹

3.2.1.4 การใช้การประกอบธุรกิจของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ในการกำหนดเขตอำนาจศาลของรัฐ อาจอาศัยกฎเกณฑ์จากการที่บุคคลประกอบกิจการบางอย่างภายในดินแดนของรัฐ กล่าวคือ หากมีการประกอบกิจการใดๆ ภายในรัฐโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด บุคคลที่ประกอบกิจการเช่นว่านั้น ย่อมถูกฟ้องต่อศาลของรัฐเจ้าของดินแดนได้ ในเรื่องหรือคดีเกี่ยวกับการประกอบกิจการนั้น หากพิจารณาตามหลักกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน รัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีอำนาจเหนือการกระทำใดๆ และเหนือบุคคลผู้กระทำการนั้นภายในดินแดนของตน เช่น รัฐสามารถออกกฎหมายมาควบคุมการประกอบกิจการที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญได้

การใช้การประกอบกิจการในรัฐเป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับบุคคลเป็นที่นิยมใช้ในประเทศในกลุ่มคอมมอนลอร์ เช่น ในอังกฤษ โดยมีมูลฐานจากการที่ลูกหนี้เข้ามาประกอบกิจการหรือธุรกิจในราชอาณาจักรหรือในรัฐ ถือได้ว่าเป็นการแสดงถึงการเข้ามาปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรหรือ

⁴⁹Section 9 (1) and (4).

⁵⁰กมล สนิทเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 130.

⁵¹Matin Wolff, *Private International Law*, pp. 68-69.

ในรัฐ และอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของอังกฤษได้⁵² ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ในคดีที่ลูกหนี้หรือจำเลยเป็นห้างหุ้นส่วนซึ่งประกอบการค้าภายในราชอาณาจักร ศาลอังกฤษได้อ้างเขตอำนาจศาลหากสามารถส่งหมายถึงตัวบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่ง หรือส่งหมายถึงตัวบุคคลผู้ควบคุมดูแลกิจการของห้างหุ้นส่วน ณ สถานประกอบการที่ตั้งอยู่ภายในราชอาณาจักร⁵³ และในกรณีที่ลูกหนี้หรือจำเลยเป็นบริษัทจำกัด หากได้จดทะเบียนในประเทศอังกฤษแล้ว ถือได้ว่าบริษัทจำกัดนั้นได้ปรากฏตัวในราชอาณาจักร การส่งหมายจะส่งไปที่สำนักงานทำการตามที่ได้จดทะเบียนไว้⁵⁴ และถึงแม้ว่าลูกหนี้หรือจำเลยจะเป็นบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ถ้าบริษัทจำกัดนั้นเข้ามาประกอบธุรกิจหรือมีสำนักงานทำการในประเทศอังกฤษแล้ว ก็อาจถูกฟ้องคดีต่อศาลอังกฤษได้⁵⁵

โดยกฎหมายล้มละลายของอังกฤษตาม The Insolvency Act 1986 ได้กำหนดให้ศาลอังกฤษมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ หากลูกหนี้ได้ประกอบธุรกิจในอังกฤษและเวลส์ในขณะใดๆ ในระยะเวลาสามปีก่อนมีการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย⁵⁶ นอกจากนี้ยังขยายความไปถึงการประกอบธุรกิจที่อยู่ในรูปของบริษัท หรือห้างหุ้นส่วน ซึ่งลูกหนี้เป็นกรรมการหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ด้วย หรือโดยตัวแทนหรือผู้จัดการของลูกหนี้⁵⁷ ในกรณีเหล่านี้ศาลอังกฤษมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ไม่ว่าลูกหนี้จะอยู่หรือเคยอยู่ในอังกฤษและเวลส์หรือไม่ก็ตาม ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ เช่น ในคดี *Re Allobrogia Steamship Corporation* (1978) 3 All E.R. 423⁵⁸ ซึ่งปรากฏสาระสำคัญของ คำพิพากษาในคดีตอนหนึ่งว่า "...การใช้สิทธิที่เกี่ยวข้องในการสั่งชำระบัญชีรวมถึงการให้ล้มละลายต่อบริษัทต่างประเทศ เพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอังกฤษในการบังคับต่อทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในอังกฤษ ไม่จำเป็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องถึงขนาดเป็นการใช้สิทธิที่สำเร็จบริบูรณ์ เพียงว่าเจ้าหนี้ซึ่งมีส่วนได้เสียสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่า การใช้สิทธิดังกล่าวมีเหตุผลที่เป็นไปได้ที่จะสำเร็จบริบูรณ์ โดยพิจารณาจากการที่ลูกหนี้มีสถานที่ประกอบธุรกิจในอังกฤษประการหนึ่ง..."

ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเหนือบุคคลก็วางอยู่บนหลักการพื้นฐานเดียวกับกฎหมายอังกฤษเช่นเดียวกัน เช่นในกรณีลูกหนี้หรือจำเลยเข้ามาปรากฏตัวอยู่ในรัฐกรณีที่ลูกหนี้หรือจำเลยประกอบธุรกิจในรัฐถือว่าเท่ากับเป็นการปรากฏตัวของลูกหนี้หรือจำเลยในราชอาณาจักร และรัฐจะบังคับกับบุคคลนั้นได้ หากบุคคลธรรมดาประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งในสหรัฐอเมริกาซึ่งมูล

⁵²Re John Russell & Co., Ltd. v. Cayzer & Co., Ltd. (1916) 2Ae 198 at 302, HL.

⁵³P.M. North and J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, pp. 184-185.

⁵⁴Companies Act, 1985, Section 725 (1).

⁵⁵อ้างแล้ว, Sections 744 and 691.

⁵⁶Section 265 (1) (c) (ii).

⁵⁷Section 265 (2).

⁵⁸Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 2nd ed. (London : Sweet & Maxwell, 1996), p. 591.

คดีเกี่ยวข้องกับรัฐใดรัฐหนึ่งจากการประกอบธุรกิจนั้น⁵⁹ ก็อาจถูกฟ้องคดีในสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งในกรณีของ บริษัทข้ามชาติ (transnational corporation) ที่เข้ามาประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกาก็อาจถูกฟ้อง ศาลของรัฐที่บริษัทได้ประกอบธุรกิจนั้น แต่มีข้อสังเกตว่าเขตอำนาจศาลในกรณีนี้ไม่จำกัดอยู่เฉพาะคดีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเท่านั้นซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีข้อจำกัดที่แน่นอน⁶⁰

ในประเทศญี่ปุ่นก็ได้มีการกำหนดให้การประกอบธุรกิจของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่ศาลญี่ปุ่นจะมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ได้ ตาม Bankruptcy Law และ Corporate Reorganization Law ศาลญี่ปุ่นมีเขตอำนาจเหนือตัวลูกหนี้หากการประกอบธุรกิจ ส่วนใหญ่ของลูกหนี้อยู่ในเขตอำนาจศาล⁶¹

เช่นเดียวกับประเทศสกอตแลนด์ ตาม Bankruptcy (Scotland) Act 1985 ศาลสกอตแลนด์มีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้เมื่อปรากฏว่าภายในเวลาใดๆ ภายในหนึ่งปีก่อนมีการเสนอคำร้องหรือคำฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลาย เมื่อลูกหนี้ได้ประกอบธุรกิจในประเทศ สกอตแลนด์ ไม่ว่าจะลูกหนี้จะมีสถานที่ประกอบธุรกิจในประเทศสกอตแลนด์หรือไม่⁶²

และรวมทั้งในประเทศไทยด้วย ก็ได้กำหนดให้การประกอบธุรกิจของ ลูกหนี้ในประเทศไทยไม่ว่าโดยตัวลูกหนี้เองหรือโดยตัวแทน เป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่ศาลไทยมีอำนาจเหนือตัวลูกหนี้ เพื่อพิจารณาคดีและมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ลูกหนี้เป็นบุคคล ล้มละลายได้⁶³

3.2.1.5 การใช้การปรากฏตัวในราชอาณาจักรของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน ได้ยอมรับว่ารัฐอธิปไตยสามารถใช้เขตอำนาจของตนเหนือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐ ดังนั้น บุคคลใดๆ ก็ตามที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐล้วนแต่ต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของรัฐเจ้าของดินแดนทั้งสิ้น ในการนี้รัฐสามารถกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเหนือบุคคลที่อยู่ภายในดินแดนของตนได้ และ

⁵⁹H. Goodrich, *Goodrich's Conflict of Laws*, p. 207.

⁶⁰Ibid.

⁶¹Bankruptcy Law, Section 105; Corporate Reorganization Law, Section 6.

⁶²Section 9 (2).

⁶³มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้นั้นมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าด้วยตนเอง หรือโดยตัวแทน...”

การที่บุคคลปรากฏตัวอยู่ในรัฐ ผลที่ตามมาคือหากจะต้องบังคับคดีแล้ว รัฐสามารถจะบังคับคดีต่อบุคคลที่อยู่ในรัฐได้โดยง่าย ด้วยเหตุผลนี้ กฎหมายภายในของหลายประเทศจึงกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเมื่อบุคคลผู้เป็นคู่ความปรากฏตัวอยู่ในดินแดนของรัฐ

กลุ่มประเทศแองโกล-อเมริกา ตามกฎหมายล้มละลายของอังกฤษ คือ The Insolvency Act 1986 ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจเหนือตัวลูกหนี้หากลูกหนี้ได้ปรากฏตัวในอังกฤษและเวลส์ ณ วันที่ได้มีการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องให้ล้มละลาย⁶⁴ ซึ่งเป็นการใช้หลักการที่บุคคลปรากฏตัวในราชอาณาจักรมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล ในคดีเกี่ยวกับหนี้เหนือบุคคล (action in personam) โดยมีหลักการเบื้องต้นว่า บุคคลใดก็ตามซึ่งได้รับหมายศาล และอาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ ล้วนถือว่าเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลอังกฤษทั้งสิ้น⁶⁵ ซึ่งจากหลักการดังกล่าวทำให้เกิดกฎเกณฑ์ว่า การดำเนินคดีเกี่ยวกับหนี้เหนือบุคคลจะกระทำต่อลูกหนี้ได้ เมื่อเขาได้รับหมายศาลในขณะที่เขาอยู่ในประเทศอังกฤษ⁶⁶ กฎเกณฑ์นี้อาศัยเพียงเหตุที่ลูกหนี้ปรากฏตัวอยู่ในประเทศอังกฤษ โดยไม่สนใจว่าลูกหนี้จะมีถิ่นที่อยู่เป็นปกติวิสัย (habitual residence) ภายในประเทศอังกฤษหรือไม่ เพียงแต่เจ้าหน้าที่ต้องนำเสนอหมายให้ถึงตัวลูกหนี้ในขณะที่อยู่ในประเทศอังกฤษ และเมื่อลูกหนี้ได้รับหมายศาลในขณะที่เขาอยู่ในประเทศอังกฤษแล้ว ก็จะมีผลเป็นการยืนยันอำนาจของศาลเหนือตัวลูกหนี้ โดยแม้ภายหลังจากนั้นลูกหนี้จะออกไปจากประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษก็ยังคงมีอำนาจพิจารณาคดีต่อไป⁶⁷ แต่ถ้าหากลูกหนี้สามารถหลบหนีจากการส่งหมายถึงตัว เช่น ลูกหนี้หนีออกไปนอกประเทศโดยที่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถส่งหมายถึงตัวลูกหนี้ในขณะที่อยู่ในประเทศอังกฤษได้ ก็เป็นอันว่าศาลอังกฤษไม่อาจอ้างเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ได้⁶⁸

ในกรณีที่ลูกหนี้หรือจำเลยเป็นนิติบุคคลเช่น บริษัทจำกัด กฎหมายของประเทศอังกฤษถือว่านิติบุคคลได้ปรากฏตัวที่ประเทศอังกฤษ หากนิติบุคคลนั้นได้ก่อตั้งขึ้น (incorporated) ที่ประเทศอังกฤษภายใต้กฎหมายอังกฤษ⁶⁹ หรือได้ประกอบการค้า (carry on business) ในประเทศอังกฤษ⁷⁰ ในกรณีของ

⁶⁴Section 265 (1) (b).

⁶⁵Re John Russell & Co., Ltd. v. Cayzer, Irvine & Co., Ltd. (1916) 2AC. 298 at 302, HL.

⁶⁶P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, p. 183.

⁶⁷Re Razelos v. Razolos (No. 2) [1970] 1 All ER 386 n. (1970) 1 WLR 392. quoted in P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, p. 183.

⁶⁸P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, p. 183.

⁶⁹Company Act, 1985 Section 725 (1).

⁷⁰Company Act, 1985 Sections 744 and 691.

นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายต่างประเทศ กรณีเหล่านี้ถือได้ว่านิติบุคคลได้ปรากฏตัวอยู่ที่ประเทศอังกฤษแล้ว มีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษในคดี *Re Compania Merbello San Nicholas S.A.* (1973) ch. 75⁷¹ โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับคำตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับการส่งชำระบัญชีบริษัทต่างประเทศ และการล้มละลายว่า องค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญ ที่ศาลอังกฤษจะมีอำนาจสั่งชำระบัญชีซึ่งรวมถึงการล้มละลายของบริษัทต่างประเทศได้คือ การปรากฏตัวของลูกหนี้ ซึ่งศาลอังกฤษอาจใช้เขตอำนาจของรัฐต่อลูกหนี้ที่นั่นโดยมีผลประโยชน์จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่นั่น โดยไม่คำนึงถึงว่าบริษัทต่างประเทศนั้นมีหรือเคยมีสถานประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ หรือเคยประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเขตอำนาจศาลโดยใช้หลักการปรากฏตัวในราชอาณาจักรเป็นจุดเกาะเกี่ยวตามแนวของประเทศคอมมอนลอว์นี้ บางครั้งมีความเกี่ยวพันระหว่างลูกหนี้กับศาลอาจอยู่ในระดับที่อ่อน เช่น บุคคลเดินทางผ่านเข้าไปในอังกฤษเป็นการ ชั่วคราว ถ้าได้รับหมายขณะอยู่ในประเทศอังกฤษ เช่น ระหว่างรอเปลี่ยนเที่ยวบิน ณ สนามบิน ก็ถือว่าตกอยู่ในเขตอำนาจศาลอังกฤษแล้ว⁷² และศาลอังกฤษก็มีอำนาจพิจารณาคดี ถึงแม้ว่ามูลคดีจะไม่เกี่ยวข้องใดๆ กับประเทศอังกฤษเลย และเจ้าหน้าที่มีใช้คนอังกฤษ ซึ่งหากพิจารณาในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองแล้ว ตามหลักเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน รัฐย่อมใช้เขตอำนาจเหนือบุคคลใดก็ตามที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐได้ แม้ว่าจะเป็นเพียงการเข้ามาในดินแดนเพียงช่วงระยะเวลาอันสั้นก็ตาม⁷³

แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ของประเทศอังกฤษ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการใช้อำนาจที่กว้างขวางมาก⁷⁴ เพราะไม่ปรากฏว่ามีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดอย่างเพียงพอ (no substantial connection) ระหว่างประเทศอังกฤษและลูกหนี้หรือจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลความแห่งคดี (cause of action) ไม่ได้มีความเกี่ยวพันใดกับประเทศอังกฤษเลย หลักเกณฑ์ของประเทศอังกฤษข้อนี้แตกต่างจากหลักเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจโดยทั่วไปของรัฐต่างๆ (exorbitant jurisdiction) และเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหน้าที่หรือโจทก์อย่างมาก แต่อาจไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้หรือจำเลยเท่าใดนัก⁷⁵ ดังนั้น การอ้างเขตอำนาจศาลโดยอาศัยเพียงเกณฑ์จากการที่ลูกหนี้หรือจำเลยผ่านเข้าไปในประเทศอังกฤษเป็นเวลาดสั้นๆ (temporary presence) ของประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์จึงไม่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตาม ในกรณีการพิจารณาคดีล้มละลายรวมทั้งคดีแพ่งและพาณิชย์ในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษอาจปฏิเสธไม่รับคดีที่ไม่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับ

⁷¹Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, p. 591.

⁷²*Re Colt Industries Inc. v. Sarlie* (1966) 1 All ER 673 (1966) 1 WLR 440., quoted in P.M. North and J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, p. 184.

⁷³F.A. Mann, "Doctrine of Jurisdiction in International Law," p. 64.

⁷⁴*Ibid.*

⁷⁵F. Vischer, "General Course on Private International Law," *Recul Des Cours Collected Courses* (France : 1991), p. 215.

ประเทศอังกฤษได้ โดยใช้หลัก forum non convenien กล่าวคือ ศาลอังกฤษสามารถปฏิเสธไม่รับทำการพิจารณาคดีได้ หากเห็นว่าไม่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับประเทศอังกฤษ โดยหลักนี้จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของศาลเมื่อเกิดเขตอำนาจศาลซ้อนกัน (concurrent of court jurisdiction) ทั้งนี้เพื่อพิจารณาว่าศาลของตนนั้นเหมาะสมที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวหรือไม่ หรือศาลอังกฤษสามารถจำหน่ายคดีเนื่องจากมีศาลอื่นได้รับฟ้องไว้แล้วตามหลัก “Lis Alibi Penden”⁷⁶

3.2.1.6 การใช้ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ในคดีล้มละลาย ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ นั้น กล่าวได้ว่าเป็นมูลเหตุหรือเป็นมูลคดีที่เจ้าหนี้สามารถฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายได้ ดังนั้นการใช้สถานที่เกิดภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว จึงกล่าวได้ว่าเป็นการใช้สถานที่เกิดมูลคดีเกิดในฐานะจุดเกาะเกี่ยวนั่นเอง การใช้ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยอาศัยการที่มูลคดีเกิดในราชอาณาจักร หรือดินแดน (territory) ของรัฐเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจศาลและใช้ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

หากลูกหนี้เกิดภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัว ณ ที่ใด ก็สามารถกล่าวได้ว่า ณ ที่นั้นหรือสถานที่แห่งนั้นเป็นสถานที่ที่มูลคดีได้เกิดขึ้นในคดีล้มละลาย ซึ่งหมายถึงสถานที่ที่เหตุแห่งการฟ้องร้องเกิดขึ้น เปรียบเทียบกับคดีประเภทอื่น เช่น ในคดีเกี่ยวกับสัญญา สถานที่มูลคดีเกิดได้แก่ สถานที่ทำสัญญา (loci contracts) หรือสถานที่เกิดสัญญา หรือสถานที่ปฏิบัติตามสัญญา (loci solutionis) ในคดีละเมิด สถานที่มูลคดีเกิดก็อาจได้แก่ สถานที่ที่การละเมิดได้ถูกกระทำขึ้น หรือสถานที่ที่มีการกระทำเกิดขึ้น (loci actus) หรือสถานที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น

ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ อันเป็นมูลเหตุในการฟ้องร้องในคดีล้มละลายนั้น เป็นข้อเท็จจริงซึ่งพิสูจน์ได้ยากในทางปฏิบัติว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าลูกหนี้มีภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวเกิดขึ้น และลูกหนี้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัวเมื่อใด หรือใครจะเป็นผู้ตัดสินว่าในขณะหรือในเวลาใดภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว ลูกหนี้ก็อาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ เนื่องจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ นั้นเป็นเงื่อนไขหรือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่เจ้าหนี้จะฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายและศาลอาจพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายได้⁷⁷ ดังนั้นในทางปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว กฎหมายล้มละลายในหลายประเทศจึงมีบทบัญญัติที่เป็นข้อ

⁷⁶วิชัย อริยะนันท์กะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนจบ),” *ตุลพาท*, ปีที่ 44 เล่ม 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2540) : หน้า 64.

⁷⁷มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้...”

สันนิษฐานว่า หากมีการกระทำใดหรือเมื่อเกิดภาวะเช่นใดเกิดขึ้นแล้ว ลูกหนี้ก็ต้องด้วยข้อสันนิษฐานว่าเป็น ผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ดังเช่น มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ของประเทศไทย⁷⁸ เป็นต้น

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ การที่รัฐใช้เหตุที่มูลคดีเกิดขึ้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาล รัฐย่อมมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนของตน ซึ่งหมายความว่า เมื่อมูลคดีได้เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐใด รัฐนั้นย่อมสามารถอ้างได้ว่าคดีนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจในทางตุลาการของตน และศาลของตนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มูลคดีเกิดขึ้นได้ เช่น ความเสียหายได้เกิดขึ้นที่สถานที่ใดสถานที่หนึ่งภายในรัฐ รัฐเจ้าของดินแดนสามารถกำหนดให้ศาลแห่งที่ความเสียหายได้เกิดขึ้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ การกำหนดเขตอำนาจศาลโดยใช้สถานที่มูลคดีเกิดขึ้นในฐานะจุดเกาะเกี่ยวนี้ สถานที่ที่มูลคดีเกิดขึ้นต้องอยู่ภายในรัฐเท่านั้น ถ้าสถานที่มูลคดีเกิดไม่ได้ภายในรัฐแล้วรัฐจะไม่สามารถอ้างเขตอำนาจเหนือมูลคดีที่เกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม หมายความว่ารวมถึงกรณีที่มีการกระทำนอกรัฐ แต่ความเสียหายหรือการละเมิด หรือภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวในคดีล้มละลายได้เกิดขึ้นภายในรัฐด้วย

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าลูกหนี้เป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศลิเบอเรีย (Liberia) ได้ทำสัญญากู้ยืมเงินต่อเจ้าหนี้ซึ่งเป็นธนาคารในประเทศอังกฤษ ต่อมาลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้จึงได้ฟ้องลูกหนี้ต่อศาลอังกฤษ โดยข้อเท็จจริงที่เป็นจุดหลักสำคัญของคดีนี้คือ ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินในประเทศอังกฤษเลยเนื่องจากเป็นบริษัทข้ามชาติจากประเทศลิเบอเรีย โดยศาลอังกฤษพิจารณาว่าศาลอังกฤษสามารถมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ได้แม้ลูกหนี้จะไม่มีทรัพย์สินในประเทศอังกฤษเลย เนื่องจากว่าลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลอังกฤษที่เจ้าหนี้ในอังกฤษจะได้รับประโยชน์หากมีการชำระบัญชีบริษัทลูกหนี้ ซึ่งรวมถึงการสั่งให้ล้มละลายด้วย ซึ่งเป็นการพิจารณาของศาลอังกฤษในคดี *Re A Company, International Westminster Bank plc. v. Okeanos Maritime Corp. (No.00359 of 1987) 1988, ch. 210*⁷⁹ โดยอาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ศาลอังกฤษได้อ้างภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นในอังกฤษเป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลอังกฤษสามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่เกิดขึ้นได้

⁷⁸มาตรา 8 บัญญัติว่า “ถ้ามีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้เกิดขึ้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

(1) ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สิน หรือสิทธิจัดการทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์แห่งเจ้าหนี้ทั้งหลายของตน ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

(2) ถ้าลูกหนี้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินของตนไปโดยการแสดงเจตนาลง หรือ โดยการฉ้อฉล ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร

(3) ถ้าลูกหนี้โอนทรัพย์สินของตนหรือก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเหนือทรัพย์สินนั้น ซึ่งถ้าลูกหนี้ล้มละลายแล้วจะต้องถือว่าเป็นการให้เปรียบ ไม่ว่าได้กระทำการนั้นในหรือนอกราชอาณาจักร...”

⁷⁹Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, p. 591.

จากการศึกษากฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ พบว่า ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายล้มละลายของประเทศใดที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการมีภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในการที่ศาลของรัฐนั้นจะอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายนั้นโดยตรง เพียงแต่มีการบัญญัติถึงการมีภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้จะเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งที่เจ้าหนี้จะนำมาฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลาย และศาลจะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ ซึ่งไม่ว่าการมีภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้จะเกิด ณ ที่ใด อาจจะเกิดภายในรัฐนั้น หรืออาจจะเกิดนอกรัฐนั้นก็ได้ เจ้าหนี้และศาลก็สามารถอ้างการมีภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ได้

3.2.1.7 การใช้สถานที่ตั้งของทรัพย์สินลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

ที่ตั้งของทรัพย์สิน (situs rei) เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่ใช้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายของประเทศต่างๆ รวมทั้งในอนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาล ต่างก็ยอมรับจะใช้ที่ตั้งของทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยกำหนดให้ศาลที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ (forum rei sitae) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี

การใช้ที่ตั้งทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญที่ใช้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล หากพิจารณาในแง่เขตอำนาจรัฐแล้ว พบว่าเป็นผลจากการที่รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ ตัวทรัพย์สินตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐ ทรัพย์สินนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐย่อมมีและใช้เขตอำนาจของตนเหนือทรัพย์สินนั้นได้ ในกรณีอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐ อสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดิน ก็คือส่วนหนึ่งของแผ่นดินทั้งหลายที่ประกอบขึ้นเป็นดินแดนภายในเขตอำนาจรัฐ และรัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีอำนาจอันสมบูรณ์เหนือดินแดนของตน เขตอำนาจศาลของรัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีเหนืออสังหาริมทรัพย์ภายในดินแดนของตน และเป็นที่ยอมรับว่าเฉพาะรัฐที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่เท่านั้นที่มีเขตอำนาจศาลพิจารณาคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพราะอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของรัฐ

ดังจะเห็นได้ว่า การทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่⁸⁰ หรือการเข้ามาถือครองที่ดินของคนต่างด้าวรัฐจะเข้ามาควบคุมไว้เป็นพิเศษ กรณีอสังหาริมทรัพย์อำนาจรัฐย่อมมีเหนืออสังหาริมทรัพย์ทุกชิ้นทุกอัน ที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตของรัฐ ดังนั้น ถ้าพิจารณากฎหมายของหลายประเทศ จะพบว่าถ้าทรัพย์สินตั้งอยู่ภายในดินแดนของรัฐ รัฐจะถือว่าศาลของตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเหนือทรัพย์สินนั้นได้ การใช้ที่ตั้งทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยว เป็นที่ยอมรับในประเทศระบบประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ตั้งของทรัพย์สินนั้น ถูกใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ประเทศเหล่านี้ถือว่าศาลของตนมีเขตอำนาจเหนืออสังหาริมทรัพย์ภายในดินแดนของตน โดยกำหนดให้ศาลที่เป็นที่ตั้งทรัพย์สินนั้นเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดี เช่น ประเทศเยอรมัน เบลเยียม ฝรั่งเศส อิตาลี เป็นต้น

⁸⁰ มาตรา 456 และมาตรา 1299 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดีที่ทรัพย์สินพิพาทเป็น อสังหาริมทรัพย์และ อสังหาริมทรัพย์ ศาลของรัฐที่ทรัพย์สินตั้งอยู่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดี⁸¹ สำหรับในประเทศอังกฤษ ในกรณีที่ คดีที่ทรัพย์สินพิพาทเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และในคดีที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ศาล อังกฤษก็มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเช่นกัน ยกตัวอย่างในคดี Re Eloc Electro-Optieck B.V. (1983) ch. 43⁸² ซึ่งมีสาระสำคัญในคำพิพากษาที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ศาลอังกฤษมีเขตอำนาจศาลแม้ว่าทรัพย์สินจะไม่ใช่ของ บริษัทต่างประเทศลูกหนี้ หากแต่มีเหตุผลที่เป็นไปได้ว่ามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ผู้ร้องขอ ต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษนั้น โดยเจ้าหนี้อื่นได้แก่บรรดาเจ้าพนักงานของบริษัทต่างประเทศซึ่ง ถูกไล่ออกโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งหากบริษัทลูกหนี้ถูกสั่งให้ชำระบัญชีและ ล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้จะมีสิทธิได้รับ เงินชดเชยจากกองทุนของกรมแรงงานตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศอังกฤษ

ในกรณีของประเทศญี่ปุ่น ที่ตั้งของทรัพย์สินก็เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ศาลญี่ปุ่น ใช้อ้างเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้เช่นเดียวกัน ตาม Bankruptcy Law ในกรณีที่ ลูกหนี้มีสถานประกอบ ธุรกิจหลัก หรือส่วนใหญ่ของธุรกิจของลูกหนี้ตั้งอยู่ต่างประเทศ ศาลญี่ปุ่นก็อาจมีเขตอำนาจศาลเหนือตัวลูกหนี้ได้ หากธุรกิจส่วนใหญ่ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น⁸³

3.2.1.8 การใช้การยอมรับเขตอำนาจศาลของลูกหนี้และเจ้าหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

การยอมรับเขตอำนาจศาลของคุณค่า ถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอันหนึ่งที่ใช้ เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล ในกรณีนี้หากคู่กรณีมีเจตนาจะยอมรับเขตอำนาจศาลใด เท่ากับว่าคู่กรณียิน ยอมจะตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลแห่งนั้น

การยอมรับเขตอำนาจศาลของคุณค่าในกรณีนี้อาจพิจารณาได้ใน 3 ลักษณะ ได้ แก่

(1) การยอมรับเขตอำนาจศาลของคุณค่าโดยสมัครใจ (submission to jurisdiction)

เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ใช้กันในประเทศคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษถือหลัก ว่าศาลไม่สามารถพิจารณาคดีกับลูกหนี้ผู้ซึ่งไม่ปรากฏตัวในอังกฤษได้ แต่เป็นที่ยอมรับเป็นเวลานานมาแล้วว่า

⁸¹H. Goodrich, Goodrich on Conflict of Laws, p. 168.

⁸²Ian F. Fletcher, The Law of Insolvency, p. 591.

⁸³Section 107.

ลูกหนี้ผู้ซึ่งไม่ปรากฏตัวในราชอาณาจักรนั้น อาจจะเป็นยันเขตอำนาจศาลที่มีอยู่เหนือตัวเขาโดยการยอมรับเขตอำนาจของศาลอังกฤษ เช่น แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมาย (solicitor) เพื่อรับหมายในประเทศอังกฤษไว้⁸⁴ เป็นต้น

(2) การยอมรับเขตอำนาจศาลของคู่ความโดยปริยาย (implied submission)

อาจเกิดขึ้นโดยการที่บุคคลซึ่งได้รับหมายโดยมีการส่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น บุคคลผู้นั้นไม่ได้อยู่ในประเทศอังกฤษขณะส่งหมาย แต่เขายอมไปปรากฏตัวต่อศาลในฐานะลูกหนี้เพื่อต่อสู้คดี ถือว่าเขาตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาล แต่ถ้าลูกหนี้นั้นไปปรากฏตัวต่อหน้าศาลเพื่อต่อสู้ในเรื่องเขตอำนาจศาล (contest the jurisdiction) ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเขตอำนาจศาล⁸⁵

ผลการยอมรับเขตอำนาจศาลก็คือ ศาลอังกฤษสามารถพิจารณาคดีที่มีการเสนอต่อศาลนั้นได้ แต่การยอมรับเขตอำนาจศาลไม่สามารถทำให้ศาลพิจารณาคดีได้ทุกเรื่อง หรือไม่สามารถพิจารณาคดีที่โดยปกติแล้วศาลไม่มีเขตอำนาจศาลได้ และ

(3) การยอมรับเขตอำนาจศาลโดยการตกลงของคู่กรณี

กรณีที่คู่กรณีได้ตกลงกันว่าให้นำคดีหรือข้อพิพาทระหว่างกันเสนอต่อศาลใด หรือเสนอต่อศาลของประเทศใด ซึ่งเป็นที่ยอมรับในกฎหมายของหลายประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ คู่กรณีสามารถตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลได้โดยอาจทำในรูปสัญญา หรือเป็นเพียงข้อบทหนึ่งของสัญญา (clause) ทั้งก่อนและหลังเกิดข้อพิพาทก็ได้ นอกจากนั้นคู่กรณีอาจกำหนดถึงวิธีการส่งหมายไว้ด้วยก็ได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา คู่กรณีสามารถตกลงทำสัญญาเรื่องเขตอำนาจศาลได้ แต่ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาในความเท่าเทียมกันในเรื่องอำนาจต่อรองของคู่สัญญา และความสะดวกในการพิจารณาคดีด้วย (forum convenien)⁸⁶

ในประเทศญี่ปุ่น คู่กรณีสามารถตกลงกันได้ว่าให้ศาลชั้นต้นใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลในคดีของตน ทั้งนี้ในประเทศญี่ปุ่น การตกลงดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือ⁸⁷

อย่างไรก็ตาม กรณีที่มีความเกี่ยวพันระหว่างศาลและสัญญา คู่สัญญาสามารถเลือกศาลโดยทำความตกลงระหว่างกันเลือกศาลที่ไม่มีมีความเกี่ยวพันอันใดกับสัญญาหรือคู่กรณีเลยได้หรือไม่ กรณีนี้เห็นว่าคู่สัญญาสามารถเลือกศาลโดยทำความตกลงระหว่างกัน โดยที่ศาลที่เลือกนั้นไม่มีมีความเกี่ยวพันอันใดกับสัญญาหรือคู่กรณีเลยก็ได้ เพราะเป็นเรื่องระหว่าง เอกชนกับเอกชน ทั้งนี้รัฐไม่จำเป็นต้องผูกพันที่จะยอมรับการเลือกศาลของคู่กรณี ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ F. Vischer ให้ความเห็นว่า โดยทั่วไปแล้วในคดีที่เรียกร้อง

⁸⁴R.S.C. order 10, r. 1 (4).

⁸⁵A.W. Scott, Private International Law, (Conflict of Law), 2nd (London : Macdonal and Evans, 1970), pp. 57-58.

⁸⁶H. Goodrich, Goodrich on Conflict of Laws, p. 188.

⁸⁷Japan Civil Procedural Code, Article 25.

เป็นตัวเงิน (pecuniary matters) คู่สัญญาสามารถเลือกศาลโดยทำความตกลงระหว่างกันได้ ในการเลือกศาลนั้นโดยหลักการแล้ว ศาลอาจไม่มีความเกี่ยวพันอันใด (no connection) กับสัญญาหรือคู่กรณี แต่รัฐไม่จำเป็นต้องผูกพันที่จะยอมรับการเลือกศาลที่ไม่มีความเกี่ยวพันกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดข้อพิพาทขึ้น⁸⁸

ทั้งนี้คู่กรณีไม่สามารถทำความตกลงปฏิเสธเขตอำนาจศาลของรัฐได้ เพราะเอกชนไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลได้ เช่น คู่กรณีมีภูมิลำเนาในประเทศไทย สามารถทำความตกลงยอมรับเขตอำนาจศาลต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เกาหลี เป็นต้นได้ แต่คู่กรณีไม่สามารถทำความตกลงปฏิเสธเขตอำนาจศาลไทยได้ ศาลไทยยังคงมีเขตอำนาจอยู่ และสามารถพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นนั้นได้ เพียงแต่ว่าศาลไทยอาจหรือควรปฏิเสธไม่ทำการพิจารณาคดีโดยให้คู่กรณีไปฟ้องคดีต่อศาลที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้หรือในประเทศอังกฤษ ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงกันยอมรับเขตอำนาจของศาลต่างประเทศ แต่คู่สัญญาไม่สามารถทำความตกลงปฏิเสธเขตอำนาจศาลอังกฤษได้เช่นกัน⁸⁹

การยอมรับเขตอำนาจศาลของความโดยสมัครใจ การยอมรับเขตอำนาจศาลของความโดยปริยาย และการยอมรับเขตอำนาจศาลโดยการตกลงของคู่กรณี เป็นเรื่องที่ยอมรับที่จะให้ศาลของประเทศนั้นพิจารณาคดีเกี่ยวกับตนได้ ความเกี่ยวพันในเรื่องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ คู่กรณียินยอมให้ศาลใช้อำนาจของศาลพิจารณาคดีได้ การที่คู่กรณียอมเข้ามาอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลเท่ากับยอมเข้ามาอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐที่มีเหนือดินแดน

ในคดีล้มละลาย โดยเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในข้อนี้แล้วว่าการยอมรับเขตอำนาจศาลของลูกหนี้และเจ้าหนี้ หรือโจทก์และจำเลย ไม่สามารถนำมาใช้ได้กับคดีทุกประเภท พิจารณาได้ว่าเนื่องจากคดีล้มละลายเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษซึ่งศาลที่จะทำการพิจารณาคดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายข้ามชาติ ศาลนั้นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเกณฑ์ที่จะสามารถพิจารณาคดีได้โดยเฉพาะเกี่ยวกับลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานประกอบการ การประกอบธุรกิจ สถานที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ หรือกรณีที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล โดยศาลที่ทำการพิจารณาคดีไม่อาจนำหลักการยอมรับถึงเขตอำนาจศาลของลูกหนี้ และเจ้าหนี้มาใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลได้ โดยที่ตัวคู่กรณี คือ ลูกหนี้และเจ้าหนี้ไม่มีความเกี่ยวพัน หรือมีสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น สิทธิ ทรัพย์สิน อยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้นเลย

3.2.2 เขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด เป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล

หลักเกณฑ์ประเภทนี้ ถือเป็นปัจจัยสองประการมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดเขตอำนาจศาล กล่าวคือ

⁸⁸F. Vischer, "General Course on Private International Law," pp. 206-207.

⁸⁹A.W. Scott, Private International Law, p. 58.

ปัจจัยประการแรก ปัจจัยในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล รัฐสามารถกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีได้ เพราะรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคล (personal jurisdiction) ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในหรือนอกดินแดนของตน ดังนั้นรัฐจึงกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับบุคคลที่เป็นคนชาติของตนได้

ปัจจัยประการที่สอง การใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดเขตอำนาจศาล การกำหนดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้ถือเอาสัญชาติของบุคคลเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด จุดเกาะเกี่ยวในกลุ่มนี้ได้แก่ สัญชาติเป็นหลัก ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้สองกรณี กล่าวคือ สัญชาติเจ้าหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด และสัญชาติลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด

ถ้าพิจารณาหลักกฎหมายที่ว่า ศาลมีเขตอำนาจเหนือเจ้าหนี้ที่มีสัญชาติของรัฐ เจ้าของศาลสัญชาติเจ้าหนี้จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด ศาลของประเทศที่เจ้าหนี้มีสัญชาติก็ควรเป็นศาลที่ใกล้ชิดกับคดีได้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า สัญชาติคือเครื่องมือผูกมัดบุคคลไว้กับรัฐ สัญชาติจึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดอันหนึ่ง กฎหมายภายในของหลายประเทศ ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือเรื่องการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาล ก็ยอมรับการใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด ในกรณีสัญชาติลูกหนี้ก็เช่นกัน ศาลของประเทศที่ลูกหนี้มีสัญชาติ มีเขตอำนาจเหนือลูกหนี้ผู้นั้นได้ โดยถือเอาสัญชาติของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด เพราะลูกหนี้ย่อมใกล้ชิดกับประเทศที่ตนมีสัญชาติ ในหลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลของหลายรัฐ จึงยอมรับการใช้สัญชาติของลูกหนี้มาเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุด

3.2.2.1 การใช้สัญชาติเจ้าหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

การใช้สัญชาติเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล หลักเกณฑ์นี้จัดอยู่ในประเภท "improper fora"⁹⁰ ซึ่งหมายถึงความเกี่ยวพันระหว่างคู่กรณีหรือนิติสัมพันธ์ที่เป็นคดีกับศาลนั้นอ่อน⁹¹ เพราะโดยมากจะมีลักษณะเป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลโดยให้ประโยชน์แก่เจ้าหนี้เป็นสำคัญโดยไม่สนใจผลประโยชน์ของฝ่ายลูกหนี้ หลักเกณฑ์นี้มักไม่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศ และจะมีผลกระทบต่อกรยอมรับถึงผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งและการนำคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นไปบังคับรับรองในต่างประเทศอีกด้วย ดังนั้น สัญชาติเจ้าหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล แต่เป็นที่ยอมรับในบางประเทศไม่ใช่เป็นการทั่วไป และเป็นจุดเกาะเกี่ยวอันหนึ่งที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก

ประเทศที่ยอมรับและใช้สัญชาติเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาล ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ในมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติอนุญาตให้เจ้าหนี้ซึ่งมีสัญชาติฝรั่งเศส สามารถฟ้องชาวต่างประเทศเป็นลูกหนี้ต่อศาลฝรั่งเศสได้ในคดีเกี่ยวกับหนี้ที่ได้ก่อขึ้นกับชาวฝรั่งเศส ไม่ว่ามูลคดี

⁹⁰K.H. Nadelmann, "Jurisdictionally Improper Fora," XXth Century Comparative and Conflict Laws, (Leyden : A.W. Sythoff, 1961), pp. 321-335.

⁹¹F. Vischer, "General Course on Private International Law," p. 211.

จะเกิดขึ้นในหรือนอกประเทศฝรั่งเศส⁹² จุดมุ่งหมายของมาตรา 14 นี้คือให้อำนาจศาลฝรั่งเศส ในกรณีที่ศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าจะหาตัวลูกหนี้ในประเทศฝรั่งเศสได้หรือไม่ และไม่จำเป็นว่าเจ้าหนี้จะมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศสหรือไม่

โดยมาตรา 14 นี้มีผลใช้บังคับกับคำฟ้องทุกประเภท ถึงแม้ว่าในตัวเองจะใช้คำว่า "obligations contracted" ซึ่งน่าจะหมายถึงเฉพาะหนี้ที่เกิดจากสัญญาเท่านั้น แต่ศาลฝรั่งเศสได้ตีความว่าหมายถึงหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือละเมิด หรือเป็นคดีล้มละลาย เว้นแต่คำฟ้องที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ และคำฟ้องเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาในต่างประเทศ เนื่องจากการบังคับคดีจะต้องกระทำในต่างประเทศและศาลต่างประเทศอาจไม่รับรองคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส นอกจากนี้ในประเทศลักเซมเบิร์ก มาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งลักเซมเบิร์ก และในประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 127 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเนเธอร์แลนด์ ก็มีหลักเกณฑ์เช่นนี้เช่นเดียวกับมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส⁹³

ในคดีล้มละลาย เนื่องจากศาลฝรั่งเศสสามารถที่จะนำหลักเกณฑ์นี้ของมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาใช้กับคดีล้มละลายได้ โดยศาลฝรั่งเศสถือว่ามาตรา 14 นี้ เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลทั่วไปของฝรั่งเศส ที่ศาลฝรั่งเศสสามารถนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้กับคดีทุกประเภท ซึ่งศาลสูงฝรั่งเศส (The Cour de Cassation) ได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับคดีล้มละลายเรื่องหนึ่งในคดี Cass. Civ. II, 12 Juillet 1962, Clunet 1963, 377 โดยมีรายละเอียดของคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า หลังจากศาลสูงได้พิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับศาลที่มีเขตอำนาจเหนือภูมิลำเนาของลูกหนี้แล้ว ศาลสูงพิจารณาว่า บริษัทต่างประเทศซึ่งไม่ได้ตั้งอยู่ (establishment) ในประเทศฝรั่งเศส สามารถที่จะเป็นลูกหนี้ที่ถูกพิจารณาคดีโดยศาลฝรั่งเศสได้โดยเป็นทางเลือกหนึ่งของเจ้าหนี้ที่เป็นชาวฝรั่งเศส⁹⁴

การใช้สัญชาติเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์เรื่องเขตอำนาจศาลนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เช่น ตามอนุสัญญาบรัสเซลส์ ค.ศ. 1968 และอนุสัญญาลูกาโน ค.ศ. 1988 ปฏิเสธไม่ยอมรับการใช้สัญชาติเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์ในเรื่องเขตอำนาจศาล โดยมาตรา 3 ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับไม่ยอมให้นำบทบัญญัติที่อาศัยเกณฑ์ข้อนี้ของประเทศภาคีมาบังคับใช้ซึ่งได้แก่ ในมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

⁹²French Civil Code, Article 14 : "An alien, even if not residing in France, may be summoned before the French Courts, for the fulfillment of obligations contracted by him in France towards a French person; he may be called before the French Court for obligation contracted by him in a foreign country towards French persons."

⁹³Martha Weser, "Base of judicial jurisdiction in common market countries," pp. 324-325.

⁹⁴Armand Gregoire, "European Bankruptcy Laws As They Affect Foreigners as a Debtor or Creditor: The Bankruptcy Laws of France," *European Bankruptcy Laws*, (New York : the ABA Press, 1974), p. 111.

มาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ลักเซมเบิร์ก และมาตรา 127 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเนเธอร์แลนด์⁹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความเกี่ยวพันกับคู่กรณีนี้ ถูกห้ามมิให้ประเทศภาคีใช้กับลูกหนี้ที่มีภูมิลำเนาในประเทศภาคีเท่านั้น แต่ถ้าลูกหนี้ไม่มีภูมิลำเนาในประเทศภาคีแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวนำมาใช้ได้

อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาในแง่เขตอำนาจรัฐแล้ว การใช้สัญชาติในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคลผู้ซึ่งเป็นคนชาติของรัฐ โดยที่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล รัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่เป็นคนชาติของรัฐ ไม่ว่าเขาจะอยู่ ณ ที่ใด เพียงแต่ว่าเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้นเป็นเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ เมื่อคนชาติอยู่นอกประเทศ รัฐจะไปใช้บังคับกับคนชาติของตนในดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้ แต่เนื่องจากรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้เป็นคนชาติของตน รัฐย่อมกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่คนชาติของตนถูกฟ้องเป็นลูกหนี้ได้ การใช้เขตอำนาจของรัฐในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการปกป้องผลประโยชน์คนชาติของรัฐ โดยอาศัยศาลภายในเป็น ผู้ทำหน้าที่และใช้เขตอำนาจแทนรัฐ

3.2.2.2 การใช้สัญชาติลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว

การใช้สัญชาติลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคล (personal jurisdiction) ซึ่งเป็นลูกหนี้ที่เป็นคนชาติของรัฐ โดยตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล รัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือลูกหนี้ที่เป็นคนชาติของรัฐไม่ว่าลูกหนี้จะอยู่ ณ ที่ใด เพียงแต่ว่าเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลนั้นเป็นรองเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ เมื่อคนชาติอยู่นอกประเทศ รัฐจะไปใช้บังคับกับคนชาติของตนใน ดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้ แต่เนื่องจากรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้เป็นคนชาติของตน รัฐย่อมกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่คนชาติของตนถูกฟ้องเป็นลูกหนี้ได้

นอกจากสัญชาติเจ้าหนี้แล้ว สัญชาติลูกหนี้ก็นำมาใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวได้เช่นกัน เกณฑ์ข้อนี้เป็นที่ยอมรับในบางประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่น ในมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กำหนดว่าชาวฝรั่งเศสอาจถูกฟ้องต่อศาลฝรั่งเศสได้

⁹⁵The Brussel Convention 1968, Article 3 :

“Persons domiciled in a Contracting State may be sued ... this title.

In particular the following provisions shall be applicable as against them:

- in France: Article 14 and 15 of civil code
- in Luxembourg: Article 14 and 15 of civil code
- in the Netherlands: Article 127 of the code of civil procedure.”

สำหรับหนี้ที่ตนได้ก่อขึ้นกับชาวต่างประเทศในต่างประเทศได้⁹⁶ มาตรา 15 นี้มีผลใช้บังคับกับคำฟ้องทุกประเภท เว้นแต่คำฟ้องที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ และคำฟ้องเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษา ในต่างประเทศ เนื่องจากการบังคับคดีจะต้องกระทำในต่างประเทศ และศาลต่างประเทศอาจไม่รับรองคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส ประเทศที่ใช้หลักเกณฑ์ข้อนี้เช่นเดียวกับฝรั่งเศส คือ ประเทศ ลักเซมเบิร์ก โดย มาตรา 15 ของประมวลกฎหมายแพ่งลักเซมเบิร์กมีหลักเกณฑ์อย่างเดียวกัน

ในคดีล้มละลาย เนื่องจากศาลฝรั่งเศสสามารถที่จะนำหลักเกณฑ์นี้ของมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาใช้กับคดีล้มละลายได้ โดยศาลฝรั่งเศสถือว่ามาตรา 15 นี้ เป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลทั่วไปของฝรั่งเศส⁹⁷ ที่ศาลฝรั่งเศสสามารถนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้กับคดีทุกประเภทเช่นเดียวกับ มาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

มาตรา 15 นี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ในแง่ที่ว่าศาลฝรั่งเศส ตีความว่า มาตรา 15 ให้อำนาจพิจารณาคดีชาวฝรั่งเศสอย่างเดียว ศาลฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ตัดสินชาวฝรั่งเศสที่เป็นลูกหนี้โดยที่ชาวฝรั่งเศสผู้เป็นลูกหนี้ไม่ได้สละสิทธิ ตามมาตรา 15 เสียก่อน ดังนั้น คำพิพากษาของศาลต่างประเทศจึงเป็นคำพิพากษาของศาลที่ไม่มีเขตอำนาจ จะมาร้องขอคำบังคับตามคำพิพากษาในประเทศฝรั่งเศสไม่ได้

ตามอนุสัญญาบรัสเซลส์ ค.ศ. 1968 และอนุสัญญาลูกาโน ค.ศ. 1988 ปฏิเสธไม่ยอมรับการใช้สัญชาติลูกหนี้เป็นเกณฑ์ในเรื่องเขตอำนาจศาล กล่าวคือ มาตรา 3 วรรคสอง ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับไม่ยอมให้นำบทบัญญัติ ในมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่อาศัยเกณฑ์ข้อนี้ของประเทศภาคีมาใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความเกี่ยวข้องกับคู่กรณีนี้ ถูกห้ามมิให้ประเทศภาคีใช้กับลูกหนี้ที่มีภูมิลำเนาในรัฐภาคีเท่านั้น แต่ถ้าลูกหนี้ไม่มีภูมิลำเนาในประเทศภาคีแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวนำมาใช้ได้ เช่นเดียวกับมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และแห่งประมวลกฎหมายแพ่งลักเซมเบิร์ก ที่อาศัยหลักเกณฑ์อย่างเดียวกัน โดยอาศัยสัญชาติเจ้าหนี้เป็นเกณฑ์

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาในแง่เขตอำนาจรัฐแล้ว การใช้สัญชาติ ลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคลผู้ซึ่งเป็นคนชาติของรัฐ โดยที่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคล รัฐย่อมมีเขตอำนาจเหนือบุคคลที่เป็นคนชาติของรัฐได้ไม่ว่าเขาจะอยู่ ณ ที่ใด เพียงแต่ว่าเขตอำนาจเหนือบุคคลนั้นเป็นรองเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน กล่าวคือ เมื่อคนชาติอยู่นอกประเทศ รัฐจะไปใช้บังคับกับคนชาติของตนในดินแดนของรัฐอื่นไม่ได้ แต่เนื่องจากรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลผู้เป็นคนชาติของตน รัฐย่อมกำหนดให้ศาลของตนมีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่คนชาติของตนถูกฟ้องเป็นลูกหนี้ได้

⁹⁶French Civil Code, Article 15 :

“A Frenchman may be called before a French Court for obligations contracted by him in a foreign country, even towards an alien.”

⁹⁷Armand Gregoire, “European Bankruptcy Laws As They Affect Foreigners as a Debtor or Creditor : The Bankruptcy Laws of France,” in *European Bankruptcy Laws*, ed. I Arnold Ross, (New York : the ABA Press, 1974), p. 110.

3.3 เขตอำนาจของศาลไทย

กฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายล้มละลายข้ามชาติซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แขนกคดีบุคคลนั้น ภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ แขนกคดีบุคคล นิติสัมพันธ์ของเอกชนตามกฎหมาย เอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนภายในของรัฐที่กฎหมายระหว่างประเทศ แขนกคดีบุคคลรับรอง กล่าวคือหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้นแล้ว ก็จะต้องพิจารณาไปตามประเด็นกรณีพิพาทกันนั้น เช่น พิพาทกันในเรื่องของการก่อเกิด หรือมูลเหตุของนิติสัมพันธ์ก็ต้องไปพิจารณาถึงหลักกฎหมายของนิติกรรมสัญญาและหนี้ หรือหากพิพาทกันในเรื่องทรัพย์สินในคดีล้มละลายข้ามชาติก็ต้องไปพิจารณากฎหมายในเรื่องทรัพย์สิน และเนื่องจากกฎหมายภายในของแต่ละรัฐมีบทบัญญัติที่ไม่เหมือนกัน ดังนั้นกฎหมายที่นำมาพิจารณาก็คือ “กฎหมายขัดกันของรัฐที่มีการกล่าวอ้างนิติสัมพันธ์นั้นขึ้น”⁹⁸ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และโดยหลักของกฎหมายขัดกันนั้นก็กำหนดให้นิติสัมพันธ์ตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์นั้นมากที่สุด

โดยเฉพาะในกรณีของการล้มละลายข้ามชาติเนื่องจากมีข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่งลูกหนี้ เจ้าหนี้ ทรัพย์สิน ความรับผิดชอบในหนี้ของลูกหนี้ หรือสิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เหล่านั้นมีจุดเกาะเกี่ยวโดยทางใดทางหนึ่งภายใต้ของกฎหมายระหว่างประเทศ แขนกคดีบุคคลซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศรับรอง หรืออาจกล่าวได้ว่าอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปโดยมีลักษณะของการขัดกันแห่งเขตอำนาจของรัฐ (conflict of jurisdictions) ในข้อเท็จจริงเดียวกัน

คดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งมีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ นอกจากมีปัญหาเรื่องการใช้กฎหมาย บังคับแก่คดี (choice of laws) หรือปัญหาเรื่องของการขัดกันแห่งกฎหมาย ปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับคดีล้มละลายที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศอีกประการหนึ่งก็คือ ปัญหาที่ว่าคดีล้มละลายนั้นอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลประเทศใด (choice of forums) ในระหว่างศาลของประเทศต่างๆ ที่ข้อเท็จจริงในคดีล้มละลายนั้นพัวพันไปถึง โดยปัญหาดังกล่าวนี้สามารถเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าปัญหาขัดกันในเรื่องอำนาจศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี

การขัดกันในเรื่องของอำนาจศาลได้แก่การที่มีศาลซึ่งอยู่ในข่ายที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นหลายศาลด้วยกัน หรือมีเขตอำนาจศาลในหลายรัฐซ้อนกัน (concurrent jurisdiction among states) ซึ่งจะมีความสำคัญอย่างมากในแง่ที่ว่าคู่พิพาทต่างก็ปรารถนาที่จะให้คดีของตนอยู่ในเขตอำนาจของศาลที่ตนคิดว่าจะเป็นประโยชน์แก่คดีฝ่ายตนมากที่สุด ทั้งนี้เพราะศาลของแต่ละประเทศต่างพิจารณาโดยถือตามกฎหมายวิธีพิจารณาที่ต่างกัน และวินิจฉัยคดีโดยมีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีแตกต่างกัน ซึ่งย่อมจะทำให้ผลของคดีแตกต่างกันออกไปได้ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์กำหนดว่าในกรณีเช่นใดศาลของประเทศใดจะเป็นศาลที่มีอำนาจ

⁹⁸ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แขนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 49.

พิจารณาพิพากษาคดี ล้มละลายข้ามชาตินั้น และบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีล้มละลายข้ามชาติโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ นั้นจะเข้าร่วม หรือเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นอย่างไร รวมทั้งคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย จะมีผลเพียงใดในอีกรัฐหรือในอีกประเทศหนึ่ง

เขตอำนาจของศาลไทยเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นก็เช่นเดียวกับการศึกษาถึงเรื่องอำนาจของศาลในคดีทั่วไปคือพิจารณาว่าคดีนั้นอยู่ในอำนาจของศาลไทยที่จะพิจารณาพิพากษาได้หรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ในกรณีที่ยื่นคำฟ้อง หรือคำร้องขอต่อศาลให้พิพากษาหรือสั่งให้ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นบุคคลล้มละลาย ตามกฎหมายของประเทศไทยจะฟ้อง หรือยื่นคำร้องขอต่อศาลไทยได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่ลูกหนี้นั้นมีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรือลูกหนี้หรือตัวแทนของลูกหนี้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยในขณะที่ยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอนั้น หรือภายในกำหนดเวลา 1 ปี ก่อนหน้าที่จะมีการยื่นฟ้อง หรือคำร้องขอดังกล่าวตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

(2) การพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในมาตรา 177 จะไม่มีผลไปถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่นอกประเทศไทย และในทำนองเดียวกันการพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศอื่นก็ไม่มีผลมาถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทย

(3) เจ้าหนี้ต่างประเทศซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศจะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายได้ต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 178 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 กล่าวคือเจ้าหนี้ต่างประเทศต้องพิสูจน์ว่าเจ้าหนี้ในประเทศไทยก็มีสิทธิขอรับชำระหนี้ได้ในทำนองเดียวกันในคดีล้มละลายตามกฎหมายของประเทศของตนและในศาลแห่งประเทศของตน และต้องแถลงว่าตนได้รับ หรือมีสิทธิได้รับทรัพย์สิน หรือส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้คนเดียวกันนั้นนอกประเทศไทยเป็นจำนวนเท่าใดหรือไม่ และถ้ามีตนยอมส่งมอบทรัพย์สินหรือส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนีดังกล่าวมารวมในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทย

จากหลักดังกล่าวข้างต้นจึงกล่าวได้ว่า คดีล้มละลายที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศคือใด ศาลไทยจะมีเขตอำนาจเหนือคดีนั้นหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาแล้ว หากกรณีไม่เข้าหลักเกณฑ์เช่นนั้นศาลไทยก็ย่อมรับคดีนั้นไว้พิจารณาพิพากษาไม่ได้ มิฉะนั้นกระบวนการพิจารณา หรือคำพิพากษานั้นก็ย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากคดีล้มละลายนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลไทยแล้ว คู่ความจะอ้างเหตุว่าคดีมีเหตุเกี่ยวข้องกับรัฐอื่น หรือคดีล้มละลายซึ่งเกิดจากข้อเท็จจริงอันเดียวกันนั้น กำลังอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลต่างประเทศมาเป็นข้ออ้างเพื่อแสดงว่าศาลไทยไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีนั้นย่อมไม่ได้

3.3.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณานอกราชอาณาจักร

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะในคดีที่มีข้อเท็จจริงพัวพันกับต่างประเทศ ศาลไทยย่อมมีอำนาจอยู่แต่เพียงภายในประเทศไทย แต่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางอย่างซึ่งอาจต้องกระทำในต่างประเทศ ในกรณีอาจเป็นไปได้ว่าต้องมีการส่ง คำฟ้อง หรือคำร้องขอให้แก่ลูกหนี้ซึ่งอยู่ในต่างประเทศ หรือส่งหมายเรียกลูกหนี้หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดในต่างประเทศให้มาให้การเป็นพยานต่อศาลไทย หรืออาจต้องส่งประเด็นไปสืบในต่างประเทศ เป็นต้น ในการนี้ศาลไทยจะต้องอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่ หรืออำนาจของศาลในต่างประเทศเป็นผู้ดำเนินการต่างๆ ดังกล่าวให้แทน เพราะการใช้อำนาจศาลเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศอย่างหนึ่ง⁹⁹ ศาลไทยจะใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศโดยตรงไม่ได้

โดยในปัจจุบัน ประเทศไทยมีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางศาล (Agreement on Judicial Cooperation) กับต่างประเทศเพียงสองประเทศเท่านั้น คือ ประเทศสาธารณรัฐอินโดนีเซีย (the Republic of Indonesia)¹⁰⁰ และประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (the People's Republic of China)¹⁰¹ โดยเป็นข้อตกลงแบบทวิภาคี ซึ่งจำกัดอยู่เฉพาะการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการส่งคำคู่ความ และเอกสารต่างๆ ในคดี การสืบพยาน และการออกหนังสือร้องขอในคดีแพ่ง โดยเป็นการตกลงในชั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น ไม่มีการตกลงในเรื่องการบังคับคดี

แต่สำหรับกับประเทศอื่นๆ ประเทศไทยยังไม่มีข้อตกลงในเรื่องการร่วมมือในทางศาลแต่อย่างใด ฉะนั้นถ้าจำเป็นที่ศาลไทยจะต้องให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศแล้ว ศาลไทยก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศไทยกำลังพิจารณาทำความตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือทางศาลในลักษณะเดียวกันกับสองประเทศดังกล่าวข้างต้น กับประเทศออสเตรเลีย และประเทศสเปน¹⁰²

ตามบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของไทย หรือข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลล้มละลายไม่ได้มีบทบัญญัติบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางอย่างที่อาจต้องทำนอกราชอาณาจักรไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากมีกรณีที่จะต้องดำเนินการดังกล่าวแล้ว ก็สามารถ

⁹⁹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.1 พื้นฐานว่าด้วยเขตอำนาจรัฐ (State Jurisdiction).

¹⁰⁰ซึ่งได้ลงนามกันเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2521

¹⁰¹ซึ่งได้ลงนามกันเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2537

¹⁰²Vichai Ariyanuntaka, "Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgements and Arbitral Awards : A Thai Perspective," Chulalongkorn Law Review, vol. VII (1998-2000) : p. 75.

ที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลมได้ทั้งนี้ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542¹⁰³

การดำเนินกระบวนการพิจารณานอกราชอาณาจักรในคดีล้มละลาย มีประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาและให้ความสำคัญเป็นพิเศษ คือในส่วนของ การขอบังคับคดีเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศ ซึ่งกรณีนี้แม้ศาลไทยไม่เคยปฏิบัติ¹⁰⁴ แต่ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมีว่า โดยปกติกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินใดจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex situs) ฉะนั้นทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ ย่อมไม่อยู่ในอำนาจการบังคับคดีตาม คำพิพากษาของศาลไทยโดยตรง การที่จะบังคับคดีเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศนั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการยังศาลต่างประเทศให้ถูกต้องตามกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายของประเทศนั้นๆ เสียก่อน ซึ่งบางประเทศก็ยอมรับบังคับให้คำพิพากษาของประเทศอื่นมีผลสุดเดียวกับคำพิพากษาของศาลประเทศตนโดยออกหมายบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของประเทศอื่นได้¹⁰⁵ แต่บางประเทศถือเพียงว่าคำพิพากษานั้นเป็นเพียงหลักฐานแห่งมูลหนี้เท่านั้น ถ้าจะใช้บังคับในอีกประเทศหนึ่งจะต้องไปฟ้องร้องจำเลยยังศาลในต่างประเทศนั้นเป็นคดีใหม่เสียก่อน¹⁰⁶

¹⁰³มาตรา 14 บัญญัติว่า “นอกจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ กระบวนพิจารณาในศาลล้มละลาย ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย และข้อกำหนดตามมาตรา 19 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม” ซึ่งเรื่องเหล่านี้มีปรากฏอยู่ในมาตรา 83 ทวิ มาตรา 83 ตรี มาตรา 83 จัตวา มาตรา 83 เบญจ มาตรา 83 ฉ มาตรา 83 สัตต มาตรา 83 อัฏฐ และมาตรา 101 วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งคำคู่ความ เอกสาร และหมายเรียกให้แก่จำเลยหรือลูกหนี้ พยาน และผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งไม่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยไว้ นอกจากนี้ยังมีมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งเรื่องหรือแต่บางส่วน โดยทางอาศัยหรือโดยร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ในเมืองต่างประเทศ เมื่อไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่มีความบัญญัติไว้สำหรับเรื่องนั้นแล้ว ให้ศาลปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่ศาลที่จะขอให้เจ้าหน้าที่ หรือศาลต่างประเทศดำเนินกระบวนการพิจารณาให้แทนได้ ซึ่งย่อมมีผลทำให้กระบวนการพิจารณาที่กระทำในต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปโดยถูกต้องเสมือนศาลไทยได้ดำเนินการเอง.

¹⁰⁴ข้อมูลจากศาลล้มละลายกลาง.

¹⁰⁵ดังเช่นที่ประเทศอังกฤษมี Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 1933 ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศที่เป็นภาคีสันธิสัญญาโดยมิต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นใหม่.

¹⁰⁶ทวิ ตะเวทีกุล, คำสอนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), (อ็ดสำเนา), หน้า 379.

3.3.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ศาลต่างประเทศ

ในคดีล้มละลายที่ศาลต่างประเทศกำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่ ศาลต่างประเทศนั้นอาจทำการร้องขอให้ศาลไทยช่วยดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ให้โดยอาศัยความตกลงระหว่างประเทศ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศอาจเป็นไปโดยการปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศคือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน ซึ่งในอันที่จริงกฎหมายของประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องที่ให้อำนาจแก่ศาลไทยดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ศาลต่างประเทศไว้โดยชัดแจ้ง หากแต่ในทางปฏิบัติได้อนุโลมตามมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁷ โดยเป็นที่เข้าใจว่าเมื่อกำหนดให้ศาลไทยสามารถขอร้องให้เจ้าหน้าที่หรือศาลในต่างประเทศดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ได้แล้ว ในทางกลับกันตามหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน ศาลต่างประเทศก็ย่อมจะขอร้องให้เจ้าหน้าที่หรือศาลไทยดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ได้หากว่าไม่มีข้อตกลงกับต่างประเทศในเรื่องนั้นๆ ไว้¹⁰⁸ แต่สำหรับประเทศที่มีความตกลงว่าด้วยความร่วมมือในทางศาล ศาลไทยก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้ตกลงทำกันไว้

กระบวนการพิจารณาที่ศาลต่างประเทศอาจร้องขอให้ศาลไทยดำเนินการให้ นั้น นอกจากการขอบังคับคดีกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทยแล้ว ส่วนใหญ่ก็ได้แก่การที่ขอให้ศาลไทยสืบประเด็นบางประเด็น หรือนำส่งหมายให้แก่ลูกหนี้ซึ่งอยู่ในประเทศไทย ในการขอให้ศาลไทยดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ นั้น หากประเทศใดมีความตกลงว่าด้วยความร่วมมือทางศาลกับประเทศไทย ศาลต่างประเทศนั้นต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในความตกลงนั้น แต่ถ้าไม่มีความตกลงระหว่างประเทศเช่นนั้น ศาลต่างประเทศก็ย่อมจะต้องส่งคำร้องขอโดยผ่านวิธีการทางการทูตหรือกงสุล เพื่อขอให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการติดต่อและส่งเรื่องให้แก่กระทรวงยุติธรรมของประเทศไทยพิจารณา และถ้าเห็นสมควรกระทรวงยุติธรรมก็จะแจ้งให้ศาลไทยดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ศาลต่างประเทศต่อไป

¹⁰⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณานอกราชอาณาจักร.

¹⁰⁸ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้บัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่ศาลไทยจะต้องขอความร่วมมือจากต่างประเทศเท่านั้น ถ้าเป็นกรณีกลับกันคือศาลต่างประเทศขอให้ศาลไทยช่วยดำเนินกระบวนการพิจารณาบางอย่างให้ เช่น ให้ช่วยสืบพยานบุคคลซึ่งอยู่ในประเทศไทยให้ ดังนี้ศาลไทยจะจัดการให้ได้หรือไม่ โดยเฉพาะในข้อที่ว่ายังไม่มี การฟ้องหรือการร้องขอคดีนั้นในศาลไทยเลย ปัญหาเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริณ เห็นว่าน่าจะทำได้หากยังไม่มีคดีอยู่ในศาลไทย การที่ศาลจะดำเนินกระบวนการใด ๆ ก่อนมีการฟ้องดำเนินคดีได้นั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจศาลทำได้ไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 101 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

3.3.3 ผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเทศไทย

ผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะมีผลบังคับในประเทศอื่นเพียงใหนั้น ในประเทศต่าง ๆ ยังถือหลักแตกต่างกันอยู่ การรับรู้ผลของคำพิพากษาศาลต่างประเทศของประเทศต่าง ๆ สามารถจำแนกได้เป็น 4 ระบบ¹⁰⁹ คือ

(1) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ย่อมมีผลในประเทศอื่นเสมือนเป็น คำพิพากษาของศาลภายในของประเทศนั้นเอง และศาลภายในของประเทศนั้นย่อมออกหมายบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เช่น ประเทศอิตาลี โปรตุเกส

(2) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจมีผลในอีกประเทศหนึ่งได้ ถ้าประเทศหลังนี้ยอมรับให้มีผลในเมื่อได้พิจารณาเห็นว่าคำพิพากษานั้นไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยศาลของประเทศหลังนี้จะออกหมายบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ แต่ถ้าศาลของประเทศหลังนี้พิจารณาว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นมิได้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม หรือเป็นการขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศหลังนี้ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลของประเทศหลังอาจพิจารณาคดีนั้นใหม่อีกได้ ซึ่งเป็นระบบของประเทศฝรั่งเศส

(3) ศาลของอีกประเทศหนึ่งจะยอมรับออกหมายบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยหลักอรรถาศัยไมตรีระหว่างประเทศ หรือหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน ได้แก่ระบบของประเทศเยอรมัน

(4) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะมีผลในอีกประเทศหนึ่งก็แต่เพียงเป็นหลักฐานแห่งหนี้เท่านั้น และถ้าต้องการจะให้ผลในประเทศหลังนี้จะต้องมาฟ้องเป็นคดีขึ้นใหม่ แต่ในการฟ้องเป็นคดีใหม่ในประเทศหลังดังกล่าวนี้ โจทก์ เจ้าหนี้ หรือผู้ร้องอาจอ้างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นหลักฐานแห่งหนี้ที่ฟ้องกันนั้นได้ ระบบนี้ได้แก่ระบบของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศไทยด้วย

ระบบของประเทศไทยนั้น แม้ประเทศไทยไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงผลของ คำพิพากษาของศาลต่างประเทศไว้โดยตรงโดยเฉพาะเกี่ยวกับคดีล้มละลาย แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 ได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ และยังคงเป็นบรรทัดฐานอยู่ใน

¹⁰⁹ กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 342.

ปัจจุบัน¹¹⁰ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ได้วางหลักเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศไว้ ดังนี้

(1)ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งถือหลักความเคารพต่อกันและกันระหว่างประเทศ ประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลในอีกประเทศหนึ่งเหมือนดังว่าจำนวนเงินที่เป็นหนี้เกี่ยวข้องกันอยู่ตามคำพิพากษานั้น เป็นหนี้อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้ แต่ศาลต่างประเทศที่พิพากษาคดีที่คู่ความนำมาอ้างต้องเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นด้วย

(2)คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นต้องเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดที่ได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดีนั้นแล้วซึ่งจะนำไปฟ้องร้องฟ้องอีกไม่ได้ ฉะนั้นหากคำพิพากษาได้ยังไม่เป็นอันเสร็จเด็ดขาดดังเช่นคำพิพากษาโดยขาดนัดในคดีนี้ คือคู่ความอาจดำเนินการใดๆ ขอให้ศาลที่ได้มีคำพิพากษาไปแล้วนั้นยกเลิกเพิกถอนคำพิพากษาเดิมนั้นเสีย หรือขอให้มีการสั่งใหม่ในเรื่องนั้นได้แล้ว คำพิพากษานั้นก็ไม่ถือว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะฟังได้เป็นยุติว่าฝ่ายที่แพ้คดีเป็นหนี้สิน หรือมีความรับผิดชอบต่อฝ่ายชนะคดี

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับในคดีล้มละลาย โดยเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติใน พระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 ในมาตรา 177 วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า “การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศอื่น ไม่มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร” ดังนั้นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย หรือการล้มละลายตามกฎหมายต่างประเทศ จะไม่มีผลต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ในราชอาณาจักร อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงว่าประเทศไทยไม่ยอมรับการมีผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศโดยเคร่งครัด

¹¹⁰โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 ในคดีระหว่างนายเวียนวันนำ ยอ ผู้แทนนางฟามทีเลียน โจทก์ และนายตรันวันเตียว นางเซา จำเลย ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า โจทก์ฟ้องว่าเมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2455 จำเลยได้ทำสัญญาที่เมืองไซ่ง่อนขายรถลาก 15 คัน กับรถจักรยานยนต์ 2 คัน ให้แก่โจทก์เป็นเงิน 1,550 เหรียญ จำเลยได้รับเงินไปแล้วแต่จำเลยหาได้มอบรถให้ตามสัญญาไม่ โจทก์จึงฟ้องต่อศาลเมืองไซ่ง่อน ศาลเมืองไซ่ง่อนได้พิพากษาให้จำเลยใช้เงิน 1,550 เหรียญพร้อมทั้งดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมให้โจทก์ แต่จำเลยได้หลบหนีเข้ามาอยู่ในกรุงเทพมหานคร โจทก์จึงมาฟ้องคดีนี้ยังศาลแพ่งเพื่อเรียกเงินตามคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อน โดยตามทางพิจารณาของศาลแพ่งปรากฏว่า คำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อนที่โจทก์อ้างนั้นได้พิพากษาให้จำเลยแพ้คดีโดยขาดนัด และโจทก์มิได้นำพยานมาสืบในคดีนี้ถึงมูลคดีเดิมที่ว่าจำเลยผิดสัญญาเลย

ศาลแพ่งและศาลอุทธรณ์พิจารณาต้องกันว่าจำเลยยังมีได้มอบรถที่ขายให้แก่โจทก์ จึงพิพากษาให้จำเลยใช้เงิน

คดีมาถึงชั้นศาลฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อนนั้นเป็นคำพิพากษาโดยจำเลยขาดนัด และไม่ปรากฏว่าเป็นคำพิพากษาที่เด็ดขาดอันจะฟังบังคับตามได้ และโจทก์มิได้นำพยานมาสืบในข้อที่จำเลยผิดสัญญานั้นเลย จึงให้ยกฟ้องโจทก์.

กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ
(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) เกี่ยวกับการ
การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ

4.1 หลักการและความเป็นมา

การเพิ่มขึ้นของการล้มละลายข้ามชาติเป็นผลสะท้อนกลับของการขยายตัวอย่างต่อเนื่องในการค้าและการลงทุนของโลก ประกอบกับกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศไม่สามารถที่จะรองรับสถานการณ์นี้ได้ และบ่อยครั้งอาจเป็นอุปสรรคต่อการแก้ปัญหาในคดีล้มละลายข้ามชาติอีกด้วย โดยเฉพาะมีสาเหตุอันเนื่องมาจากการมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่เพียงพอ หรือไม่ลงรอยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อันเป็นผลกระทบหรือผลร้ายต่อความมั่นคงปลอดภัยทางการเงินของธุรกิจในโลก ซึ่งไม่มีระบบการจัดการที่มีประสิทธิภาพและยังให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุด มีผลกระทบต่อการปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลาย และเป็นอุปสรรคต่อการแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ล้มละลายเพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อ เจ้าหนี้ นอกจากนี้การขาดการคาดการณ์และเตรียมการแก้ปัญหาเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติมีผลกระทบต่อระบบการหมุนเวียนทางการเงิน หรือสภาพคล่องของเงินลงทุนในการดำเนินธุรกิจ ซึ่งไม่เกิดผลประโยชน์หรือไม่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนระหว่างประเทศ

วิธีการในการแก้ไขปัญหาการล้มละลายข้ามชาติ อาจใช้แนวทางในการแก้ไขปัญหาได้ทั้งตามแนวทางตามกฎหมายภายใน และแนวทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยจะใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่ง หรือใช้แนวทางทั้งสองแนวทางประกอบกันเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากใช้แนวทางตามกฎหมายภายใน ก็คงต้องคำนึงถึงหลักการขั้นพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

การใช้แนวทางตามกฎหมายภายในแก้ปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติ กระทำได้โดยการปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายภายใน หรือกำหนดกฎหมายภายในขึ้นใหม่ให้มีเนื้อหาที่แก้ปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติได้มากขึ้น สำหรับการใช้นโยบายตามกฎหมายระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น สามารถกระทำได้โดยการสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในระดับประเทศ เช่น กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)¹

¹ดังปรากฏในภาคผนวก ก.

กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ² ได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) เมื่อปี พ.ศ. 2540 ตามมติของสมัชชาใหญ่ ที่ 52/158 (General Assembly Resolution 52/158) แห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations (UN)) เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2540 (72nd plenary meeting)³ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประเทศสมาชิกของสหประชาชาติ ในการระงับข้อพิพาทคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยมีหลัก กระบวนการ และวิธีพิจารณาที่ผสมกลมกลืนเป็นหนึ่งเดียวกัน และให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายทุกชาติอย่างมีประสิทธิภาพในฐานะที่เป็นการจัดการต่อคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases) โดยประการเหล่านี้จะรวมถึงทั้งคดีที่ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศขึ้นไป หรือในกรณีที่เจ้าหนี้นี้บางรายมีได้อยู่ในประเทศที่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายได้เริ่มขึ้น

UNCITRAL⁴ ได้ผลักดันกฎหมายต้นแบบนี้เข้าสู่กลุ่มปฏิบัติการแห่งกฎหมายล้มละลาย (Working Group on Insolvency Law) ในปี ค.ศ. 1995⁵ โดยความร่วมมือกับสมาคมผู้ปฏิบัติการเกี่ยวกับทางด้านการล้มละลายระหว่างประเทศ (International Association of Insolvency Practitioners (INSOL)) และได้รับความช่วยเหลือจากสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศทางด้านกฎหมายธุรกิจ (Business Law of the International Bar Association) โดยการประชุมร่วมกันครั้งสุดท้ายเกี่ยวกับกฎหมายต้นแบบนี้ได้มีขึ้นเป็นการประชุมครั้งที่ 30 ของ UNCITRAL ณ กรุงเวียนนา วันที่ 12-30 พฤษภาคม 2540 โดยผลการประชุมได้มีมติให้รับกฎหมายต้นแบบนี้โดยมติเอกฉันท์เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2540⁶ และหลังจากนั้นสมัชชาใหญ่ (General Assembly) ขององค์การสหประชาชาติได้ให้การรับรองกฎหมายต้นแบบนี้ด้วยตามมติเอกฉันท์ของสมัชชาใหญ่ (General Assembly)⁷ ดังกล่าวข้างต้น

กฎหมายต้นแบบฉบับนี้ร่างขึ้น โดยมีแนวความคิดเพื่อจัดให้มีกระบวนการที่มี ประสิทธิภาพ สำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังนี้

²ต่อไปในบทนี้ เมื่อกล่าวถึงจะเรียกว่า “กฎหมายต้นแบบ.”

³ดังปรากฏในภาคผนวก ค.

⁴ถือกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1966 มีภารกิจในการดำเนินการทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศมีความผสมผสานสอดคล้องกัน (harmonization) และมีความเป็นเอกรูป (unification)

⁵Official Records of the General Assembly, United Nations, Fiftieth Session, Supplement No. 17 (A/50/17), (Mimeographed), pars. 392 and 393.

⁶ซึ่งมีผู้แทนจาก 36 ประเทศสมาชิกของ UNCITRAL ตัวแทนจากประเทศผู้สังเกตการณ์จำนวน 40 ประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ 13 องค์การ เข้าร่วมประชุมในครั้งนี้ด้วย.

⁷Official Records of the General Assembly, United Nations, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, on the work of its thirtieth session, Vienna, 12–30 May 1997, (Mimeographed).

- (1)ความร่วมมือระหว่างศาล และหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นๆ ของประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ
- (2)เสถียรภาพในแง่กฎหมายสำหรับการค้าและการลงทุน
- (3)การจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติที่ยุติธรรม และมีประสิทธิภาพ เพื่อจะปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลาย และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ รวมทั้งลูกหนี้ด้วย
- (4)การปกป้องและการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ และ
- (5)การให้ความช่วยเหลือแก่กิจการ หรือธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่งจะเป็นผลให้มีการป้องกันการลงทุนและสงวนไว้ซึ่งการจ้างงาน^๑

กฎหมายต้นแบบฉบับนี้ สะท้อนให้เห็นถึงควมมีประสิทธิภาพในกระบวนการจัดการที่เป็นหนึ่งเดียวของคดีล้มละลายข้ามชาติในระบบของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้นประเทศสมาชิกที่น่ากฎหมายต้นแบบฉบับนี้ไปปรับใช้ หรือรับหลักการของกฎหมายต้นแบบ จะเกิดประโยชน์อย่างมากในแง่ที่จะทำให้เกิดการพัฒนาระบบความคิดของคดีล้มละลายข้ามชาติ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งนับวันจะทวีมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากการค้าที่เปิดเสรีทั่วโลก โดยเฉพาะเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวิพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (Convention on Insolvency Proceedings of the European Union 1995) เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เฉพาะแต่ประเทศในสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก (debtor's center of main interests) อยู่ในประเทศสมาชิกของสหภาพ อนุสัญญานี้มิได้มีผลขยายใช้ออกไปกับคดีล้มละลายข้ามชาติเหนือประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่ได้เป็นสมาชิกของสหภาพ โดยกฎหมายต้นแบบจะมีผลเข้ามาอุดช่องว่างนี้ส่วนหนึ่งของอนุสัญญานี้ อันเป็นการส่งผลให้มีการขยายแนวความคิด แนวทางแก้ไขปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติไปทั่วทั้งสหภาพยุโรป และก่อให้เกิดความร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติที่อนุสัญญาฉบับนี้ไม่มีผลครอบคลุมถึง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบมีหลักการที่เป็นการผสมผสาน ความคิดระหว่างทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลายในทฤษฎี Territoriality กับทฤษฎี Universality เข้าด้วยกัน โดยมีเจตจำนงให้เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และผลของการดำเนินกระบวนการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน มีการผสมผสานความร่วมมือระหว่างกระบวนการพิจารณา ทั้งหลายให้เกิดเป็นกระบวนการที่เป็นสากล และเกิดผลในวงกว้างตามหลักการของทฤษฎี Universality แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงเคารพต่อหลักดินแดนในเรื่องเขตอำนาจรัฐตามหลักการของทฤษฎี Territoriality แม้จะมีกระบวนการที่เป็นสากล ในแต่ละประเทศก็สามารถที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาต่อลูกหนี้รายเดียวกันนั้นขึ้นอีกได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของตนเอง^๑ และสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาควบคู่กันไปได้ ทั้งนี้ภายใต้มาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ต้นแบบ อีกทั้งในการรับรอง

^๑อารัมภบท (Preamble) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

^๑อย่างไรก็ตามผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลต่างประเทศก็สามารถที่จะร้องขอให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นได้ตาม Article 11 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ แต่แต่ละประเทศก็มีดุลพินิจในระดับหนึ่งที่จะให้การยอมรับรับรองกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้ดังที่ได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป โดยเฉพาะในเรื่องแนวนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ภายในแต่ละประเทศที่อาจจะเป็นเหตุแห่งการที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธการรับรองกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายจากต่างประเทศได้เลยทีเดียว¹⁰

4.2 วัตถุประสงค์

UNCITRAL ได้จัดทำกฎหมายต้นแบบขึ้น เพื่อหวังให้เป็นแบบอย่างแก่ประเทศต่างๆ เพื่อนำไปใช้ในการบัญญัติกฎหมายภายในของตน นับเป็นหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศสมัยใหม่เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติที่สร้างขึ้นโดย UNCITRAL โดยรูปแบบของกฎหมายต้นแบบนี้ มีลักษณะยืดหยุ่น เปิดกว้างสำหรับให้ประเทศต่างๆ สามารถสอดแทรกบทบัญญัติที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศลงไป โดยเป็นผลงานที่ถือว่ามีความทันสมัยที่สุดทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากถูกสร้างหรือกำหนดขึ้นภายใต้การคำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับประเทศต่างๆ ทั่วโลก ไม่ว่าจะอยู่ในภูมิภาคใด และมีฐานะทางเศรษฐกิจในระดับใด โดยเป็นการพิจารณาจากพัฒนาการของหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติที่เคลื่อนไหวอยู่ในสังคมระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในระยะเริ่มต้นของการพัฒนาหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาตินั้น กลุ่มรัฐในลาตินอเมริกา (Latin American) 4 ประเทศ ได้เข้าร่วมทำสนธิสัญญามอนเตวิเดโอแห่งกฎหมายพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1889 และ ค.ศ. 1940 (Montevideo Treaties on International Commercial Law 1889, 1940) เพื่อใช้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ โดยสาระสำคัญของสนธิสัญญาดังกล่าว ได้ถือภูมิฉันทาทางพาณิชย์ของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย ต่อมาหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็พัฒนาต่อไปเรื่อยๆ อีกหลายครั้ง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ค.ศ. 1928 (Convention on Private International Law (Bustamante Code) 1928) ซึ่งกลุ่มรัฐในลาตินอเมริกา 15 ประเทศ ได้เข้าร่วมเป็นภาคี โดยอนุสัญญานี้ได้ถือภูมิฉันทาของพลเมือง หรือภูมิฉันทาทางพาณิชย์ของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายเช่นกัน หรือตามอนุสัญญาแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยแนวคิดระหว่างประเทศบางประการของการล้มละลาย ค.ศ. 1990 (European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy 1990) ซึ่งถือสถานที่ที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มต้นกระบวนการล้มละลาย เป็นต้น ก่อนที่จะมีกฎหมายต้นแบบ ซึ่ง จัดทำโดย UNCITRAL

¹⁰UNCITRAL, Working paper submitted to the Working Group on Insolvency Law at its eighteenth session: Possible issues relating to judicial cooperation and access and recognition in cases of cross-border insolvency (A/CN.9/WG.V/WP.42), Yearbook of the UNCITRAL, 1996, Vol. XXVII, par. 38.

จากความพยายามดังกล่าวในการสร้างหลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติ ได้พัฒนาจนมาถึงกฎหมายต้นแบบ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ลดปัญหาความไม่เท่าเทียมกัน และลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างกฎหมายภายในของชาติต่างๆ โดยเฉพาะกับปัญหาของการเพิ่มขึ้นของบริษัทข้ามชาติ (transnational corporation) ซึ่งปัญหาทางด้านของเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ยังคงเป็นหนึ่งในปัญหาที่มีความสำคัญเกี่ยวกับการดำเนินคดีในศาลของนิติบุคคลประเภทนี้¹¹ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายต้นแบบเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถปรับใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกได้ โดยไม่ได้ต้องการให้อยู่ในรูปของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ เพราะกฎหมายต้นแบบนี้ มิได้มีข้อกำหนดให้ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ไปนั้นจะต้องแจ้ง หรือแสดงความประสงค์ให้แก่องค์การสหประชาชาติทราบ หรือแจ้งให้ประเทศอื่นทราบ หรือให้รับกฎหมายต้นแบบนี้ด้วย

ในการรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบเข้าไปสู่ระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบอาจทำการดัดแปลง หรือตัดบทบัญญัติบางประการออกไป ซึ่งต่างกับในกรณีสนธิสัญญา หากรัฐภาคีใดไม่ยอมรับ หรือมีเจตนาทำการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นจะต้องตั้งข้อสงวน (reservation) ไว้ โดยเป็นเรื่องที่เข้มงวด และละเอียดอ่อนมาก กฎหมายต้นแบบจึงได้คำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ที่อาจเป็นความต้องการของแต่ละประเทศในการปรับ หรือดัดแปลงกฎหมายต้นแบบเมื่อทำการรับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้เข้าไปสู่กฎหมายภายในของประเทศนั้น โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศาล และระบบวิธีพิจารณาความ ซึ่งสิ่งนี้จึงหมายความว่า ระดับของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายรับหลักการในแต่ละประเทศ จึงมีระดับที่น้อยกว่าสนธิสัญญาหรืออนุสัญญา อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทั้งมีความแน่นอนและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ประเทศต่างๆ จึงควรที่จะทำการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในหลักการของกฎหมายต้นแบบซึ่งหากจะมีขึ้น ให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในการรับหลักการของกฎหมายต้นแบบเข้าไปสู่ระบบกฎหมายภายในของตน

ความยืดหยุ่นในการรับหลักการของกฎหมายต้นแบบ เข้าสู่ระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ควรจะต้องพิจารณาถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับหลักการของกฎหมายต้นแบบ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการตีความกฎหมายทั้งระบบในประเทศนั้นในระดับสากล และเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศในด้านของกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น โดยหลักในการรับหลักการของกฎหมายต้นแบบ ประเทศนั้นควรจะต้องระมัดระวังในการปรับใช้ หรือการรับหลักการ โดยจำกัดในการหันเหจากหลักกฎหมาย และหลักการในกฎหมายต้นแบบให้มากที่สุด ซึ่งจะเกิดผลประโยชน์สูงสุดเป็นผลที่สะท้อนกลับที่เกิดขึ้นต่อประเทศนั่นเอง โดยเฉพาะคือ การได้รับความร่วมมือช่วยเหลือจากประเทศอื่นๆ ในด้านกฎหมายล้มละลายที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น

ในการพิจารณาถึงกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายต้นแบบ มีประเด็นที่เป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบที่จะต้องพิจารณาคือ พื้นฐานของกฎหมายที่เกี่ยวกับการ ล้มละลายของประเทศที่เริ่ม

¹¹Phillip I. Blumberg, The Multinational Challenge to Corporation Law, (Oxford : Oxford University Press, 1993), p. 117.

กระบวนการพิจารณา ความเกี่ยวพันของเจ้าหนี้ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ การควบคุมดูแลกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยศาลหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง และจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักคือ กระบวนการล้มละลายหรือ การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เป็นหลัก

เนื่องจากกระบวนการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ มีวิธีการที่หลากหลายไปในแต่ละประเทศ ดังนั้นตามกฎหมายต้นแบบจึงได้มีการคำนึง และกำหนดถึงวิธีการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เหมาะสมทั้งวิธีการบังคับและการสมัครใจ ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา หรือเป็นนิติบุคคล ไม่ว่าจะในคดีล้มละลาย หรือคดีฟื้นฟูกิจการ ทั้งนี้โดยกำหนดมาตรการบางอย่างในการควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ถึงแม้ว่าจะอยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลก็ตาม เช่น การระงับการชำระหนี้ของลูกหนี้ (suspend or freeze) เป็นต้น อย่างไรก็ตามกฎหมายต้นแบบก็ได้คำนึงถึงความเป็นไปได้ที่จะแยกขอบเขตการบังคับใช้กับหน่วยงานหรือบุคคลบางประเภทออกมา เช่น ธนาคาร หรือบริษัทประกันภัย โดยให้มีการควบคุมดูแลโดยเฉพาะภายใต้กฎหมายล้มละลายภายในของประเทศที่รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบนั้น¹²

กฎหมายต้นแบบดังกล่าวยอมรับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละชาติที่มีความแตกต่างกัน และไม่มีจุดประสงค์ที่จะทำให้เนื้อหาของของกฎหมายล้มละลายที่เป็นกฎหมายภายในของแต่ละชาตินั้นเปลี่ยนแปลงไป โดยได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาซึ่งโครงสร้าง และกลไกตามแนวทางของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ หรือคดีล้มละลายข้ามชาติขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบ และจุดประสงค์ที่ UNCITRAL ได้วางไว้ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) เพื่อส่งเสริมและประสานงานในการดำเนินการแก้ไขกิจการ หรือธุรกิจที่กำลังประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจ โดยมุ่งคุ้มครองและรักษาภาวะการลงทุน และการจ้างงานให้คงอยู่ต่อไป และให้เกิดความมีเสถียรภาพในแง่กฎหมายสำหรับการค้าและการลงทุนด้วย

(2) เพื่อทำให้เกิดการประสานความร่วมมือกันระหว่างศาล และพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินคดีล้มละลายของประเทศต่างๆ ที่ยอมรับกฎหมายต้นแบบดังกล่าวกับประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ เช่น แต่งตั้งบุคคลเพื่อทำหน้าที่ในการช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งเรียกว่า “ผู้แทนต่างประเทศ” (foreign representative) เพื่อเข้าสู่ในกระบวนการพิจารณาของศาลที่นำกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ไปปรับใช้ หรือรับหลักการ และให้ความสนับสนุนช่วยเหลือศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ ให้ได้รับความร่วมมือช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นกับศาลต่างประเทศ และผู้แทนของต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ

(3) เพื่อมุ่งคุ้มครอง และเพิ่มมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ

¹²Article 1 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “This Law does not apply to a proceeding concerning [designate any types of entities, such as banks or insurance companies, that are subject to a special insolvency regime in this State and that this State wishes to exclude from this Law].”

(4) เพื่อก่อให้เกิด หรือสร้างกระบวนการที่เป็นธรรมสำหรับเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียทุกคน โดยปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลดังกล่าวข้างต้น เช่น ดำเนินการหาวิธีการที่โปร่งใสสำหรับสิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศในการเริ่ม หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้

(5) เพื่อให้เกิดความชัดเจนในกระบวนการเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการค้า และการลงทุน

(6) เพื่อกำหนด และหาผลสรุปเมื่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศควรจะต้องได้รับการรับรอง (recognition) และผลของการรับรองซึ่งอาจจะมีขึ้น

(7) เพื่อให้อำนาจศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ และบุคลากรหรือหน่วยงานที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศนั้นจะขอและได้รับความช่วยเหลือจากต่างประเทศ

(8) เพื่อกำหนดเขตอำนาจศาล และกฎเกณฑ์สำหรับความร่วมมือกับประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ เมื่อมีคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้นในประเทศของตนพร้อมกันกับคดีล้มละลายในรัฐต่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาซ้อน (concurrent proceeding) และ

(9) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับความร่วมมือระหว่างประเทศ ในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้กับต่างประเทศอื่นเมื่อมีคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้นพร้อมกันหลายคดี หรือเกิดขึ้นในหลายประเทศ โดยมีลูกหนี้รายเดียวกัน

โดยเฉพาะวัตถุประสงค์หลักของ UNCITRAL ที่เกี่ยวกับผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอันมีผลต่อกระบวนการพิจารณานั้น โดยเฉพาะที่สำคัญเป็นการปรากฏในลักษณะของผลโดยกฎหมาย กล่าวคือ หากมีการเริ่มต้นหรือการดำเนินต่อไปของการกระทำเฉพาะรายเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของลูกหนี้ โดยหลักแล้วผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาจะเป็นการระงับการกระทำใดๆ ทางกฎหมายของเจ้าหนี้ต่อลูกหนี้ หรือระงับการบังคับคดีไว้ในทรัพย์สินของลูกหนี้ (stay) และระงับสิทธิของลูกหนี้ที่จะโอนหรือก่อภาระ ผูกพันขึ้นในทรัพย์สินของตน (suspend) หรือเป็นกระบวนการแช่แข็ง (freeze) ไว้ลักษณะเด่นของการระงับในลักษณะนี้ คือ เป็นการระงับโดยผลของกฎหมาย (automatic stay and automatic suspend) ซึ่งจะมีผลโดยทันทีหลังจากที่มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว โดยศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการระงับที่เหมาะสมด้วยตามกฎหมายรับหลักการของตน ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักการนี้ถือว่ามีควมจำเป็นที่จะต้องมีขึ้น เพื่อให้ลูกหนี้ยังสามารถดำรงตน (breathing space) อยู่ได้จนกว่าจะมีมาตรการที่เหมาะสมที่เกิดขึ้นต่อไป โดยเฉพาะการระงับสิทธิการโอน หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ (freeze or suspend) มีความจำเป็นอย่างมาก เนื่องจากระบบเศรษฐกิจในปัจจุบันเป็นยุคโลกาภิวัตน์ ซึ่ง ลูกหนี้สามารถที่จะเคลื่อนย้ายเงิน และทรัพย์สินข้ามพรมแดนได้โดยสะดวกง่ายดาย และเพื่อเป็นการป้องกันการฉ้อโกง และเป็นการปกป้องทรัพย์สินและผลประโยชน์ของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องจนกว่าศาลจะเข้าไปควบคุมสถานการณ์ต่อไป

4.3 ขอบเขตการบังคับใช้

กฎหมายต้นแบบนี้ใช้บังคับกับกรณีต่างๆ ที่ทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ ที่ยอมรับหลักการของกฎหมายต้นแบบ กับประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี ล้มละลายข้ามชาติ เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติอันถือเป็นหัวใจสำคัญ โดยจะใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้¹³

(1) หากเป็นกรณีที่ศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการล้มละลายของประเทศ อยู่ต่างประเทศ ขอความช่วยเหลือหรือขอความช่วยเหลือเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลายต่างประเทศ

(2) หากเป็นกรณีที่ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ ขอความช่วยเหลือไปยังต่างประเทศ เกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย ภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ

(3) มีกระบวนการล้มละลายที่อยู่ต่างประเทศ และกระบวนการล้มละลายของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้เกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกันที่ดำเนินอยู่ในเวลาเดียวกัน หรือเป็นกรณีที่เกิดกระบวนการล้มละลายซ้ำซ้อนต่อลูกหนี้เดียวกันนั่นเอง

(4) เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นในต่างประเทศ มีส่วนได้เสียในการร้องขอให้มีการเริ่มกระบวนการหรือการร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้

อนึ่ง กฎหมายต้นแบบนี้จะไม่ใช้บังคับแก่กระบวนการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการล้มละลายของลูกหนี้ในบางประเภท เช่น นิติบุคคลที่ดำเนินธุรกิจ เกี่ยวกับการธนาคาร สถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย หรือลูกหนี้ชนิดพิเศษอื่นๆ ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการล้มละลายแบบพิเศษในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ดังที่กล่าวในเบื้องต้น โดยประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ มีเจตจำนงที่จะแยกนิติบุคคลดังกล่าวออกจากการใช้บังคับของกฎหมายต้นแบบนี้ ทั้งนี้ เพราะลูกหนี้พิเศษเหล่านั้นเป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ จึงควรจะเป็นอำนาจสิทธิขาดของรัฐนั้นๆ เอง ในการจัดการกับลูกหนี้เหล่านั้น

นอกจากนี้ขอบเขตของกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายต้นแบบนี้จะต้องคำนึงถึงกระบวนการพิจารณาพื้นฐานตามกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ การควบคุมหรือกำกับดูแลทรัพย์สิน และกิจการของลูกหนี้โดยศาล หรือองค์กรอื่นของรัฐ ซึ่งกระบวนการพิจารณาที่หลากหลายและแตกต่างของแต่ละประเทศนี้จำเป็นต้องได้รับการเคารพรับรองโดยกฎหมายต้นแบบ และประเทศอื่นๆ ด้วย

เพื่อประโยชน์และความเข้าใจของกฎหมายต้นแบบนี้ จึงให้คำจำกัดความดังต่อไปนี้¹⁴

(1) “กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” (Foreign Proceeding) หมายถึง กระบวนการพิจารณาในทางคดีหรือในทางจัดการในรัฐต่างประเทศ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) ตามกฎหมายเกี่ยว

¹³Article 1 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁴อ้างแล้ว, Article 2.

กับการล้มละลายที่มีผลทำให้ทรัพย์สิน และกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยศาลต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการ การ ล้มละลาย หรือการชำระบัญชี

(2) “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” (Foreign Main Proceeding) หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในรัฐที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

(3) “กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ” (Foreign Non-main Proceeding) หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่นนอกจากกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ที่เกิดขึ้นในรัฐที่ ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่

(4) “ผู้แทนต่างประเทศ” (Foreign Representative) หมายถึง บุคคล หรือหน่วยงานรวมทั้งบุคคล หรือหน่วยงาน ที่ถูกแต่งตั้งขึ้นระหว่างกาล (on an interim basis) ที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศให้จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีของทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ หรือให้กระทำการในฐานะผู้แทนของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(5) “ศาลต่างประเทศ” (Foreign Court) หมายถึง หน่วยงานศาล หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่มีอำนาจในการควบคุม หรือดูแลกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และ

(6) “สถานประกอบการ” (Establishment) หมายถึง สถานที่ประกอบกิจการที่ลูกหนี้ใช้เพื่อกระทำการรวมทางการเงินที่ ไม่ต้องเคลื่อนย้าย โดยวิธีการและด้วยสินค้า หรือบริการตามปกติวิสัย

4.4 การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ

การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย (initiation of insolvency proceedings) ในแต่ละประเทศนั้น จะมีหลักเกณฑ์ในการเริ่มคดีล้มละลาย เพื่อนำไปสู่การเริ่มกระบวนการล้มละลายที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ บางประเทศใช้จุดเกาะเกี่ยวตัวลูกหนี้ ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง ประกอบด้วยสัญชาติ (nation) ภูมิลำเนา (domicile) ถิ่นที่อยู่ (residence) และการประกอบธุรกิจ (carrying on business) บางประเทศใช้จุดเกาะเกี่ยวทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเป็นสิ่งฮาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือในบางประเทศใช้จุดเกาะเกี่ยวความรับผิดชอบหนี้ของลูกหนี้ เป็นต้น ทั้งนี้โดยการเริ่มขึ้น หรือเกิดขึ้นของกระบวนการล้มละลาย นั้นเป็นผลมาจากการใช้อำนาจรัฐเข้าควบคุมลูกหนี้ และจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁵

เนื่องจากกฎหมายต้นแบบมิได้ให้คำนิยาม หรือกำหนดความหมายของการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย (initiation of insolvency proceedings) ไว้แต่เมื่อศึกษาจาก Draft Legislative Guide on

¹⁵โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.

Insolvency Law ของ UNCITRAL¹⁶ ได้ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการทำ คำขอเพื่อเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยลูกหนี้ เจ้าหนี้ อัยการ (the general public attorney) หรือโดยศาลล้มละลายเอง¹⁷

สำหรับประเทศไทย การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย หรือมูลเหตุการฟ้องคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายนั้น เป็นไปตามที่ปรากฏในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483¹⁸ ซึ่งกำหนดถึงมูลเหตุที่จะฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ จะต้องประกอบด้วยการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือลูกหนี้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าด้วยตนเอง หรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น

การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายต้นแบบนั้น สามารถเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้หลายแนวทาง ทั้งนี้ อาจเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในเรื่องศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interests) โดยอาศัยสถานประกอบการของลูกหนี้ (establishment) และโดยอาศัยกฎหมายภายใน (national law) ซึ่งผลของกระบวนการล้มละลายตามแนวทางข้างต้นย่อมมีความแตกต่างกันออกไป

4.4.1 โดยอาศัยศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Debtor's Center of Main Interests)

ตามหลักการของกฎหมายต้นแบบ กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของคดีล้มละลายข้ามชาติ อาจเริ่มขึ้นโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่อยู่เหนือตัวลูกหนี้ในด้านที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของลูกหนี้มาเป็นจุดเริ่มต้น

¹⁶ร่างนี้ประกอบด้วยคณะทำงานของ UNCITRAL ซึ่งตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2544 (Working Group on Insolvency Law on the work of its twenty-fourth session, New York, 23 July-3 August 2001) อันเป็นข้อเสนอ และความเห็นจากหลายฝ่ายประกอบด้วย UNCITRAL, World Bank, IMF, ADB, INSOL และ IBA เพื่อจัดทำรูปแบบของกฎหมายล้มละลายที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยคณะทำงาน (Working Group) หลักได้แก่

Chairman : Mr. Wisit WISITSORA-AT (Thailand);

Vice-Chairman : Mr. Paul HEATH (New Zealand); และ

Rapporteur : Mr. Jorge PINZON SANCHEZ (Columbia).

¹⁷“Initiation of Proceedings : the making of an application for commencement of insolvency proceedings by the debtor; one or more creditors; the general public attorney; the insolvency court of its own motion.”

¹⁸มาตรา 7 บัญญัติว่า “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าด้วยตนเอง หรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น.”

ของคดี โดยจุดเกาะเกี่ยวนี้เป็นข้อที่เกี่ยวข้องกับตัวลูกหนี้โดยตรง ซึ่งเป็นข้อที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

กฎหมายต้นแบบมิได้มีคำจำกัดความไว้ เกี่ยวกับศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ว่า ในกรณีใดบ้างที่จะถือว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่ง อันจะอาศัยเป็นจุดในการเริ่มต้นของคดีล้มละลายข้ามชาติ แต่เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเอง¹⁹ และจากจุดเกาะเกี่ยว²⁰ ซึ่งทำให้เกิดเป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นพิจารณาได้ว่า ประเทศที่เป็น หรือถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ อาจมีขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา (domicile) อยู่²¹ ซึ่งภูมิลำเนาในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หมายถึง ถิ่นซึ่งบุคคลนั้นมีความผูกพัน เนื่องจากเป็นแหล่งที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องอยู่ในระดับที่นับได้ว่าสำคัญพอที่จะทำให้ผูกพันบุคคลนั้นไว้กับสถานที่ หรือถิ่นนั้นๆ ได้²² ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศใด ประเทศนั้นนับได้ว่าเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ที่ตรงและใกล้ชิดที่สุด อันจะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเริ่มต้นของคดีล้มละลายข้ามชาติ และศาลในประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่นี้ก็เป็นศาลที่มีความเกี่ยวเนื่องกับความเกี่ยวพันกับลูกหนี้มากที่สุด หรือเป็นหลักศาลแห่งภูมิลำเนา (forum domicilii) ซึ่งประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ ประเทศและศาลในประเทศนั้นย่อมใช้อำนาจอรัฐและอำนาจศาลเหนือดินแดนแก่ลูกหนี้ได้²³

(2) ประเทศที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ (residence)²⁴ ซึ่งเป็นการแสดงถึงว่าลูกหนี้มีความผูกพันกับสถานที่หนึ่งที่ใดภายในประเทศนั้น โดยเฉพาะในกรณีที่ไมปรากฏภูมิลำเนาของลูกหนี้ นั่นคือได้ว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่โดยอยู่ในลำดับรองลงมาจากประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ โดยเฉพาะถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติวิสัย (habitual residence) ของลูกหนี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักว่า ภูมิลำเนาเป็นที่อยู่อันสำคัญที่สุดของบุคคล ในกรณีที่ไมปรากฏภูมิลำเนาของบุคคล แต่หากบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ก็ถือได้ว่าถิ่นที่อยู่ซึ่งมีความสำคัญในลำดับรองลงมาจากภูมิลำเนาของบุคคล เป็นสถานที่ที่สันนิษฐานได้ว่าบุคคลหรือลูกหนี้อาศัยอยู่ ณ ที่นั้น²⁵ โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ และศาลในประเทศที่ทำการพิจารณาคดี หรือเป็นจุดเริ่มต้นในการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยอาศัย กฎเกณฑ์ข้อนี้ที่ใช้ถิ่นที่อยู่

¹⁹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1 ลักษณะของนิติสัมพันธ์.

²⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 จุดเกาะเกี่ยว.

²¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.1 (ข) ภูมิลำเนาของลูกหนี้.

²²กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2532), หน้า 126.

²³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล.

²⁴โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.3 การใช้ถิ่นที่อยู่ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

²⁵กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 130.

ของบุคคลลูกหนี้ ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว เข้าลักษณะ Fora Habitationis หรือศาลแห่งถิ่นที่อยู่²⁶ นอกจากนี้กฎหมายต้นแบบยังได้กำหนดให้ประเทศที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual residence) อยู่ในกรณีนี้ที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา เป็นข้อสันนิษฐานว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้นอีกด้วย²⁷ และ

(3) ในกรณีที่ลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเป็นนิติบุคคล ได้แก่ ประเทศที่เป็นที่ตั้งแห่งใหญ่ (head office)²⁸ ของนิติบุคคลนั้น เนื่องจากนิติบุคคลเป็นบุคคลที่สมมติขึ้นตามกฎหมาย และเป็นบุคคลต่างหากแยกจากบุคคลธรรมดาผู้เป็นผู้นำดำเนินการแทนนิติบุคคลนั้น ดังนั้นในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้จึงอยู่ในประเทศที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ หรืออยู่ในประเทศที่เป็นที่ตั้งแห่งใหญ่ หรือสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลนั้น เพราะการที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลมีที่ตั้งแห่งใหญ่ ณ ที่แห่งใดในประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็ถือได้ว่าลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นมีตัวตนอยู่ในประเทศ หรืออยู่ใน ดินแดนของรัฐนั้น และเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของนิติบุคคลลูกหนี้ด้วย

สำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริง ก็คือสำนักงานที่เป็นศูนย์กลางในการจัดการนิติบุคคลนั้น (center of its management หรือ siege social reel) ซึ่งสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงนี้อาจจะไม่ใช่สำนักงานที่จดทะเบียนตามหนังสือบริคณห์สนธิ (corporation's statutory seat) ก็เป็นได้²⁹ โดยตามหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล แม้จะไม่ได้กำหนดชัดให้หลักเกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศใด แต่มีบทข้อสันนิษฐานในกรณีที่ไม่มีข้อพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ (debtor's registered office) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้น³⁰ ซึ่งหมายความว่าลูกหนี้อาจไม่มีสำนักงานแห่งใหญ่ที่แท้จริงคือสำนักงานที่เป็นศูนย์กลางในการจัดการนิติบุคคลลูกหนี้ในประเทศนั้น แต่นิติบุคคลลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนตามตราสารจัดตั้ง หรือตามหนังสือบริคณห์สนธิก็ถือว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้นได้

²⁶Matin Wolff, *Private International Law*, 2nd ed. (Oxford : Clarendon Press, 1976), pp. 68-69.

²⁷Article 16 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า "In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the center of the debtor's main interests."

²⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.2 การใช้ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

²⁹พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 265.

³⁰Article 16 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

4.4.2 โดยอาศัยสถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment)

คดีล้มละลายข้ามชาติ ตามหลักการของกฎหมายต้นแบบนั้น มีวิธีการหรือวิธีพิจารณาความที่สามารถเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวอีกอันหนึ่ง ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวเหนือตัวลูกหนี้โดยการอาศัยสถานประกอบการ (establishment) ของลูกหนี้ขึ้นมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มต้นคดีล้มละลายข้ามชาติได้³¹ เพราะการที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ในประเทศใด ลูกหนี้ที่มีสถานประกอบการอยู่ในประเทศนั้น ย่อมถูกฟ้องเป็น ลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติต่อศาลในประเทศนั้นได้ตามหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน³² โดยหลักการของการเริ่มต้นคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งอาศัยการที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งตามกฎหมายต้นแบบนั้น มีแหล่งที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการล้มละลายของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995)³³ ซึ่งเป็นหลักเดียวกัน

โดยเป็นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องประกอบธุรกิจอยู่ภายในเขตอำนาจของประเทศที่ใช้อำนาจเหนือคดี และการประกอบธุรกิจนั้นจะต้องมีลักษณะประจำ กล่าวคือ การประกอบ การดำรงบุคลากรในการประกอบ และจะต้องมีสินค้าที่ใช้ในการประกอบ รวมถึงบริการต่างๆ สำหรับการประกอบธุรกิจนั้นๆ องค์ประกอบเหล่านี้ถือถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาว่าลูกหนี้มีสถานประกอบการอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ หรือเป็นการถาวร (permanent establishment) หรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายต้นแบบเรียกว่า เป็น กิจกรรมทางการค้าชนิดที่ไม่ต้องเคลื่อนย้าย (non-transitory)³⁴ อันจะส่งผลให้ประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ สามารถเริ่มต้นคดีล้มละลายข้ามชาติโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวนี้ได้

4.4.3 โดยอาศัยกฎหมายภายใน (National Law)

การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยอาศัยกฎหมายภายใน (national law) ตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบนี้ เป็นการเริ่มต้นโดยที่ UNCITRAL กำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงหรือตระหนักถึงความร่วมมือระหว่างประเทศ และการเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ ทั้งนี้เพราะประเทศแต่ละประเทศต่างมี

³¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.4 การใช้การประกอบธุรกิจของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

³²โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนและจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์กำหนดเรื่องเขตอำนาจศาล.

³³Article 2 (h) of the European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995: “(h) establishment shall mean any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods” See C221/11 of Official Journal of the European Community, 3.8.1999.

³⁴Article 2 (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

อำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ดังนั้นจึงเป็นการแน่นอนแท้จริงที่แต่ละประเทศสามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยอาศัยกฎหมายภายในของตนได้ ซึ่งกฎหมายต้นแบบนี้ได้ให้การรับรองไว้ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ภายในประเทศต่างๆ ย่อมมีสิทธิที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายใต้กฎหมายล้มละลาย อันเป็นกฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ได้อยู่แล้ว

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเริ่มต้นคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยอาศัยกฎหมายภายในเป็นการเริ่มต้นคดีตามบทบัญญัติของกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั่นเอง โดยปกติแต่ละประเทศก็มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในแต่ละประเทศในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายตามหลักการเริ่มต้นคดีโดยทั่วไป โดยเป็นเขตอำนาจศาลในแต่ละประเทศนั้น³⁵ เพียงแต่คดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นเป็นคดีล้มละลายที่จะมีผลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และการบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งตามกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศนั่นเอง ซึ่งการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติโดยอาศัยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายต้นแบบนี้ ก็เป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยอาศัยกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศเช่นเดียวกัน แต่การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยอาศัยกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายต้นแบบนี้ จะมีผลทำให้การเริ่มต้นคดีนั้น เป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติอันจะมีผลบังคับใช้ในวงกว้าง และได้รับการช่วยเหลือ ความร่วมมือจากต่างประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ต้นแบบ จึงมีผลทางคดีที่มีขอบเขตกว้างกว่าการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศตามปกติ

การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยอาศัยกฎหมายภายในของแต่ละประเทศในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบตามกฎหมายต้นแบบ สามารถแยกพิจารณาได้สามกรณี คือ

4.4.3.1 ผู้แทนต่างประเทศ (Foreign Representative)

ก. เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

เป็นการใช้สิทธิขอเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ตามกฎหมาย ล้มละลายภายในของประเทศที่รับหลักการโดยผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative)³⁶ ซึ่งผู้แทนต่างประเทศอาจเป็นบุคคล หรือหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่สามารถที่จะเข้าไปขอดำเนินการ

³⁵โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาล.

³⁶Article 11 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “A foreign representative is entitled to apply to commence a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] if the conditions for commencing such a proceeding are otherwise met.”

เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายใดๆ ในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบได้ ทั้งนี้การเริ่มคดีล้มละลาย ผู้แทนต่างประเทศจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศด้วย

ในขณะแรกเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศที่รับหลักการ ผู้แทนต่างประเทศเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำขอเริ่มกระบวนการพิจารณารายได้กฎหมายล้มละลายภายในของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้เป็นการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศเสมือนหนึ่งผู้แทนต่างประเทศเป็นเจ้าของหนี้คนหนึ่งของผู้หนี้ อันมีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายได้ในกรณีทั่วไป แต่การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของผู้แทนต่างประเทศนี้เป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases) ในประเทศที่รับหลักการ (enacting State) ภายใต้สิทธิตามกฎหมายรับหลักการ (enacting law) และเป็นการเริ่มคดีตามกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการ โดยอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในอีกประเทศหนึ่งได้ภายใต้กฎหมายล้มละลายภายในของประเทศที่รับหลักการนั้น และการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายในประเทศที่รับหลักการนั่นเอง ซึ่งต้องดำเนินการโดยผู้แทนต่างประเทศผู้ยื่นคำขอเริ่มกระบวนการคดี เท่านั้น

ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะยื่นคำขอเริ่มกระบวนการภายใต้กฎหมายที่รับหลักการหากมีคุณสมบัติหรือเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเริ่มกระบวนการ หลักการนี้ปรากฏอยู่ใน Article 11 แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้แทนต่างประเทศ ให้มีสิทธิที่จะยื่นคำขอเริ่มกระบวนการภายใต้กฎหมายที่รับหลักการได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย แต่จะต้องปฏิบัติหรือมีเงื่อนไขหรือมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่รับหลักการได้กำหนดไว้ด้วย ทั้งนี้เพื่อความชัดเจนต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ และผู้แทนต่างประเทศที่จะมีสิทธิดังกล่าว

ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิและสามารถใช้สิทธินี้ โดยไม่ต้องได้รับการรับรองกระบวนการพิจารณาใดๆ ก่อนในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ เนื่องจากการเริ่มมีขึ้นของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายใดๆ ในบางกรณีนั้นเป็นกรณีเร่งด่วน และมีความสำคัญอย่างยิ่งเพื่อสงวนหรือปกป้องทรัพย์สินของผู้หนี้ไว้ โดยหลักการนี้มีใช้เป็นเพียงการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศในกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (foreign main proceeding) เท่านั้น แต่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศในกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) ด้วย ในการยื่นคำขอเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศที่รับหลักการ

ข. เริ่มกระบวนการรับรอง

ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิในการยื่นคำขอเริ่มกระบวนการรับรอง ภายใต้กฎหมายรับหลักการของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ โดยการร้องขอให้มีการ รับรองกระบวนการพิจารณาต่าง

ประเทศ โดยเป็นการร้องขอให้ประเทศที่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในเขตอำนาจประเทศนั้น หรือมีจุดเกาะเกี่ยวอื่นใด ให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายข้ามชาตินั้น³⁷ และในกรณีที่มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับลูกหนี้ ภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ได้ด้วย โดยหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน Article 12 แห่งกฎหมายต้นแบบ³⁸ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่า เมื่อมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายใดๆ เกี่ยวกับลูกหนี้ที่มีขึ้นในประเทศที่รับหลักการ ผู้แทนต่างประเทศของกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้นั้นจะได้รับสิทธิอย่างถูกต้องตามกฎหมายในการยื่นคำขอเพื่อเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาใดๆ เกี่ยวกับลูกหนี้นั้น เป็นต้นว่า เพื่อปกป้องทรัพย์สิน หรือการขอเข้าเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเพื่อขอรับความร่วมมือกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

ศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบซึ่งถูกร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น จะต้องยอมรับสิทธิของผู้แทนต่างประเทศในการเข้าสู่กระบวนการทางศาลของตนโดยตรง³⁹ โดยผู้แทนต่างประเทศสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลของประเทศที่ถูกร้องขอได้โดยเสมือนคนชาติ ซึ่งในกรณีที่มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับลูกหนี้ภายใต้กฎหมายรับหลักการ โดยเป้าหมายที่สำคัญของกฎหมายต้นแบบนี้คือการดำเนินการอย่างเร่งด่วน โดยเฉพาะการเข้าสู่ศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ของผู้แทนต่างประเทศ กฎหมายต้นแบบนี้พยายามที่จะกำจัดพิธีรีตองต่างๆ หรือในรูปแบบของพิธีทางการทูตซึ่งต้องใช้เวลามาก โดยพยายามที่จะใช้การประสานงานและความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นหลัก เพื่อให้กระบวนการของคดีล้มละลายข้ามชาติสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีที่สุดเท่าที่เป็นได้⁴⁰

4.4.3.2 เจ้าหนี้ต่างประเทศ (Foreign Creditor)

เป็นการใช้สิทธิขอเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมาย ล้มละลายภายในของประเทศที่รับหลักการโดยเจ้าหนี้ต่างประเทศ (foreign creditor) โดยในกรณีนี้คงหมายความว่า เป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกเขตอำนาจรัฐ หรือนอกประเทศของประเทศที่รับหลักการ และหมายความรวมถึงเจ้าหนี้ต่างประเทศที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจรัฐ หรือในประเทศที่รับหลักการด้วย แต่ในกรณีที่เป็นเจ้าหนี้ต่างประเทศที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ เจ้าหนี้ต่างประเทศนั้นก็ยังมีสิทธิที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณา

³⁷Article 15 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³⁸Article 12 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor under [identify laws of the enacting State relating to insolvency].”

³⁹Article 9 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁴⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.1 การเข้าสู่กระบวนการรับรองของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ.

คดีล้มละลายตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นได้อยู่แล้ว ทั้งนี้กฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต่างประเทศมีสิทธิเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายรวมถึงการเข้ามีส่วนร่วมด้วย เช่นเดียวกันกับเจ้าหน้าที่ในประเทศ⁴¹ และ

4.4.3.3 ทรัพย์สินของลูกหนี้ (Debtor's Assets)

เป็นอีกกรณีหนึ่งของการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายภายในประเทศ แต่เป็นภายหลังจากที่ประเทศนั้นซึ่งเป็นประเทศที่รับหลักการได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (foreign main proceeding) ไปแล้ว โดยเป็นกรณีที่ศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ ได้รับการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ เพื่อให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการหลัก และศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบก็ได้มีคำพิพากษา หรือมีคำสั่งให้การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศนั้นแล้ว แต่ต่อมาปรากฏเหตุการณ์บางอย่างซึ่งทำให้ศาลในประเทศที่รับหลักการมีความจำเป็นต้องมีการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้นต่อลูกหนี้รายเดียวกันนั้นตามกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศตน ในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ

โดยในกรณีดังกล่าวนี้กฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้ศาลในประเทศที่รับหลักการสามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ ในภายหลังจากที่ได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ ในฐานะที่เป็นกระบวนการหลักไปแล้วได้ เฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้รายเดียวกันนั้นมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศที่รับหลักการ ซึ่งโดยผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นนี้ จะถูกจำกัดเพียงเพื่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศที่รับหลักการเท่านั้น และเพียงเพื่อทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ที่มีได้อยู่ในประเทศที่รับหลักการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามความร่วมมือ และการประสานงานระหว่างประเทศเท่านั้น⁴²

⁴¹Article 13 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Subject to paragraph (2) of this article, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] as creditors in this State.”

⁴²Article 28 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “After recognition of a foreign main proceeding, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] may be commenced only if the debtor has assets in this State; the effects of that proceeding shall be restricted to the assets of the debtor that are located in this State and to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.”

ทั้งนี้หลักเกณฑ์ของการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในกรณีนี้ กล่าวได้ว่าเป็นการเริ่มคดีโดยอาศัยทรัพย์ของลูกหนี้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยว ซึ่งในทัศนะของทางระหว่างประเทศและทางกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็ยอมรับที่จะใช้ที่ตั้งของทรัพย์เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดเป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยกำหนดให้ศาลที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ (forum rei sitae) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี⁴³ ซึ่งในแต่ละประเทศถือว่าศาลของตนมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีเหนือทรัพย์นั้นได้ โดยเฉพาะที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (immovable property) แต่หลักเกณฑ์นี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ ในทัศนะของนักกฎหมายล้มละลาย และในทางกฎหมายระหว่างประเทศถือว่ามิชอบจำกัดอยู่ว่า ถ้าพึงเพียงแต่ที่ตั้งในทรัพย์ของลูกหนี้นั้น ไม่เป็นปัจจัยที่เพียงพอในการแสดงถึงความเกี่ยวข้อง หรือความสัมพันธ์ระหว่างลูกหนี้ กับประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์ตั้งอยู่ในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติได้⁴⁴ ดังที่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์นี้เพียงลำพังในการใช้เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติตามหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ แต่เป็นเกณฑ์หนึ่งที่น่ามาพิจารณาประกอบในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติได้ เมื่อได้ให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติได้ เมื่อได้ให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติได้ แล้วดังกล่าวก้าวข้างต้น

4.5 สถานะและผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเมื่อเกิดขึ้นแล้ว หากกระบวนการพิจารณานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเพราะโดยตัวลูกหนี้เอง โดยทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือโดยประการอื่นใด จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่กระบวนการพิจารณานั้นจะไปปรากฏ หรือมีการดำเนินกระบวนการต่อไปในส่วนหนึ่งส่วนใดในประเทศที่กระบวนการพิจารณานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ด้วย ซึ่งจะมีสภาพเป็นกระบวนการพิจารณาในทางคดี หรือในทางจัดการในต่างประเทศนั้น โดยอาจจะเป็นกระบวนการพิจารณาเพียงชั่วคราว หรือเป็นกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) ตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของต่างประเทศนั้นก็ได้ ที่จะส่งผลให้ทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยศาลต่างประเทศนั้น ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการ ล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ เพราะฉะนั้นจึงเรียกว่าเป็น “กระบวนการพิจารณา

⁴³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.7 การใช้สถานที่ตั้งของทรัพย์ลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

⁴⁴Kazuhiko Yamamoto, “Aratana Kokusaitosan-hosei (2),” *NBL*, No. 699 (2000) : p. 50.

ต่างประเทศ” (foreign proceeding)⁴⁵

โดยผู้แทนต่างประเทศอาจยื่นคำขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ เพื่อให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้นขึ้น โดยคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลในการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ตามคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศ จะประกอบด้วยการรับรองกระบวนการพิจารณาในสองลักษณะ กล่าวคือ เป็นการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ และในฐานะของกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ

4.5.1 กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding)

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ อาจจะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็น “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” (foreign main proceeding) ได้หากกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interests)⁴⁶ ไม่ว่าจะเพราะประเทศนั้นลูกหนี้มีภูมิลำเนา หรือมีถิ่นที่อยู่ หรือเป็นที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล

เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้รับคำร้องจากผู้แทนต่างประเทศ ขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ โดยได้แถลงข้อเท็จจริง และแสดงพยานหลักฐานประกอบคำขอในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นว่าเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่ได้เริ่มขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของ ลูกหนี้ ซึ่งเมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้ทำการพิจารณาแล้ว และพิจารณาได้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้น ได้เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ ตามที่ผู้แทนต่างประเทศได้เสนอต่อศาลนั้นเป็นความจริง ศาลในประเทศที่รับหลักการก็จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็น “กระบวนการ

⁴⁵Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(a) “foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.”

⁴⁶Article 2 (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(b) “foreign main proceeding” means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the center of its main interests.”

พิจารณาหลักต่างประเทศ” (foreign main proceeding)⁴⁷ ทั้งนี้ศาลในประเทศที่รับหลักการมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรองในกรณีที่ไม่ใช่ข้อพิสูจน์เป็นอย่างอื่นได้ว่า ประเทศที่ลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ (debtor’s registered office) ตั้งอยู่ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล หรือประเทศที่ลูกหนี้มีที่อยู่ประจำของลูกหนี้ (debtor’s habitual residence) ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา เป็นประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ได้⁴⁸

การที่กำหนด หรือการที่ทราบว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่อยู่ในฐานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือไม่ จะมีผลต่อการได้รับความคุ้มครองคุ้มครอง (relief) ของกระบวนการพิจารณานั้นเป็นประเด็นหลัก ซึ่งจะเป็นผลโดยกฎหมายที่ตามมาเนื่องจากผลของการรับรองนั่นเอง (automatic) เมื่อมีการรับรองให้เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ อันได้แก่

(1) ให้ระงับการฟ้องคดี การดำเนินคดีต่อไป การเริ่มกระบวนการพิจารณา การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาวะผูกพันของลูกหนี้ รวมถึงการระงับการบังคับคดีในทรัพย์สินของลูกหนี้ (automatic stay)⁴⁹ และ

(2) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาวะผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ (automatic freeze or automatic suspend)⁵⁰

นอกจากนี้ การที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศใดได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศแล้ว ยังส่งผลให้มีลักษณะพิเศษขึ้นอีกประการหนึ่ง คือ ส่งผลให้เกิดข้อสันนิษฐานของกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น ต่อทุกประเทศที่มี จุดเกาะเกี่ยวในคดีในการเริ่มคดีตาม

⁴⁷Article 17 (2) (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(2) The foreign proceeding shall be recognized:

(a) As a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the center of its main interests.”

⁴⁸Article 16 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) In the absence of proof to the contrary, the debtor’s registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the center of the debtor’s main interests.”

⁴⁹Article 20 (1) (a) และ (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding,

(a) commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor’s assets, rights, obligations or liabilities is stayed;

(b) execution against the debtor’s assets is stayed...”

⁵⁰Article 20 (1) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า

“(c) the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.”

กฎหมายล้มละลายภายในประเทศของตน โดยเป็นข้อพิสูจน์ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานเป็นอย่างอื่น⁵¹

4.5.2 กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding)

กระบวนพิจารณาต่างประเทศอาจได้รับการรับรองในอีกฐานะหนึ่งในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ” (foreign non-main proceeding)⁵² หากกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่⁵³ ไม่ว่าจะเป็นการขายสินค้า หรือการให้บริการ

เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้รับคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศขอรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ โดยได้แถลงข้อเท็จจริง และแสดงพยานหลักฐานประกอบคำขอในกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นว่าเป็นกระบวนพิจารณาต่างประเทศที่ได้เริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ ซึ่งเมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้ทำการพิจารณาแล้ว และพิจารณาได้ว่ากระบวนพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ ตามที่ผู้แทนต่างประเทศได้เสนอต่อศาลนั้นเป็นความจริง ศาลในประเทศที่รับหลักการก็จะมีคำพิพากษาหรือ คำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ” (foreign non-main proceeding)⁵⁴

แม้กระบวนพิจารณาต่างประเทศ ที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ จะมีฐานะและลำดับที่ต่ำกว่ากระบวนพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวน

⁵¹Article 31 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], proof that the debtor is insolvent.”

⁵²Article 2 (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(c) “foreign non-main proceeding” means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of this article.”

⁵³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.4.2 การเริ่มกระบวนพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยอาศัยสถานประกอบการของลูกหนี้.

⁵⁴Article 17 (2) (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(2) The foreign proceeding shall be recognized:

(b) as a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of article 2 (f) in the foreign State.”

พิจารณาหลักต่างประเทศ โดยเฉพาะกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศจะไม่ได้มีการรับรองคุ้มครองโดยทันที (automatic relief) เมื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณานั้น เช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศ⁵⁵ แต่ผู้แทนต่างประเทศของกระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศ ที่ได้รับการรับรองในกระบวนการพิจารณานั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ สามารถที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการที่ได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศนั้น เพื่อขอความคุ้มครองจากศาล (discretionary relief) เท่าที่จำเป็นในการที่จะต้องปกป้องรักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือ ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้⁵⁶ และการที่ศาลในประเทศที่รับหลักการจะให้ความคุ้มครองได้นั้น ศาลจะต้องแน่ใจว่าการให้ความคุ้มครองนั้นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่จะต้องจัดการในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ หรือเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่สำคัญสำหรับกระบวนการพิจารณานั้น ตามกฎหมายแห่งประเทศที่รับหลักการ⁵⁷

นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของการได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ คือ ถ้าภายหลังจากศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศไปแล้ว ต่อมาได้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศในต่างประเทศอื่นอีก ศาลในประเทศที่รับหลักการจะต้องพิจารณาในการให้ความคุ้มครองที่ศาลจะให้ และทำการตรวจสอบการคุ้มครองใดที่ได้ให้ไปแล้ว โดยอาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกความคุ้มครองนั้นเป็นประการใดที่เหมาะสม ทั้งนี้เพื่อเป็นการส่งเสริมการประสานงานกัน ในระหว่างบรรดากระบวนการพิจารณารองต่างประเทศด้วยกัน และกระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศอื่น ๆ⁵⁸

⁵⁵โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.1 กระบวนการพิจารณาลูกต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding).

⁵⁶Article 21 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief ...”

⁵⁷Article 21 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.”

⁵⁸Article 30 (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

4.6 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายได้เกิดขึ้นภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่ทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายนั้นอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งจะต้องร้องขอให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือมีมูลเหตุที่เกี่ยวข้องโดยเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งจะต้องร้องขอให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่ดำเนินขึ้นทั้งหมดมีผลต่อตัวลูกหนี้ และทรัพย์สินของลูกหนี้ในอีกประเทศหนึ่ง จึงจะต้องมีการร้องขอให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยถึงแม้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น จะมิได้เกิดขึ้นในประเทศที่ได้รับการร้องขอให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายก็ตาม กระบวนการดังกล่าวข้างต้นนี้ เรียกว่า “การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” (recognition of a foreign proceeding)⁵⁹

กฎหมายต้นแบบได้กำหนดมาตรฐาน เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ โดยการกำหนดว่า ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศหรือไม่ตามที่กำหนดไว้ตั้งแต่ Article 15 ถึง Article 17 ของกฎหมายต้นแบบ โดยการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามแนวทางของ UNCITRAL ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ คือ การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ การยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หลักเกณฑ์การพิจารณาของศาล การให้ความคุ้มครองระหว่างการพิจารณา และผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

4.6.1 การเข้าสู่กระบวนการรับรองโดยผู้แทนต่างประเทศ

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของกฎหมายต้นแบบประการหนึ่ง คือ การช่วยให้ผู้แทนต่างประเทศเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลได้อย่างโดยตรง ในกระบวนการพิจารณาของศาลของประเทศที่รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ กฎหมายต้นแบบได้ขจัดกระบวนการ หรือขั้นตอนที่ยุ่งยาก และใช้เวลา โดยเฉพาะการใดๆ ที่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือรูปแบบอื่นทางการพูด หรือทางกงสุล โดยได้กำหนดรูปแบบการติดต่อที่รวดเร็ว เพื่อเป็นการประสานความร่วมมือของกระบวนการในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ และเพื่อให้กระบวนการมีความรวดเร็วเท่าที่เป็นไปได้

“ผู้แทนต่างประเทศ” (foreign representative) ในกฎหมายต้นแบบนั้น หมายถึง บุคคลหรือหน่วยงาน รวมทั้งบุคคลหรือหน่วยงานที่ถูกแต่งตั้งขึ้นชั่วคราว (on an interim basis) ที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ให้จัดการเกี่ยวกับการล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการของ

(c)if, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.”

⁵⁹Article 15 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.”

ทรัพย์สิน หรือกิจการของลูกหนี้ หรือให้กระทำการในฐานะผู้แทนของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ⁶⁰ ดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า ในคดีล้มละลายข้ามชาติที่ได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศอยู่แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการพิจารณาหลัก หรือกระบวนการพิจารณาองในต่างประเทศ⁶¹ หากมีความประสงค์ให้กระบวนการพิจารณานั้นมีผลหรือเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศที่รับหลักการ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ ของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น เป็นต้นว่าขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองกระบวนการพิจารณานั้น หรือร้องขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการ หน่วยงานของศาลในประเทศที่รับหลักการ หรือหน่วยงานและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องดำเนินการช่วยเหลือในประการใด ไม่ว่าจะ เป็นเพราะจุดเกาะเกี่ยวใดๆ ของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นมีส่วนเกี่ยวเนื่อง หรือเกี่ยวข้องกับประเทศที่รับหลักการก็ตาม ก็จะต้องมีผู้แทนของกระบวนการพิจารณานั้นเข้ามาดำเนินการในประเทศที่รับหลักการ ซึ่งตามกฎหมายต้นแบบเรียกว่าผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ดังกล่าวนี้

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ ที่ได้มีการเริ่มขึ้นแล้วในประเทศใดประเทศหนึ่งไม่ว่าจะเริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ หรือในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ หากมีความประสงค์ให้กระบวนการพิจารณานั้นได้รับการรับรองในประเทศใด บุคคลที่มีสิทธินำกระบวนการพิจารณานั้นไปให้ประเทศต่างๆ ให้การรับรอง คือ ผู้แทนต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ดังนั้นประเทศต่างๆ ที่ได้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติขึ้น และต้องการที่จะให้กระบวนการพิจารณานั้นได้รับการรับรองในประเทศอื่นไม่ว่าในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ หรือในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาองต่างประเทศก็ตาม จึงต้องทำการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศเพื่อเป็นผู้แทนของประเทศตน และเป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในประเทศของตนขึ้นก่อนเพื่อกระทำการดังกล่าว

การแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศขึ้นนั้น ประเทศที่ทำการแต่งตั้งจะต้องดำเนินการให้ถูกต้อง โดยเฉพาะต้องทำคำสั่งแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าตามกฎหมายต้นแบบจะมีได้มีการกำหนดไว้โดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบนั่นเองที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น⁶² จะต้องมีเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษรในการแต่งตั้งเพื่อยื่นต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ เพื่อประกอบในการพิจารณาของศาล ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของคำสั่งโดยตรงในการแต่งตั้งหนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศยื่นรับการแต่งตั้ง หรืออยู่ในรูปแบบอื่นที่ศาลในประเทศที่รับหลักการให้การยอมรับ

ผู้แทนต่างประเทศสามารถเข้าสู่กระบวนการรับรองในศาลของประเทศที่รับหลักการ โดยการยื่นคำขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ เพื่อขอให้ศาลให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ตนได้รับ

⁶⁰Article 2 (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(d) “foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding.”

⁶¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5 สถานะและผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ.

⁶²Article 15 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

การแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนของกระบวนการนั้นขึ้น⁶³ โดยผู้แทนต่างประเทศนั้น มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบได้โดยตรง⁶⁴ ซึ่งผู้แทนต่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติใดๆ ที่กำหนดไว้ในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบซึ่งเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิทางศาล เช่น การต้องมีใบอนุญาต ต่างๆ หรือต้องมีหลักฐานหรือการดำเนินการใดๆ ทางการทูตหรือกงสุลก่อน เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุดัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายซึ่งต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า⁶⁵ เพียงแต่หากเข้าเงื่อนไข และได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการของประเทศที่รับหลักการ ผู้แทนต่างประเทศก็สามารถใช้สิทธิในประเทศที่รับหลักการได้

ข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับผู้แทนต่างประเทศนี้คือ นอกจากผู้แทนต่างประเทศจะสามารถได้รับการแต่งตั้งขึ้นชั่วคราว หรือในระหว่างกาล (on an interim basis) ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญ เนื่องจากกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศต่างๆ มีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เป็นการชั่วคราวแล้ว ผู้แทนต่างประเทศนั้นยังอาจจะเป็นตัวลูกหนี้เองก็ได้ หาก ลูกหนี้นั้นได้รับการแต่งตั้ง หรือได้รับมอบอำนาจให้มีอำนาจในการจัดการ หรือบริหารเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือกิจการของตน (debtor in possession (DIP))⁶⁶ เมื่อมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเกิดขึ้นแล้ว โดยเป็นหลักการที่สำคัญเช่นเดียวกัน เพราะในหลายประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น ได้มีการแต่งตั้ง หรือมอบอำนาจให้ลูกหนี้เข้าบริหารกิจการ หรือ ดูแลทรัพย์สินของลูกหนี้เอง โดยเฉพาะในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ (reorganization) จะเป็นการสร้างแรงจูงใจให้กับลูกหนี้ให้ทำการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จโดยเร็ว เนื่องจากลูกหนี้เป็นผู้ที่เข้าใจกิจการของตนมากที่สุด⁶⁷

นอกจากการกำหนดหลักการในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศแล้ว กฎหมายต้นแบบยังได้กำหนดหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้คือ

⁶³Article 15 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.”

⁶⁴Article 9 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “A foreign representative is entitled to apply directly to a court in this State.”

⁶⁵Article 17 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.”

⁶⁶UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, (1999), (Mimeographed), par. 24.

⁶⁷Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, Vienna, 6–17 December 1999, (Mimeographed), par. 116.

(1)การกำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบที่ง่าย เพื่อการขอรับการรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ โดยหลีกเลี่ยงการที่ต้องใช้เวลา (time-consuming) หรือกระบวนการรับรองเพื่อให้มีผลทางกฎหมาย (legalization) ในรูปของโนตารีพับบลิค หรือทางกงสุล⁶⁸ และ

(2)การกำหนดว่าข้อเท็จจริงในคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของ ผู้แทนต่างประเทศนั้น เป็นเพียงเพื่อการขอรับการรับรองในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบเท่านั้น มิได้เป็นการหมายความว่าศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบมีอำนาจศาลเหนือกิจการและทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้⁶⁹

การเข้าสู่กระบวนการรับรองของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ สามารถสรุปเป็นแผนภาพได้ดัง

๖๕

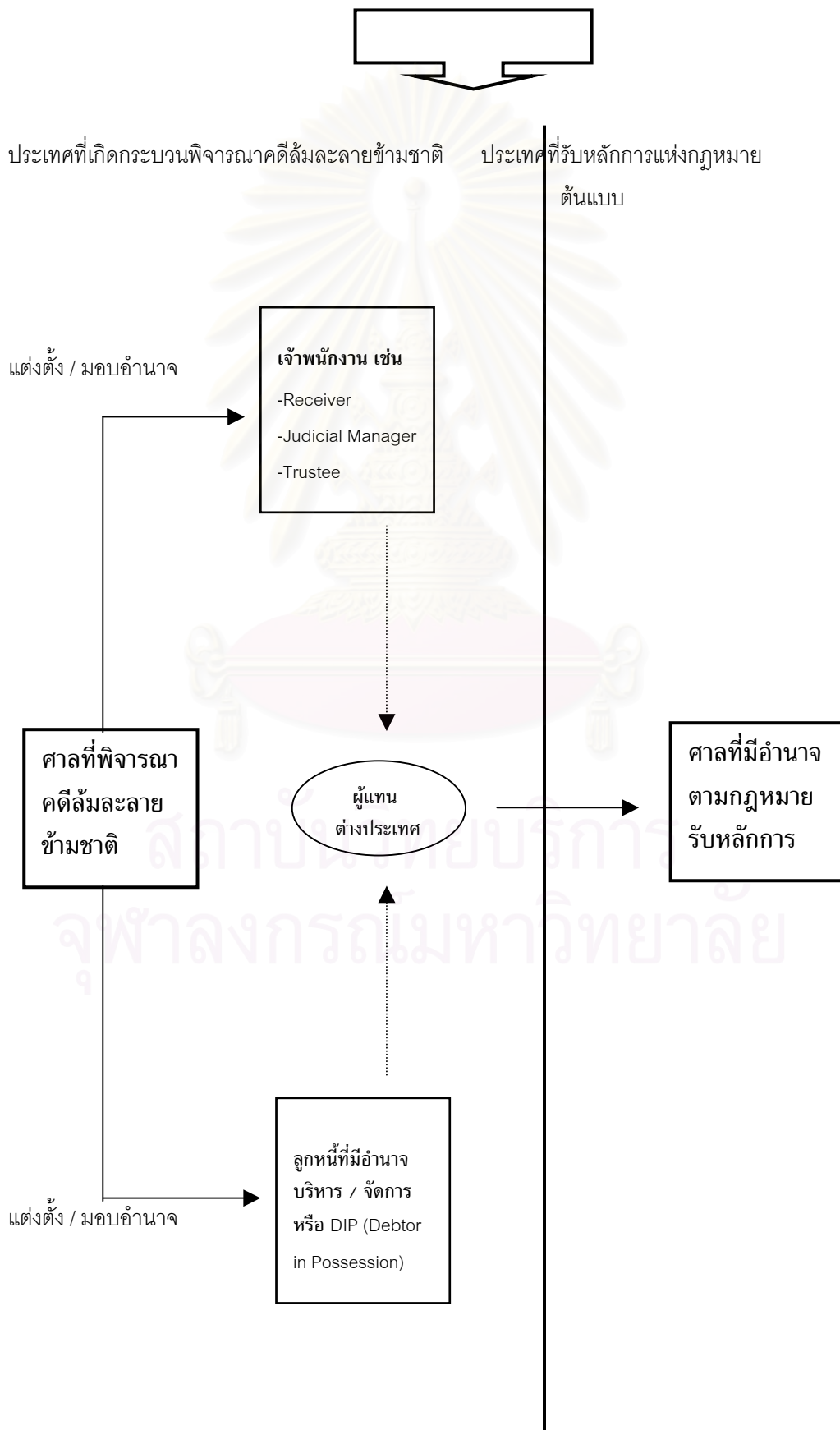


สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁸Article 15 แห่งกฎหมายต้นแบบ “Application for Recognition of a Foreign Proceeding.”

⁶⁹อ้างแล้ว, Article 10 “Limited Jurisdiction.”

แผนภาพที่ 4.6.1
แผนภาพแสดงถึง
การเข้าสู่กระบวนการรับรองของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ



4.6.2 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง

หากกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่ง ประเทศนั้นมีความประสงค์ที่จะให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นแล้ว ได้รับการยอมรับรับรองในประเทศใด ประเทศนั้นจะต้องดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศขึ้นดังกล่าวแล้ว เพื่อให้เป็นผู้แทนหรือตัวแทนของประเทศตน ในการนำหรือเสนอกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นนั้นไปให้ หรือขอให้ประเทศอื่นๆ ที่คดีล้มละลายข้ามชาตินั้นมีจุดเกาะเกี่ยวใดๆ เกี่ยวข้องกับประเทศนั้นในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้น เพื่อขอการรับรองกระบวนการพิจารณาได้ตามกฎหมายรับหลักการของประเทศนั้น โดยการยื่นคำขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ⁷⁰

เมื่อผู้แทนต่างประเทศได้รับการแต่งตั้งจากศาลต่างประเทศ ให้เป็นผู้แทนในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศใดแล้ว การยื่นคำขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการเพื่อให้ทำการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจะต้องมีเอกสารประกอบด้วย ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็นสาม กรณี

กรณีที่หนึ่ง จะต้องประกอบด้วย⁷¹

(1) สำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วของคำพิพากษา หรือคำสั่งเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในต่างประเทศ และ

(2) สำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วของคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศของต่างประเทศนั้นๆ

กรณีที่สอง จะต้องประกอบด้วย⁷²

(1) หนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศที่ยืนยันกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นว่ามีการดำเนินอยู่จริงในศาลต่างประเทศนั้น และ

(2) หนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศที่ยืนยันการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศว่า มีการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศในประเทศนั้นขึ้นจริง

อย่างไรก็ตามสำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วของคำสั่งใดๆ ในกรณีที่หนึ่ง หรือหนังสือรับรองใดๆ ในกรณีที่สอง ได้ระบุว่ากระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้น เป็นกระบวนการพิจารณาภายใต้คำจำกัดความของ “กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” ตาม Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบแล้ว⁷³ หรือระบุว่าผู้แทนต่างประเทศนั้นเป็นบุคคลหรือหน่วยงานภายใต้ คำจำกัดความของ “ผู้แทนต่างประเทศ” ตาม Article 2

⁷⁰Article 15 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁷¹อ้างแล้ว, Article 15 (2) (a).

⁷²อ้างแล้ว, Article 15 (2) (b).

⁷³Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(a) “foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.”

(d) ของกฎหมายต้นแบบแล้ว⁷⁴ ศาลของประเทศที่รับหลักการมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานได้ว่า สำเนาที่ได้รับ การรับรองแล้วของ คำสั่งดังกล่าว หรือหนังสือรับรองดังกล่าวเป็นคำสั่งเริ่มกระบวนการล้มละลายต่าง ประเทศ คำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หนังสือรับรองยืนยันกระบวนการล้มละลายที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศ หรือเป็นหนังสือยืนยันการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศแล้วแต่กรณีได้⁷⁵ และ

กรณีที่สามารถ ประกอบด้วยหลักฐานอื่นๆ ที่ศาลในประเทศที่รับหลักการยอมรับเกี่ยวกับ กระบวนการล้มละลายคดีล้มละลายที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศ และเกี่ยวกับการแต่งตั้ง ผู้แทนต่างประเทศของ ประเทศนั้น ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานตามสองกรณีแรกเบื้องต้น⁷⁶

ทั้งนี้เอกสารที่ผู้แทนต่างประเทศยื่นต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ เพื่อประกอบคำขอรับ รองกระบวนการล้มละลายต่างประเทศของตน ไม่จำเป็นที่เอกสารเหล่านั้นจะต้องได้รับการรับรองความ ถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสารด้วยวิธีพิเศษ หรือวิธีเฉพาะใดๆ ก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับรองให้ถูกต้องตาม กฎหมาย (legalization) เพราะศาลในประเทศที่รับหลักการมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานว่า เอกสารที่ผู้แทน ต่างประเทศยื่นเพื่อประกอบการยื่น คำขอให้ศาลรับรองกระบวนการล้มละลายต่างประเทศนั้น เป็น เอกสารที่ถูกต้องแท้จริง ไม่ว่าจะถูกทำขึ้นโดยมีการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่⁷⁷ แต่ศาลในประเทศที่ รับหลักการมีอำนาจที่จะสั่งให้ทำค่าแปลของเอกสารนั้นทั้งหมดที่ยื่นต่อศาลให้เป็นภาษาราชการของประเทศที่ รับหลักการได้ เพื่อให้เกิดความสะดวกในการพิจารณาของศาลในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศยื่นเอกสารเป็นภาษา อื่น อันมิใช่เป็นภาษาราชการของศาลซึ่งทำการพิจารณา⁷⁸

การยื่นคำขอเพื่อขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการ ให้การรับรองกระบวนการล้มละลายต่าง ประเทศนั้น เป็นการขอความร่วมมือ และความช่วยเหลือเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวคาบ เกี่ยวกันอยู่ในหลายประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ เมื่อประเทศใดที่มีคดีล้ม ละลายเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้น จึงทำการใช้สิทธิของตนผ่านทางผู้แทนต่างประเทศนั้น ดังนั้นการใช้ สิทธิดังกล่าวนี้ประเทศที่มีคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้น และผู้แทนต่างประเทศของประเทศนั้นจะต้องมีความ จริงใจใช้สิทธิโดยสุจริต และเปิดเผยถึงกระบวนการล้มละลายทั้งหมดที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น

⁷⁴Article 2 (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(d) “foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding.”

⁷⁵Article 16 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁷⁶อ้างแล้ว, Article 15 (2) (c).

⁷⁷อ้างแล้ว, Article 16 (2).

⁷⁸อ้างแล้ว, Article 15 (4).

โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้ ต่อศาลในประเทศที่รับหลักการเพื่อขอให้ รับผิดชอบต่อวงพิจารณาหนี้ด้วย⁷⁹

4.6.3 หน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ

แม้ในการยื่นคำร้องขอใดๆ ของผู้แทนต่างประเทศนั้น จะไม่เป็นการจำกัดสิทธิใดๆ ของผู้แทนต่างประเทศที่ทำให้ผู้แทนต่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้บังคับเขตอำนาจของศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ ซึ่งเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดที่มีไว้วัตถุประสงค์ของการยื่นคำร้องขอดังกล่าว ทั้งนี้รวมถึงทรัพย์สินและกิจการต่างประเทศใดๆ ของลูกหนี้ด้วย⁸⁰ ก็ตาม แต่ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่ที่เกี่ยวกับการขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองวงพิจารณาต่างประเทศนั้น คือ

(1) ผู้แทนต่างประเทศจะต้องแถลง หรือระบุข้อมูลเกี่ยวกับวงพิจารณาต่างประเทศที่ขอให้รับรองนั้นทั้งหมด โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้เท่าที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้ในคำขอเพื่อให้รับรองวงพิจารณาต่างประเทศนั้น⁸¹ ทั้งนี้เพื่อศาลในประเทศที่รับหลักการจะได้ทราบข้อมูล และสถานะเกี่ยวกับวงพิจารณาต่างประเทศที่ร้องขอให้รับรองที่กำลังพิจารณาอยู่ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการที่ศาลจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งต่อวงพิจารณาหนี้ต่อไป โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองต่อวงพิจารณาหนี้ในระหว่างพิจารณา คำขอ⁸² และหลังจากที่ได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองวงพิจารณาหนี้แล้ว⁸³ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวทางในการปฏิบัติเพื่อการประสานงานกับต่างประเทศ ในกรณีที่มีวงพิจารณาต่างประเทศซ้อนอีกด้วย⁸⁴

(2) ผู้แทนต่างประเทศยังมีหน้าที่ทำคำแปลเอกสารทั้งหมด ที่ได้ยื่นประกอบการพิจารณาคำขอให้รับรองวงพิจารณาต่างประเทศต่อศาลในประเทศที่รับหลักการด้วย ในกรณีที่เอกสารนั้นเป็นภาษาต่างประเทศ ทั้งนี้โดยเฉพาะเมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการมีคำสั่งให้ทำคำแปล โดยผู้แทนต่างประเทศต้องจัดทำคำแปลเอกสารนั้นให้เป็นภาษาราชการของประเทศที่รับหลักการที่ตนได้ยื่นคำขอ⁸⁵

⁷⁹Article 15 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.”

⁸⁰Article 10 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁸¹อ้างแล้ว, Article 15 (3).

⁸²อ้างแล้ว, Article 19.

⁸³อ้างแล้ว, Article 21.

⁸⁴อ้างแล้ว, Article 30.

⁸⁵อ้างแล้ว, Article 15 (4).

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการทำการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หากมีเหตุการณ์ต่อไปนี้จะเกิดขึ้นนับแต่เวลาที่ผู้แทนต่างประเทศยื่นคำขอ ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลในประเทศที่รับหลักการทราบทันที คือ

(3) ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญของสถานะ ของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีการรับรอง หรือสถานะของการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้น⁸⁶ เป็นต้นว่า ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นได้สิ้นสุด หรือคดีได้จบลงแล้ว หลังจากที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอรับรองต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ แต่ก่อนที่ศาลในประเทศที่รับหลักการจะได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งในคำขอนั้น หรือในกรณีที่เดิมเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในคดีล้มละลาย ต่อมาหลังจากที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอรับรองต่อศาลในประเทศที่รับหลักการแล้ว กระบวนการพิจารณาต่างประเทศในรูปของคดีล้มละลายนั้น ได้แปรเปลี่ยนมาเป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ในรูปของกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ (reorganization proceeding) ในกรณีเหล่านี้ ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลในประเทศที่รับหลักการทราบทันที

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญในสถานะของการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ ซึ่งผู้แทนต่างประเทศที่ยื่นคำขอรับรองมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลในประเทศที่รับหลักการทราบในทันทีนั้น เช่นในกรณีหลังจากที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอให้รับรองแล้ว จากนั้นมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข หรือข้อกำหนดในการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้น หรือระยะเวลาในการแต่งตั้ง การปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศได้สิ้นสุดลงแล้ว หรือในกรณีที่ต่างประเทศที่ทำการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้นได้ยกเลิก หรือเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งนั้นแล้ว และ

(4) ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลในประเทศที่รับหลักการทราบทันที ในกรณีที่มีการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกันกับลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่ผู้แทนต่างประเทศขอให้รับรอง เท่าที่ผู้แทนต่างประเทศนั้นได้รับรู้⁸⁷ ทั้งนี้เพื่อศาลในประเทศที่รับหลักการจะได้ให้ความร่วมมือและปฏิบัติให้ถูกต้องในด้านของการประสานงานในกรณีที่มีการพิจารณาต่างประเทศซ้อนเกิดขึ้น⁸⁸

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁶Article 18 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(a) any substantial change in the status of the recognized foreign proceeding or the status of the foreign representative’s appointment.”

⁸⁷Article 18 (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(b) any other foreign proceeding regarding the same debtor that becomes known to the foreign representative.”

⁸⁸Article 30 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

4.6.4 คำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เมื่อผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลในประเทศที่รับหลักการ เพื่อขอให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาหลักต่างประเทศ หรือกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ โดยศาลที่รับคำร้องขอดังกล่าวไว้ เป็นศาลที่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และการให้ความร่วมมือ การประสานงานกับศาลต่างประเทศอื่นๆ ในประเทศที่รับหลักการแล้ว ศาลในประเทศที่รับหลักการก็จะรับคำขอดังกล่าวของผู้แทนต่างประเทศไว้⁸⁹ และทำการพิจารณาต่อไป

4.6.4.1 หลักเกณฑ์การรับรอง

โดยศาลในประเทศที่รับหลักการ จะพิจารณาให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ถ้าครบองค์ประกอบและเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ซึ่งผู้แทนต่างประเทศได้ขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองกระบวนการพิจารณานั้น เป็นกระบวนการพิจารณาในทางคดี หรือในทางจัดการในรัฐต่างประเทศ ที่ขอให้รับรอง รวมทั้งกระบวนการพิจารณาระหว่างกาลตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายที่มีผลทำให้ทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยศาลต่างประเทศในประเทศที่ขอให้รับรอง ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการ การ ล้มละลาย หรือการชำระบัญชีซึ่งรวมถึงการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย⁹⁰

(2) ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นเอกสารประกอบคำขอ ให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ⁹¹ ต่อศาลในประเทศที่รับหลักการอย่างถูกต้องครบถ้วน⁹²

(3) ผู้ที่ยื่นคำขอ หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเป็นบุคคล หรือหน่วยงาน รวมทั้งบุคคลหรือหน่วยงานที่ถูกแต่งตั้งขึ้นชั่วคราว ที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจากประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณา เพื่อให้จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ การล้มละลาย หรือการชำระบัญชี รวมทั้งการจัดการ

⁸⁹Article 17 (1) (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า

“(d) the application has been submitted to the court referred to in article 4”

ซึ่ง Article 4 แห่งกฎหมายต้นแบบบัญญัติว่า “The functions referred to in this Law relating to recognition of foreign proceedings and cooperation with foreign courts shall be performed by [specify the court, courts, authority or authorities competent to perform those functions in the enacting State].”

⁹⁰Article 17 (1) (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁹¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.2 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง.

⁹²Article 17 (1) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ หรือให้กระทำการในฐานะผู้แทนของกระบวนพิจารณาต่างประเทศในประเทศที่ร้องขอให้รับรอง⁹³ และ

(4) คำขอ และการขอให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นจะต้องไม่เป็นการขัดต่อการใดๆ ที่เกี่ยวกับนโยบายแห่งรัฐ (public policy) อย่างชัดเจน ซึ่งรวมถึงการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศที่รับหลักการ ที่ได้รับการร้องขอให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้น⁹⁴ โดยศาลที่ได้รับคำร้องขอในประเทศที่รับหลักการสามารถที่จะปฏิเสธการดำเนินการใดๆ ตามคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศได้⁹⁵ ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นข้อที่สำคัญที่สุดในการเป็นเงื่อนไขที่ศาลในประเทศที่รับหลักการจะทำการพิจารณา เพื่อประกอบในการพิจารณารับรองต่อกระบวนพิจารณาต่างประเทศ ที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอ เนื่องจากการที่ศาลในประเทศที่รับหลักการ จะให้การรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศใดๆ เป็นการที่ประเทศที่รับหลักการ และศาลในประเทศที่รับหลักการให้การช่วยเหลือและให้ความร่วมมือกับต่างประเทศใดๆ ที่ได้ร้องขอให้ประเทศ และศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้น ผ่านทางผู้แทนต่างประเทศของตน ดังนั้น หากการให้ความช่วยเหลือ หรือการให้ความร่วมมือใดๆ เป็นการขัดต่อแนวนโยบายแห่งรัฐ (public policy) รวมถึงความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศที่ รับหลักการแล้ว ประเทศและศาลในประเทศที่รับหลักการก็คงไม่อาจสามารถที่จะดำเนินการให้ได้

การพิจารณาคำขอรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศ ศาลในประเทศที่รับหลักการจะต้องทำการพิจารณาคำขอ และมีคำพิพากษา หรือมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอดังกล่าวโดยไม่ชักช้า⁹⁶ ทั้งนี้เพราะคดีล้มละลายเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากคดีทั่วไป การพิจารณาคดีจะต้องมีความรวดเร็วเพื่อทำการปกป้องรักษาทรัพย์สิน และรวบรวมทรัพย์สินของ ลูกหนี้ให้ได้มากที่สุดมาแบ่งปันระหว่างเจ้าหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติด้วยแล้ว ยิ่งเพิ่มทวีคูณความซับซ้อน ความคาบเกี่ยว และความเกี่ยวพัน ของคดีที่มีจุดเกาะเกี่ยวข้ามชาติเข้ามาอีกเพราะฉะนั้น ไม่ว่าจะศาลใดที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะศาลในประเทศที่รับหลักการที่ได้รับการร้องขอให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศ จะต้องทำการพิจารณาคดีและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ โดยรวดเร็ว เพื่อสามารถรองรับกับสถานการณ์ที่เป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของคดีได้อย่างทันท่วงที

ซึ่งโดยหลักการแล้ว หากคำขอเพื่อให้ศาลรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้น ไม่เป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศที่รับหลักการแล้ว และหากคำขอนั้นมีรายละเอียดครบ และได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายรับหลักการ ของ

⁹³อ้างแล้ว, Article 17 (1) (b).

⁹⁴Article 17 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized ...”

⁹⁵Article 6 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State.”

⁹⁶Article 17 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ประเทศที่รับหลักการอื่นได้กำหนดไว้โดยครบถ้วนแล้ว ศาลในประเทศที่รับหลักการก็จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำขอนั้นไปตามปกติ

นอกจากข้อยกเว้นทางด้านนโยบายแห่งรัฐ (public policy)⁹⁷ แล้ว องค์ประกอบหรือเงื่อนไขในการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตาม Article 17 แห่งกฎหมายต้นแบบมิได้กำหนดให้ศาลในประเทศที่รับหลักการที่พิจารณาคำขอต้องทำการพิจารณา หรือทำการประเมินความถูกต้องของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศซึ่งกระบวนการพิจารณานั้นได้เริ่มขึ้น หรือประเทศที่ซึ่งผู้แทนต่างประเทศได้รับการแต่งตั้งขึ้น ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่รวดเร็ว จากศาลในประเทศที่รับหลักการ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดสิทธิต่างๆ ขึ้นตามมา ดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายต้นแบบนี้ โดยหากกระบวนการเป็นไปตามปกติ ก็จะทำให้เกิดกระบวนการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพที่จะมีขึ้น อันเป็นสาระสำคัญต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ในการที่จะเป็นการป้องกันการจำหน่ายโอน หรือการปิดบังทรัพย์สินของลูกหนี้ ดังนั้นกฎหมายต้นแบบนี้จึงได้กำหนดให้มีการตัดสินเกี่ยวกับคำขอเพื่อให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยไม่ชักช้า⁹⁸ ซึ่งหลักการนี้ก็สอดคล้องและปรากฏอยู่ในกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยเช่นเดียวกัน คือให้ศาลล้มละลายดำเนินการนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดี จนกว่าจะเสร็จการพิจารณา เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ และเมื่อเสร็จการพิจารณาคดี ก็ให้ศาลล้มละลายรับทำคำพิพากษา หรือคำสั่งโดยเร็ว⁹⁹

4.6.4.2 ฐานะของการรับรอง

โดยคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลที่ได้รับคำร้องขอในประเทศที่รับหลักการ จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเป็นสองประเภท คือ

⁹⁷ อ่างแล้ว, Article 6.

⁹⁸ อ่างแล้ว, Article 17 (3).

⁹⁹ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 90/11 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ให้ศาลล้มละลายดำเนินการนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดีจนกว่าจะเสร็จการพิจารณา เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงเสียได้ และเมื่อเสร็จการพิจารณาคดีให้ศาลล้มละลายรับทำคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยเร็ว

ในกรณีที่คู่ความไม่มาศาลในนัดใดไม่ว่าจะได้รับอนุญาตจากศาลหรือไม่ ให้ถือว่าคู่ความนั้นได้ทราบกระบวนการพิจารณาของศาลในนัดนั้นแล้ว.”

ประเภทแรก ในกรณีที่กระบวนพิจารณาต่างประเทศที่มีการร้องขอให้ ครอบงำ นั้น เป็นกระบวนพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interest) ศาลในประเทศที่รับหลักการจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ ครอบงำ กระบวนพิจารณาต่างประเทศ นั้นในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ” (foreign main proceeding)¹⁰⁰ และ

ประเภทที่สอง ในกรณีที่กระบวนพิจารณาต่างประเทศที่มีการร้องขอให้ ครอบงำ นั้น เป็นกระบวนพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่ หรือเป็นสถานที่ ประกอบกิจการที่ลูกหนี้ใช้เพื่อกระทำการกิจกรรมทางการค้าเป็นการประจำคงที่ หรือไม่ต้องเคลื่อนย้าย (non-transitory) โดยวิธีการและด้วยสินค้า หรือบริการ ตามปกติวิสัย¹⁰¹ ศาลในประเทศที่รับหลักการจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ ครอบงำ กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ” (foreign non-main proceeding)¹⁰²

4.6.4.3 การเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่ง

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้การครอบงำ กระบวนพิจารณาต่างประเทศใดแล้ว ต่อมาในภายหลังปรากฏเหตุต่อศาลนั่นเอง หรือมี บุคคลใดกล่าวอ้างขึ้นเกี่ยวกับในเรื่องความบกพร่องของเหตุแห่งการที่ศาลให้การครอบงำ นั้น ไม่ว่าจะเป็นการบก พร่องทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน หรือแม้กระทั่งเหตุนั้นได้สูญหายไปแล้วไม่ปรากฏมีอยู่อีกต่อไป ความบกพร่อง แห่งเหตุ หรือการสูญสิ้นไปแห่งเหตุ ดังกล่าวนี้จะไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ ครอบงำ กระบวน พิจารณาต่างประเทศนั้นไปแล้ว กล่าวคือ ไม่มีผลกระทบต่อกระบวนการครอบงำ กระบวนพิจารณาต่างประเทศทั้ง กระบวน การ หรือการดำเนินการที่ได้กระทำไปแล้วทั้งระหว่างผู้แทนต่างประเทศ ศาล และหน่วยงาน หรือบุคคล อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งแต่การยื่นคำขอ การยื่นเอกสารหรือหลักฐานประกอบคำขอ ข้อสันนิษฐาน เกี่ยวกับการครอบงำ ในการพิจารณาของศาล การแจ้งข้อมูลใดๆ ที่ได้มาภายหลังต่อศาลในระหว่างการพิจารณา คำขอ การพิจารณาคำขอของศาล ตลอดจนการกระทำใดๆ จนกระทั่งศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ ครอบงำ กระบวน พิจารณาต่างประเทศนั้น

ทั้งนี้ความบกพร่องแห่งเหตุที่ศาลให้การครอบงำ หรือการไม่มีอยู่อีกต่อไปของเหตุดัง กล่าว จะไม่มีผลให้ศาลที่ให้การครอบงำ กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นทำการแก้ไข หรือยกเลิกการครอบงำ ดัง กล่าวในภายหลังได้ ตามที่ปรากฏอยู่ใน Article 17 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบว่า “บทบัญญัติของมาตรา

¹⁰⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.1 กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding).

¹⁰¹Article 2 (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(f) “establishment” means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.”

¹⁰²โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.2 กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding).

15,16,17 และ 18 ไม่มีผลกระทบต่อการแก้ไข และการ ยกเลิกการรับรอง ถ้าปรากฏว่าเหตุแห่งการที่ศาลให้การรับรองนั้นบกพร่องไปทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน หรือไม่มีอยู่อีกต่อไป”

โดยสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลในประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ จะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า

(1) กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาในทางคดีหรือในทางจัดการในรัฐต่างประเทศ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาระหว่างกาลตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายที่มีผลทำให้ทรัพย์สิน และกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยศาลต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการ การล้มละลาย หรือการชำระบัญชี

(2) ผู้แทนต่างประเทศที่ยื่นคำขอต่อศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ เป็นบุคคลหรือหน่วยงาน รวมทั้งบุคคลหรือหน่วยงาน ที่ถูกแต่งตั้งขึ้นชั่วคราวที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ให้จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ การล้มละลาย หรือการชำระบัญชีของทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ หรือให้กระทำการในฐานะ ผู้แทนของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(3) คำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ต้องมีเอกสารครบถ้วนตามหลักเกณฑ์การยื่นคำขอ เพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่กฎหมาย รับหลักการได้กำหนดไว้ และ

(4) ได้มีการยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ต่อศาลที่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่นี้ของประเทศที่รับหลักการ ตามกฎหมายรับหลักการนั้นอย่างถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศที่รับหลักการจะไม่กระทบต่อการที่ศาลจะปฏิเสธการดำเนินการใดๆ ภายใต้กฎหมายรับหลักการ ถ้าการกระทำ ดังกล่าวจะมีผลเป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ของประเทศรับหลักการอย่าง ชัดแจ้ง

เมื่อศาลของประเทศที่รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ ได้พิจารณา ข้อเท็จจริงข้างต้นแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ศาลจะไม่รับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศในทันที ศาลจะรับรองกระบวนการพิจารณา ก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่ามีองค์ประกอบในการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักและในการรับรองกระบวนการพิจารณารองครบถ้วน กล่าวคือ จะมีการรับรองกระบวนการพิจารณาในศาลต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ถ้ากระบวนการพิจารณานั้นเกิดขึ้นในรัฐที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ และจะมีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศถ้าลูกหนี้มีสถานประกอบการค้าชนิดที่ไม่ต้องเคลื่อนย้าย โดยวิธีการและด้วยสินค้าหรือบริการตามปกติวิสัยแล้วแต่กรณี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

และศาลของประเทศที่ถูกขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ เมื่อได้รับคำขอให้รับรองกระบวนการล้มละลายต่างประเทศแล้ว ต้องจัดให้มีการ ตัดสินเกี่ยวกับคำขอโดยไม่มี ชักช้า และการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนี้จะสิ้นสุดลง เมื่อปรากฏเหตุที่ไม่เป็นไปตาม หลักเกณฑ์การพิจารณาของศาลที่กล่าวข้างต้น ในช่วงเวลาหนึ่งเวลาใดในระหว่างขั้นตอนของการรับรอง กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้น

4.7 การให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เนื่องจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการจัดการเป็นพิเศษและเร่งด่วน ดังนั้นจึงมีผลที่จะต้องได้รับการคุ้มครอง หรือการบรรเทา (relief) ในความเสียหายต่างๆ ที่อาจจะมีขึ้นต่อ คดีนั้น เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์หลักของการดำเนินคดีล้มละลายโดยเฉพาะเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติในการปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ และให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้มากที่สุด ซึ่งในระหว่างพิจารณาคดี อาจมีการกระทำใดๆ ที่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีได้ หรืออาจมีการกระทำใดๆ ขึ้นหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา หรือ คำสั่งใดๆ กับคดีไปแล้ว ดังนั้นจึงต้องให้ความคุ้มครองเพื่อบรรเทาความเสียหายที่จะมีขึ้นทั้งในระหว่างพิจารณา และหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว ซึ่งอาจได้รับความคุ้มครองโดยทันที (automatic) โดยผลของ กฎหมาย หรือโดยการร้องขอ (requested) ก็ได้

4.7.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา

เมื่อผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอเพื่อขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ นับแต่เวลายื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณา จนถึงเวลาที่ศาลในประเทศที่รับหลักการ ได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่ง ตามคำขอนั้น ศาลในประเทศที่รับหลักการที่ทำการพิจารณาคำขออาจให้ความ คุ้มครองระหว่างพิจารณาในลักษณะของ “การให้ความ คุ้มครองชั่วคราว” (relief of a provisional nature) ได้

103

หลักเกณฑ์ที่ศาลในประเทศที่รับหลักการจะให้ความคุ้มครองชั่วคราวจะต้องเป็นกรณีที่

- (1) มีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ
- (2) เป็นกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองโดยเร่งด่วน
- (3) โดยวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเพื่อผลประโยชน์ของ

¹⁰³Article 19 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature...”

เจ้าหนี้ และ

(4) การขอให้ความคุ้มครองนั้น ไม่เป็นการขัดแย้งกับการจัดการ หรือการดำเนินการใดๆ ตาม กระบวนพิจารณาหลักในต่างประเทศ ในกรณีที่กระบวนพิจารณานั้นได้รับการ รับรองในฐานะที่เป็นกระบวน พิจารณาหลักในต่างประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว¹⁰⁴

ศาลในประเทศที่รับหลักการจะให้การคุ้มครองชั่วคราวแก่กระบวนพิจารณาใดๆ ที่กำลัง พิจารณาคำขอของผู้แทนต่างประเทศอยู่ได้แต่เฉพาะในกรณีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ตามคำ ขอบ และในกรณีเฉพาะเมื่อมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศเท่านั้น ศาลไม่สามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการที่จะมี คำสั่งเองได้ หรือเมื่อเห็นสมควรในการที่จะให้ความ คุ้มครองใดๆ โดยปราศจากการมีคำร้องขอของผู้แทน ต่างประเทศได้

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าในกรณีใดที่จะต้องให้ความคุ้มครองนั้น เป็น ดุลพินิจ (discretion) ของศาลในประเทศที่รับหลักการในการที่จะพิจารณาว่า ในกรณีใดเป็นกรณีเร่งด่วนที่จะต้องให้ ความคุ้มครอง และเพื่อเป็นการปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเป็นการ ปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ซึ่ง ศาลในประเทศที่รับหลักการสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ โดยรวมถึงในกรณีที่ ศาลจะใช้ดุลพินิจในการ ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศได้ ถ้าศาลพิจารณาว่าการให้ความคุ้มครองดัง กล่าวนั้นจะเป็นการแย้ง หรือขัดต่อการดำเนินการใดๆ ตามกระบวนพิจารณาหลักในต่างประเทศในกรณีที่ได้มีการรับรองกระบวนพิจารณานั้นในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศแล้ว

ดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้นว่า การให้ความคุ้มครองของศาลในกรณีนี้ เป็นกรณีที่ศาลให้ความ คุ้มครองในระหว่างพิจารณาคำขอให้รับรองของผู้แทนต่างประเทศอยู่เท่านั้น หรือเป็นการให้ความคุ้มครองทราบ เท่าที่ศาลยังมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศเท่านั้น ตราบใดที่ศาลได้มีคำ พิจารณา หรือคำสั่ง ตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศแล้ว ตราบนั้นการให้ความคุ้มครองชั่วคราวนี้จะสิ้นสุดลง หรือไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป ทั้งนี้เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรให้ขยายเวลาการให้ความคุ้มครองชั่วคราวนี้ออกไปเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ¹⁰⁵

¹⁰⁴Article 19 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(4) The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.”

¹⁰⁵Article 19 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) Unless extended under article 21 (1) (f), the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon”

และ Article 21 (1) (f) ของกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief including:

(f) extending relief granted under article 19 (1)...”

โดยการให้ความคุ้มครองชั่วคราว ที่ศาลในประเทศที่รับหลักการอาจจะให้ความคุ้มครอง
นั้น ได้แก่¹⁰⁶

- (1) ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้
- (2) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของ
ลูกหนี้
- (3) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจ
การ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้
- (4) การให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้ง เพื่อดูแลการจัดการ หรือการ
จำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่อยู่ในประเทศที่รับหลักการ ทั้งนี้เพื่อเป็นการปกป้อง
และรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งโดยสภาพ หรือโดยสภาพจะภายนอกจะเป็นของเสียหายน่าจะมียูลดาลด
ลง หรือได้รับอันตรายอื่นใด และ

(5) การให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมใดๆ ที่ศาล หน่วยงาน หรือบุคคลที่มีอำนาจเกี่ยวกับการล้ม
ละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการมีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการ

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองของศาลในประเทศที่รับหลักการ ต่อกระบวนการ
พิจารณาต่างประเทศในระหว่างที่คำขออยู่ในการพิจารณาของศาลนั้น เป็นกรณีที่มีเมื่อ ผู้แทนต่างประเทศได้
ยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศแล้ว และมีความประสงค์ให้มีการคุ้มครอง จึงได้
ยื่นคำขอต่อศาลขอรับความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ซึ่งศาลอาจให้ความคุ้มครองได้ กล่าวคือ
นับแต่เวลาขึ้นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจนถึงเวลาที่ศาลของประเทศที่รับหลักการของ
กฎหมายต้นแบบนี้มีคำสั่งตามคำขอ เมื่อศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ได้รับคำร้องขอ
จากผู้แทนต่างประเทศแล้ว ในกรณีที่ต้องการให้มีการคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือ
ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ศาลจึงอาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวได้ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายต้นแบบได้วางมาตรฐาน
สำหรับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไว้ จึงจะต้องใช้เวลาพอสมควรในการพิจารณาคำขอ ดังนั้น
กฎหมายต้นแบบจึงกำหนดว่าในกรณีที่เหมาะสม ในระหว่างการพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่าง
ประเทศนั้น ศาลอาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวได้ไม่ว่าจะเป็นการยื่นขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาหลัก หรือ
กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ

อนึ่ง การให้ความคุ้มครองเมื่อมีการยื่นคำขอให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ
นี้ นอกจากผู้แทนต่างประเทศจะร้องขอให้ศาลคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อเป็นการ ปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้
หรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้แล้ว การให้ความคุ้มครองดังกล่าวยังหมายความรวมถึง การระงับการบังคับคดี
สำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ การให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการจัดการ หรือการ
จำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ที่มีอยู่ในประเทศนั้น เพื่อปกป้องและรักษาไว้ซึ่งมูลค่า
ของทรัพย์สินนั้น ซึ่งโดยสภาพหรือโดยสภาพจะภายนอกจะเป็นของเสียหาย น่าจะมีมูลค่าลดลง หรือได้รับ

¹⁰⁶Article 19 (1) (a), (b) และ (c) และ Article 21 (1) (c), (d) และ (g) แห่ง
กฎหมายต้นแบบ.

อันตรายนั่นใด และรวมตลอดถึงการคุ้มครองเพื่อทำให้เกิดการระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ (freeze or suspend) การจัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของ ลูกหนี้ และการให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมประการอื่นๆ ที่มีอยู่ตามกฎหมายของประเทศที่รับหลักการ

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองนับแต่มีการยื่นคำขอให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจะสิ้นสุดลง เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งตามคำขอให้รับรอง หรือให้ ยกคำร้องขอรับรอง เว้นแต่จะมีการขยายเวลาการให้ความคุ้มครองดังกล่าวข้างต้น และศาลอาจปฏิเสธการให้ความคุ้มครองได้ ถ้าการให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะขัดแย้งกับการจัดการตามกระบวนการพิจารณาหลักในต่างประเทศ นอกจากนี้ศาลอาจให้ความคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ และเมื่อศาลเห็นสมควรเอง หรือเมื่อได้รับคำร้องจากผู้แทนต่างประเทศรวมทั้งบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากความคุ้มครองนั้น ศาลจะทำการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกการให้ความคุ้มครองนั้นก็ได้ ซึ่งศาลจะต้องแน่ใจว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผู้มีส่วนได้เสีย รวมทั้งลูกหนี้จะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอด้วย¹⁰⁷

4.7.2 การให้ความคุ้มครอง เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

ในกรณีที่ศาลในประเทศที่รับหลักการได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศแล้ว ไม่ว่าจะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ หรือกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ การให้ความ คุ้มครองของศาลจะมีขึ้นทั้งโดยมีผลในทันที (automatic) เมื่อศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณานั้น หรือในกรณีที่ได้รับการร้องขอ (requested) อีกทั้งในกรณีที่ศาลได้ให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณามาก่อนแล้ว ก็เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองที่ต่อเนื่องอีกด้วย ทั้งนี้เป็นการให้ความคุ้มครองทั้งลูกหนี้ (debtor) เจ้าหนี้ (creditor) และผู้มีส่วนได้เสีย (interested person)

หรือสามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นสามารถกำหนดตัวขึ้นมาในสองลักษณะ กล่าวคือ กระบวนการพิจารณาต่างประเทศอาจมีผลต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศที่รับรอง และศาลของประเทศที่รับรองมีหน้าที่ให้ความร่วมมือ และช่วยเหลือเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลายของต่างประเทศได้โดยผลของกฎหมายและโดยผลของคำสั่งศาล โดยการปรากฏตัวของผลการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีผลโดยกฎหมายนั้น จะเป็นกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักเท่านั้น สำหรับการปรากฏตัวของผลของการรับรอง

¹⁰⁷ อ่างแก้ว, Article 22.

การกระบวนพิจารณาต่างประเทศที่มีผลโดยคำสั่งศาลนั้น จะเป็นกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศทั้งในสถานะของกระบวนพิจารณาหลัก และสถานะของกระบวนพิจารณารอง

4.7.2.1 การคุ้มครองลูกหนี้

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลาย และกระบวนพิจารณาคดี ล้มละลาย คือ การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ เพื่อนำมาจัดสรร เฉลี่ย และแบ่งปันให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ให้มากที่สุด เนื่องจากลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่คนหนึ่งคนใดได้โดยสิ้นเชิง ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้ให้มากที่สุด ดังปรากฏตอนหนึ่งในอารัมภบท (preamble) แห่งกฎหมายต้นแบบว่า กฎหมายฉบับนี้ร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีกระบวนการที่มี ประสิทธิภาพสำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกป้องและเพิ่มมูลค่าแห่งทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁰⁸ เพราะฉะนั้นการที่ศาลในประเทศที่รับหลักการให้ความคุ้มครองใดๆ แก่ลูกหนี้นั้น แท้ที่จริงแล้วก็เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้นั่นเอง

ก. โดยผลของการรับรอง (Automatic Relief)

การให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้อาจมีขึ้นโดยทันที เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นตามคำขอของ ผู้แทนต่างประเทศ แต่ทั้งนี้ เฉพาะแต่การที่มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) เท่านั้น¹⁰⁹ ที่จะทำให้เกิดผลของการได้รับความคุ้มครองโดยทันที (automatic relief)¹¹⁰ ในกรณีของการที่ได้รับการรับรองโดยศาลในประเทศที่รับหลักการ ในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) นั้น¹¹¹ จะไม่ได้รับการคุ้มครองโดยทันทีโดยผลของ คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณา เช่นเดียวกันกับการที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ

¹⁰⁸อ้างแล้ว, Preamble (d).

¹⁰⁹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.1 กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding).

¹¹⁰Article 20 แห่งกฎหมายต้นแบบ “Effects of Recognition of a Foreign Main Proceeding.”

¹¹¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.2 กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding).

เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศแล้ว จะเกิดความคุ้มครองขึ้นโดยทันทีต่อลูกหนี้ อันได้แก่¹¹²

(1) ให้ระงับการฟ้องคดี หรือระงับการดำเนินคดีต่อไป หรือให้ระงับการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้ และ

(2) ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้

ในการเกิดมีขึ้นโดยทันทีของการคุ้มครองดังกล่าวข้างต้น เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใดๆ ที่เกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกันกับลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้มีการรับรองจากศาลในประเทศที่รับหลักการเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องใดๆ กับลูกหนี้ด้วย ซึ่งการคุ้มครอง (automatic stay) นี้เพื่อธำรงไว้ในทรัพย์สินของลูกหนี้มิให้มีมูลค่าลดลง

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองนี้มีข้อจำกัดอยู่สามกรณี

กรณีที่หนึ่ง ข้อจำกัดทั่วไป กระบวนการใดๆ ในการให้ความคุ้มครองต่อลูกหนี้ (automatic stay) นี้จะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องคดี หรือการเริ่มกระบวนการพิจารณาใดๆ ตามสมควรเพื่อรักษาสิทธิเรียกร้อง (preserve a claim) ที่มีต่อลูกหนี้¹¹³

กรณีที่สอง ข้อจำกัดเกี่ยวกับการล้มละลาย กระบวนการใดๆ ในการให้ความคุ้มครองต่อลูกหนี้ (automatic stay) นี้ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิที่จะร้องขอให้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการ หรือกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการ ล้มละลายของประเทศที่รับหลักการ รวมตลอดถึงสิทธิในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณานั้นด้วย¹¹⁴ และ

กรณีที่สาม ข้อจำกัดในการเปลี่ยนแปลง กระบวนการใดๆ ในการให้ความคุ้มครองต่อลูกหนี้ (automatic stay) นี้อยู่ภายใต้ขอบเขตในการเปลี่ยนแปลงรวมถึงการ ยกเลิกการให้ความคุ้มครองของบทบัญญัติกฎหมายใดๆ เกี่ยวกับการล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการ ซึ่งมีผล

¹¹²Article 20 (1) (a) และ (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹¹³Article 20 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(3) Paragraph (1) (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.”

¹¹⁴Article 20 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(4) Paragraph (1) of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] or the right to file claims in such a proceeding.”

กระทบ หรือมีผลใช้บังคับกับข้อยกเว้น ข้อจำกัด การเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกในกระบวนการใดๆ ในการให้ความคุ้มครองต่อลูกหนี้¹¹⁵

ข. โดยการร้องขอ (Requested Relief)

หลังจากศาลในประเทศที่รับหลักการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไม่ว่าจะในฐานะกระบวนการพิจารณาหลัก หรือกระบวนการพิจารณารอง เมื่อศาลเห็นสมควรอาจจะให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ในกรณีอื่นๆ เพิ่มเติมจากความคุ้มครองที่ลูกหนี้ได้รับไปแล้วโดยผลของการรับรองกระบวนการพิจารณา ซึ่งลูกหนี้ได้รับความคุ้มครองโดยทันทีโดยผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองนั้นในกรณีที่เป็นการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ¹¹⁶ และในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในทันที เพราะเป็นคำพิพากษา หรือคำสั่งให้การรับรองกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ศาลก็อาจให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ได้ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹¹⁷

- (1) เมื่อมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ
- (2) เป็นกรณีที่จำเป็นจะต้องปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้
- (3) ศาลจะให้ความคุ้มครองเท่าที่จำเป็น และ
- (4) ในกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ การให้ความคุ้มครองนั้น ศาลจะต้องแน่ใจว่าเป็นการให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่จะต้องจัดการ หรือดำเนินการในกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศนั้น หรือเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นสำหรับกระบวนการพิจารณาที่ให้การรับรองนั้นตามกฎหมายแห่งประเทศที่รับหลักการด้วย

ความคุ้มครองที่ศาลจะให้เมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ ได้แก่

- (1) การให้ระงับการฟ้องคดี หรือระงับการดำเนินคดีต่อไป หรือให้ระงับการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้ และให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ ทั้งนี้ภายในขอบเขตที่ศาลยังไม่ได้ให้ความคุ้มครอง หรือยังไม่ได้รับความคุ้มครองโดยเต็มทั้งหมดโดย ทันที (automatic stay or automatic suspend) โดย

¹¹⁵Article 20 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(2) The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article are subject to [refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article].”

¹¹⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.7.2.1 ก. โดยผลของการรับรอง (Automatic Relief).

¹¹⁷Article 21 (1) และ (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ผลของการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณา ในกรณีที่เป็นกระบวนการพิจารณาในฐานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ¹¹⁸

(2) การให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งให้ดูแลการจัดการ หรือ การจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ที่มีอยู่ในประเทศที่รับหลักการ¹¹⁹

(3) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครอง ต่อเนื่องจากการให้ความ คุ้มครองชั่วคราว (provisional relief)¹²⁰ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองในระหว่างพิจารณาคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศ¹²¹ และ

(4) การให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมใดๆ ที่ศาล หน่วยงาน หรือบุคคลที่มีอำนาจเกี่ยวกับ การล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ มีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการ¹²²

การเปลี่ยนแปลงใดๆ หรือการยกเลิกให้ความคุ้มครอง ที่ศาลได้ให้ไปแล้วนั้น เป็น สิทธิของศาลที่จะใช้ดุลพินิจเมื่อศาลเห็นสมควรเอง หรืออาจเป็นในกรณีที่ศาลได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่าง

¹¹⁸ Article 21 (1) (a) และ (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief including :

(a) staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor’s assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under article 20 (1) (a);

(b) staying execution against the debtor’s assets to the extent it has not been stayed under article 20 (1) (b).”

¹¹⁹ Article 21 (1) (e) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า

“(e) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor’s assets located in this State to the foreign representative or another person designate by the court.”

¹²⁰ Article 21 (1) (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹²¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.7.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

¹²² Article 21 (1) (g) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า

“(g) granting any additional relief that may be available to *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* under the laws of this State.”

ประเทศก็ได้ รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียด้วย แต่ทั้งนี้ศาลจะต้องแน่ใจว่า ประโยชน์ของลูกหนี้จะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอด้วย¹²³

4.7.2.2 การคุ้มครองเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย

การให้ความคุ้มครองในอีกแง่มุมหนึ่ง เป็นการให้ความคุ้มครองแก่บรรดาเจ้าหนี้ของลูกหนี้ ในกระบวนการพิจารณาที่ได้รับการรับรองให้เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไม่ว่าในฐานะกระบวนการพิจารณาหลัก หรือในฐานะกระบวนการพิจารณารอง รวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีส่วนได้เสีย (interested person) ทั้งนี้พิจารณาได้ว่าบรรดาเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย เป็นบุคคลที่เป็นที่หมาย หรือเป็นจุดประสงค์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ก็เพื่อให้บุคคลดังกล่าวได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ให้มากที่สุด เพราะฉะนั้นบรรดาเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย จึงควรได้รับการคุ้มครองจากศาล เนื่องจากหากจะมีการกระทำใดๆ ที่จะมีผล หรือส่งผลกระทบต่อความเสียหายที่จะมีขึ้นแก่บรรดาเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย โดยอาจได้รับความคุ้มครองโดยทันที (automatic relief) เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ รับรองกระบวนการพิจารณา โดยเป็นการได้รับความคุ้มครองโดยผลของกฎหมาย หรืออาจได้รับความคุ้มครองโดยผลจากการร้องขอ ซึ่งเป็นการคุ้มครองโดยการร้องขอ (requested relief) ก็ได้

โดยการให้ความคุ้มครอง หรือปฏิเสธการให้ความคุ้มครอง เมื่อมีการยื่นคำขอให้ศาลในประเทศที่รับหลักการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือการให้ความคุ้มครองเมื่อศาลให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว หรือในการเปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกความคุ้มครองในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศร้องขอ หรือบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองนั้นทำการร้องขอต่อศาล ศาลของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียด้วยว่าจะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอหรือไม่ ทั้งนี้ศาลอาจจะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย ภายใต้ง่อนไขใดๆ ที่ศาลเห็นสมควรก็ได้ด้วย

ก. โดยผลของการรับรอง (Automatic Relief)

บรรดาเจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย จะได้รับความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายตราบเมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) เท่านั้น โดยจะได้รับความคุ้มครองโดยทันที (automatic relief) เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณานั้น¹²⁴ ซึ่งบรรดาเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียจะได้รับการคุ้มครองโดยทันทีจากศาลในกรณีต่อไปนี้

- (1) ให้ระงับสิทธิในการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้
- (2) ให้ระงับการก่อภาระผูกพันใดๆ ของลูกหนี้ และ

¹²³Article 22 (1) และ (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹²⁴Article 20 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

(3) ให้ระงับการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้¹²⁵

ในกระบวนการคุ้มครองดังกล่าว เป็นการระงับโดยผลของกฎหมาย (automatic freeze or automatic suspend) เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ลูกหนี้ทำการยกย้าย ถ่ายเททรัพย์สินของตนออกไป หรือทำให้ทรัพย์สินของตนมีมูลค่าลดน้อยลง และการกระทำใดๆ ที่เป็นการเพิ่มภาระ หรือหนี้สินแก่กองทรัพย์สินของตน อันจะมีผลทำให้บรรดาเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียได้รับความเสียหาย คือ ไม่ได้รับชำระหนี้ในจำนวนที่ควรจะได้รับจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้หากลูกหนี้ได้มีการกระทำการดังกล่าว เพราะฉะนั้นเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการดำเนินคดีล้มละลายในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด (maximization of a debtor's assets) แก่เจ้าหนี้ จึงให้ความคุ้มครองนี้แก่บรรดาเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการคุ้มครอง (automatic freeze or automatic suspend) ดังกล่าวนี้อาจมีข้อจำกัดอยู่บางประการเช่นกัน¹²⁶

ข. โดยการร้องขอ (Requested Relief)

เมื่อศาลในประเทศที่รับหลักการ ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไม่ว่าจะในฐานะกระบวนการพิจารณาหลัก หรือในฐานะกระบวนการรอง โดยเฉพาะในฐานะกระบวนการหลักต่างประเทศ ซึ่งได้รับการคุ้มครองทันทีโดยผลของกฎหมายจากการรับรองไปแล้ว และในฐานะกระบวนการรองต่างประเทศซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองโดยทันที (automatic) โดยผลของการมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรับรอง ในกรณีเหล่านี้บรรดาเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียก็อาจได้รับความคุ้มครองจากศาล หรือได้รับความคุ้มครองเพิ่มเติมได้อีกแล้วแต่กรณี โดยเป็นไปตามเงื่อนไข และการพิจารณาของศาลดังต่อไปนี้

(1) เมื่อมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ¹²⁷

(2) เป็นกรณีที่จำเป็นจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้¹²⁸

(3) ศาลจะให้ความคุ้มครองเท่าที่จำเป็น และศาลอาจจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้ โดยศาลพิจารณาแล้วว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสีย จะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ¹²⁹ และ

(4) ในกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ การให้ความคุ้มครองนั้นศาลจะต้องแน่ใจว่า เป็นการให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ต้องจัดการ หรือดำเนินการใน

¹²⁵ Article 20 (1) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(c) The right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.”

¹²⁶ โปรดดูรายละเอียดของข้อจำกัดในการให้ความคุ้มครอง ใน 4.7.2.1 ก. โดยผลของการรับรอง (Automatic Relief).

¹²⁷ Article 21 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹²⁸ อ้างแล้ว.

¹²⁹ อ้างแล้ว, Article 21 (1), Article 22 (1) และ (2).

กระบวนการพิจารณารองต่างประเศนั้น หรือเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นสำหรักระบวนการพิจารณารองที่ให้การรับรองนั้น ตามกฎหมายแห่งประเทศที่รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบด้วย¹³⁰

เมื่อผู้แทนต่างประเทศได้ร้องขอต่อศาลโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์การพิจารณาของศาลแล้ว ศาลอาจให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ ทั้งนี้ภายในขอบเขตที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองในกระบวนการ คุ้มครองนี้ในทันทีโดยผลของกฎหมาย (automatic freeze or automatic suspend) เมื่อมี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณา ในกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการหลักต่างประเทศ¹³¹

(2) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้¹³²

(3) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครองต่อเนื่อง จากการให้ความ คุ้มครองชั่วคราว (provisional relief)¹³³ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองในระหว่างพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ¹³⁴

(4) การให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมใดๆ ที่ศาล หน่วยงาน หรือบุคคลที่มีอำนาจเกี่ยวกับการล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ มีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศที่รับหลักการ¹³⁵

¹³⁰ อังแล้ว, Article 21 (3).

¹³¹ Article 21 (1) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief including :

(c) suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under article 20 (1) (c).”

¹³² Article 21 (1) (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹³³ อังแล้ว, Article 21 (1) (f).

¹³⁴ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.7.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

¹³⁵ Article 21 (1) (g) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

(5) ให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้ง ดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ที่มีอยู่ในประเทศที่รับหลักการ¹³⁶

นอกจากผู้แทนต่างประเทศจะมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อขอความคุ้มครองแล้ว ในกรณีที่มีคำพิพากษา หรือคำสั่ง ให้รับรองกระบวนการพิจารณาตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศแล้ว ผู้แทนต่างประเทศยังสามารถที่จะเริ่ม (initiate) กระทำการใดๆ ในประเทศที่รับหลักการ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยง (avoid) การใดๆ ที่มีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้ หรือทำการใดๆ ที่มีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้ให้สิ้นผลลงต่อบุคคล หรือหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวข้องกับการล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการในประเทศที่รับหลักการได้¹³⁷

การเปลี่ยนแปลงใดๆ หรือการยกเลิกให้ความคุ้มครอง ที่ศาลได้ให้ไปแล้วนั้น เป็นสิทธิของศาลที่จะใช้ดุลพินิจเมื่อศาลเห็นสมควรเอง หรืออาจเป็นในกรณีที่ศาลได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศก็ได้ รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียด้วย แต่ทั้งนี้ศาลจะต้องแน่ใจว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย จะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอด้วย¹³⁸

4.8 ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

จากหลักการต่างๆ ตามที่กฎหมายต้นแบบได้กำหนดไว้ ถึงการที่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายภายในประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่ง ที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายอยู่ตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น เมื่อลักษณะคดีนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับต่างประเทศ กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น สามารถที่จะแปรเปลี่ยนเป็นคดีล้มละลายระหว่างประเทศ หรือเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases) และเรียกกระบวนการพิจารณานั้นว่า “กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” (foreign proceeding) และจุดประสงค์ในการที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนี้ ก็เพื่อต้องการ

¹³⁶Article 21 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(2) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor’s assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.”

¹³⁷Article 23 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “(1) Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate [refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation].”

¹³⁸Article 22 (1) และ (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ให้คดี ล้มละลายที่แต่เดิม เป็นเพียงคดีล้มละลายตามกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งที่เริ่มคดีล้มละลายนั้นขึ้น อันจะมีผลในการดำเนินคดี และการบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของคดีอยู่ในวงที่จำกัด โดยเฉพาะจะมีผลต่อลูกหนี้ และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศนั้นเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเทศนั้นไม่มีความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าอยู่ในรูปแบบใดเกี่ยวกับการล้มละลาย

ต่อเมื่อเกิดเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศขึ้นแล้ว และกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นได้รับการยอมรับรับรองในศาลของต่างประเทศ โดยเฉพาะในศาลของประเทศที่รับหลักการ ไม่ว่าจะได้รับการรับรองในฐานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) หรือในฐานะของกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) ก็จะมีผลทำให้คดีล้มละลายซึ่งบัดนี้ได้กลายเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติแล้ว สามารถที่จะมีลักษณะของการดำเนินกระบวนการ และคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ที่จะมีผลในวงที่กว้างขึ้นกว่าการที่เป็นเพียงกระบวนการคดีล้มละลาย ตามกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น

กล่าวคือการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น สามารถที่จะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศได้ โดยเฉพาะการสามารถที่จะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างประเทศพร้อมๆ กันในหลายประเทศและหลายกระบวนการพิจารณาเป็นกระบวนการพิจารณาซ้อน (concurrent proceedings)¹³⁹ โดยจะส่งผลให้การที่มีคำพิพากษา หรือ คำสั่งใดๆ ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศกระบวนการพิจารณาใดกระบวนการพิจารณาหนึ่ง นอกจากจะมีผลในประเทศที่ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้ว¹⁴⁰ ยังจะมีผลในประเทศอื่นๆ ที่ได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นด้วย โดยการมีผลในประเทศอื่นนั้น เป็น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³⁹Chapter V. แห่งกฎหมายต้นแบบ “Concurrent Proceedings.”

¹⁴⁰อ้างแล้ว, ตาม Article 20 และ Article 21.

ลักษณะของการมีผลโดยทางอ้อม (indirect effect)¹⁴¹ และเกิดหลักเกณฑ์ในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้อันมีลักษณะพิเศษโดยเฉพาะ ในกรณีที่มีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศหลายกระบวนการ¹⁴²

และโดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้เกิดปรากฏการณ์พิเศษประการหนึ่ง ซึ่งจะส่งผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศต่างๆ ในประเทศที่รับหลักการ ในส่วนของ การสืบพยาน การพิจารณา และการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลเกี่ยวกับภาวะการมีหนี้สินล้มละลาย (insolvent) ของลูกหนี้ หรือการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลาย ในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานเป็นอย่างอื่น ให้ถือว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (foreign main proceeding) โดยศาลในประเทศที่กำลังพิจารณาคดีล้มละลาย ที่มีการเริ่มขึ้นตามกฎหมาย ล้มละลายภายในของประเทศนั้น เกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกันกับลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ เป็นข้อพิสูจน์ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้มละลาย¹⁴³

¹⁴¹เช่น ตาม Article 30 แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งบัญญัติว่า “In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply :

(a) any relief granted under article 19 or 21 to a representative of a foreign non-main proceeding after recognition of a foreign main proceeding must be consistent with the foreign main proceeding;

(b) if a foreign main proceeding is recognized after recognition, or after the filing of an application for recognition, of a foreign non-main proceeding, any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the foreign main proceeding;

(c) if, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.”

และตาม Article 19 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งบัญญัติว่า “(4) The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.”

¹⁴²Article 32 แห่งกฎหมายต้นแบบ “Rule of Payment in Concurrent Proceedings.”

¹⁴³Article 31 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], proof that the debtor is insolvent.”

วิเคราะห์การรับหลักการของประเทศไทยต่อกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL
เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) เกี่ยวกับการ
การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย
ต่างประเทศ และการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่ง
ของศาลต่างประเทศ

5.1 เหตุผลและความจำเป็นในการรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ

ปัจจุบันระบบเศรษฐกิจของโลก และของประเทศไทยในปัจจุบัน กล่าวได้ว่าเป็นระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (free enterprise economy)¹ มีนักลงทุน (investor) หรือบริษัทข้ามชาติ (transnational corporation) มากมายจากต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยซึ่งมีการลงทุนทั้งในด้านที่ดิน และทรัพย์สินต่างๆ รวมทั้งมีเงินทุนหมุนเวียนจำนวนมากอยู่ในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย หรือในทางกลับกันนักลงทุน และบริษัทข้ามชาติของประเทศไทยก็ไปลงทุนในต่างประเทศเป็นจำนวนมากเช่นกัน ซึ่งหากธุรกิจเหล่านี้ประสบปัญหาสภาพคล่องทางการเงินหรือเกิดภาวะขาดทุนจนถึงขั้นล้มละลายนั้น ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายเพียงพอที่จะมาคุ้มครองลูกหนี้ และเจ้าหนี้ในประเทศไทยได้เพียงใด หรือลูกหนี้ และเจ้าหนี้ต่างประเทศ จะได้รับการปฏิบัติเพียงใดอันจะเป็นการเชื่อเชียว และเป็นการส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนจากต่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายเป็นองค์ประกอบที่เป็นพื้นฐานของความมั่นคงในทุกๆระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากเป็นเครื่องมือในการสร้างวินัยทางการเงินของกิจการ เป็นการสร้างกลไกในลำดับของสิทธิการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้แต่ละประเภท และเป็นการแบ่งทรัพย์สินคืนให้แก่เจ้าหนี้ในระบบเศรษฐกิจ² นอกจากนี้ ยังเป็นการป้องกันมิให้ลูกหนี้มีโอกาสหลอกลวงทำหนี้สินขึ้นอีก และเป็นการช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากการล้มละลาย มีโอกาสตั้งตัวใหม่โดยรวดเร็ว³ ดังนั้นจึงมีความร่วมมือระหว่างประเทศขึ้นโดยอยู่บนพื้นฐาน

¹รัตน สยาคณิต และคณะ, พื้นฐานเศรษฐศาสตร์มหภาค, (กรุงเทพมหานคร : โครงการพัฒนาตำรา ศูนย์บริการเอกสารวิชาการ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 1.

²มูธา วัฒนะชีวะกุล, คำบรรยายวิชาสัมมนากฎหมายล้มละลาย, ณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 18 กุมภาพันธ์ 2543.

³สุธีร์ ศุภนิตย์, คู่มือกฎหมายลักษณะล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 1-2.

ของการวิเคราะห์ในภาพรวมของกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศว่ามีความแตกต่างกันน้อยเพียงใดในเชิงของกฎหมายเปรียบเทียบในแต่ละระบบกฎหมาย และนโยบายที่แตกต่างกันทางด้านกฎหมายล้มละลาย เพื่อให้เกิดเป็นระบบกระบวนการพิจารณาทางด้านกฎหมายล้มละลายที่เป็นหนึ่งที่ผสมกลมกลืนกันได้มากที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์และควมมีประสิทธิภาพในการบังคับคดี และการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ และเป็นการสร้างไว้ซึ่งวินัยทางการเงินของนักลงทุน โดยเฉพาะบรรษัทข้ามชาติที่นับวันจะทวีมากขึ้นเนื่องจากระบบการค้าที่เปิดเสรีทั่วโลก อันจะเป็นพื้นฐานในการธำรงรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพของเศรษฐกิจโลกต่อไป

ในความเป็นจริง กฎหมายล้มละลายถูกจัดให้อยู่ในกรอบของกฎหมายในส่วนพาณิชย์ในหลายประเทศ และเป็นจุดสนใจในแง่การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์ในแต่ละประเทศ เพราะจะเป็นปัจจัยบ่งชี้ให้เห็นถึงแนวทางการประกอบธุรกิจในประเทศแต่ละประเทศได้เป็นอย่างดี ในช่วงเวลาประมาณ 20 ปี ที่ผ่านมามีการปฏิรูปกฎหมายล้มละลายในหลายประเทศ นอกจากนี้ยังมีการ ยกร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติโดย UNCITRAL ทำให้มองเห็นถึงการปรับตัวของประเทศต่างๆ ในด้านกฎหมายล้มละลายได้เป็นอย่างดี⁴

สิ่งที่น่าสนใจเกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายล้มละลายในช่วงเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมา เห็นว่าจะได้แก่การออกกฎหมายล้มละลายของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศในกลุ่มยุโรปตะวันออกหลายประเทศ รวมถึงการแก้ไขกฎหมายล้มละลายของประเทศไทยในช่วงเวลาที่ผ่านมาด้วย นอกจากนี้ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายล้มละลายในประเทศต่างๆ แล้วยังมีความพยายามของ นักกฎหมายเอกชน ที่ประสงค์จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการบังคับใช้กฎหมายล้มละลายข้ามชาติ และได้เสนอให้ UNCITRAL พิจารณายกร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติขึ้น⁵

ดังนั้นในนานาอารยประเทศ จึงได้มีการศึกษาถึงแนวทางในความร่วมมือทางระหว่างประเทศต่อปัญหาข้อพิพาท และคดีเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ โดยได้พยายามคำนึงรวมทั้งการประสานถึงความร่วมมือที่อาจจะเกิดขึ้น และความเป็นไปได้ในการให้ความร่วมมือกับประเทศต่างๆ รวมถึงการให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศต่างๆ เกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยเฉพาะกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ⁶ ซึ่งก่อนหน้านี้นี้ก็ได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่งคือ อนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของ สหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (Convention on Insolvency Proceedings of the

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนสวัสดิการกองวิชาการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543), หน้า 1.

⁵<http://www.legal-ex.go.th>.

⁶ซึ่งต่อไปเมื่อกล่าวถึงในบทนี้ จะเรียกว่า “กฎหมายต้นแบบ.”

European Union 1995) แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็ยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากมีกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่ากฎหมายต้นแบบ⁷

ทั้งนี้เนื่องจาก หลักการพื้นฐานของอนุสัญญาฉบับนี้ยังคงอยู่บนพื้นฐานของหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) เป็นหลัก แต่หลักการของหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใดขึ้นเลยในการผสมผสานกฎหมายภายในของแต่ละชาติให้เป็นหนึ่งเดียวกันจากประสบการณ์ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา⁸ นอกจากนี้ผู้ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น ส่วนใหญ่เป็นเจ้าของเอกชน (private citizens or corporations) ซึ่งไม่สามารถโน้มน้าว หรือมีอิทธิพลใดๆ ต่อนโยบายทางด้านระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ หรือในหลักการของหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) ระหว่างประเทศนั้นเลย จึงไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้มีส่วนได้เสียคือเจ้าหนี้เหล่านี้⁹ ดังนั้น หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) นี้จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในส่วนที่เกี่ยวข้อง หรือนำมาใช้กับคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases) กฎหมายต้นแบบจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่สำคัญเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการผสมผสานกฎหมาย ล้มละลายของแต่ละชาติขึ้น และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ของแต่ละชาติซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง

ซึ่งเมื่อนำเหตุผลมาวิเคราะห์แล้ว จะพบว่ามีความจำเป็นอยู่เองที่ประเทศไทยน่าจะต้องมีกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ ที่จะนำมาแก้ไขปัญหาคดีล้มละลายข้ามชาติเหล่านี้ได้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี เนื่องจากคดีล้มละลายเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีแพ่งโดยทั่วไป ซึ่งโดยผลของคดีล้มละลายย่อมกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวม¹⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นคดี ล้มละลายข้ามชาติด้วยแล้ว การอาศัยเพียงแต่พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483¹¹ และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 รวมถึงข้อกำหนดใดๆ ของศาลล้มละลายเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา และระเบียบหรือกฎหมายอื่นที่อนุโลมนำมาบังคับใช้กับคดีล้มละลายด้วยของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่น่าจะเพียงพอที่จะสามารถแก้ไขปัญหาล่าช้าได้ และถึงแม้จะแก้ปัญหาคดีได้โดยอาศัยกฎหมายอื่นเข้ามาพิจารณาประกอบ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นต้น ก็อาจจะแก้ปัญหาคดีไม่ได้เต็มที่หรือ

⁷Kazuhiko Yamamoto, "New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency," *The Japanese Annual of International Law*, No. 43 (2000), p. 84.

⁸Ibid., p. 93.

⁹Ibid.

¹⁰ส่วนหนึ่งของเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542, หมายเหตุของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 และ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, การเสวนาเรื่อง ข้าทะเลกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ : ใครอยู่ ใครไป, ณ ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์, 19 มกราคม 2542.

¹¹ซึ่งต่อไปเมื่อกล่าวถึงในบทนี้ จะเรียกว่า "พระราชบัญญัติล้มละลาย" และให้หมายความรวมถึงฉบับแก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับด้วย.

ไม่ดีเท่าที่ควรที่จะดีไปกว่าการที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยเฉพาะไม่ เพราะเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะที่ เฉพาะอย่าง และเฉพาะเรื่อง ซึ่งเป็นการแก้ที่ ปลายเหตุ ไม่ใช่เป็นการแก้ปัญหาทั้งระบบ จึงไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร

ในอีกแง่มุมหนึ่ง เมื่อพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้นโดยแท้จริงแล้วนั้น ก็ไม่จำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบนี้มาก็ได้ หากประเทศไทยจะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา โดยเฉพาะเพื่อแก้ไขปัญหานี้ แต่ก็อาจจะมีปัญหาว่าแนวทางและ รูปแบบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นมานั้น ควรที่จะมีแนวทางและรูปแบบเป็นอย่างไรและควรที่จะมีแนวโน้มไปในทิศทางใด และจะได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศมากน้อยเพียงใด ซึ่งในเมื่อความเป็นจริงก็มีกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ของเรื่องนี้ที่สามารถจะนำมาพิจารณาได้อยู่แล้ว ทั้งหน่วยงานที่เป็นผู้สร้างกฎหมายต้นแบบนี้คือ UNCITRAL ก็เป็นหน่วยงานหนึ่งในหน่วยงานระดับระหว่างประเทศคือเป็นองค์การระหว่างประเทศที่นานาประเทศให้ความไว้วางใจและความเชื่อถือเป็นอย่างมากซึ่งก็คือ องค์การสหประชาชาติ (United Nations Organization (UN)) ซึ่งจะทำให้กฎหมายที่จะนำมาแก้ไขปัญหานี้มีความเป็นสากลเป็นไปในทิศทางเดียวกันซึ่งจะง่ายต่อการประสานงาน และความร่วมมือของนานาประเทศอีกด้วย

เพราะฉะนั้น จึงพิจารณาได้ว่าการศึกษาที่ประเทศต่างๆ นั้น ได้ประสบและสังเกตเห็นถึงปัญหาของคดีล้มละลายข้ามชาติว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนระดับระหว่างประเทศ การอาศัยที่แต่ละประเทศจะบัญญัติกฎหมายภายในของตนเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวนี้จึงไม่ใช่เรื่องง่ายนัก และไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ การแก้ปัญหานั้นจะต้องมีรูปแบบ และหลักการของกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกัน โดยรายละเอียดปลีกย่อยนั้นอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้เพราะเป็นธรรมชาติของกฎหมายของแต่ละประเทศมีวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี รวมถึงระบบเศรษฐกิจ และการเมืองที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้นจึงไม่สามารถที่ทุกประเทศจะสามารถใช้กฎหมายล้มละลายเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เป็นฉบับเดียวกันได้ เพราะฉะนั้นกฎหมายต้นแบบจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสม โดยเป็นกฎหมายต้นแบบให้แก่ประเทศต่างๆ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายภายในของตนต่อไป¹² เมื่อพิจารณาจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแล้วจึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทย ควรจะรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบในเรื่องเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และผลของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนี้เข้ามาสู่ระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยอันเป็นกฎหมายภายใน (national law) ฉบับหนึ่ง¹³ เพื่อรองรับกับปัญหาของคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ และที่จะทวีความซับซ้อนขึ้นต่อไปในเบื้องหน้า

¹²ปัจจุบันมีหลายประเทศที่ได้รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบแล้ว ในทวีปเอเชีย (Asia Continent) เช่น ประเทศญี่ปุ่น แต่จากข้อมูลของ UNCITRAL (<http://www.uncitral.org>) ได้ยอมรับว่าประเทศที่ได้รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบแล้ว ได้แก่ Eritrea, Mexico และ South Africa.

¹³ซึ่งต่อไปเมื่อกล่าวถึงในบทนี้ จะเรียกว่า “กฎหมายรับหลักการ” (Enacting Law).

5.2 รูปแบบของกฎหมายรับหลักการ

รูปแบบของกฎหมายรับหลักการที่จะเกิดขึ้น เมื่อมีการรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบนี้ว่าควรมีลักษณะ และรูปแบบของกฎหมายนี้ไปในลักษณะและแนวทางใด ควรที่จะให้เป็นกฎหมายหมวดหรือส่วนหนึ่งที่เพิ่มขึ้นจากพระราชบัญญัติล้มละลาย¹⁴ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 หรือควรจะเป็นกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาโดยเฉพาะ¹⁵ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายต้นแบบนี้เป็นกฎหมายต้นแบบซึ่งไม่เป็นการผูกพันที่แต่ละประเทศที่รับหลักการไปนั้น จะต้องมีบทบัญญัติทุกบททุกข้อเหมือนกับกฎหมายต้นแบบนี้ ซึ่งประเทศไทยสามารถที่จะปรับ แก้ เพิ่ม หรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบนี้ในบางข้อได้ตามที่ประเทศไทยเห็นสมควร ให้เป็นการสอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยโดยเฉพาะกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่ และโดยคำนึงถึงความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนประกอบด้วย¹⁶ แต่โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบนี้แล้ว ก็มีความต้องการที่จะให้ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ไปนั้น มีการแก้ไขบทบัญญัติให้น้อยที่สุด¹⁷

การรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบเข้าสู่กฎหมายภายในเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย เกี่ยวกับ “ชื่อ” (Title) ของกฎหมายรับหลักการ ควรมีการกำหนด หรือปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องตามกฎหมายต้นแบบ และมีความเหมาะสมด้วย เป็นต้นว่า ในกรณีของประเทศญี่ปุ่นกฎหมายรับหลักการมีชื่อว่า “The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding”¹⁸ หรือในกรณีของประเทศ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (Republic of South Africa) กฎหมายรับหลักการมีชื่อว่า “The Cross-Border Insolvency Act, 2000”¹⁹

¹⁴เช่นเดียวกันกับกรณีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการเป็น หมวด 3/1 กระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้.

¹⁵เช่นเดียวกันกับในกรณีของประเทศญี่ปุ่น (Japan) และประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (Republic of South Africa).

¹⁶มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพินิจหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นเป็นโมฆะ.”

¹⁷UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, (1999), (Mimeographed), par. 21.

¹⁸ถึงแม้ UNCITRAL จะยังมีได้บันทึกว่าประเทศญี่ปุ่นได้รับหลักการแห่งกฎหมาย ต้นแบบแล้ว แต่นักวิชาการทางด้านกฎหมายล้มละลายในมหาวิทยาลัยของประเทศญี่ปุ่นได้พิจารณาวิเคราะห์ และสรุปว่าประเทศญี่ปุ่นได้รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบแล้ว และโปรดดู Kazuhiko Yamamoto, “New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency,” The Japanese Annual of International Law, p. 115.

¹⁹Government Gazette No. 20862 of 4 February 2000.

โดยเฉพาะคำที่ใช้เรียกชื่อกฎหมาย และคำกฎหมายที่ปรากฏที่ใช้อยู่ในที่ต่างๆ ในตัวบทกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศนั้น เช่น ในพระราชบัญญัติล้มละลายของประเทศไทย และที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบนั้นควรจะมีความสอดคล้องกัน การรับหลักการนั้นประเทศไทยควรจะคำนึงถึงความเป็นหนึ่งเดียว และเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบเป็นหลัก ไม่ควรที่จะปรับเปลี่ยนกฎหมายเมื่อมีการรับหลักการแล้วจนเกินเลย หรือออกนอกขอบเขต หรือกรอบเจตจำนงที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายรับหลักการมีความเป็นสากล และโปร่งใสในระดับระหว่างประเทศ²⁰

ในกรณีที่มีปัญหาในการตีความกฎหมายรับหลักการนั้น ศาล หน่วยงาน หรือผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายควรพึงระลึกเสมอว่ากฎหมายรับหลักการนี้ เป็นการรับหลักการมาจากกฎหมายต้นแบบ ซึ่งมีที่มาหรือมีลักษณะการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นการตีความกฎหมายรับหลักการนี้ ควรจะต้องคำนึงถึงแหล่งที่มาที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งหลักในการตีความในลักษณะนี้ ปรากฏและพบเห็นอยู่ในกฎหมาย หรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศโดยทั่วไป โดยเฉพาะสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล²¹ โดยเฉพาะปัจจุบันจะพบเห็นการบัญญัติการตีความกฎหมายในลักษณะนี้ในกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ต่างๆ ที่องค์การสหประชาชาติ ได้จัดทำขึ้น เนื่องจากเป็นการคำนึงถึงแหล่งที่มาโดยพื้นฐาน และลักษณะการบังคับใช้ของกฎหมายนั่นเองที่มีลักษณะในทางระหว่างประเทศ แม้กฎหมายนั้นจะถือว่าเป็นกฎหมายภายในก็ตาม ซึ่งในทางระหว่างประเทศแล้วถือว่าเป็นการตีความในลักษณะที่เป็นการผสมผสานผลประโยชน์ร่วมกัน (interest in its harmonized interpretation) ทั้งนี้กฎหมายต้นแบบได้บัญญัติไว้อยู่ใน Article 8²² ซึ่งได้นำมาจาก Article 3 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)²³

นอกจากนี้ตาม Article 8 แห่งกฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้การตีความนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักสุจริต (Good Faith) ด้วยซึ่งหลักนี้นับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นสากล และได้ปรากฏอยู่ในทั้งในกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้ว ซึ่งผู้ที่ตีความหรือบังคับใช้กฎหมายจะต้องระลึกถึงหลักนี้อยู่ในใจเสมอ

²⁰UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 21.

²¹ยกตัวอย่างเช่น Article 7 (1) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

²²Article 8 แห่งกฎหมายต้นแบบ บัญญัติว่า “In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.”

²³<http://www.uncitral.org/english/texts/insolvent/ml+guide.htm>.

และหลักดังกล่าวนี้ก็ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยด้วย²⁴

โดยเฉพาะกฎหมายรับหลักการ ควรจะมีรูปแบบที่เป็นการสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายล้มละลายสมัยใหม่ด้วย โดยเฉพาะศาล หน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในกฎหมายรับหลักการ ในฐานะที่จะเป็นกฎหมายล้มละลายในสมัยใหม่ ควรจะเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการอำนวยความสะดวกธุรกรรมในทางที่ผิด²⁵

5.3 ขอบเขตการบังคับใช้

ประเภทของคดีและประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งกฎหมาย รับหลักการของประเทศไทยควรจะได้วางแนวทางแก้ไขปัญหาวางไว้ได้แก่

(1) เมื่อมีการร้องขอจากต่างประเทศให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

(2) เมื่อมีการร้องขอจากศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ รวมทั้งบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลายข้ามชาติที่จะมีขึ้นต่อไปของประเทศไทย เพื่อขอการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นภายใต้กฎหมายรับหลักการ หรือพระราชบัญญัติล้มละลาย

(3) การประสานงานเมื่อมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเกิดขึ้นพร้อมกันตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป และ

(4) การมีส่วนร่วมของเจ้าหนี้ต่างประเทศในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย²⁶

ในการพิจารณาหลักการของกฎหมายต้นแบบนั้น คำว่า “รัฐ” (State) หรือ “ประเทศ” ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบ หมายถึง ประเทศหรือรัฐที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบ(Enacting State) ซึ่งเมื่อประเทศไทยได้รับหลักการของกฎหมายต้นแบบเข้าสู่ระบบกฎหมาย ล้มละลายภายในของประเทศไทยแล้ว ก็สามารถที่จะกำหนดรูปแบบของคำที่ใช้ไปตามปกติประเพณีของประเทศไทยให้สอดคล้องตรงกับวัตถุประสงค์นี้ได้ เป็นต้นว่า “ราชอาณาจักรไทย” ซึ่งตามกฎหมายรับหลักการของประเทศญี่ปุ่นใช้คำว่า “Japan”²⁷ หรือกฎหมายรับหลักการของประเทศ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (Republic of South Africa) ใช้คำว่า “Republic”²⁸

²⁴มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต.”

²⁵Wisit Wisitsora-At, Thailand, UNCITRAL/INSOL/IBA Global Insolvency Colloquium, evaluation and synthesis session, Vienna, 4-6 December 2000.

²⁶Article 1 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁷The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding.

²⁸Section 1 (j) of the Cross-Border Insolvency Act, 2000.

เนื่องจากกฎหมายต้นแบบได้กำหนด “คำจำกัดความ” (definition) เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยได้ให้คำนิยามไว้เพื่อให้เป็นแนวทาง และความเข้าใจแก่ประเทศที่รับหลักการในการบัญญัติกฎหมายภายในของตนต่อไปโดยเฉพาะคำจำกัดความของ “กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” (Foreign Proceeding)²⁹ ที่อาจได้รับการรับรองนั้นมีลักษณะอย่างไร และ “ผู้แทนต่างประเทศ” (Foreign Representative)³⁰ ซึ่งผู้แทนต่างประเทศนั้นจะเป็นบุคคลหลักที่จะเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทย³¹ ดังนั้นกฎหมายรับหลักการจึงควรที่จะกำหนดคำนิยาม หรือคำจำกัดความของบุคคลหรือหน่วยงานที่จะเป็นผู้แทนต่างประเทศว่าจะต้องมีลักษณะ หรือคุณสมบัติอย่างไรบ้างให้ชัดเจนด้วย

คำจำกัดความในกฎหมายรับหลักการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้นควรมีสองประเภท คือ กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) และกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) ซึ่งควรจะให้คำจำกัดความของ “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ”³² ว่าหมายถึง กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interests) ซึ่งคำว่า “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” นี้เป็นคำที่ใช้กันอย่างกว้างขวางเป็นสากลเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ โดยเฉพาะในกรณีที่มีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายหลายกระบวนการเกิดขึ้นพร้อมกันหรือซ้อนกัน (concurrent proceedings) ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดให้กระบวนการพิจารณาหนึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาหลักเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการพิจารณาคดี ซึ่งโดยหลักแล้วก็จะกำหนดให้กระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้เป็นกระบวนการพิจารณาหลัก โดยเฉพาะหลักการนี้ได้ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาแห่งกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (The European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995)³³ ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่สำคัญเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในระหว่างประเทศสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรปด้วยกัน ดังนั้นประเทศไทยจึงควรที่จะนำคำจำกัดความนี้ไปปรับใช้ในกฎหมายรับหลักการด้วย เพราะจะทำให้มีความเป็นสากล

สำหรับ “กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ” ตามกฎหมายรับหลักการควรหมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่นนอกจากกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่³⁴ โดยนิยามของ “สถานประกอบการ” ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต้นแบบนี้³⁵ มีที่มาที่เป็นแนว

²⁹Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5 สถานะและผลของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ.

³⁰Article 2 (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.4.3.1 ผู้แทนต่างประเทศ.

³¹Article 21 (1) (e) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³²อ้างแล้ว, Article 2 (b).

³³Article 3 of the European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995.

³⁴Article 2 (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³⁵อ้างแล้ว, Article 2 (f).

คิดพื้นฐานจากอนุสัญญาแห่งกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป ค.ศ. 1995 (The European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995) เช่นกัน³⁶

5.3.1 กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

คดีที่สำคัญและเป็นคดีหลักในกฎหมายรับหลักการ คือการบังคับใช้กฎหมาย รับหลักการนั้นในขอบเขตของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยแท้ซึ่งเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยจะมีลักษณะ และขอบเขตการบังคับใช้ที่แตกต่างไปจากคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศไทย คือตามพระราชบัญญัติล้มละลาย

รูปแบบของกฎหมายรับหลักการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ควรจะมีบทบัญญัติที่เป็นการครอบคลุมตั้งแต่

- (1) ขอบเขตของกฎหมายรับหลักการ ในการบังคับใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย
- (2) คำจำกัดความ หรือนิยามศัพท์ (definition) ที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย
- (3) อำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทย และที่จะกระทำการในนามของประเทศไทยในต่างประเทศรวมถึงศาลในต่างประเทศ
- (4) เงื่อนไข สิทธิ และหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ ในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทย การขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ รวมทั้งการขอเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา
- (5) เงื่อนไข สิทธิ และหน้าที่ของเจ้าหนี้ต่างประเทศ ในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทย รวมทั้งการขอเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา
- (6) หลักเกณฑ์ในการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ รวมถึงคำพิพากษา หรือคำสั่งในการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ
- (7) หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง (relief) แก่ลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือในคดีล้มละลายข้ามชาติ
- (8) หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง (relief) แก่เจ้าหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือในคดีล้มละลายข้ามชาติ

³⁶Article 2 (h) of the European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995: “(h) establishment shall mean any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods,” see C221/11 of Official Journal of the European Community, 3.8.1999.

(9)ลำดับในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต่างประเทศ และหลักเกณฑ์ในการแจ้ง หรือการส่งคำบอกกล่าว (notice) ใดๆ ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ

(10)รูปแบบ และแนวทางในการร่วมมือ (cooperation) กับศาล หรือหน่วยงานในต่างประเทศในคดีล้มละลายข้ามชาติ

(11)หลักเกณฑ์ในการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับการจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ในคดีล้มละลายข้ามชาติที่เป็นกระบวนการพิจารณาซ้อน (concurrent proceedings) และ

(12)หลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายในคดีล้มละลายข้ามชาติ

ทั้งนี้ตามหลักเขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) และหลักเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายรับหลักการเป็นที่แน่นอนว่าควรจะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในประเทศไทย (local creditor) มีสิทธิในการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศไทยได้เกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกันในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ³⁷ โดยถึงแม้จะมีคดีล้มละลายข้ามชาติในรูปของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว และถึงแม้ว่าประเทศไทยจะได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้วก็ตาม ก็ไม่เป็นการจำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ภายในประเทศที่จะเริ่มคดีล้มละลายตามกฎหมายภายใน หรือพระราชบัญญัติล้มละลายเกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกันนั้นได้อีก ตามหลักเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลของแต่ละประเทศ³⁸

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการใช้ศัพท์ (terminology) หรือคำกฎหมาย (legal terms) เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในกฎหมายรับหลักการ ควรมีความสอดคล้องกับความหมายของศัพท์ หรือคำกฎหมายที่ใช้อยู่ในกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศไทยด้วย โดยในการบัญญัติกฎหมายรับหลักการควรมีการพิจารณาและคำนึงถึงศัพท์ หรือคำกฎหมายที่มีอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติล้มละลาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 และข้อกำหนดของศาลล้มละลายรวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายด้วย ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในการใช้บังคับ หรือการตีความในกฎหมายรับหลักการกับกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่แล้ว

5.3.2 กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ

การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เป็นแนวความคิดที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายโดยเฉพาะนับตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา³⁹ โดยมีความสำคัญต่อกิจการบางประเภทที่มีความสำคัญต่อสังคมค่อนข้าง

³⁷เช่น ในกรณีของการเกิดกระบวนการพิจารณาซ้อน (concurrent proceedings) ตาม Article 28 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1 ขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาล.

³⁹วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, “การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย (Reorganization),” ดุลพาน, ปีที่ 43 เล่มที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน 2539) : หน้า 50.

ข้างสูง การปล่อยให้กิจการเหล่านั้นต้องล้มละลายไปโดยไม่มีกระบวนการเยียวยาแก้ไขสถานะทางธุรกิจของกิจการนั้นๆ ให้ถึงที่สุดก่อนนั้น อาจจะเป็นผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าผลดี Roy M. Goode ได้กล่าวถึงการฟื้นฟูกิจการว่าเป็นกลไกที่มีขึ้นเพื่อช่วย บังคับดูแลหนี้ และทรัพย์สินของลูกหนี้จากการเร่งรัดเพื่อบังคับชำระหนี้ของบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายซึ่งจะนำลูกหนี้ไปสู่การชำระบัญชี หรือการล้มละลายในที่สุด ขณะเดียวกันการฟื้นฟูกิจการยังเป็นการช่วยเหลือให้ลูกหนี้สามารถกลับมาเย็นบนเท้าของตนเองได้ต่อไป (to put the company back on its feet) ซึ่งหมายถึงการทำให้ธุรกิจของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้นั่นเอง อีกทั้งยังทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ในการจัดการกิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ด้วย⁴⁰

ในหลายประเทศได้ยอมรับหลักการของการฟื้นฟูกิจการ (reorganization)⁴¹ และบัญญัติไว้ในกฎหมายล้มละลายในประเทศของตน ที่สำคัญ อาทิเช่นบทบัญญัติใน Chapter 11 แห่ง Bankruptcy Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติเกี่ยวกับ Administration Order ใน Insolvency Act 1986 (IA 1986) ของประเทศอังกฤษ และบทบัญญัติเกี่ยวกับ Judicial Management ใน Companies Act (CA) ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการ ก็คือการต้องการสนับสนุนให้นิติบุคคลที่ตกอยู่ในฐานะที่มีความยากลำบากในการประกอบธุรกิจเพราะปัญหาทางการเงินแต่ยังมีโอกาสฟื้นฟูกิจการ ให้มีโอกาสสามารถแก้ไขปรับปรุงกิจการให้มีฐานะดีขึ้นเพื่อดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ไม่ต้องเลิกกิจการหรือล้มละลาย⁴²

ในทางเป็นจริง คำว่า “การล้มละลายข้ามชาติ” (cross-border insolvency) ที่ใช้ในกฎหมายต้นแบบ มีความหมายครอบคลุมถึงการฟื้นฟูกิจการ (reorganization) ของลูกหนี้อยู่แล้ว ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบซึ่งต้องการให้การล้มละลายข้ามชาติมีความหมายรวมทั้งกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการล้มละลาย กระบวนการรวบรวมทรัพย์สิน การชำระบัญชี การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ และกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการที่เกี่ยวกับลูกหนี้ในคดี ล้มละลายข้ามชาตินั้นด้วย⁴³ โดยกฎหมายล้มละลายในหลายประเทศ

⁴⁰Roy M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, (London : Sweet & Maxwell, 1990), p. 12.

⁴¹Draft Legislative Guide on Insolvency Law ของ UNCITRAL ได้ให้นิยาม หรือความหมายของ “Reorganization” ไว้ว่า “Reorganization : process of restructuring an insolvency entity in order to [rescue the debtor and] restore the financial well being and the viability of the business, by way of various means possibly including debt forgiveness, debt rescheduling, debt-equity conversions and sale of the business or parts of it as a going concern.”

⁴²สุธีร์ ศุภนิตย์, “กฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน,” ใน *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 233.

⁴³UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment*, par. 51.

ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันกับกระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลายโดยแท้ รวมทั้งในประเทศไทยด้วย⁴⁴ ทั้งนี้เนื่องจากสาเหตุหลายประการเป็นต้นว่า เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินแต่ละกระบวนการพิจารณา และกระบวนการพิจารณาในการฟื้นฟูกิจการมีรายละเอียดปลีกย่อยในการพิจารณาคดีของศาล และการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้ความเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะวัตถุประสงค์ของแต่ละกระบวนการพิจารณานั้นมีจุดประสงค์ในการดำเนินกระบวนการแตกต่างกัน กล่าวโดยเฉพาะคือการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีฟื้นฟูกิจการมีจุดประสงค์เพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการ หรือธุรกิจต่อไปได้ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยแท้นั้นมุ่งสู่การชำระบัญชี (liquidation) เพื่อจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ชำระหนี้คืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ แต่อย่างไรก็ตามการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลายก็เป็นกระบวนการที่เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายอย่างหนึ่ง⁴⁵

ดังนั้นเมื่อกฎหมายล้มละลายของประเทศไทย ได้บัญญัติแยกกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ออกมาต่างหากจากกระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลาย กฎหมายรับหลักการจึงควรที่จะแยกคดีล้มละลายข้ามชาติในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ออกมาต่างหากด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาคดี และให้เกิดความสอดคล้องกับกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่ในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (foreign proceeding) ที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลล้มละลายในประเทศไทยตามกฎหมายรับหลักการ ควรที่จะกำหนดว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น จะให้มีความหมายครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือไม่⁴⁶

อย่างไรก็ตาม รูปแบบของกฎหมายรับหลักการที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของ ลูกหนี้นี้ก็ควรที่จะมีบทบัญญัติต่างๆ ที่ครอบคลุมทั้งหมดเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการข้ามชาติ (cross-border reorganization) เช่นเดียวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ⁴⁷ ทั้งนี้เพราะกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการข้ามชาตินั้น เป็นส่วนหนึ่งของการล้มละลายข้ามชาตินั้นเองตามที่ได้กล่าวในเบื้องต้น ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการข้ามชาติตามกฎหมายต้นแบบ ไม่สามารถที่จะทำการเริ่มกระบวนการพิจารณาในศาลต่างประเทศเองได้ แต่จะต้องอาศัยหรือผ่านทางผู้แทนต่างประเทศ (foreign

⁴⁴หมวด 3/1 กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

⁴⁵เช่น ในกรณีของประเทศไทย ปรากฏเป็นหมวดหนึ่ง (หมวด 3/1) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

⁴⁶อย่างไรก็ตามใน Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ด้วย.

⁴⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.3.1 กระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลาย.

representative) เท่านั้น อันเป็นการแตกต่างจากคดีล้มละลายข้ามชาติที่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลายโดยแท้ ซึ่งเจ้าหน้าที่ในคดีล้มละลายนั้นสามารถที่จะทำการเริ่มกระบวนการพิจารณาในศาลต่างประเทศเองได้⁴⁸ ซึ่งเป็นการไม่สอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคดีฟื้นฟูกิจการโดยทั่วไป ที่ลูกหนี้สามารถที่จะเป็นผู้เริ่มกระบวนการพิจารณาขึ้นได้เอง โดยทำการร้องขอต่อศาลให้ตนเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ รวมทั้งในประเทศไทยด้วย⁴⁹

5.3.3 กระบวนการพิจารณาคดีพิเศษเฉพาะลูกหนี้

กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายอาจมีการกำหนดขึ้นเป็นพิเศษเฉพาะ เนื่องจากตามกฎหมายต้นแบบกำหนดไว้ว่าหากประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ ประเทศใดไม่มีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายต้นแบบนี้มีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลบางประเภท เช่น ธนาคาร สถาบันการเงิน หรือบริษัทประกันภัยแล้ว ก็สามารถที่จะกำหนดมิให้กฎหมายต้นแบบนี้มีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลพิเศษเฉพาะบางประเภทนั้นได้⁵⁰ ดังนั้นจึงสมควรที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายรับหลักการว่า มีความประสงค์ให้มีผลบังคับใช้ถึงนิติบุคคลประเภทธนาคาร สถาบันการเงิน หรือบริษัทประกันภัย หรือลูกหนี้ประเภทอื่นด้วยหรือไม่ เนื่องจากลูกหนี้ประเภทนี้เกี่ยวข้องกับสาธารณชน หรือผลประโยชน์ของมหาชนจำนวนมาก ดังนั้นจึงสมควรที่ประเทศไทยควรจะพิจารณาว่าต้องการให้กฎหมายรับหลักการมีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลเหล่านี้ด้วยหรือไม่ หรือพิจารณาเห็นสมควรกำหนดยกเว้นไม่ให้มีผลบังคับใช้กับลูกหนี้บางประเภทอื่นนอกจากนี้อีกด้วย ก็สามารถที่จะกำหนดไว้ได้

โดยหลักการแล้ว กฎหมายต้นแบบได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อนำไปปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายใดๆ ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign elements) เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งแตกต่างจากลูกหนี้โดยปกติหรือลูกหนี้ที่มีลักษณะเฉพาะตามกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศ กฎหมายต้นแบบจึงกำหนดให้ประเทศที่รับหลักการสามารถกำหนดประเภทของ ลูกหนี้ หรือลูกหนี้ที่มีลักษณะเฉพาะที่จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายรับหลักการได้ ซึ่งกฎหมายต้นแบบได้ยกตัวอย่างลูกหนี้ที่จะไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายนี้ ได้แก่ ธนาคาร หรือบริษัทประกันภัย⁵¹ ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายต้นแบบได้ยกตัวอย่างลูกหนี้ประเภทนี้ เนื่องจากว่าในทางปฏิบัติเมื่อมีคดีล้มละลายเกิดขึ้นเกี่ยวกับองค์กรเหล่านี้ มีความจำเป็นโดยเฉพาะที่จะต้องคุ้มครองผล

⁴⁸Article 13 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁴⁹มาตรา 90/2 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้หรือหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 90/4 อาจร้องขอให้มีการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้ตามบทบัญญัติแห่งหมวดนี้...”

⁵⁰Article 1 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.3 ขอบเขตการบังคับใช้แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁵¹อ้างแล้ว, Article 1 (2).

ประโยชน์อันมีอยู่อย่างมากมายมหาศาลของปัจเจกชน ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องมี มาตรการเฉพาะอย่างทันทีเร่งด่วน และครอบคลุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ทันทีทั้งที่ เช่น มาตรการป้องกันการถอนเงินฝากอย่างมหาศาล⁵² เนื่องจากเหตุผลดังกล่าวนี้ในหลายๆ ประเทศจึงต้องมีการจัดการ หรือมีการกำหนดมาตรการพิเศษโดยเฉพาะ เมื่อมีการล้มละลายเกิดขึ้นกับหน่วยงานประเภทนี้

โดยนอกจากหน่วยงานเหล่านี้แล้ว ประเทศไทยสามารถที่จะพิจารณากำหนดประเภทของหน่วยงาน องค์กร ที่เป็นลูกหนี้ประเภทอื่นๆ อีกที่จะไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายรับหลักการนี้ได้ตามนโยบายหรือความสงบเรียบร้อยภายในของประเทศ เป็นต้นว่า องค์กร หรือหน่วยงานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค บริโภคของประชาชน อาทิ รถไฟขนส่งมวลชน ประปา ไฟฟ้า เป็นต้น หรือการล้มละลายประเภทอื่นอันมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม ที่ประเทศไทยอาจจะกำหนดข้อกำหนดในลักษณะพิเศษ ที่ใช้บังคับเหล่านี้ที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติได้ เช่น กิจกรรมเงินทุนหลักทรัพย์⁵³ หรือในกรณีที่ประเทศไทยได้มีลักษณะของการดำเนินคดีล้มละลายในกรณีที่ถูกหนี้เป็นบุคคลผู้ต้องหากระทำผิดตามพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527⁵⁴ อันเป็นกฎหมายพิเศษที่เป็นการยกเว้นจากพระราชบัญญัติล้มละลาย⁵⁵ เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ให้กู้ยืมเงิน จึงให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องผู้กู้ยืมเงินที่ผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นบุคคลล้มละลายได้ และให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามพระราชบัญญัติล้มละลาย⁵⁶

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าไม่ควรที่จะแยกกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติของลูกหนี้ที่เป็นธนาคาร หรือบริษัทประกันภัย ออกจากกฎหมายรับหลักการที่จะบัญญัติขึ้นเสียทั้งหมดทุกคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ประเทศไทยอาจทำการร้องขอต่อต่างประเทศให้มีการปฏิบัติเพื่อรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับธนาคาร หรือบริษัทประกันภัยในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามปกติของศาลต่างประเทศ โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นกับธนาคาร หรือบริษัทประกันภัยของประเทศไทยที่เป็นสาขาของต่างประเทศ หรือมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทย ซึ่งถ้าประเทศ

⁵²UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 61.

⁵³วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, เอกสารประกอบการเสวนา ข้าแห่งกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ : ใครอยู่ ใครไป ณ ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ 19 มกราคม 2542, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กิจการของลูกหนี้ กรมบังคับคดี, 2542), หน้า 10.

⁵⁴ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ เล่ม 101 ตอนที่ 164 เมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2527 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (วันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2527).

⁵⁵ปรีชา พานิชวงศ์, คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 271.

⁵⁶มาตรา 10 แห่งพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และโปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 886/2536 ประกอบ.

ไทยได้แยกคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับธนาคาร หรือบริษัทประกันภัยดังกล่าวออกมาต่างหากอยู่ในกฎหมายล้มละลายภายใน หรือกฎหมายพิเศษของประเทศไทยโดยเฉพาะแล้ว การปฏิบัติ ดังกล่าวก็ไม่อาจที่จะมีขึ้นได้ ทำให้เจ้าหน้าที่ในประเทศไทยต้องสูญเสียผลประโยชน์เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศไป

นอกจากนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติบางคดี ประเทศไทยอาจจะไม่มีความประสงค์ที่จะแยกการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศของคดีเกี่ยวกับธนาคาร สถาบันการเงิน หรือบริษัทประกันภัยออกไปต่างหากหากกฎหมายของประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีขึ้นไม่ได้กำหนดให้คดีล้มละลายของหน่วยงานประเภทนี้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ หรือมาตรการพิเศษอย่างไร นอกจากนี้การที่ประเทศไทยหากมีการกำหนดลูกหนี้บางประเภทแยกออกไปเป็นพิเศษไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายรับหลักการที่จะบัญญัติขึ้น ประเทศไทยจะต้องพิจารณาไตร่ตรองให้ รอบคอบเพราะเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิของศาล หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ รวมทั้งหน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศของตนเอง ที่อาจจะร้องขอความช่วยเหลือ หรือขอการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจากต่างประเทศต่อกระบวนการพิจารณาที่ได้เริ่มขึ้นหรือกำลังดำเนินอยู่ในประเทศไทย เนื่องจากเหตุผลเพียงเพราะว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นต้องตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษ หรือกฎหมายล้มละลายภายในประเทศ

โดยผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยจะต้องทำการพิจารณาให้ดีกว่าอนึ่งที่จะระบุแยกลูกหนี้บางประเภทออกจากกฎหมายรับหลักการที่จะบัญญัติขึ้นไปอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษใดๆ โดยจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างการดำเนินการดังกล่าว กับการที่จะต้องละทิ้งประโยชน์ที่จะได้รับหากมิได้มีการแยกประเภทของลูกหนี้ที่นั้นออกจากกฎหมายรับหลักการ ทั้งนี้ประเทศไทยอาจจะต้องสูญเสียผลประโยชน์ใดๆ ที่จะได้รับตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการนั้นได้ เช่น การที่จะได้รับการประสานงาน และได้รับความร่วมมือจากต่างประเทศ โดยเฉพาะการที่จะได้รับความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณานั้น เป็นต้น อีกทั้งหากประเทศไทยไม่ทำการแยกการบังคับใช้กับลูกหนี้บางประเภทออกจากกฎหมายรับหลักการแล้ว ในสายตาของสังคมระหว่างประเทศจะมองประเทศไทยว่ามีความโปร่งใสในการบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งจะทำให้กฎหมายรับหลักการมีความเป็นสากล โดยจะได้รับผลสะท้อนกลับที่จะได้รับความช่วยเหลือ ความร่วมมือ และการประสานงานอย่างดียิ่งจากต่างประเทศอีกด้วย

ในอีกกรณีหนึ่ง กรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา หรือองค์กรที่ไม่ได้ประกอบการค้าหาทำไร ซึ่งตามกฎหมายต้นแบบไม่ได้กำหนดถึงกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้บริโภค หรือประชาชนโดยทั่วไปไว้โดยเฉพาะ หรือไม่ได้มีการบัญญัติถึงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะต่อการล้มละลายขององค์กรที่มีได้ประกอบการค้าหาทำไร ซึ่งประเทศไทยอาจมีความประสงค์ที่ต้องการแยกลูกหนี้ที่เป็นบุคคลประเภทนี้ออกจากการบังคับใช้ของกฎหมายรับหลักการที่จะบัญญัติขึ้นก็สามารถที่จะดำเนินการได้ เพราะอาจจะพิจารณาว่าการ ล้มละลายที่เกิดขึ้นในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย โดยมีหนี้สินที่เกิดขึ้นนั้นเป็นหนี้สินส่วนบุคคลในการดำเนินชีวิตตามปกติของบุคคลนั้น มิใช่เป็นหนี้สินที่เกิดจาก

การทำธุรกิจการค้าแต่อย่างใด ซึ่งรวมถึงในกรณีที่เป็นองค์กรที่มีได้ประกอบการค้าหากำไรด้วย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายรับหลักการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจึงควรที่จะแยกออกมาโดยเฉพาะจากกฎหมายรับหลักการที่จะบัญญัติขึ้น เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายมากที่สุด แต่ทั้งนี้ประเทศไทยอาจทำการกำหนดเพดานหนี้ชั้นสูงของลูกหนี้ประเภทนี้ไว้ด้วยก็ได้ว่า กฎหมายรับหลักการนั้นให้มีผลบังคับใช้กับลูกหนี้ประเภทนี้ด้วยหากมีจำนวนหนี้ตั้งแต่เท่าใดเป็นต้นไปก็สามารถที่จะกำหนดไว้ได้ เป็นต้น

5.4 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

การที่ประเทศไทยจะยอมเปิดตัวเอง โดยให้การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจากต่างประเทศพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องที่ใหญ่มาก และเป็นเรื่องที่สำคัญโดยเฉพาะเป็นประเด็นของเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลในประเทศไทย⁵⁷ การที่ประเทศไทยจะยอมรับกระบวนการพิทักษ์ทรัพย์ หรือกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยอยู่ในรูปของการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ซึ่งจะทำให้เกิดผลในการรับรองตามมาโดยเฉพาะผลที่จะเกิดขึ้นในประเทศไทย จึงมีผลเสมือนหนึ่งว่าการที่ประเทศไทยให้การยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นการที่ประเทศไทยให้การยอมรับต่อเขตอำนาจศาลของต่างประเทศในทางอ้อม เพราะเป็นการยอมรับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ให้มีผลของกระบวนการพิจารณานั้นเกิดขึ้นในประเทศไทยได้ โดยเฉพาะที่สำคัญ คือ การมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ในในประเทศไทย เป็นต้นว่า การให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้ง ดูแล จัดการ รวมทั้งจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ที่มีอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย⁵⁸ หรือในกรณีการให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้ง ดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่มีอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย⁵⁹

เพราะฉะนั้น การที่ประเทศไทยจะให้การยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในรูปแบบของการให้การรับรองในฐานะที่กระบวนการพิจารณานั้นได้มีการเริ่มขึ้น หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นโดยศาลล้มละลายในประเทศไทย ซึ่งจะมีผลของการให้การรับรองมีผลขึ้นในประเทศไทยโดยเปรียบเทียบเสมือนว่าเป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้น หรือมีขึ้นในประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายรับหลักการของประเทศไทยหากจะมีขึ้นนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติจากกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศไทยที่มีอยู่ โดยเฉพาะที่เห็นชัดเจนและเป็นการแตกต่างอย่างสิ้นเชิง คือ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติล้มละลาย ในหมวด

⁵⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.1 ขอบเขตของเขตอำนาจรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ และ 3.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาล.

⁵⁸Article 21 (1) (e) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁵⁹อ้างแล้ว, Article 21 (2).

8 ว่าด้วยบทบัญญัติเบ็ดเสร็จ ส่วนที่ 2 ว่าด้วยการล้มละลายเกี่ยวกับต่างประเทศ ในมาตรา 177⁶⁰ จึงพิจารณาได้ว่ากฎหมายรับหลักการซึ่งหากจะมีขึ้นแล้ว โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ซึ่งพิจารณาได้ว่าเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของกฎหมายรับหลักการจะเป็นการไม่ สอดคล้อง หรือไม่รับต่อพระราชบัญญัติล้มละลาย อันถึงขั้นที่พิจารณาได้ว่าเป็นการแตกต่างอย่างสิ้นเชิง หรือเป็นการขัดแย้งกันนั่นเอง

กฎหมายรับหลักการในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ พิจารณาได้ว่าแม้กฎหมายรับหลักการจะมีฐานะเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย แต่เกี่ยวกับบทบัญญัติในการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เป็นเสมือนหนึ่งบทบัญญัติที่มีผลในทางระหว่างประเทศ (international application) เพราะไม่ได้มีผลในการบังคับใช้บทบัญญัตินั้นเฉพาะแต่ในประเทศไทยเท่านั้น แต่สามารถนำบทบัญญัตินั้นมาใช้ได้ต่อทุกกระบวนการพิจารณาดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ในการนำกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นมาขอการยอมรับ หรือขอการรับรองจากศาลล้มละลายในประเทศไทยโดยอาศัยกฎหมายรับหลักการ กฎหมาย รับหลักการจึงเปรียบเสมือนมีผลในทางระหว่างประเทศถึงแม้จะเป็นกฎหมายภายใน

ทั้งนี้เพราะกฎหมายรับหลักการเป็นการรับหลักการมาจากกฎหมายต้นแบบ ซึ่งกฎหมายต้นแบบมีรากฐานความเป็นมาจากการร่วมมือ และการประสานงานโดยฝ่ายต่างๆ ในระดับระหว่างประเทศ เป็นการพิจารณากลับกรองจากข้อเสนอ และความคิดเห็นจากหลายประเทศทั่วโลก และโดยการกลั่นกรองนำหลักการที่สำคัญจากสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการล้มละลายมาบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบ⁶¹ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบมีที่มาจากกฎหมายที่เป็นระหว่างประเทศ ดังปรากฏในกฎหมายต้นแบบเองที่กำหนดว่าในการตีความกฎหมายต้นแบบและกฎหมายรับหลักการนั้น ให้คำนึงถึงแหล่งที่มาที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ⁶²

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากมาตรา 177 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย และกฎหมายต้นแบบ มีที่มาหรือรากฐานความเป็นมาที่แตกต่างกัน โดยพระราชบัญญัติล้มละลายเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยมีที่มาจากกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวกับการล้มละลาย แต่กฎหมายต้นแบบมีรากฐานความเป็นมาในทางระหว่างประเทศ หรือมีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้น ทั้งนี้เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่ต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติ ล้มละลายเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย ที่มีจุดประสงค์ในการบังคับใช้ต่อคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นภายในประเทศ หรือคดีล้มละลายภายในประเทศไทยเท่านั้น ซึ่งจะพิจารณาได้จากบทบัญญัติในมาตรา 177 ของพระราชบัญญัติล้มละลายเองที่ไม่เพียงแต่เป็นการกีดกันผลของการพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายตามกฎหมายของต่างประเทศ ที่จะไม่ให้มีผลต่อทรัพย์สินของ ลูกหนี้ที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้น⁶³ ไม่ว่าลูกหนี้นั้นจะมีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

⁶⁰มาตรา 177 วรรคสอง บัญญัติว่า “การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศอื่น ไม่มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร.”

⁶¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.1 หลักการและความเป็นมาแห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁶²Article 8 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁶³มาตรา 177 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

อาณาจักไทยหรือไม่ และลูกหนี้จะมีทรัพย์สินอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทยมากถึงขนาดเพียงใดก็ตาม แต่เป็นเพียงเพราะลูกหนี้ผู้นั้นอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายของต่างประเทศเท่านั้น

แต่มาตรา 177 ดังกล่าว ยังเป็นการปิดกั้นหรือจำกัดตัวเองว่า การพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น จะมีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตลอดและเฉพาะแต่ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น⁶⁴ ไม่ว่าลูกหนี้ผู้นั้นจะมีสัญชาติต่างประเทศ มีภูมิลำเนา หรือมีถิ่นที่อยู่ อยู่ในต่างประเทศ และลูกหนี้ผู้นั้นจะมีทรัพย์สินมากมายเพียงใดอยู่ในต่างประเทศก็ตาม การพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายก็จะมีผลแต่เฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น โดยไม่สามารถที่จะจัดการ หรือทำการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศได้เลย ถึงแม้ลูกหนี้จะมีทรัพย์สินอยู่เฉพาะแต่ในต่างประเทศเท่านั้นโดยไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ผู้นั้นมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทยเลย ซึ่งจะมีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ในประเทศไทย ที่ไม่สามารถจะได้รับความชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของ ลูกหนี้เลย ด้วยเหตุผลเพียงเพราะว่ากระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในลูกหนี้ผู้นั้น ได้เริ่มขึ้นในประเทศไทยเท่านั้นเอง ทั้งนี้เป็นเพราะพระราชบัญญัติล้มละลายมีผลบังคับใช้แต่เฉพาะคดี ล้มละลายที่มีขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น

แต่ในอีกแง่มุมหนึ่ง คือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบ มีจุดประสงค์ในการเยียวยาแก้ไขปัญหาของคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross-border insolvency cases)⁶⁵ ซึ่งไม่ใช่เป็นคดีล้มละลายที่มีจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือตัวลูกหนี้เอง อยู่แต่เพียงในประเทศใดประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น อันจะสามารถเยียวยาแก้ไขปัญหาของคดีล้มละลายนั้นให้ลุล่วงไปได้ โดยอาศัยเพียงแต่บทบัญญัติของกฎหมายล้มละลายภายในประเทศเท่านั้น แต่เนื่องจากเป็นเพราะลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติที่นั่นเองที่เป็นคดีที่มีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ⁶⁶ ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเพื่อทำการเยียวยาแก้ไขปัญหามาตามกฎหมายล้มละลายภายในที่มีอยู่ได้ แต่จะต้องอาศัยกฎหมายล้มละลายที่มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงการแก้ไขปัญหา หรือทำการเยียวยาคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศเหล่านี้ได้ อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายต้นแบบ และกฎหมายรับหลักการที่จะมีขึ้น

ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การที่กระบวนการพิจารณาคดีจะเริ่มขึ้นในประเทศใด ลูกหนี้ในคดีล้มละลายนั้นไม่สามารถที่จะเลือกได้ว่าเจ้าหนี้ของตน จะทำการฟ้องร้องต่อศาลของประเทศใดที่กฎหมายล้มละลายภายในของประเทศนั้นบัญญัติให้สามารถฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายต่อตนได้หากเผชิญเป็นการฟ้องร้องต่อศาลใน

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶⁴มาตรา 177 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัตินี้มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตลอดและเฉพาะแต่ในราชอาณาจักร.”

⁶⁵อารัมภบท (Preamble) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁶⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 จุดเกาะเกี่ยว.

ประเทศที่ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินอยู่เลย ก็ถือว่าเป็นเคราะห์ดีของลูกหนี้ผู้นั้นที่กฎหมายล้มละลายภายในของประเทศนั้นจะไม่มีผลบังคับอะไรได้กับทรัพย์สินของตนที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง หรือกรณีลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ในประเทศนั้นเพียงเล็กน้อยก็สามารถบังคับกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เท่าเพียงนั่นเอง

ดังนั้น การที่กองทรัพย์สินของลูกหนี้จะถูกนำมาบังคับเฉลี่ยใช้หนี้มากน้อยเพียงใด จึงขึ้นอยู่กับว่าเจ้าหนี้ได้ฟ้องร้องตนเป็นคดีล้มละลายต่อศาลในประเทศใดด้วย และในทางกลับกันการที่เจ้าหนี้ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ที่เป็นผู้เริ่ม หรือฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายขึ้นหรือไม่ จะได้รับเฉลี่ยใช้หนี้คืนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นจำนวนมากน้อยเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับเจ้าหนี้เป็นผู้เป็นโจทก์ หรือเจ้าหนี้ผู้เริ่มคดีล้มละลายนั้นขึ้นว่าได้เริ่มคดี หรือฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายขึ้นในประเทศใด โดยเฉพาะเจ้าหนี้ผู้มีใช้เป็นผู้เริ่มคดี หรือเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์นี้ เจ้าหนี้ผู้นั้นจะได้เฉลี่ยใช้หนี้คืนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในจำนวนเท่าใด หรือไม่ได้รับเลย จึงขึ้นอยู่กับเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ว่าได้เริ่มคดีขึ้นในประเทศใดด้วย

เจ้าหนี้ที่มีสิทธิแต่ขอรับเฉลี่ยหนี้โดยการยื่นคำขอรับชำระหนี้ หรือเจ้าหนี้ที่มีใช้เป็นผู้เริ่มคดีล้มละลายอันเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์นี้ จะไม่มีสิทธิเลือกได้เลยว่าจะให้กระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายนั้นขึ้นในประเทศใด หากเผชิญเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ได้เริ่มคดีล้มละลายขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่มาก แม้จะเป็นต่างประเทศที่เจ้าหนี้อื่นจะมีได้มีภูมิลำเนาอยู่ เจ้าหนี้อื่นก็สามารถที่จะใช้สิทธิในฐานะเจ้าหนี้ต่างประเทศในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ เพื่อขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศนั้นได้ ตามกฎหมายล้มละลายของประเทศนั้นที่ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ แต่หากเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ได้เริ่มคดีขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่เพียงเล็กน้อย หรือไม่มีอยู่เลย ก็จะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้อื่นในการยื่นคำขอรับชำระหนี้ซึ่งอาจจะไม่ได้รับชำระหนี้เลย หากยังคงยึดถือตามหลักกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศ ที่ให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นมีผลเฉพาะเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดและเฉพาะในประเทศนั้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ในประเทศนั้นเองที่ไม่สามารถขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศได้ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 177 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายของประเทศไทย

เพราะฉะนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ประเทศไทยควรที่จะรับหลักการเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของกฎหมายต้นแบบ มาปรากฏอยู่ในกฎหมายรับหลักการของประเทศไทย ทั้งนี้โดยเฉพาะก็เพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในประเทศไทยเอง ทั้งนี้อาจไม่ต้องทำการแก้ไขบทบัญญัติที่มีอยู่ในมาตรา 177 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายก็ได้ เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่าเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้มาตรา 177 นี้กับกฎหมายรับหลักการที่จะมีขึ้นนั้นมีความแตกต่างกัน และมีจุดมุ่งหมายในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายคนละประเภทของคดีดังที่ได้เรียนเสนอในข้างต้น ดังนั้นจึงไม่น่าจะเกิดความขัดแย้งกันในการบังคับใช้กฎหมายรับหลักการกับมาตรา 177 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย

ในการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการ มีประเด็นหลักที่จะต้องพิจารณาว่าจะกำหนดให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศใด จะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding)⁶⁷ หรือจะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (foreign non-main proceeding)⁶⁸ ดังที่จะได้กล่าวในรายละเอียดดังนี้

5.4.1 ประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นได้มีการเริ่มขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลาง ผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interests) ตามกฎหมายรับหลักการ กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นควรที่จะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็น “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” (foreign main proceeding)⁶⁹ ในร่างการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลาย ข้ามชาติของประเทศญี่ปุ่น (Revision Outline) ซึ่งได้เสนอโดยกลุ่มนักวิชาการในมหาวิทยาลัยในประเทศญี่ปุ่น ในร่างดังกล่าวได้กำหนดให้กระบวนการล้มละลายในประเทศญี่ปุ่นควรจะมีผลบังคับในต่างประเทศด้วย หากกระบวนการพิจารณาดีล้มละลายที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในเขตอำนาจหลักของศาลญี่ปุ่น (principal jurisdiction) กล่าวคือศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในประเทศญี่ปุ่น⁷⁰

ปัญหาในการบัญญัติกฎหมายรับหลักการมีว่าจะกำหนดคุณสมบัติ หรือลักษณะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอย่างไร ที่จะได้รับการรับรองจากศาลล้มละลายให้เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ซึ่งการที่จะพิจารณาประเด็นนี้ได้จำเป็นต้องมีความเข้าใจก่อนว่าประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาที่เริ่มขึ้นในต่างประเทศ ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศนั้นหมายความว่าอย่างไร⁷¹ ซึ่งโดยสรุปแล้วก็คือประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ (domicile) ประเทศที่ลูกหนี้มีถิ่นที่อยู่ (residence) และในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคลได้แก่ประเทศที่ลูกหนี้มีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของ นิติบุคคลนั้น (head office) ตั้งอยู่ นอกจากนี้ตาม Draft Legislative Guide on Insolvency Law ของ UNCITRAL ได้ให้คำนิยาม หรือความหมายของศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ไว้

⁶⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.1 กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding).

⁶⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.2 กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding).

⁶⁹Article 17 (2) (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁷⁰M. Takeshita (ed.), *Kokusai Tosanho* [International Insolvency Law], (Japan, 1991), p. 417.

⁷¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.4.1 โดยอาศัยศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Debtor's Center of Main Interests).

ว่าเป็นสถานที่ที่ซึ่งลูกหนี้ใช้เป็นที่บริหารจัดการผลประโยชน์ หรือส่วนได้เสียของตนโดยปกติ (on a regular basis) อันเป็นสถานที่แน่นอน และชัดเจนต่อบุคคลภายนอก⁷²

ทั้งนี้เหตุผลพิจของผู้ร่างกฎหมายรับหลักการว่าจะกำหนดลักษณะ หรือ คุณสมบัติเช่นไรนอกเหนือไปจากที่ได้กล่าวในข้างต้น โดยการพิจารณาจากผลประโยชน์ที่ลูกหนี้ได้รับเป็นหลักในประเทศนั้นๆ เป็นต้นว่า ลูกหนี้ได้ปรากฏตัว⁷³ และมีภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvent)⁷⁴ เกิดขึ้นในประเทศนั้นแม้จะไม่ใช่ประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ มีถิ่นที่อยู่ หรือมีที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลอยู่ในประเทศนั้นก็ตาม แต่ลูกหนี้มีผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้น ก็อาจจะเป็นลักษณะหรือคุณสมบัติหนึ่งที่กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้น จะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ในกฎหมายรับหลักการไม่ควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างเพราะเป็นการยากในการปฏิบัติ และอาจเกิดปัญหาในการตีความได้ ทั้งยังจะเป็นการเปิดช่องว่างให้แก่ประเทศต่างๆ ในแต่ละกระบวนพิจารณาที่จะทำการแข่งขันกัน โดยต่างตีความเพื่อประโยชน์ของฝ่ายตนเพื่อขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนพิจารณาหลัก ทั้งนี้เพราะว่า กระบวนพิจารณาต่างประเทศใดได้เป็นกระบวนพิจารณาหลัก จะมีผลในการได้รับความรับรองคุ้มครองที่เหนือกว่ากระบวนพิจารณาอื่น หรือกระบวนพิจารณารอง ดังนั้นกฎหมายรับหลักการจึงควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างจำกัด (limited) และชัดเจน (unambiguous) ไม่เกิดความคลุมเครือ หรือที่อาจตีความได้ในหลายแง่หลายนัย

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งในกฎหมายรับหลักการ คือ ในการให้การรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศที่เป็นกระบวนพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding)⁷⁵ จะได้รับการรับรองเพียงใดในกฎหมายรับหลักการ โดยกระบวนพิจารณาประเภทนี้พิจารณาได้ว่าเป็นปกติอยู่เองของกฎหมายล้มละลายภายในของแต่ละประเทศที่มักจะมีเกิดกระบวนพิจารณานี้ขึ้นอยู่เสมอ⁷⁶ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากการให้การรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศนั้น จะทำให้เกิดความคุ้มครองโดยผลของ คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณานั้นขึ้นโดยทันที

⁷²“Center of Main Interests : the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis, as such ascertainable by third parties.”

⁷³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.5 การใช้การปรากฏตัวในราชอาณาจักรของลูกหนี้ ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

⁷⁴โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.6 การใช้ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

⁷⁵Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁷⁶เช่น ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 บัญญัติว่า “ก่อนศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้เด็ดขาด เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์จะยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องขอให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ชั่วคราวก็ได้...”

หรือโดยผลของกฎหมาย (automatic stay and automatic suspend)⁷⁷ ที่จะได้รับ ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทสนั้นในประเทศไทย โดยเป็นความคุ้มครองที่แน่นอนโดยผลของกฎหมาย หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทสนั้นในตัวเองไม่มีความแน่นอน หรือชัดเจนเสียแล้ว หากให้มีความคุ้มครองประเภทนี้เกิดขึ้นในประเทศไทย นอกจากความคุ้มครองนั้นจะไม่มี ความชัดเจนในตัวของความคุ้มครองนั้นเองแล้วอันเป็นการยากในการปฏิบัติ ยิ่งก่อให้เกิดความเล็งขึ้นต่อระบบของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และโดยผลของความคุ้มครองนั้นเอง เพราะการให้ความคุ้มครองนั้นจะมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ หรือต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ เป็นต้นว่า การให้ระงับการฟ้องคดี หรือระงับการดำเนินคดีต่อไปเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หรือหน้าที่ของลูกหนี้ หรือการให้ระงับการบังคับคดีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ (stay) โดยความเสียดังกล่าวประการหนึ่งที่จะเกิดขึ้นต่อระบบของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น ได้แก่ ในการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทสเป็นกระบวนการหลักนั้น จะเป็นข้อพิสูจน์ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁷⁸ ในการพิจารณาคดีล้มละลายในลูกหนี้รายเดียวกันที่ได้เริ่มขึ้นตามกฎหมายล้มละลายภายในซึ่งอาจเป็นกฎหมายรับหลักการ หรือตามพระราชบัญญัติล้มละลายของประเทศไทย หากไม่มีหลักฐานปรากฏเป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้เป็นเพราะโดยลักษณะของกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาลนั้นเองที่ไม่มีความแน่นอน หรือสามารถที่จะมีการเปลี่ยนแปลงได้⁷⁹ ซึ่งหากมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น ก็จะมีผลกระทบต่อความคุ้มครองใดๆ ที่ได้ให้ไปแล้ว โดยเฉพาะกับบุคคล ภายนอกที่อาจต้องสูญเสียสิทธิของตนไปโดยใช่เหตุ และในทางปฏิบัติปรากฏว่ากระบวนการพิจารณา ชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาลที่มีขึ้นแล้วนั้น มีบางกรณีเท่านั้นที่ต่อมาศาลได้มีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นต่อไปตามปกติ ส่วนใหญ่ศาลจะเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกระบวนการพิจารณาเหล่านี้ในเวลาต่อมา⁸⁰ แต่ทั้งนี้ตามกฎหมายรับหลักการ ศาลล้มละลายสามารถที่จะให้ความคุ้มครองใดๆ อันเป็นความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างกาล (interim relief) ในระหว่างพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาของผู้แทนต่างประเทศได้อยู่แล้ว ซึ่งศาลล้มละลาย อาจใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทสที่ได้รับการร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาอันเป็นกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) นั้นไปพลางก่อนได้ ก่อนที่จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณานั้น⁸¹ เพื่อให้รองรับต่อสถาน

⁷⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.7.2 การให้ความคุ้มครองเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทส.

⁷⁸Article 31 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁷⁹ในกรณีของประเทศไทย เช่น ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

⁸⁰UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 69.

⁸¹โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.6.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

กรณีในการเปลี่ยนแปลงของกระบวนการพิจารณาที่อาจจะมีขึ้น หรือจนกว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นจะเป็นกระบวนการพิจารณาที่เด็ดขาดแล้ว หรือเป็นกระบวนการพิจารณาตามปกติอันมิใช่เป็นกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding)

5.4.2 ประเทศที่เป็นสถานประกอบการของลูกหนี้

การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในอีกฐานะหนึ่ง นอกจากฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการแล้ว คือ การรับรองกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) หากกระบวนการพิจารณานั้นได้เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่⁸² ดังนั้นศาลล้มละลายในประเทศไทยก็สามารถที่จะรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หากได้รับการร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาของได้นอกจากกระบวนการพิจารณาหลักแล้ว โดยประเด็นที่จะต้องพิจารณามีเช่นเดียวกับการรับรองในกระบวนการพิจารณาหลักว่า กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดลักษณะ หรือคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีการร้องขอให้รับรองในฐานะกระบวนการพิจารณารองนั้นไว้อย่างไรเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับประเทศไทย และมีความเป็นสากล

ในการพิจารณาจึงต้องทำความเข้าใจถึงคำว่า สถานประกอบการของลูกหนี้ก่อนว่ามีความหมายว่าอย่างไร⁸³ ซึ่งการที่จะถือว่าลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งนั้น นอกจากลูกหนี้จะมีการประกอบธุรกิจ (carrying on the business) อยู่ในประเทศนั้นแล้ว ลูกหนี้จะต้องมีสถานที่ประกอบธุรกิจที่แน่นอน เป็นตัวเป็นตน หรือมีสถานที่ที่คงที่ (non-transitory) ไม่ต้องมีการเคลื่อนย้ายในการดำเนินกิจการของลูกหนี้ที่เกี่ยวกับสินค้า หรือการให้บริการด้วย

ตามหลักของพระราชบัญญัติล้มละลาย ได้ยอมรับหลักการประกอบธุรกิจของ ลูกหนี้ในราชอาณาจักรเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่ง⁸⁴ ที่สามารถที่จะดำเนินคดีกับลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายได้⁸⁵ แต่มิได้กำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่าลูกหนี้จะต้องมีสถานประกอบการ หรือสถานที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยด้วย ดังนั้นในการเริ่มคดีล้มละลายตามกฎหมายภายในของประเทศไทย แม้ลูกหนี้จะไม่มีสถานประกอบการไม่ว่าจะเป็นสถานประกอบการถาวร (permanent establishment) หรือสถานประกอบการชั่วคราว (provisional

⁸²Article 17 (2) (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁸³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.4.2 โดยอาศัยสถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment).

⁸⁴โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2.1.4 การใช้การประกอบธุรกิจของลูกหนี้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว.

⁸⁵มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

establishment) ก็สามารพฟ้องร้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายได้ ซึ่งเป็นการแตกต่างจากการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นข้อสังเกตอย่างหนึ่งของกฎหมายรับหลักการหากจะมีขึ้น

เพราะฉะนั้น บทบัญญัติของกฎหมายรับหลักการในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะเป็นกระบวนการพิจารณารอง ควรจะระบุให้ชัดเจนถึงการที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศใดจะได้รับการรับรองจากศาลล้มละลายในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะต้องเริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการที่เป็นกิจจะลักษณะที่ใช้ประกอบกิจการเป็นปกติวิสัย (with human means)⁸⁶ หรือมีตัวตนที่แน่นอนที่สามารถทำการติดต่อปกติได้ ซึ่งลูกหนี้อาจมีสถานประกอบการอยู่ในหลายประเทศได้ โดยกฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดให้ชัดเจนเกี่ยวกับประเด็นเหล่านี้ เพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายที่มีความแน่นอน และมีให้เกิดปัญหาในการตีความ

เกี่ยวกับประเด็นในการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) ตามกฎหมายรับหลักการนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายรับหลักการอาจให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เป็นกระบวนการพิจารณาประเภทนี้ได้ อันเป็นการแตกต่างจากการรับรองในฐานะกระบวนการพิจารณาหลักที่ผู้วิจัยได้เสนอไปแล้วข้างต้น⁸⁷ ทั้งนี้เพราะการให้การรับรองในฐานะกระบวนการพิจารณารองเป็นการให้การรับรองอยู่ในลำดับที่รองจากการให้การรับรองในฐานะกระบวนการพิจารณาหลัก

โดยเฉพาะเมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะกระบวนการพิจารณารอง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองทันทีตามกฎหมายโดยผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้น (automatic relief) ซึ่งเป็นการแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาหลัก จึงเป็นการส่งผลให้การคุ้มครองใดๆ ต่อกระบวนการพิจารณารองซึ่งจะมีขึ้นโดยศาลล้มละลายนั้นจะต้องมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศก่อน โดยศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นเรื่อยๆ และเป็นรายการนี้ไปได้ ศาลล้มละลายจึงสามารถทำการควบคุมต่อความคุ้มครองใดๆ ที่ศาลจะให้ได้อันเป็นการแตกต่างจากความคุ้มครองที่มีขึ้นโดยผลของการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาหลักซึ่งมีผลขึ้นทันที (automatic) เมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้น ทำให้ศาลล้มละลายไม่สามารถควบคุมการให้ความคุ้มครองนั้นได้

ทั้งนี้เพราะโดยลักษณะของกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) นั้นเองที่มีการขอให้ศาลล้มละลายรับรอง ศาลในต่างประเทศที่เริ่มกระบวนการพิจารณานั้นขึ้นอาจทำการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกระบวนการพิจารณาเหล่านี้ในขณะที่ใดก็ได้ ศาลล้มละลายจึงควรที่จะสามารถควบคุมการให้ความคุ้มครองใดๆ ที่ศาลจะให้ได้ และควรที่จะกำหนดให้ศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจในการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกความ คุ้มครองใดๆ ที่ศาลล้มละลายได้ให้ไปแล้วได้ด้วย⁸⁸ เพื่อเป็นการ

⁸⁶Article 2 (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁸⁷ในหัวข้อ 5.4.1 ประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้.

⁸⁸Article 22 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ป้องกันมิให้บุคคลภายนอกในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งอาจได้รับความเสียหายเมื่อมีการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) จากศาลต่างประเทศในเวลาต่อมา

5.4.3 การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยผู้แทนต่างประเทศ

กฎหมายรับหลักการควรที่จะให้สิทธิแก่บุคคลใดบ้าง ในการร้องขอต่อศาล ล้มละลายให้ การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ เนื่องจากเมื่อเกิดกระบวนการคดีล้มละลายขึ้นในต่างประเทศ และมีความประสงค์ให้กระบวนการพิจารณานั้นได้รับการยอมรับ และรับรองโดยศาลล้มละลายในประเทศไทย เพื่อให้เกิดมีผลของการรับรองขึ้นในประเทศไทย เป็นการที่ประเทศไทยให้สิทธิแก่ต่างประเทศในการใช้สิทธิดังกล่าว ตามกฎหมายรับหลักการ ดังนั้นจึงควรเป็นการให้สิทธิอย่างจำกัดโดยเฉพาะบุคคลผู้ใช้สิทธิ ซึ่งในหลายๆ ประเทศก็ได้คำนึงถึงประเด็นนี้เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของแต่ละรัฐโดยเฉพาะ เขตอำนาจศาล (court jurisdiction) กฎหมายต้นแบบก็ได้เล็งเห็นถึงประเด็นนี้ จึงได้กำหนดให้จำกัดผู้ที่จะใช้ สิทธิในการยื่นคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศได้เพียงบุคคล หรือหน่วยงานเดียวที่มีการแต่งตั้งขึ้น จากต่างประเทศอย่างถูกต้อง ในนามของต่างประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณา ล้มละลายนั้นขึ้นซึ่งเรียกว่า “ผู้ แทนต่างประเทศ” (foreign representative)

ผู้วิจัยมีความเห็นพ้องด้วยกับการที่จะจำกัดบุคคลผู้ที่จะขอใช้สิทธิในการขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองต่อกระบวนการคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยเฉพาะเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) และเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ของประเทศไทย และการกำหนดให้เฉพาะแต่ผู้ที่เป็นผู้แทนของแต่ละประเทศอย่างถูกต้องเพียงบุคคล หรือหน่วยงานเดียวเท่านั้นเป็นผู้ที่จะใช้สิทธินี้ในกฎหมายรับหลักการจึงมีความเหมาะสมดีแล้ว อีกทั้งยังเป็นสอดคล้องต่อกฎหมายต้นแบบด้วย

บุคคลผู้ที่จะเป็นผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ในการเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศไทยตามกฎหมายรับหลักการ สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองประเภทใหญ่ คือ

ประเภทแรก จะเป็นเจ้าพนักงานของศาล หรือเจ้าพนักงานที่ได้รับแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐหรือจากศาล หรือมีอำนาจตามกฎหมายในต่างประเทศนั้น ในการเป็น ผู้แทนต่างประเทศ เพื่อเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทย ซึ่งอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น Receiver, Official Receiver, Trustee หรือ Judicial Manager

ประเภทที่สอง ผู้แทนต่างประเทศอาจจะเป็นลูกหนี้นั่นเอง ที่ได้รับการแต่งตั้ง หรือได้รับมอบอำนาจจากศาลให้มีอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สินของตน (Debtor in Possession (DIP)) ซึ่งรูปแบบของลูกหนี้ประเภทนี้กล่าวได้ว่ามีมากในปัจจุบันในแต่ละประเทศ เนื่องจากลูกหนี้เป็นผู้ที่ใกล้ชิดและรู้ปัญหาเกี่ยวกับกิจการ และการบริหารธุรกิจของตนมากกว่าบุคคลอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณา

เกี่ยวกับการฟื้นฟู กิจการ (reorganization) ซึ่งในกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือและการรับรอง กระบวนพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ (The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding) ในประเทศญี่ปุ่น ก็ได้กำหนดคำนิยามของผู้แทนต่างประเทศว่าให้หมายความรวมถึง DIP นี้ด้วย⁸⁹ โดยได้รับอิทธิพล และแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้มาจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมี DIP เป็นจำนวนมาก⁹⁰

สำหรับในกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (reorganization) แนวทางในแต่ละประเทศเกี่ยวกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนี้จะแตกต่างกันขึ้นอยู่กับนโยบายเสรีทางการค้า และนโยบายในการเข้าไปควบคุมกิจการว่ามีความเคร่งครัดเพียงใด ในแนวความคิดเกี่ยวกับการให้อำนาจจัดการแก่ลูกหนี้ หรือผู้บริหารของลูกหนี้ (DIP) นั้นเป็นแนวความคิดหลักของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวนโยบายทางล้มละลายที่เปิดกว้างอย่างมาก⁹¹ ซึ่งมีแนวความคิดว่าลูกหนี้ หรือผู้บริหารเดิมของลูกหนี้เป็นผู้ที่มีความรู้และความเข้าใจในการดำเนินธุรกิจได้ดีกว่าบุคคลภายนอก อีกทั้งการไม่ตัดสิทธิหรือจำกัดอำนาจในการบริหารของผู้บริหารของลูกหนี้จะมีส่วนช่วยให้ลูกหนี้เข้ารับการฟื้นฟูกิจการโดยสมัครใจเสียตั้งแต่ในระยะแรกของปัญหา⁹² เป็นต้นว่า ในกรณีที่ฝ่ายเจ้าหนี้ยื่นคำร้องตาม Chapter 11 แห่ง Bankruptcy Code ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อขอฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ หากลูกหนี้ยื่นคำร้องตาม Chapter 11 นี้เข้ามาด้วย ดังนี้ตามกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้มีสิทธิในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการแต่เพียงผู้เดียว ส่วนเจ้าหนี้จะมีสิทธิเสนอแผนต่อเมื่อพ้นระยะเวลา 120 วัน นับแต่วันยื่นคำร้องของลูกหนี้แล้วแต่ลูกหนี้ไม่เสนอแผนฟื้นฟูกิจการ⁹³ และในระหว่างที่อยู่ในสถานะ Automatic Stay ลูกหนี้ที่บริหารกิจการมาแต่ก่อนจะเป็น DIP ทำหน้าที่บริหารงาน และสามารถบริหารงานไปตามแผนที่เสนอได้

ในขณะที่ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ กลับมีแนวความคิดว่าเมื่อลูกหนี้ หรือผู้บริหารของลูกหนี้เป็นต้นเหตุของการมีหนี้สินล้มละลายแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงไม่ควรเข้ามามีส่วนสำคัญในกระบวนฟื้นฟูกิจการ และการให้บุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาบริหารกิจการจะทำให้การ

⁸⁹Article 2, par. 1, n. 8.

⁹⁰สัมภาษณ์, วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, รองอธิบดีกรมบังคับคดี, 8 พฤศจิกายน 2544.

⁹¹วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, “การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย (Reorganization),” อุลพาท, ปีที่ 43 เล่มที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน 2539) : หน้า 53.

⁹²The Honorable A. Jay Cristol, Chief Judge of United States Bankruptcy Court for the Southern District of Florida, การเสวนา เรื่องการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่อง และการบังคับคดีล้มละลาย, ณ ห้องประชุมสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 5-6 พฤศจิกายน 2539.

⁹³Section 11-21, Chapter 11 of the Bankruptcy Code.

ฟื้นฟูกิจการมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรมมากกว่า⁹⁴ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะในเรื่องของการต้องการความเป็นกลาง และผู้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยระบบการตรวจสอบในเรื่องความสามารถอีกด้วย สำหรับในประเทศอังกฤษ ตาม The Insolvency Act 1986 จะมีการแต่งตั้ง Administrator ขึ้นมาทำหน้าที่ในการตรวจสอบสภาพของกิจการ เสนอความเห็น และเสนอแผนฟื้นฟูกิจการหากเห็นว่ามีความเป็นไปได้ Administrator นี้เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ และได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินการในฐานะ Insolvency Practitioner โดยส่วนใหญ่จะเป็นนักบัญชี หรือนักเศรษฐศาสตร์ เมื่อมีการแต่งตั้ง Administrator แล้วบุคคลดังกล่าวนี้จะเป็นผู้มีอำนาจแต่ผู้เดียวในการดูแลกิจการระหว่างที่มีการฟื้นฟูกิจการ⁹⁵

ส่วนในประเทศสิงคโปร์นั้นก็มีหลักการที่คล้ายคลึงกัน โดยศาลจะแต่งตั้ง Judicial Manager เข้ามาดูแลแก้ไข ทำความเห็น หรือทำแผนฟื้นฟูกิจการเสนอต่อศาลและเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเข้ามาเป็น Judicial Manager นี้ อาจเป็นคนกลางโดยแท้จริง หรืออาจได้รับการเสนอโดยฝ่ายบริหารของลูกหนี้ก็ได้⁹⁶

เพราะฉะนั้นผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ตามกฎหมายรับหลักการบุคคลดังกล่าว ข้างต้นไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานของศาล ของรัฐ หรือบุคคลที่กฎหมายต่างประเทศกำหนดไว้ให้มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และได้รับการแต่งตั้ง หรือการมอบอำนาจให้เป็นผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ในการเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายรับหลักการในประเทศไทย ไม่ว่าจะบุคคลเหล่านั้นจะมีชื่อเรียกอย่างไรดังกล่าวข้างต้น หรืออาจจะเป็นลูกหนี้ที่มีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของตนเอง (DIP) ก็ได้ที่อาจจะเป็นผู้แทนต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการได้

5.4.3.1 วิธีการเข้าสู่ศาลของผู้แทนต่างประเทศ

ก. โดยการยื่นคำร้องขอ

ตามกฎหมายรับหลักการ ผู้แทนต่างประเทศมีวิธีการเข้าสู่ศาลล้มละลายตามหลักการดำเนินคดีทางศาลโดยทั่วไป เกี่ยวกับกรณีนี้ในการขอให้ศาลล้มละลายรับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ เนื่องจากเป็นคดีไม่มีข้อพิพาทเพราะเป็นการขอให้ศาลให้การ รับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดีเริ่มต้นคดีโดยการ

⁹⁴วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, การเสวนา เรื่องการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่อง และการบังคับคดีล้มละลาย, ณ ห้องประชุมสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, 5-6 พฤศจิกายน 2539.

⁹⁵Section 14 and Section 17 of the Insolvency Act 1986.

⁹⁶Section 227B (3) (d) of the Companies Act.

ยื่นคำร้องขอ (petition)⁹⁷ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การเริ่มคดีของผู้แทนต่างประเทศต่อศาลล้มละลายในประเทศไทยในกรณีนี้ มีความแตกต่างจากการเริ่มคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ซึ่งการเริ่มคดีตามพระราชบัญญัติล้มละลายจะต้องทำเป็นคำฟ้อง (plaint)⁹⁸ โดยเป็นการเริ่มคดีล้มละลายโดยแท้ (actual initiate) ในการฟ้องลูกหนี้ให้เป็นบุคคลล้มละลาย

แต่การเริ่มคดีล้มละลายโดยผู้แทนต่างประเทศในประเทศไทย โดยการขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยเป็นการร้องขอต่อศาลล้มละลายเพื่อให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่ได้เริ่มขึ้นแล้วอย่างแท้จริง (actual initiate) ในศาลต่างประเทศ⁹⁹ แต่ด้วยเหตุผลเพราะลักษณะของคดีล้มละลายนั่นเองที่มีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะการที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทย อันเป็นลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งมีความประสงค์ให้ผลของคดีล้มละลายข้ามชาตินี้มีขึ้นในประเทศไทยด้วย เพราะประเทศไทยมีจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น จึงได้ทำการยื่นคำร้องขอต่อศาลล้มละลายเพื่อให้การรับรอง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการเริ่มคดีล้มละลายในประเทศไทยทางอ้อมอันเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นทั้งหมด เพราะลักษณะแรกเริ่มของคดีนั้นโดยแท้จริงแล้วมิได้มีขึ้นในประเทศไทย แต่ก็เป็นดุลพินิจของศาลล้มละลายเช่นกันว่าจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เพื่อให้มีผลในประเทศไทยในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติหรือไม่ตามกฎหมายรับหลักการ เช่นเดียวกันกับคดีล้มละลายภายในประเทศก็เป็นดุลพินิจของศาลล้มละลายในการพิจารณาคดีว่าจะมีคำพิพากษา หรือมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ตาม พระราชบัญญัติล้มละลายหรือไม่

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการเข้าสู่ศาลล้มละลายของผู้แทนต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการเพื่อขอใช้สิทธิทางศาลในกรณีข้างต้นว่า เนื่องจากการใช้สิทธิทางศาลในกรณีทั่วไปหากบุคคลผู้ที่ได้รับแต่งตั้ง หรือได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินคดีในศาลมิใช่เป็นตัวเอง หรือคู่ความในคดีนั้นเอง แต่เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ดำเนินคดีทางศาลให้แก่ตัวความ หรือในนามของตัวความนั้นจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาต (license) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลได้ ซึ่งโดยปกติแล้วจะเป็นหนายความที่ได้รับใบอนุญาตว่าความจากสภาทนายความ หรือหน่วยงานที่มีอำนาจแล้วจึงจะมีสิทธิว่าความแทนตัวความในศาลได้ รวมถึงการดำเนินคดีทางศาลในประเทศไทยด้วย ในกรณีของผู้แทนต่างประเทศแม้จะได้รับการแต่งตั้งจากต่างประเทศเพื่อ

⁹⁷มาตรา 188 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และตาม Article 15 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

⁹⁸มาตรา 9 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

⁹⁹อย่างไรก็ตาม ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิจะยื่นคำขอเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายใต้กฎหมายรับหลักการ หรือพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้ตาม Article 11 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

เข้ามาใช้สิทธิในศาลของประเทศไทย แต่ผู้แทนต่างประเทศก็มีใจเป็นตัวความ หรือเป็นลูกหนี้ และเจ้าหน้าที่ของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเอง เพียงแต่ได้รับมอบอำนาจ หรือแต่งตั้งจากต่างประเทศในการใช้สิทธิในศาลเกี่ยวกับคดีนั้นเท่านั้น จึงเป็นปัญหาที่น่าคิดว่าในการใช้สิทธิ หรือการดำเนินคดีในศาลล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการนี้ ผู้แทนต่างประเทศจะต้องมีใบอนุญาตว่าความหรือไม่

ในประเด็นนี้แม้กฎหมายต้นแบบจะมีได้มีการบัญญัติ หรือมีการกล่าวถึงโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาโดยภาพรวม และจากเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบนั้นเอง ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากการใช้สิทธิของผู้แทนต่างประเทศในการขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ กฎหมายต้นแบบได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติ และหลักฐานประกอบที่จะต้องยื่นต่อศาล เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว¹⁰⁰ และ ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลล้มละลายซึ่งเป็นศาลในประเทศที่รับหลักการได้โดยตรง (directly)¹⁰¹ ซึ่งหมายความว่าหากผู้แทนต่างประเทศได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามกฎหมายรับหลักการครบถ้วนแล้วเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศก็สามารถที่จะใช้สิทธินี้โดยตรงต่อศาลล้มละลาย โดยเป็นผู้ที่ทำการร้องขอต่อศาล ล้มละลาย และเป็นผู้ที่ดำเนินคดีในศาลเองโดยมีต้องแต่งตั้ง หรือมอบอำนาจให้ทนายความเพื่อดำเนินการดังกล่าวอีก อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบที่จะต้องมีการดำเนินคดีในศาลโดยไม่ชักช้า¹⁰² เนื่องจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเองที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาอย่างเร่งด่วน

โดยหลักการของกฎหมายต้นแบบนี้ ไม่ได้ระบุถึงประเภทของคำขอที่ ผู้แทนต่างประเทศจะใช้สิทธิยื่นเพื่อขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาไว้ ดังนั้นภายใต้กฎหมาย รับหลักการนอกจากคำร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว กฎหมายรับหลักการอาจจะกำหนดประเภทของคำขอเข้าร่วมกระบวนการที่ผู้แทนต่างประเทศจะใช้สิทธิดังกล่าวนี้ได้ตามลักษณะของการเข้าไปมีส่วนร่วม (participation) ตามหลักการของ Article 12 แห่งกฎหมายต้นแบบได้ เป็นต้นว่า นอกจากการมีสิทธิเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายรับหลักการ¹⁰³ และการยื่นคำร้องขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ผู้แทนต่างประเทศอาจมีสิทธิเข้าร่วมประชุมในที่ประชุมเจ้าหนี้ และสามารถแสดงความคิดเห็นใดๆ ในที่ประชุมได้¹⁰⁴ หรือในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ผู้แทนต่างประเทศอาจมีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ (reorganization plan) ต่อที่ประชุมเจ้าหนี้เพื่อลงมติได้¹⁰⁵ เป็นต้น

¹⁰⁰Article 15 และ Article 16 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁰¹อ้างแล้ว, Article 9.

¹⁰²อ้างแล้ว, Article 17 (3).

¹⁰³Article 11 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁰⁴Article 198, par. 2 of the Japanese Civil Rehabilitation Act.

¹⁰⁵Ibid., par. 3.

ข. โดยการร้องขอ

ผู้แทนต่างประเทศสามารถมีสิทธิเข้าร่วมอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเป็นลักษณะของการสอดแทรก (intervention) เข้ามามีส่วนร่วมในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายของศาลล้มละลาย โดยหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน Article 24 แห่งกฎหมายต้นแบบ โดยกฎหมายต้นแบบกำหนดให้การเข้าไปมีส่วนร่วมของผู้แทนต่างประเทศในลักษณะนี้ ให้เป็นไปตามหลักกฎหมายของประเทศที่รับหลักการ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ลักษณะของการมีส่วนร่วมลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายเรื่องการร้องขอ ตามมาตรา 57 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹⁰⁶ ซึ่งตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 บัญญัติให้สามารถนำหลักกฎหมาย ดังกล่าวมาบังคับใช้ในคดีล้มละลายด้วยโดยอนุโลม

ซึ่งเมื่อนำหลักกฎหมายตามมาตรา 57 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาอนุโลมใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่อการใช้สิทธิดังกล่าวนี้ของ ผู้แทนต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการแล้ว พิจารณาได้ว่ากฎหมายรับหลักการอาจจะกำหนดให้

(1) ผู้แทนต่างประเทศอาจทำการร้องขอเข้ามามีส่วนร่วมในขณะที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในศาลล้มละลายด้วยความสมัครใจเอง เพราะเห็นว่าเป็นการ จำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรอง คู่ครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการรับรองในประเทศไทยแล้ว โดยผู้แทนต่างประเทศอาจใช้สิทธิการร้องขอเข้ามาในระหว่างที่อยู่ในชั้นของการพิจารณาคดีอยู่ในศาลล้มละลาย หรือในชั้นของการบังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายก็ได้ตามที่จะได้กำหนดไว้ในกฎหมาย รับหลักการ หากการนั้นเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของตนที่ตนเป็นผู้แทนในกระบวนการนั้น¹⁰⁷ หรือ

(2) ผู้แทนต่างประเทศอาจทำการร้องขอเข้ามามีส่วนร่วมในระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในศาลล้มละลายด้วยความสมัครใจเอง เพราะตนมีส่วนได้เสียในนามของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นตามกฎหมายรับหลักการ ในผลแห่งคดีนั้นต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ตนเป็นผู้แทนอยู่ โดยขออนุญาตต่อศาลล้มละลายขอเข้าร่วมกับฝ่ายเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ หรือขอเข้าร่วมกับฝ่ายลูกหนี้ก็ได้ หรือกฎหมายรับหลักการจะกำหนดให้ ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิขอเข้าแทนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียทีเดียว โดยได้รับความยินยอมของคู่ความฝ่ายนั้นด้วยก็ได้¹⁰⁸

¹⁰⁶มาตรา 57 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า “บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่ความอาจเข้ามาเป็นคู่ความได้ด้วยการร้องขอ...”

¹⁰⁷มาตรา 57 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.

¹⁰⁸อ้างแล้ว, มาตรา 57 (2).

นอกจากนี้ศาลล้มละลายอาจใช้สิทธิเรียกผู้แทนต่างประเทศเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีเองได้อีกด้วย โดยการหมายเรียกให้เข้ามาในคดีตามหลักการของมาตรา 57 (3) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามคำขอของผู้ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือโดยศาลสั่งเอง¹⁰⁹ ทั้งนี้โดยศาลล้มละลายสามารถที่จะทราบได้อยู่แล้วว่าบุคคล หรือหน่วยงานใดเป็นผู้แทนต่างประเทศในแต่ละกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการรับรองในประเทศไทย เพราะศาลล้มละลายเป็นผู้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั่นเอง

5.4.3.2 สิทธิและหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ

ก. สิทธิเกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอ

สิทธิของผู้แทนต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการ เกี่ยวกับการยื่น คำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น แม้ข้อเท็จจริงที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอตามกฎหมายรับหลักการต่อศาลล้มละลายจะไม่มีผลให้ผู้แทนต่างประเทศ รวมทั้งทรัพย์สิน และ กิจการของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของเขตอำนาจศาลล้มละลายเพื่อ วัตถุประสงค์อื่นใด นอกจากเพื่อวัตถุประสงค์ของการยื่นคำขอดังกล่าวเท่านั้นก็ตาม¹¹⁰ อย่างไรก็ตาม หากศาลล้มละลายจะมีคำสั่ง หรือการดำเนินการใดอันเกี่ยวข้อง หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการยื่นคำขอของผู้แทนต่างประเทศดังกล่าวแล้ว ศาลล้มละลายก็มีเขตอำนาจศาลในการดำเนินการสิ่งเหล่านั้นได้อย่างเต็มที่ เพราะเป็นการดำเนินการในประเทศไทยจึงต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลของประเทศไทยด้วย

โดยหลักการนี้ตาม Article 10 แห่งกฎหมายต้นแบบต้องการให้ประเทศที่รับหลักการของกฎหมายต้นแบบใช้อำนาจศาลที่มีอยู่ของตนอย่างระมัดระวัง เพื่อเป็นการยืนยันว่าศาลของประเทศที่รับหลักการจะไม่ใช้เขตอำนาจศาลของตนโดยความเข้าใจที่มีอยู่ หรือใช้เขตอำนาจศาลโดยข้อสันนิษฐาน (assume jurisdiction) ของตนว่ามีเหนือกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้โดยสิ้นเชิงแต่ผู้เดียวเมื่อผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเตือนใจ และทำให้เกิดความชัดเจนว่าคำพิพากษาเพียงแต่คำขอของผู้แทนต่างประเทศนั้น ไม่เป็นเหตุเพียงพอสำหรับศาลในประเทศที่รับหลักการที่จะทำการอ้างเขตอำนาจศาลเหนือผู้แทนต่างประเทศตราบใดที่เรื่องนั้นๆ ไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่จะดำเนินการในประเทศที่รับหลักการ และจะถือว่าศาลในประเทศที่ รับหลักการมีเขตอำนาจศาลเหนือกิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ต่างประเทศมิได้¹¹¹

¹⁰⁹ อ่างแล้ว, มาตรา 57 (3).

¹¹⁰ Article 10 แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรตุเกสรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.1 การเข้าสู่กระบวนการรับรองโดยผู้แทนต่างประเทศ.

¹¹¹ UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 94.

แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดเขตอำนาจศาลนี้ไม่เป็นการเด็ดขาดดังที่กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า ศาลล้มละลายยังคงมีอำนาจศาลเหนือผู้แทนต่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวกับการยื่นคำขอนั้นอย่างเต็มที่ในประเทศไทย เนื่องจากศาลล้มละลายมีเขตอำนาจศาลของตนเองตามหลักเขตอำนาจศาลภายใต้เขตอำนาจรัฐของประเทศไทยในกฎหมายระหว่างประเทศ และมีความจำเป็นที่ศาลล้มละลายจะต้องมีความชัดเจนในการเข้าสู่ความหมาย และเข้าใจเกี่ยวกับคำขอของผู้แทนต่างประเทศนั้น ดังนั้นจึงมิได้หมายความว่าผู้แทนต่างประเทศไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดที่มีอยู่ หรือไม่ต้องเปิดเผยเกี่ยวกับกิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดที่อยู่ต่างประเทศให้แก่ศาลล้มละลายทราบด้วย¹¹²

นอกจากนี้เรื่องอื่นๆ ทั่วไปที่ศาลล้มละลายมีอำนาจตามปกติตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายของประเทศไทยนั้นก็ได้ถูกจำกัดลงไปด้วย เช่น กรณีที่ผู้แทนต่างประเทศทำการละเมิด หรือกระทำการใดๆ ที่เป็นการไม่สุจริต ศาลล้มละลายก็มีอำนาจที่จะดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายของประเทศไทยต่อผู้แทนต่างประเทศนั้นได้ นอกจากนี้ผู้แทนต่างประเทศผู้ทำการยื่นขอรับความคุ้มครองใดๆ ต่อศาลล้มละลายอาจต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดๆ ตามกฎหมายรับหลักการ ซึ่งศาลล้มละลายนั้นอาจมีคำสั่งได้ในส่วนที่เกี่ยวกับการได้รับความ คุ้มครองใดๆ ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ขอให้รับรองนั้น¹¹³

ทั้งนี้ อาจพิจารณาอีกมุมหนึ่งว่าบทบัญญัติเหล่านี้ไม่มีความจำเป็นต้องปรากฏในกฎหมายรับหลักการหากศาลล้มละลายมีความเข้าใจถึงเขตอำนาจศาลของตน ไม่ใช่อำนาจศาลโดยข้อสันนิษฐานว่าตนมีเขตอำนาจศาลเหนือสิ่งเหล่านั้นดังกล่าวข้างต้น หรือมีอำนาจเด็ดขาดในทุกเรื่องเมื่อมีการยื่นคำขอของผู้แทนต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การรับหลักการของบทบัญญัติดังกล่าวไว้จะมีประโยชน์มากกว่า เพราะเป็นการขจัดความกังวลที่อาจจะมีขึ้นได้ของผู้แทนต่างประเทศ หรือเจ้าหน้าที่ต่างประเทศว่า ศาลล้มละลายจะอ้างเขตอำนาจศาลของตนอย่างเด็ดขาดเมื่อมีการยื่นคำขอดังกล่าวหรือไม่ ทำให้เกิดความกลัวไม่กล้าที่จะยื่นคำขอใดๆ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่ออันเป็นผลสะท้อนกลับให้ประเทศไทย หรือประเทศที่รับหลักการนั้นต้องสูญเสียผลประโยชน์ใดๆ ที่จะมีขึ้นที่อาจจะตกได้แก่ฝ่ายตนเมื่อมีการปฏิบัติการดังกล่าวได้โดยเฉพาะกับเจ้าหน้าที่ และผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทย

ข. หน้าที่เกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอ

ตามกฎหมายรับหลักการ ผู้แทนต่างประเทศควรมีหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการร้องขอ และกระบวนการในการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังนี้

ประการแรก ผู้แทนต่างประเทศควรมีหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งตาม Article 15 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบซึ่งกำหนดว่า “การยื่นคำขอเพื่อรับรองจะต้องประกอบด้วยข้อความที่ระบุกระบวนการพิจารณาทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ผู้แทนต่างประเทศรับรู้” ซึ่งถึงแม้ว่าศาลล้มละลายจะไม่ต้องการข้อมูล

¹¹²Ibid., par. 95.

¹¹³Article 22 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

จำนวนมากสำหรับการพิจารณาการให้การรับรอง แต่ทั้งนี้เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาในการให้ความคุ้มครองในส่วนของการพิจารณาต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดการให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสม และเพื่อเป็นการยืนยันว่าความคุ้มครองนั้นจะสอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับลูกหนี้รายเดียวกัน ซึ่งศาลล้มละลายจำเป็นต้องระมัดระวังในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่อาจเกิดขึ้น หรือมีอยู่ในประเทศต่าง ๆ¹¹⁴

นอกจากนี้ การที่กำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศต้องแจ้ง หรือระบุกระบวนการพิจารณาทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้รายเดียวกันตามกฎหมายรับหลักการนี้ ก่อให้เกิดประโยชน์ และสมเหตุสมผล เนื่องจากว่า

(1) ผู้แทนต่างประเทศเป็นผู้ที่มีข้อมูลที่ใกล้ชิด และมีความถูกต้องเกี่ยวกับข้อมูลในกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศต่างๆ มากกว่าศาล และ

(2) ผู้แทนต่างประเทศโดยพื้นฐานแล้ว จะเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการได้รับความคุ้มครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ อันเกี่ยวกับการล้มละลายทั้งหมดของลูกหนี้ โดยเฉพาะกับกระบวนการพิจารณาที่ตนเป็นผู้แทน และมีความเกี่ยวข้องกับการประสานงานในกรณีที่มีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในกระบวนการอื่น หรืออีกกระบวนการหนึ่ง หรือหลายกระบวนการ¹¹⁵

ประการที่สอง หน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของผู้แทนต่างประเทศซึ่งควรจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ โดยเป็นช่วงระยะเวลาหลังจากที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอต่อศาลล้มละลายเพื่อขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไปแล้ว หากมีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญในสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้มีการร้องขอให้รับรอง มีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญของสถานะการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หรือในกรณีที่มีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกันกับลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้มีการยื่นขอให้รับรองที่ผู้แทนต่างประเทศนั้นรับรู้¹¹⁶ ซึ่งเป็นข้อมูลที่เกิดขึ้นภายหลังนับแต่เวลาที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอต่อศาลล้มละลาย อันเป็นข้อมูลในส่วนสำคัญในการพิจารณาคำขอ และการปฏิบัติตามกระบวนการของศาลล้มละลายต่อไป

จึงควรที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการว่า ผู้แทนต่างประเทศจะต้องมีหน้าที่แจ้งต่อศาลล้มละลายให้รับทราบด้วย เนื่องจากจะมีผลต่อการมีคำพิพากษา หรือ คำสั่งของศาลล้มละลาย

¹¹⁴UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 117.

¹¹⁵หน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศที่จะต้องแจ้งให้ศาลทราบถึงข้อมูลที่ได้มาภายหลังจากการยื่นคำขอให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ได้กำหนดไว้ใน Article 18 แห่งกฎหมายต้นแบบ ส่วนการประสานงานในกรณีมีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศซ้อน ได้กำหนดไว้ใน Article 30 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹¹⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.3 หน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ.

โดยเฉพาะในด้านของการให้ความคุ้มครอง (relief) ต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) ตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายในต่างประเทศ ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงในกระบวนการพิจารณาโดยง่าย และในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศนั้นได้รับการแต่งตั้งขึ้นชั่วคราว หรือในระหว่างกาล (on an interim basis) ซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้แทนต่างประเทศในขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ตามลักษณะของคำสั่งแต่งตั้งนั่นเอง¹¹⁷

กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลล้มละลายทราบทันที ในกรณีที่มีการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายต้นแบบ¹¹⁸ และเป็นการรับกับหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของผู้แทนต่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในเบื้องต้น ซึ่งเป็นหน้าที่ในขณะที่ยื่นคำขอต่อศาลล้มละลายเพื่อเข้ารับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่ผู้แทนต่างประเทศจะต้องแถลงรายละเอียดของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ขอเข้ารับรองนั้นทั้งหมด โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับลูกหนี้ต่อศาลล้มละลายเท่าที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้ ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศในช่วงเวลาขณะยื่นคำขอ โดยในขณะเวลาต่อมาหลังจากที่ได้ยื่นคำขอไปแล้ว ได้มีการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกัน ผู้แทนต่างประเทศจึงต้องมีหน้าที่แจ้งต่อศาลล้มละลายทราบ แต่เฉพาะเท่าที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้เช่นเดียวกันโดยเป็นการขยายหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศในเวลาต่อมานั่นเอง

โดยผู้วิจัยมีความเห็นในกรณีนี้ว่า ควรจะตั้งข้อกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการว่า เป็นหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศที่จะต้องแจ้งให้ศาลล้มละลายทราบโดยทันที ในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้ โดยรวมถึงในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศควรจะได้รับรู้ด้วยในฐานะที่เป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณานั้น เมื่อมีอะไรเกิดขึ้นกับกระบวนการพิจารณาที่ตนเป็นผู้แทนอยู่ จึงควรที่จะรับรู้และมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ศาลล้มละลายทราบโดยทันที ทั้งนี้นอกจากเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วในเบื้องต้น แต่เป็นกรณีที่ศาลล้มละลายจำเป็นต้องรับทราบเพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องเกี่ยวกับการร่วมมือและการประสานงาน ในกรณีที่มีการพิจารณาต่างประเทศซ้อนเกิดขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบนั่นเอง โดยมีข้อสำคัญหลักสามประการที่ศาลล้มละลายควรต้องพิจารณาคือ

(1) หากในระหว่างพิจารณานั้น มีข้อมูลที่ศาลล้มละลายได้รับทราบจาก ผู้แทนต่างประเทศในภายหลังว่า กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศในอีกประเทศหนึ่ง หากศาลล้มละลายได้รับการร้องขอให้ รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศอีก หากศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการ

¹¹⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.4.3.1 ผู้แทนต่างประเทศ (Foreign Representative).

¹¹⁸Article 18 (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

พิจารณานั้น ศาลล้มละลายก็ควรต้องให้ความคุ้มครองที่สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศที่ได้รับ การรับรองในต่างประเทศไปแล้วด้วย

(2) ในกรณีที่ศาลล้มละลายได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศให้การรับรอง กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หากในระหว่างพิจารณานั้น มี ข้อมูลที่ศาลล้มละลายได้รับทราบจากผู้แทนต่างประเทศในภายหลังว่า กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นมีการ รับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศในอีกประเทศหนึ่ง หากศาลล้มละลายจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตาม คำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศ และให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นด้วย ความคุ้มครอง นั้นจะต้องสอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ แต่ในกรณีที่ศาลล้มละลายให้ความ คุ้มครองไป แล้ว ศาลล้มละลายควรจะต้องทำการตรวจสอบความคุ้มครองที่ยังมีผลอยู่ และควรต้องทำการแก้ไข หรือยกเลิกความคุ้มครองนั้น หากศาลล้มละลายพิจารณาว่าเป็นการไม่ สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณา หลักต่างประเทศ¹¹⁹ และ

(3) ในกรณีที่ระหว่างพิจารณาคำขอของผู้แทนต่างประเทศเพื่อขอให้รับรองกระบวนการ พิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศได้แจ้งต่อศาลล้ม ละลายในข้อมูลที่ได้รับรู้มาในภายหลังว่า ได้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็น กระบวนพิจารณาต่างประเทศในอีกประเทศหนึ่ง หากศาลล้มละลายจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้การรับรอง และให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น หรือในกรณีที่ศาลล้มละลายให้ความคุ้มครองไป แล้ว การที่ศาลล้มละลายจะให้ความคุ้มครองใด เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกความคุ้มครองใด จะต้องเพื่อเป็นการส่งเสริมและการประสานงานกันในบรรดากระบวนการพิจารณาเหล่านั้นด้วยกันด้วย¹²⁰

ประการที่สาม ตามกฎหมายรับหลักการ ศาลล้มละลายอาจมีคำสั่งให้ ผู้แทนต่าง ประเทศทำคำแปลเอกสารทั้งหมดที่ได้ยื่นต่อศาลล้มละลายได้ ให้เป็นภาษาราชการของประเทศไทย หรือเป็น ภาษาไทย เพื่อประกอบในการพิจารณาของศาลล้มละลายในการยื่นคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ของผู้แทนต่างประเทศนั้น¹²¹ ทั้งนี้เพื่อเป็นการทำให้ศาล ล้มละลาย และผู้แทนต่างประเทศมีความเข้าใจสอดคล้องร่วมกันต่อคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนี้ ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากเมื่อศาลล้ม ละลายสามารถเข้าใจเนื้อความในเอกสารทั้งหมดโดยง่าย และในเวลาอันรวดเร็ว ซึ่งจะเป็นการช่วยลด หรือย่น ระยะเวลาที่ต้องใช้ในการพิจารณาคำขอนั้นให้สั้นเข้า และยังเป็นการลดค่าใช้จ่ายที่อาจจะเพิ่มขึ้นอีกด้วย

ประการที่ดี กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดหน้าที่แก่ผู้แทนต่างประเทศอันเป็น เงื่อนไขในการขอรับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ในการวางเงินประกันค่าใช้จ่ายต่อการดำเนิน กระบวนพิจารณาคดีในประเทศไทย เช่นเดียวกับกฎหมายรับหลักการของประเทศญี่ปุ่น¹²² ทั้งนี้ อาจ

¹¹⁹Article 30 (a) และ (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹²⁰อ้างแล้ว, Article 30 (c).

¹²¹Article 15 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹²²Article 19 of the Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding.

พิจารณาในทัศนะหนึ่งว่าเป็นการแสดงถึงความสุจริตใจในการขอใช้สิทธิ โดยอาจกำหนดเงินส่วนหนึ่งเป็นค่าธรรมเนียมศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์การดำเนินคดีทางศาลในกรณีคดีทั่วไป และโดยเฉพาะเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของหน่วยงาน หรือบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย อาทิ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และ

ประการสุดท้าย เกี่ยวกับคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการ ควรเป็นหน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศในภาวะการพิสูจน์ต่างๆ ในคำขอ รับรองนั้น เพื่อให้ศาลล้มละลายเชื่อว่า มีมูลความจริงนอกจากหลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอและ ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรองแล้ว¹²³ โดยเฉพาะการพิสูจน์ถึงศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของ ลูกหนี้ (debtor's center of main interests) เป็นต้นว่า ภูมิลำเนาของลูกหนี้¹²⁴ ในกรณีที่ขอรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ หรือการพิสูจน์เกี่ยวกับสถานที่ประกอบธุรกิจ หรือสถานประกอบการ (establishment)¹²⁵ ของลูกหนี้ ในกรณีที่ขอรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

5.4.4 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง

กฎหมายรับหลักการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยื่นคำขอของผู้แทนต่างประเทศ และข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรองของศาลล้มละลาย มีข้อสำคัญในการพิจารณา ดังนี้

ประการแรก กฎหมายรับหลักการควรจะมีการกำหนดถึงข้อกำหนดหลักที่ผู้แทนต่างประเทศต้องปฏิบัติในการยื่นคำขอเพื่อขอรับการรับรองกระบวนการพิจารณา โดยกฎหมายรับหลักการควรมีแนวทางในการลดความยุ่งยากของขั้นตอนในการปฏิบัติในการขอให้รับรองกระบวนการพิจารณา เช่น ขั้นตอนการเข้าสู่ศาลของผู้แทนต่างประเทศ โดยอาจจะมีการกำหนด หรือเปลี่ยนแปลงนอกเหนือไปจากกฎหมายต้นแบบได้ แต่ควรมีแนวทางหลักที่สอดคล้องกัน

ประการที่สอง กฎหมายรับหลักการควรมีการกำหนดบทข้อสันนิษฐานเพื่อให้เกิดความง่าย หรือความคล่องตัวในรูปแบบที่ช่วยให้ผู้แทนต่างประเทศสามารถได้รับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่รวดเร็ว¹²⁶ โดยกฎหมายรับหลักการอาจให้มีข้อสันนิษฐานว่า เอกสารที่ยื่นประกอบคำขอการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสารในรูปแบบ หรือ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹²³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.4.4 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง.

¹²⁴Article 20 of the Japanese Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding.

¹²⁵Ibid.

¹²⁶โปรดดูรายละเอียดใน Article 16 “Presumptions Concerning Recognition” ของกฎหมายต้นแบบ ภาคผนวก ก.

วิธีการที่พิเศษใดๆ โดยเฉพาะกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) โดยศาลล้มละลายอาจมีสิทธิที่จะสันนิษฐานว่าเอกสารเหล่านั้นเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริง ไม่ว่าจะได้รับการรับรองแห่งกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือไม่¹²⁷ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นการรองรับต่อลักษณะของคดี ล้มละลายข้ามชาติที่ควรได้รับการพิจารณาโดยเร่งด่วนจากศาล เนื่องจากกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) เป็นเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่บ่อยครั้งจะใช้ในรูปแบบที่เป็นทางการ (formal) ซึ่งต้องมีผู้แทนทางการทูต หรือกงสุลของรัฐ หรือประเทศที่เอกสารนั้นได้ถูกทำขึ้น (produced) ในรัฐหรือประเทศนั้นให้การรับรองความถูกต้องแท้จริงของลายมือชื่อ ความสามารถของบุคคลที่ลงลายมือชื่อในเอกสารนั้น หรือตราประทับและรอยประทับใดๆ ในเอกสารหากมีขึ้น

อย่างไรก็ตาม ศาลล้มละลายก็ยังคงมีดุลพินิจที่จะปฏิเสธตามข้อสันนิษฐานที่อาจจะมีกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการได้ โดยอาจพิจารณาว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่สามารถใช้ได้ แม้จะได้มีการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือไม่ ซึ่งผลที่จะเป็นประการใดนั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจในการ ยืนยันว่าเอกสารนั้นมีแหล่ง หรือต้นกำเนิดอย่างถูกต้องที่มาจากศาลอื่นหรือศาลต่างประเทศหรือไม่ ถึงแม้ว่าเอกสารนั้นจะปราศจากการผ่านกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) ในกรณีของคดีอื่นๆ โดยทั่วไปที่ไม่ใช่คดีล้มละลาย ศาลอาจจะไม่เต็มใจที่จะปฏิบัติเช่นนั้น ในพื้นฐานที่ว่าเป็นเอกสารต่างประเทศที่ไม่ผ่านกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เอกสารนั้นมีที่มา หรือได้ถูกทำขึ้นจากศาล หรือจากเขตอำนาจของศาลอื่นที่ไม่เป็นที่รู้จักหรือแพร่หลาย (unfamiliar) ในระหว่างประเทศ¹²⁸ แต่เกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ บทข้อสันนิษฐานนี้ในกฎหมายรับหลักการจะมีประโยชน์อย่างมาก เนื่องจากว่ากระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) นี้อาจจะมีขั้นตอนหรือกระบวนการที่ยุ่งยาก (cumbersome) และต้องใช้เวลามาก (time-consuming) โดยเฉพาะในบางประเทศนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับกฏปฏิบัติของเจ้าหน้าที่หลายระดับมาก¹²⁹ จึงไม่มีความเหมาะสมในการที่จะนำหลักการนี้มากำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ เพื่อบังคับใช้กับคดี ล้มละลายข้ามชาติ

ทั้งนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าการผ่อนคลายของหลักกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) ตามบทบัญญัติในกฎหมายรับหลักการนี้ อาจมีคำถามเกิดขึ้นว่าจะเป็นการขัดแย้งกับภาวะผูกพันหรือหน้าที่ในทางระหว่างประเทศของประเทศที่รับหลักการหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประเทศต่างๆ แล้วหลายประเทศได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้การยอมรับ หรือรับรองของกระบวนการ

¹²⁷UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 113.

¹²⁸Ibid., par. 114.

¹²⁹Ibid.

รับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) แห่งเอกสารร่วมกัน เช่น The Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Documents 1961¹³⁰ ซึ่งได้มีการรับรองในการประชุม ณ กรุงเฮก ว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (the Hague Conference on Private International Law)¹³¹ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดรูปแบบของกระบวนการเฉพาะอย่างง่าย ๆ ในกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมายแห่งเอกสาร (legalization of documents) ในเอกสารที่มาจาก หรือมีต้นกำเนิดจากประเทศที่ได้เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตามตามอนุสัญญาฉบับนี้ในหลายกรณีก็ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีลักษณะค่อนข้างเป็นทางการ แต่ก็ได้ละเว้น กฎเกณฑ์บางประการ เพื่อให้กระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมายแห่งเอกสารดังกล่าวข้างต้นง่ายขึ้น ดังนั้นความขัดแย้งในประเด็นนี้จึงไม่น่าจะเกิดขึ้น โดยเฉพาะกับประเทศไทยซึ่งมิได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนี้¹³²

นอกจากนี้ ประเด็นปัญหาของกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) แห่งเอกสารตามกฎหมายรับหลักการจะไม่มีปัญหาเกิดขึ้นเลยในกรณีที่รัฐ หรือประเทศแห่งเจ้าของเอกสารที่ได้ถูกทำขึ้น ได้มีกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือหลักปฏิบัติที่บังคับภายในรัฐ หรือประเทศนั้น หรือมีข้อตกลงระดับทวิภาคี หรือพหุภาคีระหว่างประเทศที่ได้ทำการยกเลิก ขจัด หรือทำให้กระบวนการดังกล่าวข้างต้น หรือได้กำหนดให้มีการยกเว้นตัวเอกสารนั่นเองจากกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) แห่งเอกสารทั้งนี้ตาม Article 3 แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งเกี่ยวกับในกรณีที่กฎหมายรับหลักการขัดกับหน้าที่ หรือพันธกรณีของประเทศที่รับหลักการที่มีอยู่ตามสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือข้อตกลงอื่นใดที่ประเทศที่รับหลักการเป็นคู่สัญญากับประเทศอื่นไม่ว่าประเทศเดียวหรือหลายประเทศ ให้ข้อกำหนดของสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ซึ่งในกรณีของประเทศไทยไม่ได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับประเด็นนี้ดังกล่าวข้างต้น

ประการที่สาม เพื่อเป็นการป้องกันในกรณีที่จะไม่ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ เนื่องจากเหตุเพียงเพราะไม่สอดคล้อง หรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดทางเทคนิค หรือหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ เป็นต้นว่า ในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศยื่นคำขอไม่สามารถยื่น หรือนำส่งเอกสารให้ครบตามรายละเอียดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรับหลักการ ซึ่งตาม Article 15 (2) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบเป็นบทผ่อนคลายเป็นให้นำเอกสารอื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน Article 15 (2) (a) และ (b) มายื่นแทนได้ อย่างไรก็ตามหากมีการรับหลักการนี้ไว้ในกฎหมายรับหลักการ บทบัญญัตินี้ก็มิใช่เป็นการบังคับอำนาจของศาลล้มละลายที่จะต้องยื่นตาม และยอมรับการเสนอหลักฐานของผู้แทนต่างประเทศทุกกรณีไป แต่เป็นกรณีที่กฎหมายรับหลักการเพียงต้องการให้ประเทศที่รับหลักการคงไว้ซึ่งหลักการยึดหยุ่นเท่านั้น เพราะอย่างไรเสียแล้ว ศาลล้มละลายก็อาจมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายรับหลักการว่า เอกสารที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นเพื่อประกอบการ

¹³⁰United Nations, *Treaty Series*, vol. 527, No. 7625.

¹³¹เป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับโลก เพื่อทำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) ให้เป็นเอกรูปีในทางระหว่างประเทศ (international unification).

¹³²ข้อมูลจากกรมสนธิสัญญา กระทรวงการต่างประเทศ.

พิจารณาให้ศาลล้มละลายรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริงไม่ว่าจะถูกทำขึ้น โดยได้รับการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือไม่¹³³ และ

ประการสุดท้าย ตามกฎหมายรับหลักการ ควรกำหนดให้ศาลล้มละลายอาจมี คำสั่งให้ทำ คำแปลเอกสารทั้งหมดที่ได้ยื่นต่อศาลล้มละลายได้ เป็นภาษาราชการของประเทศไทย หรือเป็นภาษาไทย เพื่อ ประกอบในการพิจารณาของศาลล้มละลายทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ศาล ล้มละลาย และผู้แทนต่างประเทศมีความเข้าใจสอดคล้องร่วมกันต่อคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนี้ ซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมาก เมื่อศาลล้มละลายสามารถเข้าใจเนื้อความในเอกสารทั้งหมดโดยง่าย และในเวลาอันรวดเร็ว

อนึ่ง กฎหมายต้นแบบมิได้มีการจำกัดอำนาจของศาลล้มละลาย และไม่ได้บัญญัติถึงวิธีแก้ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของการพิจารณาความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในกรณีนี้ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศที่รับ หลักการ การที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ แล้ว หากผู้แทนต่างประเทศ หรือคู่ความที่เกี่ยวข้องในคดีขาดพิจารณา หรือเรื่องอื่นใดเกี่ยวกับวิธีพิจารณา ความ ศาลล้มละลายก็มีอำนาจที่จะดำเนินการใดๆ ไปตามปกติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความได้ โดยอาจ กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลาย เช่น พระราชจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ข้อกำหนดของศาลล้มละลาย หรือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทยที่มีอยู่อันเป็นการดำเนินคดีในศาลไทย หรืออาจจะกำหนด วิธีพิจารณาความไว้โดยเฉพาะในกฎหมายรับหลักการก็ได้

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติของประเทศที่รับหลักการอาจมีปัญหาก่อเกิดขึ้นมาว่าในการพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนี้ ศาลล้มละลาย จะต้องออกหมายเรียก หมายนัด หรือคำแจ้งต่างๆ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความตามปกติของประเทศที่รับหลักการหรือไม่ ซึ่งตาม กฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลในประเทศต่างๆ หลายประเทศโดยบางประเทศอาจจะ บัญญัติไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นทีเดียว เกี่ยวกับในเรื่องของการต้องฟังความทุกฝ่ายก่อนที่ศาลจะมี คำพิพากษา หรือมีคำสั่งใดๆ ดังนั้นในการพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลในประเทศที่ รับหลักการอาจจะต้องฟังความทุกฝ่าย หรือรับฟังคู่กรณีที่เกี่ยวข้องก่อนมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใด

แต่อย่างไรก็ตาม ตามเจตนารมณ์ และหลักการของกฎหมายต้นแบบในเรื่องของการรับรอง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น มีความประสงค์ที่จะให้มีการปฏิบัติอย่างรวดเร็ว เนื่องจากในลักษณะของคดี ล้มละลายข้ามชาตินั้น การยื่นคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของผู้แทนต่างประเทศนี้มักจะอยู่ใน สถานการณ์ที่คับขัน หรืออยู่ในระหว่างช่วงหัวเลี้ยว หัวต่อซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ตกอยู่ในความเสี่ยงที่ลูกหนี้กำลัง ทำการเคลื่อนย้ายทรัพย์สิน เพื่อ ปกปิดซ่อนเร้น หรือทำการจำหน่ายทรัพย์สินของตนไปให้กับบุคคลที่ใกล้ชิด

¹³³Article 16 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ของตนเพื่อปกป้องทรัพย์สินไว้ โดยสิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้การพิจารณาคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศต้องกระทำโดยรวดเร็ว การส่งหมายนัดหมายแจ้งใดๆ ของศาลในประเทศที่รับหลักการ ที่อาจต้องใช้เวลามากก่อนที่จะศาลจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ต่อคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจึงควรที่จะได้รับการยกเว้น¹³⁴ รวมทั้งในประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะการที่จะต้องส่งให้แก่บุคคลที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่ใช้เวลาไม่มาก และมีเหตุผลเพื่อความ ยุติธรรมแก่คดี และแก่คู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบที่ได้กำหนดให้มีการตัดสินเกี่ยวกับคำขอรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยไม่ชักช้าด้วย¹³⁵

5.5 คำพิพากษาหรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เมื่อผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลล้มละลายให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลล้มละลายจะทำการพิจารณาคำขอและมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ต่อคำขอนั้น โดยกระบวนการพิจารณาคำขอของศาลล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการควรจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ Article 17 (1) (a) - (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ¹³⁶ หากศาลล้มละลายพิจารณาได้ความจริงและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ศาลล้มละลายก็จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นต่อไป

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายที่จะให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ควรจะมีพื้นฐานมาจากการแยกประเภทของกระบวนการพิจารณาจากคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นว่าได้เริ่มกระบวนการขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ หรือในประเทศที่ลูกหนี้เพียงแต่มีสถานประกอบการอยู่เท่านั้น โดยกฎหมายรับหลักการควรจะต้องกำหนดลักษณะ หรือคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการ ร้องขอให้รับรองว่า ศาลล้มละลายจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเภทใดให้ชัดเจน โดยกำหนดให้มีมาตรฐานในการตัดสิน (standard of judgement) ไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายรับหลักการ ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศและผู้แทนต่างประเทศที่ร้องขอได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง และทราบถึงลักษณะและคุณสมบัติในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ทำการร้องขอว่า จะได้รับการรับรองจากศาลล้มละลายให้เป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเภทใด

¹³⁴UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 120.

¹³⁵Article 17 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹³⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.4.1 หลักเกณฑ์การรับรอง.

5.5.1 กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding)

โดยกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้น อาจจะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ” (foreign main proceeding) ได้หากกระบวนพิจารณาดีล้มละลายต่างประเทศนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (debtor's center of main interests)¹³⁷ ไม่ว่าจะประเทศนั้นลูกหนี้มีภูมิลำเนา หรือมีถิ่นที่อยู่ หรือเป็นที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในกรณีทีลูกหนี้เป็นนิติบุคคล¹³⁸

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์ หรือมาตรฐานในการที่ศาลล้มละลายจะทำการตัดสินใจให้เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดมาตรฐานที่เป็นหนึ่งเดียว และเป็นหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไม่ควรจะมีนัยที่สามารถตีความได้หลายนัยว่าเป็นกระบวนพิจารณาหลัก หรือเป็นมาตรฐานที่หลากหลาย (multiple criteria) ซึ่งจะเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อคดีล้มละลายข้ามชาติ ที่แต่ละประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นจะทำการแย่ง หรือทำการแข่งขันกัน โดยต่างก็อ้างสิทธิขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนพิจารณาของตนในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ จะมีผลในการที่จะได้รับการรับรองคุ้มครองมากกว่าการที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนพิจารณาของต่างประเทศ

5.5.2 กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign Non-main Proceeding)

ศาลล้มละลายอาจให้การรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นในอีกฐานะหนึ่งในฐานะที่เป็น “กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ” (foreign non-main proceeding)¹³⁹ หากกระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่ไม่ว่าเป็นการขายสินค้า หรือการให้บริการ¹⁴⁰

โดยอาจจะมีปัญหาในทางปฏิบัติของศาลล้มละลายในกรณีที่คดีล้มละลายข้ามชาติที่ผู้แทนต่างประเทศได้ร้องขอให้รับรองกระบวนพิจารณานั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้มีสถานประกอบการตั้งอยู่ในประเทศที่เริ่มกระบวนพิจารณาขึ้น แต่ปรากฏในทางพิจารณาดีของศาลล้มละลายว่าแม้ลูกหนี้ไม่ได้มีสถานประกอบการอยู่ แต่ลูกหนี้มีทรัพย์สินตั้งอยู่ในประเทศนั้นไม่ว่าเป็นจำนวนมากน้อยเท่าใด แต่เป็นกรณีที่ยังไม่ถึงเกณฑ์ว่าเป็นประเทศที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้นอันจะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวน

¹³⁷Article 2 (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹³⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.4.1 ประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้.

¹³⁹Article 2 (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁴⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.5.2 กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ.

พิจารณาหลักต่างประเทศจากศาลล้มละลาย ในกรณีเช่นนี้ศาลล้มละลายจะให้การรับรองให้ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศได้หรือไม่

ปัญหาดังกล่าวต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายรับหลักการที่จะมีขึ้นว่า ได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานที่ศาลล้มละลายจะให้การรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศไว้อย่างไร แม้กฎหมายต้นแบบจะได้อำนาจให้ประเทศที่รับหลักการให้การรับรองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศเฉพาะในกรณีที่ปรากฏว่าลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่เท่านั้นก็ตาม แต่กฎหมายรับหลักการก็สามารถที่จะกำหนดเกณฑ์ใดๆ ในกรณีที่ให้การรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบมีความประสงค์ที่จะทำการแยกการรับรองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ระหว่างในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศและกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ โดยได้กำหนดลักษณะ หรือคุณสมบัติในการที่จะเข้าเป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศในฐานะใดฐานะหนึ่งระหว่างสองสถานะดังกล่าวอย่างชัดเจน และใช้เกณฑ์ที่เป็นหนึ่งหรือเกณฑ์เดียวในการพิจารณา เพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ประเทศต่างๆ ที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นว่า กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศที่ตนให้การรับรองนั้นอยู่ในฐานะของกระบวนการประเภทใด อันมีผลต่อการปฏิบัติและการให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศที่ตนให้การรับรองนั้นต่อไป ซึ่งจะมีผลกระทบต่อความเป็นขบวนการลูกหนี้ในภาพรวมของการจัดการกับคดีล้มละลายข้ามชาติทั้งหมด โดยความร่วมมือของประเทศต่างๆ ที่มีจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวข้องกับคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดการกับทรัพย์สินของลูกหนี้ และการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อจัดสรรให้บรรดาเจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้โดยเกิดประโยชน์สูงสุด เพราะฉะนั้นกฎหมายต้นแบบจึงกำหนดให้เฉพาะแต่คดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่เท่านั้นที่จะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ โดยการคำนึงถึงความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นตามมาหากกำหนดเกณฑ์ตัดสินหลายอย่าง (multiple criteria) ไว้โดยเฉพาะการกำหนดให้การมีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา เนื่องจากคดีล้มละลายข้ามชาติมีลักษณะเฉพาะของคดีอยู่ในตัวเองที่ทรัพย์สินของลูกหนี้อาจจะตั้งอยู่ในหลายประเทศ โดยกล่าวได้ว่าส่วนใหญ่ของคดีล้มละลายที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นก็เป็นเพราะทรัพย์สินของลูกหนี้มีอยู่ในหลายประเทศนี้เองซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญของคดี

แต่ในประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายต้นแบบก็คำนึงถึงและให้ความสำคัญกับปัญหานี้ ถึงกับบัญญัติให้สิทธิแก่ประเทศที่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่สามารถที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายในประเทศของตนได้ ในฐานะที่เป็นกระบวนการซ้อน (concurrent proceedings) แต่เฉพาะในกรณีที่ประเทศนั้นได้ทำการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศเป็นกระบวนการหลักต่างประเทศแล้ว โดยกระบวนการที่เริ่มขึ้นนั้นจะมีผลเป็นการจำกัดเพียงเพื่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ หรือตั้งอยู่ใน

ประเทศนั้นเท่านั้น โดยสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศ ประเทศที่ได้ทำการเริ่มกระบวนการพิจารณาดังกล่าวขึ้นนั้นมีสิทธิจัดการเพียงเพื่อความร่วมมือกับศาลต่างประเทศและผู้แทนต่างประเทศเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

141

5.5.3 การเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่ง

ในกรณีที่ศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไปแล้วหากต่อมาเหตุแห่งการตัดสินได้เปลี่ยนแปลงไป¹⁴² กฎหมายรับหลักการสามารถที่จะกำหนดให้มีการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้น หรือควรที่จะมีบทบัญญัติทำนองนี้ในกฎหมายรับหลักการหรือไม่ โดยเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติล้มละลาย และกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายที่เกี่ยวข้องแล้ว ไม่ปรากฏหลักกฎหมายที่ให้อำนาจศาลล้มละลายทำการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา หรือคำสั่งที่ได้ตัดสินไปแล้ว ได้ ซึ่งหลักการนี้ก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเองว่า ในการตัดสินคดีของศาลต้องพิจารณาจากเหตุและผลที่ปรากฏอยู่ในขณะทำการพิจารณาคดีเพื่อให้คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลนั้นมีความศักดิ์สิทธิ์ (respect) และมีความเด็ดขาด (conclusiveness) ซึ่งมีข้อยกเว้นในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่องที่อยู่ในขณะเวลาต่อมาศาลสามารถที่จะแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา หรือคำสั่งของตนได้หากเหตุในการพิจารณาเพื่อทำการตัดสินได้เปลี่ยนแปลงไป¹⁴³ หรือการใช้กฎหมายอาญาในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องหา หรือจำเลยในเวลาต่อมา โดยกฎหมายต้นแบบก็ได้กำหนดให้ศาลในประเทศที่รับหลักการไม่อาจทำการแก้ไข หรือทำการยกเลิกการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ตนได้ให้การรับรองไปแล้วได้ แม้เหตุแห่งการที่ศาลให้การรับรองนั้นจะบกพร่องหรือไม่มีอยู่อีกต่อไป¹⁴⁴

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากคดีล้มละลายข้ามชาติเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษและต้องการได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยเร็วและแน่นอน เพื่อรักษาเสถียรภาพของเศรษฐกิจโลกโดยรวมมิให้ได้รับผลกระทบเป็นลูกโซ่ ดังนั้นการที่ศาลได้พิจารณาและมีคำพิพากษา หรือ คำสั่งในคดีไปแล้ว ในกฎหมายรับหลักการคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นควรที่จะมีความแน่นอนเพื่อยังให้เกิดการปฏิบัติตามคำพิพากษา หรือคำสั่งในคดีนั้นโดยรวดเร็วและให้เกิดเป็นรูปธรรม แม้ต่อมาจะปรากฏต่อศาลเอง หรือคู่ความที่เกี่ยวข้องและผู้มีส่วนได้เสีย

¹⁴¹ Article 28 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁴² เช่น ในกรณีของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ซึ่งปรากฏว่าทำการฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จ จึงต้องทำการชำระบัญชีตามกระบวนการพิจารณาของคดีล้มละลาย หรือในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ได้รับความคุ้มครองที่ศาลได้ให้ไว้เมื่อมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.

¹⁴³ เช่น ในกรณีของคำอุปการะเลี้ยงดูระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 1598/39 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

¹⁴⁴ Article 17 (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.6.4.3 การเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่ง.

ในคำตัดสินนั้นทำการเรียกร้องต่อศาลก็ตามที่สมควรมีผลเป็นการแก้ไข หรือยกเลิกการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลได้ตัดสินไปแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมว่ากฎหมายรับหลักการอาจกำหนดให้ในบางกรณีที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ความยุติธรรม หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นหลักการพื้นฐานของประเทศ ศาลล้มละลายก็อาจเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกคำพิพากษา หรือคำสั่งเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นได้ อาทิ

(1) หากเหตุที่บกพร่องหรือไม่มีอยู่อีกต่อไป เป็นเหตุแห่งการที่มีได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความ ในข้อที่มุ่งหมายจะยังให้การเป็นไปด้วยความยุติธรรม หรือที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อศาลล้มละลายเห็นสมควร หรือคู่ความฝ่ายที่เสียหายยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องก่อนที่ศาลล้มละลายมีคำพิพากษา ศาลล้มละลายก็มีอำนาจที่จะสั่งให้เพิกถอนการพิจารณาที่ผิดระเบียบนั้นเสียทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสั่งแก้ไข หรือมีคำสั่งในเรื่องนั้นอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควรได้ ซึ่งในกรณีนี้เป็นกรณีทั้งก่อน หรือหลังจากศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในคดีนั้น และต้องเป็นกรณีที่คู่ความฝ่ายที่จะกล่าวอ้างเหตุนั้นมิได้ดำเนินการอันใดขึ้นใหม่ หลังจากที่ได้ทราบเรื่องผิดระเบียบแล้ว หรือมิได้ให้สัตยาบันแก่การผิดระเบียบนั้นๆ ด้วย¹⁴⁵ หรือ

(2) หากผู้แทนต่างประเทศทำการละเมิด ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และหลักกฎหมาย รวมทั้งเงื่อนไข หรือหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ ศาลล้มละลายอาจมีคำสั่งให้ยกเลิกคำสั่งเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือ หรือเกี่ยวกับกระบวนการรับรองใดๆ ที่ได้ให้ไปแล้วได้¹⁴⁶ ซึ่งเป็นกรณีที่ก่อนศาลล้มละลายจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น

5.5.4 การอุทธรณ์

ประเด็นหนึ่งที่สำคัญเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งต่อคำขอของ ผู้แทนต่างประเทศเป็นประการใดก็ตาม ตามกฎหมายรับหลักการสิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายนั้นควรจะมีหรือไม่ และเป็นประการใด โดยหลักการของการดำเนินคดีในศาลทั่วไปคู่ความย่อมมีสิทธิที่จะได้แย้ง หรืออุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลได้ตามลำดับชั้นของศาล เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการ

¹⁴⁵ตามมาตรา 27 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งอนุโลมนำมาใช้ในคดีล้มละลายด้วยตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 และตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3476/2538 สามารถนำหลักการนี้มาใช้ในชั้นอุทธรณ์-ฎีกา หรือในกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งไปแล้วได้ด้วย.

¹⁴⁶Article 56 of the Japanese Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding.

พิจารณาคดีล้มละลายในประเทศไทยก็ได้ปรากฏหลักการนี้อยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 เช่นกัน¹⁴⁷

ถึงแม้จะพิจารณาว่าในกรณีนี้เป็นเพียงการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศ เพื่อร้องขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศเท่านั้น มิใช่เป็นการใช้สิทธิในการดำเนินคดีทางศาลในกรณีปกติทั่วไป แต่เพื่อให้มีความเป็นสากล โปร่งใส และได้มาตรฐานเกี่ยวกับการดำเนินคดีทางศาล กฎหมายรับหลักการจึงอาจกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายในเรื่องนี้ได้ และควรเป็นอีกศาลหนึ่งในลำดับสูงขึ้นไปในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ดังกล่าวนี้ ซึ่งอาจกำหนดให้เป็นศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ก็ได้ หรืออาจพิจารณาแยกประเภทของกระบวนการพิจารณาคดีว่าเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติโดยแท้ หรือเป็นคดีพินฟูกิจการข้ามชาติ ดังที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ก็ได้

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติของสิทธิในการอุทธรณ์ตามกฎหมายรับหลักการว่า นอกจากการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ที่มีสิทธิในการอุทธรณ์ได้แล้ว กฎหมายรับหลักการยังอาจกำหนดให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทย เกี่ยวกับคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ของศาลล้มละลายมีสิทธิที่จะโต้แย้ง หรืออุทธรณ์ได้ด้วย เพื่อความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นซึ่งอาจเป็นเจ้าของหนี้ในประเทศไทยเอง¹⁴⁸ เนื่องจากเป็น

¹⁴⁷ในคดีล้มละลาย สิทธิในการอุทธรณ์เป็นไปตามมาตรา 24 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล้มละลายในคดีล้มละลายอื่นให้บังคับไปตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย” เนื่องจากในคดีล้มละลายมิได้กำหนดสิทธิในการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 เพราะฉะนั้นสิทธิในการอุทธรณ์คดีล้มละลายจึงเป็นไปตามมาตรา 229 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การอุทธรณ์นั้นให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้นซึ่งมีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดหนึ่งเดือน นับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น...”

ในคดีเกี่ยวกับกระบวนการพินฟูกิจการของลูกหนี้ สิทธิในการอุทธรณ์เป็นไปตามมาตรา 24 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล้มละลายในคดีพินฟูกิจการของลูกหนี้รวมถึงคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพัวพันกันกับคดีดังกล่าวให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น.”

¹⁴⁸ตาม The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding ของประเทศญี่ปุ่นก็ได้ให้สิทธิแก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการอุทธรณ์ได้ ดังปรากฏใน Section 6 (1) ว่า “The interested parties may appeal a decision on the application for recognition of a foreign insolvency proceeding.”

บุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเทศไทย และเป็นบุคคลผู้ซึ่งอาจจะได้รับผลกระทบจาก คำพิพากษา หรือคำสั่งของศาล โดยเฉพาะคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายนั้นจะมีผลในประเทศเป็นหลัก นอกจากนี้การอุทธรณ์นั้นควรให้มีการอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาโดยตรงเช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เนื่องจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเองที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาโดยเร่งด่วน

อนึ่ง สิทธิในการอุทธรณ์ของคู่ความ รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมาย รับหลักการก็ควรที่จะถูกจำกัดในกรณีที่เป็นการอุทธรณ์ในกรณีที่เป็นความบกพร่องแห่งเหตุที่ศาลล้มละลายให้การรับรอง หรือการที่ไม่มีเหตุอันอยู่อีกต่อไปอันมิใช่สาระสำคัญ หรือการอุทธรณ์ที่มีใช่เป็นเรื่องที่เป็นสาระแก่คดีในช่วงระยะเวลาที่คู่ความสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลตามกฎหมายรับหลักการได้ต่อไปด้วย เพื่อเป็นการสอดคล้องกับหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบ รวมทั้งลักษณะพิเศษเฉพาะตัวของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเองที่ต้องได้รับการพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนเช่นกัน

5.6 การให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เมื่อศาลล้มละลายได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ เพื่อขอการรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการ ความคุ้มครองที่อาจจะมีขึ้นต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น อาจเกิดขึ้นในระหว่างที่ศาลล้มละลายกำลังพิจารณาคำขอ และอาจเกิดขึ้นเมื่อศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณานั้นแล้ว ทั้งอาจเป็นการ คุ้มครองโดยทันทีโดยผลของกฎหมาย หรืออาจเป็นการให้ความคุ้มครองโดยดุลพินิจของศาลก็ได้ตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายรับหลักการ แต่ทั้งนี้กฎหมายรับหลักการควรจะต้องคำนึงถึงการปกป้องถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือผู้มีผลประโยชน์ได้เสียในประเทศไทยเป็นหลัก รวมถึงในกรณีที่เป็นลูกหนี้ในประเทศไทยด้วย เนื่องจากความคุ้มครองใดๆ ที่อาจจะมีขึ้นโดยศาล ล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการนั้น จะมีผลให้มีการปฏิบัติตามความคุ้มครองนั้นในประเทศไทยเป็นหลัก โดยเฉพาะที่สำคัญความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่จะมีขึ้นนั้น จะต้องเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศไทย โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับกฎหมาย ล้มละลาย รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความด้วย เพื่อให้เกิดผลในการปฏิบัติได้ตามความคุ้มครอง และไม่เกิดความขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ (existing law)

ข้อที่ควรพิจารณาในกฎหมายรับหลักการ เกี่ยวกับความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นมีดังนี้

5.6.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา

ในระหว่างพิจารณาคำขอของศาลล้มละลาย กฎหมายรับหลักการควรจะมีบทบัญญัติให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองใดๆ ต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลล้มละลายได้รับคำ

ร้องขอ เป็นความคุ้มครองที่เกิดขึ้นในระหว่างพิจารณาของศาลนับแต่เวลาที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอแต่ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ ตามคำขอนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณา (interim relief) ได้

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายรับหลักการในการที่จะให้ดุลพินิจแก่ศาล ล้มละลายเพื่อให้ความคุ้มครองชั่วคราวใดๆ ในระหว่างพิจารณาคำขอว่า การใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองของศาลนั้นควรอยู่บนพื้นฐาน หรือขึ้นอยู่กับประเภทของกระบวนการพิจารณาที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอ เพื่อขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นว่าได้ขอรับรองในฐานะของกระบวนการพิจารณาใด กล่าวคือเป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ หรือเป็นกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศ ซึ่งความคุ้มครองที่ศาลจะให้จึงควรอยู่บนพื้นฐานนี้ด้วย แม้ในกรณีนี้เป็นการให้ความคุ้มครองชั่วคราวโดยยังไม่เป็นการที่แน่นอนว่าศาลล้มละลายจะให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นต่อไปในภายภาคหน้าหรือไม่ แต่หากต่อมาศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้วไม่ว่าในฐานะใดตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศ ความคุ้มครองใดๆ ที่จะเกิดขึ้นจากการที่ได้รับการรับรองในฐานะของกระบวนการพิจารณานั้น จะได้มีความสอดคล้องและไม่เป็นการขัดแย้งกับความคุ้มครองใดๆ ที่ศาลล้มละลายได้ให้ไปแล้วในระยะเวลาที่ผ่านมาในฐานะที่เป็นความ คุ้มครองระหว่างพิจารณา หรือเป็นความคุ้มครองชั่วคราวนี้

เนื่องจากการที่กฎหมายรับหลักการ จะกำหนดให้ศาลล้มละลายมีดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองในกรณีนี้ เป็นเพียงการให้ความคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างที่ศาลยังพิจารณา คำขอของผู้แทนต่างประเทศยังไม่แล้วเสร็จเท่านั้น¹⁴⁹ ดังนั้นลักษณะของความคุ้มครองจึงควรที่จะมีขอบเขตเพียงเท่าที่จำเป็น และมีการจำกัดขอบเขตของความคุ้มครองให้แคบกว่าความคุ้มครองเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาแล้ว¹⁵⁰ เป็นต้นว่า ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ในระหว่างพิจารณา เพราะอาจทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้น้อยถอยลงได้ หรืออาจมีการฉ้อฉลทำการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้ออกไปในระหว่างที่ศาลล้มละลายกำลังพิจารณาคำขออยู่ จึงให้มีการระงับสิทธิในการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่การฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีใดๆ ต่อลูกหนี้ หรือคดีใดๆ ที่เกี่ยวกับลูกหนี้ที่มีการดำเนินคดีอยู่ในศาลก็ยังคงสามารถดำเนินคดีต่อไปได้แม้จะเป็นคดีล้มละลายก็ตาม ซึ่งรวมทั้งคดีทุกประเภทที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้ก็ยังคงสามารถดำเนินคดีต่อไปอยู่ได้¹⁵¹ เนื่องจากศาลล้มละลายยังมีได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งที่แน่นอนเพื่อให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นที่เปรียบเสมือนหนึ่งว่า ลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติถูกพิทักษ์ทรัพย์ หรือเป็นบุคคลล้ม

¹⁴⁹Article 19 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ปรากฏหลักการนี้ในมาตรา 16.

¹⁵⁰โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.7.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

¹⁵¹เช่นเดียวกับมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งบัญญัติว่า “ตราบิตที่ลูกหนี้ยังมีได้ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดจะฟ้องลูกหนี้นั้นเป็นคดีล้มละลายอีกก็ได้...”

ละลายในประเทศไทย เพราะการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองของศาลล้มละลายดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของลูกหนี้และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ในในประเทศไทย

นอกจากนี้ ประเด็นที่ควรพิจารณาตามกฎหมายรับหลักการในระหว่างพิจารณาคำขอของศาลล้มละลาย คือตามบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบที่ให้สิทธิแก่ศาลในการที่จะใช้ดุลพินิจที่จะแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้นเองเพื่อดูแลจัดการ หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทย¹⁵² โดยที่ศาลล้มละลายยังมีได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งใดๆ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณานั้น ก็ตาม ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณาประเภทนี้จึงควรจะมีปรากฏอยู่ในกฎหมายรับหลักการหรือไม่ เนื่องจากเป็นเรื่องที่สำคัญ

ในประเด็นนี้ในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศไทย ตามการพิจารณาในการยกร่างกฎหมาย ล้มละลาย และการฟื้นฟูกิจการที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายข้ามชาติคือ The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding¹⁵³ อันเป็นบทบัญญัติกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่เพิ่มเติมจาก The Civil Rehabilitation Act (Minji-saisei ho) ซึ่งได้มีการประกาศใช้ในเดือนธันวาคม 2542 และมีผลบังคับใช้เดือนเมษายน 2543¹⁵⁴ ซึ่ง The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding นี้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่แต่เดิมของประเทศญี่ปุ่น (Bankruptcy Liquidation Law of 1922 (Hasan ho) และ Corporate Reorganization Law of 1952 (Kaisha-kosei ho)) และประเทศญี่ปุ่นเป็นหนึ่งในสามสิบหกประเทศสมาชิกของ UNCITRAL ซึ่งได้เข้าร่วมประชุม และลงมติยอมรับกฎหมาย ต้นแบบ ณ กรุงเวียนนา (Vienna) ด้วย โดยในการยกร่างกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ (The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding) ของประเทศญี่ปุ่นนี้ได้มีการกล่าวถึงกฎหมายต้นแบบในประเด็นหนึ่งว่ากฎหมายต้นแบบได้รับอิทธิพล (influence) อย่างมากจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ในหลายๆ ด้านด้วยกัน ซึ่งเป็นการยากที่ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) อย่างประเทศญี่ปุ่นจะให้การยอมรับได้อย่างสิ้นเชิงโดยได้ยกตัวอย่างในประเด็นหนึ่งว่า กฎหมายต้นแบบได้ให้ดุลพินิจ (discretion) ในขอบเขตที่กว้างขวางมากแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษา หรือมี คำสั่งใดๆ ในคดีล้ม

¹⁵²Article 19 (1) (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁵³ร่างกฎหมายนี้ ได้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภา Diet ของประเทศญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2543.

¹⁵⁴Kazuhiko Yamamoto, "New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency," *The Japanese Annual of International Law*, p. 85.

ละลายข้ามชาตินั้น ซึ่งวิธีหรือแนวทางนี้อาจจะเป็นการคุ้นเคย (familiar) กับ ผู้พิพากษาในระบบ Common Law แต่อาจก่อให้เกิดความสับสน (confusion) แก่ผู้พิพากษาในระบบ Civil Law อย่างประเทศญี่ปุ่นได้¹⁵⁵

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกรณีนี้ว่า การดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติล้มละลาย อำนาจในการดูแล จัดการ หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะมีขึ้นต่อเมื่อศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้วไม่ว่าจะเป็นการพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือการพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด¹⁵⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่าในกรณีของพระราชบัญญัติล้มละลาย ศาลล้มละลายจะต้องมีคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวก่อนเป็นอย่างน้อย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงจะมีอำนาจในการดูแล จัดการ หรือจำหน่ายทรัพย์สินของ ลูกหนี้ได้ แต่เนื่องจากในกรณีของคดีล้มละลายข้ามชาติที่ศาลล้มละลายได้รับคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้น ตามกฎหมายต้นแบบไม่มีบทบัญญัติให้ศาลในประเทศรับหลักการมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเป็นการ ชั่วคราว (interim recognition) ดังเช่นการพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวตามพระราชบัญญัติล้มละลาย กรณีจึงเป็นการแตกต่างกันแต่เนื่องจากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อปกป้อง และรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินนั้นของลูกหนี้ซึ่งโดยสภาพ หรือโดยสภาวะภายนอกจะเป็นของเสียง่ายน่าจะมีมูลค่าลดลง หรือได้รับอันตรายอื่นใด¹⁵⁷ กฎหมายต้นแบบจึงกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในประเทศที่รับหลักการเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณาได้โดยการแต่งตั้งบุคคลใด หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเองเข้าทำการ จัดการ ดูแล หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ในกรณีนี้ที่อยู่ในประเทศที่รับหลักการที่ศาลกำลังพิจารณาคำขออยู่ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นในกรณีนี้ว่า ในกฎหมายรับหลักการไม่ควรจะมีกรณีเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศชั่วคราว (interim recognition) เนื่องจากคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่งอันจะไปมีผลบังคับเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่งรวมทั้งในประเทศไทย ศาลล้มละลายจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบละเอียดถี่ถ้วน โดยจะต้องมีการถ่วงน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับจากการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น โดยเฉพาะผลที่จะเกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ในประเทศไทย เพราะฉะนั้นการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลล้มละลายควรจะได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอย่างรอบคอบแล้วเท่านั้น การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศชั่วคราวจึงไม่อาจจะมีได้ และไม่ควรมีในกฎหมายรับหลักการ อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกันกับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ จึงสรุปได้ว่าหากกรณียังไม่มีความชัดเจนในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ก็ไม่ควรที่ศาลล้มละลายจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแม้จะเป็นการชั่วคราว กรณีจึงแตกต่างจากการพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวตามพระราชบัญญัติล้มละลาย

¹⁵⁵Ibid.

¹⁵⁶มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁵⁷Article 19 (1) (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

นอกจากนี้ผู้วิจัยพิจารณาว่าคดีล้มละลายข้ามชาติเป็นกรณีที่มีความฉุกเฉิน และเร่งด่วน กฎหมายรับหลักการจึงควรกำหนดให้ศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือ ความคุ้มครองระหว่างพิจารณาได้โดยจำกัดการให้ความคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนเพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในประเทศไทยแม้จะต้องตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้นเอง หรือ บุคคลอื่นใดที่ศาลล้มละลายเห็นสมควรเพื่อมาดูแล จัดการ หรือจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ก็ตาม โดยเฉพาะ ทรัพย์สินซึ่งโดยสภาพ หรือโดยสภาวะภายนอกจะเป็นของเสียง่าย หรือจะได้รับอันตรายใดๆ ที่จำเป็นต้องได้รับความ คุ้มครองโดยเร่งด่วน

และโดยเฉพาะสำหรับกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการข้ามชาติ (cross-border reorganization) ด้วยแล้ว ซึ่งลูกหนี้ได้รับความคุ้มครองตามหลักการของ Automatic Stay ตามกฎหมายของประเทศที่เกิดกระบวนการขึ้นตั้งแต่มีการยื่นคำขอให้ฟื้นฟูกิจการต่อศาลของประเทศนั้น เนื่องจากการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ตามหลักการของ Automatic Stay แห่งกฎหมายรับหลักการ เป็นการให้ความ คุ้มครองเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในกระบวนการ ฟื้นฟูกิจการข้ามชาตินั้นแล้ว ฉะนั้นเพื่อให้ความคุ้มครองที่ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการข้ามชาตินั้นได้รับ จากศาลต่างประเทศมีความต่อเนื่องในประเทศไทยในระหว่างที่ศาลล้มละลายกำลังพิจารณาคำขอรับรองของผู้ แทนต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศจึงควรสามารถขอความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างกาล (interim relief) จากศาลล้มละลายในช่วงคาบเกี่ยวนี้ได้ตามกฎหมายรับหลักการ

5.6.2 การให้ความคุ้มครองเมื่อศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศ

ความคุ้มครองอีกรูปแบบหนึ่งตามกฎหมายรับหลักการ ที่จะขึ้นเมื่อศาล ล้มละลายได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ โดยจะพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

5.6.2.1 การคุ้มครองลูกหนี้

เมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศแล้ว ตามกฎหมายรับหลักการลูกหนี้ควรที่จะได้รับความคุ้มครองในขอบเขตเพียงใด ซึ่งกล่าวโดยเฉพาะ แล้ว บทบัญญัติในกฎหมายรับหลักการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกหนี้เป็นการให้ความคุ้มครองต่อ ทรัพย์สิน และสิทธิของลูกหนี้ตนเอง ทั้งนี้เนื่องจากการที่ศาล ล้มละลายให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศ เป็นการเปรียบเสมือนว่าศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ทางอ้อมต่อลูกหนี้ ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในประเทศไทยในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ เพราะผลของการที่ศาล ล้มละลายได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจะมีผลต่อทรัพย์สินและผู้

มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ในในประเทศไทย โดยเฉพาะผลที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายในตัวของ คำพิพากษา หรือคำสั่งนั้น (automatic)

ซึ่งหากเปรียบกับการที่ศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ก็เพราะศาลล้มละลายพิจารณาได้ความจริงว่าลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว¹⁵⁸ และจะมีผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยทันทีตามกฎหมาย คือ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย หรือเป็นผลโดยตัวของคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์นั่นเอง (automatic) เช่นเดียวกับหลักการของกฎหมายต้นแบบ¹⁵⁹ เป็นต้นว่า เมื่อศาลล้มละลายมี คำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวมีอำนาจในการดูแล จัดการ หรือกระทำการที่จำเป็นเพื่อให้กิจการของลูกหนี้ที่ค้างอยู่เสร็จสิ้นไป¹⁶⁰ หรือการฟ้องร้องต่อผู้คดีใดๆ หรือประนีประนอมยอมความเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁶¹ และในกรณีที่มียุติเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ค้างพิจารณาอยู่ในศาล ลูกหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินคดีต่อไปได้ จะต้องให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าว่าคดีแทนเท่านั้น¹⁶² โดยเฉพาะในกรณีที่มิใช่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ทำการฟ้องลูกหนี้ในคดีล้มละลายอีกคดีหนึ่ง เมื่อศาลล้มละลายได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ในคดีใดก่อนแล้ว ให้ศาลล้มละลายทำการจำหน่ายคดีล้มละลายในคดีอื่นๆ ของลูกหนี้ด้วย¹⁶³

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติล้มละลายในหลักการข้างต้น ก็เนื่องจากการที่ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ เป็นเพราะลูกหนี้ไม่สามารถจัดการดูแลทรัพย์สิน หรือดำเนิน กิจการของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพตามปกติทำให้กลายเป็นบุคคลผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว จึงต้องให้บุคคลอื่นเข้ามาจัดการแทน โดยหากยังปล่อยให้ลูกหนี้จัดการด้วยตนเองต่อไปแล้วอาจจะยิ่งเกิดความเสียหาย และเกิดหนี้สินพอกพูนขึ้นไปอีกอันเป็นเพราะความด้อยประสิทธิภาพของ ลูกหนี้ที่ผิดปกติจากบุคคลทั่วไปนั่นเอง กฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองลูกหนี้ หรือเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้นั่นเองมิให้เสียหาย หรือมีมูลค่าลดน้อยถอยลงไปอีก เพื่อนำทรัพย์สินของ ลูกหนี้ที่ยังคงมีอยู่ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้มาชำระหนี้คืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ โดยเป็นวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันกับหลักการของกฎหมายต้นแบบ¹⁶⁴ โดยหลักการที่สำคัญก็คือมาตรการในการระงับกระบวนการใดๆ (stay of proceedings) ที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สิน หรือสิทธิใดๆ ของลูกหนี้¹⁶⁵ เพราะฉะนั้นกฎหมายรับหลัก

¹⁵⁸มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁵⁹Article 20 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁶⁰มาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁶¹อ้างแล้ว, มาตรา 22 (3).

¹⁶²อ้างแล้ว, มาตรา 25.

¹⁶³อ้างแล้ว, มาตรา 15.

¹⁶⁴Article 20 และ Article 21 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁶⁵Draft Legislative Guide on Insolvency Law ของ UNCITRAL ได้ให้นิยาม หรือ ความหมายของ “Stay of Proceedings” ไว้ว่า “Stay of Proceedings : suspension of the power of the creditors to commence or continue judicial, administrative or other individual actions for enforcement and recovery of their claims, or for obtaining

การจึงสามารถ และควรจะนำหลักการที่มีอยู่แล้วในพระราชบัญญัติล้มละลายมาพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายรับหลักการได้เพราะเป็นหลักการเดียวกัน โดยพิจารณาให้มีความเหมาะสมกับคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยเฉพาะคดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นจากประเทศไทยเองซึ่งลูกหนี้เป็นลูกหนี้ในประเทศไทยซึ่งสามารถจะบังคับไปตามหลักการของพระราชบัญญัติล้มละลายได้เลยทีเดียว

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งในเรื่องของการให้ความคุ้มครองต่อ ลูกหนี้ คือเมื่อเจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถมีสิทธิได้รับแบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยแล้ว ในทางกลับกันเนื่องจากกระบวนการเฉลี่ยแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอาจมีอยู่ในหลายประเทศทั่วโลก จึงอาจมีกรณีที่เกิดข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดขึ้นได้เพราะเป็นกระบวนการที่ซับซ้อน ดังนั้นจึงควรต้องมีมาตรการคุ้มครองลูกหนี้เป็นพิเศษด้วย โดยหากเจ้าหนี้ได้รับเฉลี่ยทรัพย์สินที่มากเกินไปกว่าจำนวนหนี้ของตนแล้วเจ้าหนี้นั้นก็ต้องคืนทรัพย์สินให้กับลูกหนี้ หรือกรณีอาจเกิดขึ้นได้ว่าทรัพย์สินที่ได้ยึดมาและได้แบ่งเฉลี่ยให้กับเจ้าหนี้ไปแล้วนั้น ปรากฏผลต่อมาว่าทรัพย์สินนั้นมีเจ้าของลูกหนี้แต่เป็นของบุคคลอื่น หากมีกรณีเหล่านี้เกิดขึ้นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง หรือผู้มีส่วนได้เสียก็ควรที่จะมีสิทธิเรียกร้องเพื่อเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากเจ้าหนี้ได้ ซึ่งในร่างแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของประเทศญี่ปุ่น (Revision Outline) ซึ่งได้เสนอโดยกลุ่มนักวิชาการในมหาวิทยาลัยของประเทศญี่ปุ่น ในร่างดังกล่าวได้กำหนดว่าเจ้าหนี้จะต้องทำการเยียวยาต่อกรณีที่เป็นการฝ่าฝืนตอบทัญญัติในร่างกฎหมายนี้ กล่าวคือจะต้องคืนทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ที่ตนได้รับมาอย่างไม่เป็นธรรมให้แก่ลูกหนี้ หรือเจ้าของที่แท้จริง¹⁶⁶

ก. ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในต่างประเทศ

การให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ตามกฎหมายรับหลักการในกรณีที่ลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ หรือในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เป็นกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก (debtor's center of main interests) อยู่ในประเทศนั้น กล่าวคือได้รับการรับรองจากศาลล้มละลายในฐานะที่เป็นกระบวนการหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) นั้นเองกฎหมายรับหลักการจะมีขอบเขตเพียงใดในการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้

possession of assets pertaining to the insolvency estate, or for creating, perfecting or enforcing any security over assets pertaining to the insolvency estate.”

¹⁶⁶M. Takeshita (ed.), *Kokusai Tosanho* [International Insolvency Law], p. 417.

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองแก่กระบวนพิจารณาต่างประเทศที่ได้รับการรับรองในฐานะของกระบวนพิจารณาหลักนั้น ถือว่าเป็นกระบวนพิจารณาที่มีความสำคัญกว่ากระบวนพิจารณาต่างประเทศอื่นใด กฎหมายรับหลักการจึงควรจะให้มีการคุ้มครองแก่ลูกหนี้ดังนี้

(1) โดยผลของกฎหมาย (Automatic Relief)

การให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้โดยผลของกฎหมาย คือโดยผลของกฎหมายรับหลักการนั่นเอง เป็นการให้ความคุ้มครองที่เป็นหลักอันเกิดขึ้นโดยทันทีที่ลูกหนี้จะได้รับเมื่อศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศในฐานะของกระบวนพิจารณาหลัก ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองทันทีตามความคุ้มครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ เช่นเดียวกับหลักการที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลายในกรณีที่ศาลล้มละลายได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้วจะเกิดผลของการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ขึ้นทันทีโดยผลของกฎหมาย คือโดยผลที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลายนั่นเอง¹⁶⁷

การให้ความคุ้มครองในลักษณะนี้ตามกฎหมายรับหลักการ พิเคราะห์ได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองในเชิงบังคับ (mandatory) ที่เป็นการบังคับให้ศาลล้มละลายจะต้องให้หากได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการแล้ว ศาลล้มละลายไม่อาจจะใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้เช่นเดียวกับหลักการที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย¹⁶⁸ ทั้งนี้เนื่องจากเพื่อให้เกิดการตอบรับกับการที่ศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนพิจารณานั้นแล้ว กระบวนพิจารณาต่างประเทศนั้นจึงควรที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมโดยทันที (automatic) แต่ควรมีขอบเขตของการให้ความคุ้มครองเฉพาะในขอบเขตที่มีความจำเป็น มีความสำคัญ หรือเป็นการต่อลมหายใจ (breathing space) ให้ลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ยังสามารถคงอยู่ต่อไปได้¹⁶⁹ จนกว่าจะมีมาตรการที่เหมาะสมเข้ามาดำเนินการต่อไปไม่ว่าจะเป็นการชำระบัญชีทรัพย์สินของ ลูกหนี้เพื่อมาเฉลี่ยใช้คืนให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ หรือดำเนินการต่อไปตามกระบวนการฟื้นฟู กิจการ โดยในกฎหมายรับหลักการความคุ้มครองนั้นควรที่จะกำหนดให้มีการครอบคลุมถึงสองประเด็นหลักอันได้แก่

¹⁶⁷เช่น กรณีตามมาตรา 22 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁶⁸อ้างแล้ว.

¹⁶⁹UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 32.

(1) ให้ระงับการฟ้องคดีใดๆ ต่อลูกหนี้ในในประเทศไทย รวมถึงระงับการดำเนินคดีต่อไปต่อลูกหนี้ด้วยที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ รวมทั้งภาระผูกพันของ ลูกหนี้¹⁷⁰ และ

(2) ให้ระงับการบังคับคดีเกี่ยวกับ หรือสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทย¹⁷¹

การที่กฎหมายรับหลักการควรที่จะมีการให้ความคุ้มครองในสอง ประเด็นหลักข้างต้น (Automatic Stay) ก็เนื่องจากว่าการที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเกิดขึ้นในประเทศไทยที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก และศาลล้มละลายก็ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลัก จึงเปรียบราวกับว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศไทยด้วย¹⁷² จึงควรมีการคุ้มครองที่เป็นหลักดังกล่าวดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทยด้วย แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่าแม้ว่าศาลล้มละลายจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะเป็นกระบวนการพิจารณาหลัก แต่ความคุ้มครองต่างๆ ที่มีขึ้นโดยผลของกฎหมายก็เป็นความคุ้มครองที่มีอยู่ซึ่งได้กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการอันเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย การให้การรับรองของศาลล้มละลายนั้นมิได้เป็นการนำเข้ามา (import) ซึ่งความคุ้มครองที่มีอยู่แล้ว หรือหากจะมีในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นตามกฎหมายของต่างประเทศในประเทศที่ลูกหนี้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ซึ่งเกิดเป็นกระบวนการพิจารณานั้นขึ้น

เพราะฉะนั้น ในการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองในกฎหมายรับหลักการจึงเป็นดุลพินิจของประเทศไทยเองที่จะเห็นเป็นกรณีที่น่าจำเป็น และมีความเหมาะสมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ลูกหนี้และความเท่าเทียมกันแก่บรรดาเจ้าหนี้ ซึ่งหากประเทศไทยพิจารณาว่าในขอบเขต หรือในประเด็นใดจะเป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมาย (legitimate interests) ของบรรดาเจ้าหนี้ หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ในประเทศไทย รวมถึง ลูกหนี้ด้วยแล้ว ก็สามารถเป็นไปได้ที่กฎหมายรับหลักการจะกำหนดหลักการใดๆ เพื่อเป็นการ ปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านี้ได้ หรือให้ศาลล้มละลายมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกความคุ้มครองใดๆ ได้¹⁷³ เช่น ความคุ้มครองนั้นอาจต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของหนี้ บุริมสิทธิ หรือการบังคับตามสิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

¹⁷⁰Article 20 (1) (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งหลักการนี้มีปรากฏอยู่ในมาตรา 15 มาตรา 22 (3) มาตรา 25 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และในมาตรา 90/12 (4) สำหรับกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้.

¹⁷¹Article 20 (1) (b) แห่งกฎหมายต้นแบบ ซึ่งหลักการนี้มีปรากฏอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ในมาตรา 90/12 (5).

¹⁷²UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 143.

¹⁷³Article 20 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของ ลูกหนี้ นั้น หลักการ Automatic Stay นี้เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญอย่างมาก เพื่อเป็นการสร้างเกาะคุ้มกันให้แก่กิจการของ ลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากการที่จะให้เจ้าหนี้แม่เพียงบางรายดำเนินคดีต่อลูกหนี้ รวมทั้งการบังคับ คดีไม่ว่าในทางแพ่ง หรือในทางล้มละลายย่อมจะเป็นการลดโอกาสของกิจการลูกหนี้ที่ฟื้นฟูกิจการตัวเองได้ สิ่ง ที่ต้องทำความเข้าใจในหลักการของ Automatic Stay ในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการนั้น โดยสภาพ ของธุรกิจทางความเป็นจริง การพยายามแก้ไขปัญหาทางการเงินของกิจการเป็นเรื่องที่สามารถกระทำ ได้ อยู่ตลอดเวลา แต่วิธีทางโดยทั่วไปอาจจะใช้ไม่ได้ผลเมื่อกิจการที่กำลังจะฟื้นฟูกิจการอยู่ในสภาวะประสบปัญหาทาง การเงินที่ค่อนข้างหนักซึ่งเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากเจ้าหนี้บางรายอาจ พยายามใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายทำการบังคับเอากับทรัพย์สินในกิจการของลูกหนี้ซึ่งจะเป็นอุปสรรค สำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการ เพราะการที่เจ้าหนี้จำนวนหนึ่งพยายามเรียกร้องอาจเป็นผลจูงใจให้เจ้าหนี้อื่นกระทำ ตาม และเมื่อความเสี่ยงมีสูงขึ้นเช่นนี้ย่อมเป็นการลดความสนใจในการที่เจ้าหนี้บางราย หรือผู้ให้การช่วยเหลือ สนับสนุนในการให้ความช่วยเหลือในด้านเงินทุน ต้องหยุดการให้ความช่วยเหลือต่อกิจการของลูกหนี้ เพราะอาจ ไม่สามารถเรียกร้องเงินช่วยเหลือนั้นคืนได้ตามกฎหมาย¹⁷⁴

ฉะนั้น กระบวนการ Automatic Stay จึงเป็นการสร้างปัจจัยเอื้อตามกฎหมายให้มีการ ฟื้นฟูกิจการ เป็นมาตรการที่ดีในการส่งเสริมให้การฟื้นฟูกิจการที่อาจประสบปัญหาจากการขัดขวางของเจ้า หนี้บางรายนั้นมีโอกาสประสบผลสำเร็จมากขึ้น แต่ยังคงมีข้อพึงระลึกลักษณะของกระบวนการ Automatic Stay เป็นการสร้างปัจจัยเอื้อตามกฎหมายเท่านั้น หากได้หมายความว่าเมื่อมีการให้กระบวนการ Automatic Stay ในการฟื้นฟูกิจการแล้ว การฟื้นฟูกิจการนั้นจะต้องประสบผลสำเร็จในทุกกรณี กิจการบางประเภท หรือใน ลูกหนี้บางรายซึ่งดำเนินกิจการ หรือดำเนินงานตามแผนผิดพลาดอย่างร้ายแรงก็ไม่สามารถที่จะฟื้นฟูกิจการได้ สำเร็จ

ดังนั้นการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ตามหลักการ Automatic Stay ในคดีเกี่ยวกับการ ฟื้นฟูกิจการจึงมีความแตกต่างจากคดีล้มละลายในประการสำคัญกล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้น ฟูกิจการ เมื่อกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ในสภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรืออยู่ในสภาวะที่ต้องการการฟื้นฟูกิจการอัน เป็นเหตุที่จะร้องขอให้มีการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายได้แล้ว การยื่นคำร้องขอเพื่อขอฟื้นฟูกิจการไม่ว่าโดยเจ้า หนี้ หรือลูกหนี้ร้องขอตัวเองต่อศาล กระบวนการ Automatic Stay จะมีขึ้นทันทีเมื่อมีการยื่นคำร้องขอดังกล่าว อันเป็นการ แตกต่างจากในคดีล้มละลายซึ่งกระบวนการ Automatic Stay จะมีขึ้นเมื่อศาลได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ การยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาลตามกฎหมายย่อมจะก่อให้เกิดผลที่ว่าเจ้าหนี้ จะฟ้องร้องดำเนินคดีใดๆ ไม่ว่าในทางแพ่ง หรือในทางล้มละลายรวมถึงการบังคับคดีต่อลูกหนี้ไม่ได้ ในบาง ประเทศยังรวมไปถึงการห้ามมิให้หน่วยงานที่ให้บริการทางสาธารณสุขปกปิดการให้บริการอีกด้วย หลักการนี้ บัญญัติเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายต่างประเทศแล้ว เช่น ใน Chapter 3 section 3-62 แห่ง Bankruptcy Code

¹⁷⁴<http://www.legal-ex.go.th>.

ของประเทศสหรัฐอเมริกา ใน section 11 แห่ง Insolvency Act 1986 ของประเทศอังกฤษ และใน section 227D แห่ง Companies Act ของประเทศสิงคโปร์¹⁷⁵

เพราะฉะนั้น ในคดีที่เป็นการฟื้นฟูกิจการข้ามชาติ (cross-border reorganization) ซึ่งลูกหนี้ได้รับความคุ้มครองตามหลักการของ Automatic Stay ตามกฎหมายของประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณาขึ้นตั้งแต่มีการยื่นคำขอให้ฟื้นฟูกิจการต่อศาลของประเทศนั้น เนื่องจากการให้ความคุ้มครองลูกหนี้ตามหลักการของ Automatic Stay แห่งกฎหมายรับหลักการ เป็นการให้ความคุ้มครองเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในกระบวนการฟื้นฟูกิจการข้ามชาตินั้นแล้ว เพื่อให้ความคุ้มครองที่ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการข้ามชาตินั้นที่ได้รับจากศาลต่างประเทศมีความต่อเนื่องในประเทศไทยในระหว่างที่ศาลล้มละลายกำลังพิจารณาคำขอรับรองของผู้แทนต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศจึงควรอาจขอความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างกาล (interim relief) จากศาลล้มละลายในช่วงคาบเกี่ยวนี้ได้¹⁷⁶

นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกระบวนการของ Automatic Stay ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาต่างๆ ที่ลูกหนี้ได้ตกลง หรือเป็นผู้สัญญาว่าสัญญาดังกล่าวนั้นหากเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้แล้ว หลักการของ Automatic Stay นี้จะมีความเกี่ยวข้องอย่างใดบ้างหรือไม่ เนื่องจากโดยปกติแล้วจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรโดยการให้สิทธิต่อผู้แทนของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น ในการใช้ดุลพินิจที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้¹⁷⁷ เกี่ยวกับประเด็นนี้คณะทำงานแห่งกฎหมายล้มละลาย (Working Group on Insolvency Law) ของ UNCITRAL มีความเห็นว่าในกรณีที่เป็นการชัดเจนว่าหากลูกหนี้มีได้อยู่ในสถานะที่ปฏิบัติตามสัญญาได้แล้ว ควรจะมีหลักการให้มีการสิ้นสุดสัญญาทันทีโดยผลของกฎหมาย (automatic termination) ทั้งนี้เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามกฎหมายที่หากจะมีขึ้นได้ ซึ่งหากไม่มีหลักการของ Automatic Termination เกี่ยวกับสัญญาที่ ลูกหนี้อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถจะปฏิบัติตามสัญญานี้ได้แล้ว จะเป็นภาระต่อผู้แทนในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นในการต้องแจ้ง หรือบอกเลิกสัญญาที่ยังมีผลอยู่ซึ่งอาจมีอยู่เป็นจำนวนมากต่อสัญญาของลูกหนี้ เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั่นเอง¹⁷⁸

¹⁷⁵ในกรณีของประเทศไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 90/12 (11) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁷⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.6.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

¹⁷⁷ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ปรากฏอยู่ในมาตรา 122 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายในกำหนดเวลาสามเดือนนับแต่วันที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบ ว่า ทรัพย์สินของ ลูกหนี้หรือสิทธิตามสัญญา มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญานั้นได้...”

¹⁷⁸Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-fourth session, New York, 23 July-3 August 2001, (Mimeographed), par. 62.

ดังนั้น กฎหมายรับหลักการจึงอาจกำหนดให้มีหลักการในการให้ความคุ้มครองลูกหนี้โดยผลของกฎหมาย (automatic relief) แก่สัญญาที่ลูกหนี้ตกอยู่ในสถานะที่ลำบากซึ่งไม่อาจที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ เพื่อทำการปกป้อง หรือรักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ไว้ โดยให้สัญญาดังกล่าวมีผลสิ้นสุดทันทีโดยผลของกฎหมาย (automatic termination) อีกทั้งยังเป็นการลดภาระแก่ศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ รวมทั้งหน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเองอีกด้วยนอกเหนือไปจากกระบวนการของ Automatic Stay ดังที่ได้กล่าวในเบื้องต้นแล้ว

(2) โดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief)

นอกจากความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายรับหลักการแล้ว กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดให้อำนาจแก่ศาลล้มละลายในการที่จะใช้ดุลพินิจ (discretion) ในการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ในฐานะที่เป็นลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาลูกหนี้ได้ ซึ่งอาจเป็นในกรณีที่การกำหนดความคุ้มครองใดๆ ในกฎหมายรับหลักการในกรณีที่ยังชั่งใจกันอยู่ว่าความคุ้มครองนั้นควรจะเป็นความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายที่ลูกหนี้ควรจะได้รับทันทีเมื่อศาลล้มละลายมี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นหรือไม่ก็อาจกำหนดให้เป็นความคุ้มครองโดยดุลพินิจ (discretionary relief) ของศาลล้มละลายที่ศาลล้มละลายจะพิจารณาเป็นรายกรณีไปก็ได้ หรือเป็นกรณีของความคุ้มครองที่นอกเหนือไปจากความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายรับหลักการก็ได้ ดังเช่นที่มีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลายซึ่งนอกจากจะมีการให้ความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายคือตามพระราชบัญญัติล้มละลายนั่นเองแล้วตามที่ได้กล่าวในเบื้องต้น¹⁷⁹ ศาลล้มละลายยังสามารถใช้ดุลพินิจเป็นเฉพาะกรณีไปได้อีกด้วย¹⁸⁰

ฉะนั้น นอกจากความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายแล้ว กฎหมายรับหลักการยังอาจกำหนดให้ศาลล้มละลายมีดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณา (interim relief)¹⁸¹

(2) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้¹⁸² และ

¹⁷⁹ในหัวข้อย่อย (1) โดยผลของกฎหมาย (Automatic Relief).

¹⁸⁰เช่น กรณีตามมาตรา 20 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁸¹Article 21 (1) (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ และโปรตดู 5.6.1 การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา.

¹⁸²Article 21 (1) (d) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

(3)การแต่งตั้งบุคคลใด หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเองทำการดูแล จัดการ หรือ จำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่มีอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย¹⁸³

โดยกฎหมายรับหลักการอาจจะกำหนดให้ศาลล้มละลายมีดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองใดๆ เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ โดยอาจกำหนดให้ศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาความคุ้มครองที่มีอยู่แล้วในพระราชบัญญัติล้มละลายมาพิจารณาประกอบกันเพื่อเป็นการแก้ปัญหา หรือเพื่อสามารถรองรับต่อสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นเฉพาะหน้าอันเป็นผลจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น

ข. ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ในต่างประเทศ

การให้ความคุ้มครองลูกหนี้ตามกฎหมายรับหลักการ ในอีกสถานะหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ในฐานะที่เป็นลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น เป็นกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้ได้มีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักอยู่ในประเทศนั้น แต่ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (establishment) อยู่ในประเทศดังกล่าว ศาลล้มละลายจึงได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเศนั้น ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) ซึ่งการได้รับการรับรองในฐานะนี้ พิธีกรรมได้ว่าอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าการได้รับการรับรองในฐานะของกระบวนการพิจารณาหลัก อันเนื่องมาจากสถานะของกระบวนการพิจารณานั้นเอง ที่เกิดขึ้นในประเทศที่มีความสำคัญของจุดเกาะเกี่ยวกับลูกหนี้ต่ำกว่าประเทศที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักของลูกหนี้ กล่าวโดยเฉพาะคือลูกหนี้เพียงแต่มีสถานประกอบการอันเป็นที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินค้า หรือบริการของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศนั้นเท่านั้น โดยลูกหนี้ไม่มีผลประโยชน์อื่น หรือมีแต่ยังไม่ถึงระดับที่นับว่าเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศนั้นซึ่งเป็นประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นขึ้น กระบวนการพิจารณานั้นจึงได้รับการรับรองเพียงในฐานะเป็นกระบวนการพิจารณาอื่น อันจะมีผลต่อการได้รับความคุ้มครองที่ต่ำกว่ากระบวนการพิจารณาหลักตามไปด้วย

โดยหลักการนี้จะไม่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย และเป็นการแตกต่างกันกับกฎหมายรับหลักการ อันเนื่องมาจากลักษณะของคดีที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ กล่าวคือกรณีที่ศาลล้มละลายจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์สินของลูกหนี้ตาม พระราชบัญญัติล้มละลายนั้น คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์สินนั้นจะมีลำดับหรือมีฐานะ (rank) เดียวไม่มีลำดับที่สูงกว่า หรืออยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าก็เพราะว่าคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายทุกคดีต่างก็เกิดขึ้นในประเทศไทยเหมือนกัน โดยจะแตกต่างจากคดีล้มละลายในกฎหมายรับหลักการอันเป็นคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นจากหลากหลายต่างประเทศทั่วโลกโดยการอาศัยจุดเกาะเกี่ยวต่างประเทศต่างๆ ที่มีอยู่อันเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ

¹⁸³ อ่างแล้ว, Article 21 (1) (e).

เพราะฉะนั้น คดีล้มละลายข้ามชาตินั้นจึงสามารถเริ่มขึ้นได้ในประเทศใดก็ได้ แต่การเริ่มคดีขึ้นนั้นก็อาจอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่ต่างกัน และจุดเกาะเกี่ยวที่แตกต่างกันนี้เองจึงส่งผลให้สถานะของกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นนั้นมีลำดับ หรือฐานะที่แตกต่างกันด้วย และจะส่งผลให้กฎหมายรับหลักการมีระดับของความคุ้มครองอยู่สองระดับ คือ ความคุ้มครองในระดับของการที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลัก และความคุ้มครองในระดับของการเป็นกระบวนการรอง ในขณะที่ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาตามพระราชบัญญัติล้มละลายจะมีเพียงระดับเดียวเท่านั้นทุกกระบวนการ

กล่าวโดยเฉพาะคือความคุ้มครองในกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอต่อศาลล้มละลายเท่านั้น และเป็นดุลพินิจของศาลล้มละลายที่จะให้ความคุ้มครองนั้น (discretionary relief) โดยศาลล้มละลายควรจะให้ความคุ้มครองเท่าที่จำเป็น และเป็นกรณีที่ต้องปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ศาลล้มละลายอาจจะให้ความคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นสมควร และสามารถใช้อดุลพินิจในการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกความคุ้มครองนั้นเมื่อใดก็ได้ด้วย¹⁸⁴ โดยศาลล้มละลายต้องแน่ใจว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผู้มีส่วนได้เสีย รวมทั้งลูกหนี้จะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ¹⁸⁵

ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ในฐานะกระบวนการพิจารณารองนี้ตามกฎหมาย รับหลักการ อาจพิจารณาจากความคุ้มครองที่มีอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติล้มละลาย¹⁸⁶ โดยควรครอบคลุมถึง

(1) ให้ระงับการฟ้องคดีใดๆ ต่อลูกหนี้ในในประเทศไทย รวมถึงระงับการดำเนินคดีต่อไปต่อลูกหนี้ด้วยที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ รวมทั้งภาระผูกพันของ ลูกหนี้¹⁸⁷

(2) ให้ระงับการบังคับคดีเกี่ยวกับ หรือสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทย¹⁸⁸

(3) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณา (interim relief)¹⁸⁹

(4) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้¹⁹⁰ และ

¹⁸⁴Article 22 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁸⁵อ้างแล้ว, Article 22 (1).

¹⁸⁶มาตรา 15 มาตรา 22 และมาตรา 25.

¹⁸⁷Article 20 (1) (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁸⁸อ้างแล้ว, Article 20 (1) (b).

¹⁸⁹อ้างแล้ว, Article 21 (1) (f).

¹⁹⁰อ้างแล้ว, Article 21 (1) (d).

(5)การแต่งตั้งบุคคลใด หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเองทำการดูแล จัดการ หรือ จำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่มีอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย¹⁹¹

5.6.2.2 การคุ้มครองเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสีย

การให้ความคุ้มครองที่มีความสำคัญอย่างมากในกฎหมายล้มละลาย คือ การให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย (interested persons) เกี่ยวกับ ลูกหนี้ โดยเฉพาะกฎหมายล้มละลายควรจะต้องทำการระงับ (suspension) สิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ อย่างเคร่งครัดซึ่งมีความสำคัญและเป็นการจำเป็นอย่างมากในสังคมยุคโลกาภิวัตน์ (globalization) โดยเฉพาะกับคดีล้มละลายข้ามชาติด้วยแล้วผลประโยชน์และ ทรัพย์สินของลูกหนี้มีอยู่ในหลายประเทศทั่วโลกซึ่งลูกหนี้สามารถทำการโอน หรือเคลื่อนย้ายผลประโยชน์ เงิน หรือทรัพย์สินข้ามพรมแดนจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง และไปสู่หลายประเทศได้โดยง่าย ด่วน และรวดเร็ว ดังนั้นจึงต้องมีความคุ้มครองโดยการทำให้ขบวนการนี้สะดุดหยุดอยู่ หรือแช่แข็ง (suspend or freeze) ไว้ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งอันควรจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะเป็นการป้องกันการทุจริต ข้อโกง และ ปกป้องผลประโยชน์อันชอบธรรมของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะเจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียกับลูกหนี้ในประเทศไทยเองจนกว่าจะมีการปฏิบัติการที่เหมาะสมตามกฎหมายล้มละลาย หรือศาลล้มละลายได้เข้ามาเยียวยาสถานการณ์ต่อไป

การให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียมีการกล่าวถึงอย่างมาก และเป็นประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่งในคดีล้มละลายข้ามชาติ ทั้งนี้เป็นเพราะบุคคลผู้อยู่ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีเป็นจำนวนมาก และมีความหลากหลายมากกว่าผู้อยู่ในฐานะที่เป็นลูกหนี้เนื่องจากลูกหนี้อาจเป็นบุคคล องค์กร หรือกลุ่มบุคคล กลุ่มองค์กรใดเพียงหนึ่งเท่านั้น แต่เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีจำนวนมากอยู่ในหลายประเทศทั่วโลก อันมีความหลากหลายทั้งทางด้านเชื้อชาติ สัญชาติ และสถานะของการเป็นเจ้าหนี้ และมูลค่าของผลประโยชน์ได้เสียนั้นเอง จึงทำให้เกิดปัญหาอย่างมากในทางปฏิบัติโดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองในกฎหมายล้มละลายว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์อย่างไรที่บรรดาเจ้าหนี้ และผู้ที่มีส่วนได้เสียเหล่านี้จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันอันไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) เพื่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น

โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติระหว่างเจ้าหนี้ในประเทศ กับเจ้าหนี้ต่างประเทศที่บ่อยครั้งจะมีการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันเกือบจะทุกด้าน จึงเป็นประเด็นสำคัญที่กฎหมายล้มละลายจะต้องคำนึงถึง โดยผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องมีการชั่งน้ำหนักให้ดี โดยแม้ว่าควรจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในประเทศ และผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ในประเทศไทยก็จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติกับเจ้าหนี้ต่างประเทศไม่ว่า

¹⁹¹ อ่างแก้ว, Article 21 (1) (e).

จะเป็นเพราะมีภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล สถานที่ประกอบธุรกิจ หรือประกอบธุรกิจอยู่ในต่างประเทศ

กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดเกี่ยวกับการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศไว้ โดยกำหนดให้มีสิทธิเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ในประเทศ อันได้แก่¹⁹²

(1) สิทธิเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศไทย ซึ่งทำให้เจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายได้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายโดยอาจจะเจ้าหนี้ธรรมดา¹⁹³ หรือเจ้าหนี้มีประกัน¹⁹⁴ ก็ได้

(2) สิทธิเกี่ยวกับการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศไทยซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.1) การเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของเจ้าหนี้ต่างประเทศ อาจจะเป็นผลต่อเนื่องมาจากการที่เจ้าหนี้ต่างประเทศได้ทำการเริ่มคดี คือฟ้องเป็นคดีล้มละลายแล้วซึ่งเรียกว่าเป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ โดยเมื่อศาลล้มละลายได้รับฟ้องคดีล้มละลายไว้แล้วนี้ เจ้าหนี้ต่างประเทศผู้เป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์นั้นก็มิมีสิทธิที่จะเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต่างๆ ตามพระราชบัญญัติล้มละลายในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ได้ เป็นต้นว่า การยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลล้มละลายเพื่อขอควบคุมครองในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนในกรณีที่ลูกหนี้ออกไป หรือกำลังจะออกไปนอกเขตอำนาจศาล หรือทำการปกปิด ซุกซ่อน ยักย้ายทรัพย์สิน รวมถึงการกระทำข้อโกงเจ้าหนี้ด้วย¹⁹⁵

(2.2) เป็นกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถขอต่อศาลเข้ามาร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในระหว่างพิจารณาคดี ซึ่งเป็นกรณีที่ได้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายไปแล้ว คือมีกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่ดำเนินอยู่ในศาลล้มละลายแล้วเจ้าหนี้ต่างประเทศจึงได้ขอใช้สิทธิเข้ามามีส่วนร่วมในลักษณะที่เป็นการร้องสอดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการร้องสอดเข้ามาในระหว่างพิจารณาคดีของผู้แทนต่างประเทศ¹⁹⁶

นอกจากนี้กฎหมายรับหลักการยังควรกำหนดถึงลำดับในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต่างประเทศว่าให้อยู่ในลำดับที่ไม่ต่ำกว่าคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปของเจ้าหนี้ในประเทศด้วย¹⁹⁷ ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นนี้ในพระราชบัญญัติล้มละลายมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

กล่าวโดยสรุปตามกฎหมายรับหลักการ นอกจากความคุ้มครอง (relief) ที่จะได้กล่าวรายละเอียดในลำดับถัดไปแล้ว เจ้าหนี้ต่างประเทศควรจะได้รับปฏิบัติที่ไม่ต่ำกว่าเจ้าหนี้ในประเทศ ทั้งการฟ้อง การเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และการจัดลำดับในการได้รับชำระหนี้ ทั้งนี้อย่างไร

¹⁹²Article 13 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

¹⁹³ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

¹⁹⁴อ้างแล้ว, มาตรา 10.

¹⁹⁵อ้างแล้ว, มาตรา 16.

¹⁹⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.4.3.1 ในหัวข้อย่อย ข. โดยการร้องสอด.

¹⁹⁷Article 13 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ตาม กฎหมายรับหลักการที่สามารถที่จะกำหนดหลักการเป็นอย่างอื่นของการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศโดยเท่าเทียมกับเจ้าหนี้ในประเทศนี้ได้ หากคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต่างประเทศนั้นเป็นคำขอรับชำระหนี้ในมูลหนี้ค่าภาษีอากรต่างประเทศ หรือเกี่ยวกับเงินประกันสังคม¹⁹⁸

เกี่ยวกับการส่งคำบอกกล่าวให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ เมื่อใดก็ตามที่จะต้องดำเนินการแจ้ง หรือบอกกล่าวใดๆ ให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศได้รับทราบเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายใดๆ ตามกฎหมายรับหลักการซึ่งจะมีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้างนั้น จึงควรที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการด้วย

โดยเหตุที่ศาลล้มละลาย หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องส่งคำบอกกล่าว หรือเรียกให้เจ้าหนี้ปฏิบัติกรต่างๆ ในการดำเนินคดีล้มละลายนั้น เป็นต้นว่า

(1) การเรียกให้เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์วางเงินประกันค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม¹⁹⁹

(2) การเรียกประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรก²⁰⁰

(3) การเรียกประชุมเจ้าหนี้ครั้งอื่นๆ²⁰¹

(4) การเรียกประชุมเจ้าหนี้เพื่อปรึกษาลงมติพิเศษต่อคำขอประนอมหนี้ของลูกหนี้

²⁰² และ

(5) การแจ้งกำหนดเวลาให้เจ้าหนี้เสนอคำขอรับชำระหนี้ที่ลูกหนี้ได้กระทำขึ้น ในระหว่างวันที่ศาลได้มีคำสั่งเห็นชอบด้วยการประนอมหนี้ถึงวันที่ศาลพิพากษาให้ ลูกหนี้ล้มละลาย ในกรณีที่ศาลยกเลิกการประนอมหนี้ของลูกหนี้ และได้พิพากษาให้ลูกหนี้ ล้มละลาย²⁰³

การส่งคำบอกกล่าว หรือการแจ้งใดๆ แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศในกฎหมายรับหลักการนั้น กฎหมายต้นแบบกำหนดให้มีการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเป็นรายบุคคล²⁰⁴ โดยอาจจะส่งผ่านทางสถานทูตในประเทศที่เจ้าหนี้นั้นมีภูมิลำเนาอยู่ ซึ่งหลักการนี้แม้จะไม่ปรากฏชัดแจ้งในพระราชบัญญัติล้มละลาย แต่ตามเจตนารมณ์ในพระราชบัญญัติล้มละลาย แนวทางปฏิบัติของศาล และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ได้ดำเนินการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเป็นรายบุคคลอยู่แล้ว ดังนั้น ในหลักการของประเด็นนี้จึงมีความสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายต้นแบบ พระราชบัญญัติล้มละลาย และกฎหมายรับหลักการที่อาจจะเกิดขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายรับหลักการสามารถที่จะกำหนดให้มีการส่ง คำบอกกล่าวในรูปแบบอื่นได้เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในขณะนั้นๆ ได้ เช่น ในกรณีเป็นการพิจารณาคดีล้ม

¹⁹⁸ อ่างแล้ว, Footnote, Article 13 (2).

¹⁹⁹ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

²⁰⁰ อ่างแล้ว, มาตรา 31.

²⁰¹ อ่างแล้ว, มาตรา 32.

²⁰² อ่างแล้ว, มาตรา 45.

²⁰³ อ่างแล้ว, มาตรา 60.

²⁰⁴ Article 14 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ละลายที่เป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน และมีเจ้าหนี้ที่เกี่ยวข้องกับคดีเป็นจำนวนมาก หรือการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเป็นรายบุคคลดังกล่าวจะต้องมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ศาลอาจมีคำสั่งให้ส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้เป็นรายบุคคลเฉพาะแก่เจ้าหนี้รายใหญ่ที่มีหนี้เป็นจำนวนมาก แต่สำหรับเจ้าหนี้รายย่อยอาจมีคำสั่งให้ส่งคำบอกกล่าวแก่ตัวแทนของ เจ้าหนี้ในกลุ่มของเจ้าหนี้ประเภทเดียวกัน หรือให้มีการประกาศลงในหนังสือพิมพ์ต่างประเทศที่เป็นสากลและแพร่หลายก็ได้ ทั้งนี้เป็นดุลพินิจของศาลเพราะกรณีตกอยู่ภายใต้สถานการณ์บางอย่างซึ่งการส่งคำบอกกล่าวโดยรูปแบบอื่นจะมีความเหมาะสมกว่า ซึ่งกฎหมายต้นแบบกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้²⁰⁵ โดยเมื่อได้ส่งคำบอกกล่าวใดๆ ไปยังเจ้าหนี้ต่างประเทศทั้งหลายแล้ว แม้เจ้าหนี้ต่างประเทศบางคนจะยังไม่ได้รับก็ไม่ส่งผลให้การนั้นๆ ต้องเสีย ไป²⁰⁶

ในกรณีที่เป็นการส่งคำบอกกล่าวเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ คำบอกกล่าวนั้นจะต้องกำหนดระยะเวลาพอสมควรในการยื่น คำขอรับชำระหนี้ และระบุสถานที่ยื่นคำขอด้วย อีกทั้งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการยื่นคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันด้วยในกรณีเป็นเจ้าหนี้มีประกัน โดยกฎหมายรับหลักการอาจกำหนดให้ต้องมีข้อมูลอื่นๆ อีกด้วยก็ได้²⁰⁷ ซึ่งโดยเจตนารมณ์หลักของกฎหมายต้นแบบในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งคำบอกกล่าวให้แก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ และตามกฎหมายรับหลักการที่จะมีขึ้นนั้นก็เพื่อเป็นการปฏิบัติให้สอดคล้องและเท่าเทียมกันกับเจ้าหนี้ในประเทศโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ก. โดยผลของกฎหมาย (Automatic Relief)

เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรับหลักการเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตาม คำขอของผู้แทนต่างประเทศเฉพาะแต่ในกรณีที่เป็นการรับรองกระบวนการหลักเท่านั้น โดยเป็นการให้ความคุ้มครองโดยทันที (automatic) ตามกฎหมายรับหลักการ ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียโดยผลของกฎหมายนี้ เป็นหลักการเช่นเดียวกับและปรากฏอยู่แล้วในพระราชบัญญัติล้มละลาย เช่น ตามมาตรา 24 ทันทีที่ศาลล้มละลายได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้ ลูกหนี้จะทำการใดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตนได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากศาล หรือบุคคลที่มีอำนาจเท่านั้น โดยเฉพาะลูกหนี้หมดอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สินของตน เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แต่ผู้เดียวเท่านั้น²⁰⁸ ซึ่งหลักการนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายก็เพื่อเป็นการต้องการ

²⁰⁵ อ่างแล้ว.

²⁰⁶ ทั้งนี้ ตามหลักการของการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ในประเทศ ตามมาตรา 157 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยอาจนำหลักการนี้มากำหนดไว้ในกฎหมาย รับหลักการด้วยก็ได้.

²⁰⁷ Article 14 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁰⁸ มาตรา 22 (1) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

ที่จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ และผู้ที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ ที่ห้ามมิให้ลูกหนี้ทำการใดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือกิจการของตนที่อาจทำให้เป็นการลดมูลค่าของกองทรัพย์สินนั้นลงไปอีก อันอาจทำให้เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียได้รับความเสียหายโดยไม่ได้รับชำระหนี้อย่างเกิดผลประโยชน์สูงสุดจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (maximization of debtor's assets)

กฎหมายรับหลักการจึงอาจนำหลักการการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียอันเป็นผลโดยกฎหมาย ที่มีปรากฏอยู่แล้วในพระราชบัญญัติล้มละลายมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยปรับใช้ให้เข้ากับลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติ และโดยเฉพาะควรจะครอบคลุมถึงสามประการหลัก คือ

- (1) ให้ระงับอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้
- (2) ให้ระงับสิทธิการโอนทรัพย์สินใดๆ ของลูกหนี้ และ
- (3) ให้ระงับการก่อภาระผูกพันใดๆ ในทรัพย์สินของลูกหนี้²⁰⁹

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองในลักษณะนี้ เป็นการให้ความคุ้มครองโดยผลของกฎหมาย คือโดยผลของกฎหมายรับหลักการซึ่งจะมีขึ้นโดยทันที (automatic freeze or automatic suspend) เมื่อศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเฉพาะในกรณีที่เป็นกรณีให้การรับรองในฐานะเป็นกระบวนการพิจารณาหลัก และถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองโดยเคร่งครัดที่จำเป็นจะต้องมีขึ้นในเชิงบังคับ (mandatory) เพื่อให้รองรับกับภาวะการณ์ในขณะนั้นที่ลูกหนี้อาจทำการขอลด หรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินไปปิดบังได้ ซึ่งเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอาจได้รับความเสียหายได้ โดยผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้ความคุ้มครองที่สำคัญ และจำเป็นในลักษณะนี้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ และได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด จึงควรที่กฎหมายรับหลักการต้องกำหนดบทลงโทษ (sanction) ไว้ในกรณีที่ลูกหนี้ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามซึ่งอาจเป็นทั้งโทษทางแพ่ง และหรือในทางอาญา และโทษที่กำหนดไว้ควรจะมีอัตราโทษที่สูงด้วย เพื่อให้ ลูกหนี้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตาม โดยอาจถือว่าการที่ลูกหนี้มีเจตนาโดยทุจริต²¹⁰ หรือทำการขอลดเจ้าหนี้รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียในการทำการเคลื่อนย้าย หรือปิดบังทรัพย์สินของตนโดยเฉพาะเป็นการกระทำในระหว่างประเทศด้วยแล้ว เป็นอาชญากรรมข้ามชาติ (international crime) ประเภทหนึ่งอันเป็นความผิดสากลที่ทุกประเทศสามารถทำการลงโทษได้ในฐานะที่เป็นสมาชิกของคดีล้มละลายข้ามชาติ นอกจากนี้กฎหมายรับหลักการควรกำหนดให้ศาลล้มละลาย มีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนการกระทำของลูกหนี้ที่เป็นการฝ่าฝืน หรือกำหนดให้

²⁰⁹Article 20 (1) (c) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²¹⁰มาตรา 1 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้ให้ความหมายของโดยทุจริตไว้ว่า “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น.”

การกระทำของลูกหนี้ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการนี้ของกฎหมายรับหลักการนั้นเป็นโมฆะ (void)²¹¹ และสามารถเรียกคืนซึ่งทรัพย์สินที่ลูกหนี้ทำการยกย้ายถ่ายเทไปด้วย โดยเฉพาะในเรื่องของการประสานงานกับต่างประเทศที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกโอนไป

อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญเกี่ยวกับหลักการของ Automatic Freeze or Automatic Suspend นี้ในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในรูปแบบของข้อตกลงสัญญา (contractual agreement) ซึ่งสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ภายใต้ข้อตกลงในสัญญานั้นควรยังคงอยู่โดยไม่ควรมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินนั้น แต่กระบวนการของ Automatic Freeze or Automatic Suspend ควรเป็นเพียงการจำกัดหนทางของการใช้สิทธิใดๆ (exercise rights) ที่มีขึ้นในตัวสิทธิดังกล่าวเท่านั้น ในทัศนะที่ว่าเพื่อเป็นการสงวนรักษาไว้ซึ่งความจำเป็นในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลาย²¹²

ข. โดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief)

กฎหมายรับหลักการอาจจะกำหนดให้ศาลล้มละลายสามารถใช้ดุลพินิจในการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียได้ หรือเป็นความคุ้มครองโดยดุลพินิจของศาล (discretionary relief) เมื่อมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศไม่ว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น จะได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการหลักต่างประเทศ หรือในฐานะของกระบวนการรองต่างประเทศ โดยควรเป็นการเฉพาะในกรณีที่ศาลล้มละลายพิจารณาว่าเป็นกรณีที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งศาลล้มละลายอาจจะไม่ให้ความคุ้มครองตามคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศก็ได้ หากศาลล้มละลายแน่ใจว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอแล้ว โดยกฎหมายรับหลักการควรจะให้เป็นดุลพินิจของศาลล้มละลายในการชั่งน้ำหนัก หรือในการพิจารณา และศาลล้มละลายอาจกำหนดให้ความคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขใดๆ ที่เห็นสมควร รวมทั้งมีอำนาจที่จะทำการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกความคุ้มครองนั้นได้ด้วย เพื่อให้รับต่อภาวะการเปลี่ยนแปลงของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่อาจมีขึ้นหลังจากศาลล้มละลายได้ให้การรับรองไปแล้ว โดยความคุ้มครองในลักษณะนี้ไม่มีความคุ้มครองที่เคร่งครัดที่ศาลล้มละลายจะต้องให้ทุกกรณีโดยผลของกฎหมายรับหลักการ อันเนื่องมาจากศาลล้มละลายได้ให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นในฐานะกระบวนการรองที่มีสถานะที่ด้อยกว่าการได้รับการรับรองในฐานะกระบวนการหลัก อันเป็นเชิงบังคับให้ศาลล้มละลายต้องให้ความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายรับหลักการ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศมีความประสงค์ที่จะได้รับความคุ้มครองใดเพิ่มเติมจากศาลล้ม

²¹¹UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 147.

²¹²Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-fourth session, par. 54.

ละลายหลังจากที่ได้รับความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายรับหลักการในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักไปแล้วก็ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าตามกฎหมายรับหลักการ หากความคุ้มครองใดไม่ประสงค์ที่จะให้ศาลล้มละลายต้องผูกพันในการให้ความคุ้มครองนั้นโดยผลของกฎหมายรับหลักการ ก็สามารถที่จะกำหนดให้ความคุ้มครองนั้นเป็นความคุ้มครองที่อาจจะมีขึ้นโดยเป็นดุลพินิจ ของศาลล้มละลายก็ได้เพื่อไม่ให้เป็นการผูกพันศาลล้มละลาย และสามารถมีความยืดหยุ่นรองรับต่อสถานการณ์เฉพาะหน้าได้ โดยความคุ้มครองโดยดุลพินิจของศาลล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการนี้ ควรจะครอบคลุมถึง

(1) ให้ระงับสิทธิการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการใดของลูกหนี้ (freeze or suspend) ซึ่งหากเป็นกระบวนการพิจารณาหลักแล้วก็เฉพาะในกรณีที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองโดยผลของกฎหมายรับหลักการ

(2) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้

(3) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครองชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่างพิจารณา (interim relief) ในกรณีที่ศาลล้มละลายได้ให้ความคุ้มครองใดๆ ไปในระหว่างที่พิจารณาคำขอ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองต่อเนื่องจากความคุ้มครองที่ได้ให้ไปแล้ว และ

(4) ให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้ง ทำการดูแลการ จัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่มีอยู่หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย โดยเฉพาะในหลักเกณฑ์นี้ผู้วิจัยพิจารณาว่าเป็นหลักการที่สำคัญที่ศาลล้มละลายควรจะใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบในการใช้อำนาจในดุลพินิจที่มีอยู่ตามกฎหมายรับหลักการ เนื่องจากเป็นการใช้ ดุลพินิจในการให้อำนาจในการเข้าควบคุมและจัดการต่อทรัพย์สิน (turn over) ของลูกหนี้ ซึ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยอาจต้องออกไปสู่นอกประเทศ เพราะกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้เริ่มขึ้นในต่างประเทศ เพียงแต่ได้รับการยอมรับ หรือรับรองโดยศาลล้มละลายในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่รับหลักการโดยหากจะมีขึ้น และเป็นกรณีที่ลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาดังประเทศนั้นมีทรัพย์สินอยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย จึงต้องมีการร้องขอต่อศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาดังประเทศนั้น²¹³ เพื่อจะได้สามารถทำการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยไปรวมในกองทรัพย์สินของ ลูกหนี้ได้ ดังนั้นเมื่อศาลล้มละลายมีความเข้าใจในจุดนี้เพื่อให้เกิดการคุ้มครองต่อเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศไทย จึงเป็นดุลพินิจของศาลล้มละลายในการที่จะแต่งตั้งบุคคลใด เพื่อดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยได้ก่อนที่จะให้อำนาจการควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ (turn over) แก่ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลใดที่ศาลล้มละลายแต่งตั้งขึ้น หรืออยู่ในเงื้อมมือของผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลที่ศาลแต่งตั้งหลังจากที่ศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาดังประเทศนั้นแล้ว²¹⁴ ซึ่งทรัพย์สินนั้นน่าจะจะต้องถูกส่งออกไปนอกประเทศไทยอีกด้วย เพื่อที่ศาลล้มละลายจะมีความมั่นใจว่า

²¹³โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.4 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.

²¹⁴Article 21 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ หรือผู้มีส่วนได้เสียในประเทศจะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ หรือควรจะต้องไม่มีการเคลื่อนย้าย การหมุนเวียน หรือการโอนอำนาจในการควบคุมและจัดการ (turn over) ในทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทย จนกว่าศาลล้มละลายจะแน่ใจว่าจะไม่เกิดความเสียหายต่อเจ้าหน้าที่ และผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทย

นอกจากนี้ความคุ้มครองที่อาจจะมีขึ้นตามกฎหมายรับหลักการ อันมีต่อเจ้าหน้าที่และผู้มีส่วนได้เสียโดยผู้แทนต่างประเทศ เนื่องจากผู้แทนต่างประเทศเป็นบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งมาจากต่างประเทศ ให้เข้ามาดำเนินการในประเทศไทยในฐานะที่เป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ และเมื่อศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้ว ผู้แทนต่างประเทศจึงสามารถที่จะดำเนินการตามกระบวนการพิจารณานั้นโดยเฉพาะกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในในประเทศไทย แต่โดยแท้จริงแล้วผู้แทนต่างประเทศ มิได้ได้รับการแต่งตั้งขึ้น หรือมีอำนาจดำเนินการนั้นเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายของประเทศไทย แต่ผู้แทนต่างประเทศมีอำนาจขึ้นโดยปริยายเมื่อศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ดังนั้นกฎหมายรับหลักการควรที่จะมีหลักการที่เป็นการ ยืนยันถึงการที่ผู้แทนต่างประเทศสามารถที่จะเริ่ม (initiate) การกระทำใดๆ ที่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย (active legitimation) ในการเข้าใช้สิทธิที่มีอยู่แทนที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียดำเนินการเกี่ยวกับการล้มละลาย หรือการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ²¹⁵ ซึ่งก็คือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้ชำระบัญชีในประเทศไทยนั่นเอง ในการกระทำที่เป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นผลร้าย (detrimental) ต่อบรรดาเจ้าหน้าที่ และผู้มีส่วนได้เสีย หรือเพื่อเป็นการบรรเทาผลของการกระทำใดที่อาจจะเป็นผลร้ายดังกล่าว โดยเฉพาะการดำเนินการภายใต้ของกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลาย เช่น การดำเนินการใดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่บรรดาเจ้าหน้าที่ และผู้มีส่วนได้เสีย และควรที่จะได้รับความคุ้มครองอันเป็นเจตนารมณ์ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายโดยเฉพาะในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ

แต่ทั้งนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายรับหลักการจะต้องตระหนักให้มากในการให้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้แทนต่างประเทศ ทั้งนี้โดยควรจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้แทนต่างประเทศสามารถดำเนินการใดได้บ้าง ซึ่งควรเป็นการที่สามารถที่จะดำเนินการได้โดยชอบด้วยกฎหมายตามที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของประเทศไทยสามารถดำเนินการได้ และจำกัดการ ดำเนินการเฉพาะที่เกี่ยวกับการล้มละลายซึ่งรวมถึงการฟื้นฟูกิจการด้วยในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้นเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์แห่งกระบวนการพิจารณานั้นเท่านั้น

²¹⁵ อ่างแล้ว, Article 23 (1).

5.7 อำนาจศาล และหน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย

5.7.1 เขตอำนาจศาล

เมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศ ตามกฎหมายรับหลักการแล้ว ผลที่สำคัญและเป็นประเด็นหลักในการพิจารณาเกี่ยวกับกรณีนี้ในกฎหมายรับหลักการ คือเป็นเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลล้มละลายที่เป็นการ เปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมที่มีอยู่ กล่าวคือหากพิจารณาตามพระราชบัญญัติล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวกับการเริ่มคดีล้มละลายในประเทศไทยตามมาตรา 7 และมาตรา 150 แล้วพิจารณาได้ว่าเขตอำนาจของศาลล้มละลายตามกฎหมายของประเทศไทย สามารถที่จะทำการพิจารณา และดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเกี่ยวกับคดีล้มละลายที่มีองค์ประกอบ พัวพันกับต่างประเทศ (foreign element) หรือคดีล้มละลายที่มีจุดเกาะเกี่ยว (connecting point) กับต่างประเทศได้²¹⁶ กล่าวโดยเฉพาะคือการเริ่มคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย และการที่ศาลล้มละลาย จะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลาย รวมถึงการพิทักษ์ทรัพย์ด้วย จะมีจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับ ประเทศไทยอยู่เพียงสองประการ²¹⁷ คือ

(1) ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไทย โดยไม่ต้องคำนึงว่าลูกหนี้จะมีสัญชาติใด ลูกหนี้จะมีการปรากฏตัวในราชอาณาจักรไทยหรือไม่ ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของ ลูกหนี้เกิดในราชอาณาจักรไทยหรือไม่ และโดยเฉพาะลูกหนี้จะมีทรัพย์สินอยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศไทยหรือไม่ ดังนั้นคดีล้มละลายที่มี องค์ประกอบเหล่านี้ นอกจากภูมิลำเนาของลูกหนี้เป็นองค์ประกอบต่างประเทศแล้ว หรือเป็นคดีล้มละลายที่มี สถานะเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ เพียงแต่ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไทยก็สามารถเริ่มคดีล้มละลาย ในประเทศไทยได้ หรือ

(2) ลูกหนี้ได้ประกอบธุรกิจหรือในราชอาณาจักรไทย โดยไม่จำเป็นที่ลูกหนี้จะต้องมีภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ หรือที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล อยู่ในประเทศไทย หรือลูกหนี้จะได้มีการ ปรากฏตัวในราชอาณาจักรไทยหรือไม่ ภาวะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้เกิดขึ้นในประเทศไทยหรือไม่ หรือ ไม่ว่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะอยู่ในประเทศใด และโดยเฉพาะลูกหนี้อาจจะไม่มีสถานประกอบการอยู่ใน ประเทศไทยเลย ก็สามารถเริ่มคดีล้มละลายในประเทศไทยได้แม้จะมีองค์ประกอบต่างด้าวอยู่ในคดีนั้นอันเป็น คดีล้มละลายข้ามชาติก็ตาม

จึงพิจารณาได้ว่าการเริ่มคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายนั้น มีความทันสมัย (modern) สามารถรองรับต่อคดีล้มละลายข้ามชาติที่อาจจะขึ้นได้ แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราช บัญญัติล้มละลายนั่นเองในหมวด 8 ส่วนที่ 2 การล้มละลายเกี่ยวกับต่างประเทศ ในมาตรา 177 จะพิจารณาได้ ว่าแม้ว่าศาลล้มละลายจะสามารถรับฟ้องคดีล้มละลายที่มี องค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศอันเป็นคดีล้ม ละลายข้ามชาติไว้พิจารณาได้ แต่ในส่วนของ การบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลล้มละลายเมื่อศาล

²¹⁶โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.2 จุดเกาะเกี่ยว.

²¹⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.1 อำนาจศาลไทยเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.

ล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ล้มละลาย หรือให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ นั้น สามารถแยกพิจารณาได้สองประการ

ประการที่หนึ่ง พระราชบัญญัติล้มละลายได้ปิดตัวเองจากเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ของตนโดยการจำกัดเขตอำนาจของศาลล้มละลาย คือการที่ศาลล้มละลายได้มี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ นั้นจะมีผลเฉพาะกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น แม้ว่าลูกหนี้จะมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศใด และมีจำนวนไม่น้อยเพียงใดก็ตามซึ่งเป็นองค์ประกอบต่างด้านหนึ่งของการเป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล้มละลายก็จะไม่มีผลไปถึงทรัพย์สินของ ลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศนั้นๆ ได้²¹⁸ และ

ประการที่สอง พระราชบัญญัติล้มละลายได้ปิดตัวเองจากเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) จากศาลต่างประเทศโดยการไม่ยอมรับหรือปฏิเสธต่อผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ล้มละลาย หรือให้พิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ของศาลในต่างประเทศ โดยไม่ให้มีผลเกี่ยวกับ ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ หรือตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย²¹⁹ แม้ว่าลูกหนี้ในคดีนั้นจะมีสัญชาติไทย จะมีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรือจะมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทยเป็นจำนวนมากถึงเพียงใดก็ตาม หากคดีนั้นได้เริ่มขึ้นหรือดำเนินการในต่างประเทศแล้ว แม้คดีนั้นจะมีองค์ประกอบต่างประเทศพัวพันกับประเทศไทยก็ตาม พระราชบัญญัติล้มละลายก็ปฏิเสธที่จะให้มีผลของคดีเกิดขึ้นในประเทศไทย

เพราะฉะนั้น ตามกฎหมายรับหลักการ การที่ศาลล้มละลายจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ กฎหมายรับหลักการจะต้องยอมเปิดตัวเองในการที่จะต้องยอมรับต่อผลของการให้การรับรองนั้นที่จะมีขึ้นในราชอาณาจักรไทย แต่มิใช่เป็นการยอมรับต่อเขตอำนาจศาลของศาลต่างประเทศโดยตรง หรือโดยผลของกฎหมายรับหลักการ (automatic) เพราะกฎหมายรับหลักการเป็นเพียงกฎหมายภายใน อันมิใช่เป็นกฎหมาย หรือเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อเป็นการยอมรับ หรือให้การรับรองต่อผลของ คำพิพากษา หรือคำสั่งที่มีขึ้น และยอมบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นโดยผลของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่การให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยศาลล้มละลายตามกฎหมายรับหลักการนั้นเป็นกรณีรายกรณีไป (case by case) แม้คดีล้มละลายข้ามชาติอันเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น จะมีองค์ประกอบครบของการเป็นกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายตามกฎหมายต่างประเทศ แต่การที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายรับหลักการหรือไม่ เป็นดุลพินิจในการพิจารณาคำขอนั้นของศาลล้มละลาย

โดยหลักทั่วไปในแต่ละประเทศสามารถที่จะจัดระบบศาล หรือเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศของตนได้ตามหลักเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาล ซึ่งเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ ก็สามารถที่จะกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งในประเทศนั้น หรืออาจกำหนดให้ศาลทุกศาลเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณารับรองกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ และกระบวนการ

²¹⁸มาตรา 177 วรรคแรก.

²¹⁹มาตรา 177 วรรคสอง.

พิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศได้ โดยในกฎหมาย ต้นแบบก็มีหลักการให้ประเทศที่รับหลักการทำการระบุนศาลภายในประเทศของตนที่จะมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศไว้²²⁰ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อความชัดเจนโปร่งใสในการที่ผู้แทนต่างประเทศจะสามารถรู้ได้ว่าศาลใดในประเทศที่รับหลักการเป็นศาลที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคำขอ โดยเฉพาะในการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศด้วย²²¹

ตามกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศในประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดให้ Tokyo District Court เท่านั้นเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ²²² เนื่องจากในประเทศญี่ปุ่นไม่มีศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษที่ทำการพิจารณาระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการล้มละลายโดยเฉพาะ จึงพิจารณาได้ว่าเป็นการตอบรับต่อหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบแล้ว²²³ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้แทนต่างประเทศ และเจ้าหนี้ต่างประเทศของประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากปัจจัยทางด้านสิ่งอำนวยความสะดวกในการเดินทาง หรือการขนส่ง ในเมืองโตเกียว (Tokyo) มีมากกว่าเมืองอื่นในประเทศญี่ปุ่น²²⁴

ตาม The Cross-Border Insolvency Act, 2000 ของประเทศสาธารณรัฐ แอฟริกาใต้ (Republic of South Africa) ได้กำหนดให้ศาล High Court ของประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ตาม Section 166 (c) ของ The Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (Act No. 108 of 1996) เป็นศาลที่มีอำนาจเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายต่างประเทศ และการให้ความร่วมมือ ช่วยเหลือกับศาลต่างประเทศ²²⁵

ปัจจุบันประเทศไทยมีศาลล้มละลาย ที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยเฉพาะ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าศาลที่ควรจะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรับหลักการ จึงควรเป็นศาล ล้มละลายอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ซึ่งเป็นศาลชั้นอุทธรณ์

²²⁰Article 4 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²²¹UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 80.

²²²Section 2 (1) of the Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceedings แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ศาล Tokyo District Court ได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศแล้ว ศาล Tokyo District Court อาจจะมีการโอนคดีเพื่อให้มีการช่วยเหลือในการรับรอง (recognition-assistance) ไปให้แก่ศาลอื่นที่มีความใกล้ชิดกับคดีนั้นมากกว่าก็ได้ตาม Section 2 (2) ของกฎหมายฉบับนี้.

²²³Kazuhiko Yamamoto, "New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency," The Japanese Annual of International Law, p. 97.

²²⁴Kazuhiko Yamamoto, "Aratana Kokusaitosan-hosei (3)," NBL, No. 701 (2000), pp. 49-50.

²²⁵Section 4 of the Cross-Border Insolvency Act, 2000.

พิเศษเกี่ยวกับการล้มละลายที่เหมาะสมที่สุด โดยปัจจุบันคงมีแต่ศาลล้มละลายกลางที่ทำหน้าที่พิจารณา กระบวนพิจารณาคดีล้มละลาย และกระบวนพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้เท่านั้น เนื่องจาก ยังไม่ได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายภาค และมีการเปิดทำการของศาลล้มละลายภาค²²⁶ ศาลล้มละลายกลางจึงมีอำนาจพิจารณาคดีล้มละลายทั้งหมดที่เกิดขึ้นได้²²⁷ ทั้งนี้ในกฎหมายรับหลักการอาจจะระบุทั้ง ศาลล้มละลายกลาง และศาลล้มละลายภาคด้วยก็ได้หากจะมีการจัดตั้งศาลล้มละลายภาคต่อไป ให้เป็นศาลที่มี อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรับหลักการ

5.7.1.1 การยอมรับผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ

ปัญหาในการยอมรับผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศอันจะส่ง ผลให้มีการบังคับตามนั้น ประเด็นนี้เป็นปัญหามากทั้งในทางทฤษฎี และในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยว กับประเทศไทยเอง ในคดีล้มละลายที่ดำเนินกระบวนพิจารณาอยู่ในศาลล้มละลายในประเทศไทยบ่อยครั้งที่คดี หลายคดีมีทรัพย์สินของลูกหนี้ส่วนใหญ่ หรือทั้งหมดอยู่ในต่างประเทศ เนื่องจากในทางทฤษฎีแล้วโดยเฉพาะใน พระราชบัญญัติล้มละลายเองก็ได้มีบทบัญญัติให้การพิทักษ์ทรัพย์ หรือการล้มละลายในประเทศไทยนั้น จะมีผล เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น²²⁸ และในทางปฏิบัติแล้วก็ไม่สามารถที่จะไปบังคับกับ ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่นอกราชอาณาจักรไทย หรือที่อยู่ต่างประเทศได้เลย เพราะนอกจากเหตุผลหลัก คือ ประเทศไทยไม่มีข้อตกลงทั้งในระดับทวิภาคี และระดับพหุภาคี ในเรื่องของการยอมรับและบังคับตามคำ พิพากษา หรือคำสั่งกับต่างประเทศ²²⁹ โดยเฉพาะการบังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย²³⁰ แล้ว ยังมี ปัญหามากในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการสืบหาทรัพย์สินของลูกหนี้ว่าอยู่ในประเทศใดบ้างและอยู่ ณ ที่ ไต ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ในประเทศไทยต้องเสียหาย หรือต้องเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับไป

แต่ในลักษณะของกฎหมายรับหลักการ จะไม่ใช่เป็นในลักษณะของการยอมรับผล ของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวกับคดีล้มละลายโดยตรง หรือโดยผลของข้อตกลงระหว่าง ประเทศในรูปแบบต่างๆ ซึ่งจะมีผลให้คำพิพากษาเกี่ยวกับคดี ล้มละลายในศาลของประเทศหนึ่ง สามารถที่ จะมีผลบังคับได้ในอีกประเทศหนึ่งโดยผลของข้อ ตกลงที่เป็นกฎหมาย แต่ลักษณะของกฎหมายรับหลักการเป็น การเลียงปัญหาของการที่จะต้องมีความตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ เพราะเป็นการเข้าใจว่าการที่จะ เกิดข้อตกลงประเภนี้ขึ้นได้นั้น แต่ละประเทศจะต้องยอมจำกัดเขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลของตนลง²³¹

²²⁶ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542.

²²⁷ อ้างแล้ว, มาตรา 30.

²²⁸ มาตรา 177 วรรคแรก.

²²⁹ ข้อมูลจากกรมสนธิสัญญา และกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ.

²³⁰ สัมภาษณ์, วิชาญ วิชาญสรอรรถ, รองอธิบดีกรมบังคับคดี, 8 พฤศจิกายน 2544.

²³¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 เขตอำนาจรัฐและเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ.

และเนื่องจากคดีล้มละลายข้ามชาติเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล²³² ซึ่งเป็นเรื่อง
ของเอกชนในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น UNCITRAL จึงสร้างกฎหมายต้นแบบขึ้นเพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไป
เป็นแบบอย่างในการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของประเทศนั้นต่อไป ซึ่งเมื่อประเทศที่รับหลักการให้การรับ
รองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ก็เกิดผลของการ รับรองขึ้นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรับหลักการ
อันเป็นกฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง มิใช่เป็นการรับเอา (import) ผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งที่มีขึ้น
ตามกฎหมายของต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย

ถึงแม้จะพิจารณาว่าการที่กฎหมายรับหลักการ หรือศาลล้มละลายให้การรับรอง
นั้นเป็นการยอมรับผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ แต่ก็เป็นการยอมรับในทางอ้อม เป็นการ
ยอมรับโดยดุลพินิจของศาลตามกฎหมายภายในคือกฎหมายรับหลักการ มิใช่เป็นการยอมรับโดยทันทีโดยผล
ของกฎหมายซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศ อันเป็นการยอมรับโดยตรง และไม่มีลักษณะเป็นเชิงบังคับ
(mandatory) โดยผลของกฎหมายเช่นเดียวกับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ จึงเป็นการแก้ปัญหาได้ดีในอีกทาง
หนึ่ง

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับคำว่า “นโยบายแห่งรัฐ” (public policy) ตาม
Article 6 แห่งกฎหมายต้นแบบว่า การที่กฎหมายรับหลักการจะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ในทางใดๆ ได้หากมีข้อ
บัญญัติ หรือการบังคับใช้ที่จะมีผลเป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ของประเทศที่รับหลักการ ซึ่ง
การขัดแย้งกันดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่เป็น การ ขัดแย้งกันอย่างชัดเจน (manifestly contrary) เท่านั้นที่จะได้
รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายรับหลักการ ทั้งนี้โดยต้องตีความอย่างเคร่งครัด (restrictively
interpret) เนื่องจากเป็นการอ้างสถานการณ์ หรือเหตุการณ์บางอย่างเพื่อไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของ
กฎหมายซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศด้วย²³³ ดังนั้นจึงต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับพื้นฐาน
สำคัญ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประเทศที่รับหลักการโดยเฉพาะ

ซึ่งประเทศไทยก็ปรากฏบทบัญญัติในลักษณะนี้อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ด้วย²³⁴ แต่เฉพาะที่เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย
หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว มิต้องเป็นการขัดกันอย่างชัดเจน การนั้นก็อาจเป็นโมฆะได้²³⁵ ซึ่งผู้วิจัยเห็น
ว่าการพิจารณาในประเด็นนี้เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับบุคคลแต่ละบุคคลในการพิจารณา (subjective) และบุคคลผู้ทำ
การพิจารณาซึ่งก็คือศาลภายในแต่ละประเทศเองในการพิจารณาเป็นผู้ชี้ขาด และความหมายของคำว่านโยบาย

²³²โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1 ลักษณะของนิติสัมพันธ์.

²³³UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 88.

²³⁴มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

²³⁵อ้างแล้ว.

แห่งรัฐ (public policy) นั้นยังไม่มี ความชัดเจน ศาลจึงมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (broad discretion) ในการพิจารณา²³⁶ ซึ่งหากศาลล้มละลายพิจารณาแล้วว่า เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแม้ว่าจะไม่เป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ของประเทศไทยอย่างชัดแจ้งก็ตาม การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ หรือการดำเนินการใดตามกฎหมายรับหลักการก็คงไม่อาจมีขึ้นได้

5.7.1.2 การยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เนื่องจากกฎหมายรับหลักการ เป็นลักษณะของการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ อันเป็นการยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นที่จะทำให้เกิดผลของการรับรองขึ้นในประเทศไทย ตามกฎหมายภายในคือตามกฎหมายรับหลักการ แต่กระบวนการพิจารณานั้นเป็นกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนั้นศาลล้มละลาย และกฎหมาย รับหลักการควรจะต้องมีเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับ และบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ โดยเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในระหว่างประเทศอันเป็นหลักสากลว่า

(1) ศาลต่างประเทศต้องมีเขตอำนาจศาลในทางระหว่างประเทศ และ

(2) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศต้องถึงที่สุดและเด็ดขาด (final and conclusive)²³⁷

หลักเกณฑ์ที่หนึ่ง ที่ว่าศาลต่างประเทศที่ทำการพิจารณาคดี ต้องมีเขตอำนาจศาลในทางระหว่างประเทศ (international jurisdiction) ซึ่งหมายถึงเขตอำนาจศาลตามทัศนะของกฎหมายภายในของประเทศที่จะมีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา ที่ว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศ ซึ่งจะระบุถึงกรณีต่างๆ ว่ามีกรณีใดบ้างที่ถือว่าศาลต่างประเทศมีอำนาจในการพิพากษาคดี²³⁸ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ในประเทศอังกฤษได้ปรากฏอยู่ในหลักตาม Common Law อาทิเช่น ในคดี Re Emanuel v. Sumon, (1908) 1 K.B. 302 (C.A.) เป็นต้น และหลักเกณฑ์นี้ยังปรากฏอยู่ใน The Civil Jurisdiction and Judgement Act, 1982 ของประเทศอังกฤษอีกด้วย²³⁹ เพราะฉะนั้นศาลล้มละลายในฐานะของการที่เป็นศาลของประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลล้มละลายจึงควรที่

²³⁶Kazuhiko Yamamoto, "New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency," The Japanese Annual of International Law, p. 96.

²³⁷P.M. North and J.J. Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, p. 346.

²³⁸Ibid.

²³⁹B.A. Caffrey, International Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in the LAW ASIA Region; and with the E.E.C. Countries, (Sydney : CCH Australia, 1986), pp. 76 and 201.

จะมีการตรวจสอบด้วยว่า ศาลของต่างประเทศที่ทำการพิจารณาคดีนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจศาลในทางระหว่างประเทศหรือไม่

เนื่องจากการเริ่มกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศ ที่สามารถนำกระบวนการพิจารณา นั้นมาร้องขอให้ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศได้นั้น มีขึ้นใน สองรูปแบบ คือได้เริ่มกระบวนการพิจารณานั้นขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ และเริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ ดังนั้นจึงสามารถแยกแนวทางการตรวจสอบของกฎหมายรับหลักการออกเป็นสองกรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง ตามกฎหมายรับหลักการเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ สำหรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เริ่มขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ ซึ่งกฎหมายต้นแบบมิได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับ “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” ไว้เพียงแต่มีบทข้อสันนิษฐานไว้เท่านั้น²⁴⁰ แต่จากการศึกษาจากจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ หรือองค์ประกอบต่างประเทศ (foreign element) และเจตนารมณ์ของกฎหมายต้นแบบเอง พิจารณาได้ว่าจุดเกาะเกี่ยว หรือหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาเกี่ยวกับประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ คือ ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ หรือที่ตั้งสำนักงานใหญ่ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล ดังนั้นการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการ นอกจากหลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรองแล้ว²⁴¹ กฎหมายรับหลักการควรที่จะมีหลักเกณฑ์การตรวจสอบเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในทางระหว่างประเทศ (international jurisdiction) ของศาลต่างประเทศเกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณานั้นขึ้นในทัศนะของกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วย

เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทย ไม่ได้ให้ความหมายหรือคำจำกัดความเกี่ยวกับภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ และที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของ นิติบุคคลไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า

-ในกรณีของบุคคลธรรมดา ได้แก่ ถิ่นที่ลูกหนี้มีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ²⁴² ถ้าถิ่นที่อยู่มีหลายแห่งซึ่งอยู่สืบเปลี่ยนกัน หรือมีหลักแหล่งที่ทำการงานปกติหลายแห่ง ให้ถือเอาแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นภูมิลำเนา²⁴³ ถ้าภูมิลำเนาไม่ปรากฏชัด คือมีอยู่แต่ไม่ทราบว่าเป็นแหล่งสำคัญหรือไม่ ให้ถือที่อยู่เป็นภูมิลำเนา²⁴⁴ กรณีที่ลูกหนี้ไม่มีภูมิลำเนาเป็นปกติ ถือว่าพบตัวในถิ่นใด ให้ถือว่าถิ่นนั้นเป็นภูมิลำเนา²⁴⁵ ในกรณีที่เลือกเอาถิ่นใดเป็นภูมิลำเนาเฉพาะ และเพื่อทำการอันใดอันหนึ่ง ถือว่าถิ่นนั้นเป็นภูมิลำเนาในการอันนั้น²⁴⁶ และในกรณีที่ลูกหนี้เป็นข้าราชการ ต้องถือถิ่นที่ทำการตามตำแหน่งหน้าที่เป็นประจำเป็นภูมิลำเนา และ

²⁴⁰ Article 16 (3) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁴¹ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.4.4 การยื่นคำขอและข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง.

²⁴² มาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

²⁴³ อ้างแล้ว, มาตรา 38.

²⁴⁴ อ้างแล้ว, มาตรา 39.

²⁴⁵ อ้างแล้ว, มาตรา 40.

²⁴⁶ อ้างแล้ว, มาตรา 42.

-ในกรณีของนิติบุคคล ได้แก่ ถิ่นอันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ หรือถิ่นอันเป็นที่ตั้งที่ทำการ หรือถิ่นที่ได้เลือกเอาเป็นภูมิลำเนาเฉพาะการตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง²⁴⁷ ในกรณีที่ลูกหนี้นิติบุคคลนั้นมีที่ตั้งที่ทำการหลายแห่ง หรือมีสำนักงานสาขา ให้ถือว่าถิ่นอันเป็นที่ตั้งของที่ทำการ หรือของสำนักงานสาขาเป็นภูมิลำเนาในส่วนกิจการอันได้กระทำ ณ ที่นั้นด้วย²⁴⁸

กรณีที่สอง เกี่ยวกับกรณีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เริ่มขึ้นในประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ เนื่องจากไม่พบความหมาย หรือคำจำกัดความของ “สถานประกอบการ” ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการล้มละลาย แต่พบในประมวลกฎหมายซึ่งให้ความหมายไว้ว่าหมายถึง สถานที่ซึ่งผู้ประกอบการใช้ประกอบกิจการเป็นประจำ และให้หมายความรวมถึงสถานที่ซึ่งใช้เป็นที่พักอาศัย หรือเก็บสินค้าเป็นประจำด้วย และในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่มีสถานประกอบการตามความหมายดังกล่าว ให้ถือว่าที่อยู่อาศัยของผู้ประกอบการนั้นเป็นสถานประกอบการ ถ้าผู้ประกอบการมีที่อยู่อาศัยหลายแห่ง ให้ผู้ประกอบการเลือกเอาที่อยู่อาศัยแห่งหนึ่งเป็นสถานประกอบการ²⁴⁹ อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายต้นแบบได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “สถานประกอบการ” (establishment) ไว้โดยเฉพาะอยู่แล้วว่าหมายถึงสถานที่ประกอบกิจการที่ลูกหนี้ใช้ เพื่อกระทำกิจกรรมทางการค้าชนิดที่ไม่ต้องเคลื่อนย้าย (non-transitory) โดยวิธีการและด้วยสินค้า หรือบริการตามปกติวิสัย²⁵⁰ ดังนั้นกฎหมายรับหลักการน่าจะถือตามคำจำกัดความในกฎหมายต้นแบบ เพราะเป็นความหมายที่ใช้เกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติโดยเฉพาะ และเพื่อให้มีความเป็นสากล เนื่องจากคำจำกัดความนี้เป็นความหมายที่ใช้โดยทั่วไปในสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลาย โดยเฉพาะกฎหมาย ต้นแบบได้นำคำจำกัดความของสถานประกอบการนี้มาจาก Article 2 (h) แห่ง The European Union Convention on Insolvency Proceedings 1995 ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่มีความสำคัญฉบับหนึ่ง²⁵¹

หลักเกณฑ์ที่สอง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศต้องถึงที่สุดและเด็ดขาด (final and conclusive) นั้น เนื่องจากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ สามารถมีขึ้นเป็นสองสถานะ คือในสถานะของกระบวนการพิจารณาที่ถึงที่สุดและเด็ดขาดแล้ว และอยู่ในสถานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาชั่วคราว หรือเป็นกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยังไม่เด็ดขาด²⁵² และหมายความรวมถึงที่กำลังอยู่ในระหว่างอุทธรณ์ และกำลังพิจารณาอยู่ในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกาด้วย ซึ่ง

²⁴⁷ อ่างแล้ว, มาตรา 68.

²⁴⁸ อ่างแล้ว, มาตรา 69.

²⁴⁹ มาตรา 77/1 (20) แห่งประมวลกฎหมายรัชฎากร.

²⁵⁰ Article 2 (f) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁵¹ UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 75.

²⁵² Article 2 (a) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

เป็นกระบวนการพิจารณาที่ยังไม่ถึงที่สุด ดังนั้นหากเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ถึงที่สุดและเด็ดขาดแล้วคงไม่มีปัญหาอะไรในกฎหมายรับหลักการ แต่หากเป็นกระบวนการพิจารณาที่ยังไม่เด็ดขาด หรือยังไม่ถึงที่สุดแล้ว กฎหมายรับหลักการควรจะมีแนวทางในการให้การรับรองอย่างไร

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้กฎหมายต้นแบบจะให้คำจำกัดความของ กระบวนการพิจารณาต่างประเทศซึ่งอาจจะได้รับการรับรองนั้นว่าให้หมายความรวมถึงกระบวนการชั่วคราว หรือกระบวนการระหว่างกาล (interim proceeding) ด้วย²⁵³ แต่เนื่องจากการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการนั้น กฎหมายรับหลักการจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นหลัก สากลในทางระหว่างประเทศด้วย เพราะกระบวนการพิจารณานั้นมิได้เกิดขึ้นในประเทศไทย เป็นกระบวนการพิจารณาที่ เริ่มขึ้นในต่างประเทศ แต่ผลของการรับรองนั้นจะทำให้กระบวนการพิจารณานั้นมีผลในประเทศไทย โดยสามารถ แยกพิจารณาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์นี้ได้เป็นสองกรณีเช่นกัน

กรณีที่หนึ่ง กรณีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการ พิเคราะห์หลักต่างประเทศ เนื่องจากการให้การรับรองในฐานะนี้จะทำให้เกิดผลของการรับรองขึ้นโดยทันทีซึ่งจะ เกิดความคุ้มครองขึ้นทันทีตามกฎหมายรับหลักการ โดยเฉพาะจะมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องกับ ลูกหนี้ในในประเทศไทย ดังนั้นหากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นยังไม่มีความแน่นอนไม่ว่าจะเป็นเพราะยังไม่เด็ดขาด เช่น เป็นกระบวนการพิจารณา ชั่วคราว หรือเป็นกระบวนการพิจารณาระหว่างกาล (interim proceeding) หรือว่าเป็นเพราะยังไม่ถึงที่สุด เช่น ยังอยู่ในระหว่างเวลาอุทธรณ์ หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาอุทธรณ์อยู่ ซึ่ง อาจจะทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายได้หากศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณานั้นแล้ว ดังนั้นหากมีการเสนอคำขอให้ศาลล้มละลายรับรองกระบวนการพิจารณาประเภทนี้ ในฐานะที่เป็นกระบวนการ พิเคราะห์ตามกฎหมายรับหลักการ กฎหมายรับหลักการควรจะมีหลักการให้ศาล ล้มละลายปฏิเสธคำขอ²⁵⁴ และ

กรณีที่สอง ในกรณีที่ศาลล้มละลายได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศให้รับรอง กระบวนการพิจารณาในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศ เนื่องจากความคุ้มครองที่จะมีขึ้นอันเป็นผล จากการรับรองในฐานะนี้อยู่ในดุลพินิจของศาลล้มละลาย ศาลล้มละลายจึงสามารถที่จะควบคุมผลของการให้ ความคุ้มครองที่จะเกิดขึ้นได้หากมีการเปลี่ยนแปลงใดในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ยังไม่เด็ดขาด หรือยังไม่ ถึงที่สุดซึ่งยังไม่มีความแน่นอน โดยศาลล้มละลายอาจทำการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกความคุ้มครองนั้นได้โดย

²⁵³ อ่างแล้ว.

²⁵⁴ แม้ Article 20 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ จะมีหลักการให้กฎหมายรับหลักการ สามารถที่จะกำหนดขอบเขต การเปลี่ยนแปลง และการยกเลิกความคุ้มครองที่มีขึ้นสำหรับ กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศไว้ในกฎหมายรับหลักการก็ตาม แต่ก็เป็นการเปลี่ยนแปลงที่จะ มีขึ้นได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งไม่อาจสามารถรองรับต่อความไม่แน่นอนในกระบวนการ พิเคราะห์ต่างประเทศที่ยังไม่เด็ดขาด หรือยังไม่ถึงที่สุด ที่เป็นการเกิดขึ้นโดยเฉพาะหน้าได้.

เฉพาะที่อาจจะทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย ดังนั้นการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาของตามกฎหมายรับหลักการ ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ยังไม่ เด็ดขาด หรือยังไม่ถึงที่สุดจึงน่าจะมีได้

นอกจากนี้ตามกฎหมายรับหลักการ การที่ศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการ พิจารณาต่างประเทศนั้น ก็ไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลใดในประเทศไทยในการที่จะรับฟ้อง คดีใดๆ ที่เกี่ยวกับลูกหนี้ในลูกหนี้รายเดียวกันกับลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลล้มละลายได้ ให้การรับรอง ซึ่งรวมถึงการเริ่มคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายด้วย²⁵⁵ ถึงแม้ลูกหนี้จะได้รับความ คุ่มครองในการให้ระงับการฟ้องคดีโดยผลของกฎหมายรับหลักการ (automatic stay) ก็ตาม บุคคลใดผู้มีส่วนได้ เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีลูกหนี้ต่อศาลได้เพื่อรักษาสิทธิเรียกร้อง (preserve a claim) ของตนที่มีอยู่มิให้สูญสิ้นไป และไม่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลที่จะรับฟ้องไว้แม้ลูกหนี้จะอยู่ในระหว่างการได้ รับความคุ้มครอง (stay period) ก็ตาม

ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากรับคำฟ้องของศาลดังกล่าวก็เพื่อเป็นการรักษาสิทธิเรียกร้อง ของบุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับลูกหนี้ตามกฎหมายต่างๆ ในประเทศไทยเพื่อ มิให้สิทธิเรียกร้องนั้นต้อง สูญสิ้นไป หรืออาจจะสูญสิ้นไปเท่านั้นไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม เช่น อายุความในการฟ้องร้องดำเนินคดี แต่เมื่อ ศาลได้รับคำฟ้องดังกล่าวไว้แล้ว หากยังอยู่ในช่วงที่ ลูกหนี้ได้รับความคุ้มครอง (stay period) อยู่ตามกฎหมาย รับหลักการ ศาลก็ควรที่จะระงับการดำเนินคดีไว้²⁵⁶ เพื่อประโยชน์ของบรรดาเจ้าหนี้ และหากเป็นการรับฟ้องใน คดีล้มละลายด้วยแล้ว ศาลควรจะต้องคำนึงถึงการประสานงานในกรณีที่มีกระบวนการพิจารณาซ้อน (concurrent proceedings) ในระหว่างกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นกับกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นตาม พระราชบัญญัติ ล้มละลายด้วย²⁵⁷

นอกจากนี้หากศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งไม่รับรองกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศตามที่ผู้แทนต่างประเทศร้องขอ หรือกล่าวได้ว่าผู้แทนต่างประเทศไม่ประสบผลสำเร็จในการร้องขอ ต่อศาลล้มละลาย ศาลล้มละลายยังอาจจะยอมรับอำนาจของผู้แทนต่างประเทศที่จะฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลาย

²⁵⁵Article 20 (3) และ (4) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁵⁶UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 151.

²⁵⁷Article 29 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

ขึ้นใหม่ต่อศาลล้มละลายได้²⁵⁸ และผู้แทนต่างประเทศน่าจะอ้างคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศเป็นหลักฐานแห่งคดีในการฟ้องร้องได้²⁵⁹

5.7.1.3 การบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เมื่อศาลล้มละลายให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการแล้ว ซึ่งจะเป็นเหตุให้เกิดผลของการรับรองขึ้นในประเทศไทย หรือกล่าวได้ว่าจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นสามารถที่จะมีผลในประเทศไทยได้ โดยจะส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องดำเนินการ หรือบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ได้ให้การรับรอง (execution action) เนื่องจากการที่ศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ นั้นมิได้เป็นเพียง Declaratory Judgement ซึ่งมีความมุ่งหมายเพียงเพื่อชี้ขาดและประกาศรับรองสิทธิ (determine and declare) ให้ชัดเจนลงไปว่ามีอยู่ หรือเป็นอยู่จริงอย่างไรเท่านั้น ซึ่งไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะบังคับ (enforcement) ให้มีการปฏิบัติอย่างใดๆ ต่อไป แต่เป็นเพียงคำประกาศรับรองสิทธิ (declaration) ทางกฎหมายเท่านั้น²⁶⁰ แต่การที่ศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็น Executory Judgement ซึ่งต้องมีการบังคับคดีให้เสร็จสิ้นไปด้วย²⁶¹

แต่ทั้งนี้ตามที่ได้กล่าวในตอนต้นแล้วว่าการบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ แม้กระบวนการพิจารณานั้นจะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ แต่การที่ประเทศไทยให้การรับรอง และบังคับตามนั้นเป็นการบังคับตามกฎหมายรับหลักการซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยเอง หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ประเทศไทยจะทำการบังคับตามกระบวนการพิจารณานั้นก็เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายรับหลักการเท่านั้น มิใช่เป็นการบังคับตามกฎหมายของต่างประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณานั้นขึ้น หรือเป็นการยอมรับและรับเอาการบังคับ หรือหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศเข้ามา (import) ดำเนินการในประเทศไทย ซึ่งกล่าวโดยเฉพะะได้ว่าการบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของประเทศไทยหากมีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เป็นการบังคับตามกฎหมายภายในซึ่งคือกฎหมายรับหลักการ มิใช่เป็นการบังคับตามกฎหมายของต่างประเทศ และมีใช่เป็นการยอมรับผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยตรง แต่เป็นการยอมรับผลของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

²⁵⁸ อ่างแล้ว, Article 11.

²⁵⁹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตาม คำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งโดยศาลไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 20 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2533) : หน้า 154.

²⁶⁰ มรุธา วัฒนะชีวะกุล, “แนวความคิดของ Declaratory Judgement,” วารสารกฎหมาย, ฉบับครบรอบ 20 ปี ปีที่ 20 ฉบับที่ 2 (พฤศจิกายน 2543) : หน้า 2-3.

²⁶¹ เรื่องเดียวกัน.

โดยการบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการนั้นโดยหลักแล้วคือการให้ความคุ้มครองต่างๆ และการให้ผู้แทนต่างประเทศซึ่งเปรียบเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าของงานพิทักษ์ทรัพย์สินของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติล้มละลาย แต่เป็น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินสำหรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเทศไทยเข้าดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทยได้

ทั้งนี้เมื่อข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ลูกหนี้ตามกฎหมาย รับหลักการว่าการให้ระงับการฟ้องร้อง หรือดำเนินคดีต่อไป (stay) ในประเทศไทยต่อลูกหนี้ นั้น เนื่องจากกฎหมายต้นแบบมิได้ระบุ หรือแยกการดำเนินการนี้ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงควรจะหมายความรวมถึงการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (arbitrary tribunal) ด้วย²⁶² ซึ่งจะส่งผลถึงการบังคับตามข้อตกลง หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างๆ จะต้องมีการระงับ (stay) ด้วยรวมทั้งการระงับสิทธิของคู่กรณี หรือระหว่างลูกหนี้กับคู่สัญญาในการที่จะตกลงทำสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างกันภายใต้กฎหมายใดๆ ที่เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยด้วย เป็นต้นว่า จำกัดความสามารถ (capacity) ที่จะเข้าทำความตกลงทางอนุญาโตตุลาการ แต่การระงับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องไม่เป็นการขัดแย้งกับ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958)²⁶³ ด้วย²⁶⁴ ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกรณีนี้²⁶⁵

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว เป็นการยากที่จะให้มีการระงับการดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ได้มีการดำเนินการในประเทศไทย ซึ่งมีอิสระเสรีในการดำเนินการโดยไม่ขึ้นอยู่กับ การบังคับใช้ตามกฎหมายของประเทศไทยหากคู่สัญญาได้ตกลงให้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการโดยที่ใดที่หนึ่งแล้ว เป็นต้นว่า ให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ณ หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC)) ก็จะต้องดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์การอนุญาโตตุลาการที่ ICC ได้กำหนดขึ้น ซึ่งไม่บังคับใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย โดยเฉพาะเกี่ยวกับการระงับโดยทันทีโดยผลของกฎหมายรับหลักการ (automatic stay) ในกรณีที่เป็นการรับรองในฐานะกระบวนการพิจารณาหลักนั้นเป็นที่ยากยิ่งในการปฏิบัติ เว้นแต่คู่กรณี หรือคู่สัญญาได้ตกลงกันให้นำกฎหมายภายในประเทศมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาท รวมถึงกฎหมายรับหลักการซึ่งเป็นกฎหมายภายในประเทศด้วย เช่นในคดี *Re Trail Smelter Arbitration (U.S. v. Canada, 1938 and 1941)* 3 R.I.A.A. 1905; *Read (1963)* Can. Y.B.I.L. 213.²⁶⁶

²⁶²UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 145.

²⁶³United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

²⁶⁴ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนี้.

²⁶⁵Article 3 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁶⁶อนันต์ จันทโรภากร, *กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 22-23.

ก. ทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในประเทศ

ตามกฎหมายรับหลักการเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว การบังคับตามกฎหมายรับหลักการจากผลของการรับรอง ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้มีอยู่ในประเทศไทยเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจในการควบคุม (control) และการจัดการ (management) ทรัพย์สินของลูกหนี้แก่ผู้แทนต่างประเทศ ที่เปรียบเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น

การให้อำนาจในการควบคุม และการจัดการ (turning over) ในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทยแก่ผู้แทนต่างประเทศนี้ เป็นสิ่งที่กฎหมายรับหลักการควรจะต้องยอมรับโดยปริยาย อันเป็นผลจากการให้การรับรองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการนั่นเอง แม้จะเป็นประเด็นที่สำคัญของคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) เนื่องจากในทันทีที่ทรัพย์สินนั้นได้ถูกส่งออกไปนอกราชอาณาจักรไทย ตามหลักเขตอำนาจรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็ไม่มีสิทธิที่จะไปแตะต้องทรัพย์สินนั้นได้อีก²⁶⁷ และโดยเฉพาะการที่จะทำการปกป้องใดๆ เกี่ยวกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ รวมทั้ง ผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยก็ไม่อาจจะมีขึ้นได้อีกต่อไป

แม้แต่ในกฎหมายต้นแบบเองก็ได้มีการคำนึงถึงประเด็นนี้ โดยได้เคารพต่อหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดนในทรัพย์สินที่มีอยู่ในประเทศที่รับหลักการตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศาลในประเทศที่รับหลักการอาจทำการแต่งตั้งบุคคลใด หรือผู้แทนต่างประเทศนั้นเองให้ดูแลการจัดสรรทรัพย์สิน (distribution) ดูแลการจัดการ (administration) หรือการจำหน่ายทรัพย์สิน (realization) ของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนที่มีอยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศที่รับหลักการได้²⁶⁸ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลในประเทศที่รับหลักการมีความแน่ใจเกี่ยวกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียว่าจะได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอก่อนที่ทรัพย์สินนั้นอาจจะต้องถูกส่งออกไปนอกประเทศ²⁶⁹

ผู้วิจัยมีความเห็นเกี่ยวกับในประเด็นนี้ว่า การส่งมอบสิทธิในการควบคุม และการจัดการ (turning over) ในทรัพย์สินของลูกหนี้แก่ผู้แทนต่างประเทศ แม้เป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายรับหลักการ อันเป็นผลจากการให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ในความเป็นจริงแล้วทรัพย์สินนั้นยังอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลของประเทศไทย การที่ผู้แทนต่างประเทศจะมีสิทธิใดในการเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินนั้นก็เป็ผลของกฎหมายรับหลักการที่ศาลล้มละลายได้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น เพื่อความร่วมมือในฐานะที่เป็นคดีล้มละลายข้ามชาติ แต่การดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่มีความ

²⁶⁷โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.1.1 เขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial Jurisdiction).

²⁶⁸โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 5.6.2.2 ในหัวข้อย่อย ข. โดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief).

²⁶⁹UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 157.

สำคัญมากโดยเฉพาะกับอำนาจอธิปไตย และผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทย เพราะฉะนั้นกฎหมายรับหลักการจึงควรมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมไว้อีกชั้นหนึ่งว่า การเข้าดำเนินการโดยของผู้แทนต่างประเทศในการควบคุม และจัดการ (turning over) ทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทยจะต้องได้รับความเห็นชอบ หรือขออนุมัติจากศาลก่อนเป็นรายกรณีไป โดยเฉพาะการโอน หรือส่งทรัพย์สินของลูกหนี้ไปรวมไว้กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศ ทั้งนี้ศาลจะต้องแน่ใจว่าเจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยจะได้รับความเสียหายด้วย โดยอาจกำหนดให้การดำเนินการใดดังกล่าวของผู้แทนต่างประเทศที่ไม่ได้รับความเห็นชอบ หรือการอนุมัติจากศาลก่อน ให้การนั้นไม่มีผลใช้ได้ หรือเป็นโมฆะ (void)²⁷⁰

นอกจากนี้ เกี่ยวกับขนาดของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย (insolvency estate) ที่มีอยู่ในประเทศไทย ควรจะครอบคลุมถึงทรัพย์สินทุกอย่างของลูกหนี้ที่ ลูกหนี้มีส่วนได้เสีย หรือผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นนับแต่วันเริ่มกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายในต่างประเทศ²⁷¹ ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินมีรูปร่าง (tangible) หรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible) และโดยไม่คำนึงถึงว่าทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินนั้น จะอยู่ในความครอบครองที่แท้จริง (actual possession) ของลูกหนี้หรือไม่ และควรรวมถึงทรัพย์สินใดๆ ที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับ หรือรวบรวมมาได้หลังจากการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นด้วย²⁷²

ข. ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศ

ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่ศาล ล้มละลายให้การรับรองนั้นอยู่ในต่างประเทศมีได้อยู่ในประเทศไทย โดยการให้การรับรองของศาลล้มละลายจะมีผลเฉพาะการให้ความคุ้มครอง และการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทยเท่านั้น ซึ่งการที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นจะมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีได้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ พิจารณาได้ว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแม้จะได้รับการรับรองจากศาลล้มละลาย หรือในประเทศไทยแล้ว จะสามารถมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศประเทศใดก็จะต้องได้รับการรับรองจากประเทศนั้นเอง มิใช่ว่าหากมีการรับรองในประเทศไทยแล้ว แต่มีการสืบพบว่าก่อนหน้านั้นทรัพย์สินของลูกหนี้เคยมีอยู่ในประเทศไทย แต่ปัจจุบันอยู่ในต่างประเทศแล้วก่อนที่ศาลล้มละลายจะให้ความคุ้มครอง ไม่ว่าจะในขณะใดในขณะที่มีการดำเนินการขอให้การรับรองในประเทศไทย การที่ศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น หรือให้ความคุ้มครองใดก็ไม่สามารถมีผลต่อทรัพย์สินนั้นที่มีได้อยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศไทยแล้ว แต่ตามกฎหมายรับ

²⁷⁰และโปรดดู Article 31 และ Article 35 ของ The Act on Recognition-Assistance of a Foreign Insolvency Proceeding แห่งประเทศญี่ปุ่น.

²⁷¹Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-fourth session, par. 46.

²⁷²Ibid.

หลักการประเทศไทยอาจให้ความร่วมมือ และการประสานงานเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น ที่เคยอยู่ หรือตั้งอยู่ในประเทศไทยได้²⁷³

กรณีศึกษาในร่างแก้ไข (Revision Outline) กฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติแห่งประเทศญี่ปุ่น ในร่างดังกล่าวได้กำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือ ผู้ดูแลทรัพย์ (Trustee) มีอำนาจขยายไปถึงการจัดการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ต่างประเทศ (assets abroad) ด้วยหากกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศญี่ปุ่นนั้นอยู่ในเขตอำนาจหลักของศาลญี่ปุ่น (principal jurisdiction) กล่าวคือ ศูนย์กลางผลประโยชน์ของลูกหนี้ในประเทศญี่ปุ่น โดยทั้งนี้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือ ผู้ดูแลทรัพย์จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการดังกล่าวด้วย²⁷⁴

ค. การขัดกันแห่งกฎหมายของทรัพย์สิน

ในกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้มีอยู่ในประเทศไทย การบังคับตามกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลล้มละลายให้การรับรองตามกฎหมายรับหลักการนั้น โดยเฉพาะการให้ผู้แทนต่างประเทศเข้าควบคุมและจัดการ (turn over) ทรัพย์สิน หากทรัพย์สินนั้นมีข้อพิพาทเกิดขึ้นว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของลูกหนี้ หรือลูกหนี้เป็นเจ้าของ (owner) ทรัพย์ที่แท้จริงหรือไม่ หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติหรือในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นมีสัญชาติไทย มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย และทรัพย์สินนั้นอยู่ในราชอาณาจักรไทยอย่างแท้จริง มิได้มีการย้าย หรือเคลื่อนที่ไป การพิจารณาว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของที่มีกรรมสิทธิในทรัพย์ (dominium) นั้นหรือไม่ก็ต้องพิจารณาไปตามกฎหมายภายในประเทศไทย คือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีสัญชาติไทย และไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไทย หรือเป็นกรณีที่ทรัพย์สินมีการย้าย หรือเคลื่อนที่ออกนอกราชอาณาจักรไทยในระหว่างพิจารณาคดี ก็จะทำให้เกิดประเด็นของการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws) ของทรัพย์สินนั้นขึ้น

เนื่องจากการขัดกันแห่งกฎหมายของทรัพย์สินในกรณีที่เกิดขึ้นนี้ เป็น การพิพาทกันในคดีล้มละลายข้ามชาติ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในกรณีที่เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น ซึ่งต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of Laws)²⁷⁵ ว่าสามารถให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในคดีล้มละลายข้ามชาติได้หรือไม่ เพราะลักษณะของคดีแล้วจะมีทั้งนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน และตามกฎหมายมหาชนรวมอยู่ในข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยลักษณะของข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะจัดอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายขัดกันอย่างเดียวโดยแท้ตามกฎหมายว่าด้วย

²⁷³Chapter IV. แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁷⁴M. Takeshita (ed.), *Kokusai Tosanho* [International Insolvency Law], p. 417.

²⁷⁵โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4.1 บ่อเกิดอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ.

การ ขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กับข้อเท็จจริงในทางแพ่ง หรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น โดยการให้ลักษณะกฎหมายแก่ ข้อเท็จจริงเป็นการกำหนดว่าข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เป็นปัญหาในคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเข้าลักษณะเป็นเรื่องอะไรในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นขั้นตอนแรกของการวิเคราะห์ในการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้อง หรือพิพาทกันระหว่างคู่กรณีต่างชาติดังกล่าว โดยเฉพาะข้อพิพาทในทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่หรืออยู่ในต่างประเทศ

กฎหมายรับหลักการจะแก้ไขปัญหาอย่างไร เนื่องจากกฎหมายต้นแบบมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับในกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws) เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ เพราะฉะนั้นกรณีจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยนั้น คือพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

อนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้แก่ข้อเท็จจริงในทางแพ่ง หรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น ดังนั้นหากมีข้อเท็จจริงในทางแพ่งหรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนในคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้น กรณีดังกล่าวเหล่านั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายขัดกันของไทย ซึ่งหาก คู่ความที่เกี่ยวข้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาล ศาลย่อมต้องปรับใช้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481²⁷⁶ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

(1) การพิสูจน์สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่มีอยู่เหนือตัวลูกหนี้ไม่ว่ามูลหนี้จะเกิดขึ้นจากนิติกรรมหรือนิติเหตุ เมื่อมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาล

(2) ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาล

(3) สถานะและความสามารถของบุคคล เมื่อมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาล

(4) กรณีอื่นๆ ในทางแพ่งที่เกิดขึ้นเกี่ยวเนื่องกับกระบวนการรวบรวมทรัพย์สินหรือหนี้สินในคดีล้มละลาย เมื่อมีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาล

อนึ่ง ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกรณีที่เป็นนิติบุคคลนั้นสามารถพิจารณาแยกตามบัญชีสมดุล (balance sheet) ได้เป็นทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสินทรัพย์ของกิจการ (Asset Deployment) และในส่วนที่เป็นหนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น (Asset Distribution) ในกรณีที่มีการขัดกัน

²⁷⁶ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, “ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมาย เอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2538) : หน้า 529.

แห่งกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สิน ในส่วนของทรัพย์สินที่เป็น Asset Deployment นั้นควรอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ที่ได้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นขึ้น (lex fori concursus) เพราะโดยปกติแล้วจะเป็นประเทศที่เป็นศูนย์บริหารการจัดการของนิติบุคคลลูกหนี้ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในส่วนนี้มากที่สุด²⁷⁷ ตามหลักทฤษฎีของการล้มละลายสมัยใหม่ที่สนับสนุนให้ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายมากที่สุด หรือลูกหนี้นั่นเองมีอำนาจจัดการเกี่ยวกับการล้มละลายโดยตัวของเขาเอง (autonomy)²⁷⁸ ในขณะที่ทรัพย์สินประเภท Asset Distribution ควรจะปล่อยให้ไปตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอย่างแท้จริง²⁷⁹

กรณีศึกษา การขัดกันแห่งกฎหมายของทรัพย์สินที่อยู่ในกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศ เช่น ในกรณีของกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมัน ตาม German Bankruptcy Act (Konkursordnung) ซึ่งมีบทบัญญัติที่ปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมันจากกระบวนการล้มละลายใดๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ²⁸⁰ โดยศาลสูงสุดของประเทศเยอรมัน (Reichsgericht) ได้วางหลักในบทบัญญัตินี้ว่า "...กระบวนการล้มละลายใดๆ ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศจะมีผลเฉพาะแต่ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศเท่านั้น จะไม่มีผลใดๆ ต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมัน"²⁸¹ ซึ่งจากหลักที่วางไว้ในคำพิพากษาของศาลสูงสุดเยอรมันนั้นมีความขัดแย้งกับบทบัญญัติในกฎหมายล้มละลายของตนเอง ซึ่งตาม Section 1 แห่ง German Bankruptcy Act กำหนดว่าทรัพย์สินทั้งหลายในคดีล้มละลายที่อยู่ต่างประเทศเป็นรูปแบบหนึ่งของทรัพย์สินเพื่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการล้มละลายใดๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน ซึ่งพิจารณาได้ว่าตามกฎหมายล้มละลายของประเทศเยอรมันมีความขัดแย้งเรื่องจุดยืนของกฎหมาย (conflict of laws) ต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือกล่าวว่าการปฏิบัติต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศเยอรมันในเรื่องของทรัพย์สินไม่มีความเท่าเทียมกันต่อทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในประเทศของตน กับทรัพย์สินที่อยู่ต่างประเทศ

²⁷⁷Peter Von Wilmsky, "Choice of Law in International Insolvencies," in Legal Aspects of Globalization, ed. Jurgen Basedow and Toshiyuki Kono, (The Hague – London – Boston : Kluwer Law International, 2000), p. 206.

²⁷⁸Rasmussen, "A New Approach to Transnational Insolvencies," Michigan Journal of International Law, vol. 19 (part 1) (1997) : p. 4.

²⁷⁹Peter Von Wilmsky, "Choice of Law in International Insolvencies," in Legal Aspects of Globalization, p. 212.

²⁸⁰Section 237.

²⁸¹RG, 21 October 1920, RGZ 100, 241 (242).

5.7.2 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

สำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการบังคับกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายตามคำสั่งของศาลล้มละลายนั้น โดยหลักแล้วคือกรมบังคับคดีในส่วนของกองบังคับคดีล้มละลาย²⁸² ตั้งแต่กองบังคับคดีล้มละลาย 1 ถึง กองบังคับคดีล้มละลาย 5²⁸³ ซึ่งผู้ที่มีบทบาทและมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย หลังจากศาลล้มละลายมี คำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ แล้ว คือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เป็นเจ้าพนักงานของศาลที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม²⁸⁴ ซึ่งรวมตลอดถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้ปฏิบัติกรแทนด้วย²⁸⁵ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายเกือบทุกกรณีตั้งแต่ในชั้นพิทักษ์ทรัพย์เป็นต้นไป โดยเฉพาะมีอำนาจหน้าที่ในการเข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้²⁸⁶ และในการประนีประนอมยอมความ ฟ้องร้องต่อผู้คดีแทนลูกหนี้²⁸⁷ ในฐานะที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นเจ้าพนักงานของศาลล้มละลาย เป็นผู้ทำงานใกล้ชิดกับศาลล้มละลาย และเป็นตัวจักรสำคัญที่ทำให้การบังคับตามกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลายสามารถขับเคลื่อนไปได้ โดยเฉพาะตั้งแต่ในชั้นลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์ จึงไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ที่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีขึ้นในประเทศไทยด้วยไม่ว่าจะเป็นเพราะได้เริ่มคดีนั้นขึ้นในประเทศไทยเองซึ่งอาจเป็นเจ้าหนี้ในประเทศ เจ้าหนี้ต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ตามกฎหมายรับหลักการ หรือจะเป็นเพราะการที่ศาลล้มละลายมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายรับหลักการนั้น กฎหมายรับหลักการอาจกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้ที่เกี่ยวข้อง หรือมีอำนาจหน้าที่ในการเข้าจัดการ หรือดำเนินการใดเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นที่มีอยู่ในประเทศไทย รวมทั้งการจำหน่าย และการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ในในประเทศไทยด้วย โดยศาลล้มละลายอาจให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้าดำเนินการทั้งหมด แต่บางส่วน ดำเนินการร่วม หรือประสานงานกับผู้แทนต่าง

²⁸²กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, คู่มือการติดต่อราชการกรมบังคับคดี, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขานุการกรม กรมบังคับคดี, 2544), หน้า 2.

²⁸³เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

²⁸⁴มาตรา 139 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

²⁸⁵อ้างแล้ว, มาตรา 6.

²⁸⁶อ้างแล้ว, มาตรา 22, มาตรา 117, มาตรา 118, มาตรา 119, มาตรา 120 และ มาตรา 122.

²⁸⁷อ้างแล้ว, มาตรา 22 (3), มาตรา 25, มาตรา 89 และ มาตรา 141.

ประเทศก็ได้²⁸⁸ โดยเฉพาะหลังจากที่ศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศแล้ว การ ขยับเคลื่อนหรือการดำเนินการต่อไปในการบังคับ หรือการดำเนินการตามกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศนั้นในประเทศไทย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ควรจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่หลัก และมีบทบาทสำคัญที่จะทำ ให้กระบวนการดำเนินต่อไปได้ โดยเฉพาะในการประสานงานกับผู้แทนต่างประเทศ กับเจ้าหน้าที่ในประเทศ หรือ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับลูกหนี้ นั้น รวมทั้งผู้ปฏิบัติการเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย เช่น ทนายความ ที่ ปรีกษากฎหมาย นักการเงิน หรือนักบัญชี เพราะการติดต่อประสานงานต่างๆ จะมีความคล่องตัวมากกว่าการ ติดต่อกับศาลล้มละลายโดยตรง

นอกจากนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยังอาจเป็นผู้ที่มีบทบาทที่สำคัญตามกฎหมายรับหลัก การในคดีล้มละลายข้ามชาติ ที่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่กระทำการ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ข้ามชาติในต่างประเทศ สำหรับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในประเทศไทยในนามของกระบวนการพิจารณาภาย ใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย²⁸⁹ เพื่อเป็นผู้แทนต่างประเทศ เป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้าม ชาติที่เริ่มขึ้นในประเทศไทย หรือเป็นผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ของประเทศไทยนั่นเอง²⁹⁰ โดยเป็นผู้ที่จะดำเนินกระบวนการคดี ล้มละลายของประเทศไทยในต่างประเทศ เข้าร่วมกับกระบวนการ พิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศในนามของประเทศไทย²⁹¹ และโดยเฉพาะจะเป็น ผู้ที่ยื่นคำร้องขอ หรือนำกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในประเทศไทยไปขอการรับรองจาก ศาลต่างประเทศ²⁹² เพื่อจะได้รับความคุ้มครองจากศาลต่างประเทศ และสามารถบังคับโดยเฉพาะการเข้าควบคุม และจัดการ (turn over) ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในต่างประเทศได้ตามกฎหมายรับหลักการของต่างประเทศ นั้น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จึงเป็นผู้ที่จะมีบทบาทสำคัญอย่างมากในกฎหมายรับหลักการ หรือในคดีล้ม ละลายข้ามชาตินอกจากตามพระราชบัญญัติล้มละลายแล้ว

กรณีศึกษาในประเทศญี่ปุ่น ตามธรรมเนียมจารีตประเพณีปฏิบัติในกรณีของประเทศญี่ปุ่น ผู้ ดูแลทรัพย์สิน (Trustee) หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของประเทศญี่ปุ่นไม่มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการล้ม ละลายใดๆ ในต่างประเทศ รวมทั้งไม่มีอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือ อำนาจในการขัดขวางการใช้สิทธิใดๆ ของเจ้าหน้าที่ เจ้าหนี้ในประเทศญี่ปุ่นและเจ้าหนี้ต่างประเทศ เหนือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศได้²⁹³ แต่ผู้ดูแลทรัพย์สินอาจมีอำนาจที่จะสั่งให้เคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่อยู่ใน

²⁸⁸ Article 4, Article 21 (1) (e) และ Article 21 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁸⁹ อ้างแล้ว, Article 5.

²⁹⁰ อ้างแล้ว, Article 2 (d).

²⁹¹ อ้างแล้ว, Article 12.

²⁹² อ้างแล้ว, Article 15 (1).

²⁹³ E Bruce Leonard and Christopher W Besant, Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations, p. 73.

ต่างประเทศมาที่ประเทศไทย เพื่อเป็นการยืนยันอำนาจที่จะมีเหนือทรัพย์สินนั้นหลังจากกระบวนการล้มละลายได้เริ่มขึ้น²⁹⁴ ซึ่งถ้าหากทรัพย์สินนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์แล้วกรณีดังกล่าวผู้ดูแลทรัพย์สินก็อาจที่จะดำเนินการได้ หากแต่ว่าในกรณีเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว กรณีก็คงไม่อาจที่จะดำเนินการนี้ได้

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า อำนาจและหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในนาม ของผู้แทนต่างประเทศของประเทศไทยในการดำเนินการตามกฎหมายรับหลักการนี้ เป็นสิ่งที่มี ความจำเป็นและเป็นสิ่งที่สำคัญเพื่อให้การแก้ไขปัญหา หรือทำให้การประสานงานกันเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเกิดผลได้จริง ดังนั้นนอกจากกฎหมายรับหลักการจะให้อำนาจหน้าที่แก่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดังกล่าวนี้แล้ว รวมทั้งการดำเนินการของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือการประสานความร่วมมือกับผู้แทนต่างประเทศ หลังจากศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือ คำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเทศไทยด้วย กฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้การดำเนินการของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นั้น ให้อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลล้มละลาย หรือศาลล้มละลายมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการเข้าแทรกแซง หรือส่งเสริมการกระทำใดของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกรณีที่จำเป็นด้วย เพราะเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็น ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในนามของประเทศไทยโดยเป็นผู้แทนของประเทศไทยทั้งประเทศ และอาจกำหนดความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไว้ด้วย ในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดขึ้นในกรณีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดำเนินการใดโดยมีเจตนาร้าย หรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง²⁹⁵ แต่หากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติการณ์ในหน้าที่ และตามหน้าที่ของตน เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็ควรไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวหากมิได้กระทำโดยมีเจตนาร้าย หรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงดังกล่าว²⁹⁶

5.7.3 สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

สำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในส่วนที่ดูแลการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ นั่นคือ สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม²⁹⁷ ดังนั้นกฎหมายรับหลักการ อาจกำหนดให้หน่วยงานนี้ เป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรับหลักการเกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือการให้ความร่วมมือและการประสานงานกับศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของต่าง

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ มาตรา 147 และมาตรา 152 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

²⁹⁶ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

²⁹⁷ สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, เอกสารเผยแพร่ สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการกรม กรมบังคับคดี, 2544), หน้า 3.

ประเทศรวมทั้งผู้แทนต่างประเทศด้วย²⁹⁸ โดยเฉพาะในส่วนของคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

ตามกฎหมายรับหลักการ เมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ควรที่จะเข้ามามีบทบาทในการมีอำนาจหน้าที่ดูแลการดำเนินการต่อไป ในกรณีที่คดีล้มละลายข้ามชาติในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (cross-border reorganization) โดยเฉพาะบทบาทหน้าที่ในการสืบสวนติดตามทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือการ เพิกถอนการโอน และการกระทำนิติกรรมต่างๆ เพื่อทำการรวบรวมทรัพย์สินกลับสู่กิจการของ ลูกหนี้²⁹⁹ รวมทั้งบทบาทหน้าที่ในการกำกับดูแลการฟื้นฟูกิจการ กำกับดูแลการบริหารกิจการของผู้บริหารแผน เพื่อให้มีการดำเนินการไปตามแผนและประสบผลสำเร็จตามแผน³⁰⁰ โดยมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ และที่ศาล ล้มละลายอาจจะให้การรับรองตามกฎหมายรับหลักการจะมีเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้เป็น นิติบุคคลเท่านั้น³⁰¹ อันเป็นการแตกต่างจากคดีล้มละลายข้ามชาติในส่วนของในคดีล้มละลาย โดยแท้ที่ลูกหนี้เป็นอาจเป็นนิติบุคคล หรือเป็นบุคคลธรรมดาได้³⁰²

ในกรณีที่คดีล้มละลายข้ามชาติได้เริ่มขึ้นในประเทศไทย อันเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ มีหลายคดีที่พบปัญหาทั้งในทางทฤษฎี และทางปฏิบัติในกรณีที่ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นมีทรัพย์สินอยู่ในต่างประเทศ โดยนิติบุคคลส่วนหนึ่งที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายนั้นเป็น กิจการขนาดใหญ่ มีบริษัทในเครือ (subsidiary) และทรัพย์สินอยู่ในต่างประเทศหลายประเทศ เมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้แล้ว ผู้ทำแผน หรือ ผู้บริหารแผนตามพระราชบัญญัติล้มละลายต้องมีการดำเนินการ หรือประสานงานกับบริษัทในเครือของลูกหนี้ที่ต่างประเทศในประเทศที่ลูกหนี้มีบริษัทในเครือตั้งอยู่ เพื่อให้มีการร้องขอต่อศาลในต่างประเทศนั้นให้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายของต่างประเทศนั้น ซึ่งในการร้องขอต้องปฏิบัติ และมีหลักเกณฑ์การพิสูจน์ตามกฎหมายเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศนั้นเอง หรือกล่าวได้ว่าการดำเนินการกระบวนการพิจารณานั้น ต้องแยกดำเนินการพิจารณาของแต่ละประเทศไป ไม่สามารถที่จะมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นหนึ่งเดียว (unification of proceeding) ได้และโดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้มีแต่ทรัพย์สินในต่างประเทศ แต่ไม่มีบริษัทในเครืออยู่ในต่างประเทศนั้น ผู้บริหารแผนก็ไม่สามารถที่จะบริหารแผนในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของ

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁹⁸Article 4 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

²⁹⁹<http://www.legal-ex.go.th>.

³⁰⁰Ibid.

³⁰¹มาตรา 90/1 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

³⁰²UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, par. 24.

ลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศได้³⁰³ ซึ่งในทางทฤษฎีตามพระราชบัญญัติล้มละลายก็มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารแผนฟื้นฟูกิจการในส่วนของทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศ

ดังมีตัวอย่างในคดีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษในปี ค.ศ. 1987 ในคดี *Re Felixstowe Dock and Railway Co. v. United State Lines, Ltd.*³⁰⁴ ซึ่งเป็นหนึ่งในจำนวนหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับ Chapter 11 ใน Bankruptcy Code แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาของ United State Lines (USL) ลูกหนี้ซึ่งประกอบธุรกิจหลักในการขนส่งของทางทะเล ซึ่งมีประเด็นพิพาทกันเกี่ยวกับกระบวนการ Automatic Stay อันได้แก่การหยุดการกระทำต่างๆ ที่จะมีผลต่อตัวลูกหนี้ หรือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายซึ่งจะมีผลเป็นคำสั่งห้ามชั่วคราวอย่างหนึ่ง (injunction) โดย USL ลูกหนี้ได้ร้องขอให้มีการยกเลิกคำสั่งห้ามชั่วคราว (injunction) นี้ตาม Chapter 11 ใน Bankruptcy Code เพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ และเกี่ยวกับประเด็นในการจัดสรรทรัพย์สินและสิทธิต่างๆ (equity) ของลูกหนี้ที่อยู่ในระหว่างคำสั่งห้ามชั่วคราว (injunction) แต่ศาลอังกฤษก็ยังยืนยันต่อคำสั่ง (injunction) ดังกล่าวนี้อยู่ ซึ่งเป็นคดีที่ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับความล้มเหลวในนโยบายของกฎหมายล้มละลายที่มีความแตกต่างกัน ความสำคัญของหลักกติกายกปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) และปัญหาในผลประโยชน์ที่แตกต่างกันในกระบวนการฟื้นฟูกิจการของแต่ละประเทศ³⁰⁵

ดังนั้นตามกฎหมายรับหลักการ สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้จะเข้ามามีบทบาทในส่วนของคดีล้มละลายที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ในกรณีที่ลูกหนี้ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวของลูกหนี้ในต่างประเทศ โดยกฎหมายรับหลักการควรจะกำหนดให้สำนักงานฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เป็นหน่วยงานหนึ่งในกฎหมายรับหลักการที่จะมีอำนาจหน้าที่กระทำการ หรือดำเนินการในต่างประเทศในนามของประเทศไทย หรือในนามของกระบวนการภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย หรือกฎหมายรับหลักการด้วย³⁰⁶ โดยรายละเอียดของการดำเนินการ หรือผู้ปฏิบัติการนั้นก็จะเป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการให้เป็นไปตามกฎหมายเช่นเดียวกันกับในคดีล้มละลาย แต่ในส่วนของการฟื้นฟูกิจการนั้น ผู้ที่มีบทบาทหลักในการบริหารแผนฟื้นฟูกิจการให้เป็นไปตามแผนฟื้นฟูกิจการนั้นคือผู้บริหารแผนภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์³⁰⁷ ซึ่งกฎหมายรับหลักการอาจกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้แทนต่างประเทศของประเทศไทย ในการดำเนินกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูกิจการในต่างประเทศให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามแผนฟื้น

³⁰³ สัมภาษณ์, ธิชาธร วงศ์ศิริสุวรรณ, ผู้ช่วยผู้อำนวยการ ฝ่ายที่ปรึกษาทางการเงิน บริษัท ไพรซ์วอเตอร์เฮาส์คูเปอร์ส เอฟเอเอส จำกัด, 12 ตุลาคม 2544.

³⁰⁴ [1987] 2 Lloyd's Rep. 76.

³⁰⁵ Jay Lawrence Westbrook, "Global Insolvencies in a World of Nation States," in *Current Issues in Insolvency Law*, ed. Alison Clarke, (London : Stevens & Sons, 1991), pp. 42-43.

³⁰⁶ Article 5 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³⁰⁷ เช่นตามมาตรา 90/67 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

ฟูกิจการ อาจจะทำให้ผู้บริหารแผนเป็นผู้แทนต่างประเทศร่วมกับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อความคล่องตัวในการบริหารแผนให้สำเร็จลุล่วงไปตามแผนฟื้นฟูฟูกิจการ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเมื่อศาลล้มละลายได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูฟูกิจการของลูกหนี้ สำนักฟื้นฟูฟูกิจการของลูกหนี้ควรจะเป็นหน่วยงานหลัก ในการที่จะดำเนินการการให้ความคุ้มครองตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายรับหลักการ (automatic relief) และความคุ้มครองตามคำสั่งของศาล ล้มละลาย (discretionary relief)³⁰⁸ โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองที่เกี่ยวกับการฟื้นฟูฟูกิจการด้วยแล้วยังมีความสำคัญเพื่อเป็นการประกัน หรือเป็นหลักประกันว่ากิจการและทรัพย์สินของ ลูกหนี้จะสามารถทำการฟื้นฟูได้ และเป็นผลประโยชน์หรือผลดีที่เกิดขึ้นแก่ลูกหนี้ เพื่อเป็นการกระตุ้น ส่งเสริม หรือจูงใจลูกหนี้ให้พยายามฟื้นฟูฟูกิจการให้สำเร็จโดยเร็วเท่าที่จะเป็นไปได้³⁰⁹ โดยเฉพาะในกรณีเป็นการฟื้นฟูฟูกิจการข้ามชาติ ดังนั้นตามกฎหมายรับหลักการ สำนักฟื้นฟูฟูกิจการของลูกหนี้จึงอาจทำการตั้งหน่วยงาน หรือแผนกขึ้นมาต่างหากในการดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟูฟูกิจการข้ามชาติ นอกจากนี้ตามกฎหมายรับหลักการศาลล้มละลายควรมีอำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการของสำนักฟื้นฟูฟูกิจการของลูกหนี้ และในการควบคุมผู้แทนต่างประเทศที่จะเข้าบริหารและจัดการ (turn over) ทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทยตามแผนฟื้นฟูฟูกิจการของกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศนั้นด้วยโดยเฉพาะความเสียหาย หรือความเสี่ยงที่อาจจะมีขึ้นจากการเข้าบริหารและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โดยผู้แทนต่างประเทศนี้ และโดยเฉพาะกฎหมายรับหลักการควรมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ (foreign investor) ใน กิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทยในการบริหารกิจการ และทรัพย์สินของลูกหนี้ตามแผนฟื้นฟูฟูกิจการไว้เป็นพิเศษเฉพาะที่ไม่เข้มงวดนัก หรือควรมีการกำหนดให้มีปัจจัยเอื้อ เพราะจากเอกสารการวิจัย (report) ของ International Monetary Fund (IMF) ระบุว่าข้อจำกัดในการลงทุนจากต่างประเทศอาจจะมีผลกระทบต่อการฟื้นฟูฟูกิจการของลูกหนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้ส่วนหนึ่งได้มีถิ่นที่อยู่ (non-resident) ในประเทศนั้น³¹⁰ อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยอีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟื้นฟู กิจการของลูกหนี้ในกรณีที่บริษัทลูกหนี้มีบริษัทในเครืออยู่หลายบริษัท หากบริษัทแม่ (parent company) ตกอยู่ภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยหลักการทั่วไปจะต้องถือว่าบริษัทในเครือ (subsidiary) มีหนี้สินล้นพ้นตัวไปด้วย ซึ่งคำร้องหรือคำฟ้องให้ฟื้นฟูฟูกิจการก็ควรจะครอบคลุมทั้งบริษัทแม่ และบริษัทในเครือด้วยเพื่อดำเนินกระบวนการไปด้วยกัน

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁰⁸Article 21 (1) (e) และ Article 21 (2) แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³⁰⁹Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, Vienna, 6-17 December 1999, (Mimeographed), par. 112.

³¹⁰Ibid., par. 121.

และเมื่อศาลล้มละลายได้รับคำร้องหรือคำฟ้องให้ฟื้นฟูกิจการแล้วก็ควรที่จะแยกการพิจารณาออกเป็นรายคดีไปเปรียบเสมือนมีฐานะเป็นคนละนิติบุคคล แต่แต่งตั้งตัวแทน หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวในการดูแลทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ เพื่อให้เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงหนึ่งเดียว (unification of proceeding) เพื่อเป็นระบบ และมีความคล่องตัวในการดูแลกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ อีกทั้งรายงานของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และแผนฟื้นฟูกิจการก็ควรเป็นฉบับเดียวกันทั้งบริษัทแม่และบริษัทในเครือด้วยโดยมีเหตุผลเดียวกัน

5.7.4 ผู้ชำระบัญชี

ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย จะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการชำระสะสาง ทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเพื่อให้การดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินได้เสร็จไปถ้าลักษณะแห่งธุรกิจของลูกหนี้มีเหตุอันสมควรที่จะดำเนินต่อไป รวมทั้งเพื่อจัดทำบัญชีส่วนแบ่งทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนที่จะทำการแบ่งทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ ซึ่งโดยปกติในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวก็คือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เอง หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะตั้งบุคคลใดหรือลูกหนี้เป็นผู้จัดการในกรณีเพื่อให้การดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ดำเนินได้เสร็จไปก็ได้³¹¹ โดยลักษณะของการดำเนินการข้างต้นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการชำระบัญชี (liquidation) ของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย นั่นเอง³¹² และผู้ที่ดำเนินการดังกล่าวอาจเรียกว่าเป็นผู้ชำระบัญชี (liquidator) ซึ่งต้องทำการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด³¹³ ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคลตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การชำระบัญชีนิติบุคคลซึ่งล้มละลายให้จัดทำไปตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย³¹⁴ ซึ่งก็คือเป็นการจัดการตามหมวด 4 ว่าด้วยวิธีจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย

³¹¹มาตรา 120 และมาตรา 126 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

³¹²Draft Legislative Guide on Insolvency Law ของ UNCITRAL ได้ให้นิยาม หรือความหมายของ “Liquidation” ไว้ว่า “Liquidation : process whereby a debtor has its assets assembled, disposed of and distributed for the benefit of [the insolvency estate and] the creditors, including shareholders [followed by the dissolution of the legal entity], either by way of a piecemeal sale or a sale of all or most of the debtor's assets in productive operating units or as a going concern.”

³¹³Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, par. 112.

³¹⁴มาตรา 1247 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ในกรณีที่เป็นผู้ชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³¹⁵ ผู้ชำระบัญชีย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการใดๆ ตามแต่จำเป็นเพื่อทำการชำระบัญชีของนิติบุคคลนั้นให้เสร็จไปด้วยดี³¹⁶ และผู้ชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้อาจเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายได้ ถ้าผู้ชำระบัญชื่อนั้นพิจารณาเห็นว่าเมื่อเงินลงทุนหรือเงินค่าหุ้นของนิติบุคคลนั้นได้ใช้เสร็จหมดแล้วสินทรัพย์ที่มีอยู่ก็ยังไม่พอกับหนี้สิน ผู้ชำระบัญชีต้องทำการร้องขอต่อศาลทันทีเพื่อขอให้นิติบุคคลนั้นล้มละลาย³¹⁷ ซึ่งตามพระราชบัญญัติล้มละลายก็ได้มีบทบัญญัติไว้ว่า ถ้าปรากฏว่านิติบุคคลใดเงินลงทุนหรือเงินค่าหุ้นได้ใช้เสร็จหมดแล้วสินทรัพย์ก็ยังไม่พอกับหนี้สิน ผู้ชำระบัญชีของนิติบุคคลนั้นๆ ก็อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้สั่งให้นิติบุคคลนั้นล้มละลาย ได้³¹⁸ ดังนั้นบุคคลอีกคนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายคือผู้ชำระบัญชื่อนี้ จึงอาจเป็นผู้ที่ทำการชำระหนี้สินของลูกหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย เช่น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และผู้ชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

เพราะฉะนั้นตามกฎหมายรับหลักการจึงอาจกำหนดให้ผู้ชำระบัญชีเป็นบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรับหลักการ ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ³¹⁹ และเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในต่างประเทศแห่งกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติล้มละลาย³²⁰ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วหากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มิได้ทำการมอบหมายให้บุคคลใดปฏิบัติแทนตามหมวด 4 ว่าด้วยวิธีจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย³²¹ หรือเพื่อเป็นผู้ดูแลจัดการให้ธุรกิจของ ลูกหนี้นั้นได้เสร็จไป³²² การชำระบัญชียังคงดำเนินการดำเนินการโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นั่นเอง แต่ในกรณีของผู้ชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย แม้ผู้ชำระบัญชีจะเป็นผู้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายขึ้น ผู้ชำระบัญชีในกรณีนี้ก็มิได้อยู่ในฐานะของเจ้าหนี้ผู้เป็นใจที่³²³ และผู้ชำระบัญชียังมีหน้าที่ที่จะต้องทำการชำระหนี้สินและทรัพย์สินของลูกหนี้ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติล้มละลาย³²⁴ ดังนั้นผู้ชำระบัญชีในกรณีนี้จึงเป็นผู้ชำระบัญชีที่แท้จริงตามความหมายของผู้ชำระบัญชีที่ไม่ได้เป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ที่จะมีอำนาจหน้าที่ตาม

³¹⁵ อ่างแล้ว, มาตรา 1061, มาตรา 1089 และมาตรา 1251.

³¹⁶ อ่างแล้ว, มาตรา 1259 (4).

³¹⁷ อ่างแล้ว, มาตรา 1266.

³¹⁸ มาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

³¹⁹ Article 4 แห่งกฎหมายต้นแบบ.

³²⁰ อ่างแล้ว, Article 5.

³²¹ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483.

³²² อ่างแล้ว, มาตรา 120.

³²³ อ่างแล้ว, มาตรา 88 วรรคสอง.

³²⁴ มาตรา 1247 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

กฎหมายรับหลักการ เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเทศไทย และเป็นผู้แทนต่างประเทศของประเทศไทยตามกฎหมายรับหลักการที่จะมีอำนาจหน้าที่ไปทำการใดๆ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เริ่มขึ้นในประเทศไทยในต่างประเทศได้³²⁵

นอกจากนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ตามกฎหมายรับหลักการควรมีหลักเกณฑ์ให้ศาลล้มละลายสามารถควบคุมการดำเนินการของผู้ชำระบัญชีได้ด้วยทั้งในและต่างประเทศ โดยจำกัดเฉพาะในเรื่องที่สำคัญและมีความเสี่ยงสูง เพื่อความคล่องตัวในการปฏิบัติงานของผู้ชำระบัญชีเช่นเดียวกันกับในกรณีของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และสำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ และเกี่ยวกับผู้ชำระบัญชีตามกฎหมายรับหลักการ มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องที่ควรพิจารณาดังนี้³²⁶

(1)ควรมีการกำหนดขอบเขตในอำนาจหน้าที่ของผู้ชำระบัญชีให้ชัดเจน และเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นว่าผู้ชำระบัญชีควรมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอย่างเพียงพอ และมี ประสบการณ์อย่างดีเกี่ยวกับทางด้านธุรกิจและการเงิน โดยเพื่อเป็นการยืนยันถึงศักยภาพของ ผู้ชำระบัญชี จึงอาจกำหนดกฎหมายเกณฑ์ให้มีการควบคุมโดยการออกใบอนุญาต

(2)ศาลควรที่จะมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชี และกฎหมายควรมีหลักเกณฑ์ให้ผู้ชำระบัญชีสามารถที่จะถูกปลดได้โดยศาลเอง หรือโดยเสียงส่วนใหญ่ของเจ้าหนี้ทั่วไป (เจ้าหนี้ที่ไม่มีหลักประกัน)

(3)เกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทน (remuneration) ของผู้ชำระบัญชี ในกรณีที่มีหลายวิธีในการกำหนดค่าตอบแทน วิธีการที่จะนำมาใช้จะต้องมีความโปร่งใส และบรรดาเจ้าหนี้สามารถทำการตรวจสอบได้ตั้งแต่เริ่มดำเนินการ และ

(4)ควรมีการกำหนดความรับผิดของผู้ชำระบัญชีไว้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ชำระบัญชีจะปฏิบัติตามกฎหมาย และไม่เอนเอียงเข้าข้างบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้นผู้ชำระบัญชีมีหน้าที่ในการระมัดระวังผลประโยชน์ของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง และควรจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวที่เป็นการละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่นั้นในกรณีที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไป

ผู้วิจัยมีความเห็นในกรณีนี้ว่า กฎหมายรับหลักการควรที่จะกำหนดความรับผิดของ ผู้ชำระบัญชีไว้ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เพราะผู้ชำระบัญชีมีหน้าที่จะต้องระมัดระวังผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่ และจะต้องรับผิดชอบหากทำการฝ่าฝืนหน้าที่ของตนโดยเฉพาะที่ได้รับการแต่งตั้งโดยศาล³²⁷

³²⁵เช่นเดียวกันกับประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (Republic of South Africa) ใน Section 5 of the Cross-Border Insolvency Act, 2000 ที่ได้กำหนดให้ผู้ชำระบัญชี (liquidator) เป็นบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจกระทำการในต่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้.

³²⁶Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, par. 153.

³²⁷มาตรา 1061 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2901/2517 และมาตรา 1251 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

แต่หากผู้ชำระบัญชีได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่มีอยู่ของตนแล้วก็ควรที่จะไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เว้นเสียแต่เป็นการกระทำโดยจงใจ หรือเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง³²⁸ หรือเป็นการกระทำที่ได้รับความเห็นชอบ หรือได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมของเจ้าหนี้แล้ว³²⁹

ในกรณีเมื่อมีการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชีจากต่างประเทศ จึงเกิดคำถามขึ้นว่าผู้ชำระบัญชีที่ได้รับแต่งตั้งจากศาลต่างประเทศนั้นจะได้รับการยอมรับในประเทศไทยหรือไม่เพียงใด

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ซึ่งถือหลักสำนักงานจดทะเบียน หรือที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นหลักสาระสำคัญ เช่น ประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้พิจารณาว่าในกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชีจากต่างประเทศ หากเป็นกรณีที่แต่งตั้งผู้ชำระบัญชีจากประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้น (incorporated) แล้ว ศาลอังกฤษจะให้การยอมรับ³³⁰

ผู้วิจัยมีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นนี้ว่า การให้การยอมรับแต่ผู้ชำระบัญชีที่ได้รับแต่งตั้งจากประเทศที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้น หรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ อาจยังไม่เป็นการเพียงพอ เพราะกรณีอาจเป็นที่นิติบุคคลนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวอื่นที่เพียงพอ (sufficient connection) ในประเทศใดประเทศหนึ่ง แม้ว่านิติบุคคลนั้นจะไม่ได้ก่อตั้งขึ้นหรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศนั้นก็ตาม เช่น ในกรณีที่นิติบุคคลนั้นมีทรัพย์สินส่วนใหญ่ หรือการประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ในประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็ถือว่าประเทศนั้นเป็นประเทศที่เหมาะสม (appropriate forum) ในการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชีได้ โดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณีๆ ไป เพื่อให้หลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่น และมีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของคดีที่เกิดขึ้น ซึ่งแม้แต่ในศาลสูงอังกฤษเอง ก็ได้มีผู้พิพากษาในศาลสูงที่ได้เขียนคำพิพากษาส่วนตัวที่เกี่ยวกับประเด็นนี้ คือ ท่านผู้พิพากษา Peter Gibson ในคดี Re A Company (No. 00359 of 1987) [1988] ch. 210 ซึ่งมีตอนหนึ่งของคำพิพากษาว่า ประเทศกรีซมีจุดเกาะเกี่ยวที่เพียงพอในการเป็นประเทศที่เหมาะสมในการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชี ถึงแม้ว่านิติบุคคลนั้นจะไม่ได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศกรีซก็ตาม³³¹ และในคดี Re A Company (No. 003102 of 1991) ex p. Nycklen Finance Co., Ltd. [1991] BCLC 539 ท่านผู้พิพากษา Harman ได้เขียนตอนหนึ่งของคำพิพากษา

³²⁸มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหนี้ พ.ศ. 2539.

³²⁹Official Records of the General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group on Insolvency Law, Twenty-second session, par. 152.

³³⁰Re Bank of Ethiopia v. National Bank of Egypt and Liquori [1937] ch. 513.

³³¹Harry Rajak, Insolvency Law Theory & Practice, (London : Sweet & Maxwell, 1993), p. 217.

ส่วนตัวของท่านว่า ประเทศโปรตุเกสซึ่งเป็นประเทศที่ทรัพย์สินส่วนใหญ่ของบริษัทถูกหนีตั้งอยู่ ประเทศโปรตุเกสจึงเป็นประเทศที่เหมาะสมที่สุดในการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชี ถึงแม้ว่าบริษัทถูกหนีจะได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นใน Guernsey และประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษก็ตาม³³²

หรือดังคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับอำนาจ และการจัดการของผู้ชำระบัญชี ในคดี Re Interpool Ltd. v. Certain Freights³³³ ลูกหนี้ (KKL) เป็นบริษัทในประเทศออสเตรเลีย และมีธุรกิจอยู่ในฮ่องกง (Hong Kong) หลังจากที่มีการแต่งตั้งผู้ชำระบัญชีขึ้นในประเทศออสเตรเลีย ผู้ชำระบัญชีได้ยื่นคำขอต่อศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อขอความร่วมมือในการคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้ Section 304 แห่ง the Bankruptcy Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังมีคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีผลต่อบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของลูกหนี้อีกด้วย ซึ่งคำตัดสินนั้นได้รับการรับรองจากศาลในประเทศออสเตรเลียแล้ว แต่ได้มีเจ้าหน้าที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อทำการชำระบัญชีต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้ Chapter 7 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน ศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินให้การควบคุม และการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ให้อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ดูแลทรัพย์สินภายในประเทศ (local trustee) โดยปฏิเสธคำร้องขอของผู้ชำระบัญชีที่ขอให้ยกคำร้องขอของเจ้าหน้าที่ตาม Chapter 7 ดังกล่าว ซึ่งเป็นคำตัดสินที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าขัดต่อหลักกฎหมาย และหลักแห่งความยุติธรรม³³⁴

อย่างไรก็ตามในส่วนอำนาจของผู้ชำระบัญชีเมื่อเข้ามาสู่ประเทศไทยแล้ว ผู้ชำระบัญชีจะมีอำนาจครอบคลุมเพียงใดนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเนื่องจากผู้ชำระบัญชีมีหน้าที่ในการ จัดการเกี่ยวกับทรัพย์สิน และหนี้สินของบริษัท และทำการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้³³⁵ ดังนั้นผู้ชำระบัญชีจากต่างประเทศที่เข้ามาในประเทศไทย ในส่วนของทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยนั้น ผู้ชำระบัญชีจึงมีอำนาจเพียงเป็นตัวแทนในการกระทำการแทนเจ้าหนี้ทั้งหลายของนิติบุคคลลูกหนี้นั้น และเพียงเท่าที่เจ้าหนี้มีสิทธิหรือเท่าที่สิทธิที่พึงเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้เท่านั้น โดยถึงแม้ตามกฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลลูกหนี้นั้นก่อตั้ง หรือที่ได้แต่งตั้งผู้ชำระบัญชีนั่นขึ้น ผู้ชำระบัญชีจะมีอำนาจมากมายเพียงใดก็ตาม ตามนัยคำพิพากษาศาลสูงของประเทศอังกฤษ³³⁶

³³²Ibid.

³³³102 Bankr. 373 (D.N.J. 1988).

³³⁴Jay Lawrence Westbrook, "Global Insolvencies in a World of Nation States," in *Current Issues in Insolvency Law*, pp. 38-42.

³³⁵มาตรา 1250 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า "หน้าที่ของผู้ชำระบัญชี คือชำระสะสางการงานของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นให้เสร็จไป กับจัดการใช้หนี้เงินและแจกจ่ายหนี้สินทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น."

³³⁶Re Galbraith v. Grimshaw [1910] A.C. 508.

บทที่ 6

บทสรุปและเสนอแนะ

บทสรุป

“การล้มละลายข้ามชาติ” (cross-border insolvency) เป็นปรากฏการณ์หนึ่งในทางการค้าของโลกอันเป็นผลสะท้อนกลับจากการขยายตัวของเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน โดยเฉพาะในธุรกิจ หรือกิจการข้ามชาติ (transnational business) ที่มีอยู่อย่างมากมาย และนับวันจะทวีเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ในเวทีการค้าโลก สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุ หรือเป็นปัจจัยก่อให้เกิดการล้มละลายข้ามชาติขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ เพราะในสังคมของการดำเนินธุรกิจนั้น เป็นธรรมชาติอยู่เองในผลของการดำเนินธุรกิจที่มีขึ้นทั้งทางด้านบวก และในด้านลบ กล่าวคืออาจมีทั้งการมีกำไร หรือการขาดทุน โดยเฉพาะในเส้นทางแห่งการดำเนินธุรกิจนั้นอาจเกิดสภาวะของการขาดสภาพคล่องทางการเงินจนพอกพูนเป็นหนี้สินล้นพ้นตัว (overindebtedness) จนกระทั่งเกิดสภาวะของการล้มละลาย (insolvent) ขึ้นและกลายเป็น “คดีล้มละลายข้ามชาติ” (cross-border insolvency cases)

ปรากฏการณ์ดังกล่าวเป็นการล้มละลายข้ามชาติ ก็เนื่องจากว่าผลที่ตามมาจากการล้มละลายนั้นเกิดขึ้น หรือมีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ อันเป็นผลเนื่องมาจากลักษณะ นิติสัมพันธ์ของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเองที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะมีจุดเกาะเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ (international connection points) อยู่ในคดีนั้น ไม่ว่าจะเป็นการก่อกวนนิติสัมพันธ์ สัญชาติ ภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ ที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล สถานประกอบการ การประกอบธุรกิจของทั้งลูกหนี้ และเจ้าหนี้ และโดยเฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอาจมีอยู่ในหลายประเทศทั่วโลก

จากผลของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวที่มีลักษณะระหว่างประเทศของข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาตินี้เอง ผลของนิติสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศที่มีขึ้นจึงมีผลเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐ (State jurisdiction) และเขตอำนาจศาล (court jurisdiction) ของแต่ละประเทศเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นที่อาจมีความขัดแย้งเกิดขึ้น เพราะแต่ละรัฐก็อ้างเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลของตนที่มีอยู่เหนือคดีแล้วแต่จุดเกาะเกี่ยวที่มีอยู่กับชาติของตนตามหลักอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่รัฐหนึ่งได้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นแล้วจะมีผลในรัฐต่างประเทศ หรือจะได้รับการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นจากรัฐต่างประเทศได้เพียงใด

จากการศึกษาพบว่าประเทศต่างๆ ได้ประสบถึงปัญหาเหล่านี้ และได้คำนึงถึง ความสำคัญของปัญหาว่ามีความสลับซับซ้อน และมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจโลกต่อเนื่องอย่างเป็นลูกโซ่ ซึ่งนับวันปัญหาจะมีมากขึ้นและทวีความซับซ้อนมากขึ้นเรื่อยๆ หลายประเทศจึงได้มีความร่วมมือกันในการพยายามสร้างข้อตกลงระหว่างประเทศ (International Agreement) ขึ้นระหว่างกันทั้งในระดับทวิภาคี และพหุภาคี อันได้แก่ สนธิ

สัญญาและอนุสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายอันมีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ แต่จากประสบการณ์ที่ผ่านมาได้พบว่าความ ตกลง หรือข้อตกลงเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานของหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทน (reciprocity) เป็นหลัก จึงไม่มีผลให้เป็นการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อแก้ไข หรือเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เป็นจริงเป็นจังโดยเฉพาะ และที่เป็นการผสมกลมกลืนสอดคล้องกัน (harmonization) รวมทั้งการเป็นหนึ่งเดียวกันหรือเป็นเอก रूप (unification) ได้

โดยอีกประการหนึ่งการอาศัยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง หรือนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศที่มีอยู่ ไม่ว่าจะ เป็นหลักการของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Law on Conflict of Law) ของแต่ละประเทศ กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศของหน่วยงาน หรือองค์กรในระดับระหว่างประเทศต่างๆ ที่สร้างขึ้นก็ไม่เป็นการชัดเจนและเพียงพอต่อการเยียวยาคดีล้มละลายข้ามชาติให้สำเร็จลุล่วงไปได้ อย่างมีประสิทธิภาพ และเนื่องจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นเองที่เป็นปัญหา หรือความขัดแย้งในเรื่องของเอกชนในระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป และในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ จึงมีน้อยมากและไม่ค่อยเกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายโดยตรง ฉะนั้น จึงไม่สามารถที่จะอาศัยหลักเกณฑ์จากบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ในการแก้ไข ปัญหาของคดีล้มละลายข้ามชาติได้เช่นกัน

UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) หรือ คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งในองค์การสหประชาชาติที่มีวัตถุประสงค์ในการผสมกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ (international trade law) ให้เป็นเอก रूप จึงได้ตระหนักและเล็งเห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นของคดี ล้มละลายข้ามชาติ ดังนั้นจึงได้มีการประสานความร่วมมือกับองค์การในระดับระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อสร้างกฎหมายที่เป็นหนึ่งเดียวกัน เป็นกฎหมายที่เป็นการผสมกฎหมายล้มละลายของแต่ละชาติเข้าด้วยกันโดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดที่จะเกิดขึ้นต่อทุกฝ่าย ทุกชาติ และมีความเป็นธรรม จึงได้เกิดเป็นกฎหมายต้นแบบขึ้น (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)

โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบมีหลักการที่เป็นการผสมผสานความคิดระหว่างทฤษฎีว่าด้วยผลของกระบวนการล้มละลายในทฤษฎี Territoriality กับทฤษฎี Universality เข้าด้วยกัน โดยมีเจตจำนงให้เกิดกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และผลของการดำเนินกระบวนการที่เป็นหนึ่งเดียวกัน มีการผสมความร่วมมือระหว่างกระบวนการ ทั้งหลายให้เกิดเป็นกระบวนการที่เป็นสากล และเกิดผลในวงกว้างตามหลักการของทฤษฎี Universality แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงเคารพต่อหลักดินแดนในเรื่องเขตอำนาจรัฐตามหลักการของทฤษฎี Territoriality แม้จะมีกระบวนการที่เป็นสากล ในแต่ละประเทศก็สามารถที่จะเริ่มกระบวนการต่อลูกหนี้รายเดียวกันนั้นขึ้นอีกได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของตนเอง และสามารถดำเนินกระบวนการควบคู่กันไปได้ ทั้งนี้ภายใต้มาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ต้นแบบ อีกทั้งในการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ แต่ละประเทศก็มีดุลพินิจในระดับหนึ่งที่จะให้การยอมรับรับรอง

กระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศได้ โดยเฉพาะในเรื่องนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ภายในแต่ละประเทศที่อาจจะเป็นเหตุแห่งการที่จะยกขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายจากต่างประเทศได้เลยทีเดียว

กฎหมายต้นแบบนี้มีวัตถุประสงค์ให้แต่ละประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในของตน ซึ่งแต่ละชาติสามารถที่จะปรับใช้กฎหมายที่รับหลักการให้สอดคล้องกับสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณี และนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ในประเทศของตนได้ โดยจากการศึกษาได้พบหลักการสำคัญอันเป็นจุดเด่นของกฎหมายต้นแบบนี้ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ (recognition of foreign insolvency proceedings) และการบังคับตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ ได้แก่

ประการแรก กฎหมายต้นแบบได้กำหนดหลักเกณฑ์ และแยกประเภทของกระบวนการพิจารณาคดีต่างประเทศ (foreign proceeding) เป็นกระบวนการหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding) และกระบวนการรองต่างประเทศ (foreign non-main proceeding) เพื่อความชัดเจน และสะดวกในการพิจารณการให้การรับรอง การให้ความคุ้มครอง (relief) และการบังคับตามของแต่ละกระบวนการนั้นซึ่งมีผลที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เพราะ จุดเกาะเกี่ยวของแต่ละประเทศต่อกระบวนการพิจารณานั้นมีความเกี่ยวพัน หรือมีความสำคัญที่ แตกต่างกันขึ้นอยู่กับแต่ละองค์ประกอบระหว่างประเทศ (international elements) ของกระบวนการพิจารณาต่อประเทศนั้น

ประการที่สอง กฎหมายต้นแบบได้กำหนดหน่วยงาน หรือบุคคล ผู้ที่จะใช้สิทธิ หรือทำการดำเนินกระบวนการพิจารณาในต่างประเทศ หรือเรียกว่าเป็นผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ซึ่งได้รับการแต่งตั้ง หรือได้รับมอบอำนาจจากศาลต่างประเทศให้สามารถมีสิทธิ หรือดำเนินการในอีกประเทศหนึ่งได้ โดยบุคคลผู้ที่จะเป็นผู้แทนต่างประเทศนี้อาจจะเป็น เจ้าพนักงานของศาล หรือของรัฐ ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรตามกฎหมายของประเทศนั้น หรืออาจจะเป็นลูกหนี้ที่มีอำนาจบริหารจัดการ (debtor in possession) หรือ DIP ก็ได้ โดยลักษณะเด่นของกฎหมายต้นแบบ คือการกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศสามารถใช้สิทธิเข้าสู่ศาลในอีกประเทศหนึ่งได้โดยตรง หรือไม่ต้องแต่งตั้ง หรือมอบอำนาจให้บุคคลใดอีกในการดำเนินการทางศาล โดยเฉพาะไม่ต้องมีใบอนุญาต (license) ใดๆ ในการใช้สิทธิดำเนินคดีทางศาลของประเทศที่ขอใช้สิทธิ

ประการที่สาม การกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศสามารถใช้สิทธิเข้าร่วม (participation) ในอีกประเทศหนึ่ง ตั้งแต่การเริ่มคดีและการเข้าไปมีส่วนร่วมในขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการพิจารณานั้น หรือสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในอีกลักษณะหนึ่ง คือการขอเข้าไปมีส่วนร่วมในระหว่างพิจารณาคดี (intervention) ของประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดขึ้น ซึ่งเป็นลักษณะของการร้องสอดตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ จึงเป็นลักษณะเด่นที่อาจมีการร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยการเริ่มคดี

ในวิธีปกติธรรมดา หรือสามารถมีการร้องขอเพื่อร่วมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้นได้ในขณะที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในศาล

ประการที่สี่ กฎหมายต้นแบบได้ตัด หรือลดขั้นตอนยุ่งยาก (cumbersome) หรือ ซึ่งต้องใช้ เวลา (time-consuming) มากในการดำเนินการ โดยการกำหนดเอกสารที่ใช้ประกอบ การพิจารณาของศาลที่เป็นบทผ่อนคลายเป็นให้ศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาได้อย่างไม่เคร่งครัด และกำหนดบทข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง โดยเฉพาะในเรื่องของความถูกต้องแท้จริง (authentication) แห่งเอกสาร

ประการที่ห้า กฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้มีการคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาตามหลักการของ Automatic Stay และ Automatic Suspend ทั้งนี้เพื่อให้สามารถรองรับต่อลักษณะเฉพาะของคดีล้มละลายข้ามชาติที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อ ปกป้องผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียในคดีไว้ให้มากที่สุด จนกว่าจะมีการจัดการที่ชัดเจนต่อไป นอกจากความคุ้มครองโดยดุลพินิจ (discretionary relief) ใดๆ จากศาลแล้วทั้งในระหว่างการพิจารณาและหลังจากศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งใดแล้ว

ประการที่หก กฎหมายต้นแบบได้ให้ความสำคัญในการให้ความคุ้มครองต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียด้วย อีกทั้งได้กำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติต่อ เจ้าหนี้ในประเทศ (local creditors) และเจ้าหนี้ต่างประเทศ (foreign creditors) อย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ (discrimination) โดยเฉพาะการกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศสามารถที่จะเริ่มการกระทำใดๆ ภายใต้กฎหมายของประเทศที่รับหลักการเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย หรือหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ภายใต้กฎหมายที่อาจมีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้ได้ และ

ประการสุดท้าย จากหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบพิจารณาได้ว่า กระบวนการ รับรองต่อกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศนั้น มิได้เป็นการเกิดขึ้นโดยทันที (automatically) เมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้รับรอง แต่เป็นดุลพินิจ (discretionary) ของศาลในการพิจารณาให้การรับรอง ดังนั้น หลักการจึงไม่เป็นการปฏิบัติ หรือเป็นการขัดแย้งกับหลักของเขตอำนาจรัฐ และหลักของเขตอำนาจศาลของแต่ละประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างรุนแรงนัก หรือกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ลดความเคร่งครัดของหลักเขตอำนาจรัฐ และหลักเขตอำนาจศาลที่มีอยู่ตามหลักเขตอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศได้อย่างมีนัย โดยปล่อยให้เป็นการใช้ดุลพินิจของแต่ละประเทศนั่นเองภายใต้กฎหมายรับหลักการจึงไม่เป็นการยากเกินไปนักในการรับหลักการ และในการปฏิบัติ นอกจากนี้การบังคับตามกระบวนการเมื่อศาลมี คำพิพากษา หรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการแล้วก็เป็น การบังคับตามกฎหมายรับหลักการซึ่งเป็นกฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง มิใช่เป็นการบังคับตามกฎหมายของต่างประเทศที่เกิดกระบวนการขึ้นจึงไม่เป็นการยากในการบังคับตาม และไม่มีผลรุนแรงต่อหลักเขตอำนาจรัฐ และเขตอำนาจศาลเช่นเดียวกัน

ฉะนั้น โดยหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบที่ได้กล่าวในเบื้องต้นจึงสามารถที่จะแก้ปัญหา และรองรับต่อคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งไม่มีประโยชน์อะไรเลยในการที่จะปล่อยให้

ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายล้มละลายภายในแต่ละประเทศเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดอุปสรรคโดยใช่เหตุในการที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการดำเนินกระบวนการล้มละลายเพื่อที่จะชำระไว้ซึ่งเศรษฐกิจ และสังคมพื้นฐานของโลกอันเนื่องมาจากผลกระทบที่สะสมเป็นลูกโซ่ที่แต่ละประเทศต่างก็ปิดกั้นตัวเองจากผลของกระบวนการล้มละลายที่ควรจะเป็นจากลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับความเป็นจริงและไม่สามารถที่จะบรรลุถึงประโยชน์สูงสุดในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย ซึ่งหากพิจารณาโดยผิวเผินอาจเห็นว่าแต่ละประเทศต้องสูญเสียอำนาจรัฐตามหลักดินแดนของตนไป แต่โดยแท้ที่จริงแล้วเป็นเรื่องของการถ่วงดุลย์ (balance) หรือเป็นการซึ่งผลประโยชน์ที่ควรจะเป็นเกิดขึ้นโดยรวมเพียงแต่แต่ละชาติยอมลดความเข้มข้นในหลักเขตอำนาจรัฐของตนลง และเปิดประเทศของตนต่อผลของกระบวนการล้มละลายที่ควรจะเป็น โดยเฉพาะต่อกระบวนการล้มละลายจากต่างประเทศทั้งในทางเชิงรุก และในทางเชิงรับ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ขึ้นอย่างมหาศาลจากผลของกระบวนการล้มละลายที่ควรจะเป็นในความเป็นจริงอันเป็นการสากลทั้งในภาพรวม และต่อแต่ละชาติเองอันเป็นผลสะท้อนกลับที่จะได้รับอย่างคาดไม่ถึงโดยเป็นผลที่แต่ละชาติประสานความร่วมมือกันเข้าบริหารจัดการกับคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นด้วยกัน ซึ่งจะทำให้เกิดผลประโยชน์สูงสุด (maximization of interests) ในการดำเนินกระบวนการล้มละลาย และเกิดความเป็นธรรมในการจัดสรรชำระหนี้คืนมากขึ้น (fair distribution)

เพราะฉะนั้นด้วยเหตุผล ความจำเป็น ความสำคัญในการเยียวยาคดีล้มละลาย ข้ามชาติ และลักษณะเด่นของกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ ดังกล่าวข้างต้นนี้เอง จึงพิจารณาได้ว่าประเทศไทยซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกของ UNCITRAL ซึ่งได้เข้าร่วมเสวนา ประชุม และเป็นคณะทำงานในการจัดทำกฎหมายต้นแบบฉบับนี้ขึ้น ประกอบกับลักษณะของคดีล้มละลายที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศที่ศาลไทยได้ประสบอยู่ในปัจจุบัน ประเทศไทยจึงน่าจะนำกฎหมายต้นแบบฉบับนี้มาพิจารณาประกอบในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทยต่อไป ดังนั้น ในบทที่ 5 จึงเป็นการศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวทางในการรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบของประเทศไทยเกี่ยวกับกรณีการรับรองกระบวนการล้มละลายต่างประเทศ และการยอมรับถึงผลของคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาและวิเคราะห์นั้นสรุปได้ว่า

ประการแรก ประเทศไทยมีเหตุผล และความจำเป็นในการที่จะต้องมีกฎหมาย เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ เพื่อสามารถจัดการแก้ไข หรือเยียวยาคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะมีมากขึ้น และทวีความซับซ้อนของปัญหาขึ้นเรื่อยๆ และควรจะได้รับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบดังกล่าวนี้เพราะมีหลักการที่เด่น และมีความเป็นสากล ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่ ไม่สามารถที่จะรองรับในการเยียวยาต่อคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นได้ นอกจากนี้ การรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบจะเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนจากต่างชาติเพิ่มมากขึ้น เพราะเป็นการคล่องตัวแก่การค้าเงินกิจการ และธุรกิจของต่างชาติ รวมทั้งนักลงทุนต่างชาติ ในการที่จะบังคับกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทยได้

ประการที่สอง ประเทศไทยมีความเป็นไปได้ที่จะรับหลักการแห่งกฎหมาย ต้นแบบเข้ามาสู่เป็นกฎหมายภายใน เพราะการรับหลักการมิได้มีผลกระทบต่อหลักอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยที่มีอยู่ในหลักเขตอำนาจอธิปไตย และเขตอำนาจอศาลตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากการรับหลักการมิได้เป็นรูปแบบของการทำสนธิสัญญา หรืออนุสัญญาที่มีลักษณะของข้อตกลง และการปฏิบัติตามที่เคร่งครัดซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศอันถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่กฎหมายรับหลักการจะเป็นกฎหมายภายในประเทศซึ่งไม่มีลักษณะที่เคร่งครัด โดยประเทศไทยสามารถปรับแต่ง และสอดแทรกหลักการต่างๆ ลงไปได้ตามนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ของประเทศไทย และโดยคำนึงถึงความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย

ประการที่สาม จากการศึกษา และวิเคราะห์พบว่า รูปแบบของการให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบ และตามหลักการที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ของประเทศไทยนั้น มีรูปแบบของการให้ความคุ้มครองที่คล้ายคลึงกัน และมีหลักการหลักที่สอดคล้องกัน ดังนั้นจึงไม่เป็นการลำบากใจนักในการรับหลักการ และไม่เป็นการยุ่งยากหรือยากในการปฏิบัติเกินไปนักไม่ว่าจะเป็นหลักการของ Automatic Stay, Automatic Suspend และการให้ความคุ้มครองโดยดุลพินิจของศาล (Discretionary Relief) เป็นรายการนี้ไป และ

ประการสุดท้าย เป็นเรื่องของรายละเอียดในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า กฎหมายรับหลักการควรที่จะกำหนดรายละเอียด รวมทั้งหลักการให้ชัดเจนลงไปในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา โดยสามารถนำหลักการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้วมาพิจารณาประกอบ เพื่อให้มีความ สอดคล้องกันได้ อีกทั้งโดยการคำนึงถึงนโยบายแห่งรัฐ (public policy) และความสงบ เรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนประกอบด้วย โดยจากการวิเคราะห์พบว่า มีความเป็นไปได้ว่ากฎหมายรับหลักการของประเทศไทยสามารถปรับแต่งให้สอดคล้องกับหลักกฎหมาย นโยบายแห่งรัฐ (public policy) ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศไทยโดยยังคงหลักการหลัก และเจตนารมณ์แห่งกฎหมายต้นแบบอยู่ไว้ได้

ข้อเสนอแนะ

1. ประเทศไทยควรที่จะรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบเพื่อให้สามารถรองรับต่อคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดอย่างเป็นธรรมมากขึ้นต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับคดี โดยต้องเปิดตัวเองในเชิงรุกให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมีผลก้าวเข้าไปสู่ระหว่างประเทศในระดับสากล และในขณะเดียวกันก็ต้องยอมลดอำนาจอธิปไตยของตนเองบ้างในการยอมรับผลของกระบวนการล้มละลายจากต่างประเทศในเชิงรับ เพื่อแลกกับผลประโยชน์อันเป็นผลสะท้อนกลับที่จะได้รับมากยิ่งขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับการยอมลดอำนาจอธิปไตยของตนเองบ้างซึ่งเป็นผลในส่วนน้อย ทั้งนี้โดยเฉพาะผลประโยชน์ที่จะได้รับแก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยเอง

2. ในการรับหลักการแห่งกฎหมายต้นแบบของประเทศไทย กฎหมายรับหลักการควรจะเป็นกฎหมายขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้ว ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้วโดยหลัก อันได้แก่ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 รวมทั้งฉบับแก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธี

พิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 และ ข้อกำหนดคดีล้มละลายของศาลล้มละลาย เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศเป็นหลัก แต่กฎหมายรับหลักการเป็นกฎหมายที่จะมุ่งใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่มีองค์ประกอบพัวพันกับต่างประเทศ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความคล่องตัว และความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย จึงควรบัญญัติเป็นกฎหมายฉบับใหม่ ขึ้น เช่นเดียวกันกับในประเทศแอฟริกาใต้ หรือในประเทศญี่ปุ่น

3. ในการพิจารณาร่างกฎหมายรับหลักการนั้น ควรพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของประเทศไทยที่มีอยู่แล้วประกอบด้วย ซึ่งควรจะต้องสอดคล้องกันโดยเฉพาะ คำกฎหมาย (legal terms) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการที่มีปรากฏอยู่แล้ว เช่น หลักการของ Automatic Stay และ Automatic Suspend ที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 อาจนำมาพิจารณาประกอบในการร่างกฎหมายรับหลักการได้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ และในการตีความ เพราะจะมีผลของการบังคับใช้ภายในประเทศเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ควรนำกฎหมายรับหลักการของต่างประเทศมาพิจารณาประกอบด้วย เพื่อเป็นตัวอย่างแนวทางในการร่างกฎหมายรับหลักการของประเทศไทย ดังที่ผู้วิจัยได้นำมาประกอบการวิเคราะห์ด้วยใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และ

4. กฎหมายรับหลักการควรกำหนดให้ศาลล้มละลายเป็นศาลที่มีอำนาจตามกฎหมายรับหลักการ เพราะเป็นศาลชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรับหลักการโดยตรง และมีบุคลากรที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของศาล หรือนิติกร ที่มีความรู้ความเข้าใจ และประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายอยู่แล้ว เพื่อให้กฎหมาย รับหลักการได้รับการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ยังควรกำหนดให้กรมบังคับคดี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีล้มละลาย หรือกองบังคับคดีล้มละลาย สำนักฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ รวมทั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เป็นหน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องและมีอำนาจ โดยตรงตามกฎหมายรับหลักการ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กมล สนธิเกษตริน. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- จุมพต สายสุนทร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเขตอำนาจของรัฐและความคุ้มกันจากเขตอำนาจของรัฐ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์. "ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจศาลของประเทศไทยในทัศนะของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล." วารสารกฎหมาย 17 (มกราคม 2540) : 39-61.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์. หลักทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย. นนทบุรี : เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528.
- โชค จารุจินดา คำอธิบายกฎหมายลักษณะล้มละลาย. กรุงเทพมหานคร : กองดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา, 2523.
- ดำรง ธรรมารักษ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- ทวี กลียพงค์. คำอธิบายพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 พร้อมด้วยประมวลระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับคดีล้มละลาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2526.
- ทวี กลียพงค์. "หลักปฏิบัติในกฎหมายล้มละลาย." ดุลพาห 34 (พฤษภาคม 2530) : 536-572.
- ธเนศ ไชยหมาน. "การขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- ธิดาธร วงศ์ศิริสุวรรณ. ผู้ช่วยผู้อำนวยการ ฝ่ายที่ปรึกษาทางการเงิน บริษัท ไฟร์ชวอดเดอร์เฮาส์ คูเปอร์ส เอฟเอ เอส จำกัด. สัมภาษณ์, 12 ตุลาคม 2544.
- นพนิตี สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ Lecture Notes 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537.
- นพนิตี สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ Lecture Notes 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537.

นพปฎล เมื่อรัชกาล. “ข้อสันนิษฐานในกฎหมายล้มละลาย : ศึกษากรณีความรับผิดชอบของผู้แทนนิติบุคคล.”

วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2532.

นาตยา ทิพนันต์. “ข้อมติขององค์การระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่าง

ประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

ปกป้อง ศรีสนิท. “ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับสัญชาติและภูมิลำเนาของเจ้าหน้าที่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ใน
คดีล้มละลาย.” ดุลพาห 47 (เมษายน 2543) : 80-90.

ปรีชา พาณิชวงศ์. คำอธิบายกฎหมายล้มละลาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัด
สรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “วิธีการอ้างคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในศาลไทย.” วารสาร
นิติศาสตร์ 3 (กันยายน 2533) : 147-153.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่าง
ประเทศในคดีแพ่งโดยศาลไทย.” วารสารนิติศาสตร์ 4 (ธันวาคม 2533) : 141-154.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. “อำนาจอธิปไตยของรัฐและนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มี
ลักษณะระหว่างประเทศ.” วารสารนิติศาสตร์ 4 (ธันวาคม 2536) : 737-760.

พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพมหานคร : กุญแจพิมพ์ กวี, 2537.

พจน์ ภูมามะชัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการ
ขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.

พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล. “กฎหมายที่ใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ.” วาร
สารกฎหมาย 17 (มกราคม 2540) : 10-25.

ภิญโญ พินัยนิติศาสตร์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและ
เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

มูรธา วัฒนชะวีระกุล. “แนวความคิดของ Declaratory Judgement.” วารสารกฎหมาย (ฉบับครบรอบ 20 ปี)
20 (พฤศจิกายน 2543) : 1-16.

มูรธา วัฒนชะวีระกุล. อดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สัมภาษณ์,
12 มกราคม 2545.

- มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. “มาตรการฟื้นฟูลูกหนี้ตามกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา.” ดุลพาห 46 (มิถุนายน 2542) : 32-36.
- ลิขิต เทิดชนะกุล. “การล้มละลายข้ามชาติ : การสำรวจบทกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันและแนวโน้มการพัฒนากฎหมาย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- วิชา มหาคุณ. กฎหมายล้มละลายฉบับสมบูรณ์. พิมพ์ครั้งที่ 5 (แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2539). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- วิชัย ตันติกุลานนท์. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการส่งคำคู่ความให้แก่จำเลยซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร. กรุงเทพมหานคร : ประยูรวงศ์, 2534.
- วิชัย วิวิตเสวี. กฎหมายลักษณะล้มละลาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2527.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. กรุงเทพมหานคร : กองทุนสวัสดิการกองวิชาการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. “การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย.” ดุลพาห 43 (เมษายน-มิถุนายน 2539) : 49-57.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. “การฟื้นฟูกิจการในคดีล้มละลาย.” วารสารกฎหมายธุรกิจ (จุฬา) 16 (เมษายน 2539) : 1-6.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. “กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้.” เอกสารประกอบการเสวนา ชำแหละกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ : ใครอยู่ ใครไป ณ ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ (19 มกราคม 2542).
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. รองอธิบดีกรมบังคับคดี. สัมภาษณ์, 8 พฤศจิกายน 2544.
- สารนัยประสาสน์, หลวง. “หลักปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลายที่เกี่ยวกับศาล.” ดุลพาห 7 (เมษายน 2503) : 396-417.
- สุธีร์ ศุภนิตย. คู่มือกฎหมายลักษณะล้มละลาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลาย และวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย.” เอกสารประกอบการเสวนา ชำแหละกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ : ใครอยู่ ใครไป ณ ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ (19 มกราคม 2542).
- สุวรินทร์ สุวรรณโกตา. “ร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ.” ดุลพาห 46 (มกราคม-มิถุนายน 2542) : 5-31.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
กฎหมายสัญชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
อัจฉรา ประจันนวล. "ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย." วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
อรุณ ภาณุพงศ์. การตีความสนธิสัญญา. รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี
ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพมหานคร : มุลินินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2534.

ภาษาอังกฤษ

A.T. Von Mehren. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgement." *Recueil des cours*, vol. 167
(1980-II) : 21-30.

Alan Adie, Bankruptcy, Edinburgh : W.GREEN/Sweet & Maxwell, 1995.

Alexander Trunk. "German International Insolvency Law under the New Insolvency Code: Continuity
and Evolution." pp. 175-196. *Legal Aspects of globalization*. ed. by Jurgen Basedow and
Toshiyuki Kono. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 2000.

Andrew Henderson. "Defining the Limits of Silence." *Solicitors Journal*, vol. 145 (No. 18) (11 May
2001) : 432-433.

Arangio-Ruiz Gaetano. The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the
Sources of International Law. The Netherlands : Sijhoff & Noordhoff, 1979.

B.A. Caffrey. International Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements
in the LAW ASIA Region : A Comparative Study of the Laws of Eleven Asian Countries
Inter-se and with the E.E.C. Countries. North Ryde, N.S.W. : Australia Limited.

Bankruptcy Judges Division. Bankruptcy Basics. Administrative Office of the United States Courts,
1998.

Barry A K Rider and Mads Andenas. Developments in European Company Law. Great Britain :
Hartnolls Ltd., 1997.

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

Daniel R. Cowans. Cowans Bankruptcy Law and Practice. St. Paul, Minn. : West Publishing Co.,
1989.

- David Archer. "Insolvency Act 2000." Solicitors Journal, vol. 145 (No. 5) (9 February 2001) : 108 and 115.
- David G. Epstein. Debtor-Creditor Law in a Nutshell. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1973.
- David G. Epstein. Debtor-Creditor Relations. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1973.
- David Milman & Chris Durrant, Corporate Insolvency: Law and Practice, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 1999.
- Dennis Campbell. International Corporate Insolvency Law. London : Butterworths, 1992.
- E. & Hay P. Scoles. Conflict of Law. St. Pual : West, 1984.
- E. Bruce Leonard and Christopher W Besant. Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations. London : Graham & Trotman and International Bar Association, 1994.
- Edward Bailey, Hugo Groves and Cormac Smith. Corporate Insolvency Law and Practice. London : Butterworths, 1992.
- Edward T. Baldwin. A Treaties upon the Law of Bankruptcy and Bill of Sale. 10th ed. London : Stevens and Hayes, 1910.
- European Communities. Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. International Legal Material. Vol. XXIX No. 6 (November : 1990).
- "European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy." 30, International Legal Materials, vol. 165 (1991) : 31-42.
- F.A. Mann. The Doctrine of Jurisdiction in International Law. Review in twenty years. Academie de Droit International Recueil Des Cours, 1984.
- Fiona Tolmie. Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law. London : Sweet & Maxwell, 1998.
- Franklin R. Root. International Trade and Investment. 6th ed. Cincinnati : South-Western Publishing Co., 1990.
- General Assembly, United Nations. "Report of the United Nations Commission on International Trade Law." On the work of its thirtieth session, Vienna, 12-30 May 1997. (Mimeographed).
- General Assembly, United Nations. "Report of the Working Group on Insolvency Law." On the work of its twenty-second session, Vienna, 6-17 December 1999. (Mimeographed).
- General Assembly, United Nations. "Report of the Working Group on Insolvency Law." On the work of its twenty-fourth session, New York, 23 July-3 August 2001. (Mimeographed).

- General Assembly, United Nations. "Report of the Working Group on Insolvency Law." On the work of its twenty-fifth session, Vienna, 3-14 December 2001. (Mimeographed).
- George M. Kelakos, Esq. and Associates. "A Successful Reorganization – A Case Study." Seminar discussion paper at the Judicial Training Institute, Thailand, 1-11 November 1999.
- Graveson R.H.. The Conflict of Laws. Sixth Edition. London : Sweet & Maxwell, 1990.
- H. Christian A. W. Schulze. "Conflicting Laws of Conflict in Cases of International Succession." The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, vol. XXXIV (No. 1) (March 2001) : 34-47.
- Harry Rajak, Insolvency Law Theory & Practice, London : Sweet & Maxwell, 1993.
- I Arnold Ross. European Bankruptcy Laws. New York : the ABA Press, 1974.
- Ian F. Fletcher. Law of Bankruptcy. Great Britain : Macdonald and Evans, 1978.
- Ian F. Fletcher. The Law of Insolvency. 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 1996.
- J.G. Starke. Introduction to International Law. 10th ed. Singapore : Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1989.
- Jantree Sinsupparoe. Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Canada. Bangkok : Nititham Publishing House, 2000.
- Jay Lawrence Westbrook. "Global Insolvencies in a World of Nation States." pp. 27-56. Current Insolvency Issues. ed. by Alison Clarke, Faculty of Laws, University College London. London : Stevens & Sons, 1991.
- Jurgen Basedow. "The Effects of Globalization on Private International Law." pp. 1-10. Legal Aspects of globalization. ed. by Jurgen Basedow and Toshiyuki Kono. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 2000.
- Kazuhiko Yamamoto. "New Japanese Legislation on Cross-Border Insolvency." The Japanese Annual of International Law, No. 43 (2000) : 83-116.
- L.I. De winter. "Excessive Jurisdiction in Private International Law." International & Comparative Law Quarterly, vol. 17 (part 3) (July 1966) : 701-715.
- Lopucki, Lynn M. "Cooperation in International Bankruptcy ; A Post Universalist Approach." 84, Cornell Law Review, vol. 696 (1999) : 111-122.
- Louis G. Doyle, Insolvency Litigation, London : Sweet & Maxwell, 1999.

- Louis Jacques Blom-Cooper. Bankruptcy in Private International Law. London : The Eastern Press Ltd., 1954.
- M. Akehurst. A Modern Introduction to International Law. 5th ed. George Allen and Unwin, 1984.
- M. Wolff. Private International Law. Oxford : Clarendon Press, 1976.
- Mads Andenas and Francis Jacobs. European Community Law in the English Courts. Oxford : Clarendon Press, 1998.
- Michael Whincup. "It's All Yours..." Solicitors Journal, vol. 145 (No. 39) (19 October 2001) : 964-965.
- O. Griffiths and P.W.O. Redmond. The Law Relating to Bankruptcy, Deeds of Arrangement, Receivements and Trusteeships. 8th ed. London : Macdonald Evans, 1967.
- P.G. Eales and de Vos.P.A.F. A Guide to Bankruptcy. Oxon : Professional Books Ltd., 1984.
- P.M. North and J.J. Fawcett. Private International Law. 12th ed. London, Dublin, Edinburgh : Butterworths, 1992.
- Peter Muchlinski. "Corporations in International Litigation : Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases." International & Comparative Law Quarterly, vol. 50 (part 1) (January 2001) : 1-25.
- Peter von wilmowsky. "Choice of Law in International Insolvencies-A Proposal for Reform." pp. 197-212. Legal Aspects of globalization. ed. by Jurgen Basedow and Toshiyuki Kono. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 2000.
- Philip H. Pettit. Equity and the Law of Trusts. 6th ed. London : Butterworths, 1989.
- Philip R. Wood. English and International Set-Off. London : Sweet & Maxwell, 1989.
- Philip R. Wood. Principles of International Insolvency. London : Sweet & Maxwell, 1995.
- Rasmussen. "A New Approach to Transnational Insolvencies." Michigan Journal of International Law, vol. 19 (part 1) (1997).
- Richard I. Aaron. Bankruptcy Law Fundamentals. 4th ed. New York : Clark Boardman Company, Ltd., 1987.
- Silvan Hutter. "International Arbitration in Thailand." Chulalongkorn Law Review, vol. VII (1998-2000) : 43-66.

- Toshiyuki Kono. "The Recognition of Foreign Insolvency Proceedings and Private International Law." pp. 213-226. Legal Aspects of globalization. ed. by Jurgen Basedow and Toshiyuki Kono. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 2000.
- Trautman, Donald T.; Westbrook, Jay Lawrence, Gaillard, Emmanuel. "Four Models for International Bankruptcy." 41. American Journal of Comparative Law, vol. 573 (1993) : 89-103.
- United Nations Commission on International Trade Law. "Cross-border insolvency: note by the secretariat." Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1993, vol. XXIV.
- United Nations Commission on International Trade Law. "Cross-border insolvency: report on UNCITRAL-INSOL Colloquium on Cross-Border Insolvency: note by the Secretariat." Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1994, vol. XXV.
- United Nations Commission on International Trade Law. "Cross-border insolvency: report on UNCITRAL-INSOL Judicial Colloquium on Cross-Border Insolvency: note by the Secretariat." Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1995, vol. XXVI.
- United Nations Commission on International Trade Law. "Working paper submitted to the Working Group on Insolvency Law at its eighteenth session: Possible issues relating to judicial cooperation and access and recognition in cases of cross-border insolvency." Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1996, vol. XXVII.
- United Nations Commission on International Trade Law. "Cross Border Insolvency : Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency." Paper presented at thirtieth session, Vienna, 12-30 May 1997. (Mimeographed).
- United Nations Commission on International Trade Law. "UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment." United Nations, 1999. (Mimeographed).
- United Nations Commission on International Trade Law. "UNCITRAL/INSOL/IBA Global Insolvency Colloquium." Evaluation and Synthesis Session, Vienna, 4-6 December 2000. (Mimeographed).
- Vern Countryman. Debtor and Creditor. 2nd ed. Boston : Little, Brown and Company, 1974.

Vichai Ariyanuntaka. "Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgements and Arbitral Awards : A Thai Perspective." Chulalongkorn Law Review, vol. VII (1998-2000) : 67-94.

Wallance Rebecca M.M. International Law : A Student Introduction. London : Sweet & Maxwell, 1986.

William W. McBRYDE. Bankruptcy. Edinburgh : W.GREEN/Sweet & Maxwell, 1995.

Yoshihisa Hayakawa. "International Bankruptcy from the Viewpoint of Private International Law and International Civil Procedure." pp. 165-174. Legal Aspects of globalization. ed. by Jurgen Basedow and Toshiyuki Kono. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 2000.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก

กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)

[Original: Arabic/Chinese/English/
French/Russian/Spanish]

UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY

Preamble

The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- (a) cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency;
- (b) greater legal certainty for trade and investment;
- (c) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;
- (d) protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- (e) facilitation of the rescue of financially trouble businesses thereby protecting investment and preserving employment.

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1. Scope of Application

- (1) This Law applies where:
 - (a) assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or

(b) assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*; or

(c) a foreign proceeding and a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* in respect of the same debtor are taking place concurrently; or

(d) creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*.

(2) This Law does not apply to a proceeding concerning *[designate any types of entities, such as banks or insurance companies, that are subject to a special insolvency regime in this State and that this State wishes to exclude from this Law]*.

Article 2. Definitions

For the purposes of this Law:

(a) “foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation;

(b) “foreign main proceeding” means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests;

(c) “foreign non-main proceeding” means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of this article;

(d) “foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding;

(e) “foreign court” means a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding;

(f) “establishment” means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.

Article 3. International Obligations of this State

To the extent that this Law conflicts with an obligation of this State arising out of any treaty or other form of agreement to which it is a party with one or more other States, the requirements of the treaty or agreement prevail.

Article 4. [Competent Court or Authority]*

The functions referred to in this Law relating to recognition of foreign proceedings and cooperation with foreign courts shall be performed by *[specify the court, courts, authority or authorities competent to perform those functions in the enacting State]*.

Article 5. Authorization of [insert the title of the person or body administering reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to Act in a Foreign State

A *[insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* is authorized to act in a foreign State on behalf of a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*, as permitted by the applicable foreign law.

Article 6. Public Policy Exception

Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State.

Article 7. Additional Assistance under Other Laws

Nothing in this Law limits the power of a court or a *[insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State.

* A State where certain functions relating to insolvency proceedings have been conferred upon government-appointed officials or bodies might wish to include in article 4 or elsewhere in chapter I the following provision:

Nothing in this Law affects the provisions in force in this State governing the authority of *[insert the title of the government-appointed person or body]*.

Article 8. Interpretation

In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.

CHAPTER II. ACCESS OF FOREIGN REPRESENTATIVES AND CREDITORS TO COURTS IN THIS STATE

Article 9. Right of Direct Access

A foreign representative is entitled to apply directly to a court in this State.

Article 10. Limited Jurisdiction

The sole fact that an application pursuant to this Law is made to a court in this State by a foreign representative does not subject the foreign representative or the foreign assets and affairs of the debtor to the jurisdiction of the courts of this State for any purpose other than the application.

Article 11. Application by a Foreign Representative to Commence a Proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

A foreign representative is entitled to apply to commence a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] if the conditions for commencing such a proceeding are otherwise met.

Article 12. Participation of a Foreign Representative in a Proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor under [identify laws of the enacting State relating to insolvency].

Article 13. Access of Foreign Creditors to a Proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

(1) Subject to paragraph (2) of this article, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under [identify

laws of the enacting State relating to insolvency] as creditors in this State.

(2) Paragraph (1) of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*, except that the claims of foreign creditors shall not be ranked lower than *[identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims].**

**Article 14. Notification to Foreign Creditors of a Proceeding under
[identify laws of the enacting State relating to insolvency]**

(1) Whenever under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* notification is to be given to creditors in this State, such notification shall also be given to the known creditors that do not have addresses in this State. The court may order that appropriate steps be taken with a view to notifying any creditor whose address is not yet known.

(2) Such notification shall be made to the foreign creditors individually, unless the court considers that, under the circumstances, some other form of notification would be more appropriate. No letters obligatory or other, similar formality is required.

(3) When a notification of commencement of a proceeding is to be given to foreign creditors, the notification shall:

(a) indicate a reasonable time period for filing claims and specify the place for their filing;

(b) indicate whether secured creditors need to file their secured claims; and

(c) contain any other information required to be included in such a notification to creditors pursuant to the law of this State and the orders of the court.

*The enacting State may wish to consider the following alternative wording to replace article 13 (2) :

(2) Paragraph (1) of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* or the exclusion of foreign tax and social security claims from such a proceeding. Nevertheless, the claims of foreign creditors other than those concerning tax and social security obligations shall not be ranked lower than *[identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims].*

CHAPTER III.
RECOGNITION OF A FOREIGN PROCEEDING AND RELIEF

Article 15. Application for Recognition of a Foreign Proceeding

- (1) A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.
- (2) An application for recognition shall be accompanied by:
 - (a) a certified copy of the decision commencing the foreign proceeding and appointing the foreign representative; or
 - (b) a certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative; or
 - (c) in the absence of evidence referred to in subparagraphs (a) and (b), any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative.
- (3) An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.
- (4) The court may require a translation of documents supplied in support of the application for recognition into an official language of this State.

Article 16. Presumptions Concerning Recognition

- (1) If the decision or certificate referred to in article 15 (2) indicates that the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of article 2 (a) and that the foreign representative is a person or body within the meaning of article 2 (d), the court is entitled to so presume.
- (2) The court is entitled to presume that documents submitted in support of the application for recognition are authentic, whether or not they have been legalized.
- (3) In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the center of the debtor's main interests.

Article 17. Decision to Recognize a Foreign Proceeding

- (1) Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized if:
 - (a) the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of article 2 (a);
 - (b) the foreign representative applying for recognition is a person or body within the meaning of article 2 (d);
 - (c) the application meets the requirements of article 15 (2); and
 - (d) the application has been submitted to the court referred to in article 4.
- (2) The foreign proceeding shall be recognized:
 - (a) as a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the center of its main interests; or
 - (b) as a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of article 2 (f) in the foreign State.
- (3) An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.
- (4) The provisions of articles 15, 16, 17 and 18 do not prevent modification or termination of recognition if it is shown that the grounds for granting it were fully or partially lacking or have ceased to exist.

Article 18. Subsequent Information

From the time of filing the application for recognition of the foreign proceeding, the foreign representative shall inform the court promptly of:

- (a) any substantial change in the status of the recognized foreign proceeding or the status of the foreign representative's appointment; and
- (b) any other foreign proceeding regarding the same debtor that becomes known to the foreign representative.

**Article 19. Relief that may be Granted upon Application for
Recognition of a Foreign Proceeding**

(1) From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(a) staying execution against the debtor's assets;

(b) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;

(c) any relief mentioned in article 21 (1) (c), (d) and (g).

(2) *[Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice].*

(3) Unless extended under article 21 (1) (f), the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon.

(4) The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.

Article 20. Effects of Recognition of a Foreign Main Proceeding

(1) Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding,

(a) commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities is stayed;

(b) execution against the debtor's assets is stayed; and

(c) the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.

(2) The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article are subject to *[refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph (1) of this article].*

(3) Paragraph (1) (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.

(4) Paragraph (1) of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* or the right to file claims in such a proceeding.

Article 21. Relief that may be Granted upon Recognition of a Foreign Proceeding

(1) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief including:

(a) staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under article 20 (1) (a);

(b) staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under article 20 (1) (b);

(c) suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under article 20 (1) (c);

(d) providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(e) entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designate by the court;

(f) extending relief granted under article 19 (1);

(g) granting any additional relief that may be available to *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* under the laws of this State.

(2) Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

(3) In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 22. Protection of Creditors and Other Interested Persons

(1) In granting or denying relief under article 19 or 21, or in modifying or terminating relief under paragraph (3) of this article, the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.

(2) The court may subject relief granted under article 19 or 21 to conditions it considers appropriate.

(3) The court may at the request of the foreign representative or a person affected by relief granted under article 19 or 21, or at its own motion, modify or terminate such relief.

Article 23. Actions to Avoid Acts Detrimental to Creditors

(1) Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate *[refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation]*.

(2) When the foreign proceeding is a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the action relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding.

Article 24. Intervention by a Foreign Representative in Proceedings in this State

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative may provided the requirements of the law of this State are met, intervene in any proceedings in which the debtor is a party.

CHAPTER IV.
COOPERATION WITH FOREIGN COURTS
AND FOREIGN REPRESENTATIVES

Article 25. Cooperation and Direct Communication between a Court of This State and Foreign Courts or Foreign Representatives

- (1) In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]*.
- (2) The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.

Article 26. Cooperation and Direct Communication between the *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* and Foreign Courts or Foreign Representatives

- (1) In matters referred to in article 1, a *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives.
- (2) The *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives.

Article 27. Forms of Cooperation

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) appointment of a person or body to act at the direction of the court;
- (b) communication of information by any means considered appropriate by the court;
- (c) coordination of the administration and supervision of the debtor's

assets and affairs;

(d) approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;

(e) coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;

(f) *[the enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation].*

CHAPTER V. CONCURRENT PROCEEDINGS

Article 28. Commencement of a Proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* after Recognition of a Foreign Main Proceeding

After recognition of a foreign main proceeding, a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* may be commenced only if the debtor has assets in this State; the effects of that proceeding shall be restricted to the assets of the debtor that are located in this State and to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.

Article 29. Coordination of a Proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* and a Foreign Proceeding

Where a foreign proceeding and a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* are taking place concurrently regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) when the proceeding in this State is taking place at the time the application for recognition of the foreign proceeding is filed,

(i) any relief granted under article 19 or 21 must be consistent with the proceeding in this State; and

(ii) if the foreign proceeding is recognized in this State as a foreign main proceeding, article 20 does not apply;

(b) when the proceeding in this State commences after recognition, or after the filing of the application for recognition, of the foreign proceeding,

(i) any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the proceeding in this State; and

(ii) if the foreign proceeding is a foreign main proceeding, the stay and suspension referred to in article 20 (1) shall be modified or terminated pursuant to article 20 (2) if inconsistent with the proceeding in this State;

(c) in granting, extending or modifying relief granted to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 30. Coordination of more than One Foreign Proceeding

In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) any relief granted under article 19 or 21 to a representative of a foreign non-main proceeding after recognition of a foreign main proceeding must be consistent with the foreign main proceeding;

(b) if a foreign main proceeding is recognized after recognition, or after the filing of an application for recognition, of a foreign non-main proceeding, any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the foreign main proceeding;

(c) if, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.

Article 31. Presumption of Insolvency based on Recognition of a Foreign Main Proceeding

In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*, proof that the debtor is insolvent.

Article 32. Rule of Payment in Concurrent Proceedings

Without prejudice to secured claims or rights in rem, a creditor who has received part payment in respect of its claim in a proceeding pursuant to a law relating to insolvency in a foreign State may not receive a payment for the same claim in a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] regarding the same debtor, so long as the payment to the other creditors of the same class is proportionately less than the payment the creditor has already received.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข

คำแปล

กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)

อารัมภบท

กฎหมายฉบับนี้ร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีกระบวนการที่มีประสิทธิภาพสำหรับการดำเนินการเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ

(ก)ความร่วมมือระหว่างศาลและหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ๆ ของรัฐนี้ และรัฐต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายข้ามชาติ

(ข)เสถียรภาพในแง่กฎหมายสำหรับการค้าและการลงทุน

(ค)การจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติที่ยุติธรรมและมีประสิทธิภาพซึ่งจะปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายและผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ รวมทั้งลูกหนี้

(ง)การปกป้องและการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ และ

(จ)การให้ความช่วยเหลือแก่ธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่งเป็นผลให้มีการ ปกป้องการลงทุนและสงวนไว้ซึ่งการจ้างงาน

บทที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป

มาตรา 1 ขอบเขตการบังคับใช้

(1)กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับในกรณีที่

(ก)มีการขอความช่วยเหลือในรัฐนี้โดยศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนรัฐต่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือ

(ข)มีการขอความช่วยเหลือในรัฐต่างประเทศ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] หรือ

(ค)มีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] เกี่ยวกับลูกหนี้รายเดียวกัน ดำเนินอยู่ในเวลาเดียวกัน หรือ

(ง)เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ในรัฐต่างประเทศ มีส่วนได้เสียในการร้องขอให้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือการร้องขอเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

(2)กฎหมายนี้ไม่ใช่บังคับแก่กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับ [ระบุประเภทของนิติบุคคล เช่น ธนาคาร หรือบริษัทประกันภัย ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการล้มละลายแบบพิเศษในรัฐนี้ และรัฐนี้ต้องการแยกนิติบุคคลดังกล่าวออกจากการใช้บังคับกฎหมายนี้]

มาตรา 2 คำจำกัดความ

เพื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้

(ก)“กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” หมายถึง กระบวนการพิจารณาในทางคดีหรือในทาง จัดการในรัฐต่างประเทศ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาระหว่างกาลตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายที่มีผลทำให้ทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยศาลต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการหรือการชำระบัญชี

(ข)“กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ” หมายถึง กระบวนพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในรัฐที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

(ค)“กระบวนพิจารณารองต่างประเทศ” หมายถึง กระบวนพิจารณาต่างประเทศอื่นนอกจากกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศที่เกิดขึ้นในรัฐที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการอยู่ ภายใต้ความหมายที่ระบุในข้อย่อย (ฉ) ของมาตรานี้

(ง)“ผู้แทนต่างประเทศ” หมายถึง บุคคล หรือหน่วยงาน รวมทั้งบุคคลหรือหน่วยงานที่ได้รับแต่งตั้งขึ้นชั่วคราวที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนพิจารณาต่างประเทศให้จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีของทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้ หรือให้กระทำการในฐานะผู้แทนของกระบวนพิจารณาต่างประเทศ

(จ)“ศาลต่างประเทศ” หมายถึง หน่วยงานศาล หรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือดูแลกระบวนพิจารณาต่างประเทศ

(ฉ)“สถานประกอบการ” หมายถึง สถานที่ประกอบกิจการที่ลูกหนี้ใช้เพื่อกระทำกิจกรรมทางการค้าชนิดที่ไม่ต้องเคลื่อนย้าย โดยวิธีการและด้วยสินค้า หรือบริการตามปกติวิสัย

มาตรา 3 หน้าที่ตามข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐนี้

ในกรณีที่กฎหมายฉบับนี้ขัดกับหน้าที่ของรัฐนี้ที่มีตามสนธิสัญญา หรือข้อตกลงอื่นใดที่รัฐนี้เป็นคู่สัญญากับรัฐอื่นไม่ว่ารัฐเดียว หรือหลายรัฐ ให้ข้อกำหนดของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับ

มาตรา 4 [ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจ][▲]

ให้ [ระบุชื่อศาล (ไม่ว่าศาลเดียวหรือหลายศาล) หรือ หน่วยงานต่าง ๆ ที่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่เหล่านั้นในรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] มีหน้าที่ต่าง ๆ ที่ระบุในกฎหมายนี้เกี่ยวกับการรับรองกระบวนพิจารณาต่างประเทศและความร่วมมือกับศาลต่างประเทศ

[▲]รัฐที่กำหนดให้หน้าที่เกี่ยวกับกระบวนพิจารณาดีล้มละลายเป็นของเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานที่รัฐบาลตั้งขึ้น อาจจะระบุบทบัญญัติต่อไปนี้เพิ่มในมาตรา 4 หรือที่อื่นใดในบทที่ 1 :

“บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ไม่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ในรัฐซึ่งกำหนดอำนาจของ [ระบุตำแหน่งของบุคคล หรือหน่วยงานที่รัฐบาลแต่งตั้งขึ้น].”

**มาตรา 5 อำนาจของ [ระบุตำแหน่งของบุคคล หรือหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟู
กิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้
ที่จะกระทำการในรัฐต่างประเทศ**

[ระบุตำแหน่งของบุคคล หรือหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการ
ชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] มีอำนาจที่จะกระทำการในรัฐต่างประเทศ
ในนามของกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการ
ล้มละลาย] ตามที่กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องให้อำนาจไว้

มาตรา 6 ข้อยกเว้นเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ไม่กระทบต่อการที่ศาลจะปฏิเสธการดำเนินการใด ๆ ภายใต้
กฎหมายนี้ถ้าการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐนี้อย่างชัดเจน

มาตรา 7 การให้ความช่วยเหลือเพิ่มเติมภายใต้กฎหมายอื่น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ไม่จำกัดอำนาจของศาล หรือ [ระบุตำแหน่งของบุคคล หรือ
หน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่
บัญญัติกฎหมายนี้] ที่จะให้ความช่วยเหลือเพิ่มเติมแก่ผู้แทนต่างประเทศภายใต้กฎหมายอื่นของ
รัฐนี้

มาตรา 8 การตีความ

ในการตีความกฎหมายนี้ให้คำนึงถึงแหล่งที่มาที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ และ
ความจำเป็นที่จะส่งเสริมความสอดคล้องกันในการใช้บังคับกฎหมายนี้ และโดยคำนึงถึงหลัก
สุจริต

บทที่ 2 การใช้สิทธิของเจ้าหนี้ และผู้แทนต่างประเทศทางศาลในรัฐนี้

มาตรา 9 การใช้สิทธิโดยตรง

ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอต่อศาลในรัฐนี้ได้โดยตรง

มาตรา 10 เขตอำนาจศาลอันจำกัด

ข้อเท็จจริงที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำขอตามกฎหมายนี้ต่อศาลในรัฐนี้ไม่ทำให้ผู้แทนต่างประเทศนั้น หรือทรัพย์สินและกิจการต่างประเทศของลูกหนี้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของเขตอำนาจศาลในรัฐนี้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น นอกจากเพื่อวัตถุประสงค์ของการยื่นคำขอดังกล่าวเท่านั้น

มาตรา 11 การยื่นคำขอเริ่มกระบวนการพิจารณาโดยผู้แทนต่างประเทศภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะยื่นคำขอเริ่มกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

มาตรา 12 การเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของผู้แทนต่างประเทศภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

ในกรณีที่มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับลูกหนี้ภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

มาตรา 13 การใช้สิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศในกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

(1) ภายใต้บังคับของวรรค (2) ของมาตรานี้ เจ้าหนี้ต่างประเทศมีสิทธิเช่นเดียวกับเจ้าหนี้ในรัฐนี้ เกี่ยวกับการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

(2) วรรค (1) ของมาตรานี้ไม่มีผลกระทบต่อลำดับการขอรับชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] โดยมีข้อยกเว้นว่าคำขอรับชำระหนี้ โดยเจ้าหนี้ต่างประเทศจะอยู่ในลำดับที่ไม่ต่ำกว่า [ระบุลำดับคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ แต่คำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต่างประเทศจะอยู่ในลำดับที่ไม่ต่ำกว่าคำขอรับชำระหนี้

ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ ถ้าคำขอรับชำระหนี้ในประเทศในลำดับที่เทียบเท่ากัน (เช่น คำขอรับชำระหนี้สำหรับเบี้ยปรับ หรือ คำขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่ได้รับการผ่อนระยะเวลา) อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ) ^๕

มาตรา 14 การส่งคำบอกกล่าวให้เจ้าหนี้ต่างประเทศเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบুকฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย]

(1) เมื่อใดก็ตามที่ภายใต้ [ระบुकฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] กำหนดให้มีการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ในรัฐนี้ จะต้องมีการส่งคำบอกกล่าวดังกล่าวนั้นต่อ เจ้าหนี้ที่ระบุตัวได้แต่ไม่มีที่อยู่ในรัฐนี้ด้วย ศาลอาจสั่งให้ดำเนินการตามความเหมาะสมเพื่อที่จะส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ทราบที่อยู่

(2) ให้มีการส่งคำบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศเป็นรายบุคคล เว้นแต่ศาลจะพิจารณาเห็นว่าภายใต้สถานการณ์ขณะนั้นการส่งคำบอกกล่าวรูปแบบอื่นจะมีความเหมาะสมกว่า ในกรณีนี้จะไม่มีการบังคับของจดหมายหรือเงื่อนไขบังคับอื่น ๆ

(3) เมื่อมีการส่งคำบอกกล่าวการเริ่มกระบวนการพิจารณาแก่เจ้าหนี้ต่างประเทศ คำบอกกล่าวนั้นจะต้อง

(ก) กำหนดระยะเวลาพอสมควรในการยื่นคำขอรับชำระหนี้และระบุสถานที่ยื่นคำขอ ดังกล่าว

(ข) กำหนดว่าเจ้าหนี้มีประกันจะต้องแจ้งหนี้อันมีประกันของตนหรือไม่

^๕ รัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้อาจจะพิจารณาใช้บทบัญญัติต่อไปนี้แทนมาตรา 13 (2) :

“(2) วรรค (1) ของมาตรานี้ไม่มีผลกระทบต่อลำดับการขอรับชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบुकฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] หรือการแยกคำขอรับชำระหนี้ภาษีต่างประเทศ หรือคำขอรับชำระหนี้ประกันสังคมออกจากกระบวนการพิจารณานั้น ทั้งนี้คำขอรับชำระหนี้อื่น ๆ ของเจ้าหนี้ต่างประเทศ นอกจากคำขอเกี่ยวกับหนี้ภาษีหรือหนี้ประกันสังคมจะอยู่ในลำดับที่ไม่ต่ำกว่า [ระบุลำดับคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ แต่คำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ต่างประเทศจะอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ ถ้าคำขอรับชำระหนี้ในประเทศในลำดับที่เทียบเท่ากัน (เช่น คำขอรับชำระหนี้สำหรับเบี้ยปรับ หรือคำขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้ที่ได้รับการผ่อนระยะเวลา) อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าคำขอรับชำระหนี้ทั่วไปที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิ].”

(ค)ประกอบด้วยข้อมูลอื่น ๆ ที่กำหนดให้มีในคำบอกกล่าวที่ส่งแก่เจ้าหน้าที่เหล่านั้นตามกฎหมายของรัฐนี้ และตามคำสั่งของศาล

บทที่ 3 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศและการให้ความคุ้มครอง

มาตรา 15 การยื่นคำขอเพื่อรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1)ผู้แทนต่างประเทศอาจยื่นคำขอต่อศาลให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้นขึ้น

(2)การยื่นคำขอเพื่อรับรองจะต้องประกอบด้วย

(ก)สำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วของคำสั่งเริ่มกระบวนการพิจารณาต่างประเทศและคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หรือ

(ข)หนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศที่ยืนยันกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศ และยืนยันการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หรือ

(ค)กรณีที่ไม่มีหลักฐานดังกล่าวในวรรค (ก) และ (ข) หลักฐานอื่นที่ศาลยอมรับเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศ และการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ

(3)การยื่นคำขอเพื่อรับรอง จะต้องประกอบด้วยข้อความที่ระบุกระบวนการพิจารณาทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ผู้แทนต่างประเทศรับรู้

(4)ศาลอาจมีคำสั่งให้ทำคำแปลเอกสารทั้งหมดที่ยื่นต่อศาล เป็นภาษาราชการของรัฐนี้ เพื่อประกอบการขอให้ศาลรับรอง

มาตรา 16 ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการรับรอง

(1)ในกรณีที่คำสั่งหรือหนังสือรับรองที่อ้างถึงในมาตรา 15 (2) ระบุว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาภายใต้ความหมายของมาตรา 2 (ก) และระบุว่าผู้แทนต่างประเทศเป็นบุคคลหรือหน่วยงานภายใต้ความหมายของมาตรา 2 (ง) ศาลมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานได้

(2) ศาลมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานว่า เอกสารที่ยื่นเพื่อประกอบการยื่นคำขอให้ศาลรับรองนั้น เป็นเอกสารที่แท้จริง ไม่ว่าจะได้รับการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่

(3) กรณีที่ไม่มีข้อพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ หรือที่อยู่ประจำของ ลูกหนี้ในกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

มาตรา 17 คำสั่งรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1) ภายใต้บังคับมาตรา 6 ศาลจะรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ถ้า

(ก) กระบวนการพิจารณาต่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาภายใต้ความหมายของมาตรา 2

(ก)

(ข) ผู้แทนต่างประเทศที่ยื่นคำขอต่อศาลเพื่อการรับรอง เป็นบุคคลหรือหน่วยงานภายใต้ ความหมายของมาตรา 2 (ง)

(ค) คำขอนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดของมาตรา 15 (2) และ

(ง) ได้มีการยื่นคำขอนั้นต่อศาลตามที่กล่าวไว้ในมาตรา 4

(2) จะมีการรับรองกระบวนการพิจารณาในศาลต่างประเทศ

(ก) ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ถ้ากระบวนการพิจารณานั้นเกิดขึ้นในรัฐ ที่เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้

(ข) ในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ถ้าลูกหนี้มีสถานประกอบการภายใต้ ความหมายของมาตรา 2 (ฉ) ในรัฐต่างประเทศนั้น

(3) ให้มีการตัดสินเกี่ยวกับคำขอเพื่อให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยไม่ชักช้า

(4) บทบัญญัติของมาตรา 15, 16, 17 และ 18 ไม่มีผลกระทบต่อการแก้ไขและการยกเลิกการรับ รอง ถ้าปรากฏว่าเหตุแห่งการที่ศาลให้การรับรองนั้นบกพร่องไปทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน หรือ ไม่มีอยู่อีกต่อไป

มาตรา 18 ข้อมูลที่ได้ภายหลัง

นับแต่เวลาที่ยื่นคำขอให้ศาลรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่จะต้องแจ้งให้ศาลทราบทันทีในกรณี

(ก) มีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญของสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีการรับรอง หรือสถานะของการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศนั้น และ

(ข) มีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกันที่ผู้แทนต่างประเทศนั้นรับรู้

มาตรา 19 การให้ความคุ้มครองเมื่อมีการยื่นคำขอให้ศาลรับรอง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1) นับแต่เวลาที่ยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งตามคำขอ เมื่อศาลได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ ในกรณีที่ต้องการให้มีความคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ศาลอาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวได้รวมถึง

(ก) การระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้

(ข) การให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการจัดการหรือการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ตั้งอยู่ในรัฐนี้ เพื่อปกป้องและรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินนั้นซึ่งโดยสภาพ หรือโดยสภาวะภายนอกจะเป็นของเสี่ยงง่ายน่าจะมีมูลค่าลดลง หรือได้รับอันตรายอื่นใด

(ค) ความคุ้มครองตามที่กำหนดในมาตรา 21 (1) (ค) (ง) และ (ช)

(2) [ระบุนุบทบัญญัติ (หรืออ้างถึงบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับในรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้) เกี่ยวกับการส่งคำบอกกล่าว]

(3) การให้ความคุ้มครองตามมาตรานี้จะสิ้นสุดลงเมื่อศาลมีคำสั่งตามคำขอให้รับรอง เว้นแต่จะมีการขยายเวลาตามมาตรา 21 (1) (ฉ)

(4) ศาลอาจจะปฏิเสธการให้ความคุ้มครองตามมาตรานี้ ถ้าการให้ความคุ้มครองดังกล่าวจะ ขัดแย้งกับการจัดการตามกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

มาตรา 20 ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

(1) เมื่อมีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

(ก) ให้ระงับการฟ้องคดี หรือระงับการดำเนินคดีต่อไป หรือให้ระงับการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้

(ข) ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้

(ค) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้

(2) ขอบเขต การเปลี่ยนแปลง และการยกเลิก ของการระงับตามที่กล่าวถึงในวรรค (1) ของมาตรานี้ อยู่ภายใต้บังคับของ [ระบอบบัญญัติของกฎหมายใดๆ ของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลายซึ่งใช้บังคับกับช้อยกเว้น ข้อจำกัด การเปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกการระงับตามที่กล่าวถึงในวรรค (1) ของมาตรานี้]

(3) วรรค (1) ของมาตรานี้ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องคดี หรือการเริ่มกระบวนการพิจารณาใดๆ ตามสมควรเพื่อรักษาสิทธิเรียกร้องที่มีต่อลูกหนี้

(4) วรรค (1) ของมาตรานี้ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิที่จะร้องขอให้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาตาม [ระบอบกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] หรือสิทธิที่จะยื่นคำขอรับชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนั้น

มาตรา 21 การให้ความคุ้มครองเมื่อศาลให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1) เมื่อศาลให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ไม่ว่าจะกระบวนการพิจารณาหลัก หรือกระบวนการพิจารณารอง ในกรณีที่จำเป็นจะต้องปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ศาลอาจให้ความคุ้มครองที่จำเป็นเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ ซึ่งรวมถึง

(ก) ให้ระงับการฟ้องคดี หรือระงับการดำเนินคดีต่อไป หรือให้ระงับการเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือระงับการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้ ภายในขอบเขตที่ยังไม่มีคำสั่งระงับตามมาตรา 20 (1) (ก)

(ข) ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ ภายในขอบเขตที่ยังไม่มีคำสั่งตามมาตรา 20 (1) (ข)

(ค) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ ภายในขอบเขตที่ยังไม่มีคำสั่งระงับตามมาตรา 20 (1) (ค)

(ง) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้

(จ) การให้ผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการจัดการ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่ตั้งอยู่ในรัฐนี้

(ฉ) การขยายเวลาการให้ความคุ้มครองตามมาตรา 19 (1)

(ช) การให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมที่ [ระบุตำแหน่งของบุคคลหรือหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] มีอยู่ตามกฎหมายของรัฐนี้

(2) เมื่อศาลให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ไม่ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาหลัก หรือกระบวนการพิจารณารอง ศาลอาจให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วนที่ตั้งอยู่ในรัฐนี้ เมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ ทั้งนี้ศาลจะต้องแน่ใจว่ามีการปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในประเทศอย่างเพียงพอ

(3) ในการให้ความคุ้มครองตามมาตรา นี้แก่ผู้แทนของกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ศาลจะต้องแน่ใจว่าการให้ความคุ้มครองนั้นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่จะต้องจัดการในกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นสำเนาสำหรับกระบวนการพิจารณานั้นตามกฎหมายแห่งรัฐนี้

มาตรา 22 การให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียอื่น

(1) ในการให้ความคุ้มครอง หรือการปฏิเสธการให้ความคุ้มครองตามมาตรา 19 หรือ 21 หรือในการเปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกความคุ้มครองตามวรรค (3) ของมาตรานี้ ศาลจะต้องแน่ใจว่าประโยชน์ของเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่น รวมทั้งลูกหนี้ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ

(2)การให้ความคุ้มครองตามมาตรา 19 หรือ 21 ศาลอาจจะให้ภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นสมควรก็ได้

(3)เมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ หรือบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองตามมาตรา 19 หรือ 21 หรือเมื่อศาลเห็นสมควรเอง ศาลจะเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกการให้ความคุ้มครองนั้นก็ได้

มาตรา 23 การกระทำเพื่อเลี่ยงการใด ๆ ที่มีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้

(1)เมื่อมีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ผู้แทนต่างประเทศมีเหตุที่จะเริ่ม [อ้างถึงรูปแบบการกระทำใด ๆ ในรัฐนี้เพื่อเลี่ยงการใด ๆ ที่มีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้ หรือทำให้การใด ๆ ที่มีผลในทางลบต่อเจ้าหนี้สิ้นผลลง ที่บุคคลหรือหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชี]

(2)ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ศาลจะต้องแน่ใจว่าการกระทำดังกล่าวเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่จะต้องจัดการในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามกฎหมายแห่งรัฐนี้

มาตรา 24 การเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาในรัฐนี้โดยผู้แทนต่างประเทศ

เมื่อมีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศสามารถจะเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาใด ๆ ที่ถูกหนีเป็นคู่กรณี โดยปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎหมายแห่งรัฐนี้

บทที่ 4 ความร่วมมือกับศาลต่างประเทศ และผู้แทนต่างประเทศ

มาตรา 25 ความร่วมมือและการสื่อสารโดยตรงระหว่างศาลของรัฐนี้ กับศาลต่างประเทศหรือผู้แทนต่างประเทศ

(1)ตามที่อ้างไว้ในมาตรา 1 ศาลจะต้องให้ความร่วมมือกับศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศ ในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ไม่ว่าโดยตรง หรือโดยผ่านทาง [ระบุตำแหน่งของบุคคลหรือหน่วยงานที่จัดการเรื่องการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้]

(2)ศาลมีอำนาจที่จะติดต่อโดยตรงกับ หรือร้องขอข้อมูล หรือความช่วยเหลือโดยตรงจากศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศ

มาตรา 26 ความร่วมมือและการสื่อสารโดยตรงระหว่าง [ระบุตำแหน่งของบุคคลหรือหน่วยงานที่จัดการเรื่องการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] กับศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศ

(1)ตามที่อ้างไว้ในมาตรา 1 [ระบุตำแหน่งของบุคคลหรือหน่วยงานที่จัดการเรื่องการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] จะต้องให้ความร่วมมือกับศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ในการปฏิบัติหน้าที่ และโดยอยู่ภายใต้การดูแลของศาล

(2)[ระบุตำแหน่งของบุคคล หรือหน่วยงานที่จัดการเรื่องการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีภายใต้กฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้] มีอำนาจที่จะติดต่อโดยตรงกับศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศในการปฏิบัติตามหน้าที่ และโดยอยู่ภายใต้การดูแลของศาล

มาตรา 27 รูปแบบของความร่วมมือ

การให้ความร่วมมือตามมาตรา 25 และ 26 จะกระทำโดยวิธีที่เหมาะสมใด ๆ ก็ได้รวมทั้ง

(ก)การแต่งตั้งบุคคล หรือหน่วยงานเพื่อกระทำหน้าที่ตามคำสั่งของศาล

(ข)การสื่อสารข้อมูลโดยวิธีใด ๆ ที่ศาลพิจารณาเห็นสมควร

(ค)การประสานงานของฝ่ายจัดการ และการดูแลทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้

(ง)การอนุมัติ หรือการปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับความร่วมมือในกระบวนการพิจารณาโดยศาล

(จ)การประสานงานเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาข้อขึ้นต่อลูกหนี้รายเดียวกัน

(ฉ)[รัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้อาจจะกำหนดรูปแบบ หรือตัวอย่างของความร่วมมือเพิ่มเติมได้]

บทที่ 5 กระบวนพิจารณาข้อขึ้น

มาตรา 28 การเริ่มกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] ภายหลังจากการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

ภายหลังจากการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ให้เริ่มกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] ได้ต่อเมื่อลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ในรัฐนี้ โดยผลของกระบวนการพิจารณานั้นจะถูกจำกัดเพียงเพื่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่ในรัฐนี้เท่านั้น และเพื่อการปฏิบัติตามความร่วมมือและการประสานงานภายใต้มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 เพียงเท่าที่จำเป็น และจะถูกจำกัดเพียงเพื่อทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ที่ควรจะถูกควบคุมในกระบวนการพิจารณานั้นภายใต้กฎหมายแห่งรัฐนี้

มาตรา 29 การประสานงานเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] และกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

เมื่อมีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศและกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] เกิดขึ้นพร้อมกันสำหรับลูกหนี้รายเดียวกัน ศาลจะต้องดำเนินการโดยความร่วมมือและประสานงานภายใต้มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 และให้นำบทบัญญัติต่อไปนี้มาใช้บังคับ

(ก) เมื่อกระบวนการพิจารณาในรัฐนี้เกิดขึ้น ในเวลาที่มีการยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1) การคุ้มครองภายใต้มาตรา 19 หรือมาตรา 21 จะต้องสอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาในรัฐนี้

(2) ถ้ามีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในรัฐนี้ในฐานะเป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ จะไม่นำมาตรา 20 มาปรับใช้

(ข) เมื่อมีการเริ่มกระบวนการพิจารณาในรัฐภายหลังจากการรับรอง หรือภายหลังจากการยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

(1) ศาลจะต้องพิจารณาการคุ้มครองที่มีผลใช้อยู่ตามมาตรา 19 หรือมาตรา 21 และจะต้องเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการคุ้มครองนั้น ถ้าเห็นว่าไม่สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาในรัฐนี้ และ

(2) ถ้ากระบวนพิจารณาต่างประเทศเป็นกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ ให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกตามมาตรา 20 (2) ซึ่งการระงับตามที่กล่าวถึงในมาตรา 20 (1) ถ้าไม่ สอดคล้องกับกระบวนพิจารณาในรัฐนี้

(ค) ในการให้การคุ้มครอง ขยายการคุ้มครอง หรือเปลี่ยนแปลงการคุ้มครองที่ให้แก่ ผู้แทนของกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ ศาลจะต้องพิจารณาเห็นสมควรว่าการคุ้มครองนั้นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ควรจะถูกควบคุมโดยกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ หรือเห็นว่าการคุ้มครองนั้นเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่จำเป็นสำหรับกระบวนพิจารณานั้น

มาตรา 30 การประสานงานในกรณีมีกระบวนพิจารณาต่างประเทศซ้อน

ในกรณีที่อ้างถึงในมาตรา 1 ศาลจะต้องดำเนินการโดยความร่วมมือและการประสานงานภายใต้มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 27 ในกรณีมีกระบวนพิจารณาต่างประเทศซ้อนสำหรับลูกหนี้รายเดียวกันและจะต้องดำเนินการต่อไปนี้

(ก) การคุ้มครองที่ให้ตามมาตรา 19 หรือมาตรา 21 แก่ผู้แทนของกระบวนพิจารณารองต่างประเทศภายหลังจากการรับรองกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ จะต้องสอดคล้องกับกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ

(ข) ถ้ามีการรับรองกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศภายหลังจากรับรอง หรือภายหลังการยื่นคำขอเพื่อให้รับรองกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ ศาลจะต้องมีการตรวจสอบการคุ้มครองที่มีผลอยู่ตามมาตรา 19 หรือมาตรา 21 และจะต้องแก้ไขหรือยกเลิกการคุ้มครองนั้นถ้าเห็นว่าไม่สอดคล้องกับกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ

(ค) ถ้าภายหลังจากการรับรองกระบวนพิจารณารองต่างประเทศ มีการรับรองกระบวนพิจารณารองในต่างประเทศอื่น ศาลจะต้องให้การคุ้มครอง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกการคุ้มครองเพื่อส่งเสริมการประสานงานกันในระหว่างกระบวนพิจารณาต่าง ๆ

มาตรา 31 ข้อสันนิษฐานของการล้มละลายภายใต้การรับรอง

กระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศ

เพื่อวัตถุประสงค์ของการเริ่มกระบวนพิจารณาภายใต้ [ระบุนกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] ให้ถือว่าการรับรองกระบวนพิจารณาหลักต่างประเทศเป็นข้อพิสูจน์ว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้มพันตัว ในกรณีที่ไม่มีปรากฏหลักฐานเป็นอย่างอื่น

มาตรา 32 หลักเกณฑ์การชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณาซ้อน

เจ้าหนี้ที่ได้รับการชำระหนี้คืนบางส่วนจากคำขอรับชำระหนี้ในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายในรัฐต่างประเทศ อาจจะไม่ได้รับการชำระหนี้คืนสำหรับคำขอรับชำระหนี้จำนวนเดียวกันในกระบวนการพิจารณาภายใต้ [ระบุกฎหมายของรัฐที่บัญญัติกฎหมายนี้เกี่ยวกับการล้มละลาย] สำหรับลูกหนี้รายเดียวกัน ตราบเท่าที่มีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ลำดับเดียวกันกับรายอื่นในอัตราส่วนที่ต่ำกว่าการชำระหนี้ที่เจ้าหนี้ันั้นได้รับแล้ว ทั้งนี้ไม่กระทบถึงคำขอรับชำระหนี้สำหรับหนี้มีประกัน หรือทรัพย์สิน (rights in rem)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค

มติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 52/158

(General Assembly Resolution 52/158)

**52/158. Model Law on Cross-Border Insolvency of
the United Nations Commission on International Trade Law**

The General Assembly,

Recalling its resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966, by which it created the United Nations Commission on International Trade Law with a mandate to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade and in that respect to bear in mind the interests of all peoples, in particular those of developing countries, in the extensive development of international trade,

Noting that increased cross-border trade and investment leads to greater incidence of cases where enterprises and individuals have assets in more than one State,

Noting also that when a debtor with assets in more than one State becomes subject to an insolvency proceeding, there often exists an urgent need for cross-border cooperation and coordination in the supervision and administration of the insolvent debtor's assets and affairs,

Considering that inadequate coordination and cooperation in cases of cross-border insolvency reduce the possibility of rescuing financially troubled but viable businesses, impede a fair and efficient administration of cross-border insolvencies, make it more likely that the debtor's assets would be concealed or dissipated and hinder reorganizations or liquidations of debtors' assets and affairs that would be the most advantageous for the creditors and other interested persons, including the debtors and the debtors' employees,

Noting that many States lack a legislative framework that would make possible or facilitate effective cross-border coordination and cooperation,

Convinced that fair and internationally harmonized legislation on cross-border insolvency that respects the national procedural and judicial systems and is acceptable to States with different legal, social and economic systems would contribute to the development of international trade and investment,

Considering that a set of internationally harmonized model legislative provisions on cross-border insolvency is needed to assist States in modernizing their legislation governing cross-border insolvency,

1. Expresses its appreciation to the United Nations Commission on International Trade Law for completing and adopting the Model Law on Cross-Border Insolvency contained in the annex to the present resolution;
2. Requests the Secretary-General to transmit the text of the Model Law, together with the Guide to Enactment of the Model Law prepared by the Secretariat, to Governments and interested bodies;
3. Recommends that all States review their legislation on cross-border aspects of insolvency to determine whether the legislation meets the objectives of a modern and efficient insolvency system and, in that review, give favourable consideration to the Model Law, bearing in mind the need for an internationally harmonized legislation governing instances of cross-border insolvency;

Recommends also that all efforts be made to ensure that the Model Law, together with the Guide, become generally known and available.

72nd plenary meeting
15 December 1997



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ง

ตารางสรุป เปรียบเทียบ และวิเคราะห์

ตารางที่ 1

ตารางสรุปกระบวนการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ
ตามกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ

ลำดับ ที่	กระบวนการ	หน่วยงาน /บุคคล ที่เกี่ยวข้อง	หมายเหตุ
1.	-ศาลต่างประเทศที่เกิดกระบวนการพิจารณา คดีล้มละลายข้ามชาติ ทำการแต่งตั้งผู้ แทนต่างประเทศ (foreign representative) ขึ้น	-ศาลต่างประเทศ -ผู้แทนต่างประเทศ	-ผู้แทนต่างประเทศ อาจเป็นเจ้าของพนักงาน ของศาล หรือลูกหนี้ ที่มีอำนาจจัดการ (DIP)
2.	-ผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) ยื่นคำขอต่อศาลใน ประเทศที่รับหลักการ	-ผู้แทนต่างประเทศ -ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-ทำเป็นคำร้อง
3.	-ต้องจัดให้มีเอกสารประกอบคำร้องขอ ตาม Article 15 (2)	-ผู้แทนต่างประเทศ	-มีเอกสารอย่างใด อย่างหนึ่งใน (a), (b) หรือ (c) ของ Article 15 (2)
4.	-ต้องแถลงข้อความที่เกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณาทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวกับลูกหนี้	-ผู้แทนต่างประเทศ	-เท่าที่ผู้แทนต่าง ประเทศรับรู้
5.	-จัดทำคำแปลเอกสารทั้งหมดที่ยื่นต่อ ศาล เป็นภาษาราชการของประเทศที่รับ หลักการที่ยื่นคำร้องขอ	-ผู้แทนต่างประเทศ	-เมื่อศาลในประเทศ ที่รับหลักการมีคำสั่ง

ลำดับ ที่	กระบวนการ	หน่วยงาน /บุคคล ที่เกี่ยวข้อง	หมายเหตุ
6.	-ศาลมีอำนาจตั้งข้อสันนิษฐานได้ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศภายใต้ความหมายของ Article 2 (a)	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-หากคำสั่ง หรือหนังสือรับรองตาม Article 15 (2) ระบุเช่นนั้น
7	-ศาลมีอำนาจตั้งข้อสันนิษฐานได้ว่า ผู้แทนต่างประเทศเป็นบุคคล หรือหน่วยงานภายใต้ความหมายของ Article 2 (d)	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-หากคำสั่ง หรือหนังสือรับรองตาม Article 15 (2) ระบุเช่นนั้น
8.	-ศาลมีอำนาจที่จะตั้งข้อสันนิษฐานว่า เอกสารที่ยื่นประกอบคำขอเป็นเอกสารที่แท้จริง ไม่ว่าจะได้รับการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalized) หรือไม่	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-เนื่องจากกระบวนการรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) นั้นมีความยุ่งยาก และต้องใช้เวลา
9.	-กรณีที่ไม่ใช่ข้อพิสูจน์เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล หรือที่อยู่ประจำของลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา เป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-เป็นเกณฑ์หนึ่งในการพิจารณาถึงศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้
10.	-ศาลจะให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ถ้าไม่เป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ (public policy) ในประเทศของตน	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-เฉพาะในกรณีที่เป็นการขัดอย่างชัดแจ้ง (manifestly contrary) เท่านั้น
11.	-ศาลอาจให้การรับรองในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (foreign main proceeding)	-ศาลในประเทศที่รับหลักการ	-หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นเกิดขึ้นในประเทศที่เป็นศูนย์กลาง

ลำดับ ที่	กระบวนการ	หน่วยงาน /บุคคล ที่เกี่ยวข้อง	หมายเหตุ
12.	-ศาลอาจให้การรับรองในฐานะที่เป็น กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (foreign non-main proceeding)	-ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	กลางผลประโยชน์ หลักของลูกหนี้ -หากกระบวนการ พิจารณาต่าง ประเทศนั้นเกิดขึ้นใน ประเทศที่ลูกหนี้มี สถานประกอบการ (establishment) อยู่ ภายใต้ความหมาย ของ Article 2 (f)
13.	-ให้มีการตัดสินเกี่ยวกับคำขอรับรอง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยไม่ ชักช้า	-ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-เนื่องจากคดี ล้มละลายข้ามชาติ จำเป็นต้องได้รับการ พิจารณาโดยเร่งด่วน โดยเฉพาะลูกหนี้อาจ เคลื่อนย้ายทรัพย์สิน ข้ามชาติได้โดยง่าย
14.	-ถ้าปรากฏว่าเหตุแห่งการที่ศาลให้การ รับรองนั้นบกพร่องไปทั้งหมด เพียงบาง ส่วน หรือไม่มีอยู่อีกต่อไป ไม่มีผลกระทบ เป็นเหตุให้ศาลต้องแก้ไข หรือ ยกเลิก การรับรอง	-ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-เนื่องจากการให้การ รับรองนั้นต้องมี ความแน่นอน เพราะ มีผลกระทบต่อคน หมู่มาก
15.	-หากมีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญใน สถานะของกระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศภายหลังจากยื่นคำขอให้ศาลรับ รอง จะต้องแจ้งให้ศาลทราบทันที	-ผู้แทนต่างประเทศ -ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-เพื่อประกอบในการ พิจารณาคำขอ และ การให้ความ คุ้มครองของศาล

ลำดับ ที่	กระบวนการ	หน่วยงาน /บุคคล ที่เกี่ยวข้อง	หมายเหตุ
16.	-หากมีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญในสถานะของการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ ภายหลังจากยื่นคำขอให้ศาลรับรอง จะต้องแจ้งให้ศาลทราบทันที	-ผู้แทนต่างประเทศ -ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-เพื่อประกอบในการ พิจารณาคำขอ และ การให้ความ คุ้มครองของศาล
17.	-หากมีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่น เกิดขึ้นกับลูกหนี้รายเดียวกัน ภายหลังจาก ยื่นคำขอให้ศาลรับรอง จะต้องแจ้ง ให้ศาลทราบทันที	-ผู้แทนต่างประเทศ -ศาลในประเทศที่รับ หลักการ	-เท่าที่ผู้แทนต่าง ประเทศนั้นรับรู้ เพื่อ ประกอบในการ พิจารณาคำขอ และ การให้ความ คุ้มครองของศาล

ตารางที่ 2

ตารางเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองลูกหนี้โดยผลของการรับรองกระบวนการพิจารณา
และโดยการร้องขอ ตามกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้าม
ชาติ

ความคุ้มครอง	โดยผลของ การรับรอง	โดย การร้องขอ	การให้ความ คุ้มครอง
1. ให้ระงับการฟ้องคดี เกี่ยวกับ ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพัน ของลูกหนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
2. ให้ระงับการดำเนินคดีต่อไป เกี่ยวกับ ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระ ผูกพันของลูกหนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
3. ให้ระงับการบังคับคดีในทรัพย์สิน ของลูกหนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
4. การให้ผู้แทนต่างประเทศดูแลการจัด การ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินของลูก หนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
5. ศาลแต่งตั้งบุคคลอื่นใด ให้ดูแลการ จัดการ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินของ ลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมด หรือแต่บางส่วน	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
6. การขยายเวลาการให้ความคุ้มครอง ชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่าง กาล (interim relief)	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง

ความคุ้มครอง	โดยผลของการรับรอง	โดย การร้องขอ	การให้ความคุ้มครอง
7.ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามกฎหมายของประเทศที่รับหลักการ	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง

ตารางที่ 3

ตารางเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย โดยผลของการรับรอง
กระบวนการพิจารณา และโดยการร้องขอ ตามกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL
เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ

ความคุ้มครอง	โดยผลของ การรับรอง	โดย การร้องขอ	การให้ความ คุ้มครอง
1. ให้ระงับสิทธิการโอนทรัพย์สินของลูก หนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
2. ให้ระงับการก่อภาระผูกพันใดๆ ของ ลูกหนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
3. ให้ระงับสิทธิในการจำหน่าย ทรัพย์สินของลูกหนี้	/	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก โดยผลของการรับรอง -กระบวนการพิจารณารอง โดยการร้องขอ
4. จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้ พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยว กับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือ ภาระผูกพันของลูกหนี้	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
5. การขยายเวลาการให้ความคุ้มครอง ชั่วคราว หรือความคุ้มครองระหว่าง กาล (interim relief)	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
6. ความคุ้มครองเพิ่มเติมตามกฎหมาย ของประเทศที่รับหลักการ	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง

ความคุ้มครอง	โดยผลของการรับรอง	โดยการร้องขอ	การให้ความคุ้มครอง
7. ให้ผู้แทนต่างประเทศดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
8. ศาลแต่งตั้งบุคคลอื่นใด เพื่อดูแลการจัดสรรทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน	-	/	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง
9. ผู้แทนต่างประเทศมีสิทธิที่จะเริ่มกระทำการใดๆ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย หรือเพื่อบรรเทาความเสียหายนั้นให้หมดไป ตามกฎหมายของประเทศที่รับหลักการ	/	-	-กระบวนการพิจารณาหลัก และกระบวนการพิจารณารอง

ตารางที่ 4

ตารางเปรียบเทียบความคุ้มครองระหว่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ กับพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ความคุ้มครอง	กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL	พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483
ก)ความคุ้มครองระหว่างพิจารณา	-Article 19 (1) และ Article 21 (1)	-มาตรา 16
1)การระงับบังคับคดีในทรัพย์สินของลูกหนี้	/ (Article 19 (1) (a))	-
2)ศาลแต่งตั้งผู้ดูแล จัดการ หรือ จำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้	/ (Article 19 (1) (b))	-
3)ให้ระงับสิทธิการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (c))	-
4)ให้ระงับการก่อภาระผูกพันใดๆของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (c))	-
5)ให้ระงับสิทธิการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือในทำนองเดียวกัน	/ (Article 21 (1) (c))	-
6)ให้มีการสอบสวนพยาน หรือ การให้พยานหลักฐาน เกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือ ภาระผูกพันของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (d))	-
7)การให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (d))	/ มาตรา 16 (1)

ความคุ้มครอง	กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL	พระราชบัญญัติล้ม ละลาย พุทธศักราช 2483
<p>8) การให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิ หน้า ที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้</p> <p>9) ให้ลูกหนี้ให้ประกันจนพอใจ ศาลว่า ลูกหนี้จะไม่หลบหนีไปนอก อำนาจศาล และ</p> <p>10) ออกหมายจับลูกหนี้มาขังไว้</p>	<p>/</p> <p>(Article 21 (1) (d))</p> <p>-</p> <p>-</p>	<p>-</p> <p>/</p> <p>มาตรา 16 (2)</p> <p>/</p> <p>มาตรา 16 (3)</p>
<p>ข) ความคุ้มครองเมื่อศาลมี คำพิพากษา หรือมีคำสั่ง</p>	<p>-Article 20 และ Article 21</p>	<p>-มาตรา 15, มาตรา 20 ถึง มาตรา 26, มาตรา 90/12, มาตรา 110 และมาตรา 124 ถึงมาตรา 132</p>
<p>1) ให้ระงับการฟ้องคดีเกี่ยวกับ ทรัพย์สิน สิทธิ หน้า ที่ หรือภาระ ผูกพันของลูกหนี้</p>	<p>/</p> <p>(Article 20 (1) (a) และ Article 21 (1) (a))</p>	<p>/</p> <p>(มาตรา 15 และมาตรา 26)</p>
<p>2) ให้ระงับการดำเนินคดีต่อไป เกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้า ที่ หรือ ภาระผูกพันของลูกหนี้</p>	<p>/</p> <p>(Article 20 (1) (a) และ Article 21 (1) (a))</p>	<p>/</p> <p>(มาตรา 15 และ มาตรา 25)</p>
<p>3) ให้ระงับการบังคับคดีใน ทรัพย์สินของลูกหนี้</p>	<p>/</p> <p>(Article 20 (1) (b) และ Article 21 (1) (b))</p>	<p>/</p> <p>มาตรา 110 และมาตรา 90/12 (5)</p>
<p>4) ให้ระงับสิทธิการโอนทรัพย์สิน ของลูกหนี้</p>	<p>/</p> <p>(Article 20 (1) (c) และ Article 21 (1) (c))</p>	<p>/</p> <p>(มาตรา 22 (1) และ มาตรา 24)</p>

ความคุ้มครอง	กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL	พระราชบัญญัติล้ม ละลาย พุทธศักราช 2483
5) ให้ระงับการก่อภาระผูกพันใดๆ ของลูกหนี้	/ (Article 20 (1) (c) และ Article 21 (1) (c))	/ (มาตรา 22 (1) และ มาตรา 24)
6) ให้ระงับสิทธิการจำหน่ายทรัพย์สิน ของลูกหนี้ หรือในทำนองเดียว กัน	/ (Article 20 (1) (c) และ Article 21 (1) (c))	/ (มาตรา 22 (1) และ มาตรา 24)
7) ให้มีการสอบสวนพยาน หรือ การให้พยานหลักฐาน เกี่ยวกับ ทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือ ภาระผูกพันของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (d))	-
8) การให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน และกิจการของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (d))	/ (มาตรา 23 และ มาตรา 42)
9) การให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (d))	-
10) ศาลแต่งตั้งผู้ดูแลการจัดการ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินของ ลูกหนี้	/ (Article 21 (1) (e))	/ (มาตรา 22 ถึง มาตรา 25)
11) การขยายเวลาการให้ความ คุ้มครองระหว่างพิจารณา และ	/ (Article 21 (1) (f))	-
12) ศาลแต่งตั้งผู้ดูแลการจัดสรร ทรัพย์สินของลูกหนี้	/ (Article 21 (2))	/ (มาตรา 124 ถึง มาตรา 132)

ตารางที่ 5

ตารางวิเคราะห์แนวทางการรับหลักการของประเทศไทย เกี่ยวกับกระบวนการ
การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศ ตามหลักการของ
กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ

ลำดับ ที่	กระบวนการ	รูปแบบแห่งกฎหมาย รับหลักการ ที่ควรจะเป็น	เหตุผล
1.	-ผู้ยื่นคำขอ	-ให้สิทธิแก่บุคคลผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ เป็นผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative) จากศาลต่าง ประเทศเท่านั้น	-เป็นการจำกัดบุคคล เฉพาะผู้มีสิทธิใช้สิทธิ
2.	-ผู้แทนต่างประเทศ (foreign representative)	1) เป็นเจ้าพนักงานของศาล หรือ ของรัฐนั้น เช่น Receiver, Official Receiver, Judicial Manager, Administrator, Trustee ที่ได้รับ แต่งตั้ง หรือได้รับมอบอำนาจจาก ศาลต่างประเทศ หรือ 2) ลูกหนี้ที่มีอำนาจบริหารจัดการ (Debtor in Possession) หรือ DIP	-เป็นเจ้าพนักงานของ ศาล หรือของรัฐต่าง ประเทศ -ในหลายประเทศมีรูป แบบของ DIP โดยเฉพาะ ประเทศสหรัฐอเมริกา
3.	-วิธีการเข้าสู่ศาล	1) โดยการยื่นคำร้องขอ หรือ 2) โดยการร้องสอด	-เป็นวิธีปกติของการเริ่ม กระบวนการพิจารณาในคดี ไม่มีข้อพิพาท -เพื่อขอเข้ามามีส่วนร่วม ในฐานะผู้แทนของ กระบวนการพิจารณาต่าง ประเทศได้ ในกรณีที่มีการ ดำเนินกระบวนการพิจารณา คดีล้มละลายข้ามชาติอยู่ใน ประเทศไทย

ลำดับ ที่	กระบวนการ	รูปแบบแห่งกฎหมาย รับหลักการ ที่ควรจะเป็น	เหตุผล
4.	-เอกสารประกอบ	<p>1) สำเนาที่ได้รับการรับรองแล้วของคำสั่งเริ่มกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หรือ</p> <p>2) หนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศที่ยืนยันกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินอยู่ในศาลต่างประเทศ และยืนยันการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ</p>	<p>- เพื่อเป็นการยืนยันการเกิดขึ้นของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ</p> <p>- เหตุผลเดียวกัน</p>
5.	- ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความถูกต้องของเอกสาร	<p>- ศาลมีอำนาจตั้งข้อสันนิษฐานว่าเอกสารมีความถูกต้องได้ ไม่ว่าจะผ่านการรับรองความถูกต้องตามกฎหมาย (legalization) หรือไม่ แต่ทั้งนี้เป็นดุลพินิจของศาล</p>	<p>- เพื่อให้รองรับกับสถานการณ์ของคดีล้มละลายข้ามชาติ ซึ่งควรได้รับการพิจารณาคดีโดยรวดเร็ว</p>
6.	- หน้าที่ของผู้แทนต่างประเทศ	<p>1) แลกเปลี่ยนข้อมูลหรือระบุงกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นทั้งหมดที่ผู้แทนต่างประเทศรับรู้</p> <p>2) แจ้งให้ศาลทราบ หากมีการเปลี่ยนแปลงในส่วนสำคัญในสถานะของกระบวนการพิจารณา และสถานะการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ หรือในกรณีมีกระบวนการพิจารณาต่างประเทศอื่นเกิดขึ้นอีก</p> <p>3) แปลเอกสารทั้งหมดที่ยื่นต่อศาล หากศาลมีคำสั่ง</p>	<p>- เพื่อใช้ประกอบในการพิจารณาให้การรับรอง และการให้ความคุ้มครองของศาล</p> <p>- เหตุผลเดียวกัน</p> <p>- เพื่อความสะดวกในการพิจารณาของศาล รวดเร็ว และมีความเข้าใจถูกต้องตรงกัน</p>

ลำดับ ที่	กระบวนการ	รูปแบบแห่งกฎหมาย รับหลักการ ที่ควรจะเป็น	เหตุผล
7.	-การให้การรับรองใน ฐานะของกระบวนการ พิจารณาคดีต่าง ประเทศ (foreign main proceeding)	4)วางเงินประกันค่าใช้จ่าย และ 5)พิสูจน์ข้อเท็จจริงตามคำร้องขอ -เป็นกระบวนการพิจารณาที่เริ่มขึ้นใน ประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา (domicile), ถิ่นที่อยู่ (residence) หรือที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคล (head office) ในกรณีลูกหนี้เป็น นิติบุคคล	1)เพื่อเป็นการแสดง ความสุจริตในการขอใช้ สิทธิ และ 2)เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายของ พนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ -เป็นภาระการพิสูจน์ เพื่อ ยืนยันข้อเท็จจริง และ ความถูกต้องในการ พิจารณาคดี -ถือว่าเป็นปัจจัย อันเป็น ศูนย์กลางหลักในการ บริหาร หรือจัดการ ผลประโยชน์ หรือส่วนได้ เสียของลูกหนี้ และเป็นที แน่นอน ชัดเจนต่อบุคคล ภายนอก
8.	-การให้การรับรองใน ฐานะของกระบวนการ พิจารณารองต่าง ประเทศ (foreign non-main proceeding)	-เป็นกระบวนการพิจารณาที่เริ่มขึ้นใน ประเทศที่ลูกหนี้มีสถานประกอบ การ (establishment) อยู่อันเป็น กิจจะลักษณะที่ใช้ประกอบกิจการ เป็นปกติวิสัย	-เพื่อเป็นการยืนยันความ เกี่ยวข้องกับ ต่างประเทศนั้นที่เกิด กระบวนการพิจารณาขึ้น ซึ่ง เป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่าง หนึ่งที่ชัดเจนในลำดับรอง จากปัจจัยที่ถือว่า ลูกหนี้มีศูนย์กลางของ ผลประโยชน์หลัก
9.	-เงื่อนไขหลักในการ ให้การรับรอง	1)ไม่เป็นการขัดต่อแนวนโยบาย แห่งรัฐ (public policy) 2)ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย	-เพราะเป็นความมั่นคง ของประเทศ -ต้องสามารถให้การ รับรองได้โดยนิตินัย

ลำดับ ที่	กระบวนการ	รูปแบบแห่งกฎหมาย รับหลักการ ที่ควรจะเป็น	เหตุผล
10.	-การอุทธรณ์ คำพิพากษา หรือ คำสั่ง	<p>3)ไม่เป็นการขัดต่อความสงบ เรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน และ</p> <p>4)ไม่เป็นการพันวิสัย</p> <p>1)ให้สิทธิในการอุทธรณ์ และ</p> <p>2)ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา เช่นเดียวกับ ในกรณีของกระบวนการเกี่ยวกับ การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ตาม พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483</p>	<p>-เพราะเป็นความสงบ เรียบร้อยภายในประเทศ</p> <p>-ต้องสามารถให้การ รับรองได้โดยพุดินัย</p> <p>-เพื่อให้มีการกลั่นกรอง คำวินิจฉัยของศาล</p> <p>-เนื่องจากคดีล้มละลาย ข้ามชาติ จำเป็นต้องได้ รับการพิจารณาโดย เร่งด่วน</p>
11.	-ผู้มีสิทธิอุทธรณ์	<p>1)ผู้แทนต่างประเทศ และ</p> <p>2)เจ้าหนี้ และบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ในประเทศไทย</p>	<p>1)เป็นผู้ยื่นคำขอรับรอง ต่อศาล และ</p> <p>2)เป็นผู้แทนของกระบวนการ พิจารณาต่างประเทศ</p> <p>1)เป็นบุคคลผู้มีส่วนได้ เสียเกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณาต่างประเทศใน ประเทศไทย และ</p> <p>2)เป็นบุคคลผู้ซึ่งอาจจะ ได้รับผลกระทบจาก คำพิพากษา หรือคำสั่ง ของศาล โดยเฉพาะ คำพิพากษา หรือคำสั่ง นั้นจะมีผลในประเทศ เป็นหลัก</p>

ประวัติผู้วิจัย

นายมนุเชษฐ์ ไรจนศิริบุตร เกิดเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ. 2518 ที่โรงพยาบาล จุฬาลงกรณ์ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนราชวินิตบางแค ปานำวิชา และการศึกษานอกโรงเรียน (กศน.) ในปี พ.ศ. 2534 สำเร็จการศึกษาชั้น อุดมศึกษาในระดับปริญญาตรี จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2538 และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 54 จากเนติบัณฑิตยสภา เป็นทนายความและที่ปรึกษากฎหมาย บริษัทที่ปรึกษา กฎหมายและภาษีอากร ไพร์ซวอเตอร์เฮาส์คูเปอร์ จำกัด (Pricewaterhouse Coopers Legal) ในปี พ.ศ. 2539 ถึง พ.ศ. 2545 ปัจจุบันเป็นเจ้าของสำนักงานกฎหมาย มนุเชษฐ์ แอนด์แอสโซซิเอท แอทเทอร์นีย์



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย