

กฎหมายในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือกลไกในการขับเคลื่อนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้ประสบ

ความสำเร็จ¹ : กรณีศึกษากฎหมายล้มละลายข้ามชาติ

(Law as an Instrument to Facilitate the Success of the ASEAN Economic Community (AEC)

: Cross – Border Insolvency)

นัฐกานต์ ช่างยัง*

๑. ข้อความคิดทั่วไป

โดยที่กฎหมายมีบทบาทในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือกลไกในการขับเคลื่อนการดำเนินการต่าง ๆ ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ในบริบทนี้ แนวความคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (the rule of law) จึงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดลักษณะร่วมกันของกฎหมายที่จะนำไปใช้บังคับในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (convergence) ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของประเทศที่มีความแตกต่างด้านเขตอำนาจศาล (different jurisdictions) อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาเรื่องนี้อาจได้รับการแก้ไขโดยการประยุกต์ใช้แนวคิดเรื่องหลักความเป็นธรรมและความเสมอภาค (principles of fairness and equity) ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ได้มีการนำมาใช้ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขปัญหาการบังคับคดีล้มละลายข้ามชาติ (cross – border insolvency regimes) ซึ่งเป็นคดีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากผลพวงของวิฤตทางเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลกในยุคปัจจุบันที่มีการเรียกขานกันว่า “ยุคโลกาภิวัตน์” (globalization) ที่การค้าการลงทุน รวมถึงทรัพย์สินต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบการใช้ในประกอบธุรกิจมีการขยายขอบเขตทั่วโลก และในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ประสบภาวะวิฤตและเป็นผู้ล้มละลาย ข้อพิจารณาลำดับแรก คือ การบังคับคดีกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน ซึ่งยังคงขาดความชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติว่าจะใช้กฎหมายใดและศาลใดจะเป็นผู้มีบทบาทหรือริเริ่มกระบวนการบังคับคดี ซึ่งในทางปฏิบัติแม้ว่าคู่ความ (บริษัทที่ล้มละลายและเจ้าหนี้) จะสามารถเข้าสู่กระบวนการบังคับคดีในศาลต่างประเทศได้ แต่การดำเนินการเช่นนี้ย่อมเป็นภาระด้านค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังมีความล่าช้า และมีข้อกังวลถึงค่าตัดสินหรือค่าพิพากษาที่ยังไม่มีบรรทัดฐานหรือแนวทางที่ชัดเจนและไม่อาจคาดการณ์ถึงผลลัพธ์ของคดีได้ นอกจากนี้ การดำเนินคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในศาลต่างชาติยังอาจมีปัจจัยอื่นซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อผลคำตัดสินหรือค่าพิพากษา เช่น การใช้ภาษาต่างประเทศในกระบวนการพิจารณา ระบบการดำเนินคดี รวมถึงนโยบายของรัฐซึ่งมีความแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้หลายประเทศจึงได้มีความพยายามในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายล้มละลายข้ามชาติโดยอาศัยหลักการพื้นฐานเรื่องหลักนิติรัฐ (the rule of law) ที่สำคัญ ได้แก่ การริเริ่มกระบวนการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล การคำนึงถึงกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของศาลต่างชาติอื่น และการปกป้องและรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของบริษัทที่ล้มละลาย ตลอดจนกระบวนการพิจารณาคดีที่ยึดหลักความเป็นธรรม เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียทุกภาคส่วนซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ ได้รับประโยชน์จากระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ ข้อควรพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ระบบกฎหมายหรือกระบวนการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายจะต้องมีเป้าหมายเพื่อให้ผู้ล้มละลายสามารถฟื้นฟูหรือประกอบธุรกิจได้อีกครั้งหนึ่งอย่างมีประสิทธิภาพ

¹สรุปจากการประชุมวิชาการ 13TH ASEAN LAW ASSOCIATION GENERAL ASSEMBLY 27 JULY 2018, SINGAPORE, Plenary Session โดยมีผู้อภิปราย ได้แก่ Justice Kanna Ramesh, Mr. Stephen J. Brogan, Prof. Ignacio Tirado, Ms. Natasha Nababan, Mr. Patrick Ang.

กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติและระบบกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบการหรือนักลงทุนใช้ประกอบการพิจารณาเลือกลงทุนธุรกิจของตนในประเทศหนึ่งประเทศใด ซึ่งประกอบด้วยปัจจัยสี่ประการ ได้แก่ (๑) การบังคับใช้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่นักลงทุนมีความคุ้นเคยและให้การยอมรับ (๒) การมีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพ ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษา ทนายความ และพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ (๓) ระบบหรือกลไกการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ และ (๔) การปฏิรูปหรือปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยเพื่อให้ให้นักลงทุนสามารถเข้าใจข้อมูลและประเมินความเสี่ยงของการลงทุนได้ สำหรับข้อควรพิจารณาเฉพาะด้านเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายข้ามชาตินั้น อาจกล่าวได้ว่า ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ความโปร่งใสและการแสวงหาความร่วมมือระหว่างศาลต่าง ๆ ที่มีเขตอำนาจเหนือคดี เป็นปัจจัยสำคัญในการเลือกลงทุนหรือเลือกประกอบธุรกิจในประเทศหนึ่งประเทศใด ดังเช่นข้อสังเกตของคณะกรรมการกฎหมายด้านการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ที่เคยให้ไว้ว่า หากการดำเนินคดีล้มละลายใดขาดการประสานความร่วมมือที่ดีระหว่างศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีแล้ว ทรัพย์สินที่จะถูกนำมาบังคับคดีย่อมสูญหาย มีการฉ้อฉล หรือปิดบัง ซึ่งไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อ การได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของบริษัทที่ล้มละลาย ตลอดจนความสามารถในการประกอบธุรกิจต่อไปได้ของผู้ประกอบการอีกด้วย ดังนั้น หากการดำเนินคดีล้มละลายในประเทศใดไม่สามารถทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ระบบกฎหมายและกระบวนการพิจารณาที่สามารถคาดการณ์ผลลัพธ์ของคดี ตลอดจนมีระบบการพิจารณาตัดสินคดีที่มีความเป็นธรรมปราศจากอคติ ซึ่งสิ่งเหล่านี้คือการนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้โดยคำนึงถึงการยอมรับนับถืออำนาจของศาลต่างประเทศและการประสานความร่วมมือระหว่างกันแล้ว (comity and coordination with other jurisdictions) ประเทศนั้น ๆ ย่อมสูญเสียความเชื่อมั่นและไม่ถือเป็นประเทศที่มีความเหมาะสมต่อการเลือกลงทุนของนักลงทุนหรือผู้ประกอบการ

๒. แนวทางการดำเนินการโดยนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้กับคดีล้มละลายข้ามชาติ

(๑) การกำหนดลักษณะร่วมกันของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ

โดยที่แนวโน้มการเติบโตของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมีผลต่อภาพรวมเศรษฐกิจทั่วโลก การพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายตามหลักนิติรัฐและความร่วมมือระหว่างประเทศจึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการตัดสินใจเพื่อเลือกลงทุนในต่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดลักษณะการบังคับใช้ร่วมกันของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ (convergence of cross – border insolvency laws) จึงเป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการโดยเร่งด่วนเพื่อเป็นปัจจัยในการดึงดูดการลงทุนจากภาคเอกชน ซึ่งตัวอย่างกฎหมายต้นแบบที่สำคัญในเรื่องนี้ คือ the UNCITRAL Model Law on Cross – Border Insolvency (Model Law CBI) วัตถุประสงค์ของ Model Law CBI คือ การกำหนดเขตอำนาจศาลเฉพาะขึ้นโดยพิจารณาจากศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ “center of main interest” or COMI ซึ่งจะนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้ในกระบวนการพิจารณาและเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาหลัก นอกจากนี้ (Model Law CBI) ยังให้ความสำคัญกับการประสานความร่วมมือระหว่างศาลที่มีเขตอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาหลักและศาลที่มีเขตอำนาจอื่นซึ่งมีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ เพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ หลักการพื้นฐานของ (Model Law CBI) ประกอบด้วย (๑) การเข้าถึง (access) หมายถึง ความสามารถของคู่ความในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาลต่างชาติ (๒)

การยอมรับ (recognition) หมายถึง ศาลต่างประเทศที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีทุกแห่งควรให้การยอมรับกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจศาลอื่น (๓) คำร้องขอให้ช่วยเหลือหรือบรรเทาทุกข์ (reliefs) ซึ่งลูกหนี้สามารถเข้าถึงสิทธิในการร้องขอตามคำสั่งศาลในการจัดการทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และ (๔) การประสานความร่วมมือ (coordinate) ระหว่างศาล หรือผู้มีวิชาชีพทางกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับคดีล้มละลาย เพื่อเป็นหลักประกันว่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะได้รับการบริหารจัดการอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ

(๒) บทบาทของผู้มีวิชาชีพทางกฎหมายในการพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การกำหนดลักษณะการบังคับใช้ร่วมกันของกฎหมายล้มละลายข้ามชาติเป็นก้าวแรกที่สำคัญสำหรับการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ และเป็นเป้าหมายที่มุ่งหวังสำหรับกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งปรากฏตัวอย่างที่ชัดเจนจากการยอมรับและนำ Model Law CBI หรือการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับในลักษณะข้อตกลงร่วมกัน อย่างไรก็ตาม การกำหนดลักษณะร่วมกันผ่านทางกฎหมายนั้น (achieving convergence through legislation) มีข้อเสีย คือ ใช้ระยะเวลาและอาจไม่ทันต่อสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ ผู้มีวิชาชีพทางกฎหมาย จึงมีส่วนสำคัญในการพัฒนาให้ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่มีความมั่นคงแน่นอน (stable) และสามารถคาดการณ์ได้ (predictable) ภายใต้หลักนิติรัฐ (the rule of law) ผ่านทางวิธีการต่าง ๆ เช่น การประสานงานหรือการให้ความร่วมมือในลักษณะเครือข่ายซึ่งอาจมีการจัดตั้งเป็นองค์กรหรือในรูปแบบคณะกรรมการ เพื่อทำการวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและกำหนดหลักการทางกฎหมายที่จะใช้บังคับร่วมกันในระหว่างเขตอำนาจศาลที่มีความแตกต่างกัน

๓. ทิศทางการปรับปรุงระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ

แม้ว่า Model Law CBI จะได้รับการยอมรับและนำมาเป็นต้นแบบกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีล้มละลายข้ามชาติอย่างแพร่หลาย แต่ในทางปฏิบัติแล้วยังคงปรากฏข้อเสนออื่นเพิ่มเติมเพื่อใช้ในการพัฒนาหรือปรับปรุงระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น (๑) การบังคับใช้กฎหมายล้มละลายข้ามชาติกับบริษัทขนาดใหญ่ที่มีบริษัทในเครือหรือมีหลายกลุ่มธุรกิจ (group enterprises) โดยนำแนวคิดเรื่องการวางแผนหรือการประสานความร่วมมือมาใช้ (planning or coordinating proceedings) โดยแนวคิดนี้ได้ถูกนำมาใช้ในการกำหนดศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ “center of main interest” or COMI ของบริษัทขนาดใหญ่ที่มีบริษัทในเครือหรือมีหลายกลุ่มธุรกิจด้วย และ (๒) การแต่งตั้งกลุ่มตัวแทนผู้มีส่วนได้เสียซึ่งถือว่ามีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (COMI) โดยศาล ซึ่งในทางข้อเท็จจริงศาลต่างชาติต่างหลายแห่งที่มีเขตอำนาจในคดีล้มละลายนั้นควรให้ความเห็นชอบร่วมกันในการแต่งตั้งกลุ่มตัวแทนดังกล่าวในแต่ละคดีล้มละลายที่มีการพิจารณาคู่ขนานกันไป

สำหรับทิศทางการปรับปรุงระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติที่จะเกิดขึ้นในอนาคตยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐและการอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยมีมาตรฐานขั้นต่ำที่ประเทศต่าง ๆ ควรนำมาใช้ในการดำเนินการ ได้แก่ ระบบที่เปิดช่องหรืออำนวยความสะดวกแก่คู่ความในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ความโปร่งใสของกระบวนการพิจารณา เพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการฉ้อฉล และการยอมรับนับถือเขตอำนาจของศาลต่างประเทศ นอกจากนี้ ระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติยังต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชน รวมทั้งจะต้องสามารถสร้างความเชื่อมั่นได้ว่าบริษัทที่ล้มละลายต้องสามารถฟื้นตัวหรือประกอบธุรกิจได้โดยปราศจากอุปสรรคอันไม่สมควร นอกจากนี้ ระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติยังต้องสามารถตอบสนองต่อเป้าประสงค์สอง

ประการ ได้แก่ การปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ควบคู่ไปกับการที่เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตามสัดส่วนอย่างเป็นธรรม

อนึ่ง บทบาทของผู้มีวิชาชีพด้านกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นศาลหรือทนายความในการร่วมมือกัน เพื่อนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้ให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อดำรงไว้ซึ่งหลักการเรื่องความเป็นธรรมและความเสมอภาค ถือเป็นบทบาทสำคัญอย่างยิ่งที่จะมีส่วนช่วยในการพัฒนาและปรับปรุงระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

๔. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการรวมตัวกันของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน คือ การรวมเศรษฐกิจของภูมิภาคอาเซียนให้เป็นหนึ่งเดียว เพื่อรองรับการเจริญเติบโตของการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ รวมทั้งการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น จึงมีข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่สำคัญในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายล้มละลายข้ามชาติดังนี้

(๑) บทบาทของศาลหรือฝ่ายตุลาการ ศาลถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ โดยเฉพาะการประสานความร่วมมือระหว่างศาลต่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ ได้แก่ ความมั่นคงและแน่นอนของคำพิพากษาซึ่งจะสำคัญด้านการสร้างความเชื่อมั่นให้นักลงทุน รวมถึงการสร้างแนวปฏิบัติที่ตีร่วมกันในการพิจารณาคดีโดยผ่านกระบวนการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในประเด็นปัญหาสำคัญร่วมกัน เช่น การยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตลอดจนการเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างกันซึ่งจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยนอกเหนือจากศาลแล้ว ผู้มีวิชาชีพทางกฎหมายอื่น ก็ถือได้ว่ามีบทบาทสำคัญในการสื่อสารข้อมูลระหว่างกัน เพื่อนำมาใช้ในการพัฒนาระบบกฎหมายล้มละลายของอาเซียนให้มีความสมบูรณ์และมีความสอดคล้องกัน (harmonizing laws)

(๒) ความเป็นไปได้ในการมีระบบกฎหมายล้มละลายข้ามชาติ และการจัดตั้งองค์กรกลาง (ศาล) ขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องกระบวนการพิจารณาที่มีความแตกต่างในแต่ละเขตอำนาจศาล เช่น การกำหนดศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ “center of main interest” or COMI เพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเขตอำนาจศาล

(๓) การคำนึงถึงคุณภาพและประสิทธิภาพของกระบวนการพิจารณาและกลไกการระงับข้อพิพาท