



แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตโตตุลาการระหว่างประเทศ
ของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาตโตตุลาการ
สำนักงานศาลยุติธรรม

โดย

นางสาวรุ่งระวี โสขุมา

คู่มือฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต

สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ
ของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาตตุลาการ
สำนักงานศาลยุติธรรม

โดย

นางสาวรุ่งระวี โสขุมา



คู่มือฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

GUIDELINE FOR STRENGTHENING THE EFFICIENCY OF
INTERNATIONAL ARBITRATION IN THAILAND:
A STUDY OF THAI ARBITRATION INSTITUTE

BY

MISS RUNGRAVEE SOKHUMA



A DISSERTATION SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF PHILOSOPHY
JUSTICE ADMINISTRATION
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

คุษฎีนิพนธ์

ของ

นางสาวรุ่งระวี โสขุมา

เรื่อง

แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของไทย: ศึกษาเฉพาะ
กรณีสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
ปรัชญาคุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบคุษฎีนิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาคุษฎีนิพนธ์



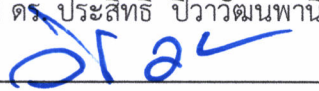
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ)

กรรมการสอบคุษฎีนิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช)

กรรมการสอบคุษฎีนิพนธ์



(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์กะ)

กรรมการสอบคุษฎีนิพนธ์



(นายสรารัฐ เบญจกุล)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฏมฤต)

หัวข้อคุณูปนิพนธ์	แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณี สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม
ชื่อผู้เขียน	นางสาวรุ่งระวี โสขุมา
ชื่อปริญญา	ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	การบริหารกระบวนการยุติธรรม นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาคุณูปนิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทร์โชติ
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ในฐานะที่เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ในเรื่องความเป็นกลาง มีประสิทธิภาพ และสามารถบังคับคดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 ประกอบกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจ ส่งผลให้มีปริมาณข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้า สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ตลอดจนปัญหาการตีความหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในการนำมาปรับใช้เพื่อตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ของประเทศภาคีสมาชิก มีความแตกต่างกัน ส่งผลให้การบังคับคดีภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ขาดประสิทธิภาพ และเกิดความไม่เป็นธรรม ก่อให้เกิดกระแสการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ใน 3 มิติ ได้แก่ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อศึกษาวิเคราะห์แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม เปรียบเทียบกับแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ LCIA, ICC, AAA-ICDR, SIAC และ HKIAC

ว่าสอดคล้องกัน หรือไม่ มีปัญหาหรืออุปสรรคอย่างไรใด ตลอดจนเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของไทย

ผลการวิจัยพบว่า พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ยังมิได้มีการปรับปรุง แก้ไข เพื่อให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสากล และบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลไทยในการตีความและปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศยังไม่ชัดเจน ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของไทยยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสากล การที่จะพัฒนากระบวนการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของไทยและพัฒนาสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ให้มีมาตรฐานในระดับสากลเพื่อรองรับการเป็นศูนย์กลางการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก จึงต้อง แก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล ตลอดจนเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของกระบวนการอนุญาตตุลาการให้แก่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรม และประการสำคัญศาลไทยในฐานะผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต้องสร้างบรรทัดฐานคำพิพากษาเพื่อรักษาสมดุลระหว่างพันธกรณีในฐานะรัฐสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ในการสนับสนุนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ กับพันธกิจในการปกป้องหลักความยุติธรรมในบริบทของประเทศไทย

คำสำคัญ: การอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958

Dissertation Title	GUIDELINE FOR STRENGTHENING THE EFFICIENCY OF INTERNATIONAL ARBITRATION IN THAILAND: A STUDY OF THAI ARBITRATION INSTITUTE
Author	Miss Rungravee Sokhuma
Degree	Doctor of Philosophy
Major Field/Faculty/University	Justice Administration Law Thammasat University
Dissertation Advisor	Assistant Professor Viravat Chantachote, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

Recent years have witnessed a phenomenal explosion in international commercial arbitration. Of course, international arbitration has become more and more a preferred method for international commercial parties as an alternative to litigation or to other methods of dispute resolution. This is undoubtedly true because the arbitration process gives the parties autonomy to select and control their dispute resolution system. International arbitration is perceived to be neutral, more procedurally flexible, confidential, and more efficient than court proceedings, while providing a greater degree of expertise. More importantly, international arbitration awards are more easily enforceable than foreign judgments as to the obligation under the New York convention on the recognition and enforcement of foreign awards, which are now widely accepted in the international arena. That is, it provides the parties an easier way to enforce foreign awards than foreign judgments which are mainly dependent on bilateral conventions.

However, at present, Cost is seen as arbitration's worst feature followed by "lack of effective sanctions during the arbitral process," "lack of insight into arbitrators' efficiency" and "lack of speed" In addition, since the issue of public policy stands within the context of application of the legal principles of a particular state, the international of public policy is subject to the values and standards

accepted by that state. These standards are determined by the applicable economic, political, social, and legal systems, which vary among societies. Therefore, the different interpretation is may a result of unfairness.

The Resolution has been adopted with and aim to clarify and to enhance standardized approach in controlling time and cost including an attempt to narrow the interpretation and application of Article V (2)(b) of the New York Convention

The objective of this empirical research is to analyze the global standard practice for strengthening the efficiency of international arbitration compare to Thailand especially Thai Arbitration Institute.

The research was found that the Arbitration Act B.E. 2545 and the TAI arbitration Rules have not been revised to facilitate the process of arbitration in controlling time and cost, and to support the arbitrators to manage cases proactively. Finally, it is unclear that the Thai courts have adopted a consistency pro-arbitration approach aimed at protecting the sanctity of the arbitral award. Therefore, the international arbitration practice in Thailand is still not consistent with the international paradigm. In order to enhance the efficiency of international arbitration in Thailand for the center of international arbitration place in Asia-Pacific region, there need to constantly revise and enrich the Arbitration Act B.E. 2545 and the TAI arbitration Rules to a more uniform way at the worldwide level. A supportive and well-educated judiciary which appreciates the nature of arbitration in the commercial world should be doing. At the same time, The Thai courts ought to balance between the pro-arbitration policy and the need to ensure that the most basic notion of justice and morality are served with regarding the grounds for refusing recognition and enforcement of foreign arbitral awards being applied restrictively.

Keywords: International arbitration, Recognition and Enforcement of foreign arbitral award, The New York Convention.

กิตติกรรมประกาศ

ดุุษฎีนิพนธ์นี้สำเร็จเรียบร้อยได้ด้วย ความกรุณาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ อาจารย์ที่ปรึกษาซึ่งให้คำปรึกษาแนะนำและตรวจทานที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำวิจัยตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จสมบูรณ์ และด้วยความเมตตาอย่างสูงของศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ ประธานกรรมการสอบดุุษฎีนิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ศาสตราจารย์ พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ และ ท่านสราวุธ เบญจกุล เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งทุกท่านได้ให้คำปรึกษาและแนะนำที่มีคุณค่าอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำวิจัย จึงขอกราบขอบพระคุณทุกท่าน มา ณ ที่นี้ รวมทั้งขอขอบคุณผู้ที่มีส่วนสนับสนุนการศึกษาวิจัยครั้งนี้ทุกท่าน และขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา พี่ชายทั้งสองคน ที่เป็นกำลังใจ สนับสนุน ตลอดมา

นางสาวรุ่งระวี โสขุมา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(12)
สารบัญภาพ	(13)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(14)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	9
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	10
1.4 วิธีการศึกษา	11
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	11
1.6 สมมุติฐานของการศึกษา	12
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	12
1.7.1 ภาษาไทย	12
1.7.2 ภาษาต่างประเทศ	21
บทที่ 2 ทฤษฎี ลักษณะทั่วไป วิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการ	25
2.1 วิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ	26
2.1.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ	26

2.1.2	กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	29
2.1.2.1	ยุคต้นศตวรรษที่ 20	29
	(1) โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ	31
	(2) อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927	32
2.1.2.2	ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2	37
	(1) อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958	38
	(2) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น	48
	(3) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่าง ประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ	49
2.2	แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	51
2.2.1	ทฤษฎีอำนาจรัฐ	52
2.2.2	ทฤษฎีสัญญา	54
2.2.3	ทฤษฎีผสม	56
2.2.4	ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ	57
2.3	ลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ	57
2.3.1	ความหมายของ “การอนุญาโตตุลาการ”	58
2.3.2	ความหมายของ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ”	60
2.3.3	การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ	60
2.3.4	อนุญาโตตุลาการทางการค้าและพาณิชย์	64
2.3.5	อนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ	65
2.4	ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ	68
2.4.1	การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน	68
2.4.2	อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ	70
บทที่ 3	การปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของต่างประเทศ	71
3.1	แนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ 3 มิติ	74
3.1.1	มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม	74

3.1.1.1	ความสัมพันธ์ระหว่างประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศกับความรวดเร็วและ ประหยัดค่าใช้จ่าย	75
3.1.1.2	ความสัมพันธ์ระหว่างประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการ อนุญาตตุลาการระหว่างประเทศกับหลักกระบวนการที่ถูกต้อง ตามกฎหมาย	77
3.1.1.3	แนวปฏิบัติของสมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติว่าด้วยการ นำเสนอพยานหลักฐานเพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย	82
3.1.1.4	การพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการ อนุญาตตุลาการ	88
	(1) สมาคมอนุญาตตุลาการอเมริกัน	89
	(2) เนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน	89
	(3) ศูนย์อนุญาตตุลาการและการไกล่เกลี่ยองค์การทรัพย์สิน ทางปัญญาโลก	91
	(4) The Virtual Magistrate	92
	(5) Nova Forum, Inc	93
3.1.2	มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	94
3.1.2.1	ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์	95
3.1.2.2	ระบบกฎหมายซีวิลลอว์	97
3.1.2.3	แนวปฏิบัติของอนุญาตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ตามแนวทางของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ	98
3.1.3	มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ	101
3.1.3.1	แนวคิดและบทบาทเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน	103
3.1.3.2	ความหมาย ขอบเขต และการตีความ ปัญหาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ภายใต้อนุสัญญาเวียนอร์ค ค.ศ. 1958	106
	(1) ความหมายของ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน”	109
	(2) ขอบเขต และการตีความ ปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน ภายใต้อนุสัญญาเวียนอร์ค ค.ศ. 1958	112

(3) ผลภายหลังการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	120
3.2 แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ	127
3.2.1 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ	128
3.2.1.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างเหมาะสม	129
3.2.1.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	130
3.2.1.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ	133
3.2.2 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หอการค้านานาชาติ ประเทศฝรั่งเศส	138
3.2.2.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างเหมาะสม	139
3.2.2.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	141
3.2.2.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	143
3.2.3 สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน ประเทศสหรัฐอเมริกา	147
3.2.3.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างเหมาะสม	147
3.2.3.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	149
3.2.3.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	151
3.2.4 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์	154
3.2.4.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่าง เหมาะสม	154
3.2.4.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	156
3.2.4.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ	157
3.2.5 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง	161
3.2.5.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างเหมาะสม	162
3.2.5.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	166

3.2.5.3	มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ	168
3.2.6	ศูนย์ระหว่างประเทศสำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน	171
3.2.7	ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร	172
บทที่ 4	การเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ศึกษากรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม	173
4.1	วิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย	174
4.2	สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย	175
4.2.1	สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย	176
4.2.2	สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC	176
4.2.3	สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม	177
4.3	บทวิเคราะห์ประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบัน อนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรมและสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ	182
4.3.1	ปัญหามิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างเหมาะสม	182
4.3.2	ปัญหามิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง	183
4.3.3	ปัญหามิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	189
4.3.3.1	หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในบริบทของประเทศไทย	194
4.3.3.2	ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน	195
4.3.3.3	บทบาทของศาลไทยเกี่ยวกับการตีความ “หลักความสงบเรียบร้อย ของประชาชน” ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ	199
(1)	แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการตีความหลักความสงบเรียบร้อย ของประชาชนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม	200
(2)	แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง	211
4.4	สรุปข้อมูลจากการวิจัยและสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ	232
4.5	เปรียบเทียบแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศของไทยและต่างประเทศ	238

4.6 แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของ สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม	244
4.6.1 ปรับปรุงกฎหมายอนุญาตตุลาการของไทยให้มีความเป็นสากล	244
4.6.2 นโยบาย วิสัยทัศน์และพันธกิจของศาลยุติธรรมในการส่งเสริมและ สนับสนุนให้สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม พัฒนาเป็นศูนย์กลางการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค	251
4.6.3 กลไกการพัฒนา	251
4.6.4 สถาบันอนุญาตตุลาการ	252
4.6.5 คู่พิพาทและทนายความ	255
4.6.6 บทบาทของศาลในการสนับสนุนการอนุญาตตุลาการ	255
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ	256
5.1 ปัญหาและอุปสรรคในการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการ ระหว่างประเทศไทย	257
5.2 ข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการ ระหว่างประเทศไทย	259
บรรณานุกรม	271
ประวัติผู้เขียน	280

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า	
3.1	เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในประเทศสมาชิก New York Convention	117
4.1	สถิติข้อพิพาทที่รับใหม่และทุนทรัพย์ตั้งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 ถึง 2560 ของ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม	181
4.2	ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการ พิจารณาอนุญาโตตุลาการ	185
4.3	ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ	240
4.4	เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศ สมาชิก New York Convention	242

สารบัญภาพ

ภาพที่		หน้า
3.1	ความสัมพันธ์ของกระบวนการอนุญาตตุลาการที่มีประสิทธิภาพและกระบวนการ ที่ต้องทำตามกฎหมาย	82
4.1	แสดงขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาตตุลาการ	179
4.2	กระบวนการอนุญาตตุลาการตามข้อบังคับ TAI 2017	180



รายการสัญลักษณ์และคำย่อ
(TABLE OF ABBREVIATIONS)
INSTITUTIONS, ORGANIZATIONS AND RULES

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
AAA	American Arbitration Association
AIA	Italian Arbitration Association
ASA	Swiss Arbitration Association
CAMCA	Commercial Arbitration and Mediation Centre for the Americas
CCPIT	China Council for the Promotion of International Trade
CEPANI	Belgian Centre for Arbitration and Mediation
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CMEA	Council for Mutual Economic Assistance (Eastern Europe)(COMECON)
CMI	Comite' Maritime International
CPR	Centre for Public Resources Institute for Dispute Resolution
CRCICA	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration
CRT	Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland
DIS	Deutsche Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit
EC	European Community
ECAFE	United Nations Economic Commission for Asia and the Far East
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
EDF	European Development Fund
EEC	European Economic Community

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
EU	European Union
FALCA	Fast and Low Cost Arbitration (LMAA)
FIDIC	Federation Internationale des Inge'nieurs- Conseils
GAFTA	Grain and Feed Trade Association
GENEVA	Chamber of Commerce and Industry of Geneva Arbitration Centre
HKIAC	Hong Kong International Arbitration Centre
IACAC	Inter-America Commercial Arbitration Commission
IBA	International Bar Association
ICA	Indian Council of Arbitration
ICAC	Moscow International Commercial Arbitration Court
ICANN	Internet Corporation for Assigned Name and Numbers
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICDR	American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution
ICHEIC	International Commission on Holocaust Era Insurance Claims
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
IFCAI	International Federation of Commercial Arbitration Institutions
JCAA	Japan Commercial Arbitration Association Korean Commercial Arbitration Association
KLRCA	Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration
LCIA	London Court of International Arbitration
LMAA	London Maritime Arbitration Association
LME	London Metal Exchange

สัญลักษณ์/คำย่อ	คำเต็ม/คำจำกัดความ
MERCOSUR	Common Market of the Southern Cone pursuant to the Treaty of Asuncion of 26 March 1991
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
NAI	Netherlands Arbitration Institute
NOFATA	Netherlands Oil, Fat and Oilseeds Trade Association
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OHADA	Organization for the Harmonization of Business Law in Africa
PCA	Permanent Court of Arbitration (The Hague)
SCC	Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
UNCC	United Nations Compensation Commission
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
UNIDROIT	International Institute for Unification of Private Law
Venice	Venice Arbitration Court Rules 1998
Vienna	Austrian Federal Economic Chamber in Vienna
WIPO	World Intellectual Property Organization
Zurich	Zurich Chamber of Commerce

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) รูปแบบหนึ่ง ที่คู่พิพาทตกลงกันเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้น หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลาง เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator)” ที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเป็นผู้เลือกให้เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตน และมีผลผูกพันคู่พิพาทที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมแพร่หลายในต่างประเทศมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ไม่มีหลักฐานยืนยันแน่ชัดว่าเริ่มมีขึ้นครั้งแรกในประเทศตะวันตกเมื่อใด แต่พบหลักฐานยืนยันว่าชาวสุเมเรียน¹ ในอาณาจักรซูเมอร์ซึ่งอยู่ในดินแดนเมโสโปเตเมียมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างเอกชน² และเมื่อประมาณ 3,000 ปีก่อนคริสต์ศักราช ชาวฟินิเซียน (Phoenician) ที่มีรากฐานมาจากชาวเมโสโปเตเมียซึ่งเชี่ยวชาญการเดินทางเรือและการค้าเป็นผู้นำอารยธรรมจากตะวันออกไปยังดินแดนต่าง ๆ ในมหาสมุทรแอตแลนติก และอังกฤษเป็นพวกแรกที่ได้นำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการค้า กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงถือว่าเป็นวิธีการ และธรรมเนียมปฏิบัติในการระงับข้อพิพาททางการค้าสำหรับพ่อค้าวาณิชในยุคนั้น วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในยุคนี้จึงมีที่มาจากธรรมเนียมทางการค้า (Trade Usages) ของพ่อค้าวาณิชด้วยกันเองมิใช่เกิดจากนัยกฎหมาย การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายสิบสองโต๊ะสมัยจักรวรรดิโรมัน (453 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 4 โต๊ะที่ 8 บัญญัติว่า ให้มีคนกลางสามคนเป็นอนุญาโตตุลาการทำ

¹ The Sumerian Code of Hammurabi (2100 BC) was promulgated in Babylon, and under the Code it was the duty of the sovereign to administer justice through arbitration, see also ASLI Asian Law Institute, Working Paper Series No.009, p. 2.

² เสาวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 19-21.

หน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน³ ประเทศอังกฤษมีการนำวิธีการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1224 ก่อนจะมีการจัดตั้งระบบศาล โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรปี ค.ศ. 1698⁴ ปัจจุบันกระบวนการอนุญาโตตุลาการถือเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ โดยการออกกฎหมายภายในเพื่อรองรับการระงับข้อพิพาททางแพ่งด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การยุติข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการมีข้อได้เปรียบการดำเนินคดีในศาลหลายประการได้แก่ ความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ รักษาชื่อเสียงและความสัมพันธ์ของคู่พิพาท และความลับทางการค้า นิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่มีความซับซ้อน และต้องการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยเฉพาะข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ สัญญาสัมปทาน ที่คู่สัญญาเป็นคนต่างสัญชาติ กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจึงสามารถตอบสนองความต้องการของคู่พิพาทมากกว่าการพิจารณาตัดสินคดีโดยศาล นอกจากนี้ข้อได้เปรียบสำคัญประการหนึ่งที่ส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ คือการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ในหลายประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, United Nation New York 1958) ปัจจุบันมีภาคีรวมแล้วมากกว่า 157 ประเทศ ลักษณะเด่นประการนี้ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ได้เปรียบคำพิพากษาของศาลซึ่งตามปกติไม่สามารถนำคำพิพากษาประเทศหนึ่งไปบังคับในอีกประเทศหนึ่งได้เว้นแต่ประเทศทั้งสองมีความตกลงระหว่างกันเรื่องการบังคับคำพิพากษาศาลต่างประเทศ หรือประเทศทั้งสองเป็น

³ Edna Sussman and John Wilkinson, “Benefit of Arbitration for Commercial Disputes,” *Arbitration International*, Issue 3, Vol. 29, p. 1, (2016), Retrieve Law IV Table 8 “If any persons are in possession of adjoining fields, and a dispute arises with reference to the boundaries of the same, the Praetor shall appoint three arbiters, who shall take cognizance of the case, and after the boundaries have been established, he shall assign to each party that to which he is entitled.” ดู อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 76-77.

⁴ Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, and Stefan Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International, 2003), p. 19.

สมาชิก The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้สัญญาทางการค้า การพาณิชย์ และการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ รวมถึงสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐและเอกชน นิยมกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement or Arbitration Clause) การมีระบบอนุญาโตตุลาการที่น่าเชื่อถือและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลจึงเป็นการส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้น อันจะนำไปสู่การพัฒนาทางเศรษฐกิจในรูปแบบต่าง ๆ การเข้าสู่ประชาคมอาเซียนเพื่อสร้างให้อาเซียนเป็นศูนย์กลางการค้าการลงทุนภายในภูมิภาค เป็นผลให้เกิดการแข่งขันทางเศรษฐกิจอย่างเสรี การเคลื่อนย้ายทรัพยากรทางเศรษฐกิจทั้งสินค้า บริการ การลงทุนและแรงงาน ผลจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจย่อมนำไปสู่การค้าการลงทุนที่เพิ่มมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยต้องพัฒนาระบบการอนุญาโตตุลาการให้ได้รับการยอมรับในระดับสากล เพื่อส่งเสริมให้เกิดการค้าการลงทุนในประเทศไทย และสามารถแข่งขันกับประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วยตนเอง

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน ปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในพระไอยการลักษณะตระลาการ จุลศักราช 1068 สมัยกรุงศรีอยุธยา และถูกนำมาคัดลอกไว้ในกฎหมายตราสามดวงที่ใช้กันในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตระลาการโดยคู่ความซึ่งแตกต่างจากตระลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) เมื่อพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 (มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 ซึ่งได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ในมาตรา 221 แต่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดไว้จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เรื่องการตีความการบังคับใช้กระบวนอนุญาโตตุลาการนอกศาลทำให้เกิดความไม่แน่นอน⁵ ประกอบกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของโลกที่เข้าสู่ยุคการค้าเสรี ส่งผลให้เกิดการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มสูงขึ้น สัญญาทางธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาอันสืบเนื่องมาจากการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและสัญญาสัมปทานล้วนมีข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยการ

⁵ อนันต์ จันทร์โอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 81-83.

อนุญาโตตุลาการเป็นผลให้การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเพื่อรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจ และเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ อีกทั้งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันธิสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ จึงได้มีความพยายามพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล และสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำไว้ จึงได้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 221 แห่งพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 และตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 นับแต่นั้นมาการอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศไทยจึงได้รับการยอมรับและมีการพัฒนาอย่างเป็นระบบมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ให้มีความครอบคลุมตามมาตรฐานระหว่างประเทศและเป็นกฎหมายที่สอดคล้อง (Compatible) กับกฎหมายของนานาประเทศ ด้วยการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2545 โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายมาเป็นกฎหมายต้นแบบเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติ⁶ ดังนั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงยังคงเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีการพัฒนาระบบการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่อง แต่ยังมีข้อด้อยและข้อจำกัดอันเป็นปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการพัฒนา เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ใน 3 บริบท คือ

1. ปัญหาด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม
2. ปัญหาด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง
3. ปัญหาด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

1) ปัญหาด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม ในยุคต้น ๆ ของการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ถือว่าความรวดเร็วของกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (Speedy to render award) และประหยัดค่าใช้จ่ายเป็นข้อได้เปรียบของกระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อเปรียบเทียบกับ การพิจารณาชี้ขาดตัดสินของศาล

⁶ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

(Applauded ad nauseam) ทำให้การอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมแพร่หลายโดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) แต่ปัจจุบันปัญหาความล่าช้าในกระบวนการพิจารณา และค่าใช้จ่ายที่สูงถือเป็นประเด็นที่สถาบันอนุญาโตตุลาการทั่วโลกให้ความสำคัญ โดยถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งในระดับระหว่างประเทศ และภายในประเทศ จากการศึกษาวิจัยของสถาบันหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce : ICC)⁷ พบว่า ค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทต้องเสียไปในชั้นการพิจารณา ประมาณ 82 เปอร์เซ็นต์ เป็นค่าใช้จ่ายของคู่พิพาท ได้แก่ ค่าทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย ค่าใช้จ่ายในการนำเสนอพยานหลักฐาน เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญ พยานเอกสาร ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้มักจะเพิ่มสูงขึ้นตามระยะเวลาที่ใช้ในการสืบพยาน ส่วนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ได้แก่ ค่าป่วยการสำหรับอนุญาโตตุลาการ ประมาณ 16 เปอร์เซ็นต์ ที่เหลือประมาณ 2 เปอร์เซ็นต์ เป็นค่าธรรมเนียมสถาบันอนุญาโตตุลาการและค่าบริการ⁸ สำหรับประเทศไทยปัญหาในเรื่องความล่าช้าถือเป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้มีมาตรฐานทัดเทียมกับนานาประเทศ ปัญหาความล่าช้าของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีสาเหตุจากหลายปัจจัยร่วมกันทั้งคู่พิพาท ทนายความ อนุญาโตตุลาการ ศาล และกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมถึงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ได้ปรับปรุงพัฒนาให้สามารถควบคุมระยะเวลาของกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนกับคำชี้ขาดที่มีคุณภาพ



⁷ ICC Commission on Arbitration and ADR, “Report –Task Force on Decisions as to Cost-Final Draft April 2015,” Retrieved on November 1, 2016 from www.iccwbo.org/ICC-Arbitration-Commission

⁸ Laurent Jaeger, “Reduction Time and Cost in International Arbitration,” Retrieve May 28, 2016, from <http://orrick.jp/EN/Events/Pages/Reducing-Time-and-Costs-in-International-Arbitration.aspx>

2) ปัญหาด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง ถือเป็นหน้าที่สำคัญของคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีหน้าที่ควบคุมกระบวนการพิจารณา และทำคำชี้ขาดข้อพิพาท การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะที่เรียกว่า “กึ่งตุลาการ (Quasi-Justice)” แม้อนุญาโตตุลาการจะมีที่มาจากแต่งตั้งของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย แต่อนุญาโตตุลาการก็ต้องมีความเป็นกลาง (Impartial and Independent) และควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีความเป็นธรรม บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาความจริงในกระบวนการพิจารณามีลักษณะเช่นเดียวกับบทบาทของศาลในการค้นหาความจริง ซึ่งมีอยู่ 2 ระบบ ได้แก่ ระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก (Active Role) ของระบบกฎหมาย Civil Law และระบบวิธีพิจารณาที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ (Passive Role) ของระบบ Common Law สำหรับประเทศไทยเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมักเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย ทั้งอดีตผู้พิพากษา นักวิชาการ และนายความ จึงคุ้นเคยกับบทบาทในเชิงรับของระบบกล่าวหา ประกอบกับความเชื่อในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา และหลักการของการอนุญาโตตุลาการที่ถือว่าเจตนากรรมของคู่พิพาทเป็นสิ่งสำคัญ (Party Autonomy) ทำให้บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในการค้นหาข้อเท็จจริงไม่เป็นไปในเชิงรุก ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานและมาตรฐานสากลของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ต้องมีความรวดเร็ว ใช้เวลาและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาล ประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25 กำหนดบทบาทของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้าง ๆ ขาดความชัดเจน ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้บทบาทในเชิงรุกเพื่อควบคุมระยะเวลา และค่าใช้จ่าย

3) ปัญหาด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นหัวใจ (Core Principle) ของกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการที่นักธุรกิจและผู้ที่จะเข้ามาลงทุนในต่างประเทศให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก เนื่องจากผลของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หมายถึงประสิทธิภาพในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของผู้แพ่คดี ซึ่งในมิติของการค้าการลงทุนถือเป็นปัจจัยเสี่ยงประเภทหนึ่ง แม้ว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นข้อได้เปรียบสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลซึ่งตามปกติจะสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาได้เฉพาะในประเทศที่ศาลมีคำพิพากษาเท่านั้น ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับคดีได้ในหลายประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, United Nation New York 1958) ซึ่งปัจจุบันมีภาคีรวมแล้วมากกว่า 157 ประเทศ แต่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เอง ต้องใช้กระบวนการของศาลในการที่จะพิจารณาพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

หรือไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี การบังคับตามคำชี้ขาดหรือกระบวนการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้หลายประการเช่น ศาลสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีใดบ้าง⁹ ซึ่งหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ดังนี้

⁹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 “การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้...ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่ใช่ข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นองค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควรเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป”

กฎหมายบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน และเกี่ยวข้องกับกระบวนการวิธีพิจารณาความเป็นหลัก แต่ปัญหาในทางปฏิบัติได้แก่ การตีความปัญหาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to Public Policy) ที่กฎหมายให้อำนาจศาลหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ทำให้ศาลสามารถเพิกถอนคำสั่งขาดหรือปฏิเสธการบังคับตามคำสั่งขาดได้¹⁰ และโดยที่ คำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)” ไม่มีการกำหนดค่านิยมไว้เพราะมีความเป็นพลวัต (Dynamic)

¹⁰ มาตรา 43 “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำสั่งขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำสั่งขาดนั้นจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งขาดพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสูคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำสั่งขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำสั่งขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำสั่งขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำสั่งขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำสั่งขาดเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำสั่งขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำสั่งขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำสั่งขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำสั่งขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำสั่งขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำสั่งขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา 44 “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำสั่งขาดตามมาตรา 43 ได้ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำสั่งขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือถ้าการบังคับตามคำสั่งขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” (see also, Model Law, article 36)

กล่าวคือในเรื่องเดียวกัน สถานการณ์ขณะหนึ่งหรือสถานที่หนึ่งสามารถยอมรับได้แต่เมื่อสถานการณ์เวลา หรือสถานที่เปลี่ยนแปลงไป ความคิดของประชาชนและจารีตประเพณีที่ยึดถืออาจเปลี่ยนแปลงไป เมื่อพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในแง่ของขอบเขต ความหมาย วิธีการ และสถานการณ์ที่จะนำไปใช้ในการวางหลักเรื่องปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นพบว่า ยังขาดความชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับไม่ว่าจะในกรณีการขอเพิกถอนคำชี้ขาด หรือการขอบังคับตามคำชี้ขาด ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในคดีระหว่าง กิจการร่วมค้า บีบีซีดี ผู้ฟ้องคดี กับ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549) และคดีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในคดีระหว่าง สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง กับ บริษัทไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 349/2549) ด้วยเหตุผลว่า “เป็นกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในแง่ความน่าเชื่อถือในมุมมองของนักลงทุนต่างชาติอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ การที่จะพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้มีความเป็นสากลทัดเทียมกับนานาประเทศ จึงมีความจำเป็นในการศึกษาวิเคราะห์ข้อกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับปัญหาเรื่อง “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ว่าควรจะมี ความหมาย ขอบเขต มากน้อยเพียงใด หรือการตีความในลักษณะใด ที่จะมีความเหมาะสมสมควร เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการสนับสนุนกลไกของรัฐที่เอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้า (The Public Policy of Sustaining International Arbitration Award) ที่ได้มาตรฐานทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ กับภารกิจหรือพันธกิจของศาลในการควบคุมกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องว่าชอบด้วยกฎหมาย มีความเป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบท “ความยุติธรรม” ของประเทศไทย (The Public Policy of Fairness and Legality)

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์มาตรฐานสากลของระบบอนุญาโตตุลาการใน 3 มิติ คือ
 - 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม
 - 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง
 - 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการและแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสากลหรือไม่เพียงใด มีปัญหาและอุปสรรคเพียงใด

3. เพื่อศึกษาแนวทางในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย โดยการพัฒนาปรับปรุง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ระเบียบ ข้อบังคับ แนวปฏิบัติ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม และศึกษาบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุด ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Judicial Review of Foreign Arbitral Award) เกี่ยวกับปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อวิเคราะห์แนวบรรทัดฐานของศาลไทย และศึกษาเปรียบเทียบกับแนวบรรทัดฐานของต่างประเทศและในระดับระหว่างประเทศ อันจะเป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศไทยให้สอดคล้องกับนานาประเทศ และสามารถตอบสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างแท้จริง

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาวิจัยมาตรฐานสากลของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ ได้แก่ ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (International Center Dispute Resolution : ICDR) ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration : LCIA) สถาบันอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ (ICC International Court of Arbitration) ศูนย์ระหว่างประเทศสำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ICSID) ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (PCA) ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Center : SIAC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Center : HKIAC) และศึกษาจากกฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration) ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nation Commission on International Trade Law) และอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น The Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958 หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า อนุสัญญานครนิวยอร์ก 1958 (New YORK Convention 1958) ตลอดจนข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) และแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสากล

(Guide line) เปรียบเทียบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำพิพากษาศาลฎีกา และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้โดยศึกษาวิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ แนวคิด วิธีการ ข้อดี ข้อเสีย และแนวทางในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพื่อเสนอแนวทางการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย และสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม

1.4 วิธีการศึกษา

1. วิจัยเชิงเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์ ตำรา บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ ดุษฎีนิพนธ์ วารสารทางกฎหมาย ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต อนุสัญญาาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เว็บไซต์ด้านการอนุญาโตตุลาการ และแนวปฏิบัติในการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และศึกษาวิเคราะห์แนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศเกี่ยวกับขอบเขตการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพื่อการบังคับคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเฉพาะประเด็นปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อวิเคราะห์แนวบรรทัดฐานทั้งในระดับประเทศ (Domestic public policy) และระหว่างประเทศ (International public policy)

2. วิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิธีการสัมภาษณ์อนุญาโตตุลาการ ผู้บริหารสถาบันอนุญาโตตุลาการและสำนักงานศาลยุติธรรม ผู้บริหารและผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ศาลแพ่ง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ และศาลแพ่งธนบุรี และสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของต่างประเทศ โดยสัมภาษณ์แบบรายบุคคลเชิงลึก (In-depth Interview) เกี่ยวกับแนวความคิดด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ปัญหาในทางปฏิบัติ ข้อเสนอแนะ และแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบแนวคิด ทฤษฎีและความเป็นมาของหลักการ แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับในระดับ

สากล และการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

2. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาและการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ตลอดจนทราบถึงจุดเด่น จุดด้อยว่ามีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากลหรือไม่ เพียงใด เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขและพัฒนากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล

3. เพื่อให้ทราบถึงการพัฒนาขอบเขตและการตีความ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ อันจะเป็นแนวทางในการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างเป็นธรรม

1.6 สมมุติฐานของการศึกษา

การปรับปรุงแก้ไขกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยใน 3 มิติ ได้แก่ 1) การเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) ความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) ความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จะทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย และสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีมาตรฐานสากล

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

1.7.1 ภาษาไทย

เสาวนีย์ อัครโรจน์; 2559 มาตรฐานสากลกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศ เอกสารทางวิชาการนี้ ใช้ในการบรรยายหลักสูตรปริญญาตรีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศว่าการอนุญาโตตุลาการของประเทศใดประเทศหนึ่งจะประสบความสำเร็จมากน้อยเพียงใด ส่วนหนึ่งและเป็นส่วนสำคัญคือการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นจะต้องมีมาตรฐานในระดับสากลอันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ การชี้วัดว่าการอนุญาโตตุลาการมีระดับมาตรฐานสากลหรือไม่นั้น ส่วนหนึ่งวัดได้จากกฎหมายและทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ โดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานกลางหรือมาตรฐานสากลที่ประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับ เช่นอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก (The New York Convention 1958) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Model) สถาบันอนุญาโตตุลาการระดับระหว่าง

ประเทศและข้อบังคับของสถาบันเหล่านั้น นอกจากนั้นศาลภายในของประเทศต่าง ๆ ล้วนมีส่วนสำคัญในการทำให้การอนุญาโตตุลาการในประเทศของตนมีมาตรฐานมากน้อยเพียงใด ศาลมีบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่นการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการ การใช้มาตรการชั่วคราว และการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายในประเทศ ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศและต่างประเทศ คำบรรยายยังกล่าวถึงกฎหมายที่เป็นมาตรฐานสากลของการอนุญาโตตุลาการซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ซึ่งเรียกกันว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบที่ประเทศต่าง ๆ นำมาเป็นแบบในการออกกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ กล่าวคือประเทศต่าง ๆ พยายามทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนมีมาตรฐานสากล ซึ่งจะได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ อันเป็นปัจจัยหนึ่งที่ตั้งใจดูให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นภายในประเทศเหล่านั้นเพิ่มมากขึ้น ในปัจจุบันมีสถาบันอนุญาโตตุลาการจำนวนมากอยู่ในประเทศต่าง ๆ ทั้งระดับโลก ระดับภูมิภาคและระดับประเทศ โดยแต่ละสถาบันมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเองที่จำเป็นสำหรับใช้ในการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบัน มีการกล่าวถึงกันว่ามีสถาบันอนุญาโตตุลาการ จำนวน 19 แห่ง ที่ได้รับการยอมรับว่ามีมาตรฐานที่ดีในระดับระหว่างประเทศ เช่น ICC, LCIA, AAA-ICDR, SCC, SIAC, ASA, HKIAC, GIA, JCAA, ACICA เป็นต้น ตลาดการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบันมีการแข่งขันกันในระดับที่สูงซึ่งเป็นไปตามกลไกตลาด จึงมีความพยายามที่จะสร้างความแตกต่าง เช่นการแก้ไขข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันให้ทันสมัยและมีนวัตกรรมใหม่ ๆ มากขึ้น นอกจากนี้ยังมีความพยายามในการควบคุมค่าใช้จ่าย และระยะเวลาในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น ปัจจัย (Indicator) ที่ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมว่ามีมาตรฐานระดับระหว่างประเทศได้แก่ ชื่อเสียงความเป็นระหว่างประเทศ การเข้าถึงได้ง่าย ความยืดหยุ่น การควบคุมเวลาและค่าใช้จ่าย ในการใช้บริการของสถาบัน และค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการที่สามารถคาดเดาได้ มีมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองคู่กรณีระหว่างการพิจารณา ความลับในการอนุญาโตตุลาการ การตรวจสอบคำชี้ขาดเพื่อให้สามารถบังคับตามคำชี้ขาดได้ ศาลภายในประเทศที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ สำหรับปัญหาในทางปฏิบัติของศาลในนานาประเทศนั้นมีสาเหตุหนึ่งศาลจะไม่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ คือสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้หากเห็นว่า การบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Contrary to public policy) ซึ่งเป็นการอ้างที่สอดคล้องกับหลัก

กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เช่นอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก มาตรา 5 วรรคสอง (b) และกฎหมายต้นแบบมาตรา 34(b)(ii) และมาตรา 36 (b)(ii)

อย่างไรก็ตาม ปัญหาความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น แบ่งได้เป็นสามระดับ คือระดับภายในประเทศ (Domestic public policy) ระดับระหว่างประเทศ (International public policy) และระดับข้ามชาติ (Transnational public policy) การที่ประเทศไทยมีความเติบโตทางด้านเศรษฐกิจเพิ่มขึ้นและการค้าการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศที่ดำเนินการภายในประเทศมากขึ้นและมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้นซึ่งหนทางคือการปฏิรูปกฎหมายภายในว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ ยังมีความบกพร่องและกระตุ้นให้ศาลภายในสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

หัสยา นุ่นแจ้ง¹¹ นำเสนอวิทยานิพนธ์เรื่อง “ระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย” งานวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์และไทย ซึ่งแต่ละประเทศต่างได้นำกฎหมายต้นแบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมาเป็นแบบอย่าง ในการจัดทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศตน และได้นำมาใช้ในระบบอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ

ผลการศึกษาพบว่า ทั้งประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทยต่างมีเป้าหมายเดียวกันในการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ และมีวัตถุประสงค์ในการที่จะพัฒนาระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของตนให้มีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับระดับสากล และเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศในกลุ่มอาเซียน แต่แม้ว่าทั้งประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์และไทยจะนำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการสหประชาชาติ (UNCITRAL) มาใช้เป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศตน และต่างเป็นภาคีของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ตลอดจนเป็นประเทศระบบเศรษฐกิจเสรีในอาเซียน แต่กระนั้นประเทศทั้งสามต่างมีวิธีที่แตกต่างกันในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งแต่ละประเทศมีวิธีการบริหารจัดการองค์กรที่แตกต่างกันรวมถึงนโยบายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการด้วย ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ประเทศสิงคโปร์มีข้อได้เปรียบ และวิธีการดำเนินการบริหารสถาบันอนุญาโตตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าประเทศมาเลเซียและประเทศไทย อันสืบเนื่องมาจากประเทศสิงคโปร์ได้เปรียบ

¹¹ หัสยา นุ่นแจ้ง, “ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เปรียบเทียบ : ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552).

ในด้านภาษา ประกอบกับประเทศสิงคโปร์มีระบบการจัดการที่ดีและรวดเร็วกว่าของประเทศมาเลเซีย และไทย นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์มีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้ศาลซึ่งเป็นข้อได้เปรียบที่แสดงให้เห็นนักลงทุนเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ปราศจากการแทรกแซงจากศาลโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ประเทศสิงคโปร์ยังมีปัจจัยสนับสนุนในการพัฒนาหลายประการ เช่นการมีรัฐบาลที่มีเสถียรภาพ มีกฎหมายที่เข้มแข็ง รวมถึงการสนับสนุนผู้ประกอบการวิชาชีพด้านอนุญาโตตุลาการในรูปแบบของการจัดหาที่ปรึกษาและการหาผู้มาเป็นอนุญาโตตุลาการจากทั่วโลก และที่สำคัญปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ได้มีการอนุญาตให้ต่างชาติมีอิสระในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ได้ ซึ่งต่างกับสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยและมาเลเซียที่ไม่ให้สิทธิให้ความต่างชาติเข้ามาทำการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ประกอบกับปัจจุบันประเทศไทยขาดความมั่นคงในระบบรัฐบาลอันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ต่างชาติมองว่าประเทศไทยมีระบบเศรษฐกิจและการเมืองที่ไม่มั่นคง นอกจากนี้ประเทศไทยขาดบุคลากรที่มีความชำนาญในด้านของภาษา และขาดการจัดการด้านเว็บไซต์ขององค์กรที่ดีจึงเป็นสาเหตุให้สถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศไทยไม่ได้รับการยอมรับจากต่างชาติเท่าที่ควร ส่วนประเทศมาเลเซียนั้นมีการพัฒนาแต่น้อยกว่าประเทศสิงคโปร์มากทั้งในเรื่องของภาษา ระบบเศรษฐกิจ ตลอดจนสภาพพื้นที่ที่ตั้งไม่เหมาะสมแก่การค้าในเชิงพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศสิงคโปร์ได้เปรียบกว่าประเทศมาเลเซียและประเทศไทยเป็นอย่างมาก

สิทธิชัย ด่านพัฒนามงคล¹² นำเสนอวิทยานิพนธ์เรื่อง “หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ” งานวิทยานิพนธ์เรื่องนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ว่ามีขอบเขตเพียงใด โดยศึกษาเปรียบเทียบกับหลักความเป็นอิสระของคู่ความในวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการการค้าระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นแนวทางในการศึกษา

ผลการศึกษาพบว่า ภายใต้กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL Model Law ได้ให้อำนาจคู่พิพาท (Party Autonomy) ในการที่จะกำหนดกระบวนการพิจารณาความ กฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับ และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามความประสงค์ของคู่พิพาทซึ่งอาจแตกต่างจากกระบวนการพิจารณาความแพ่งของประเทศที่

¹² สิทธิชัย ด่านพัฒนามงคล, “หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).

ดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตพื้นฐานของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับ การยอมรับตามกฎหมายระหว่างประเทศ มากกว่าจะขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง เช่น หลักการรับฟังพยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย (Due process) หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทช่วยสร้างความมั่นใจและส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศจะไม่ถูกแทรกแซงจากระบบกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม รัฐยังคงมีอำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของวิधिพิจารณาความ และความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) และเป็นเหตุให้ศาลสามารถที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีบทบัญญัติรองรับหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทไว้ในมาตรา 25 นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังได้ศึกษาถึงความเชื่อมโยงกันระหว่างขอบเขตของหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทกับทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory) และทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory) และได้แก่ ระบบ Common Law และ Civil Law

วรรณชัย บุญบำรุง¹³ นำเสนอแนวความคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสเปรียบเทียบเกี่ยวกับทฤษฎีความเป็นเอกเทศว่า จากแนวคิดทฤษฎีความเป็นเอกเทศที่ว่าวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่พัฒนามาจากทางปฏิบัติของนักธุรกิจที่สะดวกและเหมาะสมโดยไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแต่อย่างใด คู่กรณีมีอิสระในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท และวิधिพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการปฏิบัติเพื่อระงับข้อพิพาทไม่ใช่เกิดจากสัญญาหรืออำนาจของรัฐ ดังนั้น คู่กรณีอาจเลือกระบบกฎหมายภายในของรัฐใดหรือกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าหรือหลักความยุติธรรมโดยไม่ใช้หลักกฎหมายก็ได้ ไม่ต้องพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็ได้ จากความเห็นในทางทฤษฎีดังกล่าว

วรรณชัย บุญบำรุง ได้นำเสนอแนวความคิดในฐานะนักกฎหมายฝรั่งเศส ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องอำนาจรัฐไม่ใช่เป็นเรื่องสัญญาเพราะอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจตุลาการของรัฐโดยรัฐมีหน้าที่ทำให้กฎหมายมีความมั่นคง ไม่ได้มีหน้าที่แต่เพียงกำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชนในการอยู่ร่วมกันเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ทำให้สิทธิหน้าที่ดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นรูปธรรมได้ด้วย โดยการจัดตั้งองค์กรศาลซึ่งเป็นบริการสาธารณะของรัฐเพื่อตัดสินข้อพิพาท โดยมี

¹³ วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิधिพิจารณาความแพ่ง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 31-35.

คำพิพากษาซึ่งมีสภาพบังคับซึ่งหากไม่มีบริการสาธารณะในส่วนนี้แล้ว หากประชาชนมีข้อพิพาทก็อาจจะนำไปสู่การระงับข้อพิพาทโดยการใช้กำลัง หรือการตั้งศาลเตี้ย ทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเราจะผูกขาดการใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจหนึ่งในสามอำนาจของอำนาจอธิปไตยของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยก็ตาม โดยปัจจุบันจะไม่ตัดศาลของเอกชนเหมือนเช่นในสมัยอดีต ยกเว้นในบางประเทศซึ่งยังคงมีศาลของเอกชนอยู่ก็ตาม รัฐก็ได้ยินยอมจำกัดอำนาจของตนในเรื่องอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐต้องควบคุมการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา โดยเฉพาะสิทธิฟังความสองฝ่ายและเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการหากมีการฝ่าฝืน คู่พิพาทสามารถนำคดีมาสู่ศาลได้ซึ่งเป็นเรื่องปัญหาความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพราะว่าเป็นการยกเว้นอำนาจของศาล โดยอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการแทน ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงได้บัญญัติว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา และมาตรา 40 วรรคสาม (1)(ง) ให้อำนาจศาลเพิกถอนคำชี้ขาดข้อพิพาทที่เกินขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำขอของคู่พิพาท นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเพียงรับฟังข้อเท็จจริงและปรับเข้ากับข้อกฎหมายเพื่อชี้ขาดข้อพิพาท แต่ไม่มีอำนาจบังคับกับเนื้อตัวร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของคู่พิพาท เช่นการออกหมายเรียกพยานหรือบังคับตามคำชี้ขาด และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด เพราะเป็นอำนาจของรัฐโดยแท้ ดังนั้น หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ใช่มีที่มาจากพื้นฐานของสัญญาเพราะการกำหนดกระบวนการพิจารณาดังกล่าวไม่แตกต่างจากการดำเนินคดีในศาลตามหลักความประสงค์ของคู่ความ

กัญญา อติโต¹⁴ นำเสนอวิทยานิพนธ์เรื่อง “บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริง งานวิทยานิพนธ์เรื่องนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาบทบาทสำคัญของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท การดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความยืดหยุ่นมากกว่าศาล อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเคร่งครัดกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเหมือนกระบวนการในศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถปรับให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละกรณีได้โดยมีหลักการสำคัญว่าหากไม่มีความตกลงของคู่พิพาทให้ถือเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ แต่ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยอนุญาโตตุลาการต้องมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างกระตือรือร้นหรือเชิงรุก (Active role) โดยมีการรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางหรือปราศจากอคติ (Impartiality) อนุญาโตตุลาการต้องให้ออกาสคู่พิพาท

¹⁴ กัญญา อติโต, “บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

ทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา การวิจัยเป็นการศึกษาเปรียบเทียบบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริง ระหว่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า ในระบบของการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ คือ 1) ระบบคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งระบบ Common law อยู่ภายใต้การดำเนินการของคู่พิพาทจึงต้องเปิดเผยความมีอยู่ของเอกสารที่เกี่ยวข้องประเด็น ขอบเขตของการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่คู่พิพาทตกลงกัน คู่พิพาทจะเป็นผู้ดำเนินการโดยนำเสนอพยานหลักฐานและเน้นในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา โดยคำให้การพยานอยู่ภายใต้การสาบานและอนุญาโตตุลาการวางตัวเป็นคนกลางในการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง ส่วนระบบ Civil law ให้มีการแลกเปลี่ยนกันอย่างเต็มที่ของเอกสาร เน้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเอกสาร อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่กำหนดประเด็นหลังจากยื่นพยานเอกสารหลักฐาน อนุญาโตตุลาการให้คุณค่าพยานเอกสาร ความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร คำให้การด้วยวาจาเป็นพยานที่มีน้ำหนักน้อย และอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงในเชิงรุก (Active role) ซึ่งทั้งสองระบบได้มีการผสมผสานกันในการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง ในส่วนการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการไทยนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะนำต้นแบบมาจาก UNCITRAL Model Law ค.ศ. 1985 แต่ในทางปฏิบัติพบว่า ความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ประกอบกับระเบียบข้อบังคับที่ใช้ในสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นไปในแนวทางเดียวกับวิธีพิจารณาความแพ่งในศาลซึ่งเป็นระบบกล่าวหาหรือทำนองเดียวกับศาล การดำเนินการค้นหาข้อเท็จจริง อนุญาโตตุลาการต้องให้โอกาสคู่พิพาทอย่างเต็มที่ในการเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้าง ข้อคัดค้านของคู่พิพาท หากมีความจำเป็นต้องมีการนำพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม อนุญาโตตุลาการก็สามารถทำการเรียกพยานหลักฐานมาสืบหรือสอบปากคำเพิ่มเติมได้ ซึ่งบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่การเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ เป็นแต่เพียงการเข้าไปช่วยเหลือคู่พิพาทในการค้นหาความจริงอย่างเท่าเทียมกันเนื่องจากอนุญาโตตุลาการต้องวางตัวเป็นกลาง

สมบัติ พงษ์พิงศภัค¹⁵ .ในงานวิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิตเรื่อง การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยสู่มาตรฐานสากล งานวิทยานิพนธ์เรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์มาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง หรือระบบวิธีพิจารณา

¹⁵ สมบัติ พงษ์พิงศภัค, “การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยสู่มาตรฐานสากล,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

ความแฟงใน 3 มิติ คือ 1) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง 2) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม และ 3) มิติด้านค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงความยุติธรรม และศึกษาวิเคราะห์ว่าการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการ และมาตรฐานสากลหรือไม่เพียงใด มีปัญหาอุปสรรคอย่างไร การวิจัยเป็นการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย สังคมวิทยากฎหมาย และกฎหมายเปรียบเทียบ รวมทั้งในฐานะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นแกนกลางในการบริหารจัดการระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง ทั้งนี้เพื่อพัฒนาแนวคิด หลักเกณฑ์พื้นฐานระหว่างหลักการรักษาความเป็นธรรมและความมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาท โดยศึกษาภาพรวมของการพัฒนาในอดีต และเทียบเคียงกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยที่มีความเจริญก้าวหน้าที่มีอิทธิพลต่อแนวคิด และหลักเกณฑ์พื้นฐานของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยในอดีต ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น และนำเอาทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดกระบวนการพิจารณาความแพ่งที่ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ คือการดำเนินการของสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) สหภาพยุโรป (European Union/EU) และสถาบันกฎหมายอเมริกันกับสถาบันระหว่างประเทศเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายเอกชน

ผลการศึกษาพบว่า มาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งแบ่งออกเป็น 3 มิติ อันได้แก่ 1) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง 2) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม และ 3) มิติด้านค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงความยุติธรรมมีความเกี่ยวเนื่องกันและไม่อาจให้ความสำคัญเพียงมิติใดมิติหนึ่งได้ ความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงจะเกิดขึ้นเมื่อเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสมและมีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม กระบวนการพิจารณาที่ล่าช้าอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการค้นหาความจริงและมีค่าใช้จ่ายที่เกินสมควร ค่าใช้จ่ายที่เกินสมควรอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการค้นหาความจริง รวมทั้งความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดีและการบังคับคดีได้เช่นกัน มาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง หรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งทั้ง 3 มิติ เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของแนวทางการปรับปรุงพัฒนาการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to justice) ซึ่งเกิดจากนโยบายสังคมและกระแสสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นทั้งในระบบกฎหมายภายในและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและระบบกฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษาวิจัยพบว่า ระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง และไม่สอดคล้องกับสถานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีปัญหาต่าง ๆ ที่สมควรได้รับ

การแก้ไข ได้แก่ ปัญหาความสับสนในระบบกฎหมายในการค้นหาความจริงว่าเป็นระบบกฎหมาย Common law หรือ Civil law ปัญหาแนวปฏิบัติของผู้พิพากษา และคู่ความในกระบวนการพิจารณาที่ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายในการค้นหาความจริง ปัญหากระบวนการพิจารณาที่ผิดแผกแตกต่างไป และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยไม่ได้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นแกนกลาง ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดจากระบบการอุทธรณ์ ฎีกา ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดจากคดีค้างในศาลสูง ปัญหาความล่าช้าในการบังคับคดีที่เกิดจากการใช้และการตีความกฎหมาย ปัญหาความล่าช้าในการบังคับคดีที่เกิดจากตัวบทบัญญัติกฎหมาย ปัญหาการดำเนินคดีในศาลและคดีไม่มีข้อยุ่งยากที่มีค่าใช้จ่ายสูง และปัญหาผู้ที่ไม่สามารถเสียค่าธรรมเนียมศาลได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่อาจขอให้ศาลแต่งตั้งทนายความในการฟ้องหรือต่อสู้คดีได้

โพนณี ไชวงษา 2546¹⁶ นำเสนอนิพนธ์เรื่อง “การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทย-ลาว” งานนิพนธ์เรื่องนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับประเทศลาว โดยศึกษาประวัติและพัฒนาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ได้แก่ โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol on Arbitration Clause, League of Nations, 1923) อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 ว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Geneva Convention on Execution of Foreign Awards, League of Nations, 1927) และอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nation New York 1958) เปรียบเทียบกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามกฎหมายของประเทศไทยและประเทศลาว ตลอดจนวิเคราะห์ข้อดี ข้อเสียในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ อันเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับในระดับสากล

¹⁶ โพนณี ไชวงษา, “การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศึกษาเปรียบเทียบตามกฎหมายไทย-ลาว,” (นิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

ผลการศึกษาวินิจฉัยพบว่า ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมแพร่หลายเนื่องจากเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย จึงมีลักษณะยืดหยุ่นสามารถปรับให้เข้ากับความต้องการทางธุรกิจแต่ละประเภทได้ มีความสะดวก รวดเร็วกว่าการดำเนินคดีในศาลและมีบรรยากาศที่เป็นมิตร สามารถรักษาความลับทางการค้าได้ดี โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการปรับปรุงเกี่ยวกับบทบัญญัติการบังคับตาม คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้อย่างชัดเจนและทันสมัยเหมาะสมกับระบบอนุญาโตตุลาการ ที่เป็นมาตรฐานสากล ส่วนกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศลาวในเรื่องการยอมรับและบังคับ ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศยังไม่มีข้อความชัดเจน ทั้งในเรื่องเขตอำนาจศาลในการ พิจารณาคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และบทบัญญัติในส่วนที่ เกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นที่ประเทศ ลาวจะต้องพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการให้มีมาตรฐานและได้รับการยอมรับในระดับ สังคมโลก

1.7.2 ภาษาต่างประเทศ

1) งานวิจัยของสมาคมหอการค้านานาชาติ ICC Commission on Arbitration and ADR report-Task Force on Decision as to costs-Final Draft April 2015¹⁷ คณะทำงาน ของสมาคมหอการค้านานาชาติในเรื่องการวิเคราะห์ปัญหาและหาแนวทางแก้ไข ปัญหาการ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็น ประกอบด้วยผู้แทนของ สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลก นักวิชาการ ทนายความด้านการอนุญาโตตุลาการ พบว่า สาเหตุของความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่สูงมีสาเหตุจากการใช้ระยะเวลาการสืบพยานมากเกินความ จำเป็น อ่างพยานเอกสารจำนวนมาก ขาดการบริหารจัดการคดีและการควบคุมกระบวนการ พิจารณา ซึ่งจากการวิจัยได้วิเคราะห์แนวปฏิบัติและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของโลก ดังกล่าวในการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และการนำหลักการเรื่อง cost allocation มาปรับใช้เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

2) White & Case and Queen Mary University of London¹⁸ ในงานวิจัย เรื่อง “Improvements and Innovations in International Arbitration” (2015) พบว่าการดำเนินการ อนุญาโตตุลาการในปัจจุบันใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายสูง ซึ่งเป็นประเด็นที่คู่พิพาทไม่พึงพอใจและถือ

¹⁷ ICC Commission on Arbitration and ADR, Task Force on Decision as to Cost, Report Final Draft April 2015.

¹⁸ QMUL research, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015.

เป็นปัจจัยในการพิจารณาเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยพบว่า ความล่าช้าเกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ฟุ่มเฟือย อนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) ในการควบคุมกระบวนการ มีค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการนำสืบพยานเอกสารจำนวนมาก โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับสูงที่สุดใน 5 อันดับได้แก่ ICC, LCIA, HKIAC, SIAC และ SCC

3) ICC Commission on Arbitration, Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration¹⁹ ได้มีการนำเสนอแนวปฏิบัติและเทคนิคต่าง ๆ ในการที่จะควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

4) สมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติ (International Bar Association: IBA) งานวิจัยเรื่อง สภาพการณ์และอนาคตของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในมุมมองระดับภูมิภาค (The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives)²⁰ งานวิจัยมีวัตถุประสงค์ในการประเมินเกี่ยวกับ แนวโน้มการพัฒนาและอุปสรรคต่อกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ วิธีการวิจัยเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพโดยเก็บรวบรวมข้อมูลจากแบบสอบถามและการสัมภาษณ์อนุญาโตตุลาการ นักกฎหมาย นักวิชาการ และทนายความด้านการอนุญาโตตุลาการ ในแต่ละภูมิภาค รวม 6 ภูมิภาค มากกว่า 40 ประเทศ ได้แก่

- 1) ยุโรป (Europe)
- 2) อเมริกาเหนือ (North America)
- 3) เอเชียแปซิฟิก (Asia –Pacific)
- 4) ลาตินอเมริกา (Latin America)
- 5) แอฟริกา (Africa)
- 6) แอฟริกาเหนือ-ตะวันออกตอนกลาง (Middle East and North Africa)

ผลการศึกษาพบว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องในการนำมาใช้ระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ มีความเป็นสากลและมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (harmonization) และมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในระดับภูมิภาค ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศต่างแข่งขันกันเพื่อให้ได้รับการยอมรับในระดับสากล จึงมีการพัฒนาด้านการบริหารจัดการคดี (Case management) และนำเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) เข้ามาสนับสนุนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยสถาบัน ICC, LCIA ยังคงได้รับความนิยมอย่างต่อเนื่องในฐานะที่เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Seat of arbitration) ในภูมิภาคยุโรป และลาตินอเมริกา ส่วนสถาบัน SIAC

¹⁹ Report from the ICC Commission on Arbitration April 2015.

²⁰ International Bar Association, The global voice of the legal profession

ของประเทศสิงคโปร์ได้รับการยอมรับในระดับสากลถือเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก

การวิจัยยังพบว่า ปัจจัยที่เป็นตัวชี้วัดการพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีความสอดคล้องและเป็นสากล การให้อิสระแก่คู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณา (Party Autonomy) คำชี้ขาดมีคุณภาพ สามารถบังคับได้และไม่ถูกเพิกถอน การดำเนินกระบวนการมีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม ผู้เชี่ยวชาญ ความเป็นกลางของสถาบันและอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการเป็นความลับ ส่วนปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ กฎหมายและทัศนคติของศาลที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ ใช้ระยะเวลาและมีค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็น ข้อจำกัดในการเลือกอนุญาโตตุลาการ เช่น ขาดแคลนอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญ ปัญหาเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาด การแทรกแซงของศาลในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และความโปร่งใส

5) Laurent Jaeger and Orrick Rambaud Martel, ใน Reducing Time and Cost²¹ ได้นำเสนอแนวความคิด ในเรื่องการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการว่ามีลักษณะที่เป็นไปตามทฤษฎี กลไกตลาด (Market forces theory) ตามสมการของลักษณะการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คำเสนอ และคำสนอง และการแข่งขัน (Offer and demand, competition) และปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อตลาดการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ บริษัทที่ปรึกษากฎหมาย (Law firms) อนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Centre) ซึ่งล้วนอยู่ในตลาดของการแข่งขัน (Competing for cases, for appointment, for a share of the cases)

7) Fabricio Fortese and Lotta Hemmi; Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration²² เป็นการศึกษาถึงดุลยภาพระหว่างหลักความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Due process of law) กับความมีประสิทธิภาพของกระบวนการในการใช้เวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับระบบกฎหมาย Common law และ Civil Law เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องในการนำมาวินิจฉัยทำคำชี้ขาดที่มีคุณภาพ (Quality of Award)

²¹ International Arbitration 24 July 2012.

²² Fabricio Fortese and Lotta Hemmi, "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration," *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, pp. 110-124, (2015).

8) David W. Rivkin and Samantha J. Rowe; ใน the Role of the Tribunal in controlling Arbitral Cost²³ เป็นการศึกษาวิจัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการนานาชาติในการศึกษาถึงบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ทั้งบทบาทที่เป็นอำนาจทั่วไป อำนาจที่มีจากข้อตกลงของคู่พิพาท และอำนาจตามกฎหมายและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในเชิงรุก (Active role) เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย โดยการศึกษาวิจัยพบความสัมพันธ์ระหว่างบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณากับระบบกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ระบบ Common Law และ Civil Law ที่มีอิทธิพลต่อการแสดงบทบาทของอนุญาโตตุลาการในเชิงรุก (Active role) และเชิงรับ (Passive role) ในลักษณะเดียวกับบทบาทของศาลในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล

²³ “Mediation and Dispute Management,” The International Journal of Arbitration, No. 2, Vol. 18, pp. 116-130. (May 2015).

บทที่ 2

ทฤษฎี ลักษณะทั่วไป วิวัฒนาการและการพัฒนา กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมแพร่หลายในโลกยุคเศรษฐกิจไร้พรมแดน โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาททางการค้าพาณิชย์และการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีป้อมเกิดมาจากหลักกฎหมาย “เรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา” (Party Autonomy) ซึ่งคู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาว่า “ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคต อันสืบเนื่องมาจากสัญญาให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement)” โดยคู่พิพาทมีสิทธิเลือกผู้ตัดสินซึ่งก็คืออนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) และสามารถเลือกใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดกับข้อพิพาทของตนก็ได้ (Substantive Applicable Law) ตลอดจนสามารถเลือกระบบกฎหมายที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาได้ ทำให้การอนุญาโตตุลาการ มีความยืดหยุ่น (Flexible) จึงสามารถตอบสนองความต้องการของคู่พิพาทได้มากกว่าการดำเนินคดีในศาล (Litigation) โดยเฉพาะคู่สัญญาที่เป็นคนต่างสัญชาติ ต่างระบบกฎหมาย หรือใช้ภาษาที่แตกต่างกัน หากต้องนำข้อพิพาทมาฟ้องยังศาลของประเทศที่ลงทุนก็อาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มั่นใจในระบบกฎหมายและความเป็นกลางของศาลได้ ไม่นับรวมข้อได้เปรียบอื่น ๆ เช่น ผู้ตัดสินเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาท ความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย กระบวนการเป็นความลับ รักษาความสัมพันธ์ของคู่สัญญา และที่สำคัญสามารถบังคับคดีได้ในหลายประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; New York Convention 1958) ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ จึงได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศทั้งในรูปมาตรฐานการปฏิบัติ (Guide line) กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อตอบสนองต่อการขยายตัวของเศรษฐกิจโลก และการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้นและเข้าสู่ยุคไร้พรมแดน ปัจจุบันเกือบทุกประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยมีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมของประเทศว่าได้มาตรฐานสากลทัดเทียม กับนานาประเทศ อันจะนำไปสู่การพัฒนาด้านการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ และการถ่ายโอนเทคโนโลยี

บทที่ 2 เป็นการศึกษาถึง ความหมาย แนวความคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการ และการพัฒนา กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เพื่อสร้างความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับ ลักษณะ และองค์ประกอบของระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Essential Characteristics of International Commercial Arbitration)

2.1 วิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างประชาชนในสังคมโดยมีคนกลางเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดที่มีการพัฒนามาก่อนที่จะมีระบบการพิจารณาตัดสินคดีโดยศาล ต่อมาได้รับความนิยมในหมู่พ่อค้าวานิชจึงมีการพัฒนาหลักกฎหมายในลักษณะธรรมเนียมทางการค้า เมื่อมีการขยายตัวทางการค้าและการลงทุนในยุคเสรีนิยมจึงเกิดการพัฒนาเพื่อสร้างกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญา หรือแนวปฏิบัติสากลอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีวิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องในแต่ละยุคสมัย ดังนี้

2.1.1 ประวัติและวิวัฒนาการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างเอกชนกับเอกชนที่เกิดขึ้นและมีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ยุคที่มนุษย์มีการรวมตัวกันเป็นชนเผ่า ชุมชนและสังคม โดยถือว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนการมีระบบกฎหมายและองค์กรศาล แต่ไม่มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรยืนยันแน่ชัดว่าการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนี้เริ่มมีขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่เมื่อใดและที่ใด¹ แต่พบหลักฐานยืนยันว่าชาวสุเมเรียน² ในอาณาจักรซูเมอร์ซึ่งอยู่ในดินแดนเมโสโปเตเมียมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างเอกชน³ และเมื่อประมาณ 3,000 ปีก่อน

¹ Earl S. Wolaver, "The History Background of Commercial Arbitration," *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 132-133, (December, 1934).

² The Sumerian Code of Hammurabi (2100 BC) was promulgated in Babylon, and under the Code it was the duty of the sovereign to administer justice through arbitration, see also ASLI Asian Law Institute, Working Paper Series No.009, p. 2.

³ เสาวนีย์ อัสวโจจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 19-21.

คริสตกาล ชาวฟินิเซียน (Phoenician) ซึ่งมีรากฐานมาจากชาวเมโสโปเตเมียซึ่งเชี่ยวชาญการเดินทางเรือ และการค้าเป็นผู้นำอารยธรรมจากตะวันออกไปยังดินแดนต่าง ๆ ในมหาสมุทรแอตแลนติกและอังกฤษ เป็นพวกแรก ได้นำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอันเกิดจากการค้าทางทะเล (Maritime disputes) กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงถือว่าเป็นวิธีการและธรรมเนียมปฏิบัติในการระงับข้อพิพาททางการค้าสำหรับพ่อค้าวาณิชในยุคคนั้นโดยเฉพาะ วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในยุคนี้จึงมีที่มาจากธรรมเนียมทางการค้า (Trade Usages) ของพ่อค้าวาณิชด้วยกันเองมิใช่เกิดจากนักกฎหมาย การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายสิบสองโต๊ะ สมัยจักรวรรดิโรมัน (453 ปีก่อนคริสตกาล) ซึ่งนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 4 โต๊ะที่ 8 บัญญัติว่า ให้มีคนกลางสามคนเป็นอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดิน⁴ การอนุญาโตตุลาการเริ่มได้รับความนิยมแพร่หลายในทวีปยุโรปในช่วงยุคกลาง (Middle Ages) และในศตวรรษที่ 15 ถึง 16 การอนุญาโตตุลาการถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับเขตแดนประเทศอาณานิคมของกลุ่มประเทศจักรวรรดินิยม โดยมีพระสันตะปาปาเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท เช่น ในปี ค.ศ. 1493 พระสันตะปาปาอเล็กซานเดอร์ ที่ 6 ทรงเป็นอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตแดนอาณานิคม ระหว่างจักรวรรดิโปรตุเกส และจักรวรรดิสเปนในมหาสมุทรแปซิฟิก อย่างไรก็ตาม ในยุคนี้การพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงมีอุปสรรค มีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับแนวคิดและวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นปฏิบัติกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐ ในปี ค.ศ. 1609 เอ็ดเว็ด คูก (Sir Edward Cook) มีคำพิพากษาว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) หรือข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการขัดต่อกฎหมายและเป็นโมฆะ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1836 แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

⁴ Edna Sussman and John Wilkinson, “Benefit of Arbitration for Commercial Disputes,” *Arbitration International*, Issue 3 Vol. 29, p. 1, (2016); Retrieve Law IV Table 8 “If any persons are in possession of adjoining fields, and a dispute arises with reference to the boundaries of the same, the Praetor shall appoint three arbiters, who shall take cognizance of the case, and after the boundaries have been established, he shall assign to each party that to which he is entitled.” ดู อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 76-77.

แต่ผู้พิพากษายังมีแนวคิดที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลและต้องถูกตรวจสอบเสมือนว่าเป็นกรณีที่ยังไม่เคยถูกตรวจสอบมาก่อน⁵ การที่ไม่มีกฎหมายรองรับการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการถือเป็นอุปสรรคและเป็นข้อด้อยในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในยุคนี้ ดังจะเห็นได้จากการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1697 ของประเทศอังกฤษ (English Arbitration Act 1697) มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้คู่พิพาทถอนความยินยอมในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการภายหลังที่มีการชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว แต่กระนั้นก็ตาม กระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ยังเป็นที่นิยมในการนำมาใช้ระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนดังที่ปรากฏหลักฐานในพินัยกรรมของ George Washington ที่มีการกำหนดไว้ในพินัยกรรมว่า “ข้อพิพาทใด ๆ อันสืบเนื่องมาจากการตีความถ้อยคำในพินัยกรรมให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ 3 คน”⁶

วิวัฒนาการด้านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในยุคสมัยใหม่ (Modern era) มีที่มาจากการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ ที่นิยมเรียกว่า “The Alabama Claims Arbitration” เป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นภายหลังสงครามกลางเมืองอเมริกา (American Civil War : ค.ศ. 1861-1865) ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกายื่นข้อเรียกร้องให้ประเทศอังกฤษชดใช้ค่าเสียหายฐานผิดสัญญาความเป็นกลางภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศโดยการอนุญาตให้มีการก่อสร้างเรือ CSS Alabama ของฝ่ายตรงข้ามพร้อมให้บริการการฝึกอบรบและให้ความรู้ในประเทศอังกฤษ ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่สหพันธ์พ่อค้าทางทะเลและกองทัพเรือสหรัฐอเมริกา หลังจากการเจรจาทางการทูตล้มเหลว ทั้งสองฝ่ายตกลง

⁵ BL. Benson, “An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States,” Journal of Law, Economics and Organization, No. 479, Vol. 11, p. 484,(1995).

⁶ “My Will and Direction expressly is that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided three-important and intelligent men, known for their probity and good understanding two be chosen by the disputants-each having the choice of one –and the third by those two. Which three men thus chosen, shall unfetter by law, or legal constructions, declare their sense of the testators intention; and such decision is, to all intents and purpose to be as binding on the parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States.Cited www.gwpapers.virginia.edu/documents/will/text.html.

กันภายใต้สนธิสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1871 (Treaty of Washington 1871) ซึ่งมีการลงนามและให้สัตยาบันระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษในการระงับข้อพิพาทระหว่างทั้งสองประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงการระงับข้อพิพาท “Alabama Claim” โดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์⁷ และคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาท ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1872 ให้ประเทศอังกฤษชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับความเสียหายที่เป็นผลโดยตรง เป็นเงิน 15.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ส่วนค่าเสียหายที่ไม่ใช่ผลโดยตรงให้ยกข้อเรียกร้อง⁸ การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ กรณีข้อเรียกร้อง Alabama Claims ทำให้การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับและก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศในยุคนั้น ได้แก่ สนธิสัญญากรุงเฮก ค.ศ. 1899-1907 (The Hague Convention 1899-1907) ซึ่งเป็นที่มาในการก่อตั้ง ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration : PCA)⁹

2.1.2 กฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

2.1.2.1 ยุคต้นศตวรรษที่ 20 (Early 20th Century: The Birth of Globalization and International Law)

วิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 เปลี่ยนผ่านสู่ศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นยุคที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะในทวีปยุโรป กระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการอนุญาโต

⁷The arbitrator appointment process was relatively straightforward but interesting: one shall be named by the Britannic Majesty; one shall be named by the president of the United States; His Majesty the King of Italy shall be requested to name one; The president of the Swiss Confederation shall be requested to name one and His Majesty the Emperor of Brazil shall be requested to name one.

⁸S. Hilmer, “The Alabama claims-The origin of international Arbitration,” *Asian Dispute Review*, 3, pp. 87-89, (July 2008).

⁹ เป็นองค์กระหว่างประเทศตั้งอยู่ที่กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ก่อตั้งโดยสนธิสัญญา The Hague Convention 1899-1907 ในปี ค.ศ. 1899 ในการประชุมสันติภาพเฮกครั้งแรก โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทในสังคมนระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐ หน่วยการปกครองของรัฐ (State entity) องค์การระหว่างประเทศ และภาคีเอกชน ดูใน www.pca-cpa.org

ตุลาการได้รับการยอมรับและได้รับความนิยมนำไปใช้ในสังคมการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงในทวีปยุโรปหลายแห่งก่อตั้งขึ้นในในศตวรรษที่ 19 โดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration; LCIA) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1892 ตามด้วยการก่อตั้งสถาบัน Chartered Institute of Arbitration (Ciarb) ในปี ค.ศ. 1915 โดยมีสมาชิกซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลก ส่งเสริมการฝึกอบรม จัดสัมมนา ให้ความรู้และเผยแพร่การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะด้านการอนุญาโตตุลาการ สมาคมหอการค้านานาชาติ (The international Chamber of Commerce; ICC) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1919 โดยกลุ่มสมาคมนักธุรกิจระหว่างประเทศ และในปี ค.ศ. 1923 จึงมีการก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (The ICC International Court of Arbitration) ซึ่งมีพันธกิจ (Mission) ในการส่งเสริมความเจริญทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการให้บริการและส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ การจัดประชุมใหญ่หลายครั้ง (Various ICC congresses) ของสมาคมหอการค้านานาชาติก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการในระดับระหว่างประเทศ เกี่ยวกับสภาพบังคับทางกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (The recognition of arbitration agreements and awards)¹⁰ ส่งผลให้เกิดการพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดขึ้นเป็นฉบับแรก (The first genuine international treaty) โดยการริเริ่มของสันนิบาตชาติ (The League of Nation) และโดยการสนับสนุนของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of

¹⁰ Such resolution was adopted at an ICC Congress in Rome in March 1923 “The international Chamber of Commerce considered that for the purpose indicated in the proceeding resolutions it is desirable that one or more international conventions should be negotiated with the least possible delay, to embrace the largest possible number of States, particularly those of commercial importance. Such conventions should pledge the contracting States to recognize and make effective arbitration clauses in international commercial contracts, and to provide that if two parties of different nationalities agree to refer disputes that may arise between them to arbitration, an action brought by either party in any country shall be stayed by the Court, provided that the Court is satisfied that the other party is, and has been, willing to carry out the arbitration. See also, Simon Greenberg, Christopher Kee, and Romesh Weeramantry, *International Commercial Arbitration : An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, Australia, p. 7

Commerce; ICC) ได้แก่ โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol on Arbitration Clause, League of Nation, 1923)

(1) โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol on Arbitration Clause, League of Nation, 1923)

ประวัติความเป็นมา

โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Geneva Protocol 1923) ได้จัดทำขึ้นโดยการริเริ่มของสันนิบาตชาติ (The League of Nation) โดยการสนับสนุนของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce; ICC) ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 อันเป็นความตกลงพหุภาคีเพื่อให้รัฐภาคียอมรับบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงที่ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือข้อพิพาทซึ่งอาจเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการทำสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

หลักเกณฑ์ในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923

ข้อ 1. กำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ยอมรับความสมบูรณ์ของข้อตกลงการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตระหว่างคู่กรณีในการบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการจะทำได้ในประเทศที่คู่กรณีอยู่ในบังคับหรือไม่

ข้อ 2. กำหนดให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายที่คู่กรณีตกลงกันหรือกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

ข้อ 3. กำหนดให้รัฐภาคียอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำการชี้ขาดในประเทศของตนจะได้รับการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้น

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าโปรโตคอลเจนีวา (Geneva Protocol 1923) กำหนดพันธกรณีว่า รัฐภาคีจะปฏิเสธความสมบูรณ์ของข้อตกลงการมอบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดไม่ได้ อันเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ และรัฐภาคีจะปฏิเสธความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวโดยอาศัยแต่เพียงเหตุว่าคู่สัญญาเป็นคนต่างชาติไม่ได้ อันเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory treatment) เท่านั้น โดยไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ไว้แต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาข้อ 2 ที่กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดและข้อ 3 ที่กำหนดให้รัฐภาคีใช้กฎหมายภายในของรัฐบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่กระทำในดินแดนของรัฐนั้น จึงถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดในประเทศใด ก็เป็นอนุญาโตตุลาการภายในของประเทศนั้น อันเป็นการใช้หลักดินแดนหรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของ

การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ด้วยเหตุว่าอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาและชี้ขาดในประเทศใดก็ต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจึงเป็นการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ

ปัญหาและประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อให้การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

แม้โปรโตคอลเจนีวาว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) จะเป็นการก่อตั้งขึ้นมาของอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศในศตวรรษนี้ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในยุคนั้นศาลถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายตรงข้ามที่จำกัดอำนาจศาล ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงยังมีปัญหาในการใช้โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 เนื่องจากยังมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติของคู่กรณี คือคู่กรณีจะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการร้องขอบังคับคำชี้ขาดเท่านั้นซึ่งประเทศที่เป็นรัฐภาคีต่างก็มีกระบวนการพิจารณาในการบังคับตามคำชี้ขาดที่แตกต่างกัน จึงเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign arbitral award) ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงโดยอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Geneva Convention on Execution of Foreign Award League Nation, 1927; Geneva Convention 1927)

(2) อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention on Execution of Foreign Award League Nation, 1927; Geneva Convention 1927)

ประวัติความเป็นมา

อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 ว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจัดทำโดยสันนิบาตชาติ (League of Nation) ซึ่งเป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อเสริมโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) ดังนั้น ประเทศที่เป็นภาคีของ Geneva Protocol 1923 แล้วเท่านั้นจึงมีสิทธิเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 ได้และส่งผลให้อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 และโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ต้องใช้ควบคู่กันเสมอ โดยอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 มาตรา 1 วรรคแรก กำหนดให้รัฐภาคีต้องยอมรับว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามข้อตกลง ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 มีผลผูกพันคู่กรณีและต้องบังคับคำชี้ขาดนั้นตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความของรัฐภาคีที่คู่กรณีร้องขอให้บังคับคำชี้ขาด ถ้าการอนุญาโตตุลาการนั้นได้ทำในดินแดนของรัฐภาคีและคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนอยู่ในบังคับของรัฐภาคี

ด้วย ส่วนมาตรา 1 วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขการบังคับคำชี้ขาดซึ่งผู้ขอบังคับต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดมีลักษณะครบถ้วนตามที่ระบุไว้ใน (a)-(e) และมาตรา 2 เป็นเงื่อนไขที่ศาลจะยกขึ้นเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

จึงเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ไม่ได้ให้คำนิยามของ “อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ไว้เช่นเดียวกับโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) แต่เมื่อพิจารณามาตรา 1 และมาตรา 2 ประกอบกับชื่ออนุสัญญาที่ใช้คำว่า “การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” (Execution of Foreign Arbitral Awards) ย่อมแสดงว่าจะใช้อนุสัญญาฉบับนี้ก็ต่อเมื่อคำชี้ขาดนั้นมีลักษณะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และเมื่ออนุสัญญาฉบับนี้ทำขึ้นมาเพื่อเสริมโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 จึงถือว่าใช้หลักดินแดนเป็นเกณฑ์ ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ตามความหมายของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) จึงหมายถึงคำชี้ขาดที่สร้างขึ้นในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่มีการร้องขอให้มีการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927

การยื่นคำร้องและองค์ประกอบของคำร้อง

การขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ผู้ขอให้บังคับต้องปฏิบัติตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “คู่ความฝ่ายที่ขออาศัยคำชี้ขาดหรือขอให้บังคับคำชี้ขาดนั้นจะต้องแสดงหลักฐานได้แก่

1. ต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องตามความต้องการแห่งกฎหมายของประเทศที่ได้ทำคำชี้ขาด

2. เอกสารหรือพยานอื่น ๆ เพื่อพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้ว ตามความหมายที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 (2) ของประเทศที่ได้ทำคำชี้ขาด

3. เอกสารหรือเอกสารอื่น ๆ ในกรณีที่จำเป็นเพื่อพิสูจน์ว่าบรรดาเงื่อนไขที่วางไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง วรรคสอง (a) และ (c) ได้รับการปฏิบัติแล้วโดยสมบูรณ์

ถ้าจะเรียกเอาคำแปลคำชี้ขาดและเอกสารอื่น ๆ ที่กล่าวมาในมาตรานี้เป็นภาษาทางราชการของประเทศที่ขอให้บังคับคำชี้ขาดนั้นก็ได้อีก คำแปลเช่นนี้จะต้องได้รับการรับรองว่าถูกต้องจากพนักงานทูตหรือกงสุลของประเทศเจ้าสังกัดของคู่ความฝ่ายที่ขออาศัยคำชี้ขาดนั้นหรือจากผู้แปลที่ได้สาบานตัวแล้ว ของประเทศในถิ่นที่ขออาศัยคำชี้ขาดนั้น

ตามมาตรา 4 ผู้ขอให้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 จะต้องแสดงต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องของคำชี้ขาด ถ้าคำชี้

ขาดทำเป็นภาษาต่างประเทศก็ต้องเสนอคำแปลเป็นภาษาของประเทศนั้นด้วย นอกจากนี้ยังต้องนำพยานหลักฐานอื่นมาพิสูจน์ต่อศาลอีกว่า

1) คำชี้ขาดนั้นถึงที่สุด (final) แล้วตามความหมายที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 (d) ที่บัญญัติว่า คำชี้ขาดถึงที่สุดเมื่อไม่สามารถที่จะร้องคัดค้านอุทธรณ์หรือฎีกาในประเทศที่ทำคำชี้ขาดได้อีก

2) คำชี้ขาดนั้นอยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) และได้ทำขึ้นตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ตลอดจนมีองค์คณะอนุญาโตตุลาการที่ชอบด้วยกฎหมายที่บังคับกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการด้วย

เมื่อแสดงเอกสารต่าง ๆ ตามมาตรา 4 แล้ว ผู้ขอบังคับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของมาตรา 1 วรรคสอง โดยต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดของตนมีลักษณะครบถ้วนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1 วรรคสอง (a)-(c) แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 2 ศาลก็มีอำนาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้ นอกจากนี้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถยกข้อต่อสู้อื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมาแล้วขึ้นมาต่อสู้ว่าคำชี้ขาดไม่สมบูรณ์เพื่อให้ศาลปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้อีกตามวรรคสาม

คำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ได้แก่ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในบังคับของโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) ในอาณาเขตของประเทศที่เป็นภาคีและระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927)

สัญญาอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในบังคับของโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) ได้แก่ ข้อตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นจะทำได้ทำในประเทศใดระหว่างคู่กรณีที่มีสัญชาติของรัฐภาคี เป็นการต่างสังกัดคนละประเทศ¹¹ ฉะนั้นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) จึงเป็นคำชี้ขาดที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ในบังคับของประเทศที่เป็นภาคีของโปรโตคอลเจนีวา 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) เป็นการต่างสังกัดคนละประเทศซึ่งทำขึ้นในดินแดนของประเทศภาคีอื่น

¹¹ Article 1 “between parties subject respectively to the jurisdiction different Contracting States”

ภาระการพิสูจน์

มาตรา 1 วรรค 2(a)-(c) บัญญัติว่า "การยอมรับและขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้น ศาลจะพิพากษาบังคับให้ก็ต่อเมื่อคู่กรณีที่ขอบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า คำชี้ขาดดังกล่าวมีลักษณะครบถ้วนตามมาตรา 1 วรรค 2(a)-(c) เท่านั้น"

จากหลักกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ว่า มาตรา 1 กำหนดภาระการพิสูจน์ให้ตกแก่ผู้ขอบังคับ และมาตรา 2 ให้ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้เอง ดังนั้น ผู้ที่ขอบังคับคำชี้ขาดตามมาตรา 1 จึงมีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นได้ว่า คำชี้ขาดของตนมีลักษณะครบถ้วนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 1 และถึงแม้จะพิสูจน์ได้ครบถ้วนแล้วแต่ถ้าศาลเห็นเองว่าคำชี้ขาดนั้นได้ถูกเพิกถอนแล้ว หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะมิได้รับการแจ้งล่วงหน้าให้ทราบ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายหรือคำชี้ขาดมิได้วินิจฉัยให้ครบทุกประเด็น หรือวินิจฉัยเกินขอบอำนาจที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลก็สามารถทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 2 นอกจากนี้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับมีสิทธิตามมาตรา 3 ในการที่จะยกเหตุอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 1 มาต่อสู้ได้อีกว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อขอให้ศาลปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดหรือเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปได้อีก

การดำเนินกระบวนการพิจารณา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 1 มีวิธีการโดยสรุปดังนี้

- 1) ผู้ที่ขอบังคับต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ
- 2) ผู้ที่ขอบังคับมีภาระการพิสูจน์เงื่อนไขทั้งหมดที่ระบุไว้ในมาตรา 1 จึงต้องบรรยายรายละเอียดในคำร้องขอด้วยว่า คำชี้ขาดของตนมีลักษณะครบถ้วนและถูกต้องตามมาตรา 1 อันเป็นการตั้งประเด็นขึ้นมาเพื่อให้มีสิทธินำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ให้เป็นประจักษ์ต่อศาลได้ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ
 - 3) ต้องส่งต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาล ถ้าคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นภาษาต่างประเทศต้องแปลเป็นภาษาราชการของประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาด โดยผู้แปลเป็นเจ้าของหน้าที่ที่ได้สาบานตนแล้วหรือตัวแทนทางการทูตหรือกงสุลของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น
 - 4) เมื่อศาลได้รับคำร้องแล้ว ศาลจะทำการไต่สวนและมีคำพิพากษา แต่ต้องให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับมีโอกาสคัดค้านก่อน
 - 5) ผู้ที่ขอบังคับจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้างในคำร้องขอ ศาลจึงจะพิพากษาบังคับให้

ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 2 ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการบังคับได้ หรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับขอใช้สิทธิตามมาตรา 3 อ่าง เหตุอื่น ๆ นอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 1 ขึ้นมาต่อผู้ว่า คำชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถให้ รับฟังได้ ศาลก็มีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดหรือสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีออกไป ได้อีกเช่นกัน

ปัญหาและประสิทธิภาพในการดำเนินการเพื่อให้การยอมรับและ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาและประสิทธิภาพของอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) มีลักษณะคล้ายคลึงกับโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) กล่าวคืออนุสัญญาฉบับนครเจนีวาฯ เป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อเสริมโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 อันเป็นการกำหนด กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจัดทำขึ้นตามข้อตกลงให้ทำการ อนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับของโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และ ยังป้องกันมิให้คู่กรณีที่แพ้คดีตามข้อตกลงมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ตามโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 ปฏิเสธการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในเวลาต่อมาอีกด้วย

แม้อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ถูกจัดทำขึ้นมาเพื่ออนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งศาลของประเทศต่าง ๆ ไม่ เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการเนื่องจากศาลมีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายตรงข้ามที่ จำกัอำนาจศาล จนส่งผลให้เกิดโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และ อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ในเวลาต่อมานั้นในทางปฏิบัติ ยังมีปัญหาการใช้ออนุสัญญาทั้งสองฉบับ เนื่องจากมีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัญชาติ คือคู่กรณีที่จะต้องมีสัญชาติหรืออยู่ในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน และการชี้ขาดข้อพิพาทก็ต้องทำขึ้นใน ดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น นอกจากนี้ปัญหาในเรื่องเงื่อนไขก่อนข้างเข้มงวดสำหรับอนุสัญญาฉบับ นครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ในส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อบังคับ คดีในศาลที่เข้าซ้อน หรือที่เรียกว่า Double -Exequatur ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ชนะ คดีจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า คำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้วตามกฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดซึ่ง ศาลของหลายประเทศต่างตีความว่า ต้องมีคำบังคับจากศาลของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ ขาดและเมื่อนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในดินแดนของประเทศใดก็จะต้องขอให้ศาล ของประเทศที่จะมีการบังคับออกหมายบังคับคดีอีก ทำให้คู่กรณีฝ่ายที่ชนะคดีต้องขอบังคับคดีหรือขอ หมายบังคับคดีจากศาลทั้งสองประเทศ นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva

Convention 1927) ยังกำหนดให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วก็คือกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดี นอกจากนี้ยังมีข้อจำกัดในเรื่องความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติและจำนวนของประเทศภาคีที่มีน้อยไม่เหมาะสมกับแนวความคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต ไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาทั้งสองฉบับ

2.1.2.2 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (Development of Framework for International Arbitration)

แม้ว่าสงครามโลกครั้งที่ 2 จะส่งผลให้การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศต้องหยุดชะงัก แต่ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นยุคที่การพาณิชย์ และการค้าการลงทุนระหว่างประเทศขยายตัวเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ (Globalization) จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นยุคเศรษฐกิจโลกเฟื่องฟู โดยเฉพาะตั้งแต่ ค.ศ. 1950 เป็นต้นไป ประกอบกับการก่อตั้งธนาคารโลก (International Bank for Reconstruction and Development; later rename the World Bank) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund in 1944) และความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade; GATT in 1947) ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในระดับระหว่างประเทศในการพัฒนากฎหมายเพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะการปฏิรูปกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้การยอมรับบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีประสิทธิภาพในการบังคับชำระหนี้ ในยุคนี้กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่สำคัญได้รับการร่างขึ้นโดยความร่วมมือของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง องค์การระหว่างประเทศ นักวิชาการอนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์และนักธุรกิจ บังคับใช้ในรูปของอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards; The New York Convention 1958) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States : 1965 ICSID Convention) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (The UNCITRAL Model Law and the Development of Modern Arbitration Laws in many jurisdictions) เป็นต้น ส่งผลให้ระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับใน

ระดับมาตรฐานสากล ทำให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกต่างออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการให้มีความสอดคล้องกับมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว

(1) อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards; The New York Convention 1958)

ประวัติความเป็นมา

ปัญหาในทางปฏิบัติของโพรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) อันสืบเนื่องมาจากผลทางกฎหมายของข้อตกลงในสัญญาทางการค้าเพื่อมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ในขณะที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศในยุคนั้นไม่ทันสมัยเพียงพอที่จะส่งเสริมการระงับข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ และยังมีความแตกต่างกัน ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการขัดกันของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ และสิ่งที่เป็นอุปสรรคสำคัญคือศาลของแต่ละประเทศต่างก็มีอคติต่อการอนุญาโตตุลาการโดยมีทัศนะว่าข้อตกลงเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นการจำกัดอำนาจศาลก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในการพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ และคำชี้ขาดที่มีประสิทธิภาพ

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention 1958) จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1953 โดยการริเริ่มของสมาคมหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce : ICC) และมีการรับรองในปี ค.ศ. 1958 ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้สิ้นสุดลง ด้วยแนวความคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการ ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1955 คณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ (The Economic and Social Council : ECOSOC) จึงได้จัดทำร่างสัญญาขึ้นอีกฉบับหนึ่งแตกต่างไปจากการร่างของสมาคมหอการค้านานาชาติ ให้แก่รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ และองค์การระหว่างประเทศทั้งที่เป็นระดับรัฐบาลและไม่ใช่อำนาจรัฐบาลเพื่อพิจารณา ภายหลังจากที่ได้รับข้อเสนอแนะต่าง ๆ คณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติก็ได้จัดให้มีการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Conference on International Commercial Arbitration) ระหว่างวันที่ 20 พฤษภาคม ถึงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ณ กรุงนิวยอร์ก ผลของการประชุมคือการรับเอาอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; United Nation 1958) หรือที่เรียกกันว่า อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (New York Convention 1958) ซึ่งแตกต่างจากร่างของสมาคมหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC)

ซึ่งเป็นผู้เสนอในตอนแรกโดยมุ่งประสงค์ให้มีการอนุญาโตตุลาการที่กระบวนพิจารณาไม่จำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐใด ๆ อันเป็นแนวคิดที่จะให้มีการอนุญาโตตุลาการในลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของรัฐส่วนใหญ่ นอกจากนี้โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างกว้างขวาง เช่นคู่พิพาทจะต้องมีสัญชาติของรัฐภาคีและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องกระทำในดินแดนของรัฐภาคีเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขให้ผู้ที่ยื่นคดีซึ่งประสงค์จะขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะต้องมีการพิสูจน์ตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ ดังนั้น เพื่อให้เหมาะสมและเพื่อเป็นการรองรับและระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการพาณิชย์และการลงทุนระหว่างประเทศดังกล่าว คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ขึ้น

หลักเกณฑ์ภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ฯ มาตรา 1 (1) บัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้ทำในดินแดนของรัฐอื่นที่มีใช้รัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเช่นว่า และเป็นคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจากข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รัฐซึ่งมีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศด้วย”

บทบัญญัติ มาตรา 1 (1) เป็นการให้คำนิยามความหมายของ “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ว่าหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีใช้รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด และหมายความรวมถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดนั่นเอง แต่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คำชี้ขาดต่างประเทศ ภายใต้ New York Convention จึงมี 2 ประเภท

ประเภทแรกคือ คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของประเทศอื่น ที่มีใช้ประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด เป็นการใช้ทฤษฎีหลักดินแดน (Territorial Theory) เป็นเกณฑ์กำหนดเช่นเดียวกับโปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) แต่มีลักษณะก้าวหน้ากว่าเพราะไม่ใช่หลักสัญชาติของคู่กรณีเป็นเกณฑ์ ไม่ว่าคู่กรณีในคำชี้ขาดจะมีสัญชาติหรือเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีหรือไม่ก็มีสิทธิขอให้บังคับตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้ได้ อนุสัญญาฉบับนี้จึงใช้ได้กับทุกประเทศและทุกคนทั่วโลก อันถือว่าการวางหลักการใหม่ของการทำอนุสัญญา

ประเภทที่สอง คือคำชี้ขาดที่ทำในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด แต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ หลักเกณฑ์นี้

เป็นหลักเกณฑ์ที่เพิ่มเติมจากคำชี้ขาดประการแรกซึ่งควบคุมเฉพาะคำชี้ขาดซึ่งทำขึ้นในรัฐอื่น ส่วนคำชี้ขาดประเภทนี้จะพิจารณาถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในรัฐที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น การเพิ่มหลักเกณฑ์คำชี้ขาดประเภทที่ 2 ในอนุสัญญาฉบับนี้เป็นไปตามความต้องการของประเทศในกลุ่ม civil law ประเทศเหล่านี้มีความเห็นว่าคู่สัญญาน่าจะมีอำนาจตกลงให้ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของรัฐอื่น นอกเหนือจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของรัฐที่ใช้เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้จึงควรจะใช้หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบของศาลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

สรุปได้ว่าอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ไม่ได้ใช้หลักสัญญาติของคู่กรณีแต่ใช้หลักดินแดนและหลักเสรีภาพของคู่สัญญาเป็นเกณฑ์

การยื่นคำร้องของผู้ขอบังคับและองค์ประกอบของคำร้อง

การขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญานิวเจอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ผู้ขอให้บังคับต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4ว่า

1. เพื่อให้ได้การยอมรับและบังคับตามมาราก่อนนี้ ผู้ขอให้ยอมรับและบังคับจะต้องเสนอในเวลาที่จะขอให้บังคับ

(ก) ต้นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงของคำชี้ขาดหรือสำเนาที่ถูกรับรองว่าถูกต้อง

(ข) ต้นฉบับข้อตกลงที่อ้างถึง

2. ถ้าคำชี้ขาดหรือข้อตกลงดังกล่าวมิได้ทำขึ้นเป็นภาษาราชการของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ผู้ขอให้ยอมรับและบังคับต้องเสนอคำแปลเอกสารเช่นว่าให้เป็นภาษานั้นด้วยการแปลจะต้องได้รับการรับรองจากทางราชการ หรือผู้แปลซึ่งสาบานตน หรือผู้แทนทางการทูตหรือทางกงสุล¹²

¹² Article 4(1) To obtain the recognition and enforcement in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application supply

(a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof :

(b) The original is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

บทบัญญัติในมาตรา 4 กำหนดหลักเกณฑ์ในการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องแสดงต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง และต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง (วรรคหนึ่ง) ถ้าเอกสารดังกล่าวทำขึ้นเป็นภาษาอื่นซึ่งไม่ใช่ภาษาของประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาด ต้องยื่นคำแปลเอกสารด้วย เมื่อผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวได้แสดงเอกสารดังกล่าวครบถ้วนแล้ว ถือเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าผู้นั้นมีสิทธิบังคับตามคำชี้ขาดได้ จึงขึ้นอยู่กับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่จะพิสูจน์หักล้างว่ามีเหตุผลตามมาตรา 5(1) ที่ศาลจะไม่ควรบังคับตามคำชี้ขาดได้

ตามมาตรา 4(1) เป็นเรื่องและผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องแสดงเอกสารต่อศาลที่ขอบังคับตามคำชี้ขาด ในกรณีนี้ต้นฉบับหรือสำเนารับรองถูกต้องดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการถูกต้องตามมาตรา 5(1)(a)¹³ และผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นอีกว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นได้ทำตามรูปแบบครบถ้วนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2(2)¹⁴ หรือเป็นสัญญาที่สมบูรณ์แล้วตามกฎหมายที่นำมาปรับอีก ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ถูกต้องตามเหตุที่ระบุไว้ในมาตรา 5(1)(a)

(ก) ระยะเวลาการยื่นคำร้อง

ด้วยคำว่า “ต้องแสดงเอกสารในเวลายื่นคำร้อง” (at the time of the application) หมายถึงผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาด จะต้องยื่นต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องและสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องมาพร้อมกับคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

¹³ Article 5(1) Recognition and Enforcement of the award may be refused at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought proof that :

(a) The parties to the agreement referred to in article 2 where, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected or, falling any induction thereon, under the law of the country where the award was made; or

¹⁴ Article 2(2) the term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in contract an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

(ข) ต้นฉบับและสำเนารับรองถูกต้อง

มาตรา 4(1) กำหนดให้ผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาด ต้องแสดง ต้นฉบับคำชี้ขาดหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องพร้อมด้วยต้นฉบับสัญญาอนุญาตตุลาการหรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง ต้นฉบับของเอกสารดังกล่าวจะต้องมีลายมือชื่อของผู้เกี่ยวข้องจึงจะถือว่าเป็นต้นฉบับที่สมบูรณ์ ส่วนสำเนาที่รับรองถูกต้องจะต้องเป็นสำเนาที่มีการลงลายมือชื่อรับรองว่าเป็นสำเนาที่ถูกต้องจริง ในมาตรา 4(1) ไม่ได้บัญญัติว่า ความถูกต้องของต้นฉบับหรือสำเนาที่รับรองถูกต้องจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด ในเรื่องนี้ศาลฎีกาของประเทศออสเตรเลียได้ตัดสินว่ารูปแบบของเอกสารดังกล่าวอาจเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดได้ทำขึ้นหรือเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาดก็ได้

(ค) คำแปล

ตามมาตรา 4(2) บัญญัติให้ผู้ขอบังคับตามคำชี้ขาดต้องยื่นคำแปลคำชี้ขาดและอนุสัญญาอนุญาตตุลาการในกรณีที่เอกสารดังกล่าวมิได้ทำเป็นภาษาราชการของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ปกติแล้วศาลจะยอมรับคำแปลของผู้แปลซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นทางการหรือได้สาบานตัวแล้วไม่ว่าจากประเทศซึ่งคำชี้ขาดได้ทำขึ้น หรือจากประเทศที่มีการยื่นคำร้องขอบังคับตามคำชี้ขาด หรือคำแปลนั้นได้รับการรับรองว่าถูกต้องจากผู้แปลซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นทางการ หรือได้สาบานตัวแล้ว นอกจากนี้การรับรองคำแปลโดยตัวแทนทางการทูต หรือกงสุลจากประเทศดังกล่าวประเทศใดประเทศหนึ่ง ก็ถือได้ว่าเพียงพอแล้ว

ภาระการพิสูจน์

มาตรา 5 บัญญัติว่า

“1. การยอมรับนับถือและการบังคับคำชี้ขาดอาจถูกปฏิเสธได้ตามคำร้องขอของคู่สัญญาซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาด หากคู่สัญญาฝ่ายนั้นพิสูจน์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจซึ่งได้มีการร้องขอให้มีการยอมรับนับถือและการขอบังคับไว้ว่า

(a) คู่สัญญาตามความตกลงที่ได้บัญญัติถึงในมาตรา 2 นั้นบกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้นหรือความตกลงดังกล่าวไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าวหรือ

(b) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้ซึ่งจะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(c) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทนอกเหนือหรือไม่อยู่ในขอบเขตของข้อสัญญาอนุญาตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะ

อนุญาตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกพิจารณาออกได้จากคำชี้ขาด ส่วนที่เกินอำนาจแล้ว คำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแห่งข้อตกลงนั้นอาจถูกยอมรับนับถือหรือถูก บังคับให้ก็ได้หรือ

(d) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาของ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่มีได้ตกลงกันไว้หรือ

(e) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือถูกเพิกถอน หรือถูกระงับเสียโดย เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

2. การยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ อาจถูกปฏิเสธเสียได้ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในประเทศที่มีการร้องขอให้ยอมรับนับถือหรือให้มีการ บังคับเห็นว่า

(a) เนื้อหาสาระของข้อพิพาทไม่สามารถจะระงับได้โดยการ อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศนั้นหรือ

(b) การยอมรับนับถือหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัด ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของประเทศนั้น¹⁵

¹⁵ Article V

(1) Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that :

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that

จากหลักกฎหมายดังกล่าวมาตรา 5 ได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ
 มาตรา 5(1) ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระการพิสูจน์ถึงเหตุตามที่
 อนุสัญญาบัญญัติ เพื่อให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด ส่วนมาตรา 5(2) บัญญัติให้อำนาจศาลที่
 จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ หากเห็นว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอัน
 ดีตามกฎหมายของประเทศที่มีการร้องขอบังคับ

จากบทบัญญัติมาตรา 5 สามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลอาจปฏิเสธไม่
 ยอมรับนับถือและและบังคับตามคำชี้ขาดได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ (1) เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับ
 ตามคำชี้ขาดซึ่งตกเป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ถูกบังคับ และ (2) กรณีที่ศาลมีอำนาจยกเหตุในการที่จะ
 ปฏิเสธไม่ยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้หากเห็นว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ
 ศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 5(1) เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดที่ผู้ร้องขอบังคับ
 ตามคำชี้ขาดมีภาระการพิสูจน์อาจถูกปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้หากปรากฏว่า

(a) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ กล่าวคือรัฐภาคีส่วนใหญ่ยอมรับ
 กันว่าจากถ้อยคำในมาตรา 5(1) ที่ว่า "สัญญาตามที่ได้กล่าวถึงในมาตรา 2 นั้นแสดงให้เห็นว่าสัญญา
 อนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือเป็นเหตุหนึ่งในการที่ศาลจะปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดของ

part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may
 be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was
 not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was
 not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been
 set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under
 the law of which, that award was made.

(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if
 the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought
 finds that :

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by
 arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to
 the public policy of that country.

อนุญาโตตุลาการได้ "โดยมาตรา 5(1)(a) ได้กล่าวถึงหลักการขัดกันของกฎหมายในการวินิจฉัยถึงกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก่สัญญาอนุญาโตตุลาการ สองประการคือ ประการแรก ได้แก่ หลักความเป็นอิสระของผู้สัญญาในการแสดงเจตนาที่จะกำหนดให้สัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใดก็ได้ ประการที่สอง คือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการคือกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ส่วนในเรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องพิจารณาไปตามบทบัญญัติในมาตรา 2(2) มิใช่ภายใต้กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญาอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 5(1)(a)

(b) การฝ่าฝืนหลักกระบวนการพิจารณาโดยชอบของมาตรา 5(1)(b)-(e) ในบทบัญญัตินี้ไม่ได้หมายถึงหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ แต่เป็นหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบที่เป็นหลักพื้นฐานอันเป็นที่ยอมรับกันเป็นหลักสากล ได้แก่ หลักการที่คู่พิพาทสามารถนำเสนอและต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เช่นการบอกกล่าวล่วงหน้า การไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น การใช้อำนาจเกินขอบเขตองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดหรือวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่ชอบหรือไม่เป็นไปตามที่ตกลงกันและคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันหรือถูกเพิกถอนหรือถูกระงับใช้

สำหรับประเด็นที่ว่าคำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทนั้น ศาลแต่ละประเทศมีความเห็นแตกต่างกันไปบางศาลเห็นว่าผลผูกพันของคำชี้ขาดนี้จะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาด ซึ่งก็คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั่นเอง เช่นหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้นกำหนดให้มีการจดทะเบียนคำชี้ขาด กรณีนี้ศาลก็จะถือว่าคำชี้ขาดมีผลผูกพันเมื่อได้มีการจดทะเบียนคำชี้ขาดแล้ว แต่ศาลของบางประเทศจะไม่ดูที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการแต่จะดูตามความเป็นจริงว่าคำชี้ขาดนั้นถือว่าถึงที่สุดแล้วหรือไม่ เช่นอาจดูว่าคู่พิพาทหมดสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์ต่อศาลแล้วหรือไม่

ส่วนประเด็นที่มักก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ ได้แก่ การตีความอำนาจศาลในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดที่ออกโดยประเทศที่ไม่ใช่ประเทศที่ถูกร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลส่วนใหญ่ยอมรับหลักการตามอนุสัญญาว่าศาลของแต่ละประเทศหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดเท่านั้น ที่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาด ส่วนศาลของรัฐภาคีอื่นมีเพียงอำนาจที่จะตัดสินว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดให้หรือไม่เท่านั้น การเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นมีผลให้คู่พิพาทไม่อาจนำคำชี้ขาดไปร้องขอต่อศาลของรัฐภาคีอื่นเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งนี้เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 5(1)(e)

มาตรา 5(2) กรณีที่ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดเองได้

มาตรา 5(2)(a) บัญญัติให้ศาลสามารถปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาดได้เองหากเนื้อหาสาระของข้อพิพาทตามคำชี้ขาดนั้นไม่อาจระงับได้ด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้จึงเป็นเรื่องของศาลในแต่ละประเทศจะพิจารณาจากตัวบทกฎหมายของประเทศตนว่าข้อพิพาทนั้นควรจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นการเฉพาะ

เหตุตามมาตรา 5(2)(b) เป็นเรื่องคำชี้ขาดซึ่งขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศและระหว่างประเทศ กล่าวคือเรื่องที่เกี่ยวข้องว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศไม่ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศซึ่งนานาประเทศต่างยอมรับกันก็ได้ เรื่องที่อาจถือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่นการที่คู่พิพาทจะได้รับการพิจารณาโดยชอบ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักที่คู่พิพาทจะได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และเป็นธรรม นอกจากนี้ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการและการไม่มีผลประโยชน์ หรือส่วนได้เสียในข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากกฎหมายของบางประเทศกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการด้วย แต่มีบางประเทศโดยเฉพาะประเทศในกลุ่ม Common Law ที่ถือเป็นประเพณีหรือแนวทางปฏิบัติว่าคำชี้ขาดไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลประกอบไว้ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงความแตกต่างระหว่างความสงบเรียบร้อยภายในและความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศแล้ว ศาลของประเทศที่กฎหมายบังคับให้คำชี้ขาดต้องมีเหตุผลประกอบด้วยมักจะยอมบังคับให้กับคำชี้ขาดซึ่งไม่มีเหตุผลประกอบซึ่งได้ทำขึ้นจากประเทศที่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ข้อได้เปรียบของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ว่าด้วยการยอมรับนับถือและใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เปรียบเทียบกับ Geneva Protocol 1923 และ Geneva Convention 1927

อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ได้ให้นิยามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitration Awards) ว่าหมายถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด และหมายความรวมถึงคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั่นเอง แต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศประเภทแรกจึงหมายถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่มีรัฐที่มีการร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ส่วนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศประเภทที่สอง หมายถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับ

ตามคำชี้ขาดแต่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คำนิยามส่วนแรกเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยใช้หลักดินแดนมากำหนดลักษณะของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เช่นเดียวกับ โปรโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) แต่เป็นการบัญญัติในลักษณะที่พัฒนาและมีขอบเขตการตีความที่กว้างกว่าโดยเป็นหลักการใช้ได้ทั่วไปกับทุกคำชี้ขาดที่เพิ่มขึ้นในรัฐอื่นโดยไม่เอาหลักสัญชาติของคู่กรณีมาใช้ ดังนั้น แม้คู่กรณีตามคำชี้ขาดจะไม่มีสัญชาติหรือเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีหรือคู่กรณีมีสัญชาติเดียวกันก็ถือเป็นคำชี้ขาดของต่างประเทศที่สามารถนำคำชี้ขาดมาขอให้บังคับได้ตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดมาตรา 5(1)(d) สะท้อนให้เห็นว่าหากคู่กรณีได้ทำสัญญาหรือทำข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือวิธีพิจารณาความของอนุญาโตตุลาการ เมื่อมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ศาลมีอำนาจพิจารณาแต่เพียงว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณีหรือไม่เท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายของแต่ละประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาท ซึ่งมาตรา 5(1)(d) มีลักษณะกว้างกว่าอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ซึ่งกำหนดเป็นเงื่อนไขในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ดีหรือการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการก็ดีจะต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ตามข้อ 5(1)(d) กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาคดีจะใช้บังคับก็ต่อเมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือวิธีพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการไว้ นอกจากนี้ขอบเขตการบังคับใช้อันุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 มีลักษณะกว้างกว่าโปโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ ใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในดินแดนของรัฐอื่น โดยไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขว่าคู่กรณีในข้อพิพาทจะต้องมีสัญชาติหรือเป็นคนในบังคับของรัฐภาคีที่แตกต่างกัน

ลักษณะเด่นของอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ (New York Convention 1958) ที่มีขอบเขตในการใช้บังคับกว้างกว่าโปโตคอลเจนีวา ค.ศ. 1923 (Geneva Protocol 1923) และอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) ดังที่กล่าวมาแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริง กล่าวคืออนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ ได้กำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของคู่กรณีฝ่ายที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดที่จะแสดงให้เห็นว่ามีเหตุต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาเพื่อให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ซ้ำซ้อน อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ ได้บัญญัติว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่จะขอให้ศาลบังคับให้จะต้องเป็นคำชี้ขาดที่ผูกพัน” (Binding) คู่กรณีแทนคำว่า “ถึงที่สุด (Final)” ซึ่งใช้

ในอนุสัญญาฉบับนครเจนีวา ค.ศ. 1927 (Geneva Convention 1927) นอกจากนี้ในเรื่องของแบบพิธีของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ ได้กำหนดแบบให้เป็นอย่างเดียวกันทั้งหมด กล่าวคือจะต้องทำเป็นหนังสือ หมายความว่าจะต้องมีข้อความว่าให้ระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการและลงลายมือชื่อคู่กรณีทุกฝ่าย หรืออยู่ในจดหมาย หรือโทรเลขได้ตอบ

แต่อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วจะต้องถือว่าอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างแท้จริงเพราะอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์กฯ จำกัดขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเพียง 2 กรณี คือใช้บังคับกับสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นไปตามมาตรา 2(3) ของอนุสัญญาฯ และใช้บังคับการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (มาตรา 1, 3, 4, 5 และ 6 ของอนุสัญญาฯ)

(2) อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (1965 ICSID Convention))

อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ก่อตั้งขึ้นภายใต้การสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development) หรือที่เรียกว่าธนาคารโลก (World Bank) เพื่อเป็นกลไกในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ ทั้งนี้สืบเนื่องจากในปี ค.ศ. 1917 ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศโลกที่สามหรือประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของประเทศจักรวรรดิได้รับเอกราช แนวคิดชาตินิยมและการมีอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน (Sovereignty over natural resources) ก่อให้เกิดปัญหาการเวนคืนทรัพย์สิน หรือโอนกิจการและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติมาเป็นของรัฐโดยไม่มีการชดเชยความเสียหายหรือชดเชยอย่างไม่เป็นธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (1965 ICSID Convention) ถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างรัฐ ลักษณะเด่นของ The 1965 ICSID Convention ได้แก่ เนื้อหาสาระของอนุสัญญาเพียงแต่กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ส่วนกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive applicable law) ที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทยังคงขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่พิพาทเป็นสำคัญ และมีการจัดตั้งศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for the Settlement of Investment Dispute; ICSID) ในปี ค.ศ. 1965 ปัจจุบันมีประเทศลงนามในอนุสัญญาฉบับนี้ 161 ประเทศ และได้ให้สัตยาบันแล้ว 153 ประเทศ¹⁶

¹⁶ ข้อมูล ณ วันที่ 29 พฤศจิกายน 2560 ประเทศไทยได้ลงนามไปเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2528 แต่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน www.WorldBank.ORG/ICSID

(3) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (The UNCITRAL Model Law and the Development of Modern Arbitration Laws in Many Jurisdictions)

กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มีที่มาจากกรณีที่ผู้แทนของ Asian Africa Legal Consultative Committee (AALCC) ได้เสนอขอแก้ไขอนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่ต่อมาที่ประชุมของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ UNCITRAL ได้กำหนดให้ทำการปรับปรุงระบบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้วยการออกข้อบังคับอนุญาโตตุลาการต้นแบบ (Model Arbitration Rules) ซึ่งดำเนินการสำเร็จในปี ค.ศ. 1985 และเนื่องจากคณะกรรมการว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศได้ก่อตั้งโดยตัวแทนของแต่ละประเทศมากกว่า 50 ประเทศจากทุกภูมิภาคของโลกที่ต่างกันทั้งระบบกฎหมายและระบบเศรษฐกิจเข้าร่วมในการประชุมส่งผลให้เกิดการร่างกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งล้วนแล้วแต่ผ่านสายตาของตัวแทนซึ่งมีความเชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ มาแล้ว ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างทำให้เกิดการร่างกฎหมายที่เหมาะสมกับทุกประเทศ จึงนับได้ว่าเป็นรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง เนื่องจากร่างกฎหมายมีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ โดยกฎหมายต้นแบบได้ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการดำเนินการเกี่ยวกับการนำเสนอข้อพิพาทของคู่สัญญา และการตกลงเกี่ยวกับวิธีพิจารณาข้อพิพาทด้วย ด้วยเหตุผลที่ว่าเพื่อให้กฎหมายต้นแบบนี้สามารถนำไปปรับใช้ได้กับกฎหมายภายในของทุกประเทศ และเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน (Harmonization) โดยมีข้อบังคับที่มีลักษณะบังคับค่อนข้างน้อยเพื่อประกันความเป็นธรรม และความเท่าเทียมกันในทางปฏิบัติต่อคู่สัญญา อีกทั้งยังให้เกิดความอิสระและมีระเบียบวินัยสำหรับอนุญาโตตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบได้รับการยอมรับในหลายประเทศ และมีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายภายในสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศ สาระสำคัญของกฎหมายต้นแบบมีที่มาจากเจตนารมณ์ของการร่างกฎหมายที่ออกมารองรับปัญหาที่จะเกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีแนวคิดมาจากระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายต้นแบบจึงร่างกฎหมายต้นแบบออกมา เพื่อแก้ไขปัญหาในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศด้วยการอนุญาโตตุลาการ

Professor Gerold Herrmann เลขาธิการคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law; UNCITRAL) สรุปหลักการสำคัญของกฎหมายต้นแบบไว้ดังนี้¹⁷

1. ความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศจึงให้อิสระแก่คู่สัญญาในการตัดสินใจว่าจะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการใดที่จะสะดวก เป็นธรรมและเกิดประโยชน์แก่คู่สัญญามากที่สุดเมื่อเกิดกรณีพิพาทขึ้นตามสัญญาพาณิชย์ระหว่างประเทศ

2. กรณีไม่มีการตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่สัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ มิได้ห้ามมิให้คู่สัญญาที่ไม่ได้ตกลงกันไว้เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนำข้อพิพาทมายังสถาบันอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น จึงหมายถึงว่าคู่สัญญาสามารถดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้จนเสร็จสิ้นถึงแม้ว่าคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้เกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

3. การกำหนดขอบเขตและบทบาทของกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้อิสระแก่การอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ กฎหมายต้นแบบจึงได้จำกัดบทบาทของกฎหมายภายในประเทศเพื่อสร้างความมั่นใจแก่คู่พิพาทว่าหากคู่พิพาทเลือกใช้การระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้วจะไม่เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีเพราะบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศนั้น ๆ แต่อย่างใด

4. หลักสุจริตและเป็นธรรม กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ กำหนดบทบัญญัติและหลักการต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับสำหรับให้เกิดความยุติธรรมและการพิจารณาโดยชอบต่อคู่สัญญา

5. การจำกัดอำนาจแทรกแซงของศาลภายในประเทศ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้พยายามแก้ไขปัญหาการเข้ามาแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของศาลภายในประเทศ

6. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้พยายามที่จะกำหนดให้ประเทศที่ได้รับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้กฎเกณฑ์ของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 สามารถบังคับ

¹⁷ Sandborg D, "Arbitration Law Reform in Asia: Ready for the 21 Century?," *CCA Arbitration Journal*, Vol.II, p. 72, (2003).

ตามคำชี้ขาดได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นจะเป็นประเทศที่ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือไม่

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกนิยมนำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 ของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) ไปปรับใช้กับกฎหมายภายในของประเทศตนทำให้เกิดการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง ส่งผลให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกมีความสอดคล้องกัน (Harmonization) และพัฒนาสู่ความเป็นสากล

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ และบทบาทของศาลในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีป้อนเกิดมาจากการตกลงกันของคู่พิพาทให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” (Arbitrator) เป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาท ข้อตกลงเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนี้จึงมีสถานะตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา ในขณะที่การระงับข้อพิพาทภายในเป็นหน้าที่ของรัฐโดยอำนาจตุลาการ เมื่อการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-Justice) รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมประเภทของข้อพิพาทที่ยินยอมให้เอกชนตัดสินชี้ขาดกันเองโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และข้อพิพาทใดที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) ตลอดจนควบคุมตรวจสอบกระบวนการวิธีพิจารณาความและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการว่าขัดต่อหลักความเป็นธรรม (Due Process) ความเป็นกลาง (Impartiality) และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามกฎหมายภายในของประเทศหรือไม่ (Domestic Public Policy) สภาพหรือลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในปัญหาที่ว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างเอกชนเท่านั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นเรื่องเอกชนยอมทำให้คู่พิพาทสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยรัฐไม่มีอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่ถ้าเป็นการระงับข้อพิพาทที่รัฐอนุญาตให้คู่พิพาทกระทำการก็อาจต้องอยู่ภายใต้บังคับหรือข้อจำกัดบางประการของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพราะสภาพทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการจะเป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจของคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการ และศาลในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ตั้งแต่เริ่มกระบวนการไปจนถึงการทำคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด

ของอนุญาโตตุลาการ¹⁸ ข้อโต้แย้งในปัญหาดังกล่าวมีมานานพร้อมกับที่นักกฎหมายต่างก็พยายามก่อตั้งทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการหลายทฤษฎีเพื่อสนับสนุนแนวความคิดของฝ่ายตน ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับแพร่หลายในปัจจุบัน ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจรัฐ ทฤษฎีสัญญา ทฤษฎีผสม และทฤษฎีเอกเทศ

2.2.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Judicial Theory)¹⁹

ทฤษฎีอำนาจรัฐมีแนวความคิดบนพื้นฐานว่ารัฐมีอำนาจในการควบคุมและออกกฎหมายหรือระเบียบ หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักดินแดน เนื่องจากการปรับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายในการพิจารณา และวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐอธิปไตย ซึ่งตามปกติเป็นหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ คู่พิพาทจะสามารถเสนอข้อพิพาทของตนแก่อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายของประเทศที่จะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอนุญาตให้สามารถระงับข้อพิพาทนั้นได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งระหว่างเอกชนที่รัฐอธิปไตยมอบอำนาจ (Delegate justice) ให้เอกชนใช้อำนาจรัฐในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายใต้ขอบเขตที่รัฐกำหนด หรือภายใต้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของดินแดนหรือประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ของรัฐ (Arbitrator exercise a public function) ซึ่งมีหลักการคล้ายกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (Quasi-Judicial Role) กล่าวอีกนัยหนึ่ง กระบวนการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก หรือกระบวนการยุติธรรมคู่ขนาน (Alternative to the local judge or Parallel Justice) ที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ดังจะเห็นได้จากการที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Award) มีผลผูกพันคู่พิพาทและเป็นที่สุด (Final and binding) ซึ่งหากคู่พิพาทไม่ได้มีข้อสัญญาตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ศาลย่อมทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว นอกจากนี้การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการยังสามารถเทียบเคียงกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา กล่าวคืออำนาจในการพิจารณา และวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการมีป่อเกิดมาจากกฎหมายของประเทศที่ยินยอมให้ระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Local law) ข้อแตกต่างระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการคืออำนาจในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของศาลนั้นถือว่าผู้พิพากษาเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐและเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐ

¹⁸ เสาวนีย์ อัครวิจารณ์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 3*, น. 33.

¹⁹ ตามพจนานุกรมศัพท์รัฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน กำหนดศัพท์บัญญัติของคำว่า “sovereignty” ว่าหมายถึง อำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ

โดยตรง ในขณะที่อนุญาโตตุลาการซึ่งใช้อำนาจรัฐในลักษณะเดียวกับผู้พิพากษาหากแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องของคู่พิพาท²⁰

ความเป็นจริงที่ว่าถ้าไม่มีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่กรณีที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการและให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการก็ย่อมไม่มีความหมายและไม่เกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นได้ สภาพของการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้มีขึ้น ไม่ใช่สิทธิของคู่พิพาท นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจและหน้าที่คล้ายกับศาล คือทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลคล้ายคำพิพากษาของศาล ซึ่งบางครั้งเรียกทฤษฎีนี้ว่าทฤษฎีวิธีพิจารณา อันควรอยู่ในการควบคุมดูแลของรัฐในถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ เช่น ความสมบูรณ์หรือผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งรวมถึงการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้คือ ศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเดอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann)²¹

แนวคิดทฤษฎีอำนาจรัฐปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของประเทศต่าง ๆ เช่น ในคดี Del Drago²² judgment ซึ่งศาลอุทธรณ์ของประเทศฝรั่งเศส มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (award) มีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล (like a judgment) กล่าวคือไม่มีสภาพบังคับด้วยตัวเอง หากคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่ยินยอมที่จะปฏิบัติตามผลของคำชี้ขาด ย่อมต้องอาศัยอำนาจของศาลในการบังคับคดี ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมีผลบังคับได้ก็โดยการสนับสนุนจากอำนาจรัฐเท่านั้น...คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

²⁰ The Jurisdictional theory is summarized as follows “The arbitrator, like the judge, draws his power and authority from the local law; hence the arbitrator is considered to closely resemble a judge...The only difference between judge and arbitrator is that the former derives his nomination and authority directly from the sovereign, whilst the latter derives his authority from the sovereign but his nomination is a matter for the parties, on Lew, *Applicable Law*, para 66

²¹ Frederick Alexander Mann, “Lex Facit Arbitrum” in Pieter Sanders, (ed.), *Liber Amicorum for Martin Domke*, (The Hague: Nijhoff, 1967), pp.157-162, อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครวิจารณ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น. 33-34.

²² Cour d’ appel Paris, 10 December 1901, Cluner 314 (1902)

(Foreign arbitration award) จึงมีสถานะเท่ากับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (Foreign judgment)”

In Decision of 21 March 1991, Rev Arb 720 (1991) ศาลฎีกาของประเทศโคลัมเบีย มีคำวินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการที่แก้ไขใหม่ใน มาตรา 8 ที่อนุญาตให้บุคคลที่ไม่ใช่สัญชาติโคลัมเบียสามารถเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศโคลัมเบียได้นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ”²³ ปัญหานี้ต่อมาได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าอนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติสามารถทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้หากมีกฎหมายภายในให้อำนาจให้สามารถทำได้ ดังปรากฏในมาตรา 3 ของอนุสัญญาสหภาพยุโรป (Article III European Convention) และ มาตรา 11 (1) Model Law²⁴

ในคดี AT & T Corporation and another v Saudi Cable Company (per Lord Woolf MR) ศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (The discussion about the neutrality and impartiality) ว่ามีมาตรฐานเดียวกับผู้พิพากษาซึ่งได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้โดย Lord Goff of Chieveley in *R v Gough* [1993] AC 646

ประเทศที่ยึดถือทฤษฎีนี้ได้แก่ ประเทศกลุ่มสังคมนิยมซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้มักผูกติดกับหอการค้าของรัฐ (National chambers of commerce) และมีลักษณะเป็นสถาบันของรัฐมิใช่สถาบันของเอกชน

2.2.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าการอนุญาโตตุลาการมีบ่อเกิดมาจากสัญญา ซึ่งมีที่มาจากข้อตกลงของคู่สัญญา (Parties agreement) ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ปฏิเสธแนวคิดในเรื่องอำนาจรัฐในการเข้ามาควบคุมหรือแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างสิ้นเชิง โดยมีความเห็นว่างค์ประกอบสำคัญอันถือเป็นหัวใจของการอนุญาโตตุลาการก็คือ “การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คู่สัญญาออกแบบสร้างขึ้นมาจากเจตนาและความยินยอมตกลงกันของ

²³ As a result the Arbitration Act Article 8 was amended to the effect that foreign nationals can act as arbitrators in Colombia only in International Commercial arbitrations. This problem had also arisen in other countries.

²⁴ In Greece, for instance, the law changed in the early 1970s to fully comply with the European Convention. See in Julian DM Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, London, 2003).

คู่สัญญา (It is created by the will and consent of the parties)”²⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งทฤษฎีนี้ อธิบายโครงสร้างของกระบวนการอนุญาโตตุลาการบนพื้นฐานของทฤษฎีเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ แสดงเจตนาของคู่สัญญา ดังจะเห็นได้จากข้อตกลงที่ให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Arbitration award) ที่มีลักษณะเป็น สัญญา กระบวนการอนุญาโตตุลาการของทุกสถานที่ล้วนมีบ่อเกิดจากสัญญาทั้งสิ้น กระบวนการ อนุญาโตตุลาการเริ่มต้นจากการที่คู่พิพาทยินยอมตกลงกันมอบข้อพิพาทของตนให้อนุญาโตตุลาการ เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยรัฐไม่มีอำนาจที่จะควบคุมหรือแทรกแซงการตัดสินใจของคู่พิพาท และไม่มีกฎหมายใดบังคับให้คู่พิพาทต้องระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ หรือให้อำนาจฝ่าย หนึ่งฝ่ายใดที่จะบังคับคู่พิพาทอีกฝ่ายให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้คำชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ถือว่าเป็นผลจากการตกลงกันของคู่พิพาทด้วย เพราะคู่พิพาทเป็นผู้ตกลง กันในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงมีสถานะ เป็นผู้แทนของคู่พิพาท (Proxy) และในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโต ตตุลาการก็สามารถบังคับคดีได้โดยถือว่าคู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีผิดสัญญา (Enforce as a contract)²⁶ จากผลของทฤษฎีนี้กฎหมายภายในของรัฐจะมีอิทธิพลต่อการอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาด น้อยมากเพราะเป็นเรื่องของสัญญาที่คู่กรณีมีเสรีภาพภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่จะกำหนดเงื่อนไข ต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการได้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในส่วนที่เกี่ยวกับวิธี พิเคราะห์และกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เท่านั้น แต่กระนั้นก็ตาม ศาลอาจไม่บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายภายในถือว่าข้อพิพาทซึ่งเสนอต่อ อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ไม่อาจยุติข้อพิพาทได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นเรื่องที่ศาลเท่านั้น มีอำนาจพิเคราะห์พิพากษา นอกจากนี้ศาลก็จะไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เห็นว่าขัด ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เป็นไปตามหลักการ

²⁵ See US Judgment, *Reily v Russel*, 34 Mo 524(1864) 528.

²⁶ The French Cour de cassation in *Roses* formulated the ratio of the contractual theory : “Arbitral awards which rely on arbitration agreement, constitute a unit with it and share with it its contractual character” Without subscribing to the idea that the arbitration award is a contract made by the arbitrators who act as proxies of the parties, the Cour de cassation stated emphatically that arbitration has a contractual starting point and that the award is, in principle, of contractual nature too. See Cour de cassation, 27 July 1937, *Roses v Moller et Cie*, *Dalloz* 25(1938); and see also Julian D M Lew, para 5-17, p. 77.

พื้นฐานในเรื่องความเป็นธรรมซึ่งหมายถึงการที่อนุญาโตตุลาการต้องให้อีกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน (Due Process) ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทมีสิทธิกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งกฎหมายสารบัญญัติ (Applicable law) และวิธีพิจารณาความ (Procedure Law)

ทฤษฎีนี้มีนักกฎหมายที่ให้การสนับสนุน เช่น นิโบายเย่ (Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)²⁷

2.2.3 ทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างมีจุดอ่อนและข้อบกพร่อง เพราะการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องประกอบไปด้วยอำนาจรัฐหรือวิธีพิจารณาและสัญญา กล่าวคือ ข้อตกลงให้ใช้การอนุญาโตตุลาการและการกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคู่พิพาทหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญญา แต่ผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการยังต้องขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาดอันเป็นเรื่องของอำนาจรัฐ ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ลำพังเป็นเอกเทศโดยไม่ผูกพันกับระบบกฎหมายใด ๆ ไม่ได้ หากแต่ต้องมีกฎหมายภายในที่กำหนดความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด ตลอดจนหลักความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่เดียวกันการอนุญาโตตุลาการก็มีรากฐานและบ่อเกิดจากสัญญาของคู่พิพาท การเลือกอนุญาโตตุลาการ และกฎเกณฑ์ที่ใช้กับวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันของคู่กรณี ลักษณะหรือสภาพของการอนุญาโตตุลาการนั้นเกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายเอกชน เช่นกฎหมายสัญญา และกฎหมายวิธีพิจารณา โดยข้อตกลงที่จะระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาและความสมบูรณ์ของข้อตกลงนั้น พิจารณากันตามกฎหมายสัญญา ส่วนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในของถิ่นที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นเรื่องของศาลในถิ่นที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น ผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่พิพาทสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายขัดกันของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีนี้คือศาสตราจารย์ซอเซอร์-ฮอลล์ (Professor Sauser-Hall)

²⁷ Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration : A Study in Commercial Arbitration Award*, (Dobbs Ferry, NY: Oceana, 1978), pp. 54-55.

2.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous (sui juris) Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีสภาพหรือลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเองเพราะลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าของนักธุรกิจ เพราะนักธุรกิจตระหนักกว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่สะดวกและเหมาะสม กฎหมายอนุญาโตตุลาการพัฒนาขึ้นมาภายหลังธรรมเนียมปฏิบัติของนักธุรกิจ หลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเช่นความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับระหว่างกันในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีพิจารณาของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการล้วนมีได้มีบ่อเกิดจากสัญญาและอำนาจรัฐแต่เป็นผลมาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติเพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปด้วยดี ผลของทฤษฎีนี้ทำให้เกิดแนวความคิดว่า การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีสัญชาติ (Denationalization) เนื่องจากไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายประเทศใด และคู่พิพาทมีอิสระที่จะควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของตนได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับวิธีพิจารณาและรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ เช่นคู่พิพาทอาจเลือกระบบกฎหมายภายในของรัฐใดหรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือหลักความยุติธรรมโดยไม่ใช้กฎหมายก็ได้ และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการไว้ อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการหรือถิ่นที่ตนมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ แต่อาจใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่ตนเห็นว่าเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทแต่ละราย หรืออาจใช้กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายใน หรือมาตรฐานอื่น ๆ เช่น จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติโดยไม่ต้องพิจารณาหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็ได้ ผู้นำทางความคิดที่สนับสนุนทฤษฎีนี้คือ มาตามรูเบลลิน เดอวิช (Madame Rubellin Devichi)²⁸

2.3 ลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ (Characteristic of Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เอกชนพยายามหาวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างกันเองโดยไม่ต้องใช้วิธีการทางศาล เป็นที่นิยมแพร่หลายในกลุ่มนักธุรกิจทั้งระดับท้องถิ่นและระหว่างประเทศซึ่งได้รับการพัฒนารูปแบบและกระบวนการมาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้

²⁸ Ibid.

สามารถตอบสนองต่อลักษณะข้อพิพาททางการพาณิชย์ การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ทั้งในด้านการสร้างการยอมรับและสภาพบังคับทางกฎหมาย ความสะดวกรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อย และกระบวนการเป็นความลับปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีหนึ่ง ซึ่งนักวิชาการและนักกฎหมายได้ให้คำจำกัดความไว้แตกต่างกัน ดังนี้

2.3.1 ความหมายของ “การอนุญาโตตุลาการ”

Shorter Oxford English Dictionary²⁹ อธิบายว่า หมายถึง “Uncontrolled decision” เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งคู่พิพาทตกลงกันให้บุคคลคนหนึ่งเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของตน และมีคำชี้ขาดที่เป็นธรรม (Equitable decision)

Black’s Law Dictionary³⁰ อธิบายความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ว่า หมายถึง การเสนอข้อพิพาทให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง และได้รับเลือกจากคู่กรณีในข้อพิพาท โดยตกลงกันล่วงหน้าว่าจะผูกพันตามคำชี้ขาดของบุคคลนั้น ซึ่งได้ทำขึ้นเมื่อได้มีการพิจารณาดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อต่อสู้ของตน”³¹ (Arbitration : The reference of a dispute to an impartial (Third) person chosen by the parties to the dispute who agree in advance to abide by the arbitrator’s award issued after a hearing at which both parties have an opportunity to be heard.)

David³² อธิบายว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมอบความไว้วางใจให้บุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลที่เรียกว่าอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งมีที่มาจากตกลงกันของคู่พิพาทมิใช่มีที่มาจากอำนาจรัฐ ให้เป็นผู้พิจารณาและทำคำชี้ขาดโดยดำเนินกระบวนการตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ให้คำนิยามของ การอนุญาโตตุลาการ ไว้ดังนี้ “ในกระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่ายด้วยการ

²⁹ The Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed.,(Oxford Clarendon Press, 1969).

³⁰ Henry Cambell Black, Black’s Law Dictionary. (West Publishing USA, 1979), p. 96.

³¹ อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), น. 10.

³² David Arbitration in International Trade, p. 5.

ส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่ง หรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัย และชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (award) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนี้ต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้า หรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้ เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลง หรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับ ในบางประเทศยอมให้คู่กรณีเลือกใช้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศ สถานะของอนุญาโตตุลาการเช่นนั้นย่อมเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แม้เกิดขึ้นในประเทศนั้น ๆ ก็ตาม เพราะกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นกฎหมายต่างประเทศ ข้อบังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายแต่มีสภาพบังคับระหว่างคู่กรณีอย่างสัญญา เรื่องที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดตัดสินคดี อาจเป็นเรื่องข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง หรือทั้งสองอย่าง ข้อสำคัญก็คือต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว การกระทำใดในระหว่างที่ยังไม่มีข้อพิพาทเพียงเพื่อประเมินราคา ประเมินคุณภาพนั้นไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ”³³

คำว่า อนุญาโตตุลาการ ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Arbitrator ซึ่งหมายถึงบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรืออาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยความเป็นกลาง อิสระ และให้การปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันแก่คู่กรณี ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการอาจมีหนึ่งคน หรือหลายคนก็ได้ขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่สัญญาจะตกลงกัน ส่วนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ใช้คำว่า Arbitration แต่ในภาษาไทยใช้คำเดียวกันคือ “อนุญาโตตุลาการ” จึงต้องดูตามบริบทว่าหมายถึงคนกลางผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท หรือเป็นการกล่าวถึงกระบวนการวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ สำหรับคำว่าอนุญาโตตุลาการในบริบทของบุคคลผู้ทำคำชี้ขาดนั้นมีการให้คำนิยามไว้ดังนี้

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติความหมายของอนุญาโตตุลาการ ไว้ว่า “คือบุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระตัดสินข้อพิพาท”

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ได้ให้ความหมายของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการ คือ บุคคลซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาท หรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมายตั้งขึ้นเพื่อเป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี”

³³ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ยูแพค, 2536), น. 13-14.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กำหนดบทนิยาม “อนุญาโตตุลาการ” ว่าหมายถึงบุคคลภายนอกที่เป็นกลางและเป็นอิสระ ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่พิพาท มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทของตน เช่น แต่งตั้งวิศวกรเป็นอนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาทจากการก่อสร้าง³⁴

2.3.2 ความหมายของ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ”

ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติที่นิยามความหมายของคำว่า “อนุญาโตตุลาการ” หรือ คำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ไว้ แต่ได้นิยามความหมายของคำว่า “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ไว้ในมาตรา 11 ว่าหมายถึง “สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ” ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อนันต์ จันทโรภากร ได้อธิบายความหมายของ “สัญญาอนุญาโตตุลาการ” ว่า หมายถึง “สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีตกลงเสนอข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้ซึ่งจะเป็นอนุญาโตตุลาการไว้หรือไม่ก็ตาม” จากที่กล่าวมาเบื้องต้นจะเห็นว่า การที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการได้นั้นต้องเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำขึ้นในเวลาเดียวกับสัญญาหลัก หรือทำขึ้นภายหลังจากที่มีการทำสัญญาหลักแล้วก็ได้ และจะทำโดยแยกสัญญาฉบับหนึ่งต่างหากจากสัญญาหลัก หรือทำในลักษณะที่เป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาหลักที่เรียกว่า “Arbitration Clause” ก็ได้ เนื่องจากบทบัญญัติทางกฎหมายมิได้บัญญัติถึงรายละเอียดของรูปแบบสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้

2.3.3 การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration)

คำว่า International and Commercial เป็นคำที่มักถูกนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการแต่ในกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มักหลีกเลี่ยงที่จะให้คำจำกัดความของ “การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration)” และ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration)” หากแต่ให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาว่าการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ และคำชี้ขาดใดเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ แต่ในทางปฏิบัตินั้นการกำหนดบทนิยามเพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อบทบาทของศาลในการการตรวจสอบคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการ

³⁴ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “เอกสารเผยแพร่เรื่องการอนุญาโตตุลาการ,” (ม.ป.ป.)

(Review award) ภายใต้พันธกรณีตาม New York Convention ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า กฎเกณฑ์ที่ประเทศต่าง ๆ นำมาใช้ตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการและการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นจะผ่อนคลายความเข้มงวดมากกว่าการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนที่มีสัญชาติและภูมิลำเนาอยู่ภายในประเทศ ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ระหว่างคนสัญชาติอื่นที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักรเพียงแต่อาจเลือกที่จะมาดำเนินกระบวนการพิจารณา (Place of arbitration) ในประเทศที่สามเพื่อความสะดวกหรือเพื่อความเป็นกลางโดยคู่พิพาทไม่ต้องการใช้สถานที่และกฎหมายของประเทศคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หลักเกณฑ์พิจารณาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

1) ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of dispute) เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ (Involves the interests of international trade)³⁵

2) สัญชาติ ภูมิลำเนา สถานที่ประกอบกิจการ และสำนักงานแห่งใหญ่ของคู่พิพาท

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของหอการค้านานาชาติ (ICC Court of Arbitration) ใช้เกณฑ์ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of dispute) เป็นข้อบ่งชี้ (Criteria) ในการพิจารณาว่าเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหรือไม่ โดยพิจารณาลักษณะของข้อพิพาทว่าเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างคู่สัญญาต่างสัญชาติกัน ต่อมาในปี ค.ศ. 1927 มีการแก้ไขข้อบังคับให้ครอบคลุมถึงองค์ประกอบที่มีลักษณะต่างประเทศด้วยในกรณีที่คู่สัญญาเป็นคนสัญชาติเดียวกัน สำหรับข้อบังคับปัจจุบันได้กำหนดลักษณะขององค์กร³⁶ว่าให้บริการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นการทำธุรกิจระหว่างประเทศตามข้อบังคับของสถาบัน โดยมีได้กำหนดบทนิยามไว้ แต่ได้อธิบายลักษณะของข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศไว้ในคู่มือแนะนำว่า “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมิได้หมายถึงเฉพาะนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทที่มีสัญชาติต่างกันเท่านั้น แต่ยังหมายความ

³⁵ This is the definition used in Art.1492 of the French Code of Civil Procedure, Decree Law No.81-500 (1981, May 12).

³⁶ ICC Rule, Art.1.1 It should be noted that the so-called International Court of Arbitration of the ICC is not a court in the generally accepted sense. It is, rather, a council which, inter alia, supervised arbitrations held under the ICC Rules by performing the specific functions allocated to it by those Rules. The arbitral tribunals remain in full charge of the cases before them.

รวมถึงธุรกิจหรือนิติสัมพันธ์ของสัญญา หรือมีการประกอบการนอกราชอาณาจักรด้วย เช่นสัญญา ระหว่างรัฐหนึ่งกับคู่สัญญาที่เป็นบริษัทดำเนินธุรกิจภายในรัฐดังกล่าวแต่เป็นบริษัทสาขาของบริษัทใน ต่างประเทศ

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration
กำหนดบทนิยาม “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ไว้ในมาตรา 1 (3) ดังนี้ “การอนุญาโต ตูลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ การดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่

(a) ขณะตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญามี สถานที่ประกอบธุรกิจอยู่ในประเทศต่างกัน หรือ

(b) สถานที่ใดสถานที่หนึ่งดังต่อไปนี้ตั้งอยู่นอกประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีสถานประกอบการ

(i) สถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (place of arbitration) ตามที่ตกลงหรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

(ii) สถานที่ปฏิบัติการชำระหนี้การค้าและพาณิชย์ในส่วนสำคัญ หรือ สถานที่ซึ่งใกล้ชิดกับมูลเหตุที่พิพาทมากที่สุด

(c) คู่สัญญาตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวพันกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ”³⁷

การตีความ คำว่าการอนุญาโตตุลาการ นั้น ประเทศส่วนใหญ่จะตีความอย่าง กว้าง (wide interpretation) โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส³⁸ มาตรา

³⁷ UNCITRAL Model Law Art.1 (3) “An arbitration is international if :

(a) The parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business in different States; or

(b) One of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business :

(i) the place of arbitration if determine in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligation of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country

1492 ให้คำจำกัดความ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ว่าหมายถึง การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ (Involves the interests of international trade) นอกจากนี้ความหมายของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ยังครอบคลุมถึงความหมายตามคำวินิจฉัยของศาลด้วย ดังปรากฏจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (The highest French court (the Cour de Cassation) ในหลายคดีที่อ้างองเดียวกันว่า “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หมายความว่ารวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากการนำเข้ามาและนำออกไปซึ่งสินค้าและเงินตราจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง พิจารณาประกอบกับสัญชาติของคู่พิพาทและสถานที่ที่สัญญาเกิด”³⁹

The European Convention of 1961 ให้คำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ว่าหมายถึงการตกลงกันของคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการถึงวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนา หรือสัญชาติ หรือสถานที่ดำเนินกระบวนกรอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศต่างกัน⁴⁰

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1979) กำหนดบทนิยาม “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration agreement)” ได้แก่ กรณีข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ได้กล่าวโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าเป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนอกสหราชอาณาจักรและไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นชาวต่างชาติในขณะที่ทำข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งชาวต่างชาติในที่นี้หมายถึงบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติ หรือภูมิลำเนา หรือนิติบุคคลที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งและมีสำนักงานบริหารอยู่นอกสหราชอาณาจักร ส่วนการอนุญาโตตุลาการใดที่ไม่

³⁸ Art.1492 of the French Code of Civil Procedure, Decree Law No. 81-500 (1981, May 12).

³⁹ The Code has adopted the definition given by the highest French court (*the Cour de Cassation*) in several previous decisions: “It is generally recognized that this definition covers the movement of being paid to other elements such as the nationality of the parties, the place of the conclusion of the contract etc, see also, A. Redfern and M Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd ed., (London: Sweet & Maxwell, 1991), p. 16.

⁴⁰ European Convention of 1961, Art.1.1 (a) “arbitration agreement concluded for the purpose offsetting disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States.”

เข้าหลักเกณฑ์ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศดังกล่าวให้ถือว่า เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษที่แก้ไขใหม่นั้น ให้สิทธิคู่พิพาทตกลงกันขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสละสิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลได้ในกรณีที่เป็นการทำธุรกรรมอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษในการกำหนดคำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” และ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” กล่าวคือบริษัทหรือนิติบุคคลต่างชาตินี้ที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงิน การขนส่ง หรือการก่อสร้าง โดยจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสิงคโปร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าเป็นคู่สัญญาท้องถิ่น แต่หากบริษัทหรือนิติบุคคลดังกล่าวมีศูนย์กลางการบริหารจัดการ และอำนาจควบคุมบริษัทอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างนิติบุคคลดังกล่าวกับนิติบุคคลหรือบริษัทภายในประเทศถือว่าไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ แต่ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration under the law of Singapore)⁴¹

ในทางปฏิบัติสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนิยมใช้หลักเกณฑ์ข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศด้วย องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นหรือมีความเชื่อมโยงโดยอาจเกิดขึ้นจากลักษณะของข้อพิพาท (Nature of disputes) สัญชาติและภูมิลำเนา หรือสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ มาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาความเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งหลักการมีองค์ประกอบระหว่างประเทศนี้เป็นหลักการเกี่ยวกับหลักสัญชาติของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล⁴²

2.3.4 อนุญาโตตุลาการทางการค้าและพาณิชย์ (Commercial Arbitration)

เป็นคำที่ใช้ในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพื่อแสดงความแตกต่างของสัญญาที่เกิดจากการการค้าและพาณิชย์ระหว่างพ่อค้ากับสัญญาทั่วไป นอกจากนี้ยังปรากฏใน The Geneva Protocol of 1923 ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องยอมรับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาเกี่ยวกับการค้าและพาณิชย์ และต่อมายังถูกนำมาใช้ใน New York Convention Article 1.3 ทั้งนี้ในบางประเทศยินยอมนำกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาใช้ระงับข้อพิพาทได้เฉพาะสัญญาทางการค้าและพาณิชย์เท่านั้น⁴³

⁴¹ Arbitration Act 1980, section 28B (7)

⁴² เอกสิทธิ์ จันตะมา, “การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น. 35, (พฤษภาคม 2556).

⁴³ Redfern and Hunter, *supra note 39*, p. 20.

2.3.5 อนุญาโตตุลาการทางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment Arbitration)

การระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ ส่วนใหญ่มีที่มาจากสนธิสัญญาการคุ้มครองการลงทุนซึ่งอาจเกิดจากข้อพิพาทระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนและนักลงทุนผู้มีสัญชาติของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งอาจมีที่มาจากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแบบทวิภาคีที่สร้างขึ้นโดยรัฐ 2 รัฐ (Bilateral Investment Treaty; BIT) หรือโดยหลาย ๆ รัฐที่เรียกว่าสนธิสัญญาพหุภาคีเพื่อคุ้มครองการลงทุน (Multilateral Investment Treaty) นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงข้อตกลงทางเศรษฐกิจที่ได้ผนวกเอาข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐภาคีไว้เป็นส่วนหนึ่งของการตกลงด้วยเช่นความตกลงเพื่อการเปิดเสรีทางการค้า (Free Trade Agreement; FTA)⁴⁴ โดยอนุญาโตตุลาการทางเลือกหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาระบบกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันคือ อนุญาโตตุลาการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Centre for Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 (Washington Convention) เป็นที่นำสังเกตว่าสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนบางฉบับกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการ ICSID เป็นอนุญาโตตุลาการทางเลือกเพียงอย่างเดียวสำหรับการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐผู้รับการลงทุน

แต่อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา ICSID ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การลงทุน” (Investment) เอาไว้ซึ่งเป็นการละไว้ด้วยความจงใจ การที่ไม่มีคำจำกัดความดังกล่าวทำให้อนุญาโตตุลาการของ ICSID สามารถครอบคลุมถึงรูปแบบของการลงทุนได้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือครอบคลุมทั้งการลงทุนตามความหมายทั่วไปในรูปของการกระจายเงินทุน และครอบคลุมถึงรูปแบบใหม่ของการลงทุนซึ่งรวมถึงสัญญาการให้บริการ (Service Contracts) และการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนตามความหมายทั่ว ๆ ไปที่เสนอต่อ ICSID นั้นรวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการตัดวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น แร่ ป่าไม้ และน้ำมันดิบ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนทางอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมผลิตไฟเบอร์ ขวด แก้วธรรมชาติ ผลิตภัณฑ์อะลูมิเนียม ข้อพิพาทเกี่ยวกับการก่อสร้างโรงแรม ศูนย์ท่องเที่ยว และบ้านพัก ส่วนข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนในรูปแบบใหม่นั้นรวมถึงข้อพิพาทอันเกิดจากความตกลงเกี่ยวกับการก่อสร้างโรงงานวัตถุดิบพร้อมด้วยสัญญาการจัดการ สัญญาการจัดการเกี่ยวกับโรงงานทอผ้าฝ้าย สัญญาเกี่ยวกับการสนับสนุนเรือประมงและการอบรมลูกเรือ เทคโนโลยีและใบอนุญาตผลิตอาวุธ เป็นต้น ส่วนใหญ่ข้อพิพาทที่

⁴⁴ องค์กรการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนาหรือ UNCTAD, “สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยรัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2561, จาก www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx

เกิดขึ้นเกิดจากข้อสัญญาแท้ ๆ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการตีความข้อตกลงการลงทุนหรือการปฏิบัติการชำระหนี้⁴⁵ โดยทั่วไป ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบที่สำคัญ 4 ประการคือ

1) เป็น “ข้อพิพาท” ระหว่างนักลงทุนต่างด้าวซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลกับรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศ (State Contract)⁴⁶ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาหรือการโต้แย้งการกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิของนักลงทุนต่างด้าวหรือเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การเวนคืนทรัพย์สินของนักลงทุน การไม่ต่ออายุใบอนุญาตสัมปทาน เป็นต้น

2) ข้อพิพาทจะต้องเกี่ยวข้องหรือเป็นผลสืบเนื่องมาจากการลงทุนซึ่งโดยปกติแล้ว สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับจะกำหนดคำนิยามของคำว่า “นักลงทุน” หรือ “ผู้ลงทุน” ไว้⁴⁷ ซึ่งกิจกรรมที่ถือว่าเป็นการลงทุนนั้นต้องมีลักษณะที่เป็นการนำเอาทรัพย์สินเข้าไปใน

⁴⁵ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์, “ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID.” ตุลพาท, ปีที่ 43, ฉบับที่ 1, น. 27, (กรกฎาคม-กันยายน 2539).

⁴⁶ ศาสตราจารย์ ดร. จุมพต สายสุนทร ได้เรียกสัญญาที่รัฐหรือองค์กรของรัฐทำกับเอกชนคนต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนระหว่างประเทศนี้ว่า “สัญญาภาครัฐ” และได้อธิบายต่อไปอีกว่า “สัญญาภาครัฐ” เป็นสัญญาการลงทุนที่มักจะมีการกำหนดในข้อสัญญาเพื่อห้ามการกระทำบางอย่างของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐเพื่อมิให้หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงฝ่ายเดียวแก้ไขสัญญา ไม่ว่าจะโดยการกระทำในทางนิติบัญญัติหรือในทางปกครองก็ตาม ซึ่งเรียกข้อสัญญาในลักษณะเช่นนี้ว่า “ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงแห่งสัญญา” (Stabilization clause) ดู จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2540), น. 238-239.

⁴⁷ ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญาไทย-เยอรมนี (2002) ข้อ 1 (1) ได้ให้นิยามของ “การลงทุน” ไว้ว่า “คำว่า “การลงทุน” ให้ประกอบด้วยสินทรัพย์ทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะ

(1) สหกรณ์ทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนทรัพย์สินอื่นใด เช่น จำนอง สิทธิยึดหน่วง และจำนำ

(2) หุ้นของบริษัทและผลประโยชน์ชนิดอื่นในบริษัท

(3) สิทธิเรียกร้องให้ชดใช้เงินที่ใช้สำหรับการสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจ หรือสิทธิเรียกร้องให้ปฏิบัติตามซึ่งมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ

ดินแดนของรัฐหนึ่ง ๆ เพื่อประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางอย่าง โดยเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนานพอสมควรก่อนที่กิจกรรมนั้นจะให้ผลตอบแทนกลับคืน และผู้ลงทุนหรือการลงทุนนั้นต้องแบกรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนนั้นด้วย นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (ICSID) ได้สร้างหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการพิสูจน์ว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจใดเป็น “การลงทุน” ขึ้นมาโดยเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ในทางวิชาการเพียงเล็กน้อย โดยเรียกหลักเกณฑ์ที่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนี้ว่า “หลักเกณฑ์ Salini Test”⁴⁸ ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว กิจกรรมที่เป็นการลงทุนต้องเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการนำทรัพย์สินเข้าไปลงทุนเป็นกิจกรรมที่ใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ มีความเสี่ยงในการประกอบกิจการและเป็นกิจกรรมที่มีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศผู้รับการลงทุน ปัจจุบันแนวคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้ผ่อนปรนหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยไม่นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุนมาใช้เป็นตัวชี้วัดอีก เนื่องจากหลักเกณฑ์ข้อนี้มีขอบเขตที่กว้างจนไม่อาจจะกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนลงไปได้

3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นข้อพิพาทตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศอยู่ด้วย องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในหลาย ๆ กรณี เช่น จากการมีสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งแตกต่างกัน หรือเกิดจากการที่กฎหมายที่จะถูกนำมาปรับใช้แก่กรณีเช่นนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ข้อพิพาทที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศนั้นต้องเป็นการโต้แย้งว่าการกระทำของรัฐผู้รับการลงทุน (หรือหน่วยงานของรัฐ) ขัดต่อหลักการที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับซึ่งมีความคล้ายคลึงกัน เช่น หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักการเวนคืนทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน หลักการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียม เป็นต้น

4) ข้อพิพาทนั้นต้องเกิดขึ้นภายหลังจากที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีผลบังคับใช้แล้ว เนื่องจากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนส่วนใหญ่ได้กำหนดขอบเขตความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน โดยจะคุ้มครองเฉพาะ “ข้อพิพาท (Disputes)” หรือ “ข้อเรียกร้อง (Claims)” ที่เกิดขึ้น

(4) สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร สิทธิบัตรและแบบผลิตภัณฑ์ แบบอุตสาหกรรม เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า และความลับทางการค้าและธุรกิจ กระบวนการทางเทคนิค ความรู้ความชำนาญและค่าความนิยม

(5) สัมปทานทางธุรกิจภายใต้กฎหมายมหาชน รวมทั้ง สัมปทานในการค้นหา สกัดและแสวงประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ”

⁴⁸ คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ICSID คดี Salini Costruttori S.P.A. v. Morocco, (ICSID/ARB/00/4), Jurisdiction decision, 23 July 2001.

ภายหลังที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนั้นมีผลบังคับใช้แล้วเท่านั้น⁴⁹ ในบางกรณีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาจจะกำหนดให้มีผลคุ้มครองเฉพาะการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังจากเวลาใดเวลาหนึ่งที่ข้อกำหนดของสนธิสัญญากำหนดไว้ก็ได้⁵⁰

2.4 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ (Forms of Arbitration)

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่พิพาทยังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลและสามารถนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ได้ในระหว่างการดำเนินคดีในศาล นอกจากนี้การอนุญาโตตุลาการยังสามารถดำเนินการเองโดยไม่ต้องใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันใช้บริการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความตกลงกันของคู่พิพาท ด้วยเหตุดังกล่าวการอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภทและหลายรูปแบบโดยมีความยืดหยุ่นในการดำเนินกระบวนการค่อนข้างสูง ดังนี้

2.4.1 การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institution Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบันเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยอยู่ภายใต้การดูแลและบริหารจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Institution) ซึ่งทำหน้าที่อำนวยความสะดวกและบริหารจัดการให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความสะดวก ราบรื่น และเรียบร้อยตั้งแต่เริ่มกระบวนการจนเสร็จสิ้นและมีค่าใช้จ่าย โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่รับผิดชอบการจัดการเพื่อสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็วและเรียบร้อย แต่สถาบันอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงกระบวนการพิจารณาและการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละสถาบันจะมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules) ของตนเพื่อเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในแต่ละขั้นตอน แต่คู่พิพาทก็สามารถทำความตกลงเพิ่มเติมให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งอย่างใดแตกต่างไปจากข้อบังคับของสถาบันได้ แต่หากคู่พิพาท

⁴⁹ สนธิสัญญาไทย-อาร์เจนตินา (2000) ข้อ 2(2) มีความว่า “ความตกลงนี้ จะใช้กับการลงทุนทุกประเภทไม่ว่าได้ทำขึ้นก่อนหรือภายหลังจากวันเริ่มมีผลบังคับใช้ความตกลงนี้ แต่บทบัญญัติของความตกลงนี้จะไม่ใช่กับข้อพิพาทหรือความแตกต่างใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนการเริ่มมีผลบังคับใช้ของความตกลง”

⁵⁰ สนธิสัญญาไทย-ฮังการี (1991) ข้อ 2(2)

ไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่น สถาบันอนุญาโตตุลาการก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามข้อบังคับของสถาบันที่กำหนดไว้ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการนี้เทียบเคียงได้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความที่กำหนดหลักเกณฑ์ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล โดยทั่วไปสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีบทบาทและภาระหน้าที่ที่สำคัญดังนี้

1. หน้าที่ในการดูแลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามข้อสัญญาและขอด้วยกฎหมาย

ภาระหน้าที่นี้อาจกล่าวได้ว่าสำคัญที่สุด เพราะจะเป็นหลักประกันให้แก่คู่พิพาทว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินไปด้วยความเที่ยงธรรมโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน (Due Process) ซึ่งถือเป็นหลักสากล และเป็นหลักประกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกศาลปฏิเสธการบังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาดเนื่องจากในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ขอด้วยกฎหมายถือเป็นเหตุที่ศาลสามารถเข้ามาแทรกแซงตรวจสอบได้และเป็นเหตุหนึ่งตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ ดังนั้น หากกระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายและข้อสัญญาแล้วก็เป็นที่ยอมรับว่าเมื่อต้องนำคำชี้ขาดไปให้ศาลบังคับแล้ว ศาลย่อมจะต้องบังคับ นอกจากนั้นหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเกิดข้อขัดข้อง หรืออนุญาโตตุลาการมิใช่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถปรึกษากับผู้รับผิดชอบของสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ทราบแนวปฏิบัติในการแก้ไขข้อขัดข้องได้ เนื่องจากสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีประสบการณ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมากกว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการจึงอาจให้คำแนะนำแก่คณะอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา เพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปโดยขอด้วยกฎหมายและข้อสัญญา ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด

2. หน้าที่ในการดำเนินกระบวนการที่สัญญาหรือข้อบังคับกำหนด

หน้าที่สำคัญประการต่อมาของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นพิเศษเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่ติดขัด เช่น กรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้เกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนคู่พิพาทได้ และในกรณีที่คู่พิพาทต้องการคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบัน ก็อาจกำหนดให้ต้องยื่นเรื่องต่อสถาบันเพื่อให้สถาบันเป็นผู้วินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนก็ได้ นอกจากนี้หากในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อบังคับกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่อย่างอื่นเพิ่มเติม สถาบันอนุญาโตตุลาการก็อาจต้องดำเนินการเพิ่มเติมให้

3. หน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาท

หน้าที่นี้อาจเปรียบสถาบันอนุญาโตตุลาการเสมือนฝ่ายเลขานุการของคณะอนุญาโตตุลาการในการประสานงานและจัดเตรียมความพร้อมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อสนับสนุนให้คณะอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่หลักในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่โดยสะดวกและรวดเร็ว การทำหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเริ่มตั้งแต่เมื่อผู้เรียกร้องยื่นข้อเรียกร้องหรือคำเสนอข้อพิพาท (Statement of Claims) สถาบันอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องเริ่มกระบวนการในส่วนนี้ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือสถาบันอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ดำเนินการส่งสำเนาคำเสนอข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำคำคัดค้าน (Statement of Defense) เมื่อสถาบันได้รับคำคัดค้านแล้วตามปกติสถาบันอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องส่งสำเนาคำคัดค้านนั้นให้ผู้เสนอข้อพิพาท จากนั้น คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) แต่หากไม่มีข้อตกลงกันก็จะใช้วิธีดำเนินการเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rule) เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว หากมีการยื่นบัญชีระบупยาน พยานเอกสาร หรือสำเนาเอกสารที่คู่พิพาทต้องส่งให้แก่อีกฝ่าย การขอหมายเรียกพยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ก็ต้องดำเนินการผ่านสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ประสาน ตลอดจนการจัดเตรียมสถานที่และเจ้าหน้าที่บันทึกเสียงหรือภาพ ตลอดจนการถอดเทปคำเบิกความ เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการทำคำวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อเสร็จการพิจารณา สถาบันก็ยังมีหน้าที่จัดพิมพ์และส่งสำเนาคำชี้ขาดให้คู่พิพาททราบ

2.4.2 อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)

อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทต้องดำเนินการต่าง ๆ ด้วยตนเองตั้งแต่ต้นจนกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการ โดยคู่พิพาทจะต้องทำหน้าที่ต่าง ๆ เช่นการประสานกันเองเกี่ยวกับเรื่องต่างๆทั้งสถานที่และการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ที่สถาบันอนุญาโตตุลาการดำเนินการแทนดังที่กล่าวมาข้างต้น นอกจากนี้คู่พิพาทยังต้องตกลงกันเกี่ยวกับขั้นตอนและการดำเนินการในกระบวนการพิจารณาเพราะหากไม่มีการตกลงกันอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งจากอีกฝ่ายซึ่งอาจทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้าหรือหยุดชะงักได้ แต่ในปัจจุบันมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจแม่แบบ (Model Arbitration Rules) ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ซึ่งคู่พิพาทอาจตกลงกันให้ถือเอาข้อบังคับนี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาของตนและดำเนินการตามที่ข้อบังคับดังกล่าวกำหนดแทนที่จะต้องเจรจารายละเอียดเพื่อทำข้อตกลงกันทั้งหมด อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจนี้มีความยืดหยุ่นสูงเนื่องจากคู่พิพาทสามารถตกลงกันกำหนดกระบวนการพิจารณาใด ๆ ก็ได้ที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของถิ่นที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

บทที่ 3

การปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของต่างประเทศ (The Evolution of International Arbitration)

การระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมแพร่หลายในปัจจุบัน โดยมีอัตราการขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญโดยเฉพาะในช่วง 10 ปีหลังของศตวรรษที่ 20 ในฐานะที่เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกไร้พรมแดน และจากรายงานผลการศึกษาเพื่อจัดอันดับความยาก-ง่ายในการเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก (Doing Business) ซึ่งธนาคารโลกร่วมกับบริษัทเงินทุนระหว่างประเทศได้จัดทำขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 ถึงปัจจุบัน ได้กำหนดตัวชี้วัดและเกณฑ์ในการสำรวจครอบคลุมตั้งแต่การเริ่มต้นจัดตั้งธุรกิจจนถึงการปิดกิจการโดยประสิทธิภาพของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ เป็นตัวชี้วัดหนึ่งในด้านการบังคับชำระหนี้ (Enforcing Contracts) ซึ่งเป็นการสำรวจประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยการวัดระยะเวลา (Time spent) ค่าใช้จ่าย (Expenses) และประสิทธิภาพการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Enforcement of award)¹ เนื่องจากเวลาที่มีความสัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และค่าใช้จ่ายในการบังคับคดี ซึ่งถือเป็นต้นทุนแฝง (Hidden cost) ในการลงทุน ด้วยเหตุผลดังกล่าวประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ผู้ประกอบการนำมาเป็นข้อพิจารณาในการตัดสินใจเข้ามาทำการค้าและการลงทุนในประเทศใดประเทศหนึ่งหรือไม่ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งของประเทศที่กำลังพัฒนาและประเทศที่พัฒนาแล้ว การมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ จึงถือเป็นปัจจัยสำคัญในการดึงดูดการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและกระแสเงินตราจากนักลงทุนต่างประเทศให้ไหลเข้า (Capital inflows) ประเทศที่มีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีมาตรฐานระดับสากลเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ ประกอบกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจในปัจจุบันโดยเฉพาะภูมิภาคเอเชียและแอฟริกา ส่งผลให้มีการกำหนดข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาสัมปทานก๊าซและปิโตรเลียม สัญญาสัมปทานก่อสร้างระบบสาธารณูปโภค และสัญญาการถ่ายโอนเทคโนโลยี ก่อให้เกิดความต้องการใน

¹ The World Bank, “Doing Business,” Retrieved on 18 December, 2016, from www.doingbusiness.org

การใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้น ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาส่งผลให้มีการก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคซึ่งจากผลการศึกษาและวิจัยพบว่า การเพิ่มจำนวนของสถาบันอนุญาโตตุลาการในภูมิภาคต่าง ๆ มิใช่ปรากฏการณ์ที่สะท้อนว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ก่อตั้งมาก่อนไม่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เนื่องจากจำนวนข้อพิพาทที่ใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีมาตรฐานสากล เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ (ICC) ประเทศฝรั่งเศส หรือศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) ประเทศอังกฤษยังคงมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง (Constant annual increase in the number of cases) แต่พบว่า การเพิ่มจำนวนของสถาบันอนุญาโตตุลาการสะท้อนถึงความต้องการในการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศด้วยการอนุญาโตตุลาการที่เพิ่มขึ้น ซึ่งปัจจัยที่คู่พิพาทมักจะพิจารณาในการเลือกใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากความมีประสิทธิภาพแล้วยังพิจารณาถึงการเข้าถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้โดยสะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย (Accessibility and Affordability) และความคุ้นเคยในระบบกฎหมาย ภาษา และวัฒนธรรม (Familiarity) ประกอบด้วย สภาว่าการดังกล่าวส่งผลให้เกิดการแข่งขันระหว่างสถาบันอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมายระหว่างประเทศ และทนายความ นำไปสู่กระแสการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันต่าง ๆ ให้มีประสิทธิภาพและมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากล² ซึ่งจากผลการวิจัยของ Queen Mary University of London, the School of International Arbitration ร่วมกับ White & Case International Arbitration Group ใน 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับและได้รับความนิยมมากที่สุดในระดับระหว่างประเทศ 5 อันดับ ได้แก่ สถาบัน ICC ประเทศฝรั่งเศส, LCIA ประเทศอังกฤษ, HKIAC เขตปกครองพิเศษฮ่องกง, SIAC ประเทศสิงคโปร์, และ SCC ประเทศสวีเดน โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งประเทศสิงคโปร์และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง ถือว่าเป็นศูนย์กลางการอนุญาโต

² Mohamed Abdel Raouf, “Emergence of New Arbitral Centers in Asia and Africa: Competition, Cooperation and Contribution to the Rule of Law,” in the Evolution and Future of International Arbitration, (Netherlands: Kluwer Law International B.V., 2016), pp. 321-330.

ตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก³ ปัจจัยสำคัญซึ่งเป็นข้อบ่งชี้ (Indicators) มาตรฐานของสถาบันอนุญาโตตุลาการอันเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ นอกเหนือจาก ความเป็นกลาง (Independence) ความโปร่งใส (Transparency) และการบริการที่ดี (Better Services) แล้วได้แก่ ความมีประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Efficiency)

จากรายงานของธนาคารเพื่อการพัฒนาแอฟริกัน (The African Development Bank) ระบุว่าข้อบ่งชี้ หรือตัวชี้วัดความมีประสิทธิภาพของสถาบันอนุญาโตตุลาการในภูมิภาคเอเชียและแอฟริกา (Criteria identified for the purpose of assessing the efficiency of international arbitration under the auspices of a given institution located in Asia and Africa) ได้แก่ การมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ และข้อบังคับของสถาบันที่ทันสมัยมีมาตรฐานเดียวกับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในทวีปยุโรป ศาลในประเทศที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการมีทัศนคติที่ดีและสนับสนุนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการ และมีการบังคับค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้หลักการของอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 โดยเฉพาะการตีความปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสัญญาระหว่างรัฐและเอกชนต่างสัญชาติ การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการด้วยความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย การมีความรู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการทั้งในส่วนของอนุญาโตตุลาการ บุคลากรที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนผู้พิพากษา⁴

บทที่ 3 เป็นการศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพของสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศในการปฏิรูปการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การศึกษากระแสการปฏิรูปและแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพของประเทศต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ เพื่อพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยให้มีประสิทธิภาพและมาตรฐานในระดับระหว่างประเทศ เพื่อพัฒนาสู่การเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก

³ Queen Mary University, “International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration,” p 2; Retrieved on 1 January, 2017, from www.arbitration.qmul.ac.uk

⁴ *Ibid.*, p. 326.

3.1 แนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 3 มิติ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่สัญญาในสัญญาการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเลือกใช้แทนการดำเนินคดีในศาลของประเทศคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพื่อไม่ให้เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันในเชิงคดีไม่ว่าจะในเรื่อง ความเป็นกลาง ระบบกฎหมาย ตลอดจนภาษาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สำคัญคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับคดีได้ในทุกประเทศซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของ New York Convention ในขณะที่คำพิพากษาของศาลไม่สามารถมีสภาพบังคับนอกราชอาณาจักรของประเทศที่มีคำพิพากษา เว้นแต่ในกรณีที่มีข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศให้สามารถบังคับได้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงมีความเป็นสากลมากกว่า แต่อย่างไรก็ตามปัญหาความล่าช้า และค่าใช้จ่ายที่สูงเกินสัดส่วน ตลอดจนปัญหาการตีความหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ เป็นสาเหตุสำคัญที่ส่งผลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดแนวคิดและความเคลื่อนไหวระดับระหว่างประเทศในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการใน 3 มิติ ได้แก่ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

3.1.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

หลักการพื้นฐาน (Core principle) ที่สำคัญประการหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือความรวดเร็วของกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (Speedy) และประหยัดค่าใช้จ่าย (Economical Expense) ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทตัดสินใจเลือกวิธีการอนุญาโตตุลาการ เมื่อเปรียบเทียบกับการต้องใช้เวลายาวนานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล⁵ แต่ปัจจุบันปัญหาความล่าช้าในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น (Rising cost and Length proceedings) ถือเป็นประเด็นที่สถาบันอนุญาโตตุลาการทั่วโลกให้ความสำคัญ โดยถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งในระดับระหว่างประเทศ (International) และภายในประเทศ (Domestic) ซึ่ง

⁵ Gray Born, “International Arbitration : Law and Practice” (2012), p.13; and Lars Heuman, “Arbitration Law of Sweden : Practice and Procedure,” (2003), pp. 10-11; see also Julian DM Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration (2003), pp. 8-9, paragraph 1-28 to 1-30.

นำไปสู่ปัญหาที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากคู่พิพาทเป็นอย่างมากว่าปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีประสิทธิภาพเนื่องจากความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็น (There has been growing criticism that international arbitration is not efficient)⁶ ก่อให้เกิดกระแสการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย โดยให้ความสำคัญกับบทบาทการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการบริหารจัดการคดี อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการจะต้องรักษาสมดุลระหว่างความรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย กับผลของคำชี้ขาดซึ่งต้องมีความถูกต้องและเป็นธรรม ภายใต้หลักการดำเนินกระบวนการที่เป็นธรรม (Due process of law) ซึ่งเป็นมาตรฐานของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งที่รัฐให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง⁷

3.1.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกับความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย (Efficiency within International Arbitration Speedy and Reasonable Cost)

จากผลการศึกษาของคณะทำงานสถาบัน ICC (International Chamber of Commerce) พบว่า ปัจจุบันการดำเนินการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลกประสบกับปัญหาความล่าช้า ส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น (Unreasonable cost) ทำให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีค่าใช้จ่ายสูงเทียบเท่าหรือมากกว่าการดำเนินคดีในศาล (litigation) อันเป็นข้อด้อยและอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งแต่เดิมถือว่าความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายเป็นข้อได้เปรียบของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับคดีโดยศาล ซึ่งจากการทำงานของคณะทำงานพบว่า ค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทต้องเสียไปในชั้นการพิจารณา (Presentation of their cases) ประมาณเป็น 82 เปอร์เซ็นต์ เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับ พยานเอกสาร ที่ปรึกษากฎหมาย และพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น ซึ่งค่าใช้จ่ายในส่วนนี้มักจะเพิ่มสูงขึ้นตามระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการสืบพยาน ค่าใช้จ่ายสำหรับอนุญาโตตุลาการ ประมาณ 16 เปอร์เซ็นต์ ที่เหลือประมาณ 2 เปอร์เซ็นต์ เป็นค่าธรรมเนียมสถาบันอนุญาโตตุลาการและค่าบริการ⁸ จากปัญหาดังกล่าว ก่อให้เกิดกระแสการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ

⁶ Gerry Lagerberg and Loukas Mitellis, International arbitration: Corporate attitudes and practices, (Queen Mary University of London, 2006), p. 7.

⁷ *Ibid.*, pp. 25-27.

⁸ Laurent Jaeger, "Reduction Time and Cost in International Arbitration," pp. 1-33, Retrieve May 28, 2016, from <http://orrick.jp/EN/Events/Pages/Reducing-Time-and-Costs-in-International-Arbitration.aspx>

สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Controlling time and cost in arbitration process) ให้มีความเหมาะสม และคำชี้ขาดที่มีคุณภาพ (Quality of award)



มีการเสนอแนวคิดที่หลากหลายของนักกฎหมายเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการปฏิรูปและแก้ไขปัญหาคดีคั่งค้าง (Case load) ความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่แพง (Delay and expense)

Orrick Rambaud Martel⁹ มีแนวคิดว่าการอนุญาโตตุลาการมิใช่เพียงทฤษฎีทางกฎหมาย (Legal Concept) หรือเป็นรูปแบบหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมเท่านั้น แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการยังเปรียบเสมือนตลาด (Market) อีกด้วย ซึ่งประกอบด้วย การให้บริการทางกฎหมาย (Legal service) โดยที่ปรึกษากฎหมาย ทนายความ อนุญาโตตุลาการ และสถาบันอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการให้บริการอื่น ๆ เช่น การแปล (Translators) การเงิน (Financial) เทคโนโลยีสารสนเทศ (IT experts) โรงแรม (Hotel) การประชุมสัมมนา (Conference) และมูลค่าของทุนทรัพย์รวมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นสูงมากจนสามารถส่งผลกระทบต่อภาวะเศรษฐกิจได้ (Economic impact) ดังนั้น ตลาดของการอนุญาโตตุลาการจึงอยู่ภายใต้ทฤษฎี “กลไกตลาด” (Market forces theory) ซึ่งเป็นตลาดของการแข่งขันที่ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างคำเสนอและความต้องการ (Offer and demand competition) ระหว่างบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย (Law firms) อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Centers)

⁹ *Ibid.*, p. 2

Lord Mustill, 1998¹⁰ กล่าวว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการควรตระหนักอย่างจริงจังเกี่ยวกับปัญหาความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่แพงในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

“Arbitration is a tool, Its existence is justified only as long as it serves the interests of trade. The important people are not the arbitrators, the lawyers, the professors or the judges. They are the parties to the dispute. One never, or hardly, sees them at the conferences on arbitration and we are their servants. If we do not offer the work they need, they will go without our services.”

David W. Rivkin¹¹ เสนอทฤษฎี “The Town Elder Model” โดยนำกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในยุคเริ่มต้นมาปรับใช้ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงบทบาทของอนุญาโตตุลาการในเชิงรุก (Active Role) ในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ซึ่งอาจทำได้โดยการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และกำหนดแนวปฏิบัติสากล (Guideline)

3.1.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกับหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Relationship between Efficiency within International Arbitration and Due Process)

Fabricio Fortese and Lotta Hemmi¹² วิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process) กับประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Efficiency within international Arbitration) โดยมีเวลา (Time) และค่าใช้จ่าย (Expense) เป็นตัวชี้วัด เพื่อหาความสมดุลระหว่างหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายและประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (The balance between the requirements of due process and efficiency within international Arbitration) ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการ

¹⁰ Conclusion Special Supplement 1999, ICC Bulletin.

¹¹ Towards a New Paradigm in International Arbitration : The Town Elder Model Revisited, Asia Pacific Region Arbitration Group Conference, 2009 see also, Arbitration International Vol.24, No3 LCIA, 2008

¹² Fabricio Fortese and Lotta Hemmi, “Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration,” Groningen Journal of International Law, Vol. 3, pp. 110-124, (2015).

กระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) เป็นหลักการพื้นฐาน (Core principle) ที่มีอยู่ในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของทุกระบบกฎหมายรวมถึงการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งมีหลักการที่สำคัญว่า คู่พิพาททุกฝ่าย (Every party) จะต้องได้รับความเป็นธรรม (To be fair) และได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (are treated equally) เช่น สิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานและถามค้านพยาน (An opportunity to be heard and to deal with the case of its opponent) หลักการนี้มีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดเรื่อง The Rule of Law หรือหลักนิติธรรมโดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ใน King John's Magna Carta ในระบบกฎหมาย Common law ของประเทศอังกฤษซึ่งมีอิทธิพลต่อประวัติศาสตร์อันยาวนานของกระบวนการที่นำมาสู่กฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1215 โดยมีที่มาจากความขัดแย้งระหว่างพระสันตะปาปา พระเจ้าจอห์นและคณะขุนนางอังกฤษ เกี่ยวกับสิทธิของพระมหากษัตริย์ กฎบัตรMAGNA CARTA บังคับให้พระมหากษัตริย์ทรงสละสิทธิบางอย่าง และยอมรับกระบวนการทางกฎหมายบางอย่าง โดยยอมรับว่าพระราชประสงค์ของพระมหากษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย อิทธิพลของกฎบัตรMAGNA CARTA ปรากฏให้เห็นได้ในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีแต่มีรัฐธรรมนูญ เนื้อหาหลักในกฎบัตรที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของพลเมืองต่อการใช้อำนาจตามพระราชประสงค์ของพระมหากษัตริย์ ปรากฏในกฎบัตรที่ 39 ซึ่งกล่าวว่า “จะไม่มีบุคคลใดถูกกักขัง หน่วงเหนี่ยว จับกุม หรือถูกจำคุก ... โดยปราศจากคำตัดสินของศาล “No free man shall be seized, or imprison... except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land...” คำว่า Due process of law ปรากฏครั้งแรกในการขึ้นครองราชย์ของพระเจ้าเฮนรี ที่ 3 (In a statute of King John's successor (King Henry III) ซึ่งกล่าวถึง Due process of law ในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองตามกฎหมายบัตร Magna Carta¹³ กระบวนการ Due process จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้หลักประกันแก่ประชาชนว่าไม่มีผู้ใดจะล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เว้นแต่โดยวิธีทางที่ถูกต้องและชอบธรรมตามกฎหมายเท่านั้น หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายนี้พัฒนาขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือเป็นจุดเด่นและมีความสำคัญมากในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้รับเอาแนวคิดเรื่องกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) นี้มาจากประเทศอังกฤษและได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United State Constitution) ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5(Fifth Amendment) และในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) โดยวางหลักว่า รัฐจะเพิกถอน ไลตรอน หรือกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินของ

¹³ *Ibid.*, pp. 1-2.

บุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ กล่าวคือจะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวน หรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายฉบับต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความสำคัญแก่หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายในอีกหลายเรื่อง ซึ่งมีใช้แค่เรื่องหลักประกันสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal เท่านั้น หากแต่รวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่นกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการตามแนวทางที่ดีตามกฎหมาย¹⁴

หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายนี้ เป็นหลักที่มีความเชื่อมโยงและใกล้เคียงกับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาก เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาจากประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความสำคัญกับองค์การตุลาการ การกระทำใดจะขัดต่อกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) หรือไม่ อยู่ในอำนาจดุลพินิจของศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด เพราะศาลสูงสุดเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการวินิจฉัยและตีความว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐหรือการกระทำอื่นใดของรัฐขัดต่อกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และคำวินิจฉัยนั้นถือเป็นที่สุด เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) จะมีความหมายที่แคบกว่าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เพราะหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายมุ่งเน้นไปที่กระบวนการและวิธีปฏิบัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา หรือจำเลย และคู่ความในกระบวนการยุติธรรมเป็นสำคัญ

หลักการกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) นี้ ยังคงถือเป็นหลักการสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Core principle) ที่เป็นหลักประกันในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาทในการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยเอกชน ที่รัฐยอมสละอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีให้ในกรณีที่คู่พิพาทยินยอมสละสิทธิในการดำเนินคดีในศาล แต่กระนั้นก็ตามรัฐยังคงมีอำนาจตรวจสอบว่าคู่พิพาทหรือคู่กรณีได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกันระหว่างการดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ อันเป็นมาตรฐานของกระบวนการยุติธรรมขั้นต่ำในการดำเนิน

¹⁴ สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, “รายงานสรุปโครงการเวทีความคิดเพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทยหัวข้อ หลักนิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้,” (จัดโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ร่วมกับกระทรวงยุติธรรม และโครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)), 25 กรกฎาคม 2551, น.7.

กระบวนการพิจารณาทางแพ่ง (Minimum quality standards of procedural safeguards or “due process”)¹⁵ หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process of law) ในการคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้แก่ “หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่าย”¹⁶ หลักนี้นับได้ว่าเป็นมาตรฐานการคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งซึ่งใช้ในทุกประเทศทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครอง โดยคุณภาพของกระบวนการยุติธรรมซึ่งประกอบด้วยความยุติธรรมนั้น จะขึ้นอยู่กับการนำหลักการได้รับฟังและสิทธิในการต่อสู้คดีมาใช้อย่างถูกต้อง หลักนี้มีที่มาจากหลักเกณฑ์ในการบริหารงานยุติธรรมที่เหมาะสมในสมัยโบราณ ที่เรียกว่า “Audiatur et altera pars” หรือ “Audi et alteram partem” ในยุคสมัยใหม่ยังคงมีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาระหว่างประเทศ ความหมายและขอบเขตของหลักนี้มีหลายแง่มุม เช่นสิทธิของคู่ความในการได้รับแจ้งว่าตนได้ถูกฟ้องคดี และได้รับแจ้งเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาสหสิทธิของคู่ความในการเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีคู่ความอยู่ด้วยในขณะนำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริง นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่องจากสิทธิในการได้รับฟัง กล่าวคือการห้ามศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้มาเอง เช่นข้อเท็จจริงที่ได้มานอกศาลหรือที่คู่ความไม่มีโอกาสได้มีส่วนร่วมรู้เห็น หรือที่ได้มาโดยไม่มีหลักประกันในการได้มาซึ่งพยานหลักฐาน หลักฟังความสองฝ่ายนี้มีข้อยกเว้นได้ในบางกรณีโดยการเป็นบทลงโทษคู่ความที่ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่นการพิจารณาโดยขาดนัดหรือกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่นการขอให้ใช้วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา หรือคำร้องขอฝ่ายเดียวต่าง ๆ เป็นต้น

Due process of law หรือหลักฟังความสองฝ่าย ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) มีหลักการที่สำคัญว่า อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการให้ความเป็นธรรม (Fairly) ไม่มีอคติ (Impartiality) และปฏิบัติต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน (Equally) คู่พิพาททุกฝ่าย (Every party) จะต้องได้รับความเป็นธรรม (To be fair) และได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (are treated equally) เช่น สิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานและถามค้านพยาน (An opportunity to be heard and to deal with the case of its opponent) หลักการพื้นฐานนี้ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญาอนุญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ รับรองหลักการ

¹⁵ Kurkela, M, and Turunen, S, Due Process in international Arbitration,(Oxford University Press, 2010), p. 201.

¹⁶ วรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, และ สิริพัทธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), น. 98.

นี้ไว้ใน Article V (1)(b)¹⁷ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นเหตุที่ศาลจะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ หากปรากฏว่าไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น เช่นไม่ได้รับสิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศโดยถูกนำมาบัญญัติเป็นหลักการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ว่าเป็นมาตรฐานสากลของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เช่น Article IX-1 (b), European Convention on International Arbitration (1961), Article 5.1 b, Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on International Commercial Arbitration; Article 18 of the Model Law¹⁸ The English Arbitration Act บัญญัติว่า “คู่พิพาทย่อมได้รับโอกาสในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีเหตุผลสมควร; The parties have a reasonable opportunity” การอนุญาโตตุลาการในประเทศฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ สวิสเซอร์แลนด์ ต่างก็กำหนดหลักการในเรื่อง due process of law ไว้เช่นเดียวกัน¹⁹

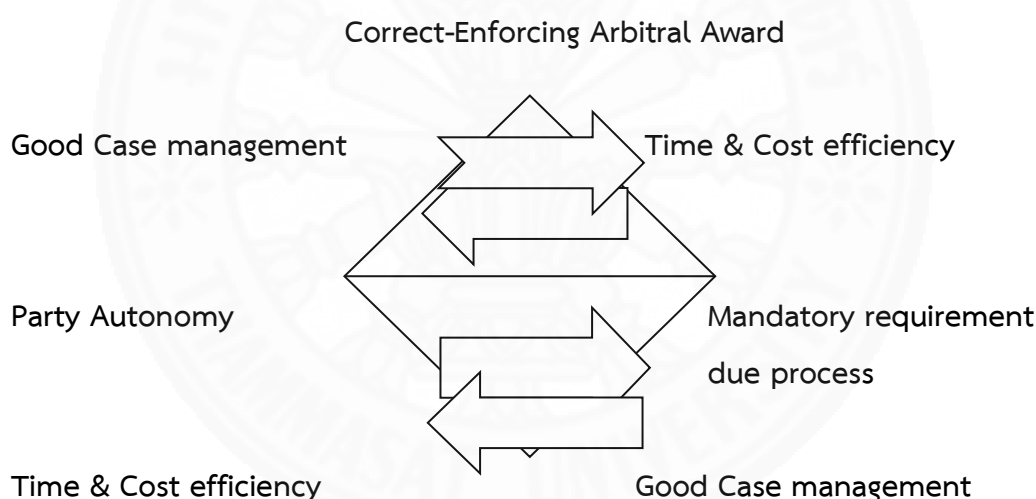
การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยการอนุญาโตตุลาการ (Access to Arbitration) และการให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาท โดยการให้โอกาสแก่คู่พิพาทนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจและบทบาทของอนุญาโตตุลาการ (Arbitrator's obligation owed to the parties) ในการให้หลักประกันแก่คู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ในการบริหารจัดการคดีอย่างมีประสิทธิภาพ (Managing cases) อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่สร้างความสมดุล

¹⁷ Article V (1)(b) “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

¹⁸ “Embody the principles that the parties shall be treated with equality and given a full opportunity of presenting their case”.

¹⁹ Section 33 (1)(a), Arbitration Act 1996, England; Article 1485, Code de procedure civile (Civil Code of Procedure), France (2005) ; Article 1039, Dutch Arbitration Act, The Netherlands (1986); Article 182, Private International Law Act 1987, Switzerland; Section 24, Swedish Arbitration Act.

ระหว่างหลักประกันในเรื่องหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due process) และประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วยความรวดเร็วและมีค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม เพราะความล่าช้าและการเป็นกระบวนการที่มีค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควรถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (Increasing cost may even be seen as putting limits to access to arbitration and thus to justice) อย่างไรก็ตาม การใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นตัวชี้วัด (Efficiency is often assimilated with only cost and time efficiency) เปรียบเสมือนเหรียญสองด้าน ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีคุณภาพควรอยู่บนพื้นฐานของผลลัพธ์ที่ต้อง (Correct outcome) นั่นคือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้อง และไม่เสี่ยงต่อการถูกเพิกถอนคำชี้ขาดในภายหลัง (Without risking either the correct outcome or the due process) ความสมดุลที่ดีที่สุดระหว่างความสัมพันธ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ กระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย และคำชี้ขาดที่มีคุณภาพ ปรากฏตามแผนภาพดังต่อไปนี้



ภาพที่ 3.1 ความสัมพันธ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพและกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย

3.1.1.3 แนวปฏิบัติของสมาคมเนติบัณฑิตยสถานานาชาติว่าด้วยการนำเสนอพยานหลักฐานเพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย (IBA Rules of Evidence for Controlling Time and Cost)

แนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานสากลในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสมและมีมิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกันโดยไม่อาจให้ความสำคัญเฉพาะ

ด้านใดด้านหนึ่งได้ หากแต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะมีประสิทธิภาพได้จะต้องเกิดจากหลายปัจจัยร่วมกัน กล่าวคือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration rules) จะต้องสนับสนุนให้กระบวนการค้นหาข้อเท็จจริง (Discovery) ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยความรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยความร่วมมือของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาท ทนายความ และผู้ที่เกี่ยวข้อง ภายใต้หลักความประสงค์ของคู่พิพาท (Party autonomy) ความถูกต้อง และเป็นธรรม (Accuracy and Fairness) สำหรับแนวปฏิบัติที่เพิ่มประสิทธิภาพในการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม อันเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าเป็นแนวทางอันเป็นมาตรฐานที่คู่พิพาทนิยมนำมาใช้ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งที่ดำเนินการเอง (Ad hoc arbitration) และดำเนินการภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institution arbitration) ได้แก่ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการนำเสนอพยานหลักฐานภายใต้ข้อบังคับของสมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติ (IBA Rules of Evidence)

สมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติได้เข้ามามีส่วนในการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตั้งแต่ปี ค.ศ. 1983 อันสืบเนื่องมาจากปัญหาความแตกต่างระหว่างกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common law system) และกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil law system) ประกอบกับคู่พิพาท และผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณา ทั้งอนุญาโตตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย และทนายความ ส่วนใหญ่มีที่มาจากระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ทำให้กระบวนการในการค้นหาข้อเท็จจริง การนำเสนอพยานหลักฐาน การเปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องแก่นอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง มีวิธีการที่แตกต่างกัน ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งระหว่างการพิจารณา สมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติจึงร่างข้อบังคับเกี่ยวกับการเสนอพยานหลักฐานในระบบผสมเพื่อสร้างสมดุลระหว่างวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ โดยยังคงความสำคัญในหลักความประสงค์ของคู่พิพาท (Party autonomy)²⁰ อันเป็นหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการ และสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการควบคุมกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงมากขึ้น ทำให้แนวปฏิบัติ หรือข้อบังคับของสมาคมเนติบัณฑิตย

²⁰ Section 2 of the preamble to The 1999 IBA Rules states: “Parties and Arbitral Tribunals may adopt the IBA Rules of Evidence, in whole or in part to govern arbitration proceedings, or they may vary them or use them as guidelines in developing their own procedures. The Rules are not intended to limit the flexibility that is inherent in, and an advantage of, international arbitration, and Parties and Arbitral Tribunals are free to adapt them to the particular circumstances of each arbitration”.

สภานานาชาติ ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นมาตรฐานสากลของแนวปฏิบัติที่สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ นำหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยสมาคม มาเป็นต้นแบบในการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวทางของสมาคม นอกจากนี้ยังเป็นแนวปฏิบัติที่คู่พิพาทสามารถตกลงเลือกใช้ข้อบังคับในส่วนใดส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้อง หรือเลือกใช้ข้อบังคับทั้งหมดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institution) หรือแบบไม่ใช่สถาบัน (Ad hoc) ²¹ โดยเฉพาะข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ค.ศ. 1999 (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration : The 1999 IBA Rules) ²² และในปี ค.ศ. 2010 สมาคมเนติบัณฑิตยสภานานาชาติ (IBA) ได้แก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการนำเสนอพยานหลักฐานของคู่พิพาท อันเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล เช่น กำหนดนัดประชุมคดี กำหนดประเด็นข้อพิพาท และสนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในแนวทางที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ตลอดจนการออกข้อบังคับให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการตรวจพยานหลักฐานและไม่อนุญาตให้นำพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีมานำเสนอหรืออ้างเป็นพยานหลักฐานตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ นอกจากนี้ยังให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามพฤติกรรมและการให้ความร่วมมือของคู่พิพาทในการสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นธรรม มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย (Cost allocation or cost sanction) ซึ่งการแก้ไขข้อบังคับในปี ค.ศ. 2010 มีการแก้ไขชื่อของข้อบังคับ (IBA Rules on the Taking of evidence in International Commercial Arbitration) โดยตัดคำว่า “การพาณิชย์ระหว่างประเทศ” คงเหลือเพียงข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

²¹ Article 1.1 states: “Whenever the Parties have agree or the Arbitral Tribunal has determined to apply the IBA Rules of Evidence, the Rules shall govern the taking of evidence, except to the extent that any specific provision of them may be found to be in conflict with any mandatory provision of law determined to be applicable to the case by the Parties or by the Arbitral Tribunal”.

²² Juho Kankkunen, “Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,” (Master thesis, Faculty of Law, University of Helsinki, 2014), pp. 1-15, see also Griffin, 2000, p. 21, Dries-Strong, 2005, p. 301 and Raeschke-Kessler 2002, p. 430.

ระหว่างประเทศ (The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) ทั้งนี้เพื่อให้ข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานของสมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติมีความเป็นสากลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางหรือข้อบังคับในการสืบพยานทั้งในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) และอนุญาโตตุลาการการลงทุนระหว่างประเทศ (International Investment arbitration) โดยกำหนดบทนิยามคำว่า “พยานเอกสาร” หมายถึง การสื่อสารที่มีพยานหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร ภาพถ่าย ภาพวาด โปรแกรม ข้อมูล สิ่งบันทึกทั้งที่อยู่ในรูปเอกสาร อิเล็กทรอนิกส์ การบันทึกเสียง บันทึกภาพ และการบันทึกในรูปแบบอื่น²³ ทั้งนี้เนื่องจากข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ มักไม่กำหนดบทนิยามของพยานเอกสาร (document) ไว้ โดยปล่อยให้เป็นที่ไปตามข้อตกลงของคู่พิพาทหรือเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Lex arbitri) ซึ่งก็มักมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะระหว่างกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ นอกจากนี้ยังกำหนดข้อบังคับที่สนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ประหยัดและเป็นธรรม ดังจะเห็นได้ใน

ข้อบังคับ 2.1 “กำหนดให้อนุญาโตตุลาการนัดประชุมคู่พิพาทเพื่อกำหนดแนวทางการพิจารณาและสืบพยานหลักฐานในแนวทางที่มีประสิทธิภาพ ประหยัด และเป็นธรรม”²⁴

ข้อบังคับ 2.3 “สนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการแจ้งให้คู่พิพาททราบถึงการกำหนดประเด็นข้อพิพาท และพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท”²⁵

ข้อบังคับ 3.1-3.3 “กำหนดให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องยื่นบัญชีระบุพยาน และส่งพยานหลักฐานหรือสำเนาให้อ่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอีกฝ่าย ภายในกำหนดเวลาก่อนการ

²³ The IBA Rules include their own definition for the term “document” means a writing communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other mean”

²⁴ IBA Rules Art. 2.1 “The Arbitral Tribunal shall consult the parties at the earliest appropriate time in the proceedings and invite them to consult each other with a view to agreeing on and efficient, economical and fair process for the taking of evidence.”

²⁵ IBA Rules Art. 2.3 "The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issues : (a) That the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case and material to its outcome; and/or (b) For which a preliminary determination may be appropriate"...

สืบพยาน โดยมีรายละเอียดความเกี่ยวข้องของพยานหลักฐานกับประเด็นข้อพิพาท (Relevance evidence) และพยานบุคคลที่จำเป็นซึ่งคำเบิกความมีผลต่อการชี้ขาดข้อพิพาท (Material evidence) ตลอดจนพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ในแนวทางที่สนับสนุนให้การสืบพยานมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่าย”²⁶

ข้อบังคับ 9.2 “ ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอ หรืออนุญาโตตุลาการเห็นว่าเมื่อได้คำนึงถึงความประหยัด ความเป็นธรรม และความเท่าเทียมกันของคู่พิพาทแล้ว พยานหลักฐานใดไม่มีเหตุผลสมควรที่จะต้องนำมาสืบทั้งพยานบุคคล และพยานเอกสาร ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งตัดพยานดังกล่าว”²⁷

หลักการสำคัญในการแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) นอกเหนือจากการสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะการสืบพยานให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ประหยัดค่าใช้จ่ายและเป็นธรรมแล้ว ใน

²⁶ Article 3.1 “...each Party shall submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties all Documents available to it on which it relies, including public Documents and those in the public domain.”

Article 3 (3)(a)(ii) “... outline the requirements for a Request to Produce, allowing the party making the request for production of electronic documents, to “identify specific files, search term, individuals or other means of searching for such documents in an efficient and economical manner.”

Article 3 (12)(b) provides that electronic documents “shall be submitted or produced in the form most convenient or economical to the [producing] party that is reasonably usable by the recipients.”

Article 3.3 set out the contents of a “Request to Produce”; in article 3.3 (b), is that a “Request to Produce” must include a statement of the requested documents’ relevance and materiality”

²⁷ IBA Rules Art. 9.2 “The Arbitral Tribunal shall, at the request of a party or on its own motion, exclude from evidence or production any document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons; (g) Consideration of procedural; economy, proportionality, fairness or equality of the parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling.”

ข้อบังคับดังกล่าวยังกำหนดบทลงโทษ (sanction) คู่พิพาทที่ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพ หรือมีพฤติการณ์ในทางประวิงคดี ใช้เทคนิคต่าง ๆ อันส่อไปในทางไม่สุจริต โดยการนำหลักการเรื่อง Cost allocation มาใช้ในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมใช้แทน และกำหนดเรื่องหลักความสุจริต (Good faith) ไว้ในคำนำในวรรคสามว่า “ในการสืบพยาน คู่พิพาทจะต้องกระทำด้วยความสุจริต” (The Taking of evidence shall be conducted on the principles that each Parties shall act in Good faith) และกำหนดหลักการในเรื่อง Cost allocation²⁸ ไว้ในข้อบังคับ มาตรา 9.7 ดังนี้

ข้อบังคับ มาตรา 9.7 “ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่า คู่พิพาทฝ่ายใดมีพฤติการณ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาสืบพยานที่ไม่สุจริต อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการนำมาตรการใด ๆ ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับมาใช้แก่กรณี และนำมาเป็นข้อพิจารณาในการกำหนดให้คู่ความที่มีพฤติการณ์ไม่สุจริต หรือไม่ให้ความร่วมมือในการที่จะให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปในแนวทางที่มีประสิทธิภาพ ประหยัดค่าใช้จ่ายและเป็นธรรม ให้เป็นผู้รับผิดชอบค่าฤชาธรรมเนียม เช่นค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการสืบพยาน”²⁹

ปัจจุบันสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง เช่น LCIA, PCA, HKIAC, CIETAC, ICDR, DIS, SCC, SIAC มีการนำหลักการเรื่อง Cost Allocation มาใช้ในการกำหนดค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกเหนือจากการกำหนดให้ผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Case follow the event: loser pay)

²⁸ A Stephens Clay, Kilpatrick Townsend, GA, “IBA Revised Rules of Evidence and their effect on International Arbitration,” pp. 1-17, Retrieved on April 10, 2018, from [www. Arbitrateatlanta.org](http://www.Arbitrateatlanta.org); and see also “Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,” pp. 1-27.

²⁹ IBA Rules Art. 9.7 “If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including cost arising out of or in connection with the taking of evidence.”

3.1.1.4 การพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Available IT Services and Guideline Provide by Arbitration Institutions)

ปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศถูกนำมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ซึ่งตอบสนองต่อหลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นข้อได้เปรียบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ไม่นับรวมข้อได้เปรียบในเรื่องการที่คู่พิพาทสามารถเลือกผู้ตัดสิน (Arbitrator) ที่มีความชำนาญ (Expert) เลือกระบบกฎหมายสารบัญญัติ (Applicable Law) และวิธีพิจารณาความ (Procedure Law) ที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และสามารถบังคับคดีได้ในประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ด้วยเหตุผลดังกล่าวสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง เช่น ICC, AAA, ABA, WIPO จึงพัฒนาระบบในการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาประยุกต์ใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการและเพิ่มทางเลือกให้แก่คู่พิพาทในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการรูปแบบเดิม (Off Line Arbitration) มีข้อจำกัด เช่น คู่พิพาทอยู่ห่างกันโดยระยะทางและข้อพิพาทเกิดจากการทำธุรกรรมผ่านทางออนไลน์ ทุนทรัพย์เล็กน้อย ไม่คุ้มกับการที่ต้องเดินทางมาสืบพยาน สถาบันอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการบริหารจัดการคดี (Case Management) การพัฒนาการให้บริการอนุญาโตตุลาการผ่านทางออนไลน์ การสืบพยานผ่าน Video conference การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการมีหลายรูปแบบและวิธีการ บางกรณีอาจนำมาใช้ตั้งแต่เริ่มกระบวนการจนเสร็จสิ้น เช่น การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ หรือนำมาใช้เพียงบางส่วนร่วมกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบธรรมดา โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาทและเพิ่มทางเลือกในการระงับข้อพิพาทให้แก่คู่พิพาททางพาณิชย์เพื่อให้สามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวกและรวดเร็ว โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการดังที่กล่าวมาได้พัฒนาระบบและวางหลักเกณฑ์การดำเนินการต่าง ๆ ผ่านทางออนไลน์ดังนี้

(1) สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The American Arbitration Association: AAA)³⁰

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน นำเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) มาช่วยในการบริหารจัดการคดี เผยแพร่ ประชาสัมพันธ์ และให้ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสมาคมเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทในการศึกษารายละเอียดขั้นตอนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการผ่านสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันที่มีการกำหนดระยะเวลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาและค่าใช้จ่ายให้คู่พิพาทหรือคู่สัญญาได้ทราบเพื่อประกอบการตัดสินใจผ่าน Arbitration Process Roadmap โดยมีโปรแกรมการบริหารจัดการคดี ผ่าน AAA-Web File ให้คู่พิพาทที่ได้ลงทะเบียนใช้บริการกับสมาคมสามารถยื่นข้อเรียกร้อง (File claims) และจ่ายเงินค่าธรรมเนียม (Make payments) ผ่านทางออนไลน์ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์และเข้าสู่ระบบการบริหารจัดการคดีของสมาคมโดยอัตโนมัติ สามารถเข้าถึงกฎเกณฑ์ ระเบียบ กระบวนพิจารณา การส่งเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ การเลือกอนุญาโตตุลาการ และประเภทของการสืบพยาน ขั้นตอนการดำเนินการ และสถานะของข้อพิพาท โดยผ่านทางเว็บไซต์ของสมาคมที่มีขั้นตอนไม่ยุ่งยากซับซ้อน การดำเนินการดังที่กล่าวมาจะช่วยให้การเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการออนไลน์สามารถทำได้ด้วยความสะดวก ประหยัดเวลา และค่าใช้จ่าย อีกทั้งคุณภาพของการทำคำชี้ขาด (Arbitral award) ยังคงมีคุณภาพและมาตรฐานเหมือนกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบบธรรมดาที่ไม่ผ่านออนไลน์ (Offline arbitration)

(2) เนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (The American Bar Association: ABA)³¹

ABA ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับการดำเนินการของสถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ไว้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาท

³⁰ Thomas Schultz, *Information Technology and Arbitration A Practitioner's Guide*, (United Kingdom; Kluwer Law International, 2006), pp. 76-84; see also, International Chamber of Commerce, "Resolving dispute online; Best practice for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transaction," Retrieved on May 5, 2016, May, from www.iccwbo.org

³¹ American Bar Association Task Force on E-Commerce and ADR, "Recommended best practices for online dispute resolution service providers," Retrieved on July 7, 2016, from www.law.washington.edu/ABA-eADR

ทางออนไลน์ใช้เป็นแนวทางในการกำหนดข้อบังคับที่จะใช้ดำเนินการระงับข้อพิพาทของสถาบัน เพื่อให้ผู้ใช้บริการเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ ซึ่ง ABA ได้เสนอหลักเกณฑ์โดยสรุปได้ดังนี้

- 1) ข้อมูลต่าง ๆ ที่ทางสถาบันจัดให้มีบนหน้าเว็บไซต์ของทางสถาบัน จะต้องเข้าถึงได้ง่าย
- 2) ควรมีการตีพิมพ์รายงานทางสถิติของคดี
- 3) ควรมีการตีพิมพ์ผลของการระงับข้อพิพาทโดยไม่เปิดเผยชื่อของคู่พิพาท
- 4) สถาบันควรจัดให้มีรายละเอียดที่จะใช้ในการติดต่อสื่อสาร เช่น ที่อยู่ เป็นต้น และรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา
- 5) สถาบันควรจัดให้มีการแสดงรายละเอียดของการคิดค่าธรรมเนียมในการให้บริการของสถาบัน ตลอดจนรายละเอียดของแหล่งที่มาของเงินทุนของสถาบัน
- 6) สถาบันและบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางจะต้องมีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง
- 7) สถาบันจะต้องให้ความสำคัญกับความเป็นส่วนตัวของคู่พิพาท (Privacy) และการรักษาความลับของกระบวนการพิจารณา (Confidentiality)
- 8) สถาบันจะต้องเปิดเผยคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นคนกลาง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการพัฒนาการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยความร่วมมือของบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งสี่ฝ่ายดังกล่าวข้างต้น แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าภาระหน้าที่ที่สำคัญที่จะนำไปสู่การพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะตกอยู่กับองค์กรหรือสถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ ทั้งนี้เพราะองค์กรหรือสถาบันดังกล่าวมีหน้าที่หลักที่จะต้องสร้างความน่าเชื่อถือของกระบวนการระงับข้อพิพาทให้เกิดขึ้นกับภาคธุรกิจหรือผู้ประกอบการและผู้บริโภค ซึ่งปัจจัยที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในการสร้างความน่าเชื่อถือขององค์กรหรือสถาบันก็คือ การกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับของสถาบันที่จะถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบังคับในส่วนของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างรอบคอบและมีหลักการแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทในรูปแบบอื่นในบางประการ

(3) ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (The Arbitration and Mediation Center of the World International Property Organization: WIPO)³²

ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1994 เพื่อเป็นศูนย์ระงับข้อพิพาททางเลือกทางการค้าพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Alternative Dispute Resolution) ให้บริการทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เกี่ยวกับข้อพิพาททางทรัพย์สินทางปัญญาเป็นส่วนใหญ่ WIPO ได้พัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยคู่พิพาทสามารถเลือกใช้ช่องทางการบริหารจัดการคดี (Case management) ผ่าน The WIPO Electronic Case Facility (ECAF) โดยคู่พิพาทจะยื่นข้อเรียกร้อง (Claimant) คำคัดค้าน (Respondent) การส่งเอกสารระหว่างคู่ความ การติดต่อสื่อสารระหว่างคู่พิพาทกับอนุญาโตตุลาการและสถาบันรายละเอียดเกี่ยวกับคดี ค่าใช้จ่าย สถานะของคดี นอกจากนี้ยังให้บริการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้การจัดการของ Internet Corporation for Assigned Names Numbers หรือ ICANN โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีการระงับข้อพิพาทนอกศาลเหนือข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า กับผู้มีสิทธิในชื่อโดเมนซึ่งตนได้จดทะเบียน โดยการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เรียกว่า Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy หรือ UDRP Policy³³ หรือ UDRP Rules³⁴ ที่ยกร่างโดย ICANN ซึ่งกำหนดให้ผู้เสนอข้อพิพาทสามารถเสนอข้อพิพาทโดยยื่นข้อเรียกร้องเกี่ยวกับชื่อโดเมนไปยังศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย โดยทำเป็นหนังสือทั้งในรูปแบบกระดาษและในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งข้อเรียกร้องจะต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ ต่อจากนั้นศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยก็จะดำเนินการส่งข้อเรียกร้องดังกล่าวไปให้กับผู้คัดค้านเพื่อให้ผู้คัดค้านได้ทำคำคัดค้านภายใน 20 วัน นับแต่วันเริ่มกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยทำเป็นหนังสือทั้งในรูปแบบกระดาษและในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้องระบุถึงข้อโต้แย้งตามข้อเรียกร้องของผู้เสนอข้อพิพาท ตลอดจนเหตุผลที่จะทำให้ผู้คัดค้านยังคงรักษาการจดทะเบียนและการใช้ชื่อโดเมนที่พิพาทได้อยู่ อีกทั้งต้องระบุชื่อ ที่อยู่ทางไปรษณีย์ ที่อยู่

³² World Intellectual Property Organization, “WIPO Electronic Case Facility (ECAF), Retrieved on July 7, 2016, from arbitrator.wipo.int/ecaf/introduction.jsp

³³ Colin Rule, pp. 204-206, Retrieved on April 6, 2016, from www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm

³⁴ See also www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm

ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายเลขโทรศัพท์และหมายเลขโทรสารของผู้คัดค้านและตัวแทนของผู้คัดค้าน ทั้งนี้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ และเมื่อได้รับคำคัดค้านหรือระยะเวลายื่นคำคัดค้านสิ้นสุดลง ศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยจะดำเนินการแต่งตั้ง “คณะผู้พิจารณา” (Panel) ซึ่งคณะผู้พิจารณาจะต้องดำเนินการระบวนพิจารณาโดยเปิดโอกาสให้คู่พิพาทมีโอกาสนำพยานหลักฐานและเสนอข้อต่อสู้ได้ตามพหุติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น และคณะผู้พิจารณาจะต้องปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน ในการติดต่อสื่อสารหรือยื่นเอกสารระหว่างคู่พิพาทกับคณะผู้พิจารณาหรือกับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการ และการไกล่เกลี่ยจะถูกดำเนินการโดยวิธีการ หรือรูปแบบตามที่ทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยกำหนดไว้ในข้อบังคับเพิ่มเติมของทางสถาบัน (Supplemental rules) นอกจากนี้ ในการดำเนินการระบวนพิจารณาจะไม่มี การสืบพยานบุคคล เว้นแต่ทางคณะผู้พิจารณาเห็นว่า การสืบพยานมีความสำคัญต่อการตัดสินชี้ขาดข้อเรียกร้อง เมื่อสิ้นสุดการพิจารณา คณะผู้พิจารณาจะต้องทำคำชี้ขาดโดยข้อบังคับกำหนดไว้ให้คณะผู้พิจารณาต้องส่งคำชี้ขาดให้กับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ยภายใน 14 วัน นับแต่วันที่คณะผู้พิจารณาได้รับการแต่งตั้ง โดยกระบวนการทั้งหมดจะต้องแล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ประมาณ 2 เดือน นับแต่มีการเสนอข้อพิพาทให้กับทางศูนย์อนุญาโตตุลาการและการไกล่เกลี่ย

(4) The Virtual Magistrate (VMAG)³⁵

โครงการ The Virtual Magistrate (VMAG) เป็นโครงการแรกที่ถูกริเริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1996 โดยมีความมุ่งหมายที่จะสร้างระบบการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางออนไลน์ ซึ่งเกิดจากความร่วมมือระหว่าง The National Conference of Automated Information Research (NCAIR) และ the Cyberspace Law Institution (CLI) โดยความร่วมมือของ AAA (American Arbitration Association) กับ Villanova Law School แต่ในระยะแรกโครงการไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากข้อบกพร่องบางประการ กล่าวคือ โครงการจำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการนำเอาข้อความที่ผิดกฎหมายหรือเป็นอันตรายมาลงไว้ในอินเทอร์เน็ต และปัญหาในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2000 NCAIR และ CLI โดยความร่วมมือของ The Chicago-Kent College of Law ได้มีการปรับปรุง the Virtual Magistrate ซึ่งให้ความสำคัญกับการให้บริการในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้บริโภค (Consumer conflict) ตลอดจนข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาออนไลน์ (Online contract) หรือเกี่ยวกับทรัพย์สินทางออนไลน์ (Online property) หรือการทำละเมิดทางออนไลน์ (Online tort) แต่การปรับปรุงแก้ไขครั้งนี้ก็ยังคงให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติ

³⁵See also www.vmag.org

ตามเช่นเดิม เมื่อคู่พิพาทตกลงที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและตกลงที่จะปฏิบัติตามผลของคำชี้ขาด ผู้จัดการโปรแกรมจะทำการเลือกผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ โดยความยินยอมของคู่พิพาท การติดต่อกันจะกระทำผ่านทาง E-mail นอกจากนี้ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน ตลอดจนข้อความต่าง ๆ จะถูกส่งโดยตรงเข้าไปยังโปรแกรมที่เรียกว่า “A password-protected listserv (the grist)” ซึ่งเป็นโปรแกรมที่ใช้ในการแจกจ่ายเอกสารหรือข้อมูลต่าง ๆ ไปสู่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทุกคน ในการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการทางออนไลน์ และอาจซักถามคำถามหรือเรียกเอกสารเพิ่มเติมจากคู่พิพาทได้ ตลอดจนอนุญาตให้ผู้เรียกร้องทำการแก้ไขข้อเรียกร้องและกระทำการใด ๆ ที่จะทำให้อีกฝ่ายมีโอกาสแสดงความเห็นของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้เต็มที่

โครงการ The Virtual Magistrate กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีคำชี้ขาดภายใน 72 ชั่วโมง นับแต่คู่พิพาทได้ตกลงให้มีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการออนไลน์ และภายหลังจากมีคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการจะส่งคำชี้ขาดให้กับคู่พิพาททาง E-mail คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยโครงการ The Virtual Magistrate จะถูกนำมาลงไว้เพื่อเป็นการแนะนำและให้ข้อมูลกับผู้ใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์³⁶ ต่อไป

(5) Nova Forum, Inc³⁷

เป็นบริษัทในประเทศแคนาดาซึ่งจัดให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาทในรูปแบบ Med-Arb³⁸ โดยคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องทำการกรอกข้อมูลต่าง ๆ ซึ่งประกอบไปด้วยข้อมูลส่วนตัว รายละเอียดของข้อพิพาท ประเภทของ ODR ที่ต้องการจะใช้ในการระงับข้อพิพาท ตลอดจนภาษาที่ใช้และความยินยอมในการใช้กระบวนการ ODR ภายหลังจากคู่พิพาทกรอกข้อมูล

³⁶ LUCILLE M. PONTE, pp. 89-90.

³⁷ See also www.novaforum.com

³⁸ Hybrid Processes : Med-Arb (Mediation- Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาทในรูปแบบนี้เป็นการผสมผสานระหว่างการไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการ ในเบื้องต้นการระงับข้อพิพาทจะเริ่มจากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการประนอมข้อพิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามช่วยให้คู่พิพาทสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันให้ได้ก่อน หลังจากนั้นหากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบความสำเร็จ การระงับข้อพิพาทจะถูกปรับเปลี่ยนมาเป็นการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะเปลี่ยนตนเองมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทอาจตั้งคนกลางคนใหม่มาเป็นอนุญาโตตุลาการ การระงับข้อพิพาทในรูปแบบนี้เป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทจะได้รับประโยชน์จากการประนอมข้อพิพาทในขณะเดียวกันคู่พิพาทจะได้รับความมั่นใจว่าข้อพิพาทจะได้รับการตัดสินชี้ขาดภายในเวลาที่จำกัด

เสร็จเรียบร้อยแล้ว คู่พิพาทจะต้องทำการตกลงที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎเกณฑ์ของ Nova Forum และทำการชำระค่าธรรมเนียม หลังจากนั้นผู้จัดการข้อพิพาทจะออก User name และ password ให้กับคู่พิพาทแต่ละคนเพื่อให้คู่พิพาทสามารถเข้าสู่ระบบและเริ่มดำเนินการระงับข้อพิพาทได้ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทจะเริ่มจากการให้คู่พิพาททำแบบฟอร์มเพื่อเสนอให้กับทาง Nova Forum โดยให้คู่พิพาทอธิบายรายละเอียดของข้อพิพาทและทำข้อโต้แย้งทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อสนับสนุนข้อเสนอมองของแต่ละฝ่าย

Nova Forum จะช่วยคู่พิพาทในการเลือกผู้เป็นคนกลางโดยพิจารณาจากข้อพิพาทและข้อมูลที่คู่พิพาทระบุไว้ในแบบฟอร์ม คนกลางจะเริ่มดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใน 72 ชั่วโมง โดยการประชุมเพื่อดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทจะดำเนินการผ่านทางห้องประชุมออนไลน์ที่เรียกว่า “Resolution Room” ซึ่งจัดให้มีการติดต่อกันทั้งในรูปแบบของการติดต่อสื่อสารที่เกิดขึ้นต่างเวลากัน (Asynchronous Communications) และการติดต่อสื่อสารที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน (Synchronous Communications) โดย Resolution Room จะมีการจัดเก็บข้อมูลไว้เป็นความลับไม่ว่าจะเป็นข้อมูลที่เกิดจากการติดต่อสื่อสาร จากเอกสารหรือจากการแลกเปลี่ยนทางออนไลน์อื่น ๆ ของคู่พิพาทและคนกลาง ผู้ดำเนินการเป็นคนกลางจะพยายามระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยก่อน และหลังจากนั้นหากการดำเนินการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ ผู้เป็นคนกลางก็จะผันตัวเองมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการชี้ขาดซึ่งคำชี้ขาดนี้จะผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามและอาจร้องขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้³⁹

3.1.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

ความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงเป็นหลักการขั้นพื้นฐานอันเป็นมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งทุกระบบรวมถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากระบบวิธีพิจารณาทุกระบบต่างมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงที่เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพเพื่อให้ได้ความจริงในการที่จะนำมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายเพื่อให้ได้คำพิพากษา หรือคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้อง และเป็นธรรม มาตรฐานสากลของกระบวนการที่เป็นธรรมในการค้นหาความจริงซึ่งเป็นที่ยอมรับได้แก่ ความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Transparency) หรือหลักฟังความสองฝ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) มีหลักการที่สำคัญว่า คู่พิพาททุกฝ่าย (Every party) จะต้องได้รับความเป็นธรรม (to be fair) และได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (are treated equally) เช่น สิทธิในการนำเสนอพยานหลักฐานและถามค้านพยาน (An opportunity to be heard and to deal with the case of its opponent) หลักการพื้นฐานนี้ได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญาอนุคร

³⁹ LUCILLE M. PONTE, pp. 90-92.

นิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ รับรองหลักการนี้ไว้ใน Article V (1)(b)⁴⁰ ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นเหตุที่ศาลจะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการค้นหาความจริงจะเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อระบบกระบวนการพิจารณานั้นมีขั้นตอนที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ โดยเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม เพราะกระบวนการที่ล่าช้าอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการค้นหาความจริง (Justice delayed is justice denied) และกระบวนการที่มีค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควรย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to justice) การสร้างกระบวนการในการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรมเป็นที่มาของระบบกฎหมายในการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีแพ่งที่สำคัญของโลก 2 ระบบ ได้แก่ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law System) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law System) ซึ่งเป็นระบบการค้นหาความจริงที่นำมาปรับใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

3.1.2.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือระบบการค้นหาข้อเท็จจริงที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นแนวทาง (Uncodified) มีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษในช่วงยุคกลาง ราวศตวรรษที่ 11 ที่มีการสร้างสถาบันศาลทั้งที่เป็นศาลท้องถิ่นทั่วไป (Court of general jurisdiction) และศาลของกษัตริย์ที่มีผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินคดีอันเปรียบเสมือนตัวแทนการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ (Kings began to consolidate power and establish new institutions of royal authority and justice)⁴¹ การดำเนินกระบวนการพิจารณา การค้นหาข้อเท็จจริงและการนำเสนอพยานหลักฐาน ตลอดจนการพิพากษาคดี มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากระบบประมวลกฎหมายหรือระบบซีวิลลอว์ กล่าวคือบ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Source of laws) มาจากแนว

⁴⁰ Article V (1)(b) “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

⁴¹ The King delegated this function to an official call the Chancellor of the Royal Court. In the course of time, this became the Court of Chancery, see also; Joseph Dainow, “The Civil Law and The Common Law: Some Points of Comparison,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol.15, No. 3, pp. 419-423, (1966-1967).

คำพิพากษาของศาลในคดีก่อน (Judge –made –law) หลักการนี้ได้รับการยอมรับโดยประชาชน นักกฎหมาย ทนายความ และผู้พิพากษา ของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ เป็นต้น หลักการนี้นิยมเรียกว่า “The doctrine of precedent” ภาษาละตินใช้คำว่า “Stare decisis”⁴² นอกจากหลักการดังกล่าวแล้ว ระบบวิธีพิจารณาความของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังมีลักษณะเฉพาะที่โดดเด่นแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยเฉพาะกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงและการนำเสนอพยานหลักฐาน (Service of Document and Discovery) ตลอดจนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง (Determination of facts) และการชี้น้ำหนักพยานหลักฐาน (Rules on Admission and weight of Evidence) กล่าวอีกนัยหนึ่ง กระบวนการพิจารณาความของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบกล่าวหา (Adversarial system) การดำเนินคดีอยู่ภายใต้การดำเนินการของคู่พิพาท ระบบนี้เน้นความเป็นกลางของศาล ผู้พิพากษามักไม่มีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือซักถามพยาน คงมีหน้าที่ควบคุมให้การซักถามพยานของทนายความแต่ละฝ่ายอยู่ในประเด็นข้อพิพาท (Passive role) ระบบนี้จะให้ความสำคัญต่อการรวบรวมพยานหลักฐานและการเตรียมพยานตั้งแต่ก่อนการสืบพยานต่อหน้าศาล (Pre-trial stage) ดังนั้น คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจึงมีหน้าที่เปิดเผยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท (Disclosure of evidence) ที่ประสงค์จะนำสืบและส่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งตรวจสอบทั้งพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้ออ้างของตนรวมถึงพยานหลักฐานที่อาจมีผลให้เสียเปรียบในเชิงคดีด้วย นอกจากนี้หลักการรับฟังพยานหลักฐาน (Rules on Admission and Weight of Evidence) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นให้ความสำคัญกับความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐาน กล่าวคือศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นต้นฉบับ (Authenticity) เป็นหลัก และยังคงให้ความสำคัญต่อหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The best evident rule) เมื่อเปรียบเทียบกับพยานบอกเล่า (The hearsay rule) ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงถือว่าพยานบุคคลเป็นพยานที่ดีที่สุดและมีน้ำหนักให้รับฟังมากกว่าพยาน

⁴²Judge Peter J. Messitte, US District Court (Maryland) said that...This tradition, inherited by the United State from England, is based on several policy considerations. These include predictability of results, the desire to treat equally everyone who faced the same or similar legal problems, the advantages to be gained when an issue is decided that effect all subsequent cases and respect for the accumulated wisdom of lawyers and judges in the past. But it is also understood that primary responsibility for making law belongs to the legislative authority; judges are expected to interpret the law, at most filling in gaps when constitutions or statutes are ambiguous or silent; see also, USIS E-Journals, September 1999.

เอกสาร และการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Witness) มีความแตกต่างจากระบบซีวิลลอว์ซึ่งศาลเป็นผู้ตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ (Court Expert) จึงอยู่ในฐานะพยานคนกลางซึ่งมีน้ำหนักมากกว่าพยานบุคคลทั่วไป แต่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คู่ความจะเป็นผู้อ้างพยานผู้เชี่ยวชาญและฝ่ายที่อ้างเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว การเบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่ความอ้างจึงอาจจะเบิกความเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของฝ่ายที่อ้างพยาน ระบบนี้จึงให้ความสำคัญกับกระบวนการถามค้านพยาน (Cross-examination) เพื่อทำลายความน่าเชื่อถือของพยาน ซึ่งรวมถึงการถามค้านพยานผู้เชี่ยวชาญในลักษณะเดียวกับพยานบุคคลทั่วไป

3.1.2.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law System)

กระบวนการวิธีพิจารณาความของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นระบบไต่สวน (Inquisitorial system) ระบบนี้ผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวนพยาน มีอำนาจสืบสวนพยานและควบคุมการไต่สวนเอง ส่วนคู่พิพาทโดยหลักแล้วไม่มีสิทธิถามค้านพยาน (Cross – examination) เหมือนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การสืบพยานจะให้ความสำคัญกับพยานเอกสารมากกว่าพยานบุคคลหรือการถามค้านพยาน และไม่มีระบบการตรวจสอบหรือเตรียมพยานหลักฐานก่อนการสืบพยาน (No pre-trial discovery) ดังนั้น คู่พิพาทจึงไม่มีหน้าที่เปิดเผยพยานหลักฐานหรือส่งพยานหลักฐานให้อีกฝ่ายตรวจสอบก่อนสืบพยาน (Parties are not obliged to produce documents voluntarily to the other party during the course of civil litigation) เนื่องจากในระบบนี้ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการรวบรวมและแสวงหาพยานหลักฐาน ด้วยเหตุผลดังกล่าวแนวปฏิบัติทั่วไปของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ทำหน้าที่บันทึกคำพยานโดยสรุปด้วยถ้อยคำของศาลมิใช่จดคำพยานแบบคำต่อคำ (The usual practice in most civil law countries is that witness testimony is not record verbatim, but the judge dictates a summary of the testimony into the dossier in the judge’s own words) นอกจากนี้การรับฟังพยานหลักฐาน (Rules on Admission and Weight of Evidence) ไม่เคร่งครัดกับหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The best evident rule) และหลักพยานบอกเล่า (The hearsay rule) แต่รับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องทุกประเภทแล้วนำมาชั่งน้ำหนักพยานว่าพยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือกว่า (In principle, any evidence is admissible, but the court will evaluate how much weight is to be accorded to an evidence) ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงให้ความสำคัญกับพยานเอกสาร (Witness statements) มากกว่าพยานบุคคล และไม่มีกระบวนการถามค้านพยาน (Cross-examination) และการเตรียมพยานก่อนสืบเป็นสิ่งที่ไม่อาจทำได้

(Preparation of witnesses is strictly forbidden) เหมือนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หากฝ่าฝืนจะส่งผลให้พยานไม่มีความน่าเชื่อถือ⁴³

กระบวนการพิจารณาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการยังคงอยู่บนพื้นฐานหลักการของระบบวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีรูปแบบมาจากระบบกฎหมายที่สำคัญ 2 ระบบ ดังกล่าว ซึ่งโดยหลักทั่วไปของระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบด้วยบทบาทของศาลในการค้นหาความจริงที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุก (Active Role) และผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับ (Passive Role) ในกระบวนการพิจารณา หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา (Judicial Independence and Impartiality) หลักความรับผิดชอบของผู้พิพากษา (Judicial Accountability) หลักความประสงค์ของคู่ความ และหลักการได้รับฟังพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม (Due process)⁴⁴ ซึ่งเป็นหลักกระบวนการที่นำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่กึ่งตุลาการ (Quasi-justice) ก็พัฒนามาจากบทบาทของศาลเช่นกัน ดังนั้น ระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงมีอิทธิพลอย่างมากต่อคู่พิพาท หมาย ความ ที่ปรึกษากฎหมายและอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนหลักกฎหมายและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น หลักการสืบพยาน การรับฟังพยานหลักฐาน บทบาทของอนุญาโตตุลาการ และการใช้ดุลพินิจกำหนดผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีที่มาจากระบบกฎหมายที่ต่างกัน เช่น หลัก Cost Allocation และ Case follow the event (Loser pay) หรือ หลักในเรื่องการกำหนดค่าทนายความแบบ Contingency success fees ซึ่งปัจจัยดังกล่าวมาข้างต้นล้วนส่งผลต่อการใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Time and Cost in International Arbitration)

3.1.2.3 แนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาตามแนวทางของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (The United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)

บทบาทของอนุญาโตตุลาการในควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Arbitral Award) มีลักษณะคล้ายคลึงกับผู้พิพากษา กล่าวคืออนุญาโตตุลาการมีบ่อเกิดอำนาจส่วนหนึ่งมาจากคู่พิพาทซึ่งเป็นผู้แต่งตั้ง

⁴³ B Kaplan, A T von Mehern & R Schaefer ,Phases of German Civil Procedure ,*Harvard Law Review* , 1,pp. 201,(1958).

⁴⁴ สมบัติ พงศ์พิงศภัค, “การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยสู่มาตรฐานสากล,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 86-93.

อนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) แต่ขณะเดียวกันรัฐมอบอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่อนุญาโตตุลาการ ดังนั้น อีกบทบาทหนึ่งของอนุญาโตตุลาการคือการรักษามาตรฐานหลักที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of law) ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการดำเนินกระบวนการทางแพ่ง และควบคุมกระบวนการให้มีความเป็นธรรมในขณะเดียวกันต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to public policy) อนุญาโตตุลาการจึงมีบทบาทกึ่งตุลาการ (Quasi-Justice) แม้ว่าการดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการนั้นมีความยืดหยุ่นมากกว่าศาล อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเคร่งครัดกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเหมือนกระบวนการในศาล และการดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถปรับให้เหมาะสมกับข้อพิพาทแต่ละกรณีได้ก็ตาม อนุญาโตตุลาการก็ยังคงมีบทบาทสำคัญในการหาความสมดุลระหว่างการทำหน้าที่อันมีที่มาจากคู่พิพาทและรัฐให้เกิดความเป็นธรรมและให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในทางปฏิบัติคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศส่วนใหญ่มักมีสัญชาติ วัฒนธรรม และระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งระบบการค้นหาความจริงที่ต่างกันอย่างย่อมนส่งผลให้วิธีการนำเสนอข้อเรียกร้อง คำคัดค้านข้อเรียกร้อง วิธีการนำเสนอพยานหลักฐานโดยการสืบพยานบุคคลหรือพยานเอกสาร ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญแตกต่างกัน และที่สำคัญบทบาทของอนุญาโตตุลาการ ทนายความ และผู้ที่เกี่ยวข้องก็มักจะแตกต่างกันโน้มเอียงไปตามระบบที่เคยศึกษาฝึกฝนและปฏิบัติมา โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่คล้ายผู้พิพากษาหากเป็นระบบ Common law มักจะยึดติดกับความรู้สึกที่ต้องวางตัวเป็นกลางจึงมีบทบาทในเชิงรับ (Passive role) ส่วนอนุญาโตตุลาการในระบบ Civil law มีบทบาทเชิงรุก (Active Role) ในการควบคุมกระบวนการพิจารณา และด้วยเหตุผลที่คู่พิพาทเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้ดุลพินิจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในเชิงรุกมากเท่าที่ควร ทำให้กระบวนการพิจารณามีความล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายที่เกินสมควร ในขณะที่อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและมีบทบาทหน้าที่ในลักษณะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดดุลยภาพระหว่างการไต่ระยะเวลาค่าใช้จ่าย และประสิทธิภาพของการค้นหาความจริง การใช้ดุลพินิจควบคุมกระบวนการพิจารณาที่ฟุ่มเฟือย ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท และเทคนิคการประวิงคดี จึงเป็นบทบาทที่สำคัญในการใช้อำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น เพื่อสร้างความสมดุลในการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ตลอดจนสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงต่าง ๆ จึงมีการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องใช้บทบาทในเชิงรุกเพื่อควบคุมระยะเวลา ค่าใช้จ่ายเพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างการเป็นกระบวนการค้นหาความจริงที่มีประสิทธิภาพและการทำคำชี้ขาดที่ถูกต้องและเป็นธรรม โดยคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้แก้ไขเพิ่มเติม ข้อบังคับ มาตรา 17 (1) โดยให้อำนาจอนุญาโต

ตุลาการใช้ดุลพินิจในการควบคุมและมีคำสั่งใด ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมได้ ไม่ว่าคู่พิพาทจะตกลงยินยอมหรือไม่ โดยอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ให้ความเป็นธรรม และปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน เปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายมีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁵ และในปี ค.ศ. 2010 และ 2013 UNCITRAL ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการโดยมีการระบุบทบาทของอนุญาโตตุลาการให้มีหน้าที่ในการบริหารจัดการคดีและมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการที่จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ โดยในหนังสือรับรองความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการพิจารณาตัดสินชี้ขาด (Independence) มีข้อความระบุเพิ่มเติมว่า “อนุญาโตตุลาการจะอุทิศเวลาในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยความรวดเร็ว ภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน” (I confirm on the basis of the information presently available to me that I can devote the time necessary to conduct this arbitration diligently, efficiency, and in accordance with the time limits in the Rules)

มาตรา 17 (1) แก้ไขเพิ่มเติมข้อความว่า “ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการจะใช้ดุลพินิจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาในทางหลีกเลี่ยงความล่าช้า ค่าใช้จ่ายที่ไม่สมเหตุผล และ ให้ความเป็นธรรม ตลอดจนดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพ” (The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceeding so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute)

มาตรา 17 (2) “กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการบริหารจัดการคดีเพื่อหลีกเลี่ยงความล่าช้า และค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น แม้คู่พิพาทจะตกลงกันก็ตาม” (Requires tribunals to adopt creative procedures that can avoid unnecessary delay and expense”, even where the parties are in agreement)

⁴⁵ UNCITRAL Rules art 17 (1) “Whether or not the parties have agreed on procedure to conduct arbitral proceedings as they see fit; The Arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any state of the proceeding each party is given a full opportunity of presenting his case.”

3.1.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ประสิทธิภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Enforcement of Arbitral Award) ถือเป็นข้อบ่งชี้ (indicators) สำคัญว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศหนึ่งประเทศใดมีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับมากน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นปัจจัยที่นักธุรกิจและผู้ที่จะเข้ามาลงทุนในต่างประเทศให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก เนื่องจากผลของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หมายถึงประสิทธิภาพในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของผู้แพคดี ซึ่งในมุมมองของการค้าการลงทุนถือเป็นปัจจัยเสี่ยง (Risk) ประเภทหนึ่ง

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการประสบความสำเร็จในปัจจุบัน และได้รับการยอมรับและความนิยมในการนำมาระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ หากปราศจากกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้แล้วคู่พิพาทย่อมขาดหลักประกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะได้รับการบังคับชำระหนี้ในที่สุดหรือไม่ ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกส่วนใหญ่ต่างเป็นภาคีสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) และศาลของประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกส่วนใหญ่มีทัศนคติที่ดีและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Strong public policy favoring international arbitration)⁴⁶ ดังปรากฏจากการที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958)⁴⁷ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นข้อได้เปรียบสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาล ซึ่งตามปกติจะสามารถบังคับคดีตามคำพิพากษาได้เฉพาะในประเทศที่ศาลมีคำพิพากษาเท่านั้น ในขณะที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับคดีได้ในหลายประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, United Nation New York 1958) ซึ่งปัจจุบันมีภาคีสมาชิก รวม 157

⁴⁶ Jessica L. Gelandner, Judicial Review of International Arbitration Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitration, *Marquette Law Review*, 80, pp. 625-627, (1997).

⁴⁷ Berg, A.J., "Why Are Some Awards Not Enforceable?, Enforcement of Awards-A few Introductory Thoughts," in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, (Kluwer Law International, The Hague, 2005), p. 291.

ประเทศ⁴⁸ แต่อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เอง ต้องอาศัยกระบวนการของศาลในประเทศที่จะมีการบังคับตามคำชี้ขาดในการที่จะพิจารณาพิพากษา ให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี ภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้หลายประการ เช่น ศาลของประเทศที่มีการขอบังคับตามคำชี้ขาดสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีใดบ้าง ซึ่งหลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ๆ นั้นได้บัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน และเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาความเป็นหลัก แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือปัญหาเรื่องคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to Public Policy) ที่กฎหมายให้อำนาจศาลของประเทศที่มีการบังคับตามคำชี้ขาดมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาด (Review award) และเพิกถอนคำชี้ขาด (Set aside foreign arbitral awards) หรือปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ (Refusal of recognition of foreign arbitral awards) ดังนั้น การที่ศาลของประเทศใดจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายทางการเมือง สังคมและเศรษฐกิจ (Political, Social and Economic dimensions) ทัศนคติที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ ศีลธรรม (Morality) จารีตประเพณี (Cultural) ตลอดจนการตีความกฎหมาย และแนวปฏิบัติ (Guideline) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public policy) ภายในของประเทศนั้น ๆ⁴⁹ ดังนั้น ขอบเขตของการตีความในเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic public policy) และระหว่างประเทศ (International public policy) ซึ่งแตกต่างกันในแต่ละประเทศ จึงอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนต่อระบบการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในขณะที่ความคาดหวังต่อการบังคับได้ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับชำระหนี้โดยการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เป็นข้อบ่งชี้สำคัญถึงความสำเร็จของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (The effectiveness of international commercial arbitration depends on the predictable enforcement of

⁴⁸ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Retrieved on November 18, 2017, from www.newyorkconvention.org/countries

⁴⁹ Christopher S. Gibson, "Arbitration, Civilization and Public Policy : Seeking Counterpoise between Arbitral autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law," *Penn State Law Review*, No. 113, Vol. 4, p. 1230, (2009).

arbitral agreements and awards)⁵⁰ เพราะถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพมากเพียงใดก็ตาม หากปราศจากกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีประสิทธิภาพแล้ว การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศย่อมไม่อาจได้รับการยอมรับและพัฒนาต่อไปได้⁵¹

3.1.3.1 แนวคิดและบทบาทเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (Public policy หรือPublic order) และคำว่า“ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (Good moral) เป็นคำที่มีความหมายกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ นโยบายของรัฐ รวมทั้งทัศนคติของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย จึงเป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความ หรือบทนิยาม ประกอบกับการให้ความหมายและความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องใดจะถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ การพัฒนาชาติ ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี ความเชื่อ แนวคิด และการยอมรับของประชาชนในแต่ละสังคม ความสำคัญของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในทุกระบบกฎหมายว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไป เนื่องจากเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้ และมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยรวม จึงเป็นบทบังคับเด็ดขาดซึ่งรัฐจะยอมให้มีการละเมิดหรือฝ่าฝืนไม่ได้ โดยเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการตีความเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือคู่พิพาท

บทบาทของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ปรากฏอยู่ที่ทั้งในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชน กล่าวคือบทบาทของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในระบบกฎหมายเอกชนนั้น เนื่องจากกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน การที่บุคคลเข้าทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ ต่อกันยอมที่จะผูกพันบังคับกันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ปรัชญาของกฎหมายเอกชนจึงอยู่ที่ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายห้าม ย่อมทำได้ ซึ่งหลักนี้มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งทั่วโลก และปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ใน

⁵⁰ Michael F. Hoellering, International Arbitration under U.S. Law and AAA Rules, *Dispute Resolution Journal*, p. 25, (January 1995).

⁵¹ Kaufmann-Kohler, G., “Enforcement of Awards-A Few Introductory Thoughts,” in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, (Kluwer Law International, The Hague, 2005), p. 291.

มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายมีสิทธิห้ามการกระทำก็แต่เฉพาะที่เป็นการกระทำที่สังคมเดือดร้อน สิ่งที่ถูกกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ ย่อมทำได้ และบุคคลไม่อาจถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ” อย่างไรก็ตาม หากวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมสัญญาจะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากกฎหมายย่อมไม่สนับสนุนการกระทำที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ปรากฏในกฎหมายเอกชน ได้แก่ บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติเกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ และบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้บุคคลทุจริต เป็นต้น

ส่วนบทบาทของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในระบบกฎหมายมหาชนนั้นเนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐระหว่างกัน หรือกับเอกชนในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน โดยให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้จึงทำให้กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง ได้แก่กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญาตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจหรือสังคม เช่นกฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือแรงงานสัมพันธ์ซึ่งแทรกแซงสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างนายจ้าง กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งแทรกแซงกฎหมายซื้อขาย และเช่าซื้อซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนเพื่อคุ้มครองสังคม ดังนั้นการใดที่ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวจึงขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายและไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้⁵²

บทบาทของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public policy or Public order) ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ เช่น The 1927 Geneva Convention on Enforcement of Foreign Arbitral Awards,⁵³ The 1975 Inter-American Panama Convention on International Commercial

⁵² พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และ ญัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์, หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน, (หนังสือประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557), น. 2-19.

⁵³ Article 1 (e) state that “an award would be enforceable unless “contrary to the public policy to the principle of the law the country in which it is sought to be relied upon”

Arbitration⁵⁴, The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985⁵⁵ และ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award : New York Convention ค.ศ. 1958) ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ในมาตรา 5(2)(b) ว่า “ศาลอาจปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หากเห็นว่า การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่คู่พิพาทร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น”⁵⁶ แสดงให้เห็นถึงการยอมรับโดยทั่วไปว่า “หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นหลักการพื้นฐานที่ทุกสังคมและระบบกฎหมายยอมรับว่าเป็นหลักการที่ช่วยคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสถาบันต่าง ๆ ระบบการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ ความยุติธรรม ศีลธรรมอันดีงามเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมและเอกชน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศหรือประชาชนโดยรวม (Public interest) ทำให้การใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายและไม่อาจบังคับได้ การพิจารณาว่าการใดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นอำนาจของศาลแต่ละประเทศที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาท สำหรับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในการอนุญาโตตุลาการยังเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงคุณค่าของหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ เช่น หลักความประสงค์ของคู่พิพาท (Party autonomy) หลักความเป็นกลาง (Neutrality) ประสิทธิภาพ (Efficiency) ความเป็นที่สุด (Finality) ความยุติธรรม (Justice) และการเป็นกระบวนการที่เป็นธรรม (Validity of the procedure) ซึ่งเป็นมาตรฐานที่รัฐประสงค์จะคุ้มครองเอกชน โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการยอมรับให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าการกระทำหรือนิติกรรมและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักการดังกล่าวนี้จะต้องไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะเป็นการช่วยสร้างความสมดุลระหว่างแนวความคิดเสรีนิยมและอนุรักษนิยม (It should

⁵⁴ Article 5(2)(b) of the Inter-American Panama Convention; makes reference to the “public policy of that state”

⁵⁵ Article 37

⁵⁶ Article 5(2)(b) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that (b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.)

maintain a balance between protectionism and liberalism as well as between parochialism and globalism)⁵⁷

3.1.3.2 ความหมาย ขอบเขต และการตีความ ปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award : New York Convention ค.ศ. 1958) ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ในมาตรา 5(2)(b) ว่า “ศาลอาจปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากเห็นว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่คู่พิพาทร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น” (5(1)(a)-(e)(2)(a) ... (b) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (a) ... (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.) อันเป็นหลักที่ยกเว้นหรืออาจกล่าวได้ว่าอยู่เหนือหลักความประสงค์ของคู่พิพาท (Party autonomy) ซึ่งเป็นหลักการที่ New York Convention ให้อำนาจศาลของประเทศที่จะบังคับตามคำชี้ขาดตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ (Review award) นอกจากนี้ New York Convention ยังให้อำนาจศาลตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกันคือมาตรา 5(1) ... (e) ว่า “ศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ หากผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่าคำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันคู่พิพาท หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด” แต่อย่างไรก็ตาม New York Convention เพียงแต่บัญญัติให้อำนาจศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดเพิกถอนคำชี้ขาดได้เท่านั้น แต่กลับไม่ได้บัญญัติเหตุที่ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ดังเช่นกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศ ทำให้การเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำคำชี้ขาด (Place or Seat of Arbitration) ซึ่งอาจกำหนดเหตุไว้แตกต่างจาก New York Convention มาตรา 5 ได้ซึ่งอาจให้อำนาจการตรวจสอบของศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดมีอำนาจมากกว่าอำนาจของศาลประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด และภายใต้ New York Convention มาตรา 5(1)(e) คำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนดังกล่าว

⁵⁷Christopher S. Gibson, “Arbitration Civilization and Public Policy : Seeking counterpoise between Arbitral Autonomy and Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law.”

อาจถูกปฏิเสธการบังคับในประเทศภาคีสมาชิก New York Convention ได้ ดังนั้น การที่ประเทศต่าง ๆ มีเหตุเพิกถอนคำชี้ขาด (Set aside arbitral award) แตกต่างจากเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด (Recognition and enforcement arbitral award) ย่อมส่งผลให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้กรอบ New York Convention เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่มีประสิทธิภาพได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) จึงมีความพยายามทำให้อำนาจการตรวจสอบคำชี้ขาดของประเทศที่ทำคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับคำชี้ขาดมีความใกล้เคียงกันมากที่สุด ด้วยเหตุนี้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) จึงได้จำกัดเหตุแห่งการเพิกถอนไว้ให้เหมือนกับเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศตาม New York Convention มาตรา 5(1)(e)⁵⁸ โดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) นำเอาเหตุต่าง ๆ

⁵⁸ Article V

(1) Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that :

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

ซึ่งเป็นเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดตาม New York Convention มาตรา 5(1)(2) มาเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาด ทำให้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) มาตรา 34 ว่าด้วยเหตุเพิกถอนคำชี้ขาด และมาตรา 36 เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นเหตุเดียวกัน ส่งผลให้การตรวจสอบคำชี้ขาดเดียวกันของประเทศที่ทำคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับคำชี้ขาดไม่แตกต่างกันมาก ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public policy) จึงเป็นเหตุที่ศาลสามารถจะเพิกถอนและปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ทั้งสองกรณีขึ้นอยู่กับว่าคู่พิพาทฝ่ายใดจะเริ่มกระบวนการใดก่อน แต่ผลของการเพิกถอนคำชี้ขาดย่อมทำให้คำชี้ขาดนั้นสิ้นผลผูกพัน และโดยทั่วไปจะไม่สามารถนำไปบังคับคำชี้ขาดในประเทศสมาชิกได้ เนื่องจากคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ตาม New York Convention มาตรา 5(1)(e)

ประเด็นเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to public policy) เป็นประเด็นที่คู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีนิยมหยิบยกขึ้นเป็นข้ออ้างในการคัดค้านการขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Resist enforcement of arbitral awards) หรือใช้เป็นเหตุในการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Set aside arbitral awards) และยังคงเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางถึงขอบเขตในการตีความ และบรรทัดฐานการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนของศาลแต่ละประเทศในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Review foreign arbitral awards) ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958⁵⁹ ทั้งนี้เนื่องจากการตีความ หลักความสงบเรียบร้อย

(e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that :

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

⁵⁹ Sameer Sattar, Enforcement of Arbitral Awards and Public Policy : Same Concept, Different Approach?, p. 2.

และศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public policy) ของประเทศต่าง ๆ แตกต่างกันและการดำเนินการอนุญาโตตุลาการไม่มียึดถือหลักบรรทัดฐานคำพิพากษา (The doctrine of president)⁶⁰ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยขึ้นอยู่กับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศที่จะขอบังคับตามคำชี้ขาดและทำคำชี้ขาด ประกอบกับอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ไม่ได้กำหนดคำนิยาม และขอบเขตหรือแนวปฏิบัติในการตีความหมายของ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ไว้ ทำให้นักวิชาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการสนับสนุนและพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จัดประชุมทางวิชาการและทำวิจัยเพื่อศึกษาถึงแนวการวินิจฉัยวิธีการตีความ ความหมาย และขอบเขตปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งในระดับภายในประเทศ (Domestic Public policy) ระหว่างประเทศ (International Public policy) และข้ามชาติ (Transnational Public Policy) เพื่อเป็นแนวทางหรือแนวปฏิบัติในการปรับใช้หรือตีความ (Guideline) ปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonization) อันจะนำไปสู่การสร้างมาตรฐานให้เกิดประสิทธิภาพและความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กรอบ New York Convention

(1) ความหมายของ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

“หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เป็นมาตรฐานการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ และโดยที่ส่วนใหญ่เป็นการใช้ดุลพินิจพิจารณาการกระทำจึงเป็นเรื่องยากที่จะให้ความหมายหรือบทนิยามที่แน่นอนทั้งในเชิงทฤษฎีและทางปฏิบัติ แต่มีสภาพบังคับเด็ดขาด ห้ามมิให้ผู้ใดฝ่าฝืนหรือกระทำการใดที่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ปรากฎครั้งแรกในปี ค.ศ. 1853 โดย House of Lords of England อธิบายความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยว่า หมายถึง “หลักหรือกฎระเบียบที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดมิให้มีการละเมิด ทำให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นอันตรายต่อหลักการขั้นพื้นฐานของสังคม”⁶¹

⁶⁰ Chief Justice Robert French AC, Arbitration and Public Policy 2016 Goff Lecture, 18 April 2016, Hong Kong, p. 2.

⁶¹ Egerton-v-Brownlow (1853) 4HLC1, cited by Diana Lazar, “Public policy as a limit to the Enforcement of foreign Arbitral awards : Seeking counterpoise between Public Interest and Arbitral Autonomy,” pp. 96-97, Retrieved on January 1, 2018, from www.lawteacher.net

Cheshire and North อธิบายถึงการใช้ดุลพินิจว่าสิ่งใดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ก็โดยการพิจารณาถึงหลักศีลธรรม สังคม และเศรษฐกิจ ในฐานะที่เป็นสิ่งซึ่งสังคมเคารพนับถือและจะทำลายมิได้ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นหลักการที่ต้องปกป้องมิให้มีการรุกร้า โดยไม่มีข้อยกเว้น⁶²

Loukas Misteliis, อธิบายถึง ทฤษฎีหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ภายใต้กรอบ New York Convention ว่ามีลักษณะเปลี่ยนแปลงและวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่องตาม การเปลี่ยนแปลงของสังคมและบริบททางการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และจารีตประเพณีของแต่ละประเทศ เพื่อสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ในเชิงการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและผลประโยชน์ของรัฐ⁶³

คำว่า Public policy และ Public order หรือหลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น ปัจจุบันเป็นคำที่ใช้แทนกันได้ โดยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มักใช้คำว่า Public policy หลักการนี้จะปรากฏในคำพิพากษาของศาลเป็นส่วนใหญ่ และอาจไม่ครอบคลุมถึงหลักความสงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณา (The public policy as understood in common law jurisdiction might not cover all cases of procedural injustice) ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มักใช้คำว่า Public order โดยอ้างอิงถึงหลักความสุจริต (Good faith) และหลักศีลธรรมอันดี (Good moral) ส่วนใหญ่บัญญัติหลักการนี้ไว้ในประมวลกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 6 บัญญัติว่า “คู่พิพาทภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศจะต้องไม่กระทำการใดอันทำให้เสียหายหรือขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”⁶⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 138 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีย่อมเป็นโมฆะ”⁶⁵ โดยหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หมายคามรวมถึง

⁶² Cheshire and North, Private International Law, (London : Butterworths, 1999), p. 123.

⁶³ Loukas Misteliis, “Keeping the unruly horse in control, or Public policy as a bar to enforcement of arbitral awards,” (International Law Forum du Droit International, 2000), pp. 248,252.

⁶⁴ Article 6 of the French Code Civil provides that parties may not, by private convention, derogate from laws, which concern public order and good morals.

⁶⁵ Article 138 of the German Civil Code provides that a legal transaction which offends good moral is void.

ความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาด้วย (The civil law concept of order public which includes certainly breaches of procedural justice) แต่ในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ยึดถือแนวความหมายของ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ในแนวทางของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีความหมายครอบคลุมทั้งหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive public policy) และกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural public policy) ⁶⁶

นอกจากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในความหมายทั่วไป (Public policy) และหลักความสงบเรียบร้อยระดับระหว่างประเทศ (International public policy) แล้ว ปัจจุบันยังมีการพัฒนาหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่จะนำมาปรับใช้ในประเพณีการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในระดับนานาชาติหรือข้ามชาติ (Transnational public policy) ซึ่งหมายถึงสิ่งซึ่งสะท้อนถึงการยอมรับนับถือของสังคมอันเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นมาตรฐานสากล หรือบรรทัดฐาน ประเพณีการปฏิบัติในสังคมระหว่างประเทศ (Transnational Public policy reflects the existence of what is perceived as universal standards or accepted norms of conduct common to the international community) ⁶⁷ ซึ่งหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในระดับข้ามชาตินี้อยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายธรรมชาติ ความยุติธรรมสากล หลักการห้ามขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาดในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง และหลักศีลธรรมอันดีซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมที่มีความเจริญทางวัฒนธรรมหรือมีอารยธรรม (The Rule of this public policy would comprise fundamental rules of natural law, the principle of universal justice, jus cogens in public international law and the general principles of morality accepted by what is referred to as civilization) ⁶⁸

⁶⁶ “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration,” (ICCA Congress Series No.3, Kluwer, 1987), p. 179.

⁶⁷ Lalive, P., Transnational or Truly International Public Policy in International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, (Kluwer Law, Deventer, 1986), p. 266.

⁶⁸ Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration : A Study in Commercial Arbitration Award, (Dobbs Ferry, NY: Oceana Oceana, 1978), p. 535.

(2) ขอบเขต และการตีความ ปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958

สืบเนื่องจาก New York Convention ไม่ได้ให้คำนิยามหรือความหมายของ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตลอดจนมิได้วางแนวทางในการตีความ ขอบเขตและการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใต้ New York Convention หากแต่ให้อำนาจศาลของประเทศสมาชิกในการใช้ดุลพินิจว่า การจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิกหรือไม่ ทำให้แต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ในการตีความปัญหาความสงบเรียบร้อยของประชาชนแตกต่างกันซึ่งอาจทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ New York Convention ขาดประสิทธิภาพ นักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ จึงมีการประชุมสัมมนาในรูปของคณะทำงานเพื่อศึกษาวิจัยและหาแนวปฏิบัติเกี่ยวกับขอบเขต และการตีความปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน โดยในปี ค.ศ. 2002 สมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Association: ILA) ได้เผยแพร่รายงานการศึกษาวิจัย แนวปฏิบัติของศาลประเทศต่าง ๆ ในการตีความ ขอบเขต ความหมาย และการปรับใช้ หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (Guiding the Enforcement Court's Discretion by Defining and Cataloging Public Policy) และในปี ค.ศ. 2015 สมาคมเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติ (International Bar Association : IBA) รายงานการทำวิจัยแนวปฏิบัติของศาลประเทศต่าง ๆ รวม 40 ประเทศในการตีความ ขอบเขต ความหมาย และการปรับใช้ หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ศาลของประเทศสมาชิกในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และเพื่อสร้างมาตรฐาน (Special regard must be made to the resolution of the International Law association and the International Bar Association on public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards with an aim to clarify and to enhance standardize approach in interpretation and application of New York Convention และแนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลัก “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ว่าควรจะมี ความหมาย ขอบเขต มากน้อยเพียงใด หรือการตีความในลักษณะใดที่จะมีความเหมาะสมสมควร เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการสนับสนุนกลไกของรัฐที่เอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศ (The Public Policy of Sustaining International Arbitration Award) กับภารกิจหรือพันธกิจของศาลในการควบคุมกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องว่าชอบด้วยกฎหมาย มีความเป็นธรรม และ

สอดคล้องกับบริบท “ความยุติธรรม” ของประเทศสมาชิก (The Public Policy of Fairness and Legality)

ในทางปฏิบัติการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใต้กรอบ New York Convention นั้น ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ตีความ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแคบ (Narrow interpretation) รวมถึงการตีความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งนอกจากคำว่า Public policy, Public order, Lois de police อันเป็นความหมายทั่วไปแล้ว การนำหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาปรับใช้ภายใต้กรอบ New York Convention ยังมีการแบ่งประเภทของหลักความสงบเรียบร้อยออกเป็น ความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ (Domestic public policy) ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (International public policy) และความสงบเรียบร้อยระดับข้ามชาติ (Transnational public policy) โดยหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (International public policy or truly international public policy) ถูกนำมาใช้ในการกำหนดกรอบของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับว่าเป็นหลักการที่นำมาปรับใช้ในการตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ New York Convention ซึ่งเป็นหลักความสงบเรียบร้อยทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ (Procedure pursuant to which it was render (procedural international arbitration) or to its contents (substantive international public policy)) ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส (French approach) ที่กำหนดแยกประเภทหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ออกเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ (Domestic public policy) และความสงบเรียบร้อยของประชาชนระดับระหว่างประเทศ (International public policy)⁶⁹ และเป็นประเทศแรกที่น่าหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในระดับระหว่างประเทศมาเป็นหลักเกณฑ์การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งกรณีการขอเพิกถอนคำชี้ขาด (Set aside award) และขอบังคับตามคำชี้ขาด (Recognition and enforcement award) โดยกำหนดความหมาย ประเภท และการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ

⁶⁹ French code of civil procedure (CHAPTER III – Recognition and Enforcement Of Arbitral Awards Made Abroad Or In International Arbitration) : Article 1520 An award may only be set aside where : (1) the arbitral tribunal wrongly upheld or declined jurisdiction; or (2) the arbitral tribunal was not properly constituted; or 20 (3) the arbitral tribunal ruled without complying with the mandate conferred upon it; or (4) due process was violated; or (5) recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy

อนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศส

ส่วนแนวทางการตีความหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศที่กำหนดกรอบ โดยการศึกษาวิจัยของสมาคมนักกฎหมายนานาชาติ (Resolution of the ILA on public policy as a bar to Enforcement of International arbitral Awards 2002) พอสรุปได้ดังนี้

1 (d) ความหมาย หรือองค์ประกอบของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศ⁷⁰ ประกอบด้วย

(i) เป็นหลักการพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบเพื่อคุ้มครองความยุติธรรม และศีลธรรมอันดี ที่รัฐจะต้องปกป้องมิให้มีการล่วงละเมิดหรือทำลายโดยเด็ดขาด

(ii) กฎ ระเบียบ หรือกฎหมายที่รัฐแต่ละรัฐยึดถือและปกป้องว่าเป็นสิ่งสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สังคม เศรษฐกิจและผลประโยชน์ของรัฐ (Lois de police)

(iii) หน้าที่ของรัฐต่อพันธกรณีที่มีต่อรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศตามความหมายที่กำหนดโดย ILA ดังกล่าวเป็นหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International commercial arbitration) และในส่วนเนื้อหาของคำชี้ขาดต่างประเทศ (Substantive international public policy) ซึ่งหมายถึงหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มุ่งคุ้มครองหลักการขั้นพื้นฐานของกฎหมายสารบัญญัติ โดยหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ตีความว่ามีสภาพบังคับเด็ดขาดหากมีการฝ่าฝืนย่อมถือว่าเป็นเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดและเป็นเหตุเพิกถอนคำชี้ขาด ภายใต้ New York Convention แบ่งตามขอบเขตของความหมายที่กำหนดโดย ILA ได้ดังนี้

(i) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิที่เป็นสาระสำคัญ (Substantive fundamental principle) ได้แก่ หลักความสุจริต (Good faith) การใช้สิทธิโดยมิชอบ (Abuse of right) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

⁷⁰ The International public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned (ii) rules designed to serve the essential political, social, or economic interests of the State, these being known as “lois de police” or public policy rules” and (iii) the duty of the State to respect its obligation towards other States or International organizations.

(Pacta sunt servanda) การเวนคืนโดยไม่จ่ายค่าทดแทน (Prohibition against uncompensated expropriation) การเลือกปฏิบัติ (Prohibition against discrimination)

การกระทำที่ถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี (Prohibition of activity contra bonos mores) ได้แก่ สัญญาที่เกิดจากการให้สินบน (Illegal contract of bribery) สัญญาที่เกิดจากการฉ้อฉล (Contract obtained by fraudulent maneuver) การทุจริต ฉ้อราษฎร์บังหลวง (Corruption) โจรสลัด (Piracy) การก่อการร้าย (Terrorism) การล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การเป็นทาส (Slavery) การลักลอบนำเข้าส่งออก (Smuggling) การค้ายาเสพติดให้โทษ (Drug trafficking) การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Pedophilia)

(ii) การกระทำที่ถือว่าขัดต่อกฎ ระเบียบ หรือกฎหมายที่รัฐแต่ละรัฐยึดถือและปกป้องว่าเป็นสิ่งสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สังคม เศรษฐกิจและผลประโยชน์ของรัฐ (Rules design to serve the essential political, social or economic interests of the State known as Lois de police) ได้แก่ การฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายหรือกฎว่าด้วยว่าด้วยการแข่งขันที่เป็นธรรมหรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-trust or Competition law) กฎหมายควบคุมเงินตรา (Currency controls) การตกลงร่วมกันในการกำหนดราคา (Price fixing rules) กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (Environmental protection laws) มาตรการห้ามส่งสินค้าออก (Measures of embargo) การคว่ำบาตรสินค้าหรือห้ามนำเข้าสินค้า (Blockade of boycott) กฎหมายภาษีอากร (Tax law) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer protection laws)

(iii) หน้าที่ของรัฐต่อพันธกรณีที่มีต่อรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ ได้แก่ โจรสลัด (Piracy) การก่อการร้าย (Terrorism) การล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การเป็นทาส (Slavery) การค้ายาเสพติดให้โทษ (Drug trafficking) การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Pedophilia)

หลักความสงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณาความ (Procedural public policy) ถือเป็นหลักความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือในทุกระบบกฎหมาย เช่นเดียวกับหลักความสงบเรียบร้อยในกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive public policy) ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณาความเพื่อดำรงความยุติธรรมอย่างเสมอภาคภายใต้กระบวนการค้นหาความจริงของทุกระบบกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ใน New York Convention มาตรา V (1)(b) and (d), V (2)(b) ⁷¹ ให้อำนาจศาลที่ทำคำชี้ขาดหรือ

⁷¹ New York Convention under Article V (1)(b) and (d) : The Recognition and Enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that :

ศาลที่มีการขอบังคับคำตามชี้ขาดสามารถใช้ดุลพินิจที่จะไม่รับบังคับคำตามชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการได้หากผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า “ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่ในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น” หรือ “องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้” ซึ่งจากการทำวิจัยของคณะทำงานของสมาคมนักกฎหมายนานาชาติ (International Law Association; ILA) และสมาคมเนติบัณฑิตนานาชาติ (International Bar Association; IBA) พบว่า มาตรฐานการวินิจฉัยกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาความได้แก่

- ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ (Independence and impartiality)
- การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักการพื้นฐาน (Fundamental principle) หรือหลักกฎหมายธรรมชาติ (Legal order or Natural justice)
- การละเมิดสิทธิที่จะนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน (Violation of equal opportunity to present one's case)
- การละเมิดสิทธิที่จะแสดงความเห็น และได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Violate right to be heard or due process of law)
- การทำคำชี้ขาดซึ่งเกิดจากการฉ้อโกง การปลอมเอกสาร และการทุจริต (Making of the award was induced or affected by fraud or based on falsified documents or corruption)

[...]

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

[...]

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; [...]

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลัก ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน
อังกฤษ	ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจโดยทั่วไปมักไม่ให้ความหมายที่ชัดเจน แต่มีองค์ประกอบของการละเมิดกฎหมาย และศีลธรรมอันดีของวิญญูชน ⁷²	ไม่ปรากฏชัด
ออสเตรเลีย	บรรทัดฐาน ของความยุติธรรมและเป็นธรรม (Fundamental norms of justice and fairness) ⁷³	ไม่ปรากฏชัด

⁷²Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co.Ltd, Court of Appeal, 24 March 1987, quoted by Maxi Scherer, England, p.6

⁷³TCL v. Castel, Court of Appeal of the Federal Court of Australia (2014) quoted by Hilary Birks, Australia, p. 2

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention (ต่อ)

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลัก ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน
แคนาดา	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและเป็นธรรมขั้นพื้นฐาน และศีลธรรมอันดีที่สำคัญของออนตาริโอ อย่างชัดเจน (The most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario and the essential morality of Ontario ⁷⁴)	ไม่ปรากฏชัด
สิงคโปร์	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรม และศีลธรรมอันดีของประชาชนที่สำคัญ (The most basic notions of morality and Justice)	ตีความอย่างแคบ เฉพาะ เหตุที่ชัดเจน ถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับได้ (shock the conscience)
สหรัฐอเมริกา	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและศีลธรรมอันดีขั้นพื้นฐาน ของสหรัฐอเมริกา (The most basic notions of morality and Justice” and “fundamental notions of what is just in the United States)	ตีความอย่างแคบ
เยอรมัน	ฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานอันเป็นประโยชน์ของสาธารณชน เศรษฐกิจ และหลักกฎหมายของเยอรมัน (The very fundamental of public and economic life” or the fundamental principle of the German legal order”)	ตีความอย่างแคบและ อย่างชัดเจน

⁷⁴ Ontario Superior Court of Justice, Cooperation Transnacionales de Inversiones v. Stet International S.P.A, quoted by Craig Chiasson and Kalie McCrystal, Canada, p.3

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention (ต่อ)

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลัก ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน
อิตาลี	ฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานอันเป็นคุณค่า จริยธรรม ขนบธรรมเนียม เศรษฐกิจ การเมืองอันเป็น หลักการสำคัญของสังคมอิตาลี (Those fundamental norms and values of ethical, social, political and economic nature that lie at the heart of the Italian legal order)	กระทบกระเทือนหลัก กฎหมายที่รัฐต้องรักษาไว้
สวิสเซอร์แลนด์	ฝ่าฝืนกฎหมายและหลักความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนสวิสเซอร์แลนด์ (Fundamental values of the Swiss legal order) ⁷⁵	ในระดับที่ไม่สามารถ ยอมรับได้ (Intolerable, unbearable)
ญี่ปุ่น	ฝ่าฝืนหลักแนวคิดและหลักกฎหมายพื้นฐานของ ประเทศ (The basic principles or basic ideas of the legal system of our country)	ไม่ปรากฏชัด
จีน	ฝ่าฝืนหลักกฎหมายพื้นฐาน ขัดต่อผลประโยชน์ ความมั่นคง ปลอดภัยของรัฐ และขนบธรรมเนียม อันดีของสังคม (The principle of the law, fundamental interest of the society, safety of the country, sovereignty and good social customs)	ฝ่าฝืนโดยชัดแจ้ง (manifestly contrary)

⁷⁵ Federal Tribunal, 25 September 2014, quoted by Dominique Brown-Berest, Switzerland, p. 2.

ตารางที่ 3.1 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention (ต่อ)

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลัก ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน
ฮ่องกง	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรม และศีลธรรมอันดีของประชาชนที่สำคัญของฮ่องกง (most basic notions of Justice and morality of the Hong Kong)	ตีความอย่างแคบ อย่างชัดเจน แจ่มแจ้งและร้ายแรง (serious, egregious, so shocking to the court conscience)
อินเดีย	ฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมาย ผลประโยชน์ของรัฐ หลักความยุติธรรม และศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to fundamental policy of India law; or the interest of India; or justice or morality)	ไม่ปรากฏชัด
ฝรั่งเศส	หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (contrary to international public policy)	ตีความอย่างแคบ อย่างชัดเจน แจ่มแจ้ง (Flagrant effective and concrete)

(3) ผลภายหลังการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Set Aside Arbitral Awards)

คำว่า เพิกถอนคำชี้ขาด (Set aside) ปรากฏอยู่ใน New York Convention Article 5(1)(e) ที่บัญญัติไว้เป็นเหตุประการหนึ่งที่ศาลจะไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ตาม New York Convention โดยบัญญัติถึงผลของคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนว่า “ไม่มีผลผูกพันคู่พิพาท” ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “invalid, void, null or nullify” ซึ่งมีความหมายว่า การเป็นโมฆะ แต่ New York Convention ก็ได้ให้ความหมายหรือคำจำกัดความไว้ ทั้งไม่ได้กำหนดเหตุอันจะเพิกถอนคำชี้ขาดไว้เหมือนเช่นกรณีศาลของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดอาจปฏิเสธคำขอได้ในกรณีที่ปรากฏเหตุใน Article 5(1)-(e) และ Article 5(2)(a)(b) แต่อย่างไรก็ตาม New York

Convention เพียงแต่บัญญัติให้อำนาจศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดเพิกถอนคำชี้ขาดได้เท่านั้น แต่กลับไม่ได้บัญญัติเหตุที่ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดไว้ดังเช่นกรณีการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ทำให้การเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำคำชี้ขาด (Place or Seat of arbitration) ซึ่งอาจกำหนดเหตุไว้แตกต่างจาก New York Convention มาตรา 5 ได้ซึ่งอาจทำให้อำนาจการตรวจสอบของศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดมีอำนาจมากกว่าอำนาจของศาลประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด และภายใต้ New York Convention มาตรา 5(1)(e) คำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนดังกล่าวอาจถูกปฏิเสธการบังคับในประเทศภาคีสมาชิก New York Convention ได้ ดังนั้น การที่ประเทศต่าง ๆ มีเหตุเพิกถอนคำชี้ขาด (Set aside arbitral award) แตกต่างจากเหตุปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด (Recognition and enforcement arbitral award) ย่อมส่งผลให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้กรอบ New York Convention เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่มีประสิทธิภาพได้ ต่อมาเมื่อมีการร่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) จึงมีความพยายามให้อำนาจการตรวจสอบคำชี้ขาดของประเทศที่ทำคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับคำชี้ขาดมีความใกล้เคียงกันมากที่สุด ด้วยเหตุนี้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) จึงได้จำกัดเหตุแห่งการเพิกถอนไว้ให้เหมือนกับเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศตาม New York Convention มาตรา 5(1)(e) ⁷⁶ โดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) นำเอาเหตุต่าง ๆ

⁷⁶ Article V

(1) Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that :

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that

ซึ่งเป็นเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดตาม New York Convention มาตรา 5(1)(2) มาเป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาด ทำให้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model law) มาตรา 34 ว่าด้วยเหตุเพิกถอนคำชี้ขาด และมาตรา 36 เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นเหตุเดียวกัน ส่งผลให้การตรวจสอบคำชี้ขาดเดียวกันของประเทศที่ทำคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาดไม่แตกต่างกันมาก ซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่ถือกฎหมายต้นแบบมาเป็นแนวทางการร่างกฎหมายภายในของตนต่างมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดเหมือนกฎหมายต้นแบบ (Model law)

อย่างไรก็ตาม การที่ New York Convention เพียงแต่กำหนดหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับการยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศไว้โดยให้อำนาจศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้ และกำหนดเป็นหลักการว่าศาลของประเทศที่จะมีการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ “อาจปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด...” ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “may” ดังนั้น ผลของคำชี้ขาด ภายหลังจากที่ถูกเพิกถอนโดยสภาพในทางปฏิบัติแล้ว จึงมิได้เป็นโมฆะ หรือสิ้นผลผูกพันโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ถือหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศ (International arbitration) โดยจำกัดเหตุในการที่จะไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศไว้แคบกว่าเหตุตาม New York

part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that :

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Convention ส่วนประเทศอังกฤษกำหนดเหตุไว้อย่างกว้าง และประเทศสหรัฐอเมริกาถือหลักนโยบายของรัฐในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Favor of international arbitration) ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นประเทศที่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศแม้ว่าจะถูกเพิกถอนโดยประเทศที่ทำคำชี้ขาดก็ตาม ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ นับแต่ปี ค.ศ. 1984 จนถึงปัจจุบันยังคงอยู่บนพื้นฐานหลักการดังกล่าว โดยเป็นประเทศสมาชิก New York Convention ที่ให้การยอมรับนับถือบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำคำชี้ขาด นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างมากและแนวคำวินิจฉัยของศาลส่วนใหญ่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศแม้ว่าจะถูกเพิกถอนโดยประเทศที่ทำคำชี้ขาด เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แนวปฏิบัติที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิก New York Convention เกี่ยวกับการยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ก่อให้เกิดปัญหาบางประการได้แก่

1. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศขัดกัน (Conflict of foreign arbitral award) ในทางปฏิบัติเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด (Arbitral award) ผู้ชนะคดีมักจะนำคำชี้ขาดไปขอบังคับใน ประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิก New York Convention ซึ่งผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ ในขณะที่ผู้แพ้คดีจะดำเนินการขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดแล้ว ในทางปฏิบัติก็จะมี การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ซึ่งหากมีคำชี้ขาดในทางตรงข้ามกับคำชี้ขาดเดิม ย่อมส่งผลให้ผู้แพ้คดีนำคำชี้ขาดครั้งที่ 2 (Second awards) ไปขอบังคับในต่างประเทศเช่นเดียวกัน ปัญหาคำชี้ขาดที่ขัดกัน ของคู่พิพาทรายเดียวกันและประเด็นแห่งคดีเดียวกันจึงอาจเกิดขึ้นได้ เช่นในคดี

The Hilmarion Case ศาลสูงฝรั่งเศสวางหลักเรื่องคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด แต่ศาลสูงฝรั่งเศสรับบังคับคำชี้ขาดให้ ต่อมา มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการใหม่ ซึ่งมีคำชี้ขาดให้ Hilmarion ผู้ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นฝ่ายชนะคดีและ Hilmarion ได้นำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการครั้งที่ 2 ซึ่งผลของคำวินิจฉัยขัดกับคำชี้ขาดในครั้งแรกมาร้องขอบังคับคำชี้ขาดที่ประเทศฝรั่งเศสอีกครั้งในประเด็นข้อพิพาทเดียวกัน และคู่พิพาทเดียวกัน ศาลสูงฝรั่งเศสรับบังคับคำชี้ขาดให้เฉพาะคำชี้ขาดครั้งแรก

คดี *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarion Ltd* กรณีผู้คัดค้านร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในสัญญาการล็อบบี้ (Lobbying agreement) เพื่อเข้าทำสัญญาสาธารณูปโภคในประเทศแอลจีเรีย มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ภายใต้กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (Substantive applicable law) โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นการใช้วิธีล็อบบี้เพื่อให้ได้รับเลือกเข้าทำสัญญา ว่าการกระทำดังกล่าว

ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศแอลจีเรีย แต่ไม่มีพยานหลักฐานแสดงสนับสนุนว่ามีการให้สินบนเจ้าหน้าที่ (The underlying agreement was illegal and contrary to the public policy of Algeria but there was no evidence of bribery) และมีคำวินิจฉัยว่า การทำสัญญาลอบบี้ (Lobbying contract) ไม่ผิดกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกใช้บังคับกับสัญญา คดีนี้มีการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคณะแรก และคณะที่สองไปยื่นขอบังคับคำชี้ขาดในหลายประเทศรวมทั้งประเทศอังกฤษ แต่ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีการนำคำชี้ขาดทั้งสองครั้งมาร้องขอบังคับ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้

วันที่ 19 เมษายน 1988 อนุญาโตตุลาการคนเดียวมีคำวินิจฉัยว่าการทำสัญญาลอบบี้ (Lobbying contract) ไม่ผิดกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกใช้บังคับกับสัญญา และมีคำวินิจฉัยให้ *Hilmarton Ltd* ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนของอังกฤษชำระค่าคอมมิชชั่นให้แก่ OTV ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนของประเทศฝรั่งเศส

วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1990 ศาลประเทศฝรั่งเศสมีคำพิพากษายอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

วันที่ 17 พฤศจิกายน 1989 The Court of Justice of the Canton of Geneva เพิกถอนคำชี้ขาดตามคำร้องขอของ *Hilmarton Ltd* และศาลแห่งสหพันธรัฐออสเตรียมีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

วันที่ 19 ธันวาคม 1991 และ 23 มีนาคม 1994 the Paris Court of Appeal และ *The Cour de cassation* มีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้นยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่ศาลแห่งสหพันธรัฐออสเตรียเพิกถอน โดยการปรับใช้ Article VII of New York Convention ในการใช้หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาด ตามมาตรา 1502 of the New Code of Civil Procedure ดังนั้น การยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของประเทศฝรั่งเศส (The recognition of an award in France that had been set aside in its country of origin was not contrary to the French conception of international public policy)

วันที่ 10 เมษายน 1992 อนุญาโตตุลาการชุดที่ 2 มีคำชี้ขาดในสวิสเซอร์แลนด์ ให้ *Hilmarton Ltd* เป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งได้มีการขอให้บังคับคำชี้ขาดตามคำชี้ขาดครั้งที่ 2 ซึ่งมีผลขัดแย้งกับคำชี้ขาดครั้งแรก ที่ศาลของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นศาลที่เคยยอมรับบังคับคำชี้ขาดครั้งแรก ซึ่งต่อมาศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้นยอมรับบังคับคำชี้ขาด ครั้งที่ 2 เช่นเดียวกันโดยให้เหตุผลว่า การยอมรับบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการชุดแรกไม่เป็นอุปสรรคต่อการที่ศาลจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการชุดที่ 2 แม้คำชี้ขาดจะขัดกันก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม ในปี 1997 ศาลสูงปารีส กลับคำวินิจฉัยของศาลล่างทั้งสอง โดยยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดให้เฉพาะคำชี้ขาดแรกแม้ว่าจะถูกเพิกถอนโดยศาลสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นประเทศที่ทำคำชี้ขาด

ปัญหาคำชี้ขาดขัดกันนี้จะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่เป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทด้านการลงทุนภายใต้สถาบัน ICSID เนื่องจากมีกระบวนการโดยเฉพาะให้คู่พิพาทยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อคณะกรรมการบริหารของสถาบันเป็นผู้พิจารณา หากมีการเพิกถอนคำชี้ขาดสถาบันจะตั้งคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่ให้โดยทันที คู่พิพาทจึงสามารถนำคำชี้ขาดอันถึงที่สุดไปบังคับคดีได้เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของประเทศภาคีสมาชิก⁷⁷

⁷⁷ Article 52(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds : (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of 26 Convention the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1). (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee. (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the

2. เป็นการลดประสิทธิภาพของหลักความเป็นที่สุด (Finality)

หลักความเป็นที่สุด หรือ หลัก Finality ถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งถือว่าเป็นข้อได้เปรียบการดำเนินในศาลซึ่งทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความรวดเร็ว ผูกพัน และถึงที่สุด แต่การที่แนวปฏิบัติในการพิจารณาปัญหาความสงบเรียบร้อยของประชาชนของประเทศภาคีสมาชิกยังแตกต่างกันส่งผลให้มีความพยายามของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการขอบังคับตามคำชี้ขาดในต่างประเทศหลายแห่ง และมีการต่อสู้กันจนถึงศาลฎีกา ทำให้กระบวนการของความเป็นที่สุดขาดประสิทธิภาพ เช่นในคดี

In *Thai-Lao Lignite v. Lao PDR* (2014) ข้อเท็จจริงเบื้องต้นบริษัท Thai-Lao Lignite ได้สิทธิสำรวจและทำเหมืองแร่ถ่านหินลิกไนต์ เขตหงสา แขวงไชยบุรี ต่อมารัฐบาลลาวเห็นว่าบริษัท Thai-Lao Lignite ไม่สามารถทำสัมปทานที่ได้รับให้ประสบความสำเร็จ อันจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ จึงบอกเลิกสัญญา โดยบริษัท Thai-Lao Lignite ได้เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการที่กรุงกัวลาลัมเปอร์ สหพันธรัฐมาเลเซียซึ่งต่อมามีคำชี้ขาดให้รัฐบาลลาวชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท Thai-Lao Lignite เป็นเงิน 57,210,000 USD และบริษัท Thai-Lao Lignite เริ่มกระบวนการขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และสิงคโปร์ โดยประเทศฝรั่งเศสปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ส่วนอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด ต่อมารัฐบาลลาวยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลกรุงกัวลาลัมเปอร์ ซึ่งได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลว่า “คณะอนุญาโตตุลาการทำเกินขอบอำนาจตามข้อตกลง PDA และรัฐบาลลาวได้ยื่นคำร้องขอให้ศาล District court รื้อฟื้นคดีที่มีคำพิพากษายอมรับบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ตาม Federal Rule of Civil Procedure 60 (b)(5) ซึ่งศาลมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาและต่อมาได้มีคำพิพากษากลับเป็นไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด โดยศาลอุทธรณ์ เขต 2 พิพากษายืนตาม ภายใต้เหตุผลการปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention

อย่างไรก็ตาม กระบวนการยังคงไม่ถึงที่สุดเนื่องจากบริษัท Thai-Lao Lignite ยังคงนำคำชี้ขาดที่ได้รับการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอังกฤษ (secondary

applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

jurisdiction) มาเริ่มกระบวนการขอบังคับตามคำชี้ขาดที่ได้รับการรับรองโดยศาลของอังกฤษ คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา โดยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของประเทศที่ไม่ใช่ประเทศที่ทำคำชี้ขาด (Secondary jurisdiction) แต่อย่างไรก็ตาม ถึงที่สุดแล้ว บริษัท Thai-Lao Lignite ก็ยังสามารถบังคับคดีได้ในอังกฤษเนื่องจากในคดีดังกล่าวรัฐบาลลาวไม่ได้ยื่นอุทธรณ์คดีจึงถึงที่สุดแล้ว

ผลของการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นต้องพิจารณาเหตุในการที่ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนหากเป็นความบกพร่องในกระบวนการพิจารณา หรือเพิกถอนคำชี้ขาดบางส่วน ก็อาจไม่จำเป็นต้องตั้งคณะอนุญาโตตุลาการใหม่ โดยคณะอนุญาโตตุลาการชุดเก่าสามารถดำเนินการแก้ไขและมีคำชี้ขาดใหม่ได้ แต่หากเป็นการเพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในทางปฏิบัติคู่พิพาทมักมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการชุดใหม่เพื่อผลทางคดี

3.2 แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

แนวปฏิบัติในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลกต่างมีวิธีการที่แตกต่างกันไป เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการโดยสภาพมีความยืดหยุ่น (Flexible) มากกว่าการดำเนินคดีในศาล ประกอบกับหลักความเป็นอิสระของคู่พิพาท (Party Autonomy) ในการที่จะกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาได้เองโดยความยินยอมของคู่พิพาท แต่อย่างไรก็ตาม การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องส่งผลให้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และแนวปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของสถาบันอนุญาโตตุลาการมีความสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันในลักษณะที่เป็นมาตรฐานสากล (Harmonization) โดยแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงอันเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศได้แก่ ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ศูนย์การระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA-ICDR) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIAC) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง (HKIAC) ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) และ ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (PCA) ให้ความสำคัญในการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ใน 3 มิติ ได้แก่ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแต่ละสถาบันต่างมีแนวทางใน

การเพิ่มประสิทธิภาพในแต่ละมิติในลักษณะที่สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันอันเป็นการสร้างมาตรฐานแนวปฏิบัติสากล (Harmonization) โดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการทั้งในส่วนการบริหารจัดการคดี การให้ความสำคัญในการใช้บทบาทเชิงรุก (Active role) ของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย การนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการสร้างแนวปฏิบัติ (Guideline) ในกรณีความและปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในระดับระหว่างประเทศ (International public policy) ภายใต้กรอบ New York Convention ให้เป็นไปในแนวทางที่ใกล้เคียงกัน (Harmonization) เพื่อสร้างความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ระหว่างประเทศสมาชิกซึ่งมีความแตกต่างกันในการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาด (Review award)

3.2.1 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ (London Court of International Arbitration: LCIA)

การริเริ่มงานด้านอนุญาโตตุลาการของกรุงลอนดอนเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1883 โดย The Court of Common Council of the City of London ได้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำแผนการจัดตั้งองค์การอนุญาโตตุลาการในกรุงลอนดอนในปี ค.ศ. 1884 และได้เสนอผลงานให้มีการจัดตั้ง Tribunal ซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารของ City Corporation โดยร่วมมือกับหอการค้าลอนดอน (London Chamber of Commerce) จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1889 (The 1889 Arbitration Act) ในปี ค.ศ. 1891 คณะ Tribunal ดังกล่าวได้ถูกตั้งชื่อ The City of London Chamber of Arbitration หรือหออนุญาโตตุลาการประจำกรุงลอนดอน โดยศาลอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 5 เมษายน 1891 มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ⁷⁸ ต่อมาในปี 1981 ได้เปลี่ยนชื่อเป็นศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน LCIA ได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เก่าแก่และมีชื่อเสียงของโลก ในด้านการระงับข้อพิพาทพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ ปัจจุบันมีการขยายสาขาไปตามภูมิภาคต่าง ๆ ทั่วโลก ข้อบังคับของอนุญาโตตุลาการมีการแก้ไขเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 2014 (มีผลบังคับใช้วันที่ 1 ตุลาคม 2014) และในปี ค.ศ. 2016 โดยข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของ LCIA ไม่มีลักษณะเป็นข้อบังคับที่กำหนดเฉพาะข้อพิพาทประเภทใดประเภทหนึ่ง แต่มีลักษณะทั่วไปสามารถนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาสำหรับข้อ

⁷⁸ History, LCIA, Retrieved on December 31, 2016, from <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>

พิพาททุกประเภท โดยแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของ LCIA มีดังนี้

3.2.1.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

ปัญหาเรื่องความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่สูงเกินของกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นกับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงทั่วโลกอันสืบเนื่องมาจากปริมาณคดีที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องจากความนิยมในการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศโดยการอนุญาโตตุลาการ ความซับซ้อนของข้อพิพาท และที่สำคัญได้แก่ ความล่าช้าอันมีสาเหตุจากกระบวนการพิจารณาในชั้นนำเสนอพยานหลักฐาน ความแตกต่างกันของเทคนิคและกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งส่งผลต่อแนวปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย ตลอดจนอนุญาโตตุลาการ จึงอาจกล่าวได้ว่าในยุคศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงเวลาที่สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ได้พยายามเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ดำเนินการภายใต้สถาบันของตนให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็วและมีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม โดยการแก้ไขข้อบ่งคับของสถาบันเพื่อควบคุมระยะเวลา ค่าใช้จ่าย และสนับสนุนให้กระบวนการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่ง LCIA ได้แก้ไขข้อบ่งคับในปี ค.ศ. 2014 และในปี ค.ศ. 2016 โดยให้ความสำคัญในการเพิ่มประสิทธิภาพในส่วนของกระบวนการที่เป็นสาเหตุแห่งความล่าช้า โดยในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบ่งคับ ดังนี้

(1) กำหนดให้มีการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการสืบพยาน

Article 19 “ให้มีการกำหนดวิธีการสืบพยานล่วงหน้า โดยการสืบพยานต่อหน้า หรือ การประชุมผ่านวิดีโอ โทรศัพท์ หรือโดยหลายวิธีร่วมกัน (a hearing may take place by video or telephone conference or a combination of all three)

(2) การนำหลัก Cost allocation มาใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบค่าใช้จ่าย

Article 28.4 “...อนุญาโตตุลาการอาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพฤติกรรมการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่พิพาทในการให้ความร่วมมือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยพิจารณาถึงการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย หากการไม่ให้ความร่วมมือเป็นเหตุให้กระบวนการล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้คู่พิพาทฝ่าย

ที่ไม่ให้ความร่วมมือรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยให้เหตุผลและกำหนดความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายดังกล่าวไว้ในคำชี้ขาด”⁷⁹

(3) กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแบบรวดเร็ว (Expedited Formation of Tribunal)

กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านหรือร้องขอถอนอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการอันเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องล่าช้าเนื่องจากคู่พิพาทเป็นผู้เลือกอนุญาโตตุลาการและต้องร่วมกันเลือกประธานคณะอนุญาโตตุลาการในกรณีที่การชี้ขาดข้อพิพาทมีอนุญาโตตุลาการหลายคน เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ซึ่งรวมถึง LCIA ได้แก้ไขข้อบังคับสถาบันใน Article 9-11⁸⁰ กำหนดให้ในกรณีฉุกเฉิน หรือกรณีที่ต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ไม่ว่ากรณีมีเหตุสงสัยในความเป็นกลางหรืออนุญาโตตุลาการขอถอนตัว ไม่รับเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีใด ๆ คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องขอให้ LCIA แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแบบรวดเร็วให้ได้ ซึ่งจะช่วยลดระยะเวลาในการที่ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลตั้งอนุญาโตตุลาการให้ และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกำหนดจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) LCIA ให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (Sole arbitrator) เว้นแต่ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นสมควรให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน

3.2.1.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

การเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นสถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ รวมถึง LCIA ให้ความสำคัญในการสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ซึ่งจะส่งผลให้ค่าใช้จ่ายลดลงตามสัดส่วนไปด้วย และแก้ปัญหาเกี่ยวกับปัญหาอนุญาโตตุลาการไม่มีวันว่างอันเป็นสาเหตุประการหนึ่งซึ่งส่งผลให้กระบวนการล่าช้า โดย LCIA แก้ไขข้อบังคับของสถาบันในทำนองเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงต่าง ๆ ดังนี้

⁷⁹ Article 28.4 “...The Arbitral Tribunal may also take into account the parties’ conduct in the arbitration, including any co-operation in facilitating the proceedings as to time and cost and any non-co-operation resulting in undue delay and unnecessary expense. Any decision on cost by the arbitral tribunal shall be made with reasons in the award containing such decision.”

⁸⁰ The effort to expedite the tribunal formation process, the LCIA instituted on 1 October 2016 new rules on Articles 9-11.

(1) กำหนดให้อนุญาตตุลาการบริหารจัดการคดีตั้งแต่เริ่มกระบวนการ (Initial Case Management) และใช้บทบาทในเชิงรุก (Active Role) ควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรม รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

Article 5.4 “...ให้อนุญาตตุลาการทำเป็นหนังสือรับรองว่าจะปฏิบัติหน้าที่อย่างทุ่มเทเวลา อุตสาหะ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการดำเนินการ อย่างมีประสิทธิภาพ และรวดเร็ว”⁸¹

Article 14.1 “การนัดพร้อมระหว่างอนุญาตตุลาการและคู่พิพาท (โดยคู่พิพาทและอนุญาตตุลาการร่วมประชุมคดี หรือโดย telephone conference-call, video conference or exchange of correspondence) เพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทันทีที่มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแต่ทั้งนี้ไม่เกิน 21 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งจากสถาบันว่าได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว”⁸²

Article 14.2 “สนับสนุนให้คู่พิพาทดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้การให้คำแนะนำและสนับสนุนของอนุญาตตุลาการในแนวทางเดียวกับหน้าที่โดยทั่วไปของอนุญาตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ”⁸³

⁸¹ “Before appointment by the LCIA Court, each arbitral candidate shall furnish to the Registrar a brief written summary of his or her qualification... (ii) whether the candidate is ready, willing and able to devote sufficient time, diligence and industry to ensure the expeditious and efficient conduct of arbitration...”

⁸² Article 14.1 “The parties and the Arbitral Tribunal are encouraged to make contact (whether by a hearing in person, telephone conference-call, video conference or exchange of correspondence) as soon as practicable but no later than 21 days from receipt of the Registrar’s written notification of the formation of the Arbitral Tribunal.

⁸³ Article 14.2 “The parties may agree on joint proposal for the conduct of their arbitration for consideration by the Arbitral Tribunal. They are encouraged to do so in consultation with the Arbitral Tribunal and consistent with the Arbitral Tribunal’s general duties under the Arbitral Agreement; see also “general duties” in Article 14.4.

Article 14.4 “อำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการให้หมายความรวมถึงหน้าที่ในการปรับใช้กระบวนการพิจารณาให้เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดี โดยหลีกเลี่ยงความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น เพื่อให้กระบวนการพิจารณาเกิดความเป็นธรรม มีประสิทธิภาพและรวดเร็ว”⁸⁴

Article 14.5 “อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ในการใช้อำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมและกำหนดกระบวนการพิจารณา และคู่พิพาทควรดำเนินกระบวนการภายใต้หลักความสุจริต เพื่อให้กระบวนการพิจารณาเกิดความเป็นธรรม มีประสิทธิภาพ และรวดเร็ว”⁸⁵

(2) การกำหนดกรอบระยะเวลาและแนวทางการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Article 14.1 และ 19.2) และกำหนดระยะเวลาทำคำชี้ขาด (Article 15.10)

Article 14.1 “การนัดพร้อมระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาท (โดยคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการร่วมประชุมคดี หรือโดย telephone conference-call, video conference or exchange of correspondence) เพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาในทันทีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่ทั้งนี้ไม่เกิน 21 วันนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งจากสถาบันว่าได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว”⁸⁶

⁸⁴ Article 14.4 “Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal’s general duties at all times during the arbitration shall include :

(i) ...

(ii) a duty to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay and expense, so as to provide a fair, efficient and expeditious means for the final resolution of the parties’ dispute.

⁸⁵ The Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, subject to such mandatory law (s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may decide to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary in good faith for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration, including the Arbitral Tribunal’s discharge of its general duties.

⁸⁶ Article 14.1 “The parties and the Arbitral Tribunal are encouraged to make contact (whether by a hearing in person, telephone conference-call, video conference or exchange of correspondence) as soon as practicable but no later than 21 days from receipt of the Registrar’s written notification of the formation of the Arbitral Tribunal.

Article 19.2 “อนุญาโตตุลาการควรกำหนดแนวทางการสืบพยานล่วงหน้าโดยความตกลงของคู่พิพาท และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้แก่ การกำหนดกรอบระยะเวลาการสืบพยาน รูปแบบ เนื้อหา กระบวนการพิจารณา และสถานที่ในการสืบพยาน โดยการสืบพยานอาจดำเนินการโดยวิธี การประชุมผ่านวิดีโอ โทรศัพท์ หรือต่อหน้า หรือร่วมกัน (A hearing may take place by video or telephone conference or a combination of all three) และอาจให้คู่พิพาทแจ้งประเด็นแห่งข้อพิพาท”⁸⁷

Article 15.10 “อนุญาโตตุลาการควรทำคำชี้ขาดในทันทีที่คู่พิพาทส่งคำแถลงปิดคดี (In any event, the Arbitral Tribunal shall seek to make its final award as soon as reasonably possible following the last submission from the parties...)

3.2.1.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

นโยบายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับบทบาทของศาลในการสนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศโดยอนุญาโตตุลาการ กับบทบาทในการตรวจสอบคำชี้ขาด (Review awards) ในปัญหาความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลพบว่า มาตรฐานในการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ (Domestic awards) จะเข้มงวดมากกว่า (So rigidly observed) คำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards) กล่าวคือ

(1) กรณีคำชี้ขาดภายในประเทศ (Domestic arbitration)

แนววินิจฉัยของศาลจะเข้มงวดในการตรวจสอบคำชี้ขาด โดยจะเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศอังกฤษ กล่าวคือการอนุญาโตตุลาการที่ใช้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Substantive applicable law) หรือแม้ไม่ได้ใช้กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายบังคับกับ

⁸⁷ Article 19.2 “The Arbitral Tribunal shall organize the conduct of any hearing in advance, in consultation with the parties. The Arbitral Tribunal shall have the fullest authority under the Arbitration Agreement to establish the conduct of a hearing, including its date, form, content, procedure, time-limits and geographical place. As to form, a hearing may take place by video or telephone conference or in person (or a combination of all three). As to content, the Arbitral Tribunal may require the parties to address a list of specific questions or issues arising from the parties’ dispute.

สัญญาแต่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศอังกฤษ (Seat of arbitration) แนวคำวินิจฉัยของศาลใช้มาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ เช่นในคดี *In Birkett v. Acorn Business Machine Ltd*, *In Holman v. Johnson*, *In Soleimany v. Soleimany*

In Birkett v. Acorn Business: ⁸⁸ ศาลให้เหตุผลว่าแม้นิติกรรมการซื้อขาย หรือการทำธุรกรรมจะไม่พบว่า มีการกระทำผิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่ในชั้นการขอบังคับคำชี้ขาดมีพยานหลักฐานฟังได้ว่านิติกรรมมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Its objects an illegal act) การยอมรับบังคับคำชี้ขาดจึงเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Contrary to public policy and should not be enforced)

In Holman v. Johnson: ⁸⁹ ศาลจะไม่ให้การสนับสนุนการกระทำหรือการทำนิติกรรมการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีและขัดต่อกฎหมาย

In Soleimany v. Soleimany: ⁹⁰ กรณีที่ศาลอุทธรณ์ตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับข้อพิพาทสัญญาการซื้อขายพรมอิหร่านระหว่างบิดาและบุตรชาย ในระหว่างการพิจารณาอนุญาโตตุลาการพบว่า การทำธุรกรรมที่พิพาทเป็นเรื่องการลักลอบนำพรมออกจากประเทศอิหร่านโดยหลบเลี่ยงภาษี ซึ่งสัญญาดังกล่าวขัดต่อกฎหมายภาษีอากรของประเทศอิหร่าน โดยอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าไม่เกี่ยวข้องกับ Jewish law ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา (Substantive arbitration law) แต่ศาลอุทธรณ์โดย Waller LJ. ไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาด โดยให้เหตุผลว่า “ศาลของอังกฤษจะไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่สืบเนื่องจากสัญญาซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอังกฤษและภายใต้กฎหมายของประเทศที่มีการกระทำความผิด ด้วยเหตุผลว่าการบังคับคำตามชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศอังกฤษ”

(2) กรณีคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards)

แนววินิจฉัยของศาลจะผ่อนคลายนความเข้มงวดในการตรวจสอบคำชี้ขาด โดยใช้มาตรฐานการซึ่งนำหน้าระหว่างระดับของการฝ่าฝืนหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนกับนโยบายของรัฐในการเป็นประเทศที่ให้การสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยคดี *Westacre Investments Inc v. Jugoinport-SDPR Holding Co Ltd* และคดี *In Omnium de Traitement e.t de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd*

⁸⁸ A G Tweeddale, “Enforcing Arbitration Awards Contrary to Public Policy in England,” *The International Construction Law Review*, p.162,(2000).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid*,p.163.

*In Westacre Investments Inc v. Jugoisimport-SDPR Holding Co Ltd*⁹¹ เป็นกรณีที่ศาลอังกฤษยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards) อันเกิดจากข้อพิพาทในสัญญาการเป็นที่ปรึกษาซึ่งมีการกล่าวอ้างว่า *Westacre* ผู้เรียกร้อง ให้สินบนเจ้าหน้าที่คูเวตในการช่วยให้ผู้คัดค้านได้ทำสัญญาซื้อขายอาวุธกับหน่วยงานของรัฐ ต่อมาผู้คัดค้านไม่ชำระค่าที่ปรึกษาให้แก่ผู้เรียกร้องตามสัญญา จึงมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ภายใต้กฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (Substantive applicable law) โดยอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดว่าสัญญาการเป็นที่ปรึกษาไม่ตกเป็นโมฆะและจากพยานหลักฐานไม่พบว่า มีการให้สินบนเจ้าหน้าที่คูเวต (The consultancy agreement was not invalid and found as a matter of fact that there had not been any bribery) ศาลของสวิสเซอร์แลนด์มีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างที่ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอังกฤษ ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านว่าการให้สินบนเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้เข้าทำสัญญากับรัฐขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใต้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์

Colman J มีคำวินิจฉัยว่า ในการวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการและสัญญาหลักเป็นโมฆะเนื่องจากสัญญาหลักไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีความจำเป็นต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทและโดยการชั่งน้ำหนักกับนโยบายของรัฐในการสนับสนุนการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีน้ำหนักมากกว่านโยบายการไม่สนับสนุนการคอร์รัปชันในการค้าระหว่างประเทศ ประกอบกับประเด็นเรื่องการให้สินบนเจ้าหน้าที่คูเวต ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยคณะอนุญาโตตุลาการและศาลของสวิสเซอร์แลนด์แล้ว นอกจากนี้ยังให้เหตุผลว่าการนำพยานหลักฐานมาสืบในชั้นนี้ไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ใช่พยานหลักฐานใหม่ (Not fresh evidence) เนื่องจากเป็นพยานหลักฐานที่สามารถนำเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้น จึงไม่เป็นการสมควรที่ศาลของอังกฤษจะตรวจสอบคำชี้ขาดในชั้นขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศดังกล่าวอีก

ซึ่งเป็นกรณีการใช้มาตรฐานที่แตกต่างกับการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ (Domestic awards) ในคดี *Soleimany v. Soleimany* ซึ่งมีลักษณะคดีที่เหมือนกัน และศาลอุทธรณ์อังกฤษดำเนินการตรวจสอบคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการให้มีการนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของประเทศอังกฤษและกฎหมายของประเทศที่การกระทำ ความผิดเกิด ทั้งที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาวินิจฉัยในประเทศดังกล่าวแล้วเช่นเดียวกัน

⁹¹ *Ibid*,p.164.

*In Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd*⁹² กรณีผู้คัดค้านร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในสัญญาการล็อบบี้ (Lobbying agreement) เพื่อเข้าทำสัญญาสารานุกรมในประเทศแอลจีเรีย มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ภายใต้กฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (Substantive applicable law) โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นการใช้วิธีล็อบบี้เพื่อให้ได้รับเลือกเข้าทำสัญญา ว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศแอลจีเรีย แต่ไม่มีพยานหลักฐานแสดงสนับสนุนว่ามีกรให้สินบนเจ้าหน้าที่ (The underlying agreement was illegal and contrary to the public policy of Algeria but there was no evidence of bribery) และมีคำวินิจฉัยว่า การทำสัญญาล็อบบี้ (Lobbying contract) ไม่ผิดกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกใช้บังคับกับสัญญา

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์อังกฤษยอมรับบังคับคำชี้ขาด โดยให้เหตุผลว่า แม้สัญญาการล็อบบี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนของอังกฤษ (Offend English public policy) แต่พฤติการณ์แห่งความผิดดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่ศาลของอังกฤษจะปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศในกรณีที่สัญญาซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีการทำขึ้นนอกเขตอำนาจศาลอังกฤษ และสัญญาดังกล่าวถือว่าไม่ผิดกฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับ (Substantive applicable law)

ซึ่งสรุปได้ว่าในคดี *Westacre Investments Inc* และ *Hilmarton Ltd* ศาลอังกฤษปฏิเสธในการตรวจสอบคำชี้ขาด โดยอ้างบรรทัดฐานในคดี *Lemeda case*⁹³

⁹² *Ibid*,p.165.

⁹³ *Lemenda Trading Co. Limited v African Middle East Petroleum Co Limited* four main rules : (1) There are some rules of public policy which if infringed will lead to non- enforcement by the English court whatever their proper law and whatever their place of performance, but others are based on considerations which are purely domestic; (2) Contracts for the purchase of influence are not of the former category; thus (3) Contracts for the purchase of personal influence, if to be performed in England, would not be enforced as contrary to English domestic public policy and (4) Where such a contract is to be performed abroad, it is only if performance would be contrary to the domestic public policy of that country also, that the English court would not enforce it.

(3) การบังคับคำชี้ขาดที่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่นกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้าภายในสหภาพยุโรป

In Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV

ข้อเท็จจริงเบื้องต้น ผู้ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศเนเธอร์แลนด์ ทำสัญญาอนุญาตให้บริษัทผู้ค้าปลีกของฮ่องกงและบริษัทนาฬิกาของสหรัฐอเมริกาขายและผลิตนาฬิกาในชื่อเครื่องหมายการค้าของตน โดยมีข้อตกลงในเรื่องส่วนแบ่งการตลาดซึ่งไม่มีการแจ้งต่อคณะกรรมการสิทธิการสหภาพยุโรป ต่อมาผู้คัดค้านยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นเนเธอร์แลนด์ ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะภายใต้มาตรา 81 แห่งสนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรป (The ECT Treaty) การบังคับตามคำชี้ขาดย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลชั้นต้นของเนเธอร์แลนด์จึงมีคำสั่งให้งดการพิจารณาไว้ชั่วคราวและส่งเรื่องให้ศาลแห่งสหภาพยุโรปพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งศาลแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า

การตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีการร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาด หรือขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นควรตีความเหตุที่จะปฏิเสธการยอมรับบังคับตามและเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดอย่างแคบเฉพาะบางกรณี (Limited scope and only in exceptional circumstances) เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (Competition law) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานภายในของสหภาพยุโรป (Fundamental principles inside the European Union) และถือว่าเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายใต้ New York Convention และการทำสัญญาใด ๆ ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะโดยอัตโนมัติ (Automatically void) คำชี้ขาดจึงไม่มีผลผูกพัน และศาลชั้นต้นเนเธอร์แลนด์ ได้เพิกถอนคำชี้ขาดในเวลาต่อมา⁹⁴

จากแนวคำวินิจฉัยคำชี้ขาดต่างประเทศของประเทศอังกฤษอาจสรุปบทบาทของศาลอังกฤษในการตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ New York Convention ได้ดังนี้

(1) ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ (Considered to be universally repugnant)

(2) ศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้การบังคับใช้กฎหมายอังกฤษหรือสถานที่กระทำการธุรกรรมเกิดในประเทศอังกฤษในกรณีขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งอังกฤษ

(3) นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวศาลย่อมยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศเว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาและวินิจฉัยว่ามีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศ

⁹⁴ A G Tweeddale, *supra* note 89, pp. 167-168.

(4) สัญญาอันสืบเนื่องมาจากการลอบบี้ ศาลจะพิจารณาตรวจสอบคำชี้ขาดใหม่หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าประเด็นดังกล่าวได้รับการวินิจฉัยจากคณะอนุญาโตตุลาการและศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดแล้วหรือไม่

(5) ในกรณีที่การทำธุรกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของอังกฤษเกิดขึ้นในประเทศที่มีความสัมพันธ์อันดีกับประเทศอังกฤษ ถือเป็นเหตุผลที่ศาลอังกฤษจะปฏิเสธการยอมรับบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของอังกฤษ

3.2.2 ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หอการค้านานาชาติ ประเทศฝรั่งเศส (ICC International Court of Arbitration)

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1919 โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการค้าและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อเสริมสร้างบทบาทของวิสาหกิจเอกชน (Private enterprise) และเพื่อการพัฒนาและปรับปรุงสิ่งแวดล้อมให้เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยได้ดำเนินการเพื่อสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างนักธุรกิจและองค์กรทางธุรกิจต่าง ๆ ทั่วโลกตลอดจนให้บริการด้านต่าง ๆ แก่สมาชิกและนักธุรกิจทั่วไป หอการค้านานาชาติจึงเป็นองค์กรภาคเอกชนที่มีสมาชิกหลากหลายจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โครงสร้างการบริหารประกอบด้วย World Council ประธานและเลขาธิการ (Chairmanship and Secretary General) และคณะกรรมการบริหาร (ICC Executive Board) นอกจากนี้เครือข่ายของ ICC ในประเทศต่าง ๆ กระทำในรูปของ National Committees และ ICC มีบทบาทอย่างมากในการสนับสนุนการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีบทบาทสำคัญร่วมกับคณะทำงานของสหประชาชาติในการริเริ่มและผลักดันให้มีการจัดทำและบังคับใช้อนุสัญญานิวยอร์ก ว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 และการร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL สำนักงานใหญ่ของ ICC ตั้งอยู่ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และยังมีสำนักงานภูมิภาคตั้งอยู่ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก งานบริการด้านอนุญาโตตุลาการอยู่ในความดูแลของ International Court of Arbitration จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1923

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ICC ได้วางแนวปฏิบัติ (Guideline) และดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในปี ค.ศ. 2012 ซึ่งนับเป็นเวลากว่า 13 ปี ที่สถาบันใช้ข้อบังคับ The ICC Arbitration Rules 1998 โดยไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไข จึงอาจกล่าวได้ว่าการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในครั้งนี้ เป็นการปฏิรูปมาตรฐานและแนวปฏิบัติสู่มาตรฐานสากล โดยการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้สามารถตอบสนองต่อความต้องการของคู่พิพาทในการระงับพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบันและในอนาคต ซึ่งวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน ICC และเป็นการประกันว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการด้วยความ

รวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม โดยสนับสนุนกระบวนการที่มีประสิทธิภาพและอำนวยความสะดวก ยุติธรรมแก่คู่พิพาท (The aim is to reduce time and cost of ICC arbitration and ensure that the arbitral process is conducted expeditiously and in a cost-effective manner as well as promote efficiency with doing justice between the parties)

3.2.2.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ICC ได้วางแนวปฏิบัติ (Guideline) และดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในปี ค.ศ. 2012 ค.ศ. 2016 และ ค.ศ. 2017 เพื่อควบคุม ระยะเวลาและค่าใช้จ่าย โดยการสนับสนุนให้มีการนำเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการติดต่อสื่อสาร และการพิจารณาสืบพยาน (Article 3) การบริหารจัดการคดี (Article 24) การนำหลักการในเรื่อง Cost allocation มาใช้ในการควบคุมพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม (Article 37 (5)) และกำหนดข้อบังคับ สำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยรวดเร็ว (Expedited Procedure; Article 30 (2017) ดังนี้ Article 3 (2) (2012)”กำหนดให้เลขานุการและอนุญาโตตุลาการ สามารถติดต่อกับคู่พิพาทโดยทางอีเมล หรือโดยการใช้เทคโนโลยีอื่นเพื่อการติดต่อสื่อสาร”⁹⁵

Article 22(1)”กำหนดให้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทต้องร่วมกัน ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความรวดเร็วและมีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม”

Article 30 (1)(2017) ⁹⁶ “กำหนดหลักการไว้ในกรณีที่มีการใช้ข้อบังคับ ปี 2017 และข้อพิพาทมีทุนทรัพย์ไม่เกิน USD 2 million ซึ่งรวมถึงข้อเรียกร้องทั้งหมด ข้อเรียกร้อง แยก แต่ไม่รวมถึงดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย ให้ใช้วิธีดำเนินกระบวนการแบบรวดเร็ว โดย อนุญาโตตุลาการคนเดียวเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ภายใต้การบริหารจัดการคดีตั้งแต่เริ่ม กระบวนการภายใน 15 วัน นับแต่อนุญาโตตุลาการได้รับสำนวน เมื่อมีการตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว ห้ามมิให้ยื่นข้อเรียกร้องเพิ่มเติม ภายหลังการประชุมเปิดคดีระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทแล้ว

⁹⁵ Article 3 (2) “permits the Secretariat and the arbitral tribunal to use email already the norm, as a mean of communication and leaves the option open for the use of other technology by allowing “any other means of telecommunication”

⁹⁶ Article 30 (1) : Expedited Procedure; By agreeing to arbitration under the rules, the parties agree that this Article 30 and the Expedited Procedure Rules set forth in Appendix VI (collectively the Expedited Procedure Provisions) shall take precedence over any contrary terms of the arbitration agreement.

อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดกระบวนการพิจารณาและมาตรการเพื่อประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย หรืออาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้ส่งเอกสารแทนการสืบพยาน และมีค่าใช้จ่าย ภายใน 6 เดือน นับแต่เริ่มคดี”

Article 37 (5) การนำหลักการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมแบบ Cost allocation มาใช้เป็นมาตรการในการควบคุมพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสมของคู่พิพาทอันเป็นสาเหตุให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า โดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือ หรือมีพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสมเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมในส่วนที่เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามสัดส่วนที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร โดยพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสมได้แก่ การอ้างพยานเอกสารที่ฟุ่มเฟือย (Excessive document request) ยื่นคำคัดค้านข้อกฎหมายหรือถามค้านฟุ่มเฟือยเกินจริง (Excessive legal argument and cross-examination) การใช้เทคนิคการประวิงคดี (Dilatory tactics) การยื่นข้อเรียกร้องเกินจริง (Exaggerated claims) และไม่ให้ความร่วมมือเพื่อสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว (Failure to comply with procedural timetable)⁹⁷

นอกจากนี้ สภาคณะกรรมการค่านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC)⁹⁸ ได้พัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการที่ให้บริการโดยสถาบันให้มีประสิทธิภาพโดยสร้างระบบการบริหารจัดการคดี (Case management) ผ่านเว็บไซต์ ICC-Net Case ในปี ค.ศ. 2005 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่พิพาท ทนายความ อนุญาโตตุลาการ และฝ่ายเลขานุการสภาคณะกรรมการค่านานาชาติ สามารถติดต่อสื่อสารกันผ่านออนไลน์ในรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงการส่งเอกสาร ได้ตลอด 24 ชั่วโมง แต่ทั้งนี้ระบบ ICC-Net Case มิได้เข้ามาแทนที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดหากแต่เป็นส่วนที่ช่วยสนับสนุนให้กระบวนการเป็นไปโดยความสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย การเข้าสู่ระบบมีการรักษาความปลอดภัยผ่าน Password ผู้ใช้บริการ การส่งเอกสารระหว่างคู่พิพาทและการส่งให้แก่อนุญาโตตุลาการจะอยู่ในรูปแบบฟอร์มของสมาคมในรูปแบบ pdf และ tiff โดยสภาคณะกรรมการค่านานาชาติ ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับการดำเนินการของสถาบันหรือองค์กรผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์สำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการทำ

⁹⁷ ICC Commission on Arbitration and ADR, “Report-Force on Decision as to Cost-Final Draft April 2015,” Retrieved on May 1, 2017 from www.iccwbo.org/ICC-Arbitration-Commission

⁹⁸ International Chamber of Commerce, “Resolving dispute online; Best practice for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transaction,” Retrieve May 1, 2016, from www.iccwbo.org.

ธุรกรรมในรูปแบบ Business- To – Consumer และ Consumer-To-Consumer ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในการดำเนินการของสถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ สถาบันจะต้องคำนึงถึง

(1) ความสามารถในการเข้าถึงระบบการระงับข้อพิพาท (System Accessibility) โดยผู้ที่เข้าใช้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะต้องสามารถเข้ามาใช้บริการได้ตลอดเวลาไม่ว่าจะเป็นการเสนอข้อพิพาทหรือการตรวจสอบข้อมูลคดี

(2) ความสะดวก (Convenience) สถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะต้องจัดให้มีข้อมูลต่าง ๆ ที่จะต้องใช้ในการติดต่อไม่ว่าจะเป็นที่อยู่ทางไปรษณีย์หรือทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (Email-address) ตลอดจนรายละเอียดและข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาท

(3) ความเป็นส่วนตัวของคู่พิพาทและการรักษาความลับของกระบวนการพิจารณา (Private and Confidentiality) ซึ่งสถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะต้องให้ความสำคัญกับกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการสร้างกลไกหรือระบบในการรักษาความลับของการดำเนินกระบวนการพิจารณา

(4) ความโปร่งใส (Transparency) สถาบันผู้ให้บริการในการระงับข้อพิพาททางออนไลน์จะต้องมีการอธิบายหรือจัดให้มีรายละเอียดในส่วนของการดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทให้ผู้ใช้บริการทราบอย่างละเอียดและชัดเจน

(5) ความเป็นอิสระและความเป็นกลาง (Independence and Impartiality) กล่าวคือสถาบันและบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลางจะต้องไม่มีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท (Conflict of Interest)

3.2.2.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

The ICC International Court of Arbitration ดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในปี ค.ศ. 2012 เพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เริ่มตั้งแต่การเพิ่มข้อความในหนังสือยืนยันความเป็นกลางและความเป็นอิสระว่าอนุญาโตตุลาการพร้อมและมีเวลาในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (The Statement of acceptance, availability, impartiality and Independence)⁹⁹ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญของการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพเพื่อลดเวลาและค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น นอกจากนี้ยังนำระบบการบริหารจัดการคดี (Case management)¹⁰⁰ และ

⁹⁹ ICC Arbitration Rules (2012) art.11 (2)

¹⁰⁰ Stricter case management duties (ICC Rules Art 22(1) and Art (24(1) : ICC

เทคโนโลยีสารสนเทศ (Information technology) มาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยให้ความสำคัญต่อการส่งเสริมและสนับสนุนการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) ของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม จึงมีการแก้ไขข้อบังคับโดยแสดงอย่างชัดเจนถึงบทบาทการควบคุมกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

Article 22(1)(2)(4)(5) แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2012 “เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทมีหน้าที่ร่วมกันดำเนินการอนุญาโตตุลาการด้วยความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย ตามพฤติการณ์แห่งคดี และความซับซ้อน รวมถึงทุนทรัพย์ของคู่พิพาท”¹⁰¹

Article 24(1)(2)(3)(4) “กำหนดเป็นข้อบังคับให้มีการบริหารจัดการคดี (Case management) โดยอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทต้องร่วมกันประชุมคดี กำหนดวันนัดพิจารณาอย่างต่อเนื่อง โดยหลีกเลี่ยงความล่าช้า”

The ICC Rules impose stricter duties on parties and arbitrators. Art 22(1) provides that “They shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute”

Article 24(1) Requires the arbitral tribunal to hold a case management conference. The purpose is to discuss and agree on a timetable and procedure that enable the dispute to be resolved as efficiently as possible that may be adopted pursuant to article 22(2)

¹⁰¹ Article 22(1)(2)(4)(5) “The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost effective manner, having regard to the complexity and value of dispute. In order to ensure effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties, may adopt such procedural measures as it consider appropriate, provided that they are not contrary to any agreement of the parties”.

3.2.2.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีนโยบายในการให้การสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศของศาลภายใต้ New York Convention จะเป็นการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแคบ (Narrow interpretation) และเหตุยกเว้นการยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศกำหนดไว้แคบกว่าเหตุที่กำหนดไว้ใน Model law Article 34 โดยเฉพาะเหตุที่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) นั้นระบุไว้โดยชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1502 ว่าใช้หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ¹⁰² เป็นเกณฑ์นำมาปรับใช้ แนวคำวินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ นับแต่ปี ค.ศ. 1984 จนถึงปัจจุบันยังคงอยู่บนพื้นฐานหลักการดังกล่าว โดยเป็นประเทศสมาชิก New York Convention ที่ให้การยอมรับนับถือบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งแตกต่างจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ ที่ส่วนใหญ่จะไม่รับบังคับคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนโดยประเทศที่ทำคำชี้ขาด ดังปรากฏในคำวินิจฉัยคดี In the Gally v.Fabricated Metal, In Thalev v. Euromissile, The Norsolor Case, The Hilmarton Case, The Chromalloy Case, and Thai- Lao Lignite v.Loa PDR;

In the Gally v.Fabricated Metals¹⁰³ ศาลอุทธรณ์แห่งฝรั่งเศส ปฏิเสธคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดที่ว่า ข้อเรียกร้องขัดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (Competition law) โดยให้เหตุผลว่า อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวแล้ว ซึ่งแตกต่างจากแนวคำวินิจฉัยของศาลสหภาพยุโรปในคดี Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV ซึ่งมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (Competition law) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานภายในของสหภาพยุโรป (Fundamental principles inside the European Union) การบังคับคำชี้ขาดที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

¹⁰² Article 1502 of the Civil Procedure states: “An appeal against a decision which grants recognition or enforcement is available only in the following: (1) ... (5) Where the recognition or enforcement is contrary to international public policy”

¹⁰³ Paris Court of Appeal, Gally v.Fabricated Metals case, 1999.

In Thalev v. Euromissile¹⁰⁴ อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ Thalev ชำระค่าเสียหายให้แก่ Euromissile ตามสัญญาการขอใบอนุญาต (License agreement) ระหว่าง การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการไม่มีคู่พิพาทฝ่ายใดหยิบยกประเด็นการฝ่าฝืน กฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (Competition law) ขึ้นมากล่าวอ้าง ต่อมา Thalev ยื่นคำ ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลของฝรั่งเศสโดยเทียบเคียงแนวคำวินิจฉัยของศาลแห่งสหภาพยุโรป ใน คดี Eco Swiss โดยศาลฝรั่งเศสปฏิเสธการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยให้เหตุผลว่าศาลฝรั่งเศสจะตีความ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแคบเฉพาะกรณีที่น่าปรากฏชัดต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนฝรั่งเศสโดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงไม่มีเหตุผลในการที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว

In the Norsolor Case¹⁰⁵; เป็นกรณีที่ศาลสูงแห่งปารีสวางแนว บรรทัดฐานการตีความหลักความสงบเรียบร้อยภายใต้ New York Convention Article V (1)(e) และ Article VII (1) โดยวางหลักว่าการปรับใช้ Article VII (1) มีน้ำหนักมากกว่า Article V (1)(e) (establish the principle that Article VII of New York Convention takes precedence in situation that also implicate Article V) ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องการเลิกสัญญา commercial agency ระหว่าง Norsolor ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศฝรั่งเศสและบริษัท Pabalk ซึ่งจดทะเบียนในประเทศตุรกี มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน ICC ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ Norsolor ชำระค่าเสียหาย เป็นจำนวนเงินที่สูงมากตามกฎหมายพ่อค้า (lex mercatoria) ที่อนุญาโตตุลาการนำมาปรับใช้ เนื่องจากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาท (Substantive applicable law) ซึ่งค่าเสียหายที่กำหนดสูงมากเมื่อเทียบกับกฎหมายของประเทศที่ ทำคำชี้ขาด

คำชี้ขาดได้รับการยอมรับบังคับตามในศาลชั้นต้นของประเทศออสเตรียและประเทศ ฝรั่งเศส ต่อมา มีการเพิกถอนคำชี้ขาดบางส่วน (Partially set aside) โดย Vienna Court of Appeal และ the Paris Court of Appeal ด้วยเหตุผลที่มีการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ (Transnational rules)

ศาลสูงแห่งปารีสกลับคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ โดยการอ้างถึง New York Convention Article VII (1) และ Article 12 of the French New Code of Civil Procedure ว่า Article VII

¹⁰⁴ Paris Court of Appeal, Thalev v. Euromissile case, 2005.

¹⁰⁵ ICC Award No.3131, 1993; see also, Emmanuel Gaillard, “The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin,” *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, p. 20, (1999).

(1) of New York Convention รับรองให้มีการยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้กฎหมายของประเทศสมาชิก และมาตรา 12 กำหนดให้ปรับใช้หลักกฎหมายความสงบเรียบร้อยของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา จึงไม่มีเหตุที่จะไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้

The Hilmarton Case ศาลสูงฝรั่งเศสวางหลักเรื่องคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด แต่ศาลสูงฝรั่งเศสรับบังคับคำชี้ขาดให้ ต่อมามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการใหม่ ซึ่งมีคำชี้ขาดให้ Hilmarton ผู้ร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดเป็นฝ่ายชนะคดีและ Hilmarton ได้นำคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 2 ซึ่งผลของคำวินิจฉัยขัดกับคำชี้ขาดในครั้งแรกมาร้องขอบังคับคำชี้ขาดที่ประเทศฝรั่งเศสอีกครั้งในประเด็นข้อพิพาทเดียวกัน และคู่พิพาทเดียวกัน ศาลสูงฝรั่งเศสรับบังคับคำชี้ขาดให้เฉพาะคำชี้ขาดครั้งแรก

คดี *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd* กรณีผู้คัดค้านร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในสัญญาการล๊อบบี้ (lobbying agreement) เพื่อเข้าทำสัญญาสาธารณูปโภคในประเทศแอลจีเรีย มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ภายใต้กฎหมายของประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (Substantive applicable law) โดยคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นการใช้วิธีล๊อบบี้เพื่อให้ได้รับเลือกเข้าทำสัญญา ว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งประเทศแอลจีเรีย แต่ไม่มีพยานหลักฐานแสดงสนับสนุนว่ามีการให้สินบนเจ้าหน้าที่ (The underlying agreement was illegal and contrary to the public policy of Algeria but there was no evidence of bribery) และมีคำวินิจฉัยว่า การทำสัญญาล๊อบบี้ (Lobbying contract) ไม่ผิดกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกใช้บังคับกับสัญญา คดีนี้มีการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคณะแรก และคณะที่สองไปยื่นขอบังคับคำชี้ขาดในหลายประเทศรวมทั้งประเทศอังกฤษ แต่ในส่วนของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีการนำคำชี้ขาดทั้งสองครั้งมาร้องขอบังคับ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้

วันที่ 19 เมษายน 1988 อนุญาโตตุลาการนายเดอวีมีคำวินิจฉัยว่าการทำสัญญาล๊อบบี้ (Lobbying contract) ไม่ผิดกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกใช้บังคับกับสัญญา และมีคำวินิจฉัยให้ *Hilmarton Ltd* ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนของอังกฤษชำระค่าคอมมิชชั่นให้แก่OTV ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนของประเทศฝรั่งเศส

วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1990 ศาลประเทศฝรั่งเศสมีคำพิพากษายอมรับบังคับตามคำชี้ขาด

วันที่ 17 พฤศจิกายน 1989 The Court of Justice of the Canton of Geneva เพิกถอนคำชี้ขาดตามคำร้องขอของ *Hilmarton Ltd* และศาลแห่งสหพันธรัฐออสเตรียมีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

วันที่ 19 ธันวาคม 1991 และ 23 มีนาคม 1994 the Paris Court of Appeal และ *The Cour de cassation* มีคำพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้นยอมรับบังคับคำชี้ขาดที่ศาลแห่งสหพันธรัฐออสเตรียเพิกถอน โดยการปรับใช้ Article VII of New York Convention ในการใช้หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานการตรวจสอบคำชี้ขาด ตามมาตรา 1502 of the New Code of Civil Procedure ดังนั้น การยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของประเทศฝรั่งเศส (The recognition of an award in France that had been set aside in its country of origin was not contrary to the French conception of international public policy)

วันที่ 10 เมษายน 1992 อนุญาโตตุลาการชุดที่ 2 มีคำชี้ขาดในสวิสเซอร์แลนด์ให้ *Hilmarton Ltd* เป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งได้มีการขอให้บังคับคำชี้ขาดตามคำชี้ขาดครั้งที่ 2 ซึ่งมีผลขัดแย้งกับคำชี้ขาดครั้งแรก ที่ศาลของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นศาลที่เคยยอมรับบังคับคำชี้ขาดครั้งแรก ซึ่งต่อมาศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นยอมรับบังคับคำชี้ขาด ครั้งที่ 2 เช่นเดียวกันโดยให้เหตุผลว่า การยอมรับบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการชุดแรกไม่เป็นอุปสรรคต่อการที่ศาลจะยอมรับบังคับคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการชุดที่ 2 แม้คำชี้ขาดจะขัดกันก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม ในปี 1997 ศาลสูงปารีส กลับคำวินิจฉัยของศาลล่างทั้งสอง โดยยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้เฉพาะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคณะแรก แม้ว่าจะถูกเพิกถอนโดยศาลสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเป็นประเทศที่ทำคำชี้ขาด

In the Chromalloy Case¹⁰⁶ เป็นคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสต่างยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ที่วินิจฉัยให้รัฐบาลอียิปต์ชำระค่าเสียหายให้แก่ Chromalloy ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนของประเทศสหรัฐอเมริกาและคำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศอียิปต์ซึ่งเป็นศาลของประเทศทำคำชี้ขาด โดยศาลฝรั่งเศสวินิจฉัยตามแนวคำวินิจฉัยในคดี *The Hilmarton Case* ภายใต้กรอบความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1502.

In Thai- Lao Lignite v. Loao PDR; ซึ่งศาลสหพันธรัฐมาเลเซียมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับตามข้อตกลง PDA และศาลของประเทศฝรั่งเศสปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว แต่เหตุผลในการปฏิเสธมิใช่เหตุที่คำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศทำคำชี้ขาด แต่ให้เหตุผลเช่นเดียวกับศาลสหพันธรัฐมาเลเซียในประเด็นอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเกินอำนาจที่ได้รับตามข้อตกลง PDA

¹⁰⁶ *Ibid*, 24-25.

3.2.3 สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน ประเทศสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association: AAA)

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1926 ตั้งอยู่ที่เมืองนิวยอร์ก ประเทศสหรัฐอเมริกา ให้บริการด้านการระงับข้อพิพาททางเลือก โดยในปี ค.ศ. 1989 ได้จัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (ICDR) เป็นอนุญาโตตุลาการแผนก ระหว่างประเทศของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน โดยถือว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มี จำนวนข้อพิพาทหรือส่วนแบ่งการตลาดสูงที่สุดในโลก นับแต่ปี ค.ศ. 2006 ถึงปัจจุบัน¹⁰⁷ และปัจจุบัน AAA/ICDR ทำสัญญาความร่วมมือเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ กับ 62 สถาบันใน 43 ประเทศทั่วโลก สำหรับสถาบันAAA/ICDR นั้นมีข้อบังคับเกี่ยวกับการไต่ถามและอนุญาโตตุลาการอยู่ในข้อบังคับ ฉบับเดียวกัน และการเลือกใช้กฎหมายของAAA/ICDR กำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะนำหลัก กฎหมายที่คู่พิพาทตกลงกันนำมาบังคับกับเนื้อหาแห่งข้อพิพาท และในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการจะนำหลักกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมมาใช้บังคับ¹⁰⁸

ศูนย์ระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ICDR ให้บริการ ระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นหลัก ภายใต้ข้อบังคับฉบับแรกคือ International Arbitration Rule 1991 ซึ่งยกร่างโดยยึดถือ UNCITRAL Arbitration Rules 1976 เป็นแม่แบบ ต่อมาได้มีการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอย่างต่อเนื่องเพื่อพัฒนาเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศที่มีข้อบังคับและแนวปฏิบัติที่ดีที่สุด ปัจจุบันICDR ใช้ข้อบังคับ The 1996 IC DR Rules ซึ่งมีการแก้ไขเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1997 ค.ศ. 2009 และ ค.ศ. 2014 เพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่าย โดยการบริหารจัดการคดี และการเพิ่ม บทบาทเชิงรุก (Active role) ของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ และเป็นธรรม ตลอดจนกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่พิพาทในการให้ความร่วมมือในการ หลีกเลี่ยงความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น (Avoiding unnecessary delay and expense)

3.2.3.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ICDR มีการพัฒนาเพื่อเพิ่ม ประสิทธิภาพในมิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสมตั้งแต่ปี

¹⁰⁷ Annual Report, AAA/ICDR, Retrieved on May 27, 2017, from to <https://www.adr.org>

¹⁰⁸ Meng Chen, "Emerging Internal Control in Institutional Arbitration," *Cardozo J. of Conflict Resolution*, Vol 18, p. 296, (2017).

ค.ศ. 1997 โดยการแก้ไขข้อบังคับ Article 20 (2) ให้อนุญาตตุลาการนำการบริหารจัดการคดีโดยการกำหนดวันนัดพิจารณาสืบพยานไปจนเสร็จสิ้นการสืบพยานของคู่พิพาททุกฝ่ายและกำหนดระยะเวลาการยื่นและส่งเอกสาร ตลอดจนตรวจพยานหลักฐานและมีคำสั่งไม่อนุญาตให้สืบพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการแก้ไขข้อบังคับ Article 20 (1)(2)(7) ¹⁰⁹ โดยมีวัตถุประสงค์ในการเพิ่มประสิทธิภาพด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม โดยการแก้ไขระบุอำนาจอนุญาตตุลาการในการควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างชัดเจนและกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของคู่พิพาทในการให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพโดยหลีกเลี่ยงความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น กำหนดให้มีการนำเทคโนโลยี ตลอดจนเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Article 21 (6) ¹¹⁰;

¹⁰⁹ Article 20 (1) provides that “the arbitral tribunal conduct the arbitration in whether manner it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present case”

(2) “... the tribunal and the parties “may consider how technology, including electronic communications could be used to increase the efficiency and economy of the proceedings...”

(3) “decide preliminary issue, bifurcate proceeding, direct the order of proof, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentations on issue whose resolution could dispose of all part of the case”

...Article 20 (7) “the parties are also under an obligation to make every effort to avoid unnecessary delay and expense in the arbitration”. The tribunal has authority to sanction parties that do not comply with this obligation and may take such additional steps as are necessary to protect the efficiency and integrity of the arbitration”.

¹¹⁰ Article 21 (6) “When documents to be exchanged are maintained in electronic form, the party in possession of such documents may make them available in the form (which may be paper copies) most convenient and economical for it, unless the tribunal determines, on application, that there is a compelling need for access to the documents in a different form. Requests for documents maintained

electronic documents) มาใช้ในการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย โดยหลีกเลี่ยงการใช้เวลาและค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นบนพื้นฐานในการให้ ความเป็นธรรม และปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกัน และให้โอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐาน อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม

Article 1 (4)¹¹¹ การดำเนินการอนุญาโตตุลาการแบบรวดเร็ว (International Expedited Procedures) “เว้นแต่คู่พิพาทจะกำหนดเป็นอย่างอื่น การดำเนินการกระบวนการพิจารณาภายใต้ ICDR Rules ในข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน USD \$250,000 ซึ่งไม่มีข้อเรียกร้องแย้ง หรือคดีอื่นที่คู่พิพาท ตกลงให้นำกระบวนการพิจารณาแบบรวดเร็วตามข้อกำหนดใน Article E-1 to E-10 มาใช้บังคับ ซึ่งเป็น กระบวนการวิธีพิจารณาที่ดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการคนเดียว (Sole arbitrator) การสืบพยานใช้ วิธีการส่งเอกสารแทนการสืบพยาน มักใช้ระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน”

3.2.3.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

เป็นมิติที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับมิติการเป็นกระบวนการพิจารณาที่มี ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม โดยการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ กำหนด บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ประกอบกับการใช้ข้อบังคับในการบริหาร จัดการคดี เพื่อให้การดำเนินการพิจารณามีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ โดย ในปี ค.ศ. 2014 สถาบัน ICDR ได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ มาตรา 20 (2)(3)(7) โดยการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางตามที่

in electronic form should be narrowly focused and structured to make searching for them as economical as possible. The tribunal may direct testing or other means of focusing and limiting any search.”

¹¹¹Article 1 (4) “Unless the parties agree or the Administrator determines otherwise, the International Expedited Procedures shall apply in any case in which no disclosed claim or counterclaim exceeds USD \$250, 000 exclusive of interest and the costs of arbitration. The parties may also agree to use the International Expedited Procedures in other cases. The International Expedited Procedures shall be applied as described in Articles E-1 through E-10 of these Rules, in addition to any other portion of these Rules that is not in conflict with the Expedited Procedures. Where no party’s claim or counterclaim exceeds USD \$100, 000 exclusive of interest, attorneys’ fees, and other arbitration costs, the dispute shall be resolved by written submissions only unless the arbitrator determines that an oral hearing is necessary”

เห็นสมควรเพื่อความเหมาะสมในการบริหารจัดการคดี Article 13.2 นอกจากอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยและยืนยันความเป็นกลางแล้วยังต้องยืนยันถึงความพร้อมและเวลาในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Arbitrator availability) ด้วย¹¹²

Article 20 (2) และ Article 21 (8)(9)¹¹³ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณา การบริหารจัดการคดี การตรวจพยานหลักฐาน และการใช้ดุลพินิจในการไม่อนุญาตให้นำเสนอพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือย ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท หรือการมีคำสั่งใด ๆ ตามที่เห็นสมควรและเหมาะสมในการส่งสำเนาเอกสารที่อ้างเป็นพยานหลักฐานแก่

¹¹²Article 13.2 “Arbitrators acting under these Rules shall be impartial and independent and shall act in accordance with the terms of the Notice of Appointment provided by the Administrator;

2. Upon accepting appointment, an arbitrator shall sign the Notice of Appointment provided by the Administrator affirming that the arbitrator is available to serve and is independent and impartial. The arbitrator shall disclose any circumstances that may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence and any other relevant facts the arbitrator wishes to bring to the attention of the parties.

¹¹³Article 21 (8)(9) “The arbitral tribunal shall manage the exchange of information between the parties with a view to maintaining efficiency and economy. The tribunal and the parties should endeavor to avoid unnecessary delay and expense while at the same time avoiding surprise, assuring equality of treatment, and safeguarding each party’s opportunity to present its claims and defenses fairly...

(8) In resolving any dispute about pre-hearing exchanges of information, the tribunal shall require a requesting party to justify the time and expense that its request may involve and may condition granting such a request on the payment of part or all of the cost by the party seeking the information. The tribunal may also allocate the costs of providing information among the parties, either in an interim order or in an award.

(9) In the event a party fails to comply with an order for information exchange, the tribunal may draw adverse inferences and may take such failure into account in allocating costs”

คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (Exchange of Information) โดยคำนึงถึงควมมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่าย ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดไม่ให้ความร่วมมือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น หรือให้ถือว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่คู่ความอีกฝ่ายกล่าวอ้าง อันเป็นผลร้ายแก่ฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือ ซึ่งเป็นการนำหลัก Cost allocation และหลัก Adverse inferences มาใช้เป็นมาตรการลงโทษ

Article 30 กำหนดระยะเวลาทำคำชี้ขาด ไม่เกิน 60 วัน นับแต่เสร็จการพิจารณา (The old rules provided merely that the award be made promptly)

3.2.3.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโต

ตุลาการ

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีนโยบายในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Strong public policy favoring international arbitration) การตีความหลักความสงบเรียบร้อยภายใต้ New York Convention ใช้หลักเกณฑ์การตีความอย่างแคบ (Narrow interpretation) ซึ่งโดยหลักการศาลของสหรัฐอเมริกาจะไม่ตรวจสอบคำชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของอนุญาโตตุลาการ (No review of an arbitrator's substantive conclusions in rendering an award) เช่นในคดี American Construction Machinery & Equipment Ltd v. Mechanised Construction of Pakistan Ltd; ซึ่งเป็นคดีที่ศาลปากีสถานมีคำวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบัน ICC เป็นโมฆะ ต่อมามีการนำคำชี้ขาดดังกล่าวมาขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลแขวงได้นิวยอร์กยอมรับบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผลว่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหากประเทศสมาชิกไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศตามพันธกรณีภายใต้ New York Convention

In *Parsons and Whittemore Overseas Co, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du papier (RAKTA)* ศาลอุทธรณ์ เขต 2 ยืนยันนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยให้เหตุผลว่าการจะปฏิเสธยอมรับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ข้อต่อสู้เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น จะมีผลเฉพาะกรณีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมและศีลธรรมเท่านั้น การตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างกว้างย่อมเป็นการทำให้การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้ New York Convention ไม่มีประสิทธิภาพ

In Northrop Corporation v. Triad International Marketing S.A., (1987)¹¹⁴ ศาลอุทธรณ์เขต 9 ปฏิเสธที่จะนำกฎหมายของประเทศที่การกระทำเกิดมาพิจารณาว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ด้วยเหตุผลว่าแม้สัญญาการจ่ายค่าคอมมิชชั่นให้แก่นายหน้าเพื่อให้ได้เข้าทำสัญญาซื้อขายอาวุธจะผิดกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบีย แต่ไม่ผิดกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียที่คู่พิพาทตกลงให้ใช้บังคับกับสัญญา (California law as chosen by the parties) การพิจารณาหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนีย และยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้

In Telenor Mobile Communications v. Storm LLC (2007)¹¹⁵ ศาลสหพันธรัฐยอมรับพิจารณากฎหมายของประเทศที่การกระทำตามสัญญาเกิดขึ้นได้แก่ กฎหมายของประเทศยูเครนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยูเครน และถึงแม้ว่าแนวคำวินิจฉัยของสหรัฐอเมริกากรณีคำชี้ขาดต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศที่การกระทำตามสัญญาเกิดขึ้นนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้หรือไม่ยังไม่ชัดเจนก็ตาม แต่นโยบายการให้ความสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีน้ำหนักมากกว่าพยานหลักฐานที่ศาลยูเครนนำมาพิจารณาว่าสัญญาเกิดจากการสมรู้ร่วมคิด คำชี้ขาดต่างประเทศจึงสมควรได้รับการยอมรับบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันศาลของประเทศสหรัฐอเมริกานำเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนของศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาดมาพิจารณาประกอบด้วย และมีคำพิพากษาไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้ รวมถึงกรณีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการบางประเภทที่ขัดกับนโยบายของประเทศ เช่นอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาต่อรองการจ้างแรงงาน ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังปรากฏในคำวินิจฉัยคดี

In Laminiors-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. v. Southwire Company¹¹⁶ ศาลสหพันธรัฐพิจารณาถึงหลักกฎหมายความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในประเทศที่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดแล้ววินิจฉัยว่า “แม้การกำหนดดอกเบี้ยในเชิงลงโทษด้วยอัตราที่สูงเกินส่วนจะเป็นไปตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส แต่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศย่อมเหนือกว่ากฎหมายของต่างประเทศ การยอมรับบังคับคำชี้ขาดย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยของ

¹¹⁴ 811 F.2 d 1265(9th Cir.1987)

¹¹⁵ 524 F. Supp.2d 332(S.D.N.Y.2007)

¹¹⁶ 484 F. Supp.1063 (N.D. Ga 1980)

ประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกา (The domestic public policy thus prevailed over the French foreign law)

In Victrix S.S. Company, S.A. v. Salen Dry Cargo A.B.¹¹⁷ ศาลอุทธรณ์ เขต 2 ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศของเมืองลอนดอน และคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในคดีล้มละลาย (Bankruptcy proceedings) โดยการพิจารณากฎหมายล้มละลายของสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งเหมือนกับของสหรัฐอเมริกา และวินิจฉัยว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแห่งเมืองลอนดอนขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเกี่ยวกับหลักความยุติธรรมและมีคำสั่งให้จำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ของบริษัทต่างประเทศที่ล้มละลาย

In W.R. Grace v. Local 759¹¹⁸ ในการพิจารณาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับสัญญาข้อตกลงการเจรจาต่อรองร่วมเกี่ยวกับเงื่อนไข และสภาพการจ้างระหว่างองค์กรลูกจ้างและองค์กรนายจ้าง (Collective bargaining agreement) โดยในคดีนี้ศาลนำนโยบายพื้นฐานของรัฐมาเป็นข้อพิจารณาว่าการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทแรงงานขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเกี่ยวกับนโยบายแห่งรัฐ และปฏิเสธการยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้

In Thai-Lao Lignite v. Lao PDR (2014) ข้อเท็จจริงเบื้องต้นบริษัท Thai-Lao Lignite ได้สิทธิสำรวจและทำเหมืองแร่ถ่านหินลิกไนต์ เขตหงสา แขวงไชยบุรี ต่อมารัฐบาลลาวเห็นว่าบริษัท Thai-Lao Lignite ไม่สามารถทำสัมปทานที่ได้รับให้ประสบความสำเร็จ อันจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ จึงบอกเลิกสัญญา โดยบริษัท Thai-Lao Lignite ได้เสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการที่ กรุงกัวลาลัมเปอร์ สหพันธรัฐมาเลเซียซึ่งต่อมามีคำชี้ขาดให้รัฐบาลลาวชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท Thai-Lao Lignite เป็นเงิน 57,210,000 USD และบริษัท Thai-Lao Lignite เริ่มกระบวนการขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และสิงคโปร์ โดยประเทศฝรั่งเศสปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด ส่วนอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาด ต่อมารัฐบาลลาวยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลกรุงกัวลาลัมเปอร์ ซึ่งได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลว่า “คณะอนุญาโตตุลาการทำเกินขอบอำนาจตามข้อตกลง PDA และรัฐบาลลาวได้ยื่นคำร้องขอให้ศาล District court รื้อฟื้นคดีที่มีคำพิพากษายอมรับบังคับคำชี้ขาดซึ่งถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดตาม Federal Rule of Civil Procedure 60 (b)(5) ซึ่งศาลมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาและต่อมาได้มีคำพิพากษากลับเป็นไม่รับบังคับคำชี้ขาด โดยศาลอุทธรณ์ เขต 2 พิพากษายืนตาม ภายใต้เหตุผล

¹¹⁷ 825 F. 2d 709 (2d Cir 1987)

¹¹⁸ 461 U.S.757 (1983)

การปฏิเสธไม่รับบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดภายใต้ New York Convention

3.2.4 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIAC) (Singapore International Arbitration Center)

ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการครั้งแรก เมื่อปี ค.ศ. 1953 (The Arbitration Act 1953) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (SIAC) เริ่มดำเนินการในปีค.ศ. 1991 ให้บริการด้านการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ประเทศสิงคโปร์มีการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับของสถาบันในแนวทางอันเป็นมาตรฐานสากล(Implementing arbitration laws that conform to international standards) อย่างต่อเนื่อง โดยในปี ค.ศ. 1995 ประเทศสิงคโปร์ได้ออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ได้แก่ The International Arbitration Act (IAA) โดยนำ UNCITRAL Model Law มาเป็นต้นแบบ และในปี ค.ศ. 1997 มีการแก้ไข The Arbitration Act โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความแตกต่างระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) ที่มีการดำเนินกระบวนการในประเทศสิงคโปร์ มีผลใช้บังคับในปี 2002 ปัจจุบัน SIAC ถือเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงและได้รับความนิยมในระดับหนึ่งในห้าของโลก โดยปัจจัยที่สนับสนุนให้ประเทศสิงคโปร์ได้รับความนิยมแพร่หลายในการเป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Place of arbitration) ได้แก่การเป็นศูนย์กลางทางการเงินและการค้าในภูมิภาค ระบบกฎหมายพัฒนามาจากระบบคอมมอนลอว์ที่ยึดมั่นในหลักนิติธรรม เป็นประเทศที่มีความมั่นคงทางการเมือง อิสระและเป็นกลาง และเป็นประเทศที่มีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนมีความเจริญก้าวหน้าด้านเทคโนโลยี การให้บริการทั้งยังประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์และความหลากหลาย จึงอาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ถือเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก นอกจากนี้สถาบัน SIAC ยังคงมีการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการในแนวทางเดียวกับมาตรฐานสากล ใน 3 มิติดังกล่าว เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของโลก ดังนี้

3.2.4.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้มีการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศชั้นนำของโลกอันถือว่าเป็น

แนวปฏิบัติสากล โดยการแก้ไข ปรับปรุงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อควบคุมระยะเวลา และค่าใช้จ่าย(Controlling time and cost) ตลอดจนสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาและบริหารจัดการคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนี้

(1) กำหนดกระบวนการพิจารณาแบบรวดเร็ว (Expedited Proceeding)

Rule 5.1 กำหนดเป็นข้อบังคับของสถาบัน สำหรับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบรวดเร็ว (Expedited Proceeding) โดยกำหนดเป็นประเภทคดีจัดการพิเศษ ซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่เกิน \$ 5,000,000 คดีประเภทนี้จะมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว (Sole arbitrator) โดยคู่พิพาทสามารถตกลงให้มีการส่งเอกสารแทนการสืบพยานได้ หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยการสืบพยานและมีการทำคำชี้ขาด ภายใน 6 เดือน นับแต่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยคำชี้ขาดแบบย่อ¹¹⁹

¹¹⁹ The SIAC Rules 5; Expedited Procedure

5.1 Prior to the full constitution of the Tribunal, a party may apply to the Registrar in writing for the arbitral proceedings to be conducted in accordance with the Expedited Procedure under this Rule where any of the following criteria is satisfied:

- a. the amount in dispute does not exceed the equivalent amount of S\$5,000,000, representing the aggregate of the claim, counterclaim and any set-off defence;
- b. the parties so agree; or
- c. in cases of exceptional urgency.

5.2 When a party has applied to the Registrar under Rule 5.1, and when the President determines, after considering the views of the parties, that the arbitral proceedings shall be conducted in accordance with the Expedited Procedure, the following procedure shall apply:

- a. The Registrar may shorten any time limits under these Rules;
- b. The case shall be referred to a sole arbitrator, unless the President determines otherwise;
- c. Unless the parties agree that the dispute shall be decided on the basis of documentary evidence only, the Tribunal shall hold a hearing for the examination of all witnesses and expert witnesses as well as for any argument;

**(2) การนำหลัก Cost allocation มาใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบในค่า
ฤชาธรรมเนียม (Rule 31.1 และ Rule 33)**

Rule 31.1 “เว้นแต่คู่พิพาทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ตามความเหมาะสม โดยกำหนดไว้ในคำชี้ขาด”¹²⁰

Rule 33 “ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งชำระค่าใช้จ่ายทางกฎหมาย หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ทั้งหมด หรือบางส่วนแทนคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง”¹²¹

3.2.4.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

ได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันในทำนองเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียง ดังที่กล่าวมาข้างต้นในการสนับสนุนให้อนุญาตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) โดยการแก้ไขข้อบังคับให้อำนาจแก้อนุญาตตุลาการในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางตามที่เห็นว่าเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทและคู่กรณีในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ดังนี้

SIAC Rules 10.3 “กำหนดความพร้อมด้านเวลา ในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในทันทีอย่างมีประสิทธิภาพ และเหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาท โดยถือเป็นคุณสมบัติที่นำมาเป็นข้อพิจารณาในกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของสถาบัน”¹²²

d. The award shall be made within six months from the date when the Tribunal is constituted unless, in exceptional circumstances, the Registrar extends the time; and

e. The Tribunal shall state the reasons upon which the award is based in summary form, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.

¹²⁰ Rule 31.1 “The Tribunal shall specify in the award, the total amount of the costs of the arbitration, unless the parties have agreed otherwise, the Tribunal shall determine in the award the apportionment of the costs of the arbitration among the parties”.

¹²¹ Rule 33 “The Tribunal shall have the authority to order in its award that all or a part of the legal or other costs of a party be paid by another party”.

SIAC Rules 16.1 “ให้อนุญาตตุลาการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควรเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ประหยัด และเป็นธรรม...”¹²³

SIAC Rules 16.3 “ในทันทีที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ให้อนุญาโตตุลาการนัดคู่พิพาททุกฝ่ายเพื่อเปิดคดีและกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ”¹²⁴

SIAC Rules 16.4 “ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการใช้ดุลพินิจกำหนดกระบวนการพิจารณา อย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสม เช่นการกำหนดประเด็นข้อพิพาท ไม่อนุญาตให้เสนอพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือยหรือไม่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท”¹²⁵

3.2.4.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

นโยบายของประเทศสิงคโปร์เกี่ยวกับบทบาทของศาลในปัญหาขอบเขตและการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ New York Convention นั้น พบว่ามีนโยบายในการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Pro-arbitration) โดยมีแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ New York Convention ที่ต้องให้การยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเป็นหลัก เว้นแต่

¹²² SIAC Rules 10.3 “the SIAC must consider “whether the arbitrator has sufficient availability to determine the case in a prompt and efficient manner appropriate to the nature of the arbitration” as part of the appointment process”.

¹²³ SIAC Rules 16.1 “The Tribunal shall conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, after consulting with the parties, to ensure the fair, expeditious, economical and final determination of the dispute”.

¹²⁴ SIAC Rules 16.3 “...as soon as practicable after the constitution of the tribunal, it is mandated to “conduct a preliminary meeting with the parties, in person or by any other means, to discuss the procedures that will be most appropriate and efficient for the case”.

¹²⁵ SIAC Rules 16.4 “The arbitrator may in its discretion direct the order of proceedings, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentation on issue the decision of which could dispose of all or part of the case”.

ในกรณีที่ศาลเห็นว่า การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสิงคโปร์ การตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนใช้หลักการตีความอย่างแคบ (Construed narrowly) การจะปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นกรณียกเว้นเฉพาะกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและศีลธรรมอันดีของประชาชนสิงคโปร์อย่างร้ายแรง (It would shock the conscience or violate the forum's most basic notions of morality and justice or injuries to the public good) โดยเหตุที่จะปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศด้วยเหตุขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) มีที่มาจากกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL Model Law โดยเป็นเหตุอย่างเดียวกับเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹²⁶ ซึ่งมาตรฐานในการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของสิงคโปร์ที่นำมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (International arbitral award) และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitral award) มีมาตรฐานไม่แตกต่างกัน¹²⁷ แต่อย่างไรก็ตามประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ได้แก่ The International Arbitration Act (“the IAA”) ซึ่งใช้ UNCITRAL Model law เป็นกฎหมายต้นแบบ ดังนั้นเงื่อนไขในการปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งกำหนดไว้ใน Section 31(4)(b) และเงื่อนไขในการเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งกำหนดไว้ใน Section 24 จึงเป็นเหตุอย่างเดียวกัน โดยมีขอบเขตของการตีความและการปรับใช้เช่นเดียวกับ Article 34(2)(b)(ii) of the Model Law ส่วนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) อยู่ภายใต้ The Arbitration Act (“the AA”) แต่เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตาม The AA section 46(1) กำหนดเพียงว่า “คำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล” ซึ่งแตกต่างจากเงื่อนไขใน The IAA section 31(4)(b) และ

¹²⁶ In *AJU v. AJT* [2011] ; The Court of Appeal held that the concept of public policy in Art 34(2)(b)(ii) of the Model Law, referred to section 24 of the IAA (which sets out the grounds for setting aside of an award) is the same as the concept of public policy as set out in section 31(4)(b) of the IAA (which relates to refusal of enforcement)

¹²⁷ In *AJU v. AJT* [2011] 4 SLR 739 (“*AJU v. AJT*”), the Court of Appeal made it clear that there is no difference between the enforcement and setting aside regime, as far as concept of public policy is concerned.

Article 34(2)(b)(ii) of the Model Law นอกจากนี้ศาลของประเทศสิงคโปร์ยังหลีกเลี่ยงการให้คำจำกัดความ ความหมาย หรือรายละเอียดในการตีความ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (concept entails public policy) แต่จะกล่าวถึงแนวในการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเฉพาะในเหตุที่ถือเป็นข้อยกเว้นกรณีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อหลักศีลธรรมอันดีของสังคม และการปฏิบัติตามพันธกรณีในการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในฐานะภาคีสมาชิกของ New York Convention ถือเป็นนโยบายของประเทศ อันเป็นหลักศีลธรรมอันดีและหลักความยุติธรรมของสิงคโปร์ โดยมีแนวคำวินิจฉัยดังนี้

In Hainan Machinery Import & Export Corp v. Donald & McArthur Pte Ltd [1995] เป็นคดีที่มีการเผยแพร่เป็นคดีแรกเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลสูงสิงคโปร์ในการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนสิงคโปร์ โดยผู้คัดค้านยื่นคำร้องว่าอนุญาโตตุลาการมิได้ชี้ขาดตามประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ภายใต้เงื่อนไขมาตรา 31(4)(b) of the IAA ซึ่งศาลสูงของสิงคโปร์วางบรรทัดฐานการตีความขอบเขตของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนว่า “กรณีไม่ปรากฏว่ามีข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉ้อฉล หรือ ฉ้อโกง การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจึงไม่ขัดต่อหลักความยุติธรรมและศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นพันธกรณีในฐานะรัฐสมาชิกในการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศเว้นแต่ในกรณีที่เป็นการข้อยกเว้นพิเศษเฉพาะเรื่อง”¹²⁸

In Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and another[2006] : กรณีร้องคัดค้านคำขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของรัฐเอริโซนา ประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้ผู้คัดค้านที่สองรับผิดชอบนำหลักยกเว้นความรับผิดจำกัดของนิติบุคคล และหลักความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น (The piercing corporate veil) มาใช้ประกอบการวินิจฉัยโดยไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุน ซึ่งการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสิงคโปร์ ภายใต้ Section 31(4)(b) of the IAA ในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งดังกล่าวศาลสูงแห่งสิงคโปร์อ้างถึงแนวบรรทัดฐานคำวินิจฉัยในคดี Hebei Import & Export Corp v. Polytek Engineering Co Ltd [1999] ของศาลอุทธรณ์ฮ่องกงโดยวินิจฉัยยกคำร้องด้วยเหตุผลเดียวกันว่าการโต้แย้งการรับฟังพยานหลักฐาน และการปรับใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับ

¹²⁸ Nish Shetty, “Public Policy and Singapore Law of International Arbitration”, IBA Recognition and Enforcement of Awards Subcommittee 25 March 2015, (pp. 14), Retrieved on 15 November 2017, from <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx>

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ในฐานะของรัฐสมาชิกการไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Unless to do so would violate the most basic notions of morality and justice) และให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าผู้คัดค้านที่ ๒ มีโอกาสตลอดเวลาที่จะร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลแห่งแอริโซนาซึ่งเป็นศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ศาลของสิงคโปร์ซึ่งเป็นศาลของประเทศที่มีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดจะไม่เข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹²⁹

ศาลสูงแห่งสิงคโปร์วางแนวคำวินิจฉัยขอบเขตของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งสิงคโปร์ไว้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจนและรุนแรงถึงขนาดที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ (Certainly shock the conscience and be clearly injurious to the public good or offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public) เช่นในกรณีที่มีการให้สินบนอนุญาโตตุลาการ หรือการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิดจากการทุจริต ไม่เป็นกลาง สมยอมกัน¹³⁰

In *PT Asuransi*¹³¹ ศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ วางแนวบรรทัดฐานการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใต้ Article 34 (2) of the Model Law ในการนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ Section 24 of the IAA ว่าศาลสิงคโปร์ใช้เกณฑ์การตีความอย่างแคบ (Narrow scope) โดยตีความ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ว่ามิได้มีความหมายเพียงนโยบายทางการเมืองหรือนโยบายระหว่างประเทศของรัฐ หากแต่หมายความรวมถึงหลักความยุติธรรมพื้นฐานซึ่งหมายถึงหลักกฎหมายและหลักความยุติธรรมพื้นฐานทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ดังนั้นเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับการทุจริต การให้สินบนเจ้าหน้าที่ การฉ้อโกง ฉ้อฉล และความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงทำนองเดียวกับที่กล่าวมาข้างต้นจึงจะถือว่าเป็นเงื่อนไขที่ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ส่วนการที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายผิดพลาดไม่ถือเป็นเหตุในการที่ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสิงคโปร์พบว่าศาลจะเข้าไปแทรกแซงในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยที่สุด และพันธกรณีในฐานะภาคีสมาชิก New York Convention

¹²⁹ Ibid, p. 4-5.

¹³⁰ Beijing Sinozonto Mining Investment Co Ltd v. Goldenray Consortium (Singapore) Pte Ltd [2014] 1 SLR 814 related to a CIETAC arbitration.

¹³¹ PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank SA [2007] 1 SLR (R) 597.

ในการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ถือว่าอยู่ในขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งสิงคโปร์ ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลสิงคโปร์พบว่ายังไม่มีคดีใดที่ศาลของสิงคโปร์ปฏิเสธการการขอบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสิงคโปร์ คงมีเพียงคดี PT First Media TBK v. Astro Nusantara International BV and others and another appeal [2014] ที่ศาลของสิงคโปร์ปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแต่มีใช้เพราะเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่ด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยผิดพลาดเกี่ยวกับคู่พิพาทที่มีใช้คู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

3.2.5 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง (HKIAC) เขตปกครองพิเศษฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Center)

สถาบัน HKIAC ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1985 เพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในภูมิภาคเอเชีย โดยในระยะเริ่มแรกก่อตั้งเป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรภายใต้กฎหมายของฮ่องกง ได้รับทุนสนับสนุนจากสมาคมผู้ประกอบการและรัฐบาลฮ่องกง ปัจจุบัน HKIAC มีสถานะเป็นสถาบันที่อิสระที่มีการบริหารงานภายใต้งบประมาณของสถาบันและเงินกองทุนสนับสนุน การบริหารสถาบันดำเนินการโดยคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ 2 คน และ กรรมการ ซึ่งเป็นนักธุรกิจและนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญหลากหลายสัญชาติ โดยมีเลขาธิการสถาบันเป็นผู้ดำเนินการบริหาร นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมการที่ปรึกษาในการให้คำปรึกษาแนะนำในเรื่องแนวปฏิบัติ นโยบาย และการพัฒนาสถาบันในอนาคต และในปี ค.ศ. 2014 HKIAC เปลี่ยนแปลงโครงสร้างโดยการจัดตั้งคณะกรรมการบริหาร แบ่งเป็น 3 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการด้านกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (The Arbitration Proceedings Committee) คณะกรรมการด้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (The Appointments Committee) และ คณะกรรมการด้านการเงินและการบริหาร (The Finance and Administration Committee) เพื่อให้การบริหารงานของสถาบันมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น สถาบัน HKIAC ถือว่าเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชีย ซึ่งมีปริมาณคดีเข้าสู่สถาบันเป็นจำนวนมาก ให้บริการด้านการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท และการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับ domain name โดย HKIAC ถือเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในการเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม โดยการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันเพื่อให้การดำเนินกระบวนการเป็นไปอย่างรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ โดยนอกจากจะแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในเรื่องการออกข้อบังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อย และข้อพิพาทไม่ยุ่งยาก (Small claims and documents only procedures) การอนุญาโต

ตุลาการแบบรวดเร็ว (Expedited procedure) แล้วยังแก้ไขข้อบังคับของสถาบันเพื่อสนับสนุนให้ออนุญาตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพซึ่งแนวทางการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของ HKIAC ประกอบด้วย 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงและ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ¹³²

3.2.5.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

สถาบัน HKIAC ถือเป็นศูนย์กลางอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคเอเชีย ซึ่งจากรายงานประจำปีข้อมูลสถิติจำนวนข้อพิพาทของสถาบันอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ 8 อันดับของโลก สถาบัน HKIAC มีจำนวนข้อพิพาทเข้าสู่สถาบันสูงที่สุดในภูมิภาคเอเชียและถือเป็นอันดับสามของโลก¹³³ การควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นยุทธศาสตร์ในการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตตุลาการในมิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม โดยการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในปี ค.ศ. 2008 ค.ศ. 2013 และ ค.ศ. 2014(Domestic arbitration rules) ดังนี้

(1) อนุญาตตุลาการและคู่พิพาทต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้ข้อบังคับของ HKIAC ตามเจตนารมณ์ของข้อบังคับ และดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้กระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการดำเนินไปด้วยความเป็นธรรม และมีประสิทธิภาพ (Section 13.5 “The arbitral tribunal and the parties shall do everything necessary to ensure the fair and efficient conduct of the arbitration”; section 13.7 “In all matters not expressly provided for in these Rules, HKIAC, the arbitral tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules.”

¹³² SIAC, “Singapore the hub of arbitration in Asia,” Retrieved on May 2, 2018, from <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/198-singapore-the-hub-of-arbitration-in-asia>;

¹³³ รายงานการวิจัยเปรียบเทียบสถิติปริมาณข้อพิพาท ระหว่างปี 2006-2015 ระหว่างสถาบันอนุญาตตุลาการ ICC, LCIA, SCC, AAA/ICDR, HKIAC, CIETAC, SIAC; see also, Meng Chen, “Emerging Internal Control in Institutional Arbitration,” *Cardozo J. of Conflict Resolution*, Vol. 18, No. 2, p. 295, (2017, Winter).

(2) กำหนดให้มีข้อบังคับสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบรวดเร็ว (Expedited procedure) Section 38 (2008) and Section 41 (2013)¹³⁴

¹³⁴ Article 41 – Expedited Procedure

41.1 Prior to the constitution of the arbitral tribunal, a party may apply to HKIAC in writing for the arbitration to be conducted in accordance with Article 41.2 where :

- (a) the amount in dispute representing the aggregate of any claim and counterclaim (or any set-off defense) does not exceed HKD 25, 000, 000 (twenty five million Hong Kong Dollars); or
- (b) the parties so agree; or
- (c) in case of exceptional urgency.

41.2 When HKIAC, after considering the views of the parties, grants an application made pursuant to Article 41.1, the arbitral proceedings shall be conducted in accordance with an Expedited Procedure based upon the foregoing provisions of these Rules, subject to the following changes :

- (a) the case shall be referred to a sole arbitrator, unless the arbitration agreement provides for three arbitrators;
- (b) if the arbitration agreement provides for three arbitrators, HKIAC shall invite the parties to agree to refer the case to a sole arbitrator. If the parties do not agree, the case shall be referred to three arbitrators;
- (c) HKIAC may shorten the time limits provided for in the Rules, as well as any time limits that it has set;
- (d) after the submission of the Answer to the Notice of Arbitration, the parties shall in principle be entitled to submit one Statement of Claim and one Statement of Defense (and Counterclaim) and, where applicable, one Statement of Defense in reply to the Counterclaim;
- (e) the arbitral tribunal shall decide the dispute on the basis of documentary evidence only, unless it decides that it is appropriate to hold one or more hearings;

“ในคดีข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน KD 25,000,000 (Hong Kong Dollars) โดยคู่พิพาทตกลงยินยอม ให้ใช้วิธีดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการแบบรวดเร็ว โดยอนุญาตตุลาการคนเดียว เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การสืบพยานให้ใช้วิธีการส่งพยาน เอกสารแทนการสืบพยาน เว้นแต่ในกรณีที่อนุญาตตุลาการเห็นสมควรให้มีการสืบพยาน (The arbitral tribunal shall decide the dispute on the basis of documentary evidence only, unless it decides that it is appropriate to hold one or more Hearings) และมีคำชี้ขาดแบบย่อที่ระบุเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย ภายใน 6 เดือน เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่น”

(3) การนำหลักการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียม แบบ Cost allocation มาใช้เป็นมาตรการในการควบคุมระยะเวลา และค่าใช้จ่าย โดยให้อำนาจอนุญาตตุลาการสามารถ กำหนดค่าฤชาธรรมเนียมอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนการสืบพยาน หรือค่าใช้จ่ายใด ๆ ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้รับผิดชอบนอกเหนือจากการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมตามหลัก Cost follow the event ซึ่งเป็นหลักการในการดำเนินคดีทางแพ่งที่กำหนดให้ผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบ ค่าฤชาธรรมเนียม หรือหลักการตกลงระหว่างคู่พิพาทในการออกค่าใช้จ่ายฝ่ายละกึ่งหนึ่ง โดยใช้ดุลพินิจพิจารณาตามความเหมาะสม และพฤติการณ์แห่งคดี โดยกำหนดหลักการนี้ไว้ใน Article 36.4 Article 36.5(2008) และ Article 33.2 Article 33.3 (2013) รวมถึง Section 74 of The Arbitration Ordinance¹³⁵

(f) The award shall be made within six months from the date when HKIAC transmitted the file to the arbitral tribunal. In exceptional circumstances, HKIAC may extend this time limit;

(g) The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based in summary form, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.

¹³⁵ Article 33.2 (2008) “The arbitral tribunal may apportion all or part of the costs of the arbitration referred to in Article 33.1 between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.”

Article 33.3 “With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in Article 33.1 (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, may direct that the recoverable costs of the arbitration, or any part of the arbitration, shall be limited to a specified amount.”

The arbitration ordinance section 74 “Arbitral tribunal may award costs of arbitral proceedings

(1) An arbitral tribunal may include in an award directions with respect to the costs of arbitral proceedings (including the fees and expenses of the tribunal).

(2) The arbitral tribunal may, having regard to all relevant circumstances (including the fact, if appropriate, that a written offer of settlement of the dispute concerned has been made), direct in the award under subsection (1) to whom and by whom and in what manner the costs are to be paid.

(3) The arbitral tribunal may also, in its discretion, order costs (including the fees and expenses of the tribunal) to be paid by a party in respect of a request made by any of the parties for an order or direction (including an interim measure).

(4) The arbitral tribunal may direct that the costs ordered under subsection (3) are to be paid forthwith or at the time that the tribunal may otherwise specify.

(5) Subject to section 75, the arbitral tribunal must—

(a) assess the amount of costs to be awarded or ordered to be paid under this section (other than the fees and expenses of the tribunal); and

(b) Award or order those costs (including the fees and expenses of the tribunal).

(6) Subject to subsection (7), the arbitral tribunal is not obliged to follow the scales and practices adopted by the court on taxation when assessing the amount of costs (other than the fees and expenses of the tribunal) under subsection (5).

(7) The arbitral tribunal—

(a) must only allow costs that are reasonable having regard to all the circumstances; and

(b) Unless otherwise agreed by the parties, may allow costs incurred in the preparation of the arbitral proceedings prior to the commencement of the arbitration.

(8) A provision of an arbitration agreement to the effect that the parties, or any of the parties, must pay their own costs in respect of arbitral proceedings arising under the agreement is void.

3.2.5.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

การเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการในมิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงนั้นมีความเชื่อมโยงกับมิติด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม ซึ่งจำเป็นต้องสร้างความสมดุลระหว่างมิติทั้งสอง เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ภายใต้กระบวนการที่มีประสิทธิภาพซึ่งใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม สถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงในระดับระหว่างประเทศซึ่งรวมถึง สถาบัน HKIAC ได้ดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันในปี ค.ศ. 2013 และ ค.ศ. 2014 เพื่อสนับสนุนให้อนุญาโตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม โดยกำหนดให้อนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่สื่อเป็นลายลักษณ์อักษรยืนยันความเป็นกลาง (Impartiality) ความเป็นอิสระ (Independence) และเวลาที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวได้¹³⁶ และอนุญาโตตุลาการอาจถูกร้องคัดค้านหรือขอให้เพิกถอนการเป็นอนุญาโตตุลาการได้หากดำเนินการอนุญาโตตุลาการในแนวทางที่ทำให้เกิดความล่าช้า¹³⁷

ข้อบังคับ Article 5.2, Article 5.3 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2014 กำหนดให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการบริหารจัดการคดีตามที่เห็นว่าเหมาะสมในการควบคุมกระบวนการพิจารณาโดยอาจนัดพร้อมคู่พิพาทเพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

(9) A provision referred to in subsection (8) is not void if it is part of an agreement to submit to arbitration a dispute that had arisen before the agreement was made.”

¹³⁶ HKIAC Rules (2013) art.11.4 “Before confirmation, a prospective arbitrator shall

(a) sign a statement confirming his or her availability to decide the dispute and his or her impartiality and independence ...”

¹³⁷ HKIAC Rules (2013) art.11.6 “Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence, or if the arbitrator does not possess qualifications agreed by the parties, or if the arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform his or her functions or for other reasons fails to act without undue delay. A party may challenge the arbitrator designated by it or in whose appointment it has participated only for reasons of which it becomes aware after the designation has been made...”

เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีความรวดเร็ว เป็นธรรม ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ เป็นที่สุด”¹³⁸

มาตรา 14.1 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2008 และมาตรา 13.1 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2014 “ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจกำหนดกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมเพื่อไม่ให้เกิดความล่าช้า และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น¹³⁹ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความซับซ้อน และทุนทรัพย์ที่พิพาท โดยปฏิบัติต่อคู่พิพาทและให้โอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน¹⁴⁰

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (HKIAC) ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเปิดคดีหรือแนวทางการบริหารจัดการคดีโดยตรง หากแต่ให้เป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทในการร่วมกันกำหนดกระบวนการพิจารณาในแนวทางที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้สถาบัน HKIAC ซึ่งเป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมสำหรับประชาชนในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (Mainland) ซึ่งรับวัฒนธรรมจากสาธารณรัฐประชาชนจีนเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Mediation-arbitration) ในขณะที่ประเทศตะวันตกไม่ยินยอมให้มีการดำเนินการไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุผลว่าหากการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จและอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผู้ไกล่เกลี่ยและทราบข้อเท็จจริงในกระบวนการไกล่เกลี่ยอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น ตาม UNCITRAL Model Law จึงไม่มีข้อกำหนดในเรื่อง Mediation-

¹³⁸ HKIAC rules (2014) Article 5.2 The Arbitrator shall have the power to adopt wherever possible a simplified or expedited procedure and in any case shall have the widest discretion allowed by law to conduct the proceedings so as to ensure the just, expeditious, economical, and final determination of the dispute.

Article 5.3 The Arbitrator should, and shall, if requested by any party, hold a preliminary meeting with the parties as soon as possible after accepting his appointment.

¹³⁹ HKIAC Rules (2008) Art.14.1 “The arbitral tribunal shall adopt suitable procedures for the conduct of the arbitration in order to avoid unnecessary delay or expense”

¹⁴⁰ HKIAC Rules (2014) Art.13.1 “having regard to the complexity of the issues and the amount in dispute, and provided that such procedures ensure equal treatment to the parties and afford the parties a reasonable opportunity to present their case...”

arbitration จึงกำหนดไว้ในข้อบังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ให้คู่พิพาทสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการได้ (Mediation-arbitration) แต่หากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ข้อบังคับของHKIAC กำหนดให้ใช้ข้อบังคับของ UNCITRAL Model Law ซึ่งไม่อนุญาตให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Mediation-arbitration)

3.2.5.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

เขตปกครองพิเศษฮ่องกงมีนโยบายสนับสนุนกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Pro-arbitration stance) บทบาทของศาลในการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ภายใต้ New York Convention มีแนวปฏิบัติในการตีความอย่างแคบ (Narrowly construed) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีนโยบายในการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Pro-enforcement approach) โดยศาลของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง วิวินิจฉัยการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขในการที่ศาลจะปฏิเสธการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ภายใต้ New York Convention ไว้ “เฉพาะเหตุที่ขัดต่อแนวคิดพื้นฐานที่สังคมยอมรับนับถือว่าเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความยุติธรรมอันเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมอย่างรุนแรง¹⁴¹ ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลดังนี้

In Karaha Bodas Co .v. Perushan Pertanbangan Minyak Dan Gas Bann Negara, [2009] การยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันสืบเนื่องจากสัญญาที่เกิดจากการฉ้อฉล หรือฉ้อโกง (Fraud) ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความยุติธรรมของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง

In J.J.Agro Indus. Lv'td. v. Texuna Int'l Ltd [1994] ศาลสูงของฮ่องกงวินิจฉัยว่า “การลักพาตัวพยาน (Kidnapping of a witness) เปรียบได้กับการฉ้อโกงซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเขตปกครองพิเศษฮ่องกง

In X Chartering v Y, HCCT [2014]: กรณีคำชี้ขาดต่างประเทศโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ซึ่งมีคำชี้ขาดให้ X เป็นฝ่ายชนะคดี ต่อมา Y ได้รับอนุญาตให้

¹⁴¹John K, “Setting aside or non – enforcement of arbitral awards in international arbitration on the public policy ground- a regional perspective,” *Australian Alternative Dispute Resolution Law bulletin*, p. 116, (December 2015).

อุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลสูงของอังกฤษในประเด็นว่า คณะอนุญาโตตุลาการคำนวณค่าเสียหายไม่ถูกต้อง ศาลสูงของอังกฤษมีคำพิพากษายกคำร้อง X จึงมายื่นคำร้องขอให้ศาลของเขตปกครองพิเศษฮ่องกงบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดย Y ยื่นคำคัดค้านขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด โดยอ้างว่า Y ไม่มีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหาย (Unable to present its case on the calculation of damages) และคณะอนุญาโตตุลาการคำนวณค่าเสียหายไม่ถูกต้อง (The tribunal had made errors in its calculation of damages) และการมีผลประโยชน์ขัดกันของนายความ X ซึ่งเคยเป็นนายความของ Y มาก่อน การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงขัดต่อกฎหมายของประเทศอังกฤษ และไม่เป็นธรรม ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งเขตปกครองพิเศษฮ่องกง (contrary to public policy to enforce the award in Hong Kong)

ศาลของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง ยกคำร้องคัดค้านของ Y โดยวินิจฉัยว่า สำหรับปัญหาว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการขัดกับหลัก Due process of law นั้น ต้องเป็นกรณีที่คุณพิพาทไม่มีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐาน แต่ในกรณีที่คู่พิพาทมีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานของฝ่ายตนในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา จะกล่าวอ้างในภายหลังว่าไม่มีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับการคำนวณค่าเสียหายหาได้ไม่ ส่วนข้ออ้างที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการคำนวณค่าเสียหายไม่ถูกต้องเป็นเรื่องการวินิจฉัยในเนื้อหาประเด็นข้อพิพาทตามกฎหมายสารบัญญัติซึ่งไม่ใช่เหตุในการที่จะปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ New York Convention ประกอบกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นนโยบายของประเทศตามพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งถือว่าเป็นหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนแห่งเขตปกครองพิเศษฮ่องกง การที่คุณพิพาทเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ และสละสิทธิในการดำเนินคดีโดยศาล เป็นเรื่องที่คุณพิพาทต่างยอมรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการวินิจฉัยข้อพิพาทที่อาจผิดพลาดของอนุญาโตตุลาการทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย จึงไม่อาจนำเหตุดังกล่าวมากล่าวอ้างว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในชั้นการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและในปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ของนายความ ไม่ปรากฏว่าการทำหน้าที่ของนายความของ X มีการนำข้อมูลของ Y มาแสวงหาประโยชน์ซึ่งขัดต่อหลัก Due process of law ข้อคัดค้านของ Y จึงฟังไม่ขึ้น

In Shanghai Fusheng Soya-Food Co Ltd [2014] HKEC 825 ¹⁴²

กรณีขอเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหอการค้านานาชาติ (ICC) ในประเด็นว่าอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในประเด็นเดียวกับที่

¹⁴² David Smyth, "Public policy Objective Narrowly Construed," The Official Journal of the Law Society of Hong Kong, (2014, July).

Intermediate People's Court แห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีคำพิพากษาไปก่อนแล้ว การที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทซึ่งถึงที่สุดและผูกพันคู่ความในคดีแห่งนี้อีกจึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลเขตปกครองพิเศษฮ่องกงมีคำวินิจฉัยยืนยันตามแนวบรรทัดฐานเดิมในการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแคบ โดยมีข้อยกเว้นเฉพาะคดีที่ปรากฏว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความยุติธรรมอย่างชัดแจ้ง และร้ายแรง ซึ่งศาลไม่อาจยอมรับได้ หลักการนี้เรียกว่า “stringent test” กรณีตามคำร้องนั้นปรากฏว่าคำพิพากษาของศาลและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ขัดกัน จึงบังคับได้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

นอกจากนี้แนวการวินิจฉัยของศาลมีการนำหลักกฎหมายปิดปาก (The doctrine of estoppel) และการสละข้อต่อสู้ (The issue of waiver) มาปรับใช้ในการวินิจฉัยปัญหาหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Hebei Import and Export Corp v. Polytek Engineering Co., In Paklito Investment Ltd v.Klockner Asia Ltd, และในคดี In Pacific China Holdings Ltd. V. Grand pacific Holding Ltd¹⁴³

In Hebei Import and Export Corp v. Polytek Engineering Co¹⁴⁴

กรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบัน CIETAC ณ สาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งมีการร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศในเขตปกครองพิเศษฮ่องกง โดยผู้คัดค้านยื่นคำร้องคัดค้านและขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยกล่าวอ้างว่ามีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการประเมินสินค้า โดยมีได้กระทำต่อหน้าผู้ขายสินค้าและอนุญาโตตุลาการอื่นจึงเป็นกระบวนการพิจารณาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลแห่งเขตปกครองพิเศษฮ่องกงมีคำพิพากษายอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยวินิจฉัยยืนยันการยอมรับนับถือพันธกรณีภายใต้ New York Convention และหลักความเป็นที่สุด (Comity and finality) ด้วยเหตุผลว่าการที่ผู้คัดค้านไม่ยกเหตุดังกล่าวขึ้นโต้แย้งระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และไม่ได้ยกขึ้นเป็นเหตุในการขอเพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลของสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งเป็นศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ถือว่าผู้คัดค้านสละสิทธิในการยกข้อกล่าวอ้างดังกล่าวมาเป็นเหตุในชั้นการขอบังคับตามคำชี้ขาด

¹⁴³ David Heller, “The Public Policy Exception in Hong Kong : The Cultural Sliding Scale,” The Arbitration Brief, Vol. 3, Issue 1, pp. 115-126, (2013)

¹⁴⁴ Hebei Import and Export Corp v. Polytek Engineering Co., [1991] H.K.L.R.D.665(C.F.A.)

In Paklito Investment Ltd v.Klockner Asia Ltd., [1993]; ศาลยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบางส่วน ด้วยเหตุที่ผู้คัดค้านไม่ดำเนินการยื่นคำร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดในประเทศที่ทำคำชี้ขาด

In Pacific China Holdings Ltd. V. Grand Pacific Holding Ltd [2007] ศาลนำหลัก เรื่องการสละสิทธิมาเป็นเหตุผลในการยกคำคัดค้านด้วยเหตุที่ผู้คัดค้านไม่ได้โต้แย้งเรื่องความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

3.2.6 ศูนย์ระหว่างประเทศสำหรับการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (International Center for The Settlement of Investment Dispute: ICSID)

มีที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States: 1965 ICSID Convention) ซึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้การสนับสนุนของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (International Bank for Reconstruction and Development) หรือที่เรียกว่าธนาคารโลก (World Bank) เพื่อเป็นกลไกในการคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (1965 ICSID Convention) ถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างรัฐ ลักษณะเด่นของ The 1965 ICSID Convention ได้แก่ เนื้อหาสาระของอนุสัญญาเพื่อกำหนดวิธีระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ส่วนกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive applicable law) ที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทยังคงขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่พิพาทเป็นสำคัญ โดยมีการจัดตั้งสถาบันที่เป็นกลางเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการลงทุน ได้แก่ ศูนย์การระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างประเทศ (International Center for the Settlement of Investment Dispute; ICSID) ในปี ค.ศ. 1965 ปัจจุบันมีประเทศลงนามในอนุสัญญานับนี้ 161 ประเทศ และได้ให้สัตยาบันแล้ว 153 ประเทศ¹⁴⁵ ให้บริการในการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการลงทุนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ประเทศภาคีต่างมีความผูกพันที่จะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นภายใต้ ICSID เสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้วของประเทศตน ICSID จึงเป็นสถาบันระหว่างประเทศโดยแท้ มีสิทธิ และหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างจากสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่จัดตั้งโดยนักธุรกิจหรือองค์กรธุรกิจของภาคเอกชน แต่การจะเสนอข้อพิพาทเพื่อพิจารณานั้น

¹⁴⁵ ข้อมูล ณ วันที่ 29 พฤศจิกายน 2560 ประเทศไทยได้ลงนามไปเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 3538 แต่ยังไม่ให้สัตยาบรรณ See also, www.WorldBank.ORG/ICSID

คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องเป็นรัฐ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนซึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างชาติ จึงมีลักษณะกึ่งระหว่างประเทศ(Public International Arbitration และprivate international arbitration or semi-international arbitration)

3.2.7 ศาลอนุญาโตตุลาการถาวร (Permanent Court of Arbitration: PCA)¹⁴⁶

เป็นองค์การระหว่างประเทศ จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1899 โดยอนุสัญญาว่าด้วยการประชุมสันติภาพระหว่างประเทศโดยสันติ (Convention for the Pacific Settlement of International Disputes) ในการประชุมสันติภาพครั้งที่ 1 ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีที่ทำการตั้งอยู่ในวังสันติภาพ (Peace Palace) ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ การจัดตั้ง PCA มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกลไกระดับโลกในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ มีสมาชิกประมาณ 117 ประเทศ สมาชิกของศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ จะได้รับแต่งตั้งจากรัฐภาคี โดยรัฐภาคีแต่ละรัฐจะกำหนดรายชื่อบุคคลเสนอมาไม่เกิน 4 รายชื่อ (Nation Group) ของรัฐนั้น ๆ เมื่อมีการเสนอข้อพิพาทมาให้ศาลจัดบริการอนุญาโตตุลาการ บุคคลเหล่านี้อาจได้รับเลือกให้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการอยู่ในตำแหน่ง คราวละ 6 ปี และอาจได้รับการแต่งตั้งใหม่ได้ การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Arbitration Rules) ซึ่งตามข้อบังคับดังกล่าวเลขาธิการของ PCA เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยเมื่อได้รับการร้องขอจากคู่พิพาท นอกจากนี้ข้อพิพาทที่ดำเนินการโดย PCA ส่วนใหญ่เคร่งครัดในเรื่องการรักษาความลับ และบางส่วนนิยมใช้การอนุญาโตตุลาการแบบ Ad hoc ปัจจุบันสถาบัน PCA เป็นสถาบันที่ให้บริการและส่งเสริมการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยประนีประนอม (Conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ในข้อพิพาทระหว่างรัฐ หน่วยงานทางปกครองของรัฐ องค์การระหว่างประเทศ หรือคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ หน่วยงานทางปกครองของรัฐ องค์การระหว่างรัฐ กับเอกชน และการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศระหว่างเอกชนด้วยกัน เป็นต้น แต่หากเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับน้ำมันหรือสิ่งแวดล้อม จะต้องเป็นกรณีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเองเท่านั้นจึงจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการถาวรได้

¹⁴⁶ Permanent Court of Arbitration, Retrieved on March 2, 2018, from <https://pca-cpa.org/en/home/>

บทที่ 4

การเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ ศึกษากรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ โดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลของประเทศที่พัฒนาแล้ว (Civilization) ตลอดจนประเทศที่กำลังพัฒนาและถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่นักลงทุนจะกำหนดข้อตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) ไว้ในสัญญาประเภทต่าง ๆ ประกอบกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ก่อนที่จะเกิดระบบศาลของประเทศต่าง ๆ โดยอาจกล่าวได้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 20 การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้รับความนิยมนอย่างสูง ทำให้ปริมาณข้อพิพาทและทุนทรัพย์ที่พิพาทเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องก่อให้เกิดปัญหาความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มสูงขึ้นเกินสัดส่วนความเป็นธรรมซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดกระแสการปฏิรูปกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ใน 3 มิติ ได้แก่

1. มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม
2. มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง
3. มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคต่างแก้ไข ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ และการพัฒนาการให้บริการในด้านต่าง ๆ ให้มีความทันสมัยตอบสนองต่อการระงับข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ด้วยความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการอนุญาโตตุลาการ และเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ การให้ความสำคัญต่อการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) ของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา การพยายามสร้างแนวปฏิบัติอันเป็นมาตรฐานกลางในการสืบพยานของสถาบันระหว่างประเทศ เพื่อให้กระบวนการค้นหาความจริงเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนการตั้งคณะทำงานศึกษาวิจัยขอบเขตการตีความ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ภายใต้ New York Convention เพื่อสร้างมาตรฐานให้ไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonization)

ส่วนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยนั้น ยังไม่ได้มีการปฏิรูปอย่างจริงจังจึ่งเป็นแต่เพียงการแก้ไขปัญหาเฉพาะบางเรื่องที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลาซึ่งนับแต่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกแล้ว หลังจากนั้นได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นับถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่า 15 ปี ที่ยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขในส่วนที่เกิดปัญหาในการบังคับใช้อย่างจริงจัง ซึ่งจากการศึกษาพบว่า แม้ประเทศไทยจะมีการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่อง แต่ยังมีข้อจำกัดอันเป็นปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ใน 3 มิติ ดังกล่าว เช่นเดียวกัน การศึกษาวิเคราะห์แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยในบทนี้ เป็นการศึกษาวิเคราะห์กรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในฐานะที่เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนข้อพิพาทและทุนทรัพย์สูงที่สุดในประเทศไทย โดยการศึกษาถึงวิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ และบทวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรฐานและแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ทั้ง 3 มิติ

4.1 วิวัฒนาการและการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน โดยปรากฏหลักฐานในกฎหมายตราสามดวงว่ามีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตระลาการโดยคู่ความ ซึ่งแตกต่างจากตระลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) เมื่อพระราชบัญญัติกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 (มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในภาค 2 หมวด 3 มาตรา 210-222 ซึ่งได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลไว้ในมาตรา 221 แต่ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดไว้จึงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติเรื่องการตีความการบังคับใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ทำให้เกิดความไม่แน่นอน ประกอบกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจของโลกที่เข้าสู่ยุคการค้าเสรี ส่งผลให้เกิดการค้าการลงทุนระหว่างประเทศเพิ่มสูงขึ้น สัญญาทางธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาอันสืบเนื่องมาจากการค้าการลงทุนระหว่างประเทศและสัญญาสัมปทานล้วนมีข้อตกลงให้มีการระงับข้อ

พิพาทที่เกิดขึ้นหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นผลให้การอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเพื่อรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจและเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ อีกทั้งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับ จึงได้มีความพยายามพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำไว้ จึงได้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 221 แห่งพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 และตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 นับแต่นั้นมาการอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศไทยจึงได้รับการยอมรับและมีการพัฒนาอย่างเป็นระบบมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ให้มีความครอบคลุมตามมาตรฐานระหว่างประเทศและเป็นกฎหมายที่สอดคล้อง (Compatible) กับกฎหมายของนานาประเทศ โดยอาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ถือ UNCITRAL Model Law ที่นานาประเทศใช้กันแพร่หลายนำมาเป็นต้นแบบ ดังนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงยังคงเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในปัจจุบัน

4.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย (Arbitration Institution)

สำหรับประเทศไทย การอนุญาโตตุลาการมีการปฏิรูปครั้งสำคัญเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อ พ.ศ. 2477 ที่กำหนดให้มีการอนุญาโตตุลาการนอกศาล ซึ่งในระยะเริ่มแรกการให้บริการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนิยมนำมาใช้เฉพาะในกลุ่มผู้ทำการค้าและการพาณิชย์โดยสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยเป็นสถาบันที่มีสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2511 ต่อมาได้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลโดยการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นเป็นการเฉพาะ และนับแต่นั้นมาการอนุญาโตตุลาการนอกศาลจึงได้รับความนิยมแพร่หลายในฐานะที่เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative dispute resolution) ที่นิยมนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าและพาณิชย์ โดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ได้ถือกำเนิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว ต่อมาได้มีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้มีความเป็นสากลสอดคล้องกับนานาประเทศ ทั้งนี้เพื่อรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจและการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้น โดยการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมไปทั้งหมด เมื่อการอนุญาโตตุลาการได้รับความ

นิยมแพร่หลายทำให้มีการก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นในประเทศไทยหลายแห่งโดยสภาวิชาชีพต่าง ๆ เช่น สภาวิศวกร ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบวิชาชีพประกันภัย เป็นต้น และเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ขึ้นจึงมีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC ขึ้นล่าสุด

4.2.1 สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

สภาหอการค้าไทยถือกำเนิดขึ้นจากพ่อค้าไทยกลุ่มหนึ่ง ซึ่งมีแนวความคิดที่จะตั้งหอการค้าขึ้นเช่นเดียวกับในต่างประเทศเพื่อเป็นองค์กรกลางในการอำนวยความสะดวกให้แก่พ่อค้าและนักธุรกิจไทย โดยทำหน้าที่ประสานงานระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน อีกทั้งร่วมมือกันส่งเสริมการค้าและปกป้องรักษาผลประโยชน์ของประเทศให้เจริญรุ่งเรืองทัดเทียมกับนานาชาติอารยประเทศ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2476 จึงได้มีการจดทะเบียนก่อตั้งหอการค้าไทยขึ้น โดยมีสำนักงานแห่งแรกตั้งอยู่ ณ ตึกในตรอกกัปตันบุช ถนนสีพระยา มีพระยาภิรมย์ภักดีเป็นประธานคนแรกของหอการค้าไทย

สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยเป็นสถาบันหนึ่งที่มีสำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการ ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2511 ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าไทย และโดยที่ประเทศไทยได้มีพันธกรณีภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศคืออนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 สำนักงานสภาอนุญาโตตุลาการจึงได้ปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสภาหอการค้าไทยอีกครั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติดังกล่าว และเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เศรษฐกิจและการค้าในปัจจุบัน หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2551 ได้มีโครงการความร่วมมืองานอนุญาโตตุลาการระหว่างสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยและมหาวิทยาลัยหอการค้าไทยเพื่อเผยแพร่งานอนุญาโตตุลาการให้เป็นที่รู้จักและแพร่หลาย ตลอดจนส่งเสริมความรู้ทักษะและประสบการณ์เกี่ยวกับงานอนุญาโตตุลาการด้วย

4.2.2 สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC

สถาบันอนุญาโตตุลาการ THAC เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นล่าสุดในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติสถาบันอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 เป็นสถาบันที่ได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลไทยโดยมีคณะกรรมการสถาบันประกอบด้วย

1. ปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานกรรมการ
2. อัยการสูงสุด
3. เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม

4. ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย
5. ประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
6. ประธานสมาคมธนาคารไทย
7. นายกสภาทนายความและนายสภาวิศวกรรม
8. นายกสถาปนิก
9. ผู้ทรงคุณวุฒิที่คณะกรรมการแต่งตั้งจำนวนห้าคนเป็นกรรมการ

ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินงานของสถาบัน มีผู้อำนวยการสถาบัน อนุญาตตุลาการเป็นผู้บริหารงานกิจการของสถาบันภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการ โดยผู้อำนวยการสถาบันอนุญาตตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานต่าง ๆ ของสถาบันตามกฎหมาย ข้อบังคับ ระเบียบ และมติของคณะกรรมการ

4.2.3 สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute: TAI)

สถาบันอนุญาตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรมจัดตั้งขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2533 เดิมใช้ชื่อว่า สำนักงานอนุญาตตุลาการ เป็นหน่วยงานระดับกอง สังกัดสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ต่อมาเมื่อมีการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรมตั้งแต่วันที่ 20 สิงหาคม 2543 โดยศาลยุติธรรมมีประธานศาลฎีกาเป็นผู้นำของศาลยุติธรรม และมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บริหารสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานราชการอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคล สำนักงานอนุญาตตุลาการจึงย้ายมาสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม มีการบริหารงานในรูปของสถาบันอนุญาตตุลาการอยู่ภายใต้หน่วยงานสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2560 จึงแยกการบริหารงานออกมาเป็นหน่วยงานที่ให้บริการด้านการอนุญาตตุลาการ โดยเฉพาะ โดยใช้ชื่อว่า “สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute: TAI)” มีหน้าที่และความรับผิดชอบดังนี้

1. ส่งเสริม สนับสนุน และดำเนินการเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ
2. ดำเนินการเกี่ยวกับงานเลขานุการให้แก่คณะอนุญาตตุลาการในระหว่างการค้าเงินกระบวนพิจารณา เช่นเตรียมห้องประชุม การประสานวันว่างเพื่อนนัดพร้อมกับผู้พิพาททุกฝ่าย การบันทึกคำพยาน
3. ดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ และมาตรฐานด้านการอนุญาตตุลาการ

4. ติดตามความเคลื่อนไหวและวิเคราะห์สนธิสัญญา อนุสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ตลอดจนกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

5. ดำเนินการขึ้นทะเบียนอนุญาโตตุลาการและดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ศาลส่งมา

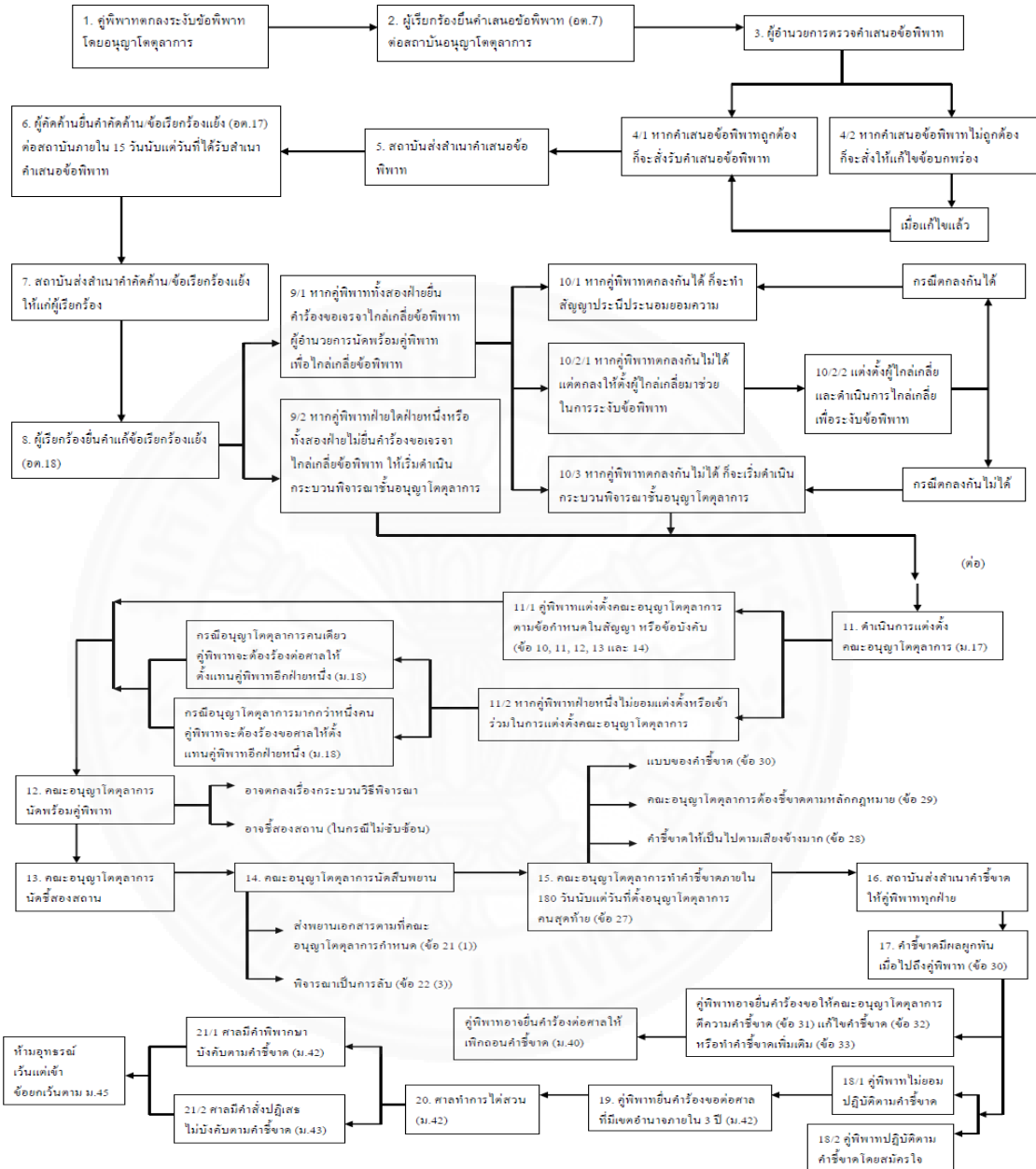
6. จัดกิจกรรม การประชุม สัมมนา การส่งเสริมเผยแพร่และประชาสัมพันธ์หรืองานอื่น ๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกันทั้งในและต่างประเทศ

7. ให้คำปรึกษาและความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือที่ได้รับมอบหมาย

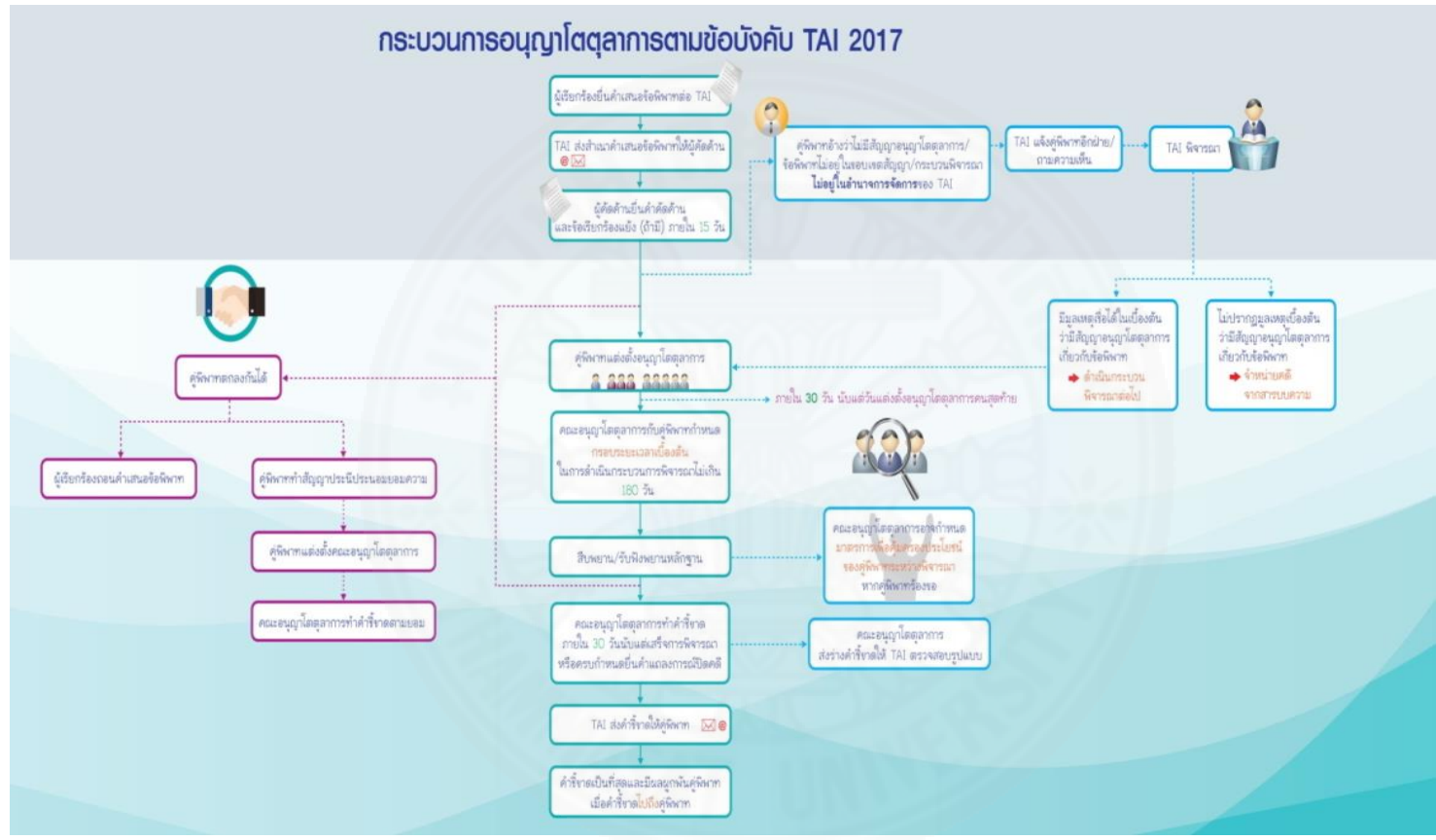
วิธีการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม

คู่พิพาทที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ต้องมีข้อตกลงที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นอันสืบเนื่องจากสัญญาต่าง ๆ โดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration clause or Arbitration agreement) ซึ่งโดยทั่วไปคู่พิพาทมักจะระบุไว้ในสัญญาขณะที่มีการทำสัญญาว่าจะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยใช้สถาบันใด และในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันให้ใช้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ก็ต้องถือว่าประเทศไทยเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Seat of arbitration or Place of arbitration) ซึ่งหากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นต้องถือว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความได้แก่ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งขั้นตอนการเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน (TAI Rules) ปรากฏตามตารางแสดงขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

**ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ
ตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ**



ภาพที่ 4.1 แสดงขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ



ภาพที่ 4.2 กระบวนการอนุญาตโตตุลาการตามข้อบังคับ TAI 2017

ตารางที่ 4.1 สถิติข้อพิพาทที่รับใหม่และทุนทรัพย์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2533 ถึง 2560 ของสถาบัน
 อนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

ปีที่ดำเนินการ	ข้อพิพาทที่รับใหม่	ทุนทรัพย์ (บาท) ข้อพิพาทที่รับใหม่
2533	1	12,465,991
2534	7	55,109,041
2535	10	1,056,136,304
2536	10	1,067,151,723
2537	13	6,479,387,210
2538	17	204,210,799
2539	20	1,200,511,319
2540	48	2,783,744,858
2541	80	11,314,793,665
2542	109	6,900,515,945
2543	64	38,456,196,870
2544	46	11,893,101,982
2545	49	22,627,766,527
2546	72	5,386,931,850
2547	127	133,140,758,810
2548	136	74,691,706,043
2549	126	8,053,099,863
2550	148	8,567,876,832
2551	134	80,682,479,070
2552	122	30,291,920,555
2553	124	51,412,113,367
2554	119	110,802,862,407
2555	154	9,593,473,432
2556	119	30,214,905,531
2557	109	33,970,383,119
2558	131	86,191,371,361
2559	135	40,129,932,160
2560	115	31,939,785,490
2533-2560	2,345	-----

4.3 บทวิเคราะห์ประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมและสถาบันอนุญาตตุลาการต่างประเทศ

สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ถือเป็นสถาบันอนุญาตตุลาการของไทยซึ่งมีจำนวนคดีและทุนทรัพย์รวมสูงที่สุดในประเทศไทย ซึ่งประสบกับปัญหาความล่าช้า เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาตตุลาการที่มีชื่อเสียงต่าง ๆ ทั่วโลก ส่วนค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณายังถือว่าอยู่ในเกณฑ์ต่ำเมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายกรณีคู่พิพาทเลือกใช้สถาบันอนุญาตตุลาการของต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การอนุญาตตุลาการของประเทศไทยนั้นยังไม่ได้มีการปฏิรูปอย่างจริงจังเป็นแต่เพียงการแก้ไขปัญหาเฉพาะบางเรื่องที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลา ซึ่งนับแต่การประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่า 15 ปี ประเทศไทยยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ ในส่วนที่เกิดปัญหาในการบังคับใช้อย่างจริงจังตลอดจนการแก้ไขปรับปรุงเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การอนุญาตตุลาการของไทยยังมีข้อจำกัดอันเป็นปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ใน 3 มิติ ได้แก่

4.3.1 ปัญหามิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

จากสถิติการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตามตารางที่ 4.1 พบว่า ประสบกับปัญหาความล่าช้าของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเช่นเดียวกับสถาบันอนุญาตตุลาการที่มีชื่อเสียงทั่วโลก เนื่องจากมีปริมาณข้อพิพาทเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง และข้อพิพาทมีความซับซ้อนมากขึ้น ตลอดจนในบางกรณีมีคู่พิพาทหลายฝ่าย เป็นเหตุให้การดำเนินการอนุญาตตุลาการล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาตตุลาการของประเทศไทย ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้อมูลพบว่า

1. คู่พิพาท และทนายความ ถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเกิดความล่าช้า โดยมักเกิดขึ้นในกระบวนการยื่นคำคัดค้านข้อเรียกร้องในคดีที่มีทุนทรัพย์สูงหรือในคดีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐซึ่งมักจะพบว่า มีการขอขยายระยะเวลาทำคำคัดค้านเป็นเวลาหลายเดือน และในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลแต่งตั้งทำให้คดีต้องเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอสมควร การคัดค้านอนุญาตตุลาการซึ่งมักมีการโต้แย้งกันจนถึงศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นพนักงานอัยการต้องได้รับอนุญาตจากอัยการสูงสุดทำให้ต้องเสียเวลาไปกับกระบวนการดังกล่าวเป็นอันมาก ส่วนปัญหาความล่าช้าใน

การดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ยังขึ้นอยู่กับเทคนิคและสไตล์การว่าความของทนายความแต่ละฝ่าย ในการถามค้าน โต้แย้งกระบวนการพิจารณา ตลอดจนการประวิงคดี เป็นต้น

2. อนุญาโตตุลาการ ปัญหาความล่าช้าซึ่งอาจสืบเนื่องมาจากบทบาทของอนุญาโตตุลาการนั้น ส่วนใหญ่มาจากความคุ้นเคยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ได้เรียนหรือฝึกปฏิบัติมาว่า อนุญาโตตุลาการซึ่งมีหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางทำให้ไม่ได้ใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการวิธีพิจารณาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ยังไม่ได้ปรับปรุงพัฒนาให้สามารถควบคุมระยะเวลาของกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้สัดส่วนกับคำชี้ขาดที่มีคุณภาพ ประกอบกับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้มีการแก้ไขเพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายดังเช่นสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

4. นโยบายการบริหารจัดการคดีที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของศาลยังไม่ได้มีการจัดแบ่งประเภทเป็นคดีประเภทจัดการพิเศษ ซึ่งคดีที่เข้าสู่กระบวนการของศาลได้แก่ การขอให้ศาลตั้งอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ และการขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม จากสถิติคดีอนุญาโตตุลาการทุกประเภทที่เข้าสู่กระบวนการของศาลแพ่งตั้งแต่ชั้นรับฟ้องจนเสร็จการพิจารณาพบว่า ใช้ระยะเวลาประมาณ 4-6 เดือน ซึ่งนับว่ารวดเร็วและอยู่ในกรอบการพิจารณาคดีต่อเนื่องของศาลยุติธรรม

4.3.2 ปัญหามิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

การดำเนินกระบวนการค้นหาข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการไทยนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะนำต้นแบบมาจาก UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ค.ศ. 1985 โดยกำหนดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไว้อย่างกว้าง ๆ ใน

มาตรา 25 ว่า “ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้โอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้าง ข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวที่ให้อำนาจอนุญาตตุลาการไว้อย่างกว้าง ๆ ประกอบกับบทบาทของศาลไทยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลจะวางตัวเป็นกลางซึ่งเป็นลักษณะการใช้บทบาทในเชิงรับ (Passive role) นอกจากนี้นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ และวัฒนธรรมการดำเนินกระบวนการพิจารณาค้นเคยกั้ระบบการกล่าวหาที่ให้ความสำคัญกับพยานบุคคลโดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด การว่าความของทนายความให้ความสำคัญกับเทคนิคการถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักรพยาน (Cross examination) มากกว่าพยานเอกสาร ทำให้กระบวนการพิจารณามีความล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการในต่างประเทศที่มีวัฒนธรรมว่าทนายความเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม การดำเนินกระบวนการพิจารณาจึงมีความเป็นสากลกว่า แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาความแตกต่างกันในกระบวนการวินิจฉัยหาความจริงของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการมีความล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ทำให้สถาบันอนุญาตตุลาการที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศแก้ไขข้อบงคับอนุญาตตุลาการเพื่อสนับสนุนให้อนุญาตตุลาการใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) เพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย แต่สำหรับประเทศไทยในทางปฏิบัติพบว่า ความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ประกอบกับระเบียบข้อบงคับที่ใช้ในสถาบันอนุญาตตุลาการเป็นไปในแนวทางเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล อันเป็นระบบกล่าวหา จึงเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเกิดความล่าช้า

ตารางที่ 4.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณา
อนุญาตตุลาการ

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย	กระบวนการ อนุญาตตุลาการ
เดิมศาลวางตัวเป็นกลาง อย่างเคร่งครัดอยู่เหนือ ความขัดแย้งไม่เข้าไปยุ่ง เกี่ยวกับข้อโต้แย้งของ คู่ความ ไม่มีบทบาทเชิงรุก ทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดในการ พิจารณาไม่ใช่ผู้บริหาร จัดการคดี เน้นบทบาทและ สิทธิของคู่ความในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยไม่เพียงแต่กำหนด ขอบเขตของข้อเท็จจริงและ ข้อกฎหมายของคดีแต่ยังมี บทบาทสำคัญในการดำเนิน กระบวนการพิจารณารวมทั้ง การรวบรวมพยานหลักฐาน ปัจจุบันตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 21 ศาลเริ่มมีบทบาทในการ ควบคุมกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะเรื่องการบริหาร จัดการคดีแต่ยังคงไม่ค่อยมี บทบาทในการค้นหา ข้อเท็จจริงเพราะเห็นว่า ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของ คู่ความ	เน้นบทบาทของศาลในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นสำคัญศาลมีอำนาจที่จะ ริเริ่มดำเนินกระบวนการ พิจารณาต่าง ๆ ได้ด้วย ตนเองโดยไม่ต้องรอให้ คู่ความร้องขอและไม่ถูก จำกัดให้พิจารณาเฉพาะ ข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อ ศาลแต่ยังมีอำนาจที่จะ ค้นหาความเป็นจริงเพื่อ พิจารณาพิพากษาคดีให้ ถูกต้องตามความเป็นจริง เท่าที่จะสามารถทำได้ด้วย	เหมือนคอมมอนลอว์ เว้น แต่ในคดีบางประเภท ที่มี ลักษณะเกี่ยวกับประโยชน์ ของสังคม เช่นคดีเบกกลุ่ม คดีผู้บริโภคและคดีแรงงาน	เหมือนคอม มอนลอว์

ตารางที่ 4.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณา
อนุญาตตุลาการ (ต่อ)

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย	กระบวนการอนุญาตตุลาการ
ใช้ระบบลูกขุน โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาในการรับฟังข้อเท็จจริง ส่วนการนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงเป็นอำนาจของผู้พิพากษา	ไม่ได้ใช้ระบบลูกขุนโดยผู้พิพากษาเป็นผู้รับฟังข้อเท็จจริงและนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง	เหมือนซีวิลลอว์	เหมือนซีวิลลอว์
มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นการโต้เถียงด้วยวาจา หลักวาจาโดยเปิดเผยอันเนื่องมาจากแต่เดิมได้ใช้ระบบลูกขุน ซึ่งบุคคลมักจะอ่านหนังสือไม่ออก	มีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร และลายลักษณ์อักษรมากกว่าด้วยวาจาอันเนื่องจากที่ผู้พิพากษาแต่เดิมเป็นนักบวชซึ่งรู้หนังสือ อันเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่นำความรู้ และความเข้าใจส่วนตัวของศาล ที่ได้มานอกเหนือกระบวนการพิจารณา โดยคู่ความไม่สามารถใช้ในการเชื่อถือข้อเท็จจริง	เหมือนคอมมอนลอว์	ระบบผสม
มีระบบการค้นหาข้อเท็จจริง (Discovery) ในชั้นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (Pre-trial)	มีผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายก่อนเสนอให้องค์คณะพิจารณา	ตามหลักการซึ่งสองสถานในช่วงปี พ.ศ. 2535 ถึงปี พ.ศ. 2538 จะคล้ายกับคอมมอนลอว์ แต่ในปัจจุบันไม่มีกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยานในคดีแพ่งทั่วไป ยกเว้นในคดีแบบกลุ่มซึ่งนำ	ขึ้นอยู่กับการตกลงกันของคู่พิพาท

ตารางที่ 4.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณา
อนุญาตตุลาการ (ต่อ)

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย	กระบวนการ อนุญาตตุลาการ
		<p>ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกามาใช้ นอกจากนี้ในคดีแรงงาน ข้อ 9 แห่งข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงานและวันชี้สองสถานในคดีภาษีอากร ข้อ 21 แห่งข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544 ซึ่งมีหลักการเกี่ยวกับการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการสืบพยานอยู่บ้าง ส่วนคดีแพ่งทั่วไปและคดีของศาลชำนาญพิเศษอื่น ส่วนใหญ่เป็นเพียงการนัดพร้อมเพื่อการไต่ถาม และการกำหนดแนวทางในการดำเนินคดี รวมทั้งการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบเท่านั้น</p>	
<p>กระบวนการพิจารณาในชั้นสืบพยาน (Trial) จะเข้มข้นและต่อเนื่องกัน อันเนื่อง มาจากการใช้ระบบลูกขุน</p>	<p>แบ่งการสืบพยานในชั้นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ออกเป็นช่วง ๆ</p>	<p>เหมือนคอมมอนลอว์</p>	<p>มีลักษณะยืดหยุ่นกว่ากระบวนการพิจารณาในศาล</p>

ตารางที่ 4.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณา
อนุญาตไต่สวนการ (ต่อ)

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย	กระบวนการอนุญาตไต่สวนการ
การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ	ไม่ค่อยมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความเนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่าพยานหลักฐานใด น่าเชื่อถือโดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ	เหมือนคอมมอนลอว์	ระบบผสม
ใช้ระบบการถามค้านพยาน (Cross-examination) โดยคู่ความอันเป็นแนวคิดของระบบกล่าวหา	ศาลเป็นผู้ซักถามพยานหรือคู่ความจะซักถามพยานต้องได้รับอนุญาตจากศาลอันเป็นแนวความคิดของระบบไต่สวน	เหมือนคอมมอนลอว์ ยกเว้นคดีแรงงาน (มาตรา 45) และคดีผู้บริโภค (มาตรา 34) จะเหมือนซีวิลลอว์เนื่องจากเป็นคดีเกี่ยวกับประโยชน์ของสังคม	ระบบผสม
หลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาของศาล (Stare decision) หรือหลักกฎหมายเฉพาะกรณี (Case law)	ศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเท่านั้น	มีหลักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาของศาล (Stare decision) แต่ไม่เคร่งครัด	ไม่ยึดถือหลักบรรทัดฐานคำพิพากษา
ระบบอุทธรณ์เป็นการที่ศาลสูงตรวจสอบ (Review) ข้อผิดพลาดของศาลล่างและเนื่องจากในศาลล่างใช้	ระบบอุทธรณ์ถือเป็นหลักประกันสำคัญสำหรับกระบวนการยุติธรรมที่ดี ศาลสูงจึงพิจารณาคดีใหม่		อุทธรณ์โดยตรงต่อศาลฎีกา

ตารางที่ 4.2 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของกลุ่มประเทศ
คอมมอนลอว์ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และประเทศไทย เปรียบเทียบกับกระบวนการพิจารณา
อนุญาตตุลาการ (ต่อ)

คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์	ไทย	กระบวนการ อนุญาตตุลาการ
ระบบลูกขุนศาลสูงจึง พิจารณาเฉพาะจากสำนวน คดีของศาลล่าง	และสืบพยานหลักฐานใหม่		
ระบบฎีกาใช้ระบบอนุญาต โดยสามารถฎีกาได้ทั้งปัญหา ข้อเท็จจริงและกฎหมาย	ระบบฎีกาใช้ระบบสิทธิโดย ฎีกาได้เฉพาะปัญหาข้อ กฎหมาย		ฎีกาได้เฉพาะเหตุ ที่กฎหมาย กำหนด
ระบบศาลศาลสามชั้นโดย ทุกชั้นศาลจะเป็นผู้พิพากษา คดี	ระบบศาลสองชั้นโดยศาล ฎีกามีบทบาทเป็นผู้ควบคุม ในการตีความการบังคับใช้ กฎหมายของศาลให้เป็น อันหนึ่งอันเดียวกันไม่ใช่ผู้ให้ ความยุติธรรมรายคดี ดังนั้น ศาลฎีกาซึ่งพิจารณาเฉพาะ ปัญหาข้อกฎหมายจึงส่ง เรื่องให้ศาลล่างนำข้อ กฎหมายที่ศาลฎีกาวินิจฉัย ไปปรับกับข้อเท็จจริงและ พิพากษาคดี		ระบบศาลสองชั้น

4.3.3 ปัญหามิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ

ในกระบวนการอนุญาตตุลาการ เมื่อคณะอนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว
ตามปกติคู่พิพาทย่อมต้องผูกพันในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้น (Final and Binding) แต่หากผู้แพ้คดี
ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด ผู้ชนะคดีจะบังคับตามคำชี้ขาดนั้นโดยตนเองหรือให้อนุญาตตุลาการบังคับ
ตามคำชี้ขาดให้ไม่ได้ เนื่องจากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการถือเป็นการบังคับคดีซึ่งเป็น
อำนาจของรัฐ ผู้ชนะคดีจึงต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีการบังคับคดีตามคำชี้
ขาดของอนุญาตตุลาการ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการภายในประเทศมักไม่พบปัญหา

ยุ่งยาก เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติถึงวิธีการและหลักเกณฑ์ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาเป็นหลัก ประกอบกับแนวคิดสมัยใหม่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทำให้ศาลจะไม่เข้าไปก้าวก้าวการพิจารณาชี้ขาดเนื้อหาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้ในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันหรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้¹

สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยที่ได้บัญญัติการตามอนุสัญญานิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1958 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ดังนั้นการพิจารณาเหตุที่จะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการและเหตุที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดจึงจำกัดเฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งเป็นเหตุอย่างเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5(1)(2) New York Convention การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามหลักใน New York

¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43

Convention นั้น ศาลที่จะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องไม่เข้าไปตรวจสอบทบทวนในเนื้อหาสาระของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ เช่นการปรับข้อกฎหมาย ค่าเสียหาย หรือข้อเท็จจริง ศาลจะเข้าไปตรวจสอบกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในประเด็นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่า “คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) หรือการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”² ซึ่งศาลสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เอง ปัญหาเรื่องคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to Public Policy) ที่กฎหมายให้อำนาจศาลหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง ทำให้ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดหรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ และโดยที่ คำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)” ไม่มีการกำหนดค่านิยมไว้เพราะมีความเป็นพลวัต (Dynamic) กล่าวคือในเรื่องเดียวกัน สถานการณ์ขณะหนึ่งหรือสถานที่หนึ่งสามารถยอมรับได้แต่เมื่อสถานการณ์ เวลา หรือสถานที่เปลี่ยนแปลงไป ความคิดของประชาชน และจารีตประเพณีที่ยึดถืออาจเปลี่ยนแปลงไป เมื่อพิจารณากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยในแง่ของขอบเขต ความหมาย วิธีการ และสถานการณ์ที่จะนำไปใช้ในการวางหลัก เรื่องปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น พบว่า ยังขาดความชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับไม่ว่าจะในกรณีการคัดค้านคำชี้ขาด (ขอเพิกถอนคำชี้ขาด) หรือการบังคับตามคำชี้ขาด

นอกจากนี้ทางปฏิบัติในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดกรณีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศแล้วผู้แพ้คดีที่จะถูกบังคับมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทย ขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศไทยเพิกถอนคำชี้ขาดก่อนที่ฝ่ายที่ชนะคดีจะมีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาดนั้น แม้การเพิกถอนคำชี้ขาดตามหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะระบุให้เพิกถอนในถิ่นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดก็ตาม³ แต่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 ไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign arbitral award) ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าศาลในประเทศไทยมีเขตอำนาจในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือไม่ แม้ว่าเหตุที่ศาลจะไม่รับบังคับตามคำชี้ขาด ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 และเหตุที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 จะเหมือนกันก็ตาม หากแต่

² พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสาม (2) และ มาตรา 44

³ Article V (1)(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which that award was made.

กระบวนการ “คัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาด และ กระบวนการบังคับตามคำชี้ขาด” เป็นสองกระบวนการที่มีความแตกต่างกันในผลทางกฎหมาย แม้ว่าสุดท้ายหากปรากฏว่ากระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้นมีข้อบกพร่องจนเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดหรือปฏิเสธการบังคับจะมีผลทำให้คำชี้ขาดนั้นไม่สามารถนำไปบังคับคดีได้เช่นเดียวกัน แต่การคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะทำลายผลและความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดนั้นโดยสิ้นเชิง ในขณะที่การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดมีจุดมุ่งหมายเพียงทำให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศที่ศาลปฏิเสธการบังคับแล้วเท่านั้น หากได้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดที่ยังคงสามารถนำไปขอให้ศาลประเทศอื่นบังคับได้อีก ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลไทยในเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ในการพิจารณาเพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัย 2 แนว โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 ไม่มีข้อห้ามไว้ศาลของประเทศไทยที่มีเขตอำนาจจึงมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศได้ ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่าตามอนุสัญญานิวยอร์ก ข้อ 3 ประเทศภาคีซึ่งรวมถึงประเทศไทยมีหน้าที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign arbitral award) โดยคำว่า “คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” นี้ได้แก่ คำชี้ขาดใดก็ตามที่ได้ทำขึ้นนอกอาณาเขตของประเทศภาคีที่มีการร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด และคำชี้ขาดที่แม้จะได้กระทำในประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับแต่ตามกฎหมายของประเทศนั้น ไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ (Domestic arbitral award) ในขณะที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์กนั้น ประเทศไทยไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้แต่ประการใด ดังนั้น ภายใต้พันธกรณีที่เกิดขึ้นจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา หากมีการนำคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทย โดยหลักแล้วประเทศไทยย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องบังคับตามคำชี้ขาดนั้น เว้นแต่กรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามที่อนุสัญญากำหนด ประเทศไทยจึงจะสามารถปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ จากกลไกที่อนุสัญญานิวยอร์กได้กำหนดไว้นี้จะเห็นได้ว่าประเทศภาคีมีช่องทางที่จะดำเนินการได้เพียง 2 ประการ ประการแรกคือ การบังคับตามคำชี้ขาด และประการที่สองคือการปฏิเสธการบังคับได้เฉพาะแต่ในเหตุที่อนุสัญญากำหนดไว้เท่านั้น ส่วนการคัดค้านหรือการขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยคู่พิพาทที่แพ้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ เป็นกรณีที่อนุสัญญานิวยอร์กไม่ได้กำหนดไว้ให้ศาลของประเทศภาคีอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดจะสามารถทำได้ การกำหนดเกี่ยวกับการคัดค้านหรือการเพิกถอนคำชี้ขาดในอนุสัญญานิวยอร์กมีเพียงที่ระบุไว้ในข้อ 5 เรื่องเหตุที่ศาลของประเทศภาคีอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยในข้อ 5 วรรคหนึ่ง (อ) ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการปฏิเสธการบังคับโดยเหตุที่คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนแล้วนั้นจะต้องเป็นกรณีที่คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนโดย “เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น” กรณีจึงเป็นการแสดงให้เห็นเจตนารมณ์อย่างเด่นชัดว่าการคัดค้านคำชี้ขาดหาได้เป็นกระบวนการที่อนุสัญญานิวยอร์กเห็นว่าสามารถทำได้ในประเทศใดๆ โดยการเพิกถอนคำชี้ขาดที่คู่พิพาทอาจจะ

นำไปใช้อ้างเพื่อขอให้ศาลประเทศภาคีอื่นปฏิเสธการบังคับตามอนุสัญญานิววยอร์กได้จะต้องเป็นการเพิกถอนในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด สำหรับการที่อนุสัญญากำหนดถึงการเพิกถอนโดยศาลของประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น กฎหมายในที่นี้ไม่ได้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (Applicable Substantive Law) หากแต่หมายถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (Applicable Procedural Law) เนื่องจากการทำคำชี้ขาดเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากกรณีเป็นไปตามหลักการ Seat Theory ที่กล่าวถึงมาแล้ว กฎหมายที่ใช้บังคับกับคำชี้ขาดย่อมได้แก่ กฎหมายของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดนั่นเอง ดังนั้น นักกฎหมายฝ่ายนี้จึงมีแนวคิดในการตีความกฎหมายโดยมุ่งถึงเจตนารมณ์ของอนุสัญญานิววยอร์ก โดยมีความเห็นว่าศาลไทยมีอำนาจเพียงการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด (Refuse of Recognition and Enforcement) หรือจะบังคับให้ตามคำชี้ขาดเท่านั้น อนุสัญญานิววยอร์กไม่ได้ให้อำนาจประเทศภาคีในการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศอื่นด้วย และในส่วนของ การเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นอนุสัญญานิววยอร์กยอมรับเฉพาะการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือศาลของประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด การตีความในลักษณะนี้จะเห็นได้ว่าสอดคล้องกับแนวความคิดในเรื่องของกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ (Lex arbitri) ซึ่งมักจะกำหนดให้กฎหมายของประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในอาณาเขตเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการ (Law of Seat) การตีความที่พิจารณาเพียงผลบังคับและทำให้ศาลของประเทศภาคีมีอำนาจเกี่ยวกับการคัดค้านและเพิกถอนคำชี้ขาดจะก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาต่อระบบการควบคุมและกำกับดูแลในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย เนื่องจากจะทำให้ศาลประเทศภาคีมากกว่า 157 ประเทศ มีอำนาจที่จะพิจารณาเกี่ยวกับการคัดค้านและการเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศอื่น ย่อมจะทำให้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลหากทุกประเทศต่างมีสิทธิที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ปัญหาเรื่องอำนาจศาลในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนี้ ศาลไทยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าศาลไทยมีอำนาจในการพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้⁴

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5511-5512/2552 วินิจฉัยว่าแม้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าเมล็ดพันธุ์และอาหาร (GAFTA) กรุงลอนดอน ประเทศสหราชอาณาจักรจะทำได้ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลในประเทศไทยที่มีเขตอำนาจก็มีอำนาจพิจารณาปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 และมาตรา 43

ซึ่งมิได้เป็นไปตามหลักการของอนุสัญญาเวียนอร์⁵ แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำบังคับตามคำชี้ขาดที่มีได้เป็นไปตามแนวปฏิบัติสากลย่อมส่งผลกระทบต่อมุมมองของนักลงทุนว่าการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานสากลของระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและไม่สอดคล้องกับสถานะเศรษฐกิจและสังคมในยุคเสรีทางการค้า ดังนั้น การที่จะพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้มีความเป็นสากลทัดเทียมกับนานาประเทศ จึงมีความจำเป็นในการศึกษาวิเคราะห์ข้อกฎหมายและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดและเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยเฉพาะปัญหาเรื่อง “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” และ “อำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ” ว่าควรจะมีความหมาย ขอบเขต มากน้อยเพียงใดหรือการตีความในลักษณะใด ที่ จะมีความเหมาะสมพอสมควร เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการสนับสนุนกลไกของรัฐที่เอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้า (The Public Policy of Sustaining International Arbitration Award) ที่ได้มาตรฐานทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ กับภารกิจหรือพันธกิจของศาลในการควบคุมกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องว่าชอบด้วยกฎหมาย มีความเป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบท “ความยุติธรรม” ของประเทศไทย (The Public Policy of Fairness and Legality)

4.3.3.1 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในบริบทของประเทศไทย (Public Policy in Thailand)

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลว่า มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดแม้จะมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยถือว่าเป็นเหตุขัดขวางต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของบุคคลมิให้เกิดผลในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทุกระบบ โดยกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยให้การรับรองและคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิ่งสำคัญซึ่งสังคมประสงค์จะให้มีความคงอยู่ของสังคมและความสงบสุขของผู้ที่อยู่ร่วมกันในสังคม หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในกฎหมายไทยหลายฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของ

⁵ สรวิต ลิ้มปริงษ์, “เขตอำนาจศาลในการคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ,” ใน รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ, ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, 2549), น. 95-108.

ประชาชน” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) มาตรา 25 บัญญัติรับรองไว้ว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้ และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

นอกจากนี้ยังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะมาตรา 150 ถึง มาตรา 153 ซึ่งกล่าวถึงเหตุอันทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ กรณีที่วัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 142, 180, 225 และ 249 ส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติไว้ใน มาตรา 40 มาตรา 42 และมาตรา 43 ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งที่เป็นคำชี้ขาดภายในประเทศ (Domestic award) และคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign award) ภายใต้ New York Convention ที่ขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศไทย จึงเห็นได้ว่าหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่สำคัญ แต่เนื่องจากกฎหมายมิได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไว้คงปล่อยให้ศาลในการพิจารณาว่าการกระทำใดขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ ตามบริบทของประเทศต่าง ๆ

4.3.3.2 ความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เนื่องจากธรรมชาติของ “หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีความเป็นพลวัต ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันในแต่ละสถานที่ ในแต่ละประเทศ และในแต่ละช่วงเวลา จึงเป็นเหตุให้นักกฎหมายและนักนิติศาสตร์พยายามที่จะหาขอบเขตการให้คำจำกัดความและความหมายของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อให้การปรับใช้มีความใกล้เคียงกัน ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนที่เกิดจากความไม่แน่นอนและความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจของศาลแต่ละท้องถิ่น สำหรับประเทศไทยได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายและคำนิยามไว้ดังนี้

หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช⁶ ให้ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” จะต้องเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ใช่ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ส่วน “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้นอาจหมายถึงการใดก็ได้ที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของประชาชนทั้ง

⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น. 156-157.

ภายใน และภายนอกประเทศ รวมตลอดถึงความเจริญ ความผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง วัตถุประสงค์ที่ประสงค์ได้ชัดต่อหลักการความปลอดภัย สันติสุขของสังคมประเทศชาติ วัตถุประสงค์นั้นจะรับบังคับบัญชาให้ไม่ได้ในเรื่อง “ศีลธรรมอันดี” ย่อมหมายความถึงศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทย โดยทั่วไป ไม่หมายเฉพาะความคิดเห็นของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งแต่เป็นหลักการในความรู้สึกนึกคิดของคนไทยธรรมดาทั่วไป

อาจารย์มาโนช จรมาศ⁷ ให้คำนิยามว่า “นิติกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดขวางต่อนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คุณประโยชน์โดยเฉพาะ ส่วนนิติกรรมหรือข้อตกลงใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น หมายความว่า “ขัดขวางต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมของประชาชนทั่วไป โดยถือเอาความรู้สึกนึกคิดอันดีและปานกลางของบุคคลในวงจำกัดเป็นส่วนน้อย การนั้นไม่ขัดต่อศีลและทำอันดีของประชาชน”

ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน⁸ กล่าวถึงแนวความคิดของการให้คำจำกัดความว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวอาจพูดได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีทีผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คุณธรรมจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นไม่ได้ โดยสรุปความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึงทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม

อาจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ⁹ กล่าวว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคืออะไรไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ในกฎหมาย แต่อาจให้ความหมายได้ว่า “ประโยชน์โดยทั่วไปของ

⁷ ไซยยศ เหมะรัชตะ, ประมวลกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), น. 168, อ้างถึง มาโนช จรมาศ, “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” ตุลพาท, ปีที่ 12, น. 10-17, (พฤษภาคม 2508).

⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ, เล่ม 32, ตอนที่ 1, น. 11-32, (มีนาคม 2518).

⁹ ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์บพิธการพิมพ์, 2523), น. 169.

ประเทศชาติหรือประชาชนหากจะกล่าวอย่างกว้าง ๆ การกระทำใดซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม และความมั่นคงของสถาบันครอบครัวย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เหตุที่กฎหมายห้ามกระทำการอันเป็นการขัดขวางก็เพื่อความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองอันเป็นรัฐประศาสนโยบาย ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายความว่าธรรมเนียมประเพณีของสังคม ธรรมเนียมประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย สิ่งซึ่งสังคมไม่ยอมรับในสมัยหนึ่งอาจกลับกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ และธรรมเนียมประเพณีของสังคมใดชาติหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมในอีกชาติหนึ่งก็ได้ ดังนั้น การที่จะพิจารณาว่าธรรมเนียมประเพณีของสังคมอันใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน

ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร ได้ให้คำอธิบาย “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง” ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ หรือประชาชน โดยส่วนรวมมิใช่ของเอกชนคนใดหมู่ใดโดยเฉพาะ ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึงธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม ศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะมี ความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงทำให้การกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย¹⁰ ด้วยเหตุนี้การใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่อาจเกิดผลตามกฎหมาย และไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้

กล่าวโดยสรุปสาระของหลัก “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้น เป็นเรื่องของความสงบสุขของประชาชนซึ่งรวมกันอยู่ในประเทศชาติเป็นส่วนรวม การใดอันมีลักษณะขัดต่อประโยชน์สุขของประชาชนหรือประเทศชาติเป็นส่วนรวมแล้ว การนั้นย่อมขัดต่อผลประโยชน์ของประชาชนและยิ่งเมื่อการขัดต่อผลประโยชน์นั้นเป็นเรื่องผลประโยชน์อันสำคัญของการดำรงอยู่เพื่อความสงบเรียบร้อย และความสงบสุขในสังคมส่วนรวมแล้ว ย่อมได้ชื่อว่า การนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น เป็นเรื่องของจริยธรรมตลอดจนธรรมเนียมประเพณี ความรู้สึกนึกคิดในแง่ทางด้านจิตใจของประชาชนในสังคมเป็นส่วนรวม โดยการใดที่กระทำขึ้นเป็นการกระทำด้วยลักษณะที่จะทำให้ความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในสังคมมี

¹⁰ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เอราวัณการพิมพ์, 2522), น. 18.

ความรู้สึกไม่เห็นดีเห็นงาม หรือไม่ยอมรับ หรือเป็นที่น่าเกลียดในความรู้สึกทางจิตใจของประชาชน ทั้งหลายเป็นส่วนรวมในสังคมนั้น ซึ่งอาจเป็นด้วยเหตุผลที่การนั้นขัดต่อจริยธรรม ศาสนา ธรรมเนียม ประเพณีอันสำคัญเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม การนั้นย่อมถูกประชาชนในสังคม ประณามว่าเป็นการกระทำอันขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น สารสำคัญและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น สามารถจำแนกออกเป็น 1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง 2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางเศรษฐกิจ และ 3) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านสังคม

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมือง เป็นสิ่งสำคัญเนื่องจาก เกี่ยวข้องกับการปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐเกี่ยวกับการปกครองประเทศ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับ อำนาจในการปกครองประเทศที่สำคัญอันบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจ บริหาร และอำนาจตุลาการ รวมทั้งเกี่ยวกับกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นโดยอำนาจดังกล่าว การกระทำนิติ กรรมหรือการใดให้มีผลเป็นการยกเลิกเปลี่ยนแปลงแก้ไข ตลอดจนไม่รับรองในอำนาจทั้งสามดังกล่าว ของรัฐจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายเหล่านั้นได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย ปกครอง กฎหมายอาญา กฎหมายพรครการเมือง กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น¹¹

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางเศรษฐกิจ ถือเป็นสิ่งสำคัญใน การรักษาผลประโยชน์ทางด้านทรัพย์สินของประเทศชาติและสังคม เพราะบ้านเมืองใดเศรษฐกิจดี บ้านเมืองนั้นจะเจริญรุ่งเรืองทั้งในด้านการพัฒนาประเทศและการเป็นอยู่ของประชาชนในสังคม การดูแลคุ้มครองเศรษฐกิจของชาติจึงเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อรักษาเศรษฐกิจของ

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 766/2505 ข้อกฎหมายว่าบทบัญญัติกฎหมายฉบับใดขัดต่อ รัฐธรรมนูญเป็นเรื่องสำคัญมาก ซึ่งเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง ศาลยกขึ้น วินิจฉัยได้เอง

- ปัญหาเรื่องอำนาจฟ้องและอำนาจศาล การพิจารณาพิพากษาคดีข้อด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพราะเกี่ยวกับการกระทำการขัดต่อกฎหมายวิธี พิเคราะห์ความหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่, 698/2521, 1127/2493.637/2506)

- การทำสัญญาโดยมิวัตถุประสงค์ให้เจ้าพนักงานใช้ตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือเพื่อบำเหน็จ สิ้นจ้าง หรือมีข้อตกลงให้สินบนยอมเป็นสัญญาอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเป็น การกระทำอันมิวัตถุประสงค์อันทุจริตและขัดต่อกฎหมายอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050/2493 1895/2493, 1107/2508, 575/2510, 1312/2510, 1078/2515, 2104/2515, 932/2493, 389/2515, 311/2497, 1749/2498, 1237/2516)

ประเทศโดยรวม เสรีภาพของเอกชนในการทำสัญญาอันเกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจจึงอาจถูกจำกัดลงได้ ดังนั้น การกระทำหรือการตกลงใดใดที่สร้างขึ้นระหว่างเอกชนที่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับเสรีภาพในด้านการค้าและการอุตสาหกรรมที่รัฐตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่นกรณีที่มีการตกลงฮั้วกันในการประมูลใดใดกับทางราชการระหว่างพ่อค้าเพื่อให้ได้ราคาตามที่ตกลงกันและมีการแบ่งผลประโยชน์กันนั้นจึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ¹²

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางสังคม เป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญคุ้มครองเพื่อให้เกิดความสงบร่มเย็นในสังคมส่วนใหญ่ ได้แก่ ด้านสถาบันครอบครัว ด้านวิชาชีพ ด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนในสังคม¹³

4.3.3.3 บทบาทของศาลไทยเกี่ยวกับการตีความ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (The Role of Thai Court on the Public Policy in Reviewing Arbitral Award)

สำหรับบทบาทของศาลไทยในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Review awards) นั้น เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ (Dual system) ที่ให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ตลอดจนคดีอื่นที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลทหาร ส่วนศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ดังนั้น ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2022/2519 (ประชุมใหญ่) การตกลงสมยอมฮั้วกันในการประมูลใดใดกับทางราชการระหว่างพ่อค้าเพื่อให้ได้ราคาที่ตกลงกัน ทำให้ไม่มีการประมูลราคากันอย่างแท้จริงเป็นการลวงกรมทางหลวงผู้ประกาศประมูลให้หลงเชื่อต้องจ่ายเงินไป เพราะจำเลยกับพวกร่วมกันหลอกลวงและเป็นการบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลและทำอันดีของประชาชน (และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 986/2521)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 283/2516 การทำสัญญาอันเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงานเป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบ เพราะปัญหาแรงงานมีความสำคัญในทางเศรษฐกิจของสังคม เช่น การทำสัญญาประนีประนอมยอมความในเรื่องเงินค่าทดแทนที่ต้องชดใช้ให้แก่ลูกจ้างซึ่งถึงแก่ความตายขณะปฏิบัติหน้าที่จะตกลงให้แตกต่างไปจากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 19 ซึ่งว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานงานนั้น ถือว่าเป็นการหลีกเลี่ยงอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

¹³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, ประมวลกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), น. 170-183.

จึงเป็นศาลที่มีบทบาทในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจากการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลพบว่า ศาลไทยมีทัศนคติในเชิงสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration friendly policy) และให้การยอมรับในหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาหรือหลักความประสงค์ของคู่พิพาทในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Party autonomy) โดยศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่เห็นว่าการยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีเหตุที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศไทย ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสาม (2)(ข) และมาตรา 44 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับที่กำหนดไว้ใน New York Convention ซึ่งประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีสมาชิกของ New York Convention ได้ตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่ออนุวัติการโดยถือตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL Model Law แต่เนื่องจาก New York Convention ไม่ได้ให้นิยามหรือความหมายของ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ตลอดจนมิได้วางแนวทางในการตีความ ขอบเขตและการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายใต้ New York Convention หากแต่ให้อำนาจศาลของประเทศสมาชิกในการใช้ดุลพินิจว่า การจะยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิกหรือไม่ สำหรับประเทศไทยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับขอบเขตและการตีความหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในการบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ (Domestic public policy) และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนระหว่างประเทศ (International public policy) เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการสนับสนุนกลไกของรัฐที่เอื้ออำนวยต่อการระงับข้อพิพาททางเศรษฐกิจการค้า (The Public Policy of Sustaining International Arbitration Award) ที่ได้มาตรฐานทัดเทียมกับนานาชาติอารยประเทศ กับพันธกิจและภารกิจของศาลในการควบคุมกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้องว่าชอบด้วยกฎหมาย มีความเป็นธรรม และสอดคล้องกับบริบท “ความยุติธรรม” ของประเทศไทย (The Public Policy of Fairness and Legality)

(1) แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม

(ก) กรณีที่ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อเอื้อประโยชน์แก่คู่สัญญาของรัฐ ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงไม่มีผลผูกพัน การยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 (ป)

ผู้คัดค้านเป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายมหาชนทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับผู้ร้องทั้งสาม ผู้คัดค้านทำสัญญาโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะหน่วยงานทางปกครองที่เป็นองค์กรนิติบุคคลข้อ 17 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 บัญญัติให้มีผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเป็นผู้กระทำการในนามผู้คัดค้านในกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกและเป็นผู้กระทำการแทนผู้คัดค้านตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว การใช้อำนาจของผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยซึ่งกระทำการในนามผู้คัดค้านจะผูกพันผู้คัดค้านต่อเมื่ออยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือนอกจากจะต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งกำหนดไว้เป็นไปตามระเบียบวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎระเบียบและข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจของผู้คัดค้านจะต้องมิใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีการปิดผนึกอำนาจทางหนึ่งทางใดอีกด้วย

ผู้คัดค้านโต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่วินิจฉัยว่า นิติกรรมหรือสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนหากมีการทำขึ้นเพราะกลฉ้อฉลก็เป็นเพียงโมฆียะ เมื่อไม่มีการบอกกล่าว ก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างดังกล่าวตกเป็นโมฆะนั้นไม่ชอบ โดยผู้คัดค้านอ้างทำนองเดียวกันกับที่ได้ยกข้อต่อสู้ไว้แล้วว่า ในการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน มีการทุจริตและประทุมิชอบ เอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ มีเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมมือกับผู้ร้อง โดยเฉพาะ ศ. ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการของผู้คัดค้านในขณะนั้นและเป็นผู้ลงนามในสัญญาจ้างดังกล่าวในนามผู้คัดค้านกระทำโดยมิชอบหลายประการ ทั้ง ศ. และเจ้าหน้าที่อื่นและเจ้าหน้าที่รัฐหน่วยอื่น ๆ รับประทานจากผู้ร้อง สัญญาจ้างดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ เป็นการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจของ ศ. และเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่นดังกล่าวกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ซึ่งเป็นกฎหมายฝ่ายมหาชน เป็นการโต้แย้งว่าคำพิพากษาศาลชั้นต้นในส่วนนี้ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 290 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งผู้คัดค้านย่อมอุทธรณ์ได้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45 (2) ซึ่งบัญญัติไว้อย่างเดียวกับพ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มาตรา 26 (2) ศ. ช่วยเหลือผู้ร้องโดยเห็นแก่ประโยชน์ที่ผู้ร้องจัดให้จึงถือว่าการใช้อำนาจในฐานะผู้ว่าการการทางพิเศษแห่งประเทศไทยของ ศ. ที่ลงนามในสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเป็นการ

ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย และขณะเดียวกันการที่ผู้ร้องเพิ่มทุนและจัดสรรหุ้นของบริษัท ให้แก่ ศ. กับเจ้าหน้าที่ของรัฐคนอื่นมีสิทธิซื้อหุ้นในฐานะผู้มีอุปการคุณก่อนทำสัญญาจ้างเหมา ออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนถือได้ว่าผู้ร้องได้ให้ผลประโยชน์แก่ ศ. และเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วน โดยเอื้อประโยชน์แก่ผู้ร้อง กรณีต้อง ถือว่าในการทำสัญญาดังกล่าวของผู้ร้อง ผู้ร้องใช้สิทธิโดยไม่สุจริต สัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้าง โครงการทางด่วนซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันผู้คัดค้าน คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงินให้แก่ ผู้ร้องตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนั้นหากศาลบังคับให้ตามคำ ชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนชอบที่ศาลชั้นต้นจะปฏิเสธไม่รับบังคับให้ ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 44 ดังนั้นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่บังคับตามคำชี้ ขาดของอนุญาตโดยตุลาการดังกล่าวจึงฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1190/2560

โจทก์กับ บ. และ ว. ร่วมกันทำกิจการค้าใช้ชื่อว่า “กิจการร่วมค้า ช.” เข้าทำสัญญาจ้าง เหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางพระกง กับจำเลย ต่อมาเกิดข้อ พิพาทตามสัญญาจ้างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ระหว่าง บ. กับพวกผู้ร้อง ก. ผู้คัดค้าน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนเกิดจากการกระทำโดยไม่ ชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงไม่มีผลผูกพันจำเลย และปฏิเสธไม่ รับบังคับให้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อกิจการร่วมค้า ช. ไม่ได้รับราคาที่เป็นเพิ่มเติมจากจำเลย โจทก์ซึ่งเป็นหุ้นส่วนในกิจการร่วมค้า ช. จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในสัญญาจ้างเหมาดังกล่าวย่อมมี อำนาจฟ้องเรียกคืนเงินราคาคงที่เพิ่มเติมและดอกผลค่าผ่านทางด่วนจากจำเลยในฐานะลามิควรรได้ โดย ไม่จำเป็นต้องฟ้องร่วมกับ บ. และ ว. และเมื่อคดีนี้โจทก์และจำเลยต่างเป็นคู่ความในคดีตามคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 7277/2549 ซึ่งได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้แล้วว่าโจทก์กับนิติบุคคลต่างประเทศ 2 ราย ดังกล่าว ทำสัญญาจ้างเหมาออกแบบรวมก่อสร้างโครงการทางด่วนกับจำเลยโดยไม่สุจริตมาตั้งแต่ต้น โจทก์จึงมีส่วนร่วมในการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นผลให้สัญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันจำเลย แม้โจทก์กับพวกจะทำงานตามสัญญาจ้างเหมานั้นเสร็จ สิ้นแล้วโดยส่งมอบโครงการทางด่วนให้จำเลยรับไปและมีราคาคงที่เพิ่มเติมภายหลังก็ตาม ก็ถือได้ว่า โจทก์ได้กระทำการเพื่อชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี โจทก์จึงไม่มีสิทธิ เรียกราคาคงที่เพิ่มเติมและค่าดอกผลในค่าผ่านทางด่วนจากจำเลยในฐานะลามิควรรได้ ตาม ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411

ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2231-2233/2553 (การทางพิเศษแห่งประเทศไทย กับพวก ผู้ร้องบิลฟิงเกอร์ เบอร์เกอร์ เอจี กับพวก คู่กรณีนายวัลลภ ตันตินิกุล ผู้คัดค้าน)

ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญที่จะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาท หากอนุญาโตตุลาการปราศจากเสียซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระแล้ว คู่พิพาทก็จะไม่ได้รับความเป็นธรรมและกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ได้รับการยอมรับ บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าผู้คัดค้านที่ 1 ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่แท้จริงของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 จึงไม่มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้คัดค้านที่ 1 ในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ดังนั้น การที่ผู้ร้องทั้งสามสำนวนอุทธรณ์คัดค้านว่าผู้คัดค้านที่ 1 ซึ่งได้รับเลือกเป็นประธานอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระ จึงเป็นการกล่าวอ้างคัดค้านว่าคำสั่งศาลชั้นต้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามมาตรา 45(2) แห่งพ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ผู้คัดค้านที่ 1 เป็นผู้ลงชื่อโอนหุ้นให้แก่ผู้ได้บังคับบัญชายอมต้องรู้อยู่ก่อนแล้วว่าหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 ออกในนามของตนเอง แม้ผู้คัดค้านที่ 1 จะเห็นว่าตนไม่มีส่วนได้เสียในการซื้อหุ้นของผู้คัดค้านที่ 3 และที่ 5 แต่ผู้คัดค้านที่ 1 ก็มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนให้แก่คู่พิพาททราบ การที่ผู้คัดค้านไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ผู้คัดค้านที่ 1 จึงไม่อาจทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการรวมทั้งเป็นประธานอนุญาโตตุลาการได้

การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการโดยไม่ขออนุญาตต่อศาลล้มละลายกลาง ในคดีที่ลูกหนี้อยู่ระหว่างการฟื้นฟูกิจการตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลายเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมไม่อาจนำหน้าตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์มาบังคับเอาแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44 ประกอบมาตรา 43 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535-13536/2556)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535-13536/2556 ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนประเภทบริษัทมหาชนจำกัด ผู้คัดค้านเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศบาฮามาส ผู้ร้องยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาลล้มละลายกลาง ศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของ

ผู้ร้อง และศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการของผู้ร้องและให้ผู้ร้องบริหารแผนและยกเลิกการฟื้นฟูกิจการของผู้ร้อง ระหว่างนั้นอันเป็นช่วงเวลาที่ผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ผู้ร้องและผู้คัดค้านทำสัญญาซื้อขายปูนซีเมนต์เม็ดโดยมีข้อตกลงให้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ภายใต้กฎการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติและให้ใช้กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์บังคับแก่สัญญา ต่อมาผู้คัดค้านอ้างว่า ผู้ร้องผิดสัญญาจึงนำข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ชี้ขาดว่า ผู้ร้องเป็นฝ่ายผิดสัญญาและให้ผู้ร้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้คัดค้าน โดยระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ผู้คัดค้านทราบว่าผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการตามคำสั่งของศาลล้มละลายกลาง แต่ผู้คัดค้านมิได้ยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลล้มละลายกลาง ดังนี้ แม้การเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ชี้ขาดนั้นจะเป็นการดำเนินการไปตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาซื้อขายปูนซีเมนต์เม็ดระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน ซึ่งต้องดำเนินการไปตามข้อกำหนดเพื่อการอ้างอิง (Term of Reference) ของอนุญาโตตุลาการและกฎหมายภายในของประเทศสิงคโปร์ และมีผลผูกพันผู้ร้องและผู้คัดค้านที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว แต่การที่ผู้คัดค้านจะนำเอาผลคำวินิจฉัยชี้ขาดมาบังคับแก่ทรัพย์สินของผู้ร้องซึ่งเป็นลูกหนี้ในประเทศไทย ในขณะที่ผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นการกระทบต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการของผู้ร้องตามมาตรา 90/12(4) แห่ง พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งต้องขออนุญาตต่อศาลล้มละลายกลางก่อน มิฉะนั้นแล้วก็จะเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ในราชอาณาจักรกับเจ้าหนี้นอกราชอาณาจักรซึ่งมาตรา 90/12(4) แห่ง พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 มิได้จำกัดหรือแยกให้แตกต่างกัน แม้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์จะเป็นไปตามข้อตกลงและดำเนินการตามข้อกำหนดและกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ และอาจไม่มีเหตุที่จะให้เพิกถอนได้ แต่การที่ผู้คัดค้านจะนำคำชี้ขาดมาใช้บังคับแก่ผู้ร้องในประเทศไทยก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทุกฝ่าย เมื่อผู้คัดค้านไม่ได้ดำเนินการดังกล่าว จึงไม่อาจนำหนังสือชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์มาบังคับเอาแก่กองทรัพย์สินของผู้ร้องในคดีล้มละลายได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44 ประกอบมาตรา 43

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1730/2555 สัญญาให้บริการโทรศัพท์พกพา (TPS) ระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ร้องและผู้คัดค้านเกี่ยวกับที่มาและเงื่อนไขการคืนทรัพย์สิน ในกรณีที่ผู้คัดค้านผิดสัญญาแล้วผู้ร้องใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาว่าผู้คัดค้านไม่มีสิทธิเรียกทรัพย์สินหรือเงินคืนจากผู้ร้องและต้องส่งมอบทรัพย์สินคืนแก่ผู้ร้องในสภาพที่ดีและใช้งานได้ในพื้นที่ที่สัญญาสิ้นสุดลง นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดอีกว่ากรณีความเสียหายเกิดขึ้นให้ผู้ร้องมีสิทธิเรียกเงินจากธนาคาร

ผู้ออกหนังสือค้ำประกันทั้งหมดหรือบางส่วนตามแต่จะเห็นสมควรเพื่อชดใช้ค่าเสียหายเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดว่าผู้คัดค้านเป็นฝ่ายผิดสัญญาและผู้คัดค้านยังมีหนี้ค้างชำระแก่ผู้ร้องอยู่ ย่อมถือว่าผู้ร้องได้รับความเสียหายหลังจากผู้ร้องบอกเลิกสัญญาแล้ว สิทธิหน้าที่ของผู้ร้องและผู้คัดค้านในฐานะคู่สัญญาย่อมเป็นไปตามข้อสัญญาดังกล่าวการที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้ร้องรับมอบทรัพย์สินจากผู้คัดค้านและให้ผู้ร้องชดใช้มูลค่าทรัพย์สินแก่ผู้คัดค้านโดยไม่กำหนดเงื่อนไขว่าต้องส่งมอบคืนในสภาพที่ดีและใช้งานได้รวมทั้งไม่กำหนดว่าหากผู้คัดค้านไม่สามารถส่งมอบคืนในสภาพที่ดีและใช้งานได้ให้ผู้คัดค้านใช้เงินแทนมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินและการชี้ขาดให้ผู้ร้องคืนเงินค้ำประกันพร้อมดอกเบี้ยแก่ผู้คัดค้านโดยไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ร้องนำไปหักจากหนี้ที่ผู้คัดค้านยังค้างชำระแก่ผู้ร้องตามสัญญาดังกล่าว จึงเป็นคำชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามสัญญา การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลฎีกามีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนบางส่วน ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดเฉพาะส่วนที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8265/2559

การชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามหลักกฎหมาย การกำหนดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า หนี้เงินนั้นให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดร้อยละ 7.5 ต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้ส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น เมื่อตามสัญญาประกันอัครีภยมิได้กำหนดให้ผู้ร้องต้องรับผิดชอบในดอกเบี้ยในกรณีที่ผู้ร้องผิดนัดชำระค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีได้ ผู้คัดค้านก็ไม่มีเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมายที่จะเรียกดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ได้ทั้งการที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระดอกเบี้ยผิดนัดอัตราร้อยละ 15 ต่อปี นั้น เห็นว่า เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจกำหนดให้ผู้ร้องชำระดอกเบี้ยในอัตราที่สูงขึ้นกว่าที่ผู้คัดค้านมีสิทธิได้รับตามกฎหมาย แต่ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี นับแต่วันฟ้องหรือวันอื่นหลังจากนั้นโดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการรู้ความหรือการดำเนินคดีตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142(6) เมื่อข้อต่อสู้ที่ผู้ร้องยกขึ้นต่อสู้ว่าสินค้าที่นำมาเอาประกันภัยเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมาย สัญญาประกันภัยไม่คุ้มครอง ซึ่งล้วนแต่เป็นประเด็นโดยตรงและเป็นสาระแก่คดี กรณีจึงไม่มีเหตุให้อนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดให้ผู้ร้องชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ดังนี้ การที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระดอกเบี้ยผิดนัดในอัตราดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและเข้าเกณฑ์เป็นกรณีที่การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจเพิกถอนคำชี้

ขาดของอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ให้ผู้ร้องชำระดอกเบี้ยผิดนัดเกินกว่าอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีได้ตาม มาตรา 40 (2)(ข) แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

การวินิจฉัยข้อพิพาทโดยฝ่ายีนหลักกฎหมายสารบัญญัติถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 732/2559 บริษัท บ. ทำสัญญาประกันภัยรถยนต์โดยสารไว้กับผู้ร้องเป็นผู้รับประกันภัยค่าเงินคนแรก และบริษัท ส. เป็นผู้รับประกันภัยค่าเงินคนที่สอง ดังนั้นผู้ร้องต้องรับผิดชอบเพื่อความวินาศภัยก่อน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 870 วรรคสาม เมื่อเกิดวินาศภัยขึ้น ผู้รับประกันภัยชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพียงเสมอจำนวนวินาศภัยจริง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 870 วรรคหนึ่ง แม้บริษัท ส. จะต้องจ่ายค่าเสียหายเบื้องต้นแก่ผู้ประสบภัยจากรถ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 มาตรา 28 แต่ก็ไม่ปรากฏว่าผู้คัดค้านทั้งสองทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับบริษัท ส. โดยไม่ปรากฏว่าบริษัท ส. ยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้คัดค้านทั้งสองเป็นจำนวนเท่าใด อย่างไรก็ตามการที่ผู้คัดค้านทั้งสองซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยยอมสละสิทธิอันมีต่อผู้รับประกันภัยรายหนึ่งยอมไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้รับประกันภัยรายอื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 871 เมื่ออนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริงแก่ผู้คัดค้านทั้งสองคนละ 25,000 บาท แต่ชี้ขาดให้ผู้ร้องเพียงรายเดียวต้องชำระค่าสินไหมทดแทนจำนวนดังกล่าวโดยไม่ได้คำนึงว่าผู้คัดค้านทั้งสองได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากบริษัท ส. แล้วจำนวนเท่าใด ทำให้ผู้คัดค้านทั้งสองจะได้รับค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าจำนวนวินาศภัยจริง จึงเป็นคำชี้ขาดที่ฝ่ายีนต่อกฎหมาย การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสาม (2)(ข) ที่ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า ข้ออ้างตามคำร้องส่วนนี้เป็นการโต้เถียงดุลพินิจการรับฟังพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ถูกต้อง ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย อุทธรณ์ของผู้ร้องฟังขึ้นในส่วนผล

พิพากษากลับ ให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 143-145/2554 และ 93/2555 ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 63-65/2556 ลงวันที่ 5 เมษายน 2556 ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลให้เป็นพับ

การร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยเหตุอื่นที่สามารถยกขึ้นอ้างได้ตั้งแต่การขอเพิกถอนครั้งแรกเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ ซึ่งเป็นอำนาจฟ้องถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 525-526/2559 พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสอง บัญญัติให้สิทธิคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ได้ ผู้คัดค้านใช้สิทธินี้โดยเป็นผู้ร้องขอไปแล้วแต่ศาลชั้นต้นยกคำร้อง คดีถึงที่สุดแล้ว ผู้คัดค้านมายื่นคำร้องขออย่างเดียวกันอีกในเดือนเดียวกันโดยอ้างเหตุใหม่ ซึ่งเป็นเหตุผลที่ผู้คัดค้านสามารถยกขึ้นอ้างได้ในขณะยื่นคำร้องขอครั้งก่อน และประเด็นตามคำร้องทั้งสองครั้งเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษายกคำร้องโดยวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีตามคำร้องขอไปแล้ว ถือว่าเป็นการที่ผู้คัดค้านร้องขอให้ศาลวินิจฉัยกันใหม่อีกในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไปแล้วโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการของผู้คัดค้านฉบับหลังจึงซ้ำกับคำร้องขอฉบับแรก ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 วรรคหนึ่ง ผู้คัดค้านไม่มีอำนาจยื่นคำร้อง ปัญหาแม้ผู้ร้องมีทันยกขึ้นต่อสู้อยู่ก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา เพียงยกขึ้นในคำแก้อุทธรณ์ แต่เป็นเรื่องอำนาจฟ้องอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ร้องยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคสอง

(ข) กรณีที่ศาลตีความว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

การทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 นั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องร่วมรู้ หรือมีความมุ่งหมายในการนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8265/2559 การทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 นั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องร่วมรู้หรือมีความมุ่งหมายในการนั้น การทำสัญญาประกันอัคคีภัย ผู้ร้องไม่ทราบว่าเป็นสินค้าที่เอาประกันภัยเป็นสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์หรือละเมิดเครื่องหมายการค้าซึ่งถือเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมาย ตัวแทนของผู้ร้องเพียงแต่ถ่ายภาพสินค้าในตู้โชว์สินค้าไว้เพียงภาพเดียว ผู้คัดค้านไม่เคยแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าวให้ทราบว่าเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมายหรือไม่และผู้ร้องไม่เคยทราบหรือล่วงรู้ว่าสินค้าที่เอาประกันภัยไว้เป็นสินค้าที่ผิดกฎหมายเช่นนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ร้องรู้รายละเอียดข้อหาผิดกฎหมายระดับราคาหรือแหล่งที่มาของนาฬิกาที่ผู้คัดค้านนำมาขาย ย่อมเห็นได้ว่าผู้ร้องคงมีเจตนารับประกันภัยสินค้านาฬิกาข้อมือที่ผู้คัดค้านมีไว้เพื่อขายโดยทั่วไปเท่านั้น สำหรับข้อเท็จจริงที่ว่านาฬิกาข้อมือดังกล่าวอาจจะมีลักษณะเป็นสินค้าที่ผิดกฎหมายหรือไม่นั้นผู้ร้องมิได้รู้เห็นด้วย สัญญาประกันอัคคีภัยในส่วนสต็อกสินค้านาฬิกาข้อมือจึงทำขึ้นเพื่อความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินของผู้คัดค้านกรณีเกิดอัคคีภัยหรือภัยเพิ่มเติมที่ตกลงทำประกันภัย ซึ่งเมื่อผู้คัดค้านเป็นเจ้าของและผู้ครอบครองสินค้านาฬิกาข้อมือที่มีไว้เพื่อขาย หากนาฬิกาข้อมือได้รับความเสียหายจากอัคคีภัยหรือภัยที่ระบุไว้ ย่อมทำให้ผู้คัดค้านสูญเสียตัวทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ที่จะได้จากทรัพย์สินนั้น ผู้คัดค้านจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเหตุที่เอาประกันภัย สัญญาประกันภัยระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านหาได้มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่

ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ผู้ร้องและผู้คัดค้านจึงมีความผูกพันกันตามเงื่อนไขข้อตกลงและความรับผิดชอบในการรับประกันอัคคีภัยที่มีผลบังคับโดยสมบูรณ์

ผู้ร้องอ้างว่า นาฬิกาข้อมือที่ผู้คัดค้านเอาประกันอัคคีภัยสืบทอดสินค้าไว้กับผู้ร้อง เป็นสินค้าที่ผิดกฎหมาย มีเครื่องหมายการค้าปลอมของผู้อื่นนั้น ก็เป็นข้อเท็จจริงอีกส่วนหนึ่งที่ทำให้ผู้คัดค้านถูกดำเนินคดีอาญารฐานมิไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าเครื่องหมายการค้าปลอมของผู้อื่น ซึ่งหากศาลในคดีอาญาลงโทษผู้คัดค้านโดยให้รับสินค้านาฬิกาข้อมือปลอม ผู้คัดค้านก็จะมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินส่วนนั้นอีกต่อไป แต่ตราบดที่ผู้คัดค้านยังคงยึดถือและครอบครองสินค้านาฬิกาข้อมือที่มีไว้เพื่อขายในฐานะเจ้าของสินค้าเหล่านั้นโดยผู้คัดค้านไม่ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับสินค้านาฬิกาข้อมือดังกล่าว ต้องถือว่าไม่มีบุคคลใดมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นดีกว่าผู้คัดค้าน หากถือตามผู้ร้องอ้างว่า สัญญาประกันอัคคีภัยกรณีนี้ไม่ให้ความคุ้มครองสินค้านาฬิกาข้อมือที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมของผู้อื่น และผู้ร้องไม่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนในส่วนสืบทอดสินค้านาฬิกาข้อมือที่ผิดกฎหมาย ก็จะเป็นการระงับสิทธิในทางทรัพย์สินของผู้คัดค้านทั้งที่ไม่มีการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้คัดค้านในความผิดตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง จึงเสมือนกับผู้ร้องสามารถอ้างเอาว่าการกระทำใด ๆ ของผู้คัดค้านเป็นความผิดในทางอาญาก็ได้ ซึ่งไม่น่าจะชอบด้วยเหตุผล การที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระค่าสินไหมทดแทนในส่วนสืบทอดสินค้านาฬิกาข้อมือให้แก่ผู้คัดค้าน ก็เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาประกันอัคคีภัยซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญาโดยชอบ ค่าชี้ขาดในส่วนนี้เป็นการบังคับตามสัญญาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้คัดค้านซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่เอาประกันภัยเท่านั้น มิได้มีผลกระทบต่อประชาชนโดยส่วนรวมแต่อย่างใด การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการที่ให้ผู้ร้องชำระค่าสินไหมทดแทนสืบทอดสินค้านาฬิกาข้อมือ 2,012,446.75 บาท จึงหาได้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 40 (2)(ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8664/2558 ปัญหาที่เกี่ยวกับภาษาที่ใช้ในการทำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไม่ใช่ปัญหาที่จะทำให้การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อุทธรณ์ของผู้คัดค้านที่ว่าอนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดเป็นภาษาไทยขัดกับสัญญาที่ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษจึงเป็นอุทธรณ์ที่ไม่เข้าข้อยกเว้นอันจะต้องห้ามอุทธรณ์ตามมาตรา 45(1) แห่ง พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไม่รับวินิจฉัย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1465/2560 คำคัดค้านที่ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการขัดแย้งต่อพยานหลักฐานในสำนวน จึงเป็นการโต้แย้งดุลพินิจการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของคณะอนุญาตตุลาการ อันเป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีซึ่งไม่มีบทบัญญัติตาม พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ให้ผู้คัดค้านขอเพิกถอนหรือไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14524/2558 การโต้แย้งการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ดำเนินการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง จึงต้องดำเนินการภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 40 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2045/2557 ที่ผู้คัดค้านอุทธรณ์ทำนองว่า อนุญาโตตุลาการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีนี้มานานถึงหนึ่งปี ย่อมขัดต่อข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ข้อ 27 ที่ต้องทำคำชี้ขาดให้เสร็จภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับดังกล่าวเป็นเพียงกรอบเวลาที่ได้กำหนดให้ดำเนินการเท่านั้น การที่อนุญาโตตุลาการไม่อาจทำคำชี้ขาดได้เสร็จภายในกำหนดเวลาตามข้อบังคับ ไม่ถึงกับทำให้กระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 45(1)

(ค) ศาลที่มีเขตอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาด ตาม New York Convention Article 5(1)(e) ได้แก่ ศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ศาลไทยจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเนื่องจากประเทศไทยไม่ใช่ประเทศที่มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9476/2558 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งวาเรน-แฟร์โอนด์ แดร์ ฮามบวร์เกอร์ เบอร์เซ อี.วี. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 ถึงมาตรา 44 เห็นได้แจ้งชัดว่า คู่พิพาทอาจร้องขอต่อศาลประเทศไทยที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้ และศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น ตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 หรือคู่พิพาทซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งได้กระทำขึ้นในต่างประเทศอาจขอให้ศาลประเทศไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวหากสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 (1) ถึง (6) บัญญัติได้เท่านั้น แต่ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศ การร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องร้องขอต่อศาลในประเทศที่คำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำขึ้นเท่านั้น สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 5(1)(อี) ใน

อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติหรือ “UNCITRAL Model Laws” ที่กำหนดไว้ใน Article 34 และ 36 การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 นั้น เฉพาะศาลที่มีการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลเท่านั้นที่อาจพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น ผู้คัดค้านจึงไม่อาจยื่นคำร้องขอแย้งให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ซึ่งเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9477/2558 แม้หนี้ตามสัญญาซื้อขายที่มีคำชี้ขาดนี้จะเป็นหนี้เงิน ซึ่งกฎหมายให้คิดดอกเบี้ยได้นับแต่วันที่ผิดนัด แต่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ต้องเป็นไปตามข้อเรียกร้อง และคำขอให้ให้ชี้ขาดในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งตามข้อเรียกร้องของผู้ร้องมิได้มีคำขอดอกเบี้ยหลังวันชี้ขาดด้วย และอนุญาโตตุลาการก็ชี้ขาดดอกเบี้ยเฉพาะตามที่ขอ เมื่อผู้ร้องมาขอบังคับตามคำชี้ขาดผู้ร้องจึงไม่อาจขอให้บังคับเกินไปกว่าคำชี้ขาดนั้นได้ ดังนั้น แม้ผู้ร้องจะมีคำขอดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันร้องขอเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จมาทำคำร้อง ก็เป็นการขอบังคับเกินไปกว่าคำชี้ขาดที่กำหนดสถานะความรับผิดของผู้คัดค้านจากการผิดสัญญาซื้อขายไว้โดยเฉพาะแล้ว และตาม พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น ศาลไม่อาจมีคำพิพากษาบังคับเกินคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

(ง) กรณีที่ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13570/2556 การที่อนุญาโตตุลาการตีความว่าคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงและแน่นอนว่าจะให้มีการใช้อุญาโตตุลาการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายไทยในการระงับข้อพิพาท และตีความให้ใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันบังคับนั้น เป็นการใช้อุญัตินิติโดยชอบของอนุญาโตตุลาการและมีใช่เป็นการใช้อำนาจนอกขอบเขตอำนาจ ทั้งไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ผู้คัดค้านยื่นข้อเรียกร้องเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 2005 (พ.ศ. 2548) แต่ผู้คัดค้านพิมพ์ปีที่ยื่นข้อเรียกร้องเป็น ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) อนุญาโตตุลาการจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า นับตั้งแต่งการชำระเงินครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2546 จนถึงวันที่ผู้เรียกร้อง (ผู้คัดค้าน) ยื่นข้อเรียกร้องต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2547 สิทธิเรียกร้องของผู้เรียกร้อง (ผู้คัดค้าน) ไม่ขาดอายุความ แต่ความจริงผู้คัดค้านยื่นข้อเรียกร้องต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2548 ซึ่งสิทธิเรียกร้องของผู้คัดค้านสิ้นสุดตั้งแต่วันที่ 16 พฤษภาคม 2548 แล้ว ผู้คัดค้านยื่นข้อเรียกร้องเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2548 จึงขาดอายุความ เมื่อคู่พิพาทตกลงให้ใช้กฎหมาย

ไทยในการระงับข้อพิพาทและข้อพิพาทนี้เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องตามสัญญาจ้างทำของซึ่งมีกำหนดอายุความ 2 ปี ตาม ป.พ.พ มาตรา 193/34(1) การชำระหนี้ครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2546 เป็นการรับสภาพหนี้ด้วยการชำระหนี้บางส่วน ทำให้อายุความสะดุดหยุดลง ตามมาตรา 193/14(1) และเริ่มนับอายุความใหม่ตั้งแต่นั้น อายุความการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้คัดค้านจึงสิ้นสุดวันที่ 16 พฤษภาคม 2548 เมื่อผู้คัดค้านไม่ได้ใช้สิทธิเรียกร้องภายในระยะเวลาดังกล่าวสิทธิเรียกร้องของผู้คัดค้านจึงเป็นอันขาดอายุความ ผู้ร้องมีสิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ การที่อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นเรื่องอายุความโดยผิดพลาดเช่นนี้หากมีการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีเหตุให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียตาม พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 (2)(ข) และกรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นตามมาตรา 45(1) ผู้ร้องจึงมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาได้

กำหนดเวลาสำหรับร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ไม่ใช่เรื่องอายุความ จึงไม่อาจนำเรื่องอายุความสะดุดหยุดลงมาใช้บังคับได้

คำพิพากษาที่ 16037/2556 พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสอง เป็นบทบังคับเรื่องกำหนดเวลาสำหรับร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ไม่ใช่เรื่องอายุความ จึงไม่อาจนำเรื่องอายุความสะดุดหยุดลงมาใช้บังคับได้ การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในครั้งแรกเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2551 และศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำร้องของผู้ร้องเพราะคำร้องบกพร่อง ผู้ร้องก็ชอบที่จะแก้ไขข้อบกพร่องและยื่นคำร้องเสียใหม่ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว หรือหากผู้ร้องเห็นว่าศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำร้องเป็นการไม่ชอบ ผู้ร้องก็ชอบที่จะอุทธรณ์คำสั่งศาลชั้นต้นที่ไม่รับคำร้องดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 วรรคท้าย แต่เมื่อผู้ร้องมิได้ดำเนินการดังกล่าวมาจนล่วงเลยระยะเวลา 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ร้องได้รับสำเนาคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ผู้ร้องย่อมขาดสิทธิที่จะยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ตาม พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคสอง

(2) แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง¹⁴

แนวความคิดของกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนนั้นแตกต่างจากกฎหมายเอกชน เนื่องจากกฎหมายปกครองมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะของ

¹⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “สรุปสาระสำคัญโครงการสัมมนาเพื่อการพัฒนางานอนุญาตตุลาการ เรื่องมุมมองของศาลไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ, วันที่ 25 สิงหาคม 2560, น. 6-9.

ประชาชนเป็นสำคัญ จึงไม่อาจนำหลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของคู่สัญญามาปรับใช้เป็นหลักในการพิจารณาคดีปกครองได้ เช่น หากหน่วยงานของรัฐทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างกับบริษัทผู้รับเหมาชื่อดังแห่งหนึ่ง ปรากฏว่าหน่วยงานรัฐดำเนินการเบี่ยงงบประมาณซึ่งใช้เวลาค่อนข้างมาก ทำให้เอกชนคู่สัญญาไม่ได้รับชำระเงินภายในระยะเวลาที่ตกลงกัน หรือเอกชนก่อสร้างอาคารไม่ได้มาตรฐานตามที่เสนอราคา มา ทำให้การชำระหนี้ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือผิดนัดไม่ชำระหนี้ หากพิจารณาหลักทั่วไปในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีเช่นนี้ถือว่ามี การผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ผลที่ตามมาคือเมื่อบอกเลิกสัญญาแล้วต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการรื้อถอนอาคารและคืนราคาแก่ผู้ซื้อ ปัญหาก็คือหากอาคารหลังนี้จัดซื้อจัดจ้างเพื่อเอาไว้ใช้สำหรับเป็นอาคารผู้ป่วยของกระทรวงสาธารณสุข การรื้อถอนไปย่อมทำให้ประชาชนไม่ได้ใช้ประโยชน์จากอาคารผู้ป่วยหลังนี้ อันเป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยตามหลักกฎหมายมหาชนเป็นต้น ขอบเขตของหลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายปกครอง จึงมีขอบเขตบางส่วนที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ในความหมายอย่างกว้างที่สุดจะครอบคลุมถึงคุณค่าที่เป็นแก่นสำคัญของเจตจำนงร่วมกันของสังคมและกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วย ความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัย ความสะอาดและอนามัย ในระยะต่อมา มีการขยายไปถึงการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ แต่ในส่วนของศีลธรรมอันดีในทางมหาชนยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่

ลักษณะหรือความหมายของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองวางแนวทางไว้ว่า ต้องเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวม การจัดทำบริการสาธารณะ ความมั่นคงปลอดภัยของประชาชน และการจัดการทุจริต

ที่มาหรือบ่อเกิดของความสงบเรียบร้อย ศาลอ้างอิงทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหลักกฎหมายทั่วไป (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554)

การปรับใช้หลักกฎหมายปกครองซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะ มีผลต่อขอบเขตของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในคดีปกครอง เช่น หลักบริการสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554)

ประเด็นที่เป็นเนื้อหาของสาระของข้อพิพาท (Merits of a Case) โดยปกติแล้ว ศาลปกครองจะไม่เข้าไปทบทวนเนื้อหาของสาระของข้อพิพาทเพื่อรักษาหลักการที่ต้องให้ความเคารพต่อระบบการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ อันมีที่มาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและความตกลงของคู่กรณี ศาลจึงมีแนวบรรทัดฐานว่าการพิจารณาเนื้อหาของสาระและข้อเท็จจริงของข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การโต้แย้งในประเด็นเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาก่อสร้างและสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่

อ.71/2556) หรือการชี้ขาดประเด็นพิพาทที่ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบก่อสร้างเป็นการดำเนินการตามสัญญาหรือไม่ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.248/2557)

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองก็มีการทบทวนในเนื้อหาของสาระของข้อพิพาท หากศาลปกครองเห็นว่า เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ประเด็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดค่าใช้จ่ายหรือเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมระหว่างคู่สัญญาที่ต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1259/2559) หรือประเด็นความไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่ไม่ได้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2549)

การชี้ขาดนอกขอบเขตสัญญาหรืออำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เช่น คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดให้คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีต้องชำระหนี้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ หรือต้องชำระหนี้ในหนี้ที่ไม่มีมูลอันจะอ้างกฎหมาย เช่นนี้ ศาลปกครองถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนประเด็นเรื่องดอกเบี้ยในกรณีที่เอกชนทำงานล่าช้าแล้วหน่วยงานของรัฐริบเงินที่นำมาวางขณะทำสัญญา ต่อมาอนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยเห็นว่าเงินที่หน่วยงานของรัฐริบไปนั้นเป็นเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนให้หน่วยงานของรัฐคืนเงินที่ริบไปนั้นบางส่วนแก่เอกชน เช่นนี้ไม่อาจสั่งหน่วยงานของรัฐใช้ดอกเบี้ยในเงินที่มีค่าชี้ขาดให้คืนได้เนื่องจากขณะที่ริบเงินหน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบได้โดยชอบ ดังนั้น จึงไม่อาจเรียกดอกเบี้ยในส่วนนี้ได้ หากอนุญาโตตุลาการกำหนดดอกเบี้ยในส่วนนี้ให้ ศาลปกครองถือว่าเป็นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ประเด็นทางกระบวนการวิธีพิจารณาหรือวิธีสบัญญัติ เมื่อมีการจำกัดอำนาจศาลในการพิจารณาเนื้อหาของสาระของข้อพิพาทแล้ว กลไกของกฎหมายจึงต้องทำให้กระบวนการพิจารณาและการทำคำชี้ขาดต้องมีมาตรฐานและมีความน่าเชื่อถือ โดยศาลปกครองได้วางแนวทางกว้าง ๆ ว่าเรื่องดังต่อไปนี้ เป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความเป็นอิสระและเป็นกลางของคณะอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 19 และกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.2/2552, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2560 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.1/2553)

ปัญหาเรื่องอายุความในคดีปกครอง ถือเป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อพิพาทเอาไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่ง จึงต้องกระทำภายในอายุความใช้สิทธิเรียกร้องในแต่ละเรื่อง ซึ่งต่างจากคดีแพ่งที่ศาลยุติธรรมมองว่าเป็นเรื่องสิทธิของคู่ความ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2560)

หลักการปฏิบัติอย่างเสมอภาคในกระบวนการพิจารณา (Due process of law) เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น หลักที่ว่าจะต้องให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยให้มีโอกาสเสนอพยานหลักฐาน รวมถึงเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น ซึ่งมักจะเป็นข้อต่อสู้ของคู่พิพาทอยู่เสมอในการขอให้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดหรือขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดเพราะกระบวนการพิจารณาดังกล่าวนี้น่าเชื่อถือกับปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.132/2559, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1876 -1877/2559)

นอกจากข้อต่อสู้ในเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการแล้ว ข้อต่อสู้ที่มักถูกยกขึ้นกล่าวอ้างอีกประการหนึ่งได้แก่ ประเด็นว่าการรับฟังพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการชอบหรือไม่ อย่างไรก็ดี การที่อนุญาโตตุลาการจะรับฟังพยานหลักฐานขึ้นใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาสาระแห่งข้อพิพาทซึ่งเป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ หากอนุญาโตตุลาการรับฟังพยานหลักฐานภายในขอบเขตอำนาจและดุลพินิจของตนเอง ศาลปกครองวินิจฉัยวางแนวมาตลอดว่าไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.736/2555)

ก.การที่กฎหมายกำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลาง และเป็นอิสระ (มาตรา 19 วรรคหนึ่ง) บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นในกรณีนี้จึงสามารถอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.2/2552

กฎหมายบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพื่อให้การระงับข้อพิพาทสำเร็จลุล่วงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 19 ดังกล่าวจึงเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งหากข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีมีอยู่จริง การตั้งอนุญาโตตุลาการก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ยกคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการของผู้ร้องนั้นฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งไม่ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ของผู้ร้องนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.2/2553 ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าอนุญาโตตุลาการของฝ่ายผู้คัดค้านไม่มีความเป็นกลางและไม่เป็นอิสระ ซึ่งหากข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องมีอยู่จริง การตั้งอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นการไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว และทำให้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำสั่งให้ยกคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการของผู้ร้องนั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งไม่ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ต่อ

ศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ผู้ร้องจึงขอที่จะอุทธรณ์คำสั่งยกคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้

ข. วิธีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 20 วรรคหนึ่งเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ยกคำคัดค้านโดยอ้างเหตุดังกล่าว ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ค.1/2553 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่คู่พิพาทได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อคณะอนุญาโตตุลาการ โดยกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านไว้เพื่อให้มีให้อนุญาโตตุลาการถูกคัดค้านโดยไม่มีที่สิ้นสุด อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งการคัดค้านนั้นก่อนที่จะยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาล กรณีจึงถือว่าเป็นขั้นตอน หรือเป็นวิธีการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้คัดค้านต้องดำเนินการก่อน จึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ มาตรา 20 วรรคหนึ่ง จึงเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้ร้องจึงขอที่จะอุทธรณ์คำสั่งยกคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นโดยมีคำสั่งให้รับอุทธรณ์ของผู้ร้อง

หมายเหตุ : โดยทั่วไปแล้ว บทกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับ “วิธีการ” นั้นจะไม่ถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเป็นเพียง “วิธีการ” ที่ให้ปฏิบัติตามเท่านั้นไม่ได้เกี่ยวกับอำนาจ ความสามารถหรือสิทธิหน้าที่ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งจะมีผลกระทบต่อมาตรฐานทั่วไปของสังคม หรือการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม กรณีนี้จึงไม่น่าจะถือว่าบทบัญญัติมาตรา 20 วรรคหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับระยะเวลายื่นคำคัดค้าน เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ค. กรณีพนักงานอัยการได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ จะถือว่ามิคุณสมบัติต้องห้ามหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและเหตุผลเฉพาะตัวเป็นรายกรณีไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.4/2557 เมื่อพิจารณาตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2540 ซึ่งกำหนดให้องค์กรอัยการมีภารกิจหน้าที่ที่หลากหลายมิใช่แต่การรักษาผลประโยชน์ของรัฐเพียงอย่างเดียวแต่ขึ้นอยู่กับบทบาทของพนักงานอัยการในแต่ละด้านด้วย ประกอบกับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐย่อมหมายถึงการรักษาผลประโยชน์ที่รัฐพึงมีโดยชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การเอาเปรียบหรือเอาประโยชน์ที่เอกชนพึงมีโดยชอบด้วยกฎหมายมาเป็นของรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น พนักงานอัยการที่เป็นอนุญาโตตุลาการจึงมีหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ ขณะเดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิของเอกชนด้วยเช่นเดียวกัน โดยในการพิจารณาถึงเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของพนักงานอัยการที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลเฉพาะตัวเป็นรายกรณีไป เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าพนักงาน

อัยการซึ่งถูกร้องคัดค้านเคยได้รับมอบอำนาจให้ว่าต่างแก่ต่างทางคดีแทนผู้คัดค้าน หรือเป็นผู้ตรวจ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตรวจร่างสัญญาที่พิพาท หรือให้คำปรึกษาเกี่ยวกับสัญญาที่พิพาทกันในชั้นอนุญาโตตุลาการมาก่อน และมีได้เป็นผู้รับมอบอำนาจในการต่อสู้คดีกับผู้ร้อง หรือเป็นหรือเคยเป็นกรรมการของผู้คัดค้านมาก่อน ประกอบกับไม่เคยเป็นลูกจ้างของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือเคยเป็นที่ปรึกษา ผู้รับมอบอำนาจ ทนายความ หรือผู้รับจ้างแก่คู่พิพาทเห็นได้ว่ากรณีไม่ปรากฏเหตุเฉพาะตัวของพนักงานอัยการผู้ถูกคัดค้านที่อาจกระทบถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ การเป็นอนุญาโตตุลาการของพนักงานอัยการจึงไม่มีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระแต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.5/2557 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.6/2557

โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัตินิยามหรือลักษณะของความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาลักษณะความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างประกอบด้วย บนพื้นฐานความเชื่อมั่นและการยอมรับของคู่พิพาท ซึ่งจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุควรสงสัยของแต่ละรายการกรณีไปโดยผู้ร้องจะต้องแสดงพฤติการณ์ให้เห็นอย่างเพียงพอถึงข้อเท็จจริงที่สนับสนุนในเรื่องความสงสัยนั้น อีกทั้งต้องพิจารณาจากการมีส่วนร่วมได้เสียหรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยต้องไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือภายใต้อิทธิพลของคู่พิพาท (คำสั่งที่ ค.5/2557 และ ค.6/2557 วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน)

การคัดค้านและขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

บทบัญญัติในส่วนนี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุดที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างระบบการชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการกับระบบการชี้ขาดข้อพิพาทโดยองค์กรศาล ซึ่งกฎหมายจำเป็นต้องกำหนดและจัดวางความสัมพันธ์ดังกล่าวให้สมดุลเหมาะสม หลักคิดตามที่ปรากฏในกฎหมายปัจจุบันของไทยวางอยู่บนพื้นฐานการส่งเสริมระบบอนุญาโตตุลาการ โดยถือหลักว่าเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้วก็ต้องดำเนินไปตามนั้น ส่วนการให้เพิกถอนคำชี้ขาด รวมถึงการปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดถือเป็นข้อยกเว้น โดยการที่กฎหมายกำหนดกรณีที่ให้เพิกถอนได้เอาไว้ อย่างจำกัดและเจาะจง

หลักเกณฑ์ในการคัดค้านและขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายเดิมมิได้มีบทบัญญัติไว้โดยตรง แต่ตามกฎหมายปัจจุบัน อันได้แก่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 40 ดังนี้

มาตรา 40 การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป”

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องในประเด็นนี้พบว่า เมื่อมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า การยื่นคำร้อง

หลักฐาน และขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดนั้นเป็นกรณีที่สามารถปฏิบัติตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือไม่ เช่น กรณีที่ปรากฏว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ก็เป็นเหตุต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ได้อีกตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3)(คำสั่งที่ ร.233/2556 และคดีหมายเลขแดงที่ อ.638/2556)

ประเด็นที่น่าสนใจในส่วนที่เกี่ยวกับการคัดค้านและขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ประเด็นการพิจารณาว่า กรณีเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็เป็นเหตุที่ศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) โดยมีกรณีตัวอย่างที่ศาลได้วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ เช่น ศาลเห็นว่าอำนาจของคู่สัญญาในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้นเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในส่วนที่จะต้องเคารพต่อหลักการบริการสาธารณะ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับสิทธิในการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพียงเพราะเหตุที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาในข้อที่เป็นสิทธิหน้าที่ตามปกติของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานของรัฐ เป็นการขัดต่อหลักการบริการสาธารณะ คำชี้ขาดเช่นนั้น จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (คดีหมายเลขแดงที่ อ.676/2554) หรือกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ยอมรับให้การแก้ไขสาระสำคัญของสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะมีผลบังคับใช้ได้ ทั้ง ๆ ที่การแก้ไขสาระสำคัญของสัญญาดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการอนุมัติและให้ความเห็นชอบของผู้มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาที่ อ.349/2549) ในขณะเดียวกัน หากการคัดค้านคำชี้ขาดเป็นการคัดค้านที่เห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นเพียงการโต้แย้งดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลก็เห็นว่ากรณีไม่ใช่ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ที่จะเป็เหตุให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ (คำพิพากษาที่ อ.736/2555)

ก. คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ยกคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาดเป็นกรณีที่เห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่อาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้อีก

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.233/2556

ผู้ร้อง (เทศบาลตำบลเทพกระษัตรี) มีข้อพิพาทเกี่ยวกับเงินค่าปรับตามสัญญาจ้างก่อสร้างถนนพร้อมคูระบายน้ำกับผู้คัดค้าน (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ส.) คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ยกข้อเรียกร้องของผู้ร้อง ผู้ร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า การวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และไม่

ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงพิพากษายกคำร้อง เห็นได้ว่า ผลแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คำอุทธรณ์ของผู้ร้องที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่กำหนดให้ศาลปกครองรับไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำอุทธรณ์ของผู้ร้องนั้นชอบแล้ว

ข. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง คำชี้ขาดที่นำเอาหลักกฎหมายเอกชนในเรื่องการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมาปรับใช้ ขัดต่อหลักการบริการสาธารณะ ถือเป็นคำชี้ขาดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาและการยอมรับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.676/2554

สัญญาจ้างก่อสร้างระบบชลประทานและโรงไฟฟ้า โครงการห้วยยะโม จังหวัดตาก ระหว่างผู้ร้อง (กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน) กับผู้คัดค้าน (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ท. โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์) ซึ่งระบบชลประทานและโรงไฟฟ้าที่ผู้คัดค้านทำการก่อสร้างนั้นถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องในฐานะหน่วยงานทางปกครองใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนได้ใช้ในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต อันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง แม้ในระบบกฎหมายไทยจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองเป็นการเฉพาะ แต่แนวความคิดรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต่างอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายมหาชนซึ่งมุ่งเน้นกำหนดภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการทางปกครองให้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งก็มีหลักการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจมหาชนเหนือกว่าเอกชนเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐบรรลุผลอย่างมีประสิทธิภาพการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจึงอยู่ภายใต้หลักการจัดทำบริการสาธารณะที่สำคัญ 3 ประการ อันได้แก่ (1) หลักว่าด้วยความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ (2) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะ และ (3) หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้การบริการสาธารณะเหมาะสมกับเหตุการณ์และสอดคล้องต่อความต้องการของประชาชน ด้วยหลักการบริการสาธารณะทั้งสามประการดังกล่าว การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองเพื่อให้การบริการสาธารณะบรรลุผล คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิเหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น อำนาจในการควบคุมดูแลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญา อำนาจในการแก้ไขข้อกำหนดของสัญญาได้ฝ่ายเดียว และอำนาจในการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เป็นต้น โดยเอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง และต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิดังกล่าวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อสัญญาทางปกครองที่จัดทำขึ้นระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งที่คู่สัญญา

มีความสัมพันธ์ในลักษณะเท่าเทียมกันและคู่สัญญาจะต้องเคารพต่อเจตนาของสัญญาเป็นสำคัญ การนำกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้าน จึงจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการบริการสาธารณะดังกล่าว ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของ คณะอนุญาโตตุลาการนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักการจัดทำบริการสาธารณะของ ฝ่ายปกครองประกอบกันด้วย โดยที่มาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเจตนารมณ์ ที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ในฐานะปัจเจกบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่สำหรับการปฏิบัติตาม สัญญาทางปกครองนั้น จะให้ความสำคัญกับภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการ สาธารณะเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนเป็นหลัก และการคุ้มครองประโยชน์ของ มหาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองจะอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของ ปัจเจกบุคคลเสมอ แต่หากการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองด้วยเหตุผลดังกล่าวไปก่อให้เกิดความ เสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดเชยเยียวยา ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เพราะฉะนั้นการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนโดยทำ ให้การบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่บรรลุวัตถุประสงค์ จึงไม่อาจกระทำได้ ประกอบกับปรากฏ หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาทางปกครองอาจสิ้นสุดลงได้ ด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 ประการนี้ คือ ประการแรก สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงตามปกติ เมื่อคู่สัญญาบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญา และประการที่สอง สัญญาทางปกครองสิ้นสุดลงด้วยการ เลิกสัญญา ซึ่งการเลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ 4 กรณีดังนี้ (1) การเลิกสัญญาโดย ความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย (2) การเลิกสัญญาเมื่อสัญญาเลิกกันโดยปริยาย เช่น มีเหตุ สตรีวิสัย ทำให้วัตถุประสงค์ของสัญญาหมดไป (3) การเลิกสัญญาเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ เลิกสัญญา และ (4) การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลิกสัญญาฝ่ายเดียวกรณีจึงเห็นได้ว่า การ ที่ผู้คัดค้านยกเอาเหตุที่ผู้ร้องผิดนัดชำระหนี้มาบอกเลิกสัญญา ตามมาตรา 387 โดยทำให้การจัดทำ บริการสาธารณะของผู้ร้องต้องหยุดชะงัก ย่อมไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการที่ว่า ผู้คัดค้านมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แห่งประมวลกฎหมายข้างต้น และการที่ผู้คัดค้าน มีหนังสือ ลงวันที่ 23 มีนาคม 2543 บอกเลิกสัญญากับผู้ร้องเป็นการบอกเลิก สัญญาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำชี้ขาดที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 34 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งถือว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญา อนุญาโตตุลาการและการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (1)(ง) และ (2)(ข) แห่งพระราชบัญญัติ เดียวกัน คดีจึงมีเหตุอันสมควรที่ศาลปกครองจะพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโต ตุลาการดังกล่าวทั้งหมดเพื่อให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ อีกครั้งหนึ่ง

พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ค. บทกฎหมายที่จะเป็นบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จะต้องเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม มาตรา 391 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่บทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.48/2555 ผู้ร้อง (องค์การบริหารส่วนตำบลเกาะยางใหญ่) ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดในส่วนของประเด็นที่ให้ผู้ร้องจ่ายเงินค่าจ้างงาน งวดที่ 2 งวดที่ 3 งวดที่ 4 และงวดที่ 6 (บางส่วนร้อยละ 30 ของค่าจ้าง) ตามสัญญาจ้างก่อสร้างสะพานท่าเทียบเรือบ้านช่องหลาดแก่ผู้คัดค้าน ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน ไม่ได้เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประชาชนโดยส่วนรวม หรือเป็นกรณีที่มีการทุจริตแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ อันถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าเงินที่นำมาชำระเป็นเงินรายได้ของรัฐอันเป็นภาษีของประชาชนนั้น ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวไม่ใช่ประโยชน์ของส่วนรวมโดยตรง อันจะถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ คณะอนุญาโตตุลาการได้เปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้ทราบการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้ทราบและโต้แย้งพยานหลักฐานต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว กรณีจึงไม่ได้เป็นการที่คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยไม่ชอบอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะรับฟังพยานหลักฐานใดเพื่อนำมาวินิจฉัยชี้ขาดนั้นก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน มิใช่เกี่ยวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด บทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม คู่กรณีจะแสดงเจตนาตกลงเป็นอย่างอื่นหรือยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นหลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับผลของการเลิกสัญญา ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ห้ามคู่สัญญาที่จะทำนิติกรรมตกลงกันให้ผลของการเลิกสัญญาเป็นประการอื่น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ใช่บทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นเป็นเพียงบทบัญญัติหลักทั่วไปในการตีความกรณีมีข้อสงสัยในมูลหนี้เท่านั้นมิใช่บทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่ออุทธรณ์ของผู้ร้องไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด อีกทั้งสิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งในคดีนี้มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติข้อห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นไว้ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการ คำสั่งไม่รับคำอุทธรณ์ของศาลปกครองชั้นต้นจึงเป็นเพียงการจำกัดสิทธิอุทธรณ์ของผู้ร้องตามที่กฎหมายกำหนด มิได้เป็นการตัดสิทธิของผู้ร้องในกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา 40 (1) ถึง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด

ง.การกล่าวอ้างโต้แย้งดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานของคณะอนุญาโตตุลาการมิใช่เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.736/2555 ผู้ร้อง (เทศบาลตำบลหอมศีล) ได้ทำสัญญาว่าจ้างผู้ตัดค้ำที่ 1 ให้ก่อสร้างถนนลาดยางแอสฟัลท์ติกคอนกรีตบริเวณหมู่บ้านที่ 2 - 3 ตำบลหอมศีล จังหวัดฉะเชิงเทรา ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการขอให้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาพยานหลักฐานที่ผู้ร้องและผู้ตัดค้ำเสนอแล้วมีคำชี้ขาดว่าพยานหลักฐานฝ่ายผู้ตัดค้ำที่ได้รวบรวมไว้ระหว่างปฏิบัติงานเป็นชั้นเป็นตอน ส่วนพยานหลักฐานฝ่ายผู้ร้องโดยเฉพาะเอกสารบันทึกข้อความของเทศบาลตำบลบางเกลือ ที่ทำการทดสอบความหนาแน่นของวัสดุถนนลาดยางไม่ปรากฏหลักฐานการลงนามในรายงาน ช่างผู้ควบคุมงานไม่มีหลักฐานหนังสือรายงานชี้แจงการทำงานของผู้รับจ้างและคณะกรรมการตรวจการจ้างไม่มีบุคคลใดที่มีความรู้ด้านการช่าง คุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจการจ้างไม่น่าเชื่อถือ เอกสารบันทึกความเห็นของผู้ควบคุมงานทำขึ้นภายหลัง จึงมีความขัดแย้งกันโดยสิ้นเชิงไม่น่าเชื่อถือ จึงชี้ขาดว่าผู้ร้องเป็นฝ่ายผิดสัญญาให้ยกคำเสนอข้อพิพาทของผู้ร้อง และให้ผู้ตัดค้ำที่ 1 ได้รับเงินค่าจ้างตามสัญญา จำนวน 1,777,500 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินจำนวนดังกล่าวนับแต่วันที่ 24 เมษายน 2544 จนกว่าจะชำระให้แก่ผู้ตัดค้ำที่ 1 เสร็จสิ้น ผู้ร้องเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากไม่รับฟังพยานหลักฐานของผู้ร้องคำชี้ขาดไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทและการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้ว พิพากษายกฟ้องผู้ร้องอุทธรณ์ว่า คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากขัดต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่รับฟังพยานหลักฐานของผู้ร้องเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายเพราะผู้ร้องได้เสนอพยานหลักฐาน ทั้งพยานเอกสาร พยานบุคคล และพยานวัตถุจนเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าผู้ตัดค้ำเป็นผู้ผิดสัญญา การชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชั่งน้ำหนักพยาน คำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทและการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งการอุทธรณ์ของผู้ร้องเป็นการอุทธรณ์การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและชั่งน้ำหนักพยานเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการรับฟังพยานและการชั่งน้ำหนักพยาน มิใช่เป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและ

ศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบกับคำอุทธรณ์ของผู้ร้องไม่มีเหตุที่จะรับฟังได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ผ่าฝืนต่อบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (2) แห่ง พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาตรงตามคำชี้ขาดของคณะ อนุญาโตตุลาการ และไม่มีตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในองค์คณะซึ่งพิจารณาคดีนี้ได้ให้ความเห็นแย้ง ไว้ในคำพิพากษาและมีใช้กรณีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว อุทธรณ์ของผู้ร้องจึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ถึง (5) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งให้ยก อุทธรณ์ของผู้ร้อง ตามข้อ 108 วรรคหนึ่งแห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2543

จ. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญา มิใช่คำชี้ขาดข้อ พิพากโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามสัญญา ศาลปกครองมิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจที่จะรับคำร้อง ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 (คดีวอลเตอร์ บาว)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.883/2556 ผู้ร้องที่ 3 (กรมทางหลวง) โดยผู้ร้องที่ 2 (กระทรวงคมนาคม) มีนโยบายที่จะจัดให้มีระบบทางหลวงสัมปทาน โดยบริษัทเอกชนเป็นผู้ลงทุน ออกแบบ ก่อสร้าง ประกอบการ บำรุงรักษา จึงได้ประกาศเชิญชวนบริษัทที่มีคุณสมบัติยื่นคำขอ ลงทุน ปราบกฏว่าผู้ร้องที่ 3 โดยผู้ร้องที่ 1 (ราชอาณาจักรไทย) และบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้ ลงนามในสัญญาสัมปทาน เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2532 โดยก่อสร้างแล้วเสร็จเปิดใช้ทางหลวง สัมปทานได้เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2537 ซึ่งต่อมาบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด ได้เปลี่ยนชื่อเป็น บริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน (บริษัท ว. จำกัด) เป็นนิติบุคคลจดทะเบียน ณ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีภูมิลำเนาอยู่ ณ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้เข้าถือหุ้นในบริษัท ดอนเมืองโทลเวย์ จำกัด หรือบริษัททางยกระดับดอนเมือง จำกัด (มหาชน) โดยเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2548 ซึ่งเป็นวันที่ผู้บริหารและจัดการในกระบวนการล้มละลายของผู้คัดค้านยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อ คณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศผู้คัดค้านถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว เพียงร้อยละ 9.8 และต่อมาวันที่ 3 ธันวาคม 2549 ผู้คัดค้านได้ขายหุ้นทั้งหมดให้แก่เอกชนรายอื่นแล้วราชอาณาจักรไทย ผู้ร้องที่ 1 กับ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการทำสนธิสัญญาเพื่อขยายความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐทั้งสอง ได้แก่ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและการถ้อยทีถ้อยอาศัยคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2504 และ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน พ.ศ. 2545 ซึ่งในสนธิสัญญาปี พ.ศ. 2545 กำหนดให้เมื่อสนธิสัญญา ปี พ.ศ. 2545 มีผลบังคับใช้ (20 ตุลาคม 2547) ให้สนธิสัญญา ปี พ.ศ. 2504 สิ้นสุดลง และมีข้อตกลงว่าหากมีข้อพิพาทระหว่างภาคีสัญญาและผู้ลงทุนของภาคี คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งควรระงับข้อพิพาทอย่างฉันทมิตร หากข้อพิพาทไม่สามารถระงับได้ภายในหกเดือน นับตั้งแต่วันที่คู่กรณีในข้อพิพาทฝ่ายใดได้ยกข้อพิพาทขึ้นให้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการ

และให้คำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพัน ต่อมาเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2548 ผู้บริหารและจัดการในกระบวนการล้มละลายของผู้คัดค้านได้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการต่างประเทศโดยอ้างสิทธิในฐานะนักลงทุนตามสนธิสัญญาระหว่างผู้ร้องที่ 1 กับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน พ.ศ. 2545 ให้ระงับข้อพิพาทระหว่าง ผู้ร้องที่ 1 กับผู้คัดค้านซึ่งผู้คัดค้านเรียกร้องให้ผู้ร้องที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหาย คณะอนุญาโตตุลาการได้แยกการพิจารณาคดีออกเป็นสองขั้นตอน โดยในขั้นตอนการพิจารณาเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดว่าผู้คัดค้านมีสิทธิยื่นข้อพิพาทต่อผู้ร้องที่ 1 ตามสนธิสัญญา ส่วนในขั้นตอนการพิจารณาเนื้อหาสาระอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ให้ผู้ร้องที่ 1 ชำระเงินจำนวน 29.21 ล้านยูโร ให้แก่ผู้คัดค้านเป็นค่าเสียหายสำหรับการที่ผู้ร้องที่ 1 ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งมีต่อผู้คัดค้านในฐานะนักลงทุนตามสนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน พ.ศ. 2545 ซึ่งมีผลผูกพันนับแต่วันที่ 20 ตุลาคม 2547 ผู้ร้องทั้งสามยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการทั้งสองฉบับ โดยอ้างว่าผู้คัดค้านไม่ใช่ผู้ลงทุนที่จะได้รับการคุ้มครองตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน พ.ศ. 2545 จึงไม่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อคณะอนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด เพราะไม่อยู่ในขอบเขตของสนธิสัญญาดังกล่าว และเป็นเรื่องที่ไม่สามารถระงับโดยคณะอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาและตามกฎหมาย นอกจากนี้ มูลเหตุที่ผู้คัดค้าน กล่าวอ้างเพื่อขอให้ผู้ร้องที่ 1 ชดใช้ค่าเสียหายนั้น ไม่อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาด และเป็นกรณีเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญาดังกล่าวได้จึงเป็นคำชี้ขาดที่กระทำโดยปราศจากอำนาจและเกินขอบเขตที่ภาคีสัญญาได้ตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา อีกทั้งเป็นการล่วงละเมิดหลักและเจตนารมณ์ของสนธิสัญญา จึงไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจโดยมิชอบเนื่องจากวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อันมีผลเป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยทางศาลของราชอาณาจักรไทย จึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดอำนาจอธิปไตยทางศาล อีกทั้งผู้คัดค้านดำเนินการต่าง ๆ โดยมีเจตนาอันไม่สุจริต การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามนัยมาตรา 40 วรรคสาม (1)(ก)(ข)(ง) และ (2)(ก)(ข) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ เห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งเป็นเหตุแห่งการมีคำร้องนี้ เกิดขึ้นจากการที่ผู้คัดค้านอ้างเหตุในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการว่า เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการแทรกแซงและการละเลยต่อหน้าที่ของผู้ร้องที่ 1 ที่มีต่อผู้คัดค้าน ทำให้มูลค่าการลงทุนและความคาดหวังในการลงทุนของผู้คัดค้านที่ได้รับจากสัญญาสัมปทานทางหลวงฯ เสียหาย และเป็นผู้ได้รับความคุ้มครองให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธี

อนุญาโตตุลาการ ตามสนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คำชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวจึงเป็นคำชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและการถ่ายโอนที่ถ่ายโอนการลงทุน พ.ศ. 2504 และสนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนต่างตอบแทน พ.ศ. 2545 ซึ่งมีใช้คำชี้ขาดข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามสัญญาสัมปทานทางหลวงในทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 31 ถนนวิภาวดีรังสิต ตอนดินแดง - ดอนเมือง พ.ศ. 2532 ศาลปกครองจึงมีใช้ศาลที่มีเขตอำนาจที่จะรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาตามมาตรา 40 ประกอบกับมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คดีตามคำร้องนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ฉ. เมื่อเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อาจนำแต่เพียงข้อสัญญาและหลักกฎหมายเอกชนมาใช้เช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่ต้องนำเอากฎหมายอื่น ๆ มาปรับใช้ด้วย ส่วนการใช้ดุลพินิจลดค่าปรับเป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.108/2553

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นั้นไม่อาจวินิจฉัยแต่เพียงนำข้อกำหนดในสัญญาและนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับเช่นเดียวกับข้อพิพาทในสัญญาทางแพ่งทั่วไปเท่านั้น แต่พึงต้องพิจารณาถึงระเบียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย เมื่อข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติบังคับให้ปฏิบัติโดยชัดแจ้ง โดยนอกจากจะมีวัตถุประสงค์มิให้ส่วนราชการปล่อยปละเลย การทำงานของคู่สัญญาอันจะทำให้การบริการสาธารณะต้องล่าช้าแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิให้ส่วนราชการแสวงหาประโยชน์จากค่าปรับมากกว่างานที่จ้างจนทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องขาดทุนล้มละลาย กรณีจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อผู้ร้องอุทธรณ์ว่า ผู้คัดค้านไม่ดำเนินการบอกเลิกสัญญาเมื่อค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง จึงเป็นการเรียกค่าปรับโดยไม่ชอบตามข้อ 138 ของระเบียบดังกล่าวที่ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาลดเงินค่าปรับได้ ซึ่งหากข้ออ้างของผู้ร้องรับฟังได้ กรณีก็จะเป็นเหตุให้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 45(2) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เช่นกัน

หมายเหตุ : ในคดีนี้ ศาลได้วางหลักไว้ในตอนต้นซึ่งเป็นอีกหลักหนึ่งที่มีความสำคัญมาก กล่าวคือ ศาลได้วางเป็นหลักว่า การชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้นต้องใช้หลักกฎหมายปกครอง มิใช่จะใช้วิธีวิธีอย่างเดียวกันกับการวินิจฉัยสัญญาทางแพ่งทั่ว ๆ ไป ดังนั้น เมื่อการชี้

ขาดโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทที่มุ่งให้เกิดผลที่เป็นธรรมถูกต้อง ซึ่งจะเป็นเช่นนั้นได้ก็ต้องเอาหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องมาปรับใช้ในการชี้ขาด คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องนำหลักกฎหมายปกครองมาใช้เช่นกัน ซึ่งเป็นการวางหลักที่จะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการพัฒนาในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่ศาลได้วินิจฉัยว่าการคิดค่าปรับอันเกี่ยวกับการพิจารณาออกเลิกสัญญาตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกฯ เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบฯ นั้นการจะคิดค่าปรับมากน้อยเพียงใดระหว่างคู่สัญญา โดยสภาพมิใช่เรื่องที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่อย่างใด และอัตราค่าปรับดังกล่าวก็เป็นเพียงอัตราเบื้องต้นเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาออกเลิกสัญญาเท่านั้นซึ่งต้องเป็นเรื่องที่ให้พิจารณาไปตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แห่งคดี หากใช้เป็นเรื่องกฎหมายมุ่งบังคับมิให้ฝ่าฝืนเพราะอาจกระทบกระเทือนต่อมาตรฐานที่สำคัญของสังคม ทำนองเดียวกับเรื่องการห้ามคิดดอกเบี้ยเกินอัตราแต่อย่างใดไม่ ข้อวินิจฉัยของศาลในส่วนนี้จึงยังคงเป็นปัญหาว่าจะถือเป็นหลักได้หรือไม่อย่างไร

ข. อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนเงินค่าปรับรวมถึงพิจารณากำหนดค่าปรับโดยลดลงจากข้อเรียกร้องของคู่พิพาทได้ ไม่ใช่การวินิจฉัยเกินขอบเขตของสัญญา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.638/2556

คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดว่า ผู้คัดค้านที่ 1 ไม่ทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญา ถือเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบชำระค่าปรับตามสัญญาต่อผู้ร้อง แต่ให้ลดค่าปรับตามที่กำหนดในสัญญาเนื่องจากเห็นว่ามีการทำงานบางส่วนแล้วเสร็จตามสัญญา (แล้วเสร็จ 7 งวด จาก 11 งวด) และการที่ผู้ร้องปล่อยระยะเวลาก่อนบอกเลิกสัญญาถึง 356 วัน เป็นระยะเวลาอันนานเกินควร จึงลดค่าปรับให้ ผู้คัดค้านยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกคำร้อง ที่ผู้ร้องอุทธรณ์ว่า ผู้คัดค้านที่ 1 เป็นผู้ผิดสัญญาเนื่องจากงานหรือผลงานที่ทำบางส่วน ไม่สามารถใช้งานได้และไม่สมประโยชน์หรือไม่คุ้มค่า ทำให้ประชาชนโดยส่วนรวมได้รับความเดือดร้อนมากโดยเฉพาะเมื่อฝนตกหนักหรือช่วงฤดูฝน เกิดภาวะน้ำท่วมขัง หากนำภาษีของประชาชนมาชำระให้ผู้คัดค้านที่ 1 ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ย่อมไม่สมประโยชน์สาธารณะและเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทว่าอัตราค่าปรับสูงเกินส่วนหรือไม่ จึงไม่มีอำนาจในการชี้ขาดลดค่าปรับเพราะไม่ได้กำหนดประเด็นพิพาทไว้ จึงเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อีกทั้งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจลดค่าปรับตามสัญญา เนื่องจากอำนาจการลดค่าปรับเป็นอำนาจของศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ประกอบกับสัญญาพิพาทเรื่องนี้ คู่สัญญาได้ตกลงและยอมรับในสัญญาโดยสมัครใจทั้งสองฝ่ายในเรื่องของค่าปรับ ในสัญญาพิพาทมิได้มีเงื่อนไขหรือข้อกำหนดใด ๆ ทำให้สามารถลดอัตราค่าปรับได้ การที่คณะ

อนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยลดค่าปรับลง ทั้งที่ได้วินิจฉัยว่าผู้คัดค้านเป็นฝ่ายผิดสัญญา จึงเป็นการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ไม่เป็นไปตามข้อสัญญาและเกินขอบเขตแห่งสัญญา อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 34 วรรคสี่และมาตรา 37 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นั้น อุทธรณ์ของผู้ร้องไม่ใช่กรณีที่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่มีเหตุทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อีกทั้งคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาตรงตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และไม่มีตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในองค์คณะซึ่งพิจารณาคดีนี้ได้มีความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา และมีใช้เป็นกรณีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว อุทธรณ์ของผู้ร้องจึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น จึงเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงให้สั่งยกอุทธรณ์ของผู้ร้องตามข้อ 108 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.824/2556

คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดว่า ผู้คัดค้านในคดีนี้ใช้เวลาในการบอกเลิกสัญญา 58 วัน นับเป็นระยะเวลาพอสมควร จึงขอปรับจะได้รับค่าปรับเป็นเวลา 58 วัน ย่อมเป็นกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายแล้ว โดยที่คณะอนุญาโตตุลาการจะหยิบยกพยานหลักฐานใดขึ้นวินิจฉัยภายใต้ข้อกฎหมายและสัญญาที่พิพาทกัน ย่อมกระทำไม่ได้โดยชอบ จึงไม่ถือเป็นกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ อีกทั้งกรณีไม่อาจถือได้ว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือคำสั่งและคำพิพากษานั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบกับศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นคำอุทธรณ์ของผู้ร้องจึงเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ข. คู่สัญญาตกลงเรื่ององค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาแล้ว แม้ตกลงกันไว้เป็นจำนวนเลขคู่ ก็ใช้บังคับได้ เมื่อผู้ร้องโต้แย้งประเด็นดังกล่าว แต่ฟังได้ว่าองค์ประกอบเช่นนี้ใช้บังคับได้แล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1)(จ)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.276/2556 สัญญาจ้างก่อสร้างฯ ระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านที่ 2 ข้อ 20.2 กำหนดว่า เว้นแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะเห็นพ้องกันให้อนุญาตตุลาการคนเดียวเป็นผู้ชี้ขาด การระงับข้อพิพาทให้กระทำโดยอนุญาตตุลาการ 2 คน ... ถ้าอนุญาตตุลาการทั้งสองคนดังกล่าวไม่สามารถประนีประนอมระงับข้อพิพาทนั้นได้ให้อนุญาตตุลาการทั้งสองคนร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการผู้ชี้ขาดภายใน 30 วัน นับจากวันที่ไม่สามารถตกลงกัน ผู้ชี้ขาดดังกล่าวจะพิจารณาระงับข้อพิพาทต่อไป กระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการให้ถือตามข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการกระทรวงยุติธรรมโดยอนุโลม หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบ กรณีจึงเป็นการตกลงกันกำหนดให้การระงับข้อพิพาทกระทำโดยอนุญาตตุลาการ 2 คน ย่อมถือได้ว่า ผู้ร้องได้ยอมรับองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในข้อ 20.2 ของสัญญาดังกล่าวแล้วว่ามีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ การที่ผู้ร้องเพ่งกล่าวอ้างมาในคำร้องเป็นคดีนี้ว่าองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการใช้สิทธิไม่สุจริต ประกอบกับในกรณีเช่นนี้ศาลจะเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของผู้คัดค้านที่ 1 ได้ก็ต่อเมื่อองค์ประกอบของผู้คัดค้านที่ 1 ไม่เป็นไปตามข้อ 20.2 ของสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ศาลไม่อาจนำหลักเกณฑ์องค์ประกอบของอนุญาตตุลาการตามมาตรา 17 ดังกล่าวมาวินิจฉัยเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของผู้คัดค้านที่ 1 ได้ เมื่อองค์ประกอบของผู้คัดค้านที่ 1 เป็นไปตามที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านที่ 2 ได้ตกลงกันไว้ตามข้อ 20.2 ของสัญญาดังกล่าวแล้ว จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า องค์ประกอบของผู้คัดค้านที่ 1 มิได้เป็นไปตามที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านที่ 2 ได้ตกลงกันไว้ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดของผู้คัดค้านที่ 1 ได้ ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1)(จ) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อสัญญากำหนดให้ประกาศประกวดราคาซึ่งเป็นเอกสารแนบท้ายสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา การวินิจฉัยข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวกับเอกสารประกวดดังกล่าวย่อมอยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการด้วย คำชี้ขาดจึงอยู่ภายในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ ผู้ร้องและผู้คัดค้านที่ 2 ได้ตกลงเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาตตุลาการ ให้ถือตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ หรือตามข้อบังคับอื่นที่คู่สัญญาเห็นชอบถือได้ว่ากรณีนี้ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว การดำเนินกระบวนพิจารณาของผู้คัดค้านที่ 1 จึงไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 29 และ มาตรา 30 แห่ง พ.ร.บ. อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 และเมื่อพิจารณา ข้อ 21 ของข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ ลงวันที่ 2 พฤษภาคม 2546 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควรโดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม และการให้คู่พิพาทมีโอกาสเสนอข้อเท็จจริงสนับสนุนข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามควรแก่พฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น กรณีจึงเห็นได้ว่าข้อบังคับดังกล่าวกำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร ตามหลักแห่งความยุติธรรม ดังนั้น เมื่อผู้ร้องไม่

สามารถพิสูจน์ได้ว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของผู้คัดค้านที่ 1 ไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลง ในการเสนอข้อพิพาทต่อผู้คัดค้านที่ 1 และไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าองค์ประกอบหรือกระบวนการพิจารณาของผู้คัดค้านที่ 1 ไม่เป็นไปตามที่ผู้ร้องกับผู้คัดค้านที่ 2 ตกลงกันไว้ ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดของผู้คัดค้านที่ 1 ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1)(ง) และ (จ) ได้ และการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของผู้คัดค้านที่ 1 ดังกล่าว ไม่ปรากฏว่าจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้ ตามมาตรา 40 วรรคสาม (2)(ข) แห่ง พ.ร.บ.อนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545

ณ. อนุญาตตุลาการไม่อาจเป็นคู่กรณีในคดีคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดฯ ได้ บุคคลที่จะเกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวได้ต้องเป็นผู้สัญญาเท่านั้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.276/2556 อนุญาตตุลาการเป็นบุคคลที่คู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการตกลงเสนอข้อพิพาทให้เป็นผู้ชี้ขาดตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาตตุลาการ คำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการจึงมีผลผูกพันคู่กรณีในสัญญา ดังนั้น บุคคลที่จะเกี่ยวข้องกับคดีคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการในคดีนี้ จึงได้แก่คู่กรณีในสัญญา หากใช้บุคคลผู้เป็นอนุญาตตุลาการไม่

ณ. เมื่อเรื่องที่จะยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดฯ เป็นเรื่องสิทธิหน้าที่ตามสัญญา โดยมีประเด็นว่า การขยายระยะเวลาก่อสร้างมีผลเฉพาะงวดใดหรือมีผลครอบคลุมทั้งสัญญา และมิได้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือสาธารณชนโดยส่วนรวม จึงไม่ถือว่าเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.71/255 คณะอนุญาตตุลาการเสียงข้างมากเห็นว่า สัญญาพิพาทมีวัตถุประสงค์กำหนดเวลาแล้วเสร็จเป็นเวลาเดียวจึงเป็นสัญญาจ้างเหมา ซึ่งการตีความจึงต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหลัก เมื่อผู้คัดค้านและผู้ร้องได้ตกลงทำบันทึกต่อท้ายสัญญาจ้าง โดยได้ตกลงแก้ไขแบบของงานงวดที่ 9 และขยายเวลาในการก่อสร้างให้แก่ผู้ร้องไปจนถึงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2547 จึงถือว่ามีผลเป็นการขยายเวลาออกไปทั้งสัญญา มิใช่เฉพาะงานในงวดที่ 9 กรณีจึงมีผลให้งานงวดที่ 6 งวดที่ 7 งวดที่ 12 และงวดที่ 15 ได้รับการขยายเวลาตามไปด้วย ผู้คัดค้านจึงไม่มีสิทธิปรับผู้ร้องในงวดงานดังกล่าว ผู้คัดค้านได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ ส่วนผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้ศาลมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการ ผู้คัดค้านอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คณะอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนี้ ตามข้อกำหนดในสัญญา และตามข้อพิพาทที่ได้เสนอต่อคณะอนุญาตตุลาการ โดยได้วินิจฉัยในกรณี

เกี่ยวกับการขยายระยะเวลาก่อสร้างและสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา ซึ่งการที่จะยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นเรื่องของสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน และผู้คัดค้านขอที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ โดยไม่ขัดต่อระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับกับผู้คัดค้านในฐานะหน่วยงานทางปกครอง อีกทั้งการที่จะบังคับตามคำชี้ขาดก็ได้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประชาชนโดยส่วนรวม อันถือว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะตีความตามข้อกำหนดในสัญญาไปในทางใดนั้นก็ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับคำอุทธรณ์ของผู้คัดค้านไม่มีเหตุที่จะฟังได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามมาตรา 45วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อีกทั้งคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาตรงตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และไม่มีตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในองค์คณะซึ่งพิจารณาคดีนี้ได้มีความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษาและมีใช่เป็นกรณีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว อุทธรณ์ของผู้คัดค้านจึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (3) ถึง (5) แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ดังนั้น คำอุทธรณ์ของผู้คัดค้านจึงเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามอุทธรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่งแห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดต้องมีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้คัดค้านตามข้อ 108 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ฎ. คณะอนุญาโตตุลาการรับข้อเรียกร้องไว้วินิจฉัยภายในระยะเวลาที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว จึงไม่เป็นกรณีที่การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดฯ จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ส่วนเหตุหรือข้อกล่าวอ้างที่ผู้ร้องจะยกขึ้นอ้างต้องเป็นเหตุที่ยกขึ้นอ้างไว้ในคำร้องแล้วตั้งแต่ต้น โดยต้องอยู่ในบังคับข้อ 48 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯด้วย¹⁵

สรุป แนววินิจฉัยหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การวินิจฉัยหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามคำพิพากษาศาลฎีกานั้น ส่วนใหญ่อยู่บนพื้นฐานหลักกฎหมายเอกชนซึ่งต้องพิจารณาตามพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่องไป เนื่องจากบทบาทของหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในระบบกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน การที่บุคคลเข้าทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ ต่อกันย่อมที่จะผูกพันบังคับกันตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา ปรัชญาของ

¹⁵ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, เอกสารวิชาการประกอบการสัมมนาเพื่อการพัฒนางานอนุญาโตตุลาการ เรื่อง “ศาลกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ” จัดโดยสำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, วันที่ 26 สิงหาคม 2559, น. 13-24.

กฎหมายเอกชนจึงอยู่ที่ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายห้าม ย่อมทำได้ซึ่งหลักนี้มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งทั่วโลก และปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ในมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายมีสิทธิห้ามการกระทำก็แต่เฉพาะที่เป็นการกระทำให้สังคมเดือดร้อน สิ่งที่ถูกกฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ ย่อมทำได้ และบุคคลไม่อาจถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ” อย่างไรก็ตาม หากวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมสัญญาจะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากกฎหมายย่อมไม่สนับสนุนการกระทำที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ปรากฏในกฎหมายเอกชน มีตัวอย่าง ดังนี้

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล เช่น ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ที่อ่อนแอกว่า
2. บทบัญญัติเกี่ยวกับแบบของนิติกรรม เช่น การทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน หรือ อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นทรัพย์ที่มีค่ามากในทางเศรษฐกิจ จึงควรจะทำด้วยความรอบคอบ มีการใคร่ครวญถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับอย่างแท้จริง และยังเป็นประโยชน์แก่รัฐและบุคคลภายนอกด้วย เช่น ทำให้เกิดความสะดวกลงในการเรียกเก็บภาษีอากร รวมทั้งทำให้ผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสขอข้อมูลได้
3. บทบัญญัติเกี่ยวกับสถาบันครอบครัวและอำนาจในครอบครัว เช่น การหมั้น การสมรส การกำหนดให้ชายมีภรรยาได้เพียงคนเดียว หน้าที่ของบิดามารดา สถานะทางกฎหมายของบุตรนอกสมรส
4. บทบัญญัติเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน
5. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิ่มทุนลดทุนของบริษัทจำกัด เพื่อให้บุคคลภายนอกที่จะติดต่อกับบริษัททราบว่าบริษัทมีทุนเท่าใด
6. บทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้บุคคลทุจริต เช่น กฎหมายประกันภัยที่กำหนดให้ผู้รับประกันภัย ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์ที่เอาประกันภัยเนื่องจากการกระทำโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้เอาประกันภัย หรือผู้รับประกันภัย¹⁶

ส่วนหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองส่วนใหญ่อยู่บนหลักกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของประชาชนจึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอยู่ในตัว บทบาทของ

¹⁶ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร และ ณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์, หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน, (หนังสือประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557), น. 16-20.

หลักความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนในระบบกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐ หรือกับเอกชนในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน โดยให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ จึงทำให้กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง เช่นเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจหรือสังคม เช่นกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือแรงงานสัมพันธ์ซึ่งแทรกแซงสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้างนายจ้าง กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งแทรกแซงกฎหมายซื้อขายและเช่าซื้อซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนเพื่อคุ้มครองสังคม ดังนั้น การใดที่ขัดกับหลักของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่อาจเกิดผลตามกฎหมายและไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับความเรียบร้อยทางการเมือง เช่นกฎหมายการเลือกตั้ง กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร กฎหมายคุ้มครองความลับในทางราชการ
2. บทบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัว เช่นกฎหมายคุ้มครองเด็ก กฎหมายคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว
3. บทบัญญัติเกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา กฎหมายกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค
4. กฎหมายซึ่งบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา เช่น ประมวลกฎหมายอาญา

4.4 สรุปข้อมูลจากการวิจัยและสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ

จากการศึกษาวิจัยและดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ทรงคุณวุฒิได้แก่ ผู้บริหารศาลยุติธรรม ผู้บริหารสำนักงานศาลยุติธรรม ผู้พิพากษา ผู้อำนวยการสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ตลอดจนผู้ที่ปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรค ข้อบ่งชี้ตลอดจนข้อเสนอแนะในการพัฒนา และเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย และสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม โดยได้ข้อสรุปดังนี้

ปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ภายใต้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

1. ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีสาเหตุจากหลายปัจจัยได้แก่ จำนวนข้อพิพาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องและข้อพิพาทมีความซับซ้อนมากขึ้น ความไม่เข้าใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท ทนายความ และที่ปรึกษากฎหมาย ประกอบกับแนวปฏิบัติในการว่าความของนักกฎหมายไทยยังเป็นไปในแนวทางเดียวกับกระบวนการพิจารณาในศาลที่คุ้นเคยกับการใช้เทคนิคในการว่าความ เช่นการค้านในทุกประเด็น ต่อสู้ในทุกชั้นตอนและทุกเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นหรือรอบการคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการภายใต้ New York Convention นอกจากนี้ยังพบว่าคู่พิพาท ทนายความ และที่ปรึกษากฎหมาย ยังไม่ค่อยให้ความร่วมมือในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ โดยพยายามใช้เวลาไปกับกระบวนการพิจารณาให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ โดยเฉพาะขั้นตอนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งคดีที่คู่พิพาทเป็นส่วนราชการที่มีขั้นตอนการขออนุญาตและการติดต่อหน่วยงานที่ทำหน้าที่ว่าต่างแทน ส่งผลให้การพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการล่าช้า ทำให้ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ประกอบกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมยังไม่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าและสนับสนุนให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2. ปัญหาการบังคับและเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศของไทย มักถูกวิพากษ์ในเวทีนักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่าไม่สอดคล้องกับ New York Convention ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก สืบเนื่องจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติมาตรา 43 (6) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งใช้ถ้อยคำไม่ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e) ซึ่งกำหนดว่าศาลของประเทศสมาชิกอาจปฏิเสธไม่รับบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำคำชี้ขาด หรือโดยกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดได้ (Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.” แต่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 ใช้ถ้อยคำว่า “การคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้” และมาตรา 43 (6) ใช้ถ้อยคำว่า “ศาลอาจทำสิ่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า (1) ... (6)” คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันหรือได้ถูกเพิกถอนหรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ หรือภายใต้กฎหมาย

ของประเทศที่ทำคำชี้ขาด” และโดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ให้คำจำกัดความเพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่าง การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) และคำชี้ขาดในประเทศ (Domestic awards) กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) และคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards) โดยมีเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพื่อให้การบังคับคำชี้ขาดในประเทศ (Domestic awards) และคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards) อยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับเดียวกัน ทำให้เกิดความสับสนและเกิดปัญหาการตีความคำว่า “ศาลไทยมีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศหรือไม่” เมื่อไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนทำให้มีการตีความว่าศาลไทยที่มีเขตอำนาจตามที่ระบุไว้ในมาตรา 9¹⁷ มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศได้เพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ส่งผลให้แนวคำพิพากษาของศาลมี 2 แนวความเห็น กล่าวคือแนวแรกเห็นว่าศาลไทยมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศได้ ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 5511-5512/2552 ที่วินิจฉัยว่า มาตรา 40 ไม่มีเงื่อนไขใดห้ามมิให้เพิกถอนคำชี้ขาดที่ได้กระทำขึ้นในต่างประเทศได้ แม้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าเมล็ดพันธุ์และอาหาร (GAFTA) กรุงลอนดอน ประเทศสหราชอาณาจักร จะได้ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลในประเทศไทยที่มีเขตอำนาจก็มีอำนาจพิจารณาปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 และ 43¹⁸

ส่วนแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าศาลไทยไม่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ
ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13534/2556 และ 9467/2558

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13534/2556 ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ทำสัญญาซื้อสินค้าจากผู้คัดค้านซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศไทย โดยมีข้อตกลงให้ชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมนี ต่อมาผู้คัดค้านผิดสัญญาส่งสินค้าให้แก่ผู้ร้องไม่ครบจำนวน ผู้ร้องจึงนำข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าส่งและการค้าระหว่างประเทศแห่งตลาดหลักทรัพย์ฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนีซึ่งมีคำชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงิน และนำคำชี้ขาดมาขอบังคับให้ผู้คัดค้านชำระหนี้ต่อศาลในประเทศไทย ผู้คัดค้านยื่นคำ

¹⁷ มาตรา 9 “ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางหรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีกรมพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้”

¹⁸ คดีศาลทรัพย์สินฯ กค.119/2557 วินิจฉัยว่าศาลไทยมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้น ณ กรุงลอนดอน ประเทศสหราชอาณาจักร

คัดค้านและคำร้องแย้งขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้แม้มาตรา 40 แห่ง พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะบัญญัติถึงเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้เฉพาะตามวรรคสาม (1)(ก) ถึง (จ) โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงอำนาจของศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ ทำขึ้นในประเทศหรือที่ทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 43 (1) ถึง (6) ที่บัญญัติไว้ ชัดเจนว่า ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาด นั้น จะได้ทำขึ้นในประเทศใด ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแสดงว่า ในกรณีที่คำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่หากปรากฏว่ามีเหตุหนึ่งเหตุใดเข้าลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 หรือมาตรา 43 แล้ว ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดหรือมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการนั้น แต่เหตุที่มาตรา 40 มิได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศเหมือนดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ก็น่าจะเป็นการเปิดโอกาสใน กรณีที่มีการยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเพื่อให้มีการใช้อำนาจศาล ให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อตกลงหรืออนุสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับคำชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ ตามหลักการปฏิบัติอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัยต่อกัน เพื่อไม่ให้ ส่งผลให้เกิดปัญหาการขัดกันของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศภาคีสมาชิก โดยเฉพาะคำชี้ขาดในคดีนี้เป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของเมืองฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนี ใน ข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อสินค้าอันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศเยอรมนีและ ประเทศไทยต่างเป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งมีขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่อง การค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น แม้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจะเป็นศาลที่มีเขต อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามมาตรา 9 แต่เมื่อปรากฏว่าข้อพิพาทใน คดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก การรับคำร้องแย้งของผู้ คัดค้านไว้จึงไม่เป็นการสะดวกเพราะจะไม่สอดคล้องกับการอนุวัติการตามอนุสัญญาที่ประเทศไทยมี พันธผูกพันต่อประเทศภาคีสมาชิก คำร้องแย้งของผู้คัดค้านจึงไม่เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9467/2558 คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เป็นคำชี้ ขาดของอนุญาโตตุลาการแห่งวาเรน-แฟร์ไอน์ แดร์ ฮามบวร์เกอร์ เบอร์เซ อี.วี. ประเทศสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 ถึงมาตรา 44 กำหนดว่า คู่พิพาทอาจร้องขอต่อศาลประเทศ ไทยที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้และศาลที่ มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่ง สนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้ เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 41 หรือคู่พิพาทซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้กระทำขึ้นในต่างประเทศ อาจขอให้ศาลประเทศไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว หากสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 (1) ถึง (6) บัญญัติไว้เท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในต่างประเทศได้ การร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องร้องขอต่อศาลในประเทศที่ทำคำชี้ขาดเท่านั้น สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 5(1)(e) ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL Model Law ที่กำหนดไว้ใน Article 34 และ 36 การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 นั้นจึงกระทำได้เฉพาะศาลที่มีการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลเท่านั้นที่อาจพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น ผู้คัดค้านจึงไม่อาจยื่นคำร้องขอแย้งให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้

จากคำพิพากษาทั้ง 2 แนวดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยซึ่งอนุวัติตาม New York Convention ไม่สอดคล้องกับประเทศภาคีสมาชิกอื่นอันสืบเนื่องมาจากการตีความบทบัญญัติมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งใช้ถ้อยคำต่างไปจาก New York Convention และการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นเพื่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) และคำชี้ขาดในประเทศ (Domestic awards) กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) และคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign awards) ทำให้ไม่แน่ชัดว่าการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy) ของศาลไทยใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการวินิจฉัยคำชี้ขาดภายในประเทศและคำชี้ขาดต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งอาจแตกต่างจากแนวปฏิบัติของประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในประเทศยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้เกณฑ์ในการวินิจฉัยต่างกัน

3. บทบาทของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการถือเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่อาจถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการสัญชาติไทยที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังมีจำนวนไม่มากนัก ส่วนหนึ่งมาจากโอกาสที่จะได้รับความไว้วางใจจากต่างประเทศยังไม่มากนัก เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย ดังนั้น คุณภาพและความหลากหลายของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับจากนานาชาติ รวมทั้งการแนะนำให้คดีเข้าสู่สถาบัน

อนุญาตต่อตุลาการ ซึ่งทะเบียนอนุญาตต่อตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรมควรมีการผสมผสานทั้งชาวไทยและต่างประเทศ ซึ่งทั้งที่มีถิ่นพำนักในประเทศและต่างประเทศ

4. ความไม่แน่นอนของการขอวีซ่า และการขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศไทย (Work permit) ของอนุญาตต่อตุลาการ หมายความว่า ที่ปรึกษากฎหมาย พยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งเป็นชาวต่างชาติ ทำให้เกิดช่องทางการใช้เทคนิคที่ไม่สุจริตของคู่พิพาท เช่นการแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมอนุญาตต่อตุลาการต่างประเทศที่มีชื่อเสียงซึ่งเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำหน้าที่อนุญาตต่อตุลาการ ทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของประเทศไทยในฐานะเป็นประเทศที่มีนโยบายสนับสนุนการอนุญาตต่อตุลาการ

5. กฎหมายอนุญาตต่อตุลาการของไทยควรมีลักษณะเป็นสากล กระทบพิจารณาสามารถทำความเข้าใจได้ง่ายและมีมาตรฐานเดียวกับประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก นอกจากนี้กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานของอนุญาตต่อตุลาการต่างประเทศและผู้เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายภาษีอากร ควรเอื้ออำนวยสำหรับการเดินทางเข้ามาร่วมพิจารณากระบวนการอนุญาตต่อตุลาการในประเทศไทย

6. บทบาทของสถาบันอนุญาตต่อตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม จุดเด่นของสถาบันอนุญาตต่อตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม คือ การเป็นองค์กรของรัฐในฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในความเป็นกลางมาช้านาน แต่ปัญหาของสถาบันที่สำคัญส่วนหนึ่งเกิดจากความไม่คล่องตัวในการบริหารจัดการ ซึ่งเกิดจากสถานะขององค์กรที่เป็นส่วนหนึ่งของสำนักงานศาลยุติธรรมและเป็นระบบราชการแบบองค์กรรวมไม่เป็นอิสระ โดยยังต้องพึ่งพางบประมาณและบุคลากรของสำนักงานศาลยุติธรรม ระบบการของงบประมาณที่ต้องพึ่งพิงกับงบประมาณรวมของสำนักงานศาลยุติธรรม ทำให้การพัฒนาและความสัมพันธ์ด้านต่างประเทศและองค์กรระหว่างประเทศทำได้ไม่ดีเท่าที่ควร รวมทั้งการหมุนเวียนของบุคลากรที่เข้ามาทำงานหรือออกจากสถาบันอนุญาตต่อตุลาการ ทำให้ไม่สามารถสร้างความเชี่ยวชาญอย่างต่อเนื่อง

7. บทบาทของศาล ศาลถือว่ามีความสำคัญในการสนับสนุนรวมทั้งเป็นอุปสรรคในการพัฒนาระบบอนุญาตต่อตุลาการระหว่างประเทศในขณะเดียวกัน เนื่องจากกระบวนการอนุญาตต่อตุลาการจะต้องมีการตรวจสอบโดยระบบศาลในหลาย ๆ ขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การขอบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตต่อตุลาการ และขั้นตอนการขอเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งจำเป็นต้องยึดหลักการที่จะไม่แทรกแซงดุลพินิจของอนุญาตต่อตุลาการในส่วนที่เป็นการวินิจฉัยเนื้อหาสาระของข้อพิพาท ที่ผ่านมาศาลไทยทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองก็พยายามทำหน้าที่ในส่วนนี้ ซึ่งส่วนหนึ่งก็มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดในคดีสำคัญบางเรื่องโดยเฉพาะคดีที่องค์กรที่เกี่ยวกับภาครัฐเป็นคู่ความ หากเหตุผลตามคำพิพากษามุ่งเน้นถึงประโยชน์สาธารณะสำหรับองค์กรของรัฐเพียงด้านเดียว อาจส่งผลถึงความ

เชื่อมั่นของนานาชาติในกระบวนการยอมรับนับถือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้ New York Convention ได้เช่นกัน

8. ความพร้อมของบุคลากรที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ
ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่เห็นว่าบุคลากรที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนอกจากจะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในกฎหมายเอกชนแล้ว ยังมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

4.5 เปรียบเทียบแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งในระดับมาตรฐานสากลและของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการจัดอันดับอยู่ในระดับที่ 1 ถึงที่ 6 ของโลก¹⁹ พบว่า เกิดกระแสการปฏิรูปประสิทธิภาพการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นับแต่ปี ค.ศ. 2010 จนถึงปัจจุบัน ใน 3 มิติ ได้แก่ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน ทั้งนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นแทนที่จะปล่อยให้การดำเนินกระบวนการขึ้นพิจารณาเป็นไปตามความประสงค์ของคู่พิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้ใช้บทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมและประสิทธิภาพสูงสุด ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

1) ประสิทธิภาพด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม มีการแก้ไขข้อบังคับของสถาบัน (Arbitration rules) เพื่อให้มีการบริหารจัดการคดีให้เกิดความรวดเร็ว ถูกต้อง เป็นธรรม และประหยัดค่าใช้จ่าย (Case management) ตลอดจนกำหนดมาตรการลงโทษ (Sanction) คู่พิพาทที่ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ หรือใช้เทคนิคในการประวิงคดี หรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โดยการนำหลักเรื่องการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมมาใช้ลงโทษคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือหรือมีพฤติการณ์ที่ไม่สุจริต

¹⁹QMUL research, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, p. 5.

(Cost allocation) การกำหนดวิธีพิจารณาคดีพิเศษต่าง ๆ เพื่อความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย เช่น กระบวนพิจารณาคดีเล็กน้อยที่มีทุนทรัพย์ไม่มาก (Small claim arbitration) ตลอดจนการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย อันเป็นการเพิ่มช่องทางการเข้าถึงความยุติธรรมของผู้พิพาท (Access to justice) แนวทางการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของโลกซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Uniformity in Institution Arbitration) สะท้อนถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอันเป็นการสร้างมาตรฐานแนวปฏิบัติในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

2) ประสิทธิภาพด้านการค้นหาความจริง มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม ซึ่งกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพจะต้องมีความสมดุลระหว่างความเป็นธรรมในการค้นหาความจริงและมีกระบวนการที่สามารถได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม ซึ่งการจะสร้างสมดุลดังกล่าวได้อย่างเป็นธรรมอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้บทบาทในเชิงรุก (Active role) มากขึ้นในการควบคุมกระบวนการพิจารณา สถาบันอนุญาโตตุลาการจึงแก้ไขข้อบังคับของสถาบันเพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปด้วยความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีการกำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline) ให้อนุญาโตตุลาการต้องลงชื่อรับรองว่าจะอุทิศเวลาเพื่อให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เช่นเดียวกับการรับรองถึงความเป็นกลาง (Impartial) และการไม่มีผลประโยชน์ขัดกับข้อพิพาทที่รับเป็นอนุญาโตตุลาการ (Conflict of interest)

ตารางที่ 4.3 เปรียบเทียบการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ

ข้อบังคับ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules)	มีผลบังคับใช้ (Effective Date)	เรื่องและข้อบังคับที่แก้ไขเปรียบเทียบกับ ข้อบังคับเก่า (Main Change Compared to Previous Version)
IBA Rule of Evidence	2010	แก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการสืบพยานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) และการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมแบบ Cost allocation
UNCITRAL	2013	กำหนดบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา โดยบริหารจัดการคดี เพื่อหลีกเลี่ยงความล่าช้า และค่าใช้จ่าย ที่ไม่จำเป็น (มาตรา 17)
LCIA Arbitration Rules	1 ตุลาคม 2014	การบริหารจัดการคดี (Case management มาตรา 14) การสืบพยานผ่านวิดีโอและโทรศัพท์ (Hearing Through Video and Telephone มาตรา 19) (Shortened Deadlines มาตรา 2, 10, 27) Timetable for the Final Award มาตรา 15) การกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมแบบ Cost allocation (Allocation of Cost มาตรา 28) (Emergency Arbitration and Expedited Formation of Tribunal มาตรา 9) Arbitrator's Availability มาตรา 5, 14)
ICC Rules of Arbitration	1 มกราคม 2012	การบริหารจัดการคดี (Case Management Procedures มาตรา 22 และ มาตรา 24) (Emergency Arbitrators มาตรา 29) Allocation of Cost

ตารางที่ 4.3 ตารางเปรียบเทียบการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ (ต่อ)

ข้อบังคับ อนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules)	มีผลบังคับใช้ (Effective Date)	เรื่องและข้อบังคับที่แก้ไขเปรียบเทียบกับ ข้อบังคับเก่า (Main Change Compared to Previous Version)
AAA International Arbitration	1 มิถุนายน 2014	Expedited Procedure มาตรา 1 และ E1-E10 การดำเนินคดีแบบรวดเร็ว
HKIAC Administrated Arbitration Rules	1 พฤศจิกายน 2013	การดำเนินคดีแบบรวดเร็ว (Expedited Procedure มาตรา 41) Security for Costs มาตรา 24 Fee of the Tribunal มาตรา 10 ตาราง 2 และ 3
2013 SIAC Rules	1 เมษายน 2013	บทบาทอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการ พิจารณาและบริหารจัดการคดี Commencement of arbitration rule 3 Substitute Arbitrator rule 14 Witness Interviews rule 22 Additional Power of Tribunal rule 24 Publication of Redacted Awards rule 28 Waiver of Right to Appeal Against Decisions of President, Court and Register Rule 36

3. ประสิทธิภาพด้านการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ

ตารางที่ 4.4 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลักความ สงบเรียบร้อยของประชาชน
อังกฤษ	ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจโดยทั่วไปมักไม่ให้ความหมายที่ชัดเจน แต่มักมีองค์ประกอบของการละเมิดกฎหมายและศีลธรรมอันดีของวิญญูชน ²⁰	ไม่ปรากฏชัด
ออสเตรเลีย	บรรทัดฐาน ของความยุติธรรมและเป็นธรรม (Fundamental norms of justice and fairness) ²¹	ไม่ปรากฏชัด
แคนาดา	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและเป็นธรรมขั้นพื้นฐาน และศีลธรรมอันดีที่สำคัญของออนตาริโอ อย่างชัดเจน (The most basic and explicit principles of justice and fairness in Ontario and the essential morality of Ontario) ²²	ไม่ปรากฏชัด

²⁰ Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co.Ltd, Court of Appeal, 24 March 1987, quoted by Maxi Scherer, England, p.6

²¹ TCL v. Castel, Court of Appeal of the Federal Court of Australia (2014) quoted by Hilary Birks, Australia, p. 2

²² Ontario Superior Court of Justice, Cooperation Transnacionales de Inversiones v. Stet International S.P.A, quoted by Craig Chiasson and Kalie McCrystal, Canada, p.3

ตารางที่ 4.4 เปรียบเทียบขอบเขตการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในประเทศสมาชิก New York Convention (ต่อ)

ภาคีสมาชิก New York Convention	ความหมายหลักความสงบ เรียบร้อยของประชาชน	ขอบเขตการตีความหลักความ สงบเรียบร้อยของประชาชน
สิงคโปร์	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรม และ ศีลธรรมอันดีของประชาชนที่สำคัญ (The most basic notions of morality and Justice)	ตีความอย่างแคบ เฉพาะเหตุที่ชั้ด แจ้ง ถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับได้ (shock the conscience)
สหรัฐอเมริกา	ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมและศีลธรรม อันดีขั้นพื้นฐาน ของสหรัฐอเมริกา (The most basic notions of morality and Justice” and “fundamental notions of what is just in the United States)	ตีความอย่างแคบ
เยอรมัน	ฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานอันเป็น ประโยชน์ของสาธารณะ เศรษฐกิจ และหลักกฎหมายของเยอรมัน (The very fundamental of public and economic life” or the fundamental principle of the German legal order”	ตีความอย่างแคบและอย่างชัดแจ้ง
อิตาลี	ฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานอันเป็นคุณค่า จริยธรรม ขนบธรรมเนียม เศรษฐกิจ การเมืองอันเป็นหลักการสำคัญของ สังคมอิตาลี (Those fundamental norms and values of ethical, social, political and economic nature that lie at the heart of the Italian legal order)	กระทบกระเทือนหลักกฎหมายที่ รัฐต้องรักษาไว้

4.6 แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบัน อนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

จากผลการศึกษาวิจัยพบว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย ประสบปัญหาในด้านความล่าช้า บทบาทของอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่พิพาทและทนายความยังติดขัดกับระบบคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นระบบกล่าวหาทำให้กระบวนการค้นหาความจริงยังไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้บทบาทของศาลไทยในการปรับใช้และตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่รัฐเป็นคู่สัญญายังไม่เป็นไปตามแนวทางมาตรฐานระหว่างประเทศสมควรที่จะต้องพัฒนาเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย โดยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

4.6.1 ปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยให้มีความเป็นสากล

แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่มีการร่างโดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นที่ยอมรับมาเป็นกฎหมายต้นแบบก็ตาม แต่เนื่องจากในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทในทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แต่ไม่ได้กำหนดบทนิยามของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) หรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) เพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างเหมือนกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ เช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ และประเทศฝรั่งเศส หรือแบ่งหมวดระหว่างบทบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้การใช้ถ้อยคำภาษาไทยในบางมาตราไม่ตรงกับภาษาอังกฤษใน New York Convention เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งบัญญัติว่า “...คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ...” และบทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดตามมาตรา 43 (6) ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้อำนาจในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า... (6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพันหรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจ...” ในขณะที่ New York Convention

มาตรา 5(1)(e) กำหนดว่าศาลของประเทศสมาชิกอาจปฏิเสธไม่รับบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำคำชี้ขาด หรือโดยกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดได้ (Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”ทำให้เกิดความสับสนกับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 อันเป็นที่มาของปัญหาการตีความเขตอำนาจศาลไทยในการเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศดังที่กล่าวมา แม้ว่าปัจจุบันได้มีการเสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งอยู่ระหว่างการรับฟังความเห็น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า ในมาตรา 3 ที่แก้ไข โดยให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นมาตรา 4/1 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติในมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ให้ใช้บังคับไม่ว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นที่ใด” ผู้เขียนเห็นว่าการระบุว่าพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ” จะส่งผลให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยภาพรวมขาดความเป็นสากล นอกจากนี้การระบุยกเว้นมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ไว้ นั้นการบังคับใช้ต้องอาศัยการตีความอีกเช่นกันทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความยุ่งยาก และทำความเข้าใจยากโดยเฉพาะชาวต่างชาติที่จะเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ซึ่งหากเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ส่วนใหญ่เลือกที่จะกำหนดบทนิยาม คำว่า การอนุญาโตตุลาการภายในหรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อย่างไม่อย่างหนึ่ง เพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างโดยถือว่าการดำเนินการใดที่เข้าอยู่ในบทนิยาม ย่อมถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น The European Convention of 1961 ให้คำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ว่าหมายความถึงการตกลงกันของคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการถึงวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนา หรือสัญชาติ หรือสถานที่ดำเนินกระบวนกรอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศต่างกัน²³

²³ European Convention of 1961, Art.1.1 (a) “arbitration agreement concluded for the purpose offsetting disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States.”

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1979) กำหนดบทนิยาม “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration agreement)” ได้แก่ กรณีข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีได้กล่าวโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าเป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนอกสหราชอาณาจักรและไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นชาวต่างชาติในขณะที่ทำข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งชาวต่างชาติในที่นี้หมายถึงบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติ หรือภูมิลำเนา หรือนิติบุคคลที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งและมีสำนักงานบริหารอยู่นอกสหราชอาณาจักร ส่วนการอนุญาโตตุลาการใดที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศดังกล่าวให้ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษที่แก้ไขใหม่นั้น ให้สิทธิคู่พิพาทตกลงกันขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสละสิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลได้ในกรณีที่เป็นดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษในการกำหนดคำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” และ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” กล่าวคือบริษัทหรือนิติบุคคลต่างชาติที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงิน การขนส่ง หรือการก่อสร้าง โดยจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสิงคโปร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าเป็นคู่สัญญาท้องถิ่น แต่หากบริษัทหรือนิติบุคคลดังกล่าวมีศูนย์กลางการบริหารจัดการ และอำนาจควบคุมบริษัทอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างนิติบุคคลดังกล่าวกับนิติบุคคลหรือบริษัทภายในประเทศถือว่าไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ แต่ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration under the law of Singapore)²⁴

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าสมควรที่จะแก้ถ้อยคำในมาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) จากคำว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เป็น “ศาลที่ทำคำชี้ขาด” ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนว่ากรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลไทยย่อมไม่ใช่ศาลที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำให้ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e) โดยตัดข้อความที่เพิ่มเติมเป็นมาตรา 4/1 ออกซึ่งจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความเป็นสากลสามารถใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 4 ตามร่างที่ขอแก้ไขได้เพิ่มบทนิยามคำว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ในมาตรา 5 แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิ่มข้อความในมาตรา 4/1

²⁴ Arbitration Act 1980, section 28B (7)

สำหรับบทนิยามคำว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ในมาตรา 5 ตามร่างพระราชบัญญัติที่ขอแก้ไขนั้น ผู้เขียนมีข้อพิจารณาบางประการ กล่าวคือตามบทนิยามที่ว่า

“การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” หมายความว่า การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่

(ก) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีสถานประกอบการอยู่ในประเทศต่างกันในขณะที่ทำสัญญา หรือ

(ข) สถานที่ใดสถานที่หนึ่งดังต่อไปนี้ตั้งอยู่นอกประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานประกอบการอยู่

(1) สถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือตามข้อตกลงให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

(2) สถานที่การปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนสำคัญของการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ หรือสถานที่ที่ใกล้ชิดกับมูลเหตุที่พิพาทมากที่สุด

(ค) คู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งว่าข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ หรือให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ

(ง) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ

ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาว่า ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ขอแก้ไขโดยเพิ่มบทนิยาม “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” นั้นแม้บทนิยามใน (ก) ถึง (ค) บางส่วนจะแปลความมาจาก คำนิยาม “International Arbitration” ตามมาตรา 3 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law)²⁵ แต่ในส่วนข้อ (ค)

²⁵ UNCITRAL Model Law Art.1 (3) “An arbitration is international if :

(a) The parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business in different States; or

(b) One of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business :

(i) the place of arbitration if determine in, or pursuant to, the arbitration agreement;

และ (ง) ที่กำหนดให้หมายความถึง “กรณีคู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ (ง) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ นั้นเป็นส่วนที่แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ และไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานหรือทฤษฎีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากการกำหนดความหมายของการเป็นระหว่างประเทศ (International) ส่วนใหญ่มีที่มาจากทฤษฎีหลักดินแดนหรือหลักสัญชาติ โดยพิจารณาจากกิจกรรม หรือพฤติกรรมที่เกิดขึ้นจริงมากกว่าที่จะกำหนดขึ้นได้เองตามความตกลงกันของคู่สัญญาโดยที่กิจกรรมดังกล่าวโดยแท้จริงแล้วไม่มีลักษณะหรือองค์ประกอบระหว่างประเทศอยู่เลย ซึ่ง ในทางปฏิบัติสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนิยมใช้หลักเกณฑ์ข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศด้วย องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นหรือมีความเชื่อมโยง โดยอาจเกิดขึ้นจากลักษณะของข้อพิพาท (Nature of disputes) สัญชาติและภูมิลำเนา หรือสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน UNCITRAL Model Law Art 1 (3) โดยนำมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาความเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งหลักการมีองค์ประกอบระหว่างประเทศนี้เป็นหลักการเดียวกับหลักสัญชาติของบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล²⁶

การกำหนดบทนิยามความเป็นระหว่างประเทศโดยให้คู่สัญญาตกลงกันได้หรือเพียงแต่ใช้ภาษาต่างประเทศก็ให้ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ และเป็นช่องทางให้คู่สัญญาใช้เทคนิคเลี่ยงกฎหมายก็เป็นได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีเป็นการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไทย และคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีสัญชาติและภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of disputes) เป็นเรื่องสัญญาจ้างทำของ โดยไม่มีลักษณะหรือองค์ประกอบระหว่างประเทศ แต่คู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือได้ใช้ภาษาต่างประเทศ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign award) ทั้งที่โดยเนื้อแท้แล้ว

(ii) any place where a substantial part of the obligation of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country

²⁶ เอกสิทธิ์ จันตะมา, “การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น. 35. (พฤษภาคม 2556).

เป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 4/1 ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมความต่อไปนี้ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติในมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ให้ใช้บังคับไม่ว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นที่ใด” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 40 เรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 4/1 แสดงให้เห็นเจตนารมณ์การแก้ไขว่าไม่ต้องการให้มีการนำมาใช้เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปให้นำมาใช้เฉพาะกรณีการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) แต่เมื่อการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่ผู้วิจัยยกตัวอย่างนั้นคู่สัญญาตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ และบทนิยามในมาตรา 5 ให้ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดจึงเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลของประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้เลย และหากสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายเช่นเป็นสัญญาที่สนับสนุนการทุจริต หรือการฟอกเงิน แม้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to public policy) ศาลของประเทศไทยก็ไม่สามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ในขณะที่เดียวกันศาลของต่างประเทศก็ไม่ใช้ประเทศที่ทำคำชี้ขาดย่อมไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดนี้ได้อีกเช่นกันเพราะขัดกับหลักการตาม New York Convention ที่กำหนดให้เฉพาะศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดเท่านั้นเป็นศาลที่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาด ดังนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะถูกเพิกถอนได้เลย แม้ในที่สุดศาลของประเทศไทยอาจไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้ แต่ผลทางกฎหมายของการเพิกถอนคำชี้ขาดและการไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมายและโดยหลักการแล้วจะไม่สามารถนำไปขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศสมาชิกอื่น ๆ ส่วนการไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดนั้นมีผลแต่เพียงไม่สามารถบังคับคดีได้เฉพาะในประเทศที่ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเท่านั้น แต่คำชี้ขาดยังมีผลตามกฎหมายที่ผู้ชนะคดียังสามารถนำไปขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศสมาชิกอื่นที่มีทรัพย์สินตั้งอยู่ได้ ซึ่งหากเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งไม่มีผลกระทบเกี่ยวข้องกับประเทศที่ขอบังคับคำชี้ขาด หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศจะผ่อนคลายความเข้มงวดในการตรวจสอบคำชี้ขาดมากกว่าคำชี้ขาดในประเทศ โดยประเทศสมาชิกมักให้เหตุผลว่าประเทศของตนมีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นเหตุผลที่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้ จากเหตุผลดังกล่าวมาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมและอยู่ระหว่างการรับฟังความเห็นนี้ กรณีบทนิยาม การอนุญาโตตุลาการ ในข้อ (ค) และ (ง) และมาตรา 4/1 ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามา ในทางปฏิบัติอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาดังที่กล่าวมาเบื้องต้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรแก้ไขเฉพาะในส่วนที่มีปัญหาการคือแก้ถ้อยคำในมาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) จากคำว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เป็น “ศาลที่ทำคำชี้ขาด” ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนว่า กรณีที่เป็นคำชี้ขาด

ต่างประเทศ ศาลไทยย่อมไม่ใช่ศาลที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำให้ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e) โดยตัดข้อความที่เพิ่มเติมเป็นมาตรา 4/1 ออกซึ่งจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความเป็นสากลสามารถใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ และตัดความหมายของบทนิยาม การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในข้อ (ค) และ (ง) บางส่วนที่แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ เฉพาะข้อความที่ว่า “โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือได้ใช้ภาษาต่างประเทศ”

- **ควรมีการแก้ไขให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด** เพื่อคุ้มครองคู่พิพาทโดยถือว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเป็นพยานหลักฐานที่ศาลจะอนุญาตให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำขอได้ ซึ่งจะทำให้การดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

- **ควรมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจชาวต่างชาติในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศไทย** โดยการอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการหรือผู้รับมอบอำนาจดำเนินการแทนคู่พิพาทซึ่งเป็นคนต่างด้าว ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจว่าต่างแก่ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศไทยได้ ป้องกันปัญหาการใช้เทคนิคแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีชื่อเสียงซึ่งเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นจะก่อให้เกิดภาพพจน์ที่เป็นลบต่อการเป็นประเทศที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นอันเป็นการสนับสนุนให้ประเทศไทยเป็นสถานที่ที่ได้รับความนิยมแพร่หลายสำหรับชาวต่างชาติในการเลือกให้เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ (Place of arbitration) เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่สวยงาม มีสถานที่ท่องเที่ยว อาหาร และศูนย์การค้า ตลอดจนโรงแรมที่ทันสมัยแต่มีค่าครองชีพถูกกว่าต่างประเทศ และที่สำคัญค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและค่าธรรมเนียมสถาบันอนุญาโตตุลาการยังมีราคาถูกกว่าประเทศสิงคโปร์หรือฮ่องกง นอกจากนี้ควรมีนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีอากรที่ชัดเจน บางประเทศเช่นสิงคโปร์มีการยกเว้นภาษีให้เพื่อดึงดูดให้อนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศในการเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศของตนอันเป็นปัจจัยที่จะนำไปสู่ความเป็นศูนย์กลางของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ (Hub of international arbitration in Asia Pacific) ซึ่งการแก้ไขในส่วนนี้ปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่...) พ.ศ... มาตรา 33/1 อันจะเป็นการยกระดับมาตรฐานของอนุญาโตตุลาการของไทย โดยเปิดโอกาสให้มีความหลากหลายในสัญชาติของอนุญาโตตุลาการ

- **ควรตัดบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 23 ที่กำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”** เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวมีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว การนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการวิธีพิจารณาความทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ทำให้ชาวต่างชาติเกิดความเกรงกลัวกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย นอกจากนี้ปัญหาที่อนุญาโตตุลาการทุจริต หรือเรียกรับสินบน ในทางปฏิบัติเกิดขึ้นน้อยมาก การนำมาบัญญัติไว้เช่นนี้จึงเป็นการทำลายบรรยากาศความเป็นประเทศที่มีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ

4.6.2 นโยบาย วิสัยทัศน์และพันธกิจของศาลยุติธรรมในการส่งเสริมและสนับสนุนให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม พัฒนาเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยงานที่สังกัดสำนักงานศาลยุติธรรมแต่มีความอิสระในการดำเนินงานและการบริหารองค์กร ซึ่งศาลยุติธรรมไม่เข้ามาแทรกแซงแต่ให้การสนับสนุนการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันให้มีประสิทธิภาพ สะดวกและรวดเร็ว จึงมีข้อได้เปรียบในเรื่องความโปร่งใส และความเป็นอิสระ แต่การที่จะพัฒนาสู่การเป็นองค์กรบริหารระดับผู้เชี่ยวชาญนั้นมีความจำเป็นที่ศาลยุติธรรมต้องกำหนดเป็นนโยบายและพันธกิจในการผลักดันให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค (Hub of international arbitration in Asia Pacific Region) ซึ่งต้องมีการจัดทำแผนงานการพัฒนาองค์กร ได้แก่

1. แผนงานการพัฒนาความพร้อมของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
2. แผนงานด้านการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการ
3. แผนงานด้านการปรับปรุงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม
4. แผนงานด้านงบประมาณ

4.6.3 กลไกการพัฒนา

1. จัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้การบริหารของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งอาจมีส่วนประกอบของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก ได้แก่ ผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการ สำนักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเป็นคณะกรรมการในการสนับสนุนการดำเนินการสถาบัน

อนุญาโตตุลาการ แก้ปัญหาข้อขัดข้อง ตลอดจนเสนอแนะแนวทางการพัฒนาองค์กร หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในลักษณะเช่นเดียวกับสถาบัน ICC ซึ่งคณะกรรมการจะทำหน้าที่ตรวจคำชี้ขาดก่อนส่งให้คู่พิพาทในกรณีที่เป็นการผิดพลาดซึ่งมิใช่การก้าวล่วงในการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการจะส่งกลับไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาเพื่อแก้ไขก่อน ซึ่งทำให้การดำเนินการของสถาบันมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICSID ที่มีการบริหารงานในรูปของคณะกรรมการ

2. จัดสัมมนา ฝึกอบรม ให้ความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแก่บุคลากรที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ ทนายความ และประชาชนเพื่อเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ และสร้างวัฒนธรรมในการปฏิบัติงานว่าทนายความถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหลักสุจริต ลดปัญหาพฤติกรรมการประวิงคดี และการใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการต่อสู้คดีทุกรูปแบบซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ล่าช้า และไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

4.6.4 สถาบันอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญต่อกลไกการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยเป็นอย่างมาก การมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง มีการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส การมีข้อบังคับของสถาบันที่ทันสมัยเป็นสากลเอื้ออำนวยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ มีการให้บริการในด้านต่าง ๆ และบุคลากรมีความพร้อมทั้งในความรู้ความสามารถในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และมีความพร้อมเชี่ยวชาญทั้งด้านภาษาและเทคโนโลยี ย่อมส่งผลถึงความมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Place of arbitration) ในภูมิภาคนี้ จึงควรมีการพัฒนา แก้ไขปรับปรุงดังนี้

1. แก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในส่วนที่สนับสนุนให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ ในลักษณะเช่นเดียวกับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันในเรื่อง

- การบริหารจัดการคดี (Case management) การนัดพิจารณาอย่างต่อเนื่อง โดยความยินยอมของคู่พิพาทเพื่อจัดให้มีตารางการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Time table) ที่แน่นอน และมีประสิทธิภาพ อันจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทหรือผู้แทน ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญ พยานบุคคล และทนายความหรือที่ปรึกษาซึ่งอาจเป็นชาวต่างชาติต้องเดินทางมาประเทศไทย ซึ่งมีค่าใช้จ่ายทั้ง

ด้านที่ฟ้องร้อง การจองตัวเครื่องบิน ดังนั้น เมื่อเดินทางมาแล้วจะต้องมีการสืบพยานไปจนเสร็จคดี ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องมีบทบาทเชิงรุก (Active role) ในการควบคุมกระบวนการพิจารณา และมีมาตรการลงโทษ (Sanction) คู่พิพาทที่ไม่ให้ความร่วมมือ หรือมีพฤติการณ์การดำเนินคดีที่ไม่เหมาะสม ใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการประวิงคดี โดยแก้ไขข้อบังคับให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักการเรื่อง Cost allocation มาใช้เป็นมาตรการลงโทษคู่พิพาทที่มีพฤติการณ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่สุจริต เช่น ประวิงคดี (Dilatory tactics) มีพฤติกรรมการใช้สิทธิคัดค้านข้อกฎหมาย (Excessive legal argument) ถ้าม้าน (Excessive cross-examination) อ้างพยานหลักฐานเอกสาร (Excessive document request) มากเกินจริงและไม่สมเหตุผล ตลอดจนไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพ (Failure to comply with) โดยกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือ และมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว ต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น หรือมีการกำหนดให้ต้องรับผิดชอบค่าฤชาธรรมเนียมเพิ่มขึ้น เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่มีชื่อเสียง เช่น สถาบัน ICC ของประเทศฝรั่งเศส สถาบัน SIAC ของสิงคโปร์ และสถาบัน LIAC ของอังกฤษ ที่แก้ไขข้อบังคับนำหลักการ Cost allocation²⁷ มาใช้เป็นมาตรการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ นอกเหนือจากการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมแบบ Case follow the event (Loser pay)²⁸ ที่กำหนดให้ผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตามหลักการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป (Cost under national system; litigation)

- แก้ไขข้อบังคับให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอย่างชัดเจน เช่นอำนาจในการตรวจสอบและตัดพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทและเป็นพยานที่ฟุ่มเฟือย การใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมเชิงลงโทษ (Cost allocation) ซึ่งแม้จะเป็นอำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการอยู่แล้วแต่การกำหนดเพิ่มเติมให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย

²⁷ Cost allocation เป็นหลักการกำหนดค่าเสียหายแบบ American approach ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์ของคู่พิพาท ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเชิงลงโทษคู่ความที่มีพฤติการณ์ไม่สุจริต ประวิงคดี ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินคดี ให้เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น see also, ICC Commission Arbitration and ADR report-Task Force on Decisions as to cost Final Draft April 2015, pp. 37-76.

²⁸ Cost follow the event หรือหลักผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีนั้น มีที่มาจากประเทศอังกฤษ (English approach) ถือเป็นรูปแบบในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันในการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป; see also, ICC Commission Arbitration and ADR report-Task Force on Decisions as to cost Final Draft April 2015, pp. 37-76.

และเป็นไปในทางที่มีประสิทธิภาพนั้นจะช่วยให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในเชิงรุกมากขึ้น และเพิ่มแบบฟอร์มในการแจ้งข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการที่นอกเหนือจากการมีผลประโยชน์ขัดกันแล้ว ยังมีการแจ้งถึงการที่จะอุทธรณ์เวลาเพื่อการดำเนินการอนุญาโตตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ เช่นเดียวกับการแก้ไขข้อบังคับในเรื่องดังกล่าวของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศ

- การกำหนดข้อบังคับสำหรับกระบวนการวิธีพิจารณาพิเศษแบบรวดเร็ว (Expedited procedure) และวิธีพิจารณาความแบบคดีโมโนสเตรสำหรับที่มีประเด็นข้อพิพาทไม่ยุ่งยาก หรือมีทุนทรัพย์เล็กน้อย (Small claim arbitration) ซึ่งมีกระบวนการที่เรียบง่าย ไม่ยุ่งยาก สถาบันจะกำหนดเวลาพิจารณาข้อพิพาทพาทไว้ไม่เกิน 6 เดือน โดยมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียง 1 คน เพื่อลดขั้นตอนการเลือกอนุญาโตตุลาการหลายคน ที่มักใช้เวลาเนื่องจากอนุญาโตตุลาการแต่ละคนมักจะหาวันเวลาที่ว่างตรงกันไม่ค่อยได้ และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้คู่พิพาทและที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความแต่ละฝ่ายควรประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาทหรือให้มีการชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นทั้งหมดหรือบางประเด็น จำกัดการอ้างเอกสารและการนำเสนอพยาน ทั้งพยานเอกสาร พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ เลือกเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น หรืออาจพิจารณาให้มีการส่งเอกสารแทนการสืบพยานบุคคล หลีกเลี่ยงพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสมเช่น การใช้เทคนิคประวิงคดี เป็นต้น

2. มีการพัฒนาและนำเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) และสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ (Facility) มาสนับสนุนการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ เช่นการสืบพยานผ่านวิดีโอและโทรศัพท์ (Hearing through Video and Telephone) การจัดตั้งระบบ E-filing ระบบบันทึกคำพยานแบบ Real time และเทคโนโลยีการจัดทำคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร Transcription ด้วยโปรแกรม Voice -recognition และการระงับข้อพิพาทออนไลน์ เป็นต้น

3. ผู้บริหารสถาบันกำหนดแนวปฏิบัติของสถาบัน (Institution Guideline) ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาเพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการกระบวนการพิจารณา และสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

4. พัฒนาบุคลากรเพื่อเตรียมความพร้อมในการพัฒนาเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค ควรมีการจัดอบรมเพื่อเพิ่มความรู้และทักษะในการปฏิบัติงานอยู่เสมอ ตลอดจนจัดทำคู่มือแนะนำการปฏิบัติงานเพื่อให้การทำงานมีประสิทธิภาพมากขึ้น การจัดอบรมเพื่อเพิ่มทักษะด้านภาษาแก่บุคคลากรเป็นสิ่งสำคัญในปัจจุบัน เนื่องจากการดำเนินการก่อนการตั้งอนุญาโตตุลาการ เช่นการยื่นคำร้องต่าง ๆ การขอขยายระยะเวลา การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เลขานุการ

ดำเนินกระบวนการพิจารณาและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องมีความเชี่ยวชาญด้านภาษา จึงจะทำให้การบริหารงานเกิดประสิทธิภาพ

5. การเพิ่มค่าตอบแทนให้แก่เจ้าหน้าที่และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษในลักษณะเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานคดีในศาลปกครอง เพื่อสร้างแรงจูงใจในการปฏิบัติในองค์กร แก้ปัญหาการเข้าและออกจากงานของบุคลากรซึ่งจะทำให้การทำงานมีความต่อเนื่อง

4.6.5 คู่พิพาทและทนายความ (Parties & Counsel)

คู่พิพาทมีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีพิจารณา (Procedural applicable law) และกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท (Substantive applicable) อันมีที่มาจากหลักอิสระของคู่พิพาท (Party Autonomy) ซึ่งเป็นป่อเกิดของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คู่พิพาทจึงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดหรือออกแบบกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย ในต่างประเทศถือว่าทนายความเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมจึงไม่มีเรื่องการจูงใจพยาน การใช้เทคนิคในการคัดค้าน ถ้ามค้าน หรือการประวิงคดี แต่จะเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดโดยหลักสุจริต ในคดีบางประเภทสามารถส่งเอกสารแทนการสืบพยานได้ซึ่งจะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีความรวดเร็ว มีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการเสริมสร้างความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และวัฒนธรรมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในสังคมนักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีมาตรฐานสากลในระดับระหว่างประเทศ

4.6.6 บทบาทของศาลในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าศาลของประเทศเกือบทุกประเทศให้การยอมรับการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการ และให้การสนับสนุนเพื่อดึงดูดการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยเนื่องจากเป็นระบบศาลคู่ ดังนั้น ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองจึงมีบทบาทในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณา เช่นการออกหมายเรียก การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด ตลอดจนการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น การสร้างช่องทางพิเศษสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเป็นคดีพิเศษเฉพาะทางที่มีการดำเนินการด้วยความรวดเร็ว และโดยคณะที่มีความรู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ตลอดจนการสร้างแนวบรรทัดฐานการวินิจฉัยปัญหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนบนพื้นฐานกฎหมายระหว่างประเทศและหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศร่วมด้วยสำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งมีความอ่อนคลายความเข้มงวดมากกว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการแก้ปัญหาการทุจริตภายในองค์กรของฝ่ายรัฐซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายต่างประเทศในสัญญาระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ จะเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาและส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคต่อไป

บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน โดยปรากฏหลักฐานในกฎหมายตราสามดวงว่ามีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการโดยคู่ความ ซึ่งแตกต่างจากตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้มีการปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) เมื่อพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 (มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในภาค 2 หมวด 3 (มาตรา 210-222) ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายฉบับโดยเฉพาะอนุสัญญานิวยอร์ค ค.ศ. 1958 จึงได้มีความพยายามพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลและสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำไว้ และตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2530 นับแต่นั้นมาการอนุญาโตตุลาการนอกศาลของประเทศไทยจึงได้รับการยอมรับและมีการพัฒนาอย่างเป็นระบบมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ให้มีความครอบคลุมตามมาตรฐานระหว่างประเทศและเป็นกฎหมายที่เข้ากันได้ (Compatible) กับกฎหมายของนานาประเทศ โดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ยึดถือ UNCITRAL Model Law ที่นานาประเทศใช้กันแพร่หลายเป็นต้นแบบ

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่อง แต่ยังมีข้อด้อยและข้อจำกัดอันเป็นปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการพัฒนาใน 3 มิติ คือ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนพิจารณาที่ใช้ระยะเวลา และค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

5.1 ปัญหาและอุปสรรคในการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย

จากสถิติการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม พบว่า ประสบกับปัญหาความล่าช้าของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมากส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ในฐานะที่สถาบันอนุญาโตตุลาการของศาลยุติธรรมมีปริมาณข้อพิพาททางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ และทุนทรัพย์รวมสูงที่สุดในประเทศไทย ซึ่งจากการวิเคราะห์ข้อมูลพบว่า มีสาเหตุมาจากคู่พิพาท ทนายความ และวัฒนธรรมการต่อสู้คดีของทนายความ เป็นหลัก นอกจากนี้ยังรวมถึงนโยบายการบริหารจัดการคดีที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของศาลที่ยังไม่ได้มีการจัดแบ่งประเภทเป็นคดีจัดการพิเศษไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้มีการแก้ไขเพื่อควบคุมระยะเวลาและค่าใช้จ่ายดังเช่นสถาบันอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ

ส่วนปัญหาด้านความเป็นธรรมในการค้นหาข้อเท็จจริงนั้น เกิดจากการดำเนินคดีในประเทศไทยมีการนำหลักการของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ในการรับฟังพยานหลักฐาน การถามคำถามพยานเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือและการที่ศาลมีบทบาทในการวางตัวเป็นกลางอันเป็นบทบาทเชิงรับ (Passive role) ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มากกว่าการใช้บทบาทในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นบทบาทในเชิงรุกของผู้พิพากษาในระบบซีวิลลอว์ และการดำเนินคดีแฝงให้ความสำคัญต่อพยานเอกสารมากกว่าพยานบุคคล จึงมีบทบัญญัติให้สามารถส่งพยานหลักฐานแทนการสืบพยาน หรือส่งบันทึกคำเบิกความพยานได้ ประกอบกับวัฒนธรรมการดำเนินคดีของทนายความที่แตกต่างจากต่างประเทศ จึงเป็นสาเหตุให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการล่าช้า และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น

สำหรับปัญหาด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้น ศาลยุติธรรมและศาลปกครองแล้วแต่กรณีเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบคำชี้ขาด ซึ่งจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยพบว่าประเทศไทยและผู้พิพากษามีทัศนคติในเชิงสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration friendly policy) คงมีเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ (Public policy) ในส่วนที่มีการทุจริต (Corruption or Bribery) ในการทำสัญญาสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ (Infrastructure) ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดยังคงมีแนวทางในการตีความหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนบนพื้นฐานแนวคิดของหลักทางปกครองโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ (Public interest) กับผลประโยชน์ของเอกชน (Private interest) ซึ่งจะพิจารณาเป็นกรณีไปแล้วแต่พฤติการณ์แห่งคดี โดยมาตรฐานการตีความและปรับใช้

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดภายในประเทศ(Domestic arbitral awards) และคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign arbitral awards) ที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น ศาลไทยใช้มาตรฐานเดียวกัน ดังนั้นศาลไทยจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างบรรทัดฐานของคำพิพากษา หรือหลักกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศว่ามีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากลหรือไม่ ซึ่งจะสะท้อนความน่าเชื่อถือและการยอมรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศไทยเช่นกัน

ผลการวิจัย สามารถสรุปปัญหาได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ยังไม่ได้มีการแก้ไข ปรับปรุง ให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล เพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีความเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ
2. ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดตาม มาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) ทำให้เกิดปัญหาการตีความเขตอำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ แตกต่างจากหลักการใน New York Convention มาตรา 5(1)(e)
3. การไม่แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) โดยการให้บทนิยามอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือแบ่งแยกหมวดการบังคับใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เป็นหมวดอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และหมวดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาการปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีระดับความเข้มงวดที่แตกต่างกัน
4. ความไม่ชัดเจนของมาตรฐานการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการและการตรวจสอบคำชี้ขาดระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ในปัญหาเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน
5. ความไม่ชัดเจนของการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจของชาวต่างประเทศ รวมถึงปัญหาการทำงานของคนต่างด้าว เนื่องจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักจะมีผู้เกี่ยวข้องในคดีซึ่งเป็นชาวต่างชาติ เช่นผู้รับมอบอำนาจ ผู้ได้รับแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ซึ่งจะมีปัญหาว่าการทำหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพซึ่งต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวในไทยหรือไม่
6. ความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้ของอนุญาโตตุลาการและผู้เกี่ยวข้อง ว่าการทำงานในหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นสัญญาจ้างทำของซึ่งต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มด้วยหรือไม่
7. ทะเบียนอนุญาโตตุลาการของสถาบัน TAI ยังขาดความหลากหลายโดยมีอนุญาโตตุลาการชาวต่างประเทศในสัดส่วนที่น้อย

8. ปัญหาความพร้อมของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ทั้งในเรื่องการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปในแนวทางที่มีประสิทธิภาพ การบริหารจัดการคดี การจัดรูปแบบองค์กร การวางแผนเกี่ยวกับงบประมาณ

9. ปัญหาความพร้อมของบุคลากรที่เกี่ยวข้องของสถาบันเกี่ยวกับความรู้ ความเข้าใจ ด้านการอนุญาโตตุลาการ และความเชี่ยวชาญด้านภาษาและเทคโนโลยีสมัยใหม่

10. ปัญหาความพร้อมด้านเทคโนโลยี สิ่งอำนวยความสะดวก (Facility) การให้บริการ (Service) ในการสนับสนุนให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการ มีความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

11. ปัญหาการขาดความเข้าใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างแท้จริงของผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งนายความ คู่พิพาท และประชาชน

5.2 ข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย

1. ปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยให้มีความเป็นสากล

แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการที่มีการร่างโดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นที่ยอมรับมาเป็นกฎหมายต้นแบบก็ตาม แต่เนื่องจากในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทในทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ประกอบกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้กำหนดบทนิยามของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) หรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration) เพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่างเหมือนกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ เช่น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ และประเทศฝรั่งเศส หรือแบ่งหมวดระหว่างบทบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นอกจากนี้การใช้ถ้อยคำภาษาไทยในบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดตาม วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ตรงกับภาษาอังกฤษใน New York Convention สมควรที่จะแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) จากคำว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เป็น “ศาลที่ทำคำชี้ขาด” ซึ่งจะก่อให้เกิดความชัดเจนว่า กรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลไทย

ย่อมไม่ใช่ศาลที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำให้ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e)

โดยมีข้อพิจารณาว่าตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... ในมาตรา 3 ที่แก้ไข โดยให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นมาตรา 4/1 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติในมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ให้ใช้บังคับไม่ว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นที่ใด” ผู้เขียนเห็นว่าการระบุว่าพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำภายในประเทศ” จะส่งผลให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยภาพรวมขาดความเป็นสากล นอกจากนี้การระบุยกเว้นมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ไว้สำหรับการบังคับใช้ต้องอาศัยการตีความอีกเช่นกันทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความยุ่งยาก และทำความเข้าใจยากโดยเฉพาะชาวต่างชาติที่จะเลือกใช้ประเทศไทยเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (Place of arbitration) ซึ่งหากเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ส่วนใหญ่เลือกที่จะกำหนดบทนิยามคำว่า การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หรือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อแสดงให้เห็นความแตกต่าง โดยถือว่าการดำเนินการใดที่เข้าอยู่ในบทนิยาม ย่อมถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เช่น The European Convention of 1961 ให้คำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ว่าหมายความว่า การตกลงกันของคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการถึงวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศระหว่างบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีภูมิลำเนา หรือสัญชาติ หรือสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศต่างกัน¹

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษ (Arbitration Act 1979) กำหนดบทนิยาม “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration agreement)” ได้แก่ กรณีข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีได้กล่าวโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยว่าเป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนอกสหราชอาณาจักรและไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นชาวต่างชาติในขณะที่ทำข้อตกลงสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งชาวต่างชาติในที่นี้หมายถึงบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติ หรือภูมิลำเนา หรือนิติบุคคลที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งและมีสำนักงานบริหารอยู่นอกสหราชอาณาจักร ส่วนการอนุญาโตตุลาการใดที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศดังกล่าว ให้ถือว่า

¹ European Convention of 1961, Art.1.1 (a) “arbitration agreement concluded for the purpose offsetting disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States.”

เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษที่แก้ไขใหม่นั้นให้สิทธิคู่พิพาทตกลงกันขณะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการสละสิทธิในการอุทธรณ์ต่อศาลได้ในกรณีที่เป็น การดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษในการกำหนดคำนิยาม “การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ” และ “การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” กล่าวคือบริษัทหรือนิติบุคคลต่างชาติที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงิน การขนส่ง หรือการก่อสร้าง โดยจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศสิงคโปร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเข้าเป็นคู่สัญญาท้องถิ่น แต่หากบริษัทหรือนิติบุคคลดังกล่าวมีศูนย์กลางการบริหารจัดการ และอำนาจควบคุมบริษัทอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ ข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างนิติบุคคลดังกล่าวกับนิติบุคคลหรือบริษัทภายในประเทศถือว่าไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ แต่ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International arbitration under the law of Singapore)²

ดังนั้นจึงสมควรที่จะแก้ถ้อยคำในมาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) จากคำว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เป็น “ศาลที่ทำคำชี้ขาด” ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนว่า กรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลไทยย่อมไม่ใช่ศาลที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำให้ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e) โดยตัดข้อความที่เพิ่มเติมเป็นมาตรา 4/1 ออกซึ่งจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความเป็นสากลสามารถใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 4 ตามร่างที่ขอแก้ไขได้เพิ่มบทนิยามคำว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ในมาตรา 5 แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิ่มข้อความในมาตรา 4/1

สำหรับบทนิยามคำว่า “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” ในมาตรา 5 ตามร่างพระราชบัญญัติที่ขอแก้ไขนั้น มีข้อพิจารณาบางประการ กล่าวคือตามบทนิยามที่ว่า

“การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” หมายความว่า การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่

(ก) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีสถานประกอบการอยู่ในประเทศต่างกันในขณะที่ทำสัญญา หรือ

(ข) สถานที่ใดสถานที่หนึ่งดังต่อไปนี้ตั้งอยู่นอกประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานประกอบการอยู่

² Arbitration Act 1980, section 28B (7)

(1) สถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือตามข้อตกลงให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

(2) สถานที่การปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนสำคัญของการค้าหรือการลงทุน ระหว่างประเทศ หรือสถานที่ที่ใกล้ชิดกับมูลเหตุที่พิพาทมากที่สุด

(ค) คู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งว่าข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ หรือให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ

(ง) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ

จึงมีข้อพิจารณาว่า ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการในส่วนที่ขอแก้ไขโดยเพิ่มบทนิยาม “การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” นั้นแม้บทนิยามใน (ก) ถึง (ค) บางส่วนจะแปลงความมาจากคำนิยาม International Arbitration ตามมาตรา 3 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law)³ แต่ในส่วนข้อ (ค) และ (ง) ที่กำหนดให้หมายความถึง “กรณีคู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ (ง) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ นั้นเป็นส่วนที่แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ และไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานหรือทฤษฎีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากการกำหนดความหมายของการเป็นระหว่างประเทศ (International) ส่วนใหญ่มีที่มาจากทฤษฎีหลักดินแดนหรือหลักสัญชาติ

³ UNCITRAL Model Law Art.1 (3) “An arbitration is international if :

(c) The parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their place of business in different States; or

(d) One of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business :

(i) the place of arbitration if determine in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligation of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

(c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country

โดยพิจารณาจากกิจกรรม หรือพฤติกรรมที่เกิดขึ้นจริงมากกว่าที่จะกำหนดขึ้นได้เองตามความตกลงกันของคู่สัญญาโดยที่กิจกรรมดังกล่าวโดยแท้จริงแล้วไม่มีลักษณะหรือองค์ประกอบระหว่างประเทศ อยู่เลย ซึ่งในทางปฏิบัติสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนิยมใช้หลักเกณฑ์ข้อพิพาทที่มี องค์ประกอบระหว่างประเทศด้วย องค์ประกอบระหว่างประเทศอาจเกิดขึ้นหรือมีความเชื่อมโยง โดย อาจเกิดขึ้นจากลักษณะของข้อพิพาท (Nature of disputes) สัญชาติและภูมิลำเนา หรือสถานที่ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ใน UNCITRAL Model Law Art 1 (3) โดย นำมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาความเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งหลักการมี องค์ประกอบระหว่างประเทศนี้เป็นหลักการเดียวกับหลักสัญชาติของบุคคลตามกฎหมายระหว่าง ประเทศแผนกคดีบุคคล⁴

การกำหนดบทนิยามความเป็นระหว่างประเทศโดยให้คู่สัญญาดตกลงกันได้หรือ เพียงแต่ใช้ภาษาต่างประเทศก็ให้ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นอาจก่อให้เกิด ปัญหาการบังคับใช้ และเป็นช่องทางให้คู่สัญญาใช้เทคนิคเลี่ยงกฎหมายก็เป็นได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณี เป็นการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไทย และคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีสัญชาติ และภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of disputes) เป็นเรื่องสัญญาจ้างทำของ โดยไม่มีลักษณะหรือองค์ประกอบระหว่างประเทศ แต่คู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือได้ใช้ ภาษาต่างประเทศ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign award) ทั้งที่โดยเนื้อแท้แล้ว เป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 4/1 ที่ ขอแก้ไขเพิ่มเติมความต่อไปนี้ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำ ภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติในมาตรา 14 มาตรา 16 มาตรา 43 มาตรา 44 ให้ใช้บังคับไม่ว่า การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะทำขึ้นที่ใด” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 40 เรื่องการเพิก ถอนคำชี้ขาดซึ่งไม่อยู่ในข้อยกเว้นตามมาตรา 4/1 แสดงให้เห็นเจตนารมณ์การแก้ไขว่าไม่ต้องการให้มีการนำมาใช้เพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปให้นำมาใช้เฉพาะกรณีการ อนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic arbitration) แต่เมื่อการอนุญาโตตุลาการในประเทศที่ ยกตัวอย่างนั้นคู่สัญญาดตกลงกันโดยชัดแจ้งว่าเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ การดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ และบทนิยามในมาตรา 5 ให้ถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดจึงเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลของประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ทำคำ

⁴ เอกสิทธิ์ จันตะมา, “การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อ การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย,” วารสาร นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1, ปีที่ 6, น. 35. (พฤษภาคม 2556).

ชี้ขาดจึงไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้เลย และหากสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายเช่นเป็นสัญญาที่สนับสนุนการทุจริต หรือการฟอกเงิน แม้จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดี (contrary to public policy) ศาลของประเทศไทยก็ไม่สามารถเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ในขณะที่เดียวกันศาลของต่างประเทศก็ไม่ใช่ประเทศที่ทำคำชี้ขาดย่อมไม่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดนี้ได้อีกเช่นกันเพราะขัดกับหลักการตาม New York Convention ที่กำหนดให้เฉพาะศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาดเท่านั้นเป็นศาลที่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาด ดังนั้น คำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะถูกเพิกถอนได้เลย แม้ในที่สุดศาลของประเทศไทยอาจไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้ แต่ผลทางกฎหมายของการเพิกถอนคำชี้ขาดและการไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมายและโดยหลักการแล้วจะไม่สามารถนำไปขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศสมาชิกอื่น ๆ ส่วนการไม่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดนั้นมีผลแต่เพียงไม่สามารถบังคับคดีได้เฉพาะในประเทศที่ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเท่านั้น แต่คำชี้ขาดยังมีผลตามกฎหมายที่ผู้ชนะคดียังสามารถนำไปขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศสมาชิกอื่นที่มีทรัพย์สินตั้งอยู่ได้ ซึ่งหากเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งไม่มีผลกระทบเกี่ยวข้องกับประเทศที่ขอบังคับคำชี้ขาด หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบคำชี้ขาดต่างประเทศจะผ่อนคลายน้อยกว่าในการตรวจสอบคำชี้ขาดมากกว่าคำชี้ขาดในประเทศ โดยประเทศสมาชิกมักให้เหตุผลว่า ประเทศของตนมีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นเหตุผลที่ยอมรับบังคับคำชี้ขาดให้ จากเหตุผลดังกล่าวมาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมและอยู่ระหว่างการรับฟังความเห็นนี้ กรณีบทนิยาม การอนุญาโตตุลาการ ในข้อ (ค) และ (ง) และมาตรา 4/1 ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามา ในทางปฏิบัติอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาดังที่กล่าวมาเบื้องต้น สมควรแก้ไขเฉพาะในส่วนที่มีปัญหาการคือแก้ถ้อยคำในมาตรา 40 วรรคสอง และมาตรา 43 (6) จากคำว่า “ศาลที่มีเขตอำนาจ” เป็น “ศาลที่ทำคำชี้ขาด” ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนว่า กรณีที่เป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ ศาลไทยย่อมไม่ใช่ศาลที่ทำคำชี้ขาดจึงไม่มีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำให้ตรงกับ New York Convention มาตรา 5(1)(e) โดยตัดข้อความที่เพิ่มเติมเป็นมาตรา 4/1 ออกซึ่งจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยมีความเป็นสากลสามารถใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ และตัดความหมายของบทนิยาม การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในข้อ (ค) และ (ง) บางส่วนที่แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบ เฉพาะข้อความที่ว่า “โดยชัดแจ้งให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือได้ใช้ภาษาต่างประเทศ”

- ควรมีการแก้ไขให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดเพื่อคุ้มครองคู่พิพาทโดยถือว่าคำสั่งของอนุญาโตตุลาการเป็นพยานหลักฐานที่ศาลจะอนุญาตให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามคำขอได้ ซึ่งจะทำให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

- ควรมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจชาวต่างชาติในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศไทย โดยการอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการหรือผู้รับมอบอำนาจดำเนินการแทนคู่พิพาทซึ่งเป็นคนต่างด้าวทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและผู้รับมอบอำนาจว่าต่างก็ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในประเทศไทยได้ ป้องกันปัญหาการใช้เทคนิคแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจจับกุมอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่มีชื่อเสียงซึ่งเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นจะก่อให้เกิดภาพพจน์ที่เป็นลบต่อการเป็นประเทศที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันเป็นการสนับสนุนให้ประเทศไทยเป็นสถานที่ได้รับความนิยมแพร่หลายสำหรับชาวต่างชาติในการเลือกให้เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้ (Place of arbitration)

- ควรตัดบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 23 ที่กำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการผู้ใดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าวมีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว การนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกระบวนการวิพิจารณาความทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ ทำให้ชาวต่างชาติเกิดความเกรงกลัวกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทย นอกจากนี้ปัญหาที่อนุญาโตตุลาการทุจริต หรือเรียกรับสินบนในทางปฏิบัติเกิดขึ้นน้อยมาก การนำมาบัญญัติไว้เช่นนี้จึงเป็นการทำลายบรรยากาศความเป็นประเทศที่มีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ

2. นโยบาย วิสัยทัศน์และพันธกิจของศาลยุติธรรมในการส่งเสริมและสนับสนุนให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม พัฒนาเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยงานที่สังกัดสำนักงานศาลยุติธรรมแต่มีความอิสระในการดำเนินงานและการบริหารองค์กร ซึ่งศาลยุติธรรมไม่เข้ามาแทรกแซงแต่ให้การสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการของสถาบันให้มีประสิทธิภาพ สะดวกและรวดเร็ว จึงมีข้อได้เปรียบในเรื่องความโปร่งใส และความเป็นอิสระ แต่การที่จะพัฒนาสู่การเป็นองค์กรบริหารระดับผู้เชี่ยวชาญ นั้นมีความจำเป็นที่ศาลยุติธรรมต้องกำหนดเป็นนโยบายและพันธกิจในการผลักดันให้สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค (Hub of international arbitration in Asia Pacific Region) ซึ่งต้องมีการจัดทำแผนงานการพัฒนาองค์กร ได้แก่

2.1 แผนงานการพัฒนาความพร้อมของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2.2 แผนงานด้านการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

2.3 แผนงานด้านการปรับปรุงข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม

2.4 แผนงานด้านงบประมาณ

3. กลไกการพัฒนา

3.1 จัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งอาจมีส่วนประกอบของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก ได้แก่ ผู้เชี่ยวชาญด้านการอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการสำนักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อเป็นคณะกรรมการในการสนับสนุนการดำเนินการสถาบันอนุญาโตตุลาการ แก้ปัญหาข้อขัดข้อง ตลอดจนเสนอแนะแนวทางการพัฒนาองค์กร หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในลักษณะเช่นเดียวกับสถาบัน ICC ซึ่งคณะกรรมการจะทำหน้าที่ตรวจคำชี้ขาดก่อนส่งให้คู่พิพาทในกรณีที่เป็นการผิดพลาดซึ่งมิใช่การก้าวล่วงในการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการจะส่งกลับไปให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาเพื่อแก้ไขก่อน ซึ่งทำให้การดำเนินการของสถาบันมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ICSID ที่มีการบริหารงานในรูปของคณะกรรมการ

3.2 จัดสัมมนา ฝึกอบรม ให้ความรู้เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแก่บุคลากรที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ ทนายความ และประชาชนเพื่อเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ และสร้างวัฒนธรรมในการปฏิบัติงานว่าทนายความถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหลักสุจริต ลดปัญหาพฤติกรรมการประวิงคดี และการใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการต่อสู้คดีทุกรูปแบบซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ล่าช้า และไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

4. สถาบันอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญต่อกลไกการพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยเป็นอย่างมาก การมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลาง มีการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส การมีข้อบังคับของสถาบันที่ทันสมัยเป็นสากลเอื้ออำนวยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ มีการให้บริการในด้านต่าง ๆ และบุคลากรมีความพร้อมทั้งในส่วนของความรู้ ความสามารถในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และมีความพร้อมเชี่ยวชาญทั้งด้านภาษา และเทคโนโลยี ย่อมส่งผลถึงความมีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Place of arbitration) ในภูมิภาคนี้ จึงควรมีการพัฒนา แก้ไขปรับปรุงดังนี้

4.1 แก้ไขข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ในส่วนที่สนับสนุนให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ ในลักษณะเช่นเดียวกับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันในเรื่อง

- การบริหารจัดการคดี (Case management) การนัดพิจารณาอย่างต่อเนื่อง โดยความยินยอมของคู่พิพาทเพื่อจัดให้มีตารางการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Time table) ที่แน่นอน และมีประสิทธิภาพ อันจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทหรือผู้แทน ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญ พยานบุคคล และทนายความหรือที่ปรึกษาซึ่งอาจเป็นชาวต่างชาติต้องเดินทางมาประเทศไทย ซึ่งมีค่าใช้จ่ายทั้งด้านที่พักโรงแรม การจองตั๋วเครื่องบิน ดังนั้น เมื่อเดินทางมาแล้วจะต้องมีการสืบพยานไปจนเสร็จคดี ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องมีบทบาทเชิงรุก (Active role) ในการควบคุมกระบวนการพิจารณา และมีมาตรการลงโทษ (Sanction) คู่พิพาทที่ไม่ให้ความร่วมมือ หรือมีพฤติการณ์การดำเนินคดีที่ไม่เหมาะสม ใช้เทคนิคต่าง ๆ ในการประวิงคดี โดยแก้ไขข้อบังคับให้อนุญาโตตุลาการสามารถนำหลักการเรื่อง Cost allocation มาใช้เป็นมาตรการลงโทษคู่พิพาทที่มีพฤติการณ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่สุจริต เช่น ประวิงคดี (Dilatory tactics) มีพฤติกรรมการใช้สิทธิคัดค้านข้อกฎหมาย (Excessive legal argument) ถ้ามค้าน (Excessive cross-examination) อ้างพยานหลักฐานเอกสาร (Excessive document request) มากเกินจริงและไม่สมเหตุผล ตลอดจนไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพ (Failure to comply with) โดยกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ให้ความร่วมมือ และมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว ต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น หรือมีการกำหนดให้ต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมเพิ่มขึ้น เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศที่มีชื่อเสียงเช่นสถาบัน ICC ของประเทศฝรั่งเศส สถาบัน SIAC ของสิงคโปร์ และสถาบัน LIAC ของอังกฤษ ที่แก้ไขข้อบังคับนำหลักการ Cost allocation⁵ มาใช้เป็นมาตรการในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ นอกเหนือจากการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมแบบ Case follow

⁵ Cost allocation เป็นหลักการกำหนดค่าเสียหายแบบ American approach ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์ของคู่พิพาท ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเชิงลงโทษคู่ความที่มีพฤติการณ์ไม่สุจริต ประวิงคดี ไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินคดี ให้เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น see also, ICC Commission Arbitration and ADR report-Task Force on Decisions as to cost Final Draft April 2015, pp. 37-76.

the event (Loser pay) ⁶ ที่กำหนดให้ผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตามหลักการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป (Cost under national system; litigation)

- แก้ไขข้อบังคับให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาอย่างชัดเจน เช่นอำนาจในการตรวจสอบและตัดพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาท และเป็นพยานที่ฟุ่มเฟือย การใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมเชิงลงโทษ (Cost allocation) ซึ่งแม้จะเป็นอำนาจทั่วไปของอนุญาตตุลาการอยู่แล้วแต่การกำหนดเพิ่มเติมให้อนุญาตตุลาการใช้ดุลพินิจในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้เกิดความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และเป็นไปในทางที่มีประสิทธิภาพนั้นจะช่วยให้อนุญาตตุลาการมีบทบาทในเชิงรุกมากขึ้น และเพิ่มแบบฟอร์มในการแจ้งข้อเท็จจริงของอนุญาตตุลาการที่นอกเหนือจากการมีผลประโยชน์ขัดกันแล้ว ยังมีการแจ้งถึงการที่จะอุทธรณ์เวลาเพื่อการดำเนินการอนุญาตตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ เช่นเดียวกับการแก้ไขข้อบังคับในเรื่องดังกล่าวของสถาบันอนุญาตตุลาการที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศ

- การกำหนดข้อบังคับสำหรับกระบวนการวิธีพิจารณาพิเศษแบบรวดเร็ว (Expedited procedure) และวิธีพิจารณาความแบบคดีโมโนสตราเร่สำหรับคดีที่มีประเด็นข้อพิพาทไม่ยุ่งยากหรือมีทุนทรัพย์เล็กน้อย (Small claim arbitration) ซึ่งมีกระบวนการที่เรียบง่าย ไม่ยุ่งยาก สถาบันจะกำหนดเวลาพิจารณาข้อพิพาทไว้ไม่เกิน 6 เดือน โดยมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเพียง 1 คน เพื่อลดขั้นตอนการเลือกอนุญาตตุลาการหลายคน ที่มักใช้เวลาเนื่องจากอนุญาตตุลาการแต่ละคนมักจะหาวันเวลาที่ว่างตรงกันไม่ค่อยได้ และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้คู่พิพาทและที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความแต่ละฝ่ายควรประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาทหรือให้มีการชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นทั้งหมดหรือบางประเด็น จำกัดการอ้างเอกสารและการนำเสนอพยานทั้งพยานเอกสาร พยานบุคคล และพยานผู้เชี่ยวชาญ เลือกเฉพาะที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น หรืออาจพิจารณาให้มีการส่งเอกสารแทนการสืบพยานบุคคล หลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมเช่น การใช้เทคนิคประวิงคดี เป็นต้น

4.2 มีการพัฒนาและนำเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) และสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ (Facility) มาสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการให้เกิดความสะดวกและรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ เช่นการสืบพยานผ่านวิดีโอและโทรศัพท์ (Hearing through Video and Telephone) การจัดตั้งระบบ E-filing ระบบบันทึกคำพยานแบบ

⁶ Cost follow the event หรือหลักผู้แพ้คดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีนั้นมีที่มาจากประเทศอังกฤษ (English approach) ถือเป็นรูปแบบในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันในการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป; see also, ICC Commission Arbitration and ADR report-Task Force on Decisions as to cost Final Draft April 2015, pp. 37-76.

Real time และเทคโนโลยีการจัดทำคำพยานเป็นลายลักษณ์อักษร Transcription ด้วยโปรแกรม Voice recognition และการระบุข้อพิพาทออนไลน์ เป็นต้น

4.3 ผู้บริหารสถาบันกำหนดแนวปฏิบัติของสถาบัน (Institution Guideline) ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศ

4.4 พัฒนาบุคลากรเพื่อเตรียมความพร้อมในการพัฒนาเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาค ควรมีการจัดอบรมเพื่อเพิ่มความรู้และทักษะในการปฏิบัติงานอยู่เสมอ ตลอดจนจัดทำคู่มือแนะนำการปฏิบัติงานเพื่อให้การทำงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การจัดอบรมเพื่อเพิ่มทักษะด้านภาษาแก่บุคลากรเป็นสิ่งสำคัญในปัจจุบัน เนื่องจากการดำเนินการก่อนการตั้งอนุญาโตตุลาการ เช่นการยื่นคำร้องต่าง ๆ การขอขยายระยะเวลา การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งหากเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่เลขานุการดำเนินการพิจารณาและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องมีความเชี่ยวชาญด้านภาษา จึงจะทำให้การบริหารงานเกิดประสิทธิภาพ

4.5 การเพิ่มค่าตอบแทนให้แก่เจ้าหน้าที่และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญพิเศษในลักษณะเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานคดีในศาลปกครอง เพื่อสร้างแรงจูงใจในการปฏิบัติในองค์กร แก้ปัญหาการเข้าและออกจากงานของบุคลากรซึ่งจะทำให้การทำงานมีความต่อเนื่อง

5. คู่พิพาทและทนายความ (Parties & counsel)

คู่พิพาทมีบทบาทสำคัญในการกำหนดวิธีพิจารณา (Procedural applicable law) และกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท (Substantive applicable) อันมีที่มาจากหลักอิสระของคู่พิพาท (Party Autonomy) ซึ่งเป็นบ่อเกิดของการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น คู่พิพาทจึงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดหรือออกแบบกระบวนการวิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย และมีประสิทธิภาพ ในต่างประเทศถือว่าทนายความเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมจึงไม่มีเรื่องการจู่โจมพยาน การใช้เทคนิคในการคัดค้าน ถ้ามค้าน หรือการประวิงคดี แต่จะเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดโดยหลักสุจริต ในคดีบางประเภทสามารถส่งเอกสารแทนการสืบพยานได้ซึ่งจะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีความรวดเร็ว มีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นในการเสริมสร้างความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และวัฒนธรรมการดำเนินการพิจารณาในสังคมนักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีมาตรฐานสากลในระดับระหว่างประเทศ

6. บทบาทของศาลในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าศาลของประเทศเกือบทุกประเทศให้การยอมรับการระบุข้อพิพาททางเลือกโดยการอนุญาโตตุลาการ และให้การสนับสนุนเพื่อดึงดูดการค้าและการลงทุน

ระหว่างประเทศ สำหรับประเทศไทยเนื่องจากเป็นระบบศาลคู่ ดังนั้น ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองจึงมีบทบาทในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่เริ่มกระบวนการพิจารณา เช่นการออกหมายเรียก การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาด ตลอดจนการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนั้น การสร้างช่องทางพิเศษสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเป็นคดีพิเศษเฉพาะทางที่มีการดำเนินการด้วยความรวดเร็ว และโดยคณะที่มีความรู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ตลอดจนการสร้างแนวบรรทัดฐานการวินิจฉัยปัญหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนบนพื้นฐานกฎหมายระหว่างประเทศและหลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศร่วมด้วยสำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศ ซึ่งมีความผ่อนคลายเป็นความเข้มงวดมากกว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และการแก้ปัญหาการทุจริตภายในองค์กรของฝ่ายรัฐซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายต่างประเทศในสัญญาระหว่างรัฐและนักลงทุนต่างชาติ จะเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาและส่งเสริมให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคต่อไป

7. สร้างภาพลักษณ์และประชาสัมพันธ์ การบริหารงาน และบริหารคดี ตลอดจนแนวปฏิบัติ (Guideline or best practice) เพื่อเสริมสร้างความเป็นกลาง โปร่งใส และความชำนาญพิเศษ

บรรณานุกรม

หนังสือ

- จิต เศรษฐบุตร์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เอราวัณการพิมพ์, 2522.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ประมวลกฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กรุงเทพมหานคร, 2527
- ไชยวัฒน์ บุณนาค. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎี และปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เดือนตุลา, 2552.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการพร้อมดัชนี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ยูแพค, 2536.
- _____ และ ญัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. หนังสือประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557.
- วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- _____ ธนกร วรปรัชญากุล, และ สิริพัชร์ พลรบ. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์บพิธการพิมพ์, 2523.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520.
- สรวิศ ลิ้มปริงชี. อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เฟิร์ทพับลิชชิ่ง, 2545.
- _____ .“เขตอำนาจศาลในการคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ.” ใน รวมนบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับ

อนุญาตตุลาการ. ฉบับ 15 ปี สถาบันอนุญาตตุลาการ (น. 95-108). กรุงเทพมหานคร : สำนักงานอนุญาตตุลาการ, 2549.

เสาวนีย์ อัครวิจารณ์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ
อนุญาตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2548.

อนันต์ จันทโรภากร. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท
อนุญาตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วิทยานิพนธ์

กัญญา อติโต. “บทบาทของอนุญาตตุลาการในการค้นหาข้อเท็จจริง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

นงลักษณ์ นามโกชน. “ธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการ.”
สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550.

ไพมณี ไชวงษา. “การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศ ศึกษา
เปรียบเทียบตามกฎหมายไทย-ลาว.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

สมบัติ พงศพิงศภัก. “การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยสู่มาตรฐานสากล.”
วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สิทธิชัย ตำนพัฒนามงคล. “หลักความเป็นอิสระของคู่พิพาทในการกำหนดกระบวนการพิจารณา
อนุญาตตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2548.

หัสยา นุ่นแจ้. “ศึกษาระบบอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เปรียบเทียบ : ประเทศ
มาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ,
2552.

บทความ

มาโนช จรมาศ. “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน.” อุลพาท. ปีที่ 12.

(พฤษภาคม 2508): 10-17.

วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. “ความเป็นมาและภาพรวมของ ICSID.” อุลพาท. ปีที่ 43. ฉบับที่ 1. (กรกฎาคม-กันยายน 2539): 27.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ. เล่ม 32.

ตอนที่ 1.(มีนาคม 2518): 11-32.

เอกสิทธิ์ จันดีมา. “การระงับข้อพิพาทตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน : ผลกระทบต่อการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของรัฐตามกฎหมายไทย.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. เล่มที่ 1. ปีที่ 6. น. 35. (พฤษภาคม 2556) : 35.

เอกสารอื่น ๆ

“ความคุ้มกัน ความรับผิด จริยธรรม : ดุลยภาพสำหรับอนุญาโตตุลาการไทย.” การสัมมนาประจำปีสถาบันอนุญาโตตุลาการ 28 กรกฎาคม 2549.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. “เอกสารเผยแพร่เรื่องอนุญาโตตุลาการ.” (ม.ป.ป.)

สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. “รายงานสรุปโครงการเวทีความคิดเพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย หัวข้อ “หลักนิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้.” จัดโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ร่วมกับกระทรวงยุติธรรม และโครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2551.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

องค์การการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (UNCTAD), “สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนโดยรัฐ.” [www.unctadxi.org/ templates/ docsearch.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx), 29 พฤษภาคม 2561

BOOKS

- Anan Chantaraopakorn. Law On Out-Of-Court Arbitration. Bangkok: Nititham Publishing, 1993.
- Berg, A.J. Why Are Some Awards Not Enforceable?. Enforcement of Awards-A few Introductory Thoughts. in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Born, G. International Arbitration Law and Practice, 2012.
- Cambell, H. Black's Law Dictionary. USA: West Publishing, 1979.
- Cheshire and North. Private International Law. 13th ed. London: Butterworths.
- Heuman, L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, 2003.
- Kaplan, B., Mehern, A T von & Schaefer, R. Phases of German Civil Procedure, 1958.
- Katsh, E., and Rifkin, J. Online Dispute Resolution: Resolving conflicts in Cyberspace. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.
- Kaufmann-Kohler G. Enforcement of Awards-A Few Introductory Thoughts. In New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- Kurkela, M., and Turunen, S. Due Process in international Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Lagerberg, G., and Mitellis, L. International arbitration: Corporate attitudes and practices. Queen Mary University of London, 2006.
- Lalive. P. Transnational or Truly International Public Policy in International Arbitration in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. Devente: Kluwer Law, 1986.
- Lew. J D M. Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Award. New York: Oceana. Dobbs Ferry, 1978.
- _____, Mistelis, L. A., and Kroll, S. M. Comparative International Commercial Arbitration. London: Kluwer Law International, 2003.
- Mann, F. A. Lex Facit Arbitrum in Liber Amicorum for Martin Domke. The Hague: Nijhoff, 1967.

- Ponte, L. M. Cyber Justice: online dispute resolution (ODR) for e-commerce. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004.
- Raouf, M. A.. Emergence of New Arbitral Centers in Asia and Africa: Competition, Cooperation and Contribution to The Rule of Law; The Evolution and Future of International Arbitration. Netherlands: Kluwer Law International B.V, 2016.
- Redfern, A., and Hunter, M. Nigel Blackaby & Constantine Partasides. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- Rule, C. Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. United States: Jossey-Bass, 2002.
- Schultz, Thomas. Information Technology and Arbitration A Practitioner's Guide. United Kingdom: Kluwer Law International, 2006.

ARTICLES

- Anan Chantara-Opakorn. "Impact of Information Technology on Law and Property" Thammasat L.J. 91 (Mar 1991): 21.
- Benson, B.L. "An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States." Journal of Law, Economics and Organization. No. 479. Vol, 11. (1995): 484.
- Dxon, Susan Nauss. "The Internet Meets Obi-Wan Kenobi In The Court of Next Resort." Boston University Journal of Science and Technology Law. (Winter 2002).
- Fortese, Fabricio and Hemmi, Lotta. "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration." Groningen Journal of International Law. Vol. 3. No. 1. (2015): 110-124.
- Gaillard, E. "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin." ICSID Review- Foreign Investment Law Journal. (1999).
- Gelander, Jessica L. "Judicial Review of International Arbitration Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitration." Marquette Law Review. 80 (1997): 625-627.

- Gibson, Christopher S.. "Arbitration. Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law." Penn State Law Review. No, 113. Vol. 4. (2009): 1230.
- Heiskanen, Veijo. "Key to Efficiency in International." Arbitration ICSID Review. Vol. 30, No. 3 (2015).
- Heller, David. "The Public Policy Exception in Hong Kong: The Cultural Sliding Scale." The Arbitration Brief. Vol. 3. Issue 1. (2013): 115-126.
- Hilmer, S. "The Alabama claims-The origin of international Arbitration." Asian Dispute Review. 87. (2008 July).
- Hoellering, Michael F. "International Arbitration Under U.S. Law and AAA Rules." Dispute Resolution Journal. (January 1995): 25.
- John, K. "Setting aside or non – enforcement of arbitral awards in international arbitration on the public policy ground- a regional perspective." Australian Alternative Dispute Resolution Law bulletin. (December 2015): 116.
- Meng Chen. "Emerging Internal Control in Institutional Arbitration." Cardozo J. of Conflict Resolution. Vol 18. (2017): 296.
- Misteliis, L., "Keeping the unruly horse in control, or Public policy as a bar to enforcement of arbitral awards", 2 International Law Forum du Droit International, no. 2 (2000).
- Risse, Joerg. "Ten Drastic Proposal for Saving Time and Costs in Arbitration Proceedings." LCIA Arbitration International. Vol. 29. No. 3 (2013).
- Rivkin, David W. and Rowe, Samantha J. "The Role of the Tribunal in controlling Arbitral Cost" the International Journal of Arbitration Mediation and Dispute Management. Vol. 81. No 2. (May 2015).
- Sandborg, D. "Arbitration Law Reform in Asia: Ready for the 21 Century?" CCA Arbitration Journal. Vol.II (2003).
- Smyth, David. "Public policy Objective Narrowly Construed." The Official Journal of the Law Society of Hong Kong. (2014 July).
- Strout, John R. "Online Arbitration; A Visible Solution for Resolving Dispute that from OnlineTransaction." Journal of American Arbitration. (2001): 1.

- Sussman, E., and Wilkinson, J. "Benefit of Arbitration for Commercial Disputes." Arbitration International. Vol. 29. Issue 3. (2016): 1.
- Tweeddale, A. G. "Enforcing Arbitration Awards Contrary to Public Policy in England." The International Construction Law Review, 2000.
- Wolaver, Earl S. "The History Background of Commercial Arbitration." University of Pennsylvania Law Review. (December, 1934): 132-133.

OTHER

- Av. Fatih. Fast-Track Arbitration-Should it be Encouraged in International Commercial Disputes?. April, 2016.
- Chief Justice Robert French AC. Arbitration and Public Policy 2016 Goff Lecture. 18 April 2016. Hong Kong.
- Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. ICCA Congress Series No.3. Kluwer, 1987.
- Edna Sussman and John Wilkinson. "Benefits of Arbitration for Commercial Disputes May 2016."
- ICC Commission on Arbitration. "Report on Technique for Controlling Time and Cost in International Arbitration in 2007."
- _____. "Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration." April 2015.
- International Bar Association. The global voice of the legal profession "The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives."
- Renhua Na. "Arbitration Under Foreign Investment China." Thesis. Faculty of Law. Thammasat University, 2014.
- Rungravee Sokhuma. Public Policy and Corruption in International Arbitration: A Perspective from England and Thailand. Dissertation of Law Department. Queen Mary University of London, 2008.
- Sameer Sattar. Enforcement of Arbitral Awards and Public Policy: Same Concept. Different Approach? January 21, 2018.

Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited. Asia Pacific Region Arbitration Group Conference, 2009.

ELECTRONIC MEDIA

American Bar Association Task Force on E-Commerce and ADR. “Recommended best practices for online dispute resolution service providers.”

[www.law.washington.edu/ABA-e ADR](http://www.law.washington.edu/ABA-e%20ADR), May 2016.

Annual Report. “AAA/ICDR.” <https://www.adr.org>, May 27, 2017.

Clay, Stephens A. Kilpatrick Townsend. GA. “IBA Revised Rules of Evidence and their effect on International Arbitration.” www.Arbitrateatlanta.org.

Egerton-v-Brownlow (1853) 4HLC1. cited by Diana LAZAR; Public policy as a limit to the Enforcement of foreign Arbitral awards: Seeking counterpoise between Public Interest and Arbitral Autonomy, pp. 96-97. www.lawteacher.net, January 1, 2018.

Gellman, R.. “A Brief History of the Virtual Magistrate Project: The Early Months.” www.umass.edu/dispute/nair/gellman.htm, January 2006.

ICC Commission on Arbitration and ADR. Report –Task Force on Decisions as to Cost-Final Draft April 2015: p.6 www.iccwbo.org/ICC-Arbitration-Commission. November 1, 2016.

International Chamber of Commerce. “Resolving dispute online; Best practice for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transaction.” www.iccwbo.org, May 2016.

International Chamber of Commerce. “Resolving dispute online; Best practice for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transaction.” www.iccwbo.org, May 2016.

Laurent Jaeger. “Reduction Time and Cost in International Arbitration.” <http://orrick.jp/EN/Events/Pages/Reducing-Time-and-Costs-in-International-Arbitration.aspx> QMUL Research. International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015.

Outwater, C., and Hamerveld, Van. "Practical Holography." www.holo.com/holo/book-book.html#bascon

World Intellectual Property Organization. "WIPO Electronic Case Facility (ECAF). arbitrator.wipo.int/ecaf/introduction.jsp, May 2016.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวรุ่งระวี โสขุมา
วันเดือนปีเกิด	4 กันยายน 2508
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2531 พยาบาลศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2534 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2534 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่44 เนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2539 นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2552 LL.M in Commercial and Corporate Law , University of London, UK.
ตำแหน่ง	ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลแพ่ง
ทุนการศึกษา	สำนักงานศาลยุติธรรม

ผลงานทางวิชาการ

รุ่งระวี โสขุมา. “แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
ของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม”
ดุสิตนิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ประสบการณ์ทำงาน

- ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลแพ่ง
- ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัด
พิษณุโลก
- เลขานุการศาลอาญา
- เลขานุการแผนกคดีสิ่งแวดล้อมในศาลฎีกา
- ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษา

ศาลฎีกา

- ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำสำนักประธานศาลฎีกา
- ผู้พิพากษาศาลแพ่ง
- ผู้พิพากษาศาลจังหวัดอุดรธานี

