

#### บทที่ 4

### มาตรการกำกับดูแลความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

ในการอนุญาโตตุลาการนั้นโดยปกติแล้วคู่พิพาทจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาจากผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในหลายสาขาอาชีพซึ่งเกี่ยวข้องกับคดีพิพาทมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนอกเหนือจากกฎหมาย อาจทำให้อนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้ทำงานเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการโดยตรงนั้นเข้าใจบทบาทของอนุญาโตตุลาการที่คลาดเคลื่อนโดยบางท่านอาจเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งนั้นสามารถกระทำการเป็นตัวแทนหรือทำหน้าที่ให้คำปรึกษาคู่พิพาทที่แต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการได้ หรือกรณีอนุญาโตตุลาการที่เป็นนักกฎหมายแต่ไม่ได้คุ้นเคยกับการทำงานด้านอนุญาโตตุลาการก็อาจเข้าใจว่าตนสามารถปฏิบัติหน้าที่เหมือนดังเช่นทนายความในการปกป้องและรักษาผลประโยชน์ของคู่พิพาทได้เช่นกัน ไม่เพียงแต่อนุญาโตตุลาการเท่านั้นที่อาจเข้าใจบทบาทของตนคลาดเคลื่อนในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระเท่านั้น แต่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองก็มักจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งมีแนวความคิดหรือความเห็นเกี่ยวกับคดีพิพาทที่โน้มเอียงมาทางตนด้วยเช่นกัน จนอาจลืมหบายหน้าที่ที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการคือ การวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเป็นธรรม จะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่กึ่งตุลาการ (Quasi-judicial function) จากปัญหาดังกล่าวจึงก่อให้เกิดข้อสงสัยตามมาว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นหน้าที่ที่อนุญาโตตุลาการต้องกระทำหรือเป็นเพียงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการอย่างที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ และมีมาตรการใดบ้างที่เข้ามากำกับดูแลความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการควบคุมดูแลความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมีหน่วยงานใดบ้าง จำเป็นที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องควรศึกษาและให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง

## 1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการกำกับดูแล ความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ<sup>1</sup>

### 1.1 การดำเนินการอนุญาตโตตุลาการต้องทำด้วยความรวดเร็วตามสมควร

การดำเนินการอนุญาตโตตุลาการต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็วตามสมควร ดัง  
ภาษิตที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม” (justice delayed is justice  
denied) กล่าวคือ ไม่ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกันในศาลหรือในการ  
อนุญาตโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในทาง  
กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับมาควบคุม<sup>2</sup> เพื่อป้องกันมิให้คู่พิพาทนำมาตรการในการตรวจสอบ  
ความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระไปใช้ในทางที่มีขอบในการประวิงคดีให้เกิดความล่าช้า

### 1.2 การยอมรับและบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาด

ในการอนุญาตโตตุลาการคู่พิพาทแต่ละฝ่ายอาจอยู่คนละประเทศเมื่อองค์คณะ  
อนุญาตโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการต้องเป็นที่ยอมรับและ  
บังคับได้โดยศาลที่มีเขตอำนาจภายในประเทศและต่างประเทศเช่นกัน หากคำวินิจฉัยชี้ขาดไม่เป็น  
ที่ยอมรับของศาลไม่ว่าภายในประเทศหรือต่างประเทศ สืบเนื่องมาจากการขาดความเป็นกลาง  
และ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตโตตุลาการทำให้เกิดผลเสียที่ตามมาหลายด้าน เช่น ด้าน  
อนุญาตโตตุลาการ ทำให้การดำเนินการอนุญาตโตตุลาการทั้งหมดต้องเสียเปล่า คู่พิพาทต้อง  
เสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายในการอนุญาตโตตุลาการ และทำให้คู่พิพาทหรือบุคคลทั่วไปขาดความ

---

<sup>1</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “มาตรการกำกับดูแลความเป็นกลางและความเป็นอิสระของ  
อนุญาตโตตุลาการ”, เอกสารประกอบการสอนวิชาการระงับข้อพิพาททางธุรกิจและ  
อนุญาตโตตุลาการ, (น.438) , ภาค 1/2549, , น. 2-3.

<sup>2</sup> Article 1 of The Arbitration Act 1996, Article 12 paragraph 2 of AAA-  
International Arbitration Rules, Cannon I (4)(F) of AAA Code of Ethics for Arbitrators in  
Commercial Disputes, มาตรา 24 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตโตตุลาการ พ.ศ.2545

เชื่อมั่นในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งคู่พิพาทอาจได้รับความเสียหายเนื่องจากความล่าช้าในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะส่งผลกระทบกับการดำเนินธุรกิจ

ดังนั้นการดำเนินมาตรการในการกำกับดูแลความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระต้องป้องกันมิให้เกิดปัญหาหรือลดปัญหาการที่ศาลไม่ว่าภายในประเทศหรือต่างประเทศไม่ยอมรับและปฏิเสธที่จะบังคับตามคำชี้ขาด

### 1.3 การกำกับดูแลในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ

การกำกับดูแลในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงมาตรฐานของต่างประเทศ และความสมเหตุสมผล โดยศึกษาจากกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความสอดคล้องในทางปฏิบัติ โดยไม่ขึ้นอยู่กับอัตวิสัยของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

## 2. การคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ถึงตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ หากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ก็เป็นเหตุให้คู่พิพาทสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีที่ผ่านมาจำนวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งบางส่วนมาจากการที่คู่พิพาทไม่เชื่อมั่นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและมีความเป็นกลางและ/หรือมีความเป็นอิสระหรือไม่ อย่างไรก็ตามในบางคดีคู่พิพาทได้ใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการประวิงคดีจึงจำเป็นต้องหามาตรการมาควบคุมดูแลมิให้มีการใช้กระบวนการดังกล่าวเป็นเครื่องมืออันจะก่อให้เกิดความล่าช้าและความเสียหายแก่คู่พิพาท

### 2.1. การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

หลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะพบอยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทตกลงกันโดยให้ถือเป็น

ส่วนหนึ่งของสัญญาอนุญาตตุลาการ กรณีที่ศาลเป็นหน่วยงานตรวจสอบการดำเนินกระบวนการตรวจสอบก็เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการเฉพาะของแต่ละประเทศ ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยใช้กฎเกณฑ์ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการมาใช้ทั้งนี้ในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้นคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อคณะอนุญาตตุลาการ กรณีที่คำคัดค้านไม่บรรลุผลคู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ตรวจสอบได้ อย่างไรก็ตามคู่พิพาทและอนุญาตตุลาการจำเป็นต้องศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายอนุญาตตุลาการและข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการแต่ละสถาบันซึ่งอาจมีกระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการที่แตกต่างกัน

## 2.1.1 หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการ

### 2.1.1.1 บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการ

#### ก) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการตาม UNCITRAL Model Law

การคัดค้านอนุญาตตุลาการ ใน UNCITRAL Model Law ได้วางหลักในเรื่องการคัดค้านอนุญาตตุลาการไว้ กรณีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์คัดค้านอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รู้ถึงการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 วรรคสอง<sup>3</sup> เว้นแต่การคัดค้านอนุญาตตุลาการจะทำโดยสำนักงานของอนุญาตตุลาการหรือคู่พิพาทฝ่ายอื่นเห็นด้วยกับคำคัดค้าน องค์คณะอนุญาตตุลาการได้วินิจฉัยการคัดค้านในมาตรา 13 วรรคสาม

---

<sup>3</sup> Article 12 paragraph 2 of UNCITRAL Model Law “An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

นอกจากนี้หากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยวิธีการตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคสองไม่บรรลุผลหรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลหรือผู้มีอำนาจซึ่งได้ระบุไว้ในมาตรา 6<sup>4</sup> ให้วินิจฉัยการคัดค้าน ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยปฏิเสธคำคัดค้านนั้น ในระหว่างการวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้วางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้อุทธรณ์ในระหว่างการวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ และให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ในขณะที่มีการคัดค้าน ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการแก้ปัญหาเกี่ยวกับความล่าช้าในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้การกำหนดระยะเวลาในการทำการคัดค้าน ยังทำให้คู่พิพาทได้เอาใจใส่ในการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการและแจ้งข้อมูลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบไม่ว่าจะเป็นองค์คณะอนุญาโตตุลาการ หรือสถาบันศาล

#### ข ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act)

ในมาตรา 1037 แห่ง German Arbitration Act ได้วางหลักเกณฑ์ในการดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้นำหลักเกณฑ์ของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นแนวทางในการกำหนดกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์การคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้โดยคู่พิพาทที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการคัดค้านภายในระยะเวลา 2 สัปดาห์หลังจากที่ได้ทราบพฤติการณ์ซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตามบทบัญญัติในมาตรา 1036 วรรคสอง<sup>5</sup> ทั้งนี้คู่พิพาทซึ่งประสงค์จะ

<sup>4</sup> Article 6 of UNCITRAL Model Law “ The functions referred to in articles 11(3), 11(4), 13(3),14,16 (3) and 34 (2) shall be performed by ... [Each State enacting this model law specifies the court, courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.]”

<sup>5</sup> Article 1036 (2) of The German Arbitration Act “An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.”

คัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งเหตุผลในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่อนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านนั้นจะถูกถอดถอนจากสำนักงานหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายนั้นเห็นด้วยกับการคัดค้านนั้น<sup>6</sup>

อย่างไรก็ดีหากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่ประสบผลสำเร็จ คู่พิพาทซึ่งประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องร้องต่อศาลภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยปฏิเสธการคัดค้าน ทั้งนี้คู่พิพาทสามารถตกลงกำหนดระยะเวลาได้ และในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้

**ค ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (The Arbitration Act 1996)**

ในมาตรา 24 แห่ง The Arbitration Act 1996<sup>7</sup> ไม่ได้ระบุเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรงเหมือนดังเช่นกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และ

---

<sup>6</sup> Section 1037 of The German Arbitration Act “ (1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of subsection 3 of this section.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within two weeks after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in section 1036 subs. 2, send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of subsection 2 of this section is not successful, the challenging party may request, within one month after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court to decide on the challenge; the parties may agree on a different time-limit. While such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.”

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศไทย (พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545) เป็นต้น แต่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นการดำเนินการก่อนหน้านี้ที่อนุญาโตตุลาการจะได้มีคำชี้ขาดซึ่งถือว่าเป็นมาตรการในการลงโทษอนุญาโตตุลาการที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง

อย่างไรก็ดีมาตรา 24 ก็มีได้กำหนดรายละเอียดในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่วางหลักเกณฑ์ไว้กรณีอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลที่คู่พิพาทได้มอบอำนาจให้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ศาลจะไม่ดำเนินการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ได้แสดงเหตุเป็นที่พอใจว่าคำร้องนั้นได้มีการทบทวนโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือ บุคคลนั้นแล้ว ทั้งนี้องค์คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ในระหว่างที่ศาลพิจารณาคำร้องถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

ข้อสังเกต ผู้เขียนเห็นว่า แม้ใน The Arbitration Act 1996 จะมีได้กล่าวถึงเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้โดยตรงแต่การที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นองค์คณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ยื่นคำร้องถอดถอนอนุญาโตตุลาการต่อศาลด้วยเหตุอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความเป็นกลาง หรือไม่มีคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ เท่ากับว่าคู่พิพาทนั้นไม่ไว้วางใจให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจึงทำให้มีการยื่นคำร้องขอถอดถอนอนุญาโตตุลาการ มีผลเท่ากับคู่พิพาทคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปเช่นกัน

นอกจากนี้ The Arbitration Act 1996 ของประเทศอังกฤษก็มีได้กำหนดระยะเวลาในการที่คู่พิพาทจะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้พิจารณาไว้ ว่าจะต้องดำเนินการยื่นคำร้องคัดค้านภายในระยะเวลาเท่าไร แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 34 (3) ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า

---

<sup>7</sup> Article 24 (1) of The Arbitration Act 1996 “ A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds

(a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality”

องค์คณะอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม<sup>8</sup> ซึ่งองค์คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาออกไปได้ไม่ว่าจะได้ระยะเวลาดังกล่าวจะหมดไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้คู่พิพาทต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการได้กำหนดไว้<sup>9</sup>

### ง) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดการอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

#### (1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

มาตรา 14 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ได้วางหลักเกณฑ์ว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยชอบแล้ว จะทำการถอดถอนอนุญาโตตุลาการไม่ได้ เว้นเสียแต่คู่พิพาททุกฝ่ายจะเห็นชอบ หรือปรากฏเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการขึ้น และได้มีการหยิบยกเหตุแห่งการคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจ กรณีที่เหตุแห่งการคัดค้านฟังขึ้นก็จะมี การตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ต่อไป ซึ่งในบทบัญญัติมาตรา 14 ได้กำหนดแนวทางถอดถอนอนุญาโตตุลาการ 2 วิธี<sup>10</sup> กล่าวคือ

#### 1) ถอดถอนด้วยความตกลงยินยอมของคู่พิพาททุกฝ่าย

เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลซึ่งคู่พิพาทไว้วางใจและตกลงกันให้เป็นผู้ระงับข้อพิพาท อำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นโดยอาศัยความตกลงของคู่พิพาท เมื่อคู่พิพาททุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่าอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือคู่พิพาทไม่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม คู่พิพาททุกฝ่ายก็มีสิทธิที่ตกลงกันเพื่อถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการซึ่งเกิด

<sup>8</sup> Article 34(3) of The Arbitration Act 1996 “ The tribunal may fix the time within which any directions given by it are to be complied with, and may if it thinks fit extend the time so fixed (whether or not it has expired).”

<sup>9</sup> Article 40 of The Arbitration Act 1996 “(1) The parties shall do all things necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitral proceedings.

(2) This includes -

(a) complying without delay with any determination of the tribunal as to procedural or evidential matters, or with any order or directions of the tribunal,”

<sup>10</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, อนุญาโตตุลาการและผู้ชี้ขาดข้อพิพาททางแพ่ง, 84 ปี ศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภิทัย, น. 424-427.

จากความตกลงของคู่พิพาททุกฝ่ายนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ขึ้นมาประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด

## 2) ถอดถอนโดยการคัดค้านต่อศาล

กรณีอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทได้แต่งตั้งมีพฤติการณ์อันเป็นเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ หรือมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าถ้าให้ปล่อยอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่อไปก็อาจทำให้เสียความยุติธรรมได้ ทั้งนี้คู่พิพาทสามารถยับยั้งเหตุดังกล่าวขึ้นคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจ อย่างไรก็ตามหากคู่พิพาทคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือคัดค้านไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งการคัดค้านดังกล่าวไม่น่าจะเกิดผลแต่อย่างใด นอกจากเป็นเพียงแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงเท่านั้นว่าคู่พิพาทซึ่งเป็นผู้คัดค้านอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไม่ยอมรับให้บุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีของตน อย่างไรก็ตามกระบวนกรคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ในช่วงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ใช้บังคับนั้นได้มีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย

เรื่องของระยะเวลาในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทซึ่งประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลก่อนวันสืบพยาน กรณีที่คู่พิพาทได้ทราบถึงเหตุแห่งการคัดค้านก่อนวันสืบพยาน แต่หากคู่พิพาทได้ทราบเหตุอันพึงคัดค้านในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านไม่ช้ากว่าวันนัดสืบพยานครั้งต่อไป ทั้งนี้ต้องก่อนเริ่มก่อนการสืบพยานเช่นว่านั้น<sup>11</sup> จะเห็นได้ว่าในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นต้องกระทำก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาด ดังนั้นหากคู่พิพาทรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการมาตั้งแต่ต้น แต่มิได้ดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ กลับเพิกเฉยให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาดจนเสร็จสิ้นแล้ว ต่อมาคู่พิพาทจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาคัดค้านอนุญาโตตุลาการในภายหลังมิได้ กล่าวคือคู่พิพาทฝ่ายนั้นจะถูกกฎหมายปิดปากไม่ให้ยกเหตุดังกล่าวขึ้นหรือเป็นข้อต่อสู้ในภายหลังได้ตามที่ได้เคยกล่าวไปแล้ว

กรณีที่ได้มีการยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องงดกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อน จนกว่าศาลจะได้มีคำสั่งในเรื่องที่คัดค้านแล้ว ส่วนกระบวนการ

<sup>11</sup> มาตรา 14 วรรคท้าย แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ประกอบกับ มาตรา 13 วรรคหนึ่ง (2) แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

พิจารณาทั้งหลายที่อนุญาโตตุลาการได้ดำเนินการไปก่อนหน้าที่จะได้มีการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น ไม่เสียไป เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น<sup>12</sup>

(2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไว้ กล่าวคือ

1) กรณีที่คู่พิพาทตกลงกันถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ที่รับข้อพิพาทได้โดยอาศัยความตกลงของคู่พิพาทที่เชื่อมั่นว่าบุคคลดังกล่าวจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ สร้างความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย อย่างไรก็ตามก็ดีคู่พิพาทอาจตกลงกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต่อไป ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ความเป็นอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดลง

2) กรณีถอดถอนอนุญาโตตุลาการโดยการคัดค้านต่อศาล

คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องทำหนังสือต่อคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 โดยมีหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทต้องร้องคัดค้านต่อศาลเท่านั้น ทั้งนี้ได้นำหลักเกณฑ์ในการคัดค้านผู้พิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้นำหลักการในวรรคสอง ของ มาตรา 13 แห่งกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นแนวทางในการกำหนดแนวปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติสากลมากขึ้น โดยคู่พิพาทที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องทำคำคัดค้านภายใน 15 วันนับแต่วันที่รู้ถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตามมาตรา 19 วรรคสาม เมื่อได้ยื่นคำคัดค้านแล้วหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้าน คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น<sup>13</sup> ในกรณีที่มิเหตุจำเป็นคณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน<sup>14</sup>

<sup>12</sup> มาตรา 14 วรรคท้าย แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ประกอบกับ มาตรา 13 วรรคสอง แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

<sup>13</sup> มาตรา 20 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

<sup>14</sup> มาตรา 20 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

อย่างไรก็ดีหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านหรือการยื่นคำคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผล หรือกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่เพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้าน หรือนับแต่วันที่รู้ถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม โดยศาลจะดำเนินการไต่สวนคำคัดค้าน ทั้งนี้ศาลอาจมีคำสั่งยอมรับหรือยกคำคัดค้านนั้น ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกว่าจะมีคำชี้ขาดได้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ข้อสังเกต การคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น ในช่วงที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ใช้บังคับ อนุญาโตตุลาการต้องดการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อน เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักเกณฑ์ให้อนุญาโตตุลาการอาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้จนกว่าศาลจะมีคำชี้ขาด เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ผู้เขียนเห็นว่าการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 วางหลักเกณฑ์ให้มีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกว่าศาลจะได้มีคำชี้ขาดในเรื่องการคัดค้านคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการทำให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างต่อเนื่อง และในกรณีที่คำคัดค้านของคู่พิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ หากได้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการอย่างต่อเนื่องก็จะส่งผลให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างรวดเร็ว

#### 2.1.1.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ก) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของ London Court International of Arbitration: LCIA ค.ศ.1998

ข้อบังคับข้อที่ 10 ของ LCIA ได้วางหลักเกณฑ์ในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรมและความเป็นกลางแก่คู่พิพาททุกฝ่าย

ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ได้วางหลักเกณฑ์ในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการไว้ 2 วิธี กล่าวคือ

1) คู่พิพาททุกฝ่ายได้ตกลงให้มีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

ตามที่ได้มีการกล่าวไปแล้วว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากความตกลงของคู่กรณีพิพาททุกฝ่าย หากคู่พิพาททุกฝ่ายตกลงกันว่าไม่ประสงค์ที่จะให้

อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ความเป็นอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ดี ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ LCIA ก็ได้กำหนดให้คู่พิพาทอื่นต้องแสดงความเห็นภายใน 15 วัน นับแต่ได้รับหนังสือบอกกล่าว<sup>15</sup>

## 2) กรณีถอดถอนอนุญาโตตุลาการโดยการคัดค้านต่อศาล LCIA

กรณีคู่พิพาทที่ได้เสนอชื่อ หรือมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการเมื่อทราบพฤติการณ์อันจะกระทบกับความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ในข้อบังคับที่ 10.3<sup>16</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ไว้กล่าวคือ คู่พิพาทที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องทำการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งระบุเหตุผลแห่งการคัดค้านตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อบังคับที่ 10.1, ข้อบังคับที่ 10.2 และข้อบังคับที่ 10.3 ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือเมื่อทราบพฤติการณ์ดังกล่าวในภายหลัง เพื่อแจ้งให้ศาลของ LCIA , องค์คณะอนุญาโตตุลาการ และคู่พิพาทฝ่ายอื่นทั้งหมดทราบ และให้ศาลของ LCIA ได้วินิจฉัยต่อไป

## ข) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับ

ของ American Arbitration Association: AAA - International Arbitration Rules 2009

รับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ได้วางหลักเกณฑ์ในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการไว้คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ไว้ดังนี้

### (1) กรณีที่คู่พิพาทตกลงให้มีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ

เดิมในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ได้วางหลักเกณฑ์ไว้กรณีที่คู่พิพาทตกลงให้มีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างชัดเจน กล่าวคือ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีพฤติการณ์ซึ่งยังคงมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าวต้องทำการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งแสดงเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ<sup>17</sup> ไปยังให้หน่วยงาน

<sup>15</sup> Article 10.4 of LCIA Arbitration Rules 1998 .

<sup>16</sup> Doak Bishop and Lucy Reed, "Practical Guideline for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration," *Arbitration International*, Vol 14, No.4, (1998), p.403

<sup>17</sup> Article 8 of of American Arbitration Association Rules 2000.

ของอนุญาโตตุลาการภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือภายใน 15 วันนับแต่คู่พิพาทได้ทราบพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรคัดค้าน โดยหน่วยงานอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายอื่นทราบถึงการคัดค้าน เมื่ออนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านและคู่พิพาทฝ่ายอื่นเห็นด้วยกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การเห็นด้วยนั้นถือเป็นความตกลงที่ให้มีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้

อย่างไรก็ดีหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับคำคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่เห็นด้วยกับการถอดถอนดังกล่าวนี้ หน่วยงานอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านดังกล่าว<sup>18</sup>

ต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ American Arbitration Association - International Arbitration Rules : AAA ปี ค.ศ.2009 เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมขึ้นมา ในกรณีที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยตรงและได้มีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องการยกเว้นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความกลางและความเป็นอิสระเป็นการเฉพาะ<sup>19</sup> กล่าวคืออนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นและได้มีข้อตกลงเป็นการเฉพาะในเรื่องดังกล่าวนี้มีระดับมาตรฐานในเรื่องความกลางและความเป็นอิสระที่แตกต่างไปจากอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่เป็นประธานหรือเป็นคนกลาง รวมถึงแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทได้แต่งตั้งขึ้นแต่มิได้มีข้อตกลงพิเศษในการยกเว้นเรื่องความกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งและคู่พิพาทมิได้มีข้อตกลงเป็นการเฉพาะในเรื่องการยกเว้นมาตรฐานความกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทไม่ประสงค์จะให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยเหตุที่

<sup>18</sup> Article 9 of American Arbitration Association Rules 2000.

<sup>19</sup> Section R-12 of American Arbitration Association Rules 2009 “(b) Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17(a) that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards.”

อนุญาตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระคู่พิพาททุกฝ่ายก็สามารถจะตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรในการยุติบทบาทหน้าที่ในคดีนั้นได้

เมื่อพิจารณาจากข้อบังคับอนุญาตตุลาการในข้อที่ R-12 (b)<sup>20</sup> และ ข้อ R-17 (a)(iii)<sup>21</sup> ประกอบกันจะเห็นได้ว่าในกรณีที่คู่พิพาทมีข้อตกลงในเรื่องมาตรฐานความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งไว้โดยเฉพาะแล้ว คู่พิพาทจะทำการคัดค้านเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระแก่อนุญาตตุลาการมิได้

นอกจากนี้ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน AAA ห้ามมิให้คู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาททำการติดต่อกับอนุญาตตุลาการในเรื่องการอนุญาตตุลาการ เว้นเสียแต่คู่พิพาทหรือผู้แทนของคู่พิพาทจะติดต่อกับอนุญาตตุลาการหรือผู้สมัครรับเลือกเป็นอนุญาตตุลาการในกรณีที่มีการแนะนำผู้สมัครเป็นอนุญาตตุลาการซึ่งคู่พิพาทจะเป็นผู้แต่งตั้งตามข้อบังคับข้อ R-12 และกระบวนการคัดเลือกอนุญาตตุลาการ การพูดคุยเรื่องคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการ ความสามารถ หรือความเป็นอิสระจากคู่พิพาท รวมไปถึงการพูดคุยในเรื่องความเหมาะสมในการแต่งตั้งผู้สมัครให้เป็นอนุญาตตุลาการคนกลางกรณีที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแล้ว<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Section 17 (a) of American Arbitration Association Rules 2009 “(iii) any grounds for disqualification provided by applicable law. The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Section R-12 shall be nonneutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence.”

<sup>22</sup> Section 18 (a) of American Arbitration Association Rules 2009 “No party and no one acting on behalf of any party shall communicate ex parte with an arbitrator or a candidate for arbitrator concerning the arbitration, except that a party, or someone acting on behalf of a party, may communicate ex parte with a candidate for direct appointment pursuant to Section R-12 in order to advise the candidate of the general nature of the controversy and of the anticipated proceedings and to discuss the candidate's qualifications, availability, or independence in relation to the parties or to

อย่างไรก็ดีในข้อบังคับ R-18(b)<sup>23</sup> ก็มีให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องห้ามมิให้มีการติดต่อสื่อสารกับอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้กับอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นและมีข้อตกลงเฉพาะที่ยกเว้นความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ดังนั้นมาตรฐานความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นและมีข้อตกลงเฉพาะที่ยกเว้นความเป็นกลางและความเป็นอิสระจึงแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการคนกลางและอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้งแต่ไม่ได้มีข้อตกลงไว้เป็นการเฉพาะ โดยอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นและมีข้อตกลงเฉพาะที่ยกเว้นความเป็นกลางและความเป็นอิสระสามารถบปะพุดคุยเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการแก่คู่พิพาทที่เป็นคนแต่งตั้งตนขึ้นมาได้

ทั้งนี้หน่วยงานอนุญาโตตุลาการก็ยังมีบทบาทสำคัญในการให้คำแนะนำในเรื่องการติดต่อสื่อสารข้อมูลต่างๆ กับอนุญาโตตุลาการแก่คู่พิพาทซึ่งตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่และเจตนาสุจริตตามข้อบังคับข้อที่ R-17(a) ได้กำหนดไว้เพื่อให้คู่พิพาทได้รับทราบและตกลงตามข้อบังคับข้อ R-18(a) ด้วยเช่น

ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตในเรื่องมาตรการควบคุมดูแลความเป็นกลางและความเป็นอิสระของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ไว้ดังนี้

ประการแรก ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี 2009 ได้ให้ความสำคัญในเรื่องความเท่าเทียมกันแก่คู่พิพาทได้อย่างชัดเจนกรณีที่คู่พิพาทต่างได้มีส่วนร่วมในการตกลงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อมิให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบ หากคู่พิพาททุกฝ่ายเห็นชอบที่จะให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติด้วยมาตรฐานความเป็นกลางและความเป็นอิสระน้อยกว่าระดับมาตรฐานความเป็นกลางและเป็นอิสระตามปกติที่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ได้กำหนดไว้ คู่พิพาทต้องมีข้อตกลง

---

discuss the suitability of candidates for selection as a third arbitrator where the parties or party-designated arbitrators are to participate in that selection.”

<sup>23</sup> Section 18 (b) of AAA American Arbitration Association Rules 2009 “Section R-18(a) does not apply to arbitrators directly appointed by the parties who, pursuant to Section R-17(a), the parties have agreed in writing are non-neutral. Where the parties have so agreed under Section R-17(a), the AAA shall as an administrative practice suggest to the parties that they agree further that Section R-18(a) should nonetheless apply prospectively.

เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ เพื่อให้คู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นต่างไม่มีข้อสงสัยในการปฏิบัติหน้าที่และไม่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในภายหลัง

ประการที่สอง ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปีค.ศ.2000<sup>24</sup> และปีค.ศ.2009<sup>25</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการติดต่อสื่อสารกับอนุญาโตตุลาการโดยได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่คู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาทสามารถติดต่อกับอนุญาโตตุลาการฝ่ายที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นเพื่อคัดเลือกอนุญาโตตุลาการคนกลางเข้ามาทำหน้าที่ในองค์คณะ แต่ทั้งนี้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการดังกล่าวก็ได้กำหนดให้คู่พิพาทติดต่อกับอนุญาโตตุลาการคนกลางโดยตรงเนื่องจากบทบาทสำคัญของอนุญาโตตุลาการคนกลางนั้นต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ดังนั้นการที่จะให้คู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาทติดต่อสอบถามเรื่องคุณสมบัติความสามารถ รวมทั้งทัศนคติต่อคดีพิพาทกับผู้สมัครเป็นอนุญาโตตุลาการคนกลางนั้นไม่เป็นการควรเนื่องจากอาจส่งผลในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในภายหลังได้

ประการสุดท้าย แม้คู่พิพาทตกลงถอดถอนอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะด้วยเหตุผลในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปีค.ศ. 2000<sup>26</sup> และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปีค.ศ. 2009<sup>27</sup> ได้วางหลักไว้หากเป็นความตกลงของคู่พิพาททุกฝ่ายแล้ว ก็ถือได้ว่าความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง

## (2) ถอดถอนโดยการคัดค้านต่อหน่วยงานอนุญาโตตุลาการ

ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปีค.ศ.2000 วางหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเมื่อหน่วยงานอนุญาโตตุลาการได้รับหนังสือแจ้งแสดงถึงเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระภายใน 15 วันนับแต่วันที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือภายใน 15 วัน นับแต่วันที่คู่พิพาทได้รู้ถึงเหตุการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทฝ่ายอื่นไม่เห็นด้วยกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่เห็นด้วยกับการถอดถอนกล่าว ให้นำหน่วยงานอนุญาโตตุลาการ

<sup>24</sup> Article 7 paragraph 2 of American Arbitration Association Rules 2000.

<sup>25</sup> Section R-18(a) of American Arbitration Association Rules 2009.

<sup>26</sup> Article 8 paragraph 3 of American Arbitration Association Rules 2000.

<sup>27</sup> Section R-17(a)(iii) of American Arbitration Association Rules 2009.

วินิจฉัยเหตุแห่งการคัดค้านดังกล่าว<sup>28</sup> แต่ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ในปี ค.ศ.2009 กลับมิได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องรายละเอียดขั้นตอนการถอดถอนอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเมื่อได้พิจารณาข้อบังคับที่ R-16 ประกอบกับข้อบังคับที่ R-17 ก็เพียงแค่กำหนดว่าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการของ AAA ได้รับการแจ้งจากแหล่งข้อมูลอื่นๆ ว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระให้สถาบันอนุญาโตตุลาการของ AAA แจ้งข้อมูลดังกล่าวไปให้อนุญาโตตุลาการและผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ ทั้งนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการจะทำการตรวจสอบและตัดสินว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระหรือไม่ แม้ว่าข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ในปี ค.ศ.2009 มิได้กำหนดระยะเวลาในการทำคำคัดค้านรวมไปถึงระยะเวลาในการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดระยะเวลาในการทำคำคัดค้านและการตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องรายละเอียดปลีกย่อยหากคู่พิพาทมิได้มีการตกลงกันไว้ สถาบันอนุญาโตตุลาการจะกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่จะเกิดแก่คู่พิพาททุกฝ่ายหากกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการนานเกินไป

#### ค ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของ ICC Arbitration Rules 1998

ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยแสดงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้าน<sup>29</sup> ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการผู้คัดค้านต้องแสดงความน่าเชื่อถือและมีเอกสารประกอบคำร้องคัดค้าน ทั้งนี้ที่เลขานุการได้รับคำร้องคัดค้านแล้ว ก็ต้องจัดส่งคำคัดค้านไปให้คู่พิพาทฝ่ายอื่น , อนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง และสำนักเลขานุการของICC ตามข้อบังคับข้อที่ 3(1)<sup>30</sup> โดยสำนักเลขานุการให้โอกาสอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน คู่พิพาทอีกฝ่าย หรือ

<sup>28</sup> Article 9 of American Arbitration Association Rules 2000.

<sup>29</sup> Yves Derains, Eric A. Schwartz, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, second Edition, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p.65.

<sup>30</sup> Article 3 (1) of ICC Arbitration Rules 1998 “ All pleadings and other written communications submitted by any party, as well as all documents annexed thereto, shall be supplied in a number of copies sufficient to provide one copy for each

คู่พิพาทฝ่ายอื่น รวมทั้งอนุญาโตตุลาการในองค์คณะได้ทำความเห็นเกี่ยวกับการคัดค้านดังกล่าว เป็นลายลักษณ์อักษรในระยะเวลาที่เหมาะสม<sup>31</sup> (ซึ่งโดยปกติเป็นระยะเวลา 15 วัน)<sup>32</sup>

ข้อสังเกต ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC ปี ค.ศ. 1998 มีวัตถุประสงค์ให้คู่พิพาทฝ่ายอื่นและอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับคดีพิพาทได้ทำความเห็นกรณีที่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในการอนุญาโตตุลาการและทำให้เกิดความโปร่งใสจึงให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับทราบข้อมูลและทำตรวจสอบอีกครั้ง

เมื่อได้รับความเห็นและพ้นระยะเวลาที่ได้มีการอนุญาตให้ทำความเห็นเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเรียบร้อยแล้ว ศาลของ ICC จะนั่งครบองค์คณะและวินิจฉัยว่าสมควรที่จะรับไว้การคัดค้านไว้พิจารณาหรือไม่ โดยองค์คณะในศาลของ ICC จะแสดงรายงานการคัดค้านและทำความเห็นของทุกฝ่าย ทั้งนี้เพื่อให้ศาลพิจารณาและตัดสินจากรายงานการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ<sup>33</sup>

## 2.1.2 หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

ก่อนที่จะมีการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดขึ้นหากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการประสบผลสำเร็จ หรือกรณีอนุญาโตตุลาการลาออกโดยสมัครใจ หรือความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง

---

party, plus one for each arbitrator, and one for the Secretariat. A copy of any communication from the Arbitral Tribunal to the parties shall be sent to the Secretariat.”

<sup>31</sup> Article 11(3) of ICC Arbitration Rules 1998 “The Court shall decide on the admissibility, and, at the same time, if necessary, on the merits of a challenge after the Secretariat has afforded an opportunity for the arbitrator concerned, the other party or parties and any other members of the Arbitral Tribunal to comment in writing within a suitable period of time. Such comments shall be communicated to the parties and to the arbitrators.”

<sup>32</sup> Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, ICC Arbitration in Practice, (The Netherlands: Kluwer Law International. Stämpfli Publishers Ltd., 2005), p.65.

<sup>33</sup> *Ibid.*

ด้วยเหตุประการอื่นใด ทำให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ครบองค์คณะและองค์คณะที่เหลืออยู่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวหากความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงทำให้ไม่มีอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ล้วนเป็นเหตุให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้นจะแต่งตั้งด้วยวิธีการตามกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการตามที่คู่พิพาทตกลงไว้แต่แรกเริ่ม ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่พิพาท เช่น ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่คู่พิพาทที่ทำการแต่งตั้งต้องเป็นบุคคลเดียวกันกับที่ได้เคยแต่งตั้งไปก่อนหน้านี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าคู่พิพาททั้งสองมีอิทธิพลต่อการแต่งตั้งองค์คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งต้องคำวินิจฉัยชี้ขาดในที่สุด กรณีที่อนุญาโตตุลาการแต่งตั้งโดยศาลหรือบุคคลอื่นซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งหากต่อมาได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดิมแต่มีใช้ศาลหรือบุคคลผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ทำการแต่งตั้งในตอนแรก ก็จะกระทบกับความเชื่อมั่นในองค์คณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากที่สมาชิกในองค์คณะอนุญาโตตุลาการมีที่มาต่างกัน

#### 2.1.2.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

##### ก) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตาม UNCITRAL Model Law

บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

ในมาตรา 15 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ กรณีมีคำสั่งให้ความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระตามมาตรา 13 หรือกรณีอนุญาโตตุลาการล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 14 หรือเนื่องมาจากอนุญาโตตุลาการถูกถอดถอนจากสำนักงานไม่ว่าเหตุผลใดเหตุผลหนึ่ง หรือคู่พิพาทตกลงให้มีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการแทนที่ที่ต้องถูกแต่งตั้งตามกฎหมายข้อบังคับในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Article 15 of UNCITRAL Model Law “Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed

อย่างไรก็ดีคู่พิพาทควรพิจารณานบุคคลที่จะมาปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแทนที่ว่ามีผลสำเร็จหรือมีความประพฤติไม่เหมาะสมภายหลังจากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการประสบผลสำเร็จ เพื่อป้องกันมิให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้อีก ทั้งนี้ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้น คู่พิพาทอาจเป็นเครื่องมือในการประวิงคดี จึงจำเป็นต้องหามาตรการในการควบคุมดูแลมิให้คู่พิพาทใช้หลักเกณฑ์ข้อบังคับไปในทางที่ผิด

**ข) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act)**

กรณีความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ในมาตรา 1039<sup>35</sup> ได้วางหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นแทนที่อนุญาโตตุลาการเดิมเนื่องจากได้มีการคัดค้านกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 1037 หรือการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการล้มเหลว ตามมาตรา 1038 อันเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการคนเดิมไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อไปจึงจำเป็นต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่ปฏิบัติหน้าที่โดยวิธีการแต่งตั้งนั้นให้ใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไปก่อนหน้านี้ อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้ยังได้ให้อิสระแก่คู่พิพาทในการที่จะตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีการอื่นได้เช่นกัน ทั้งนี้ศาลอาจเข้ามามีบทบาทในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีคู่พิพาทไม่สามารถตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้โดยศาลต้องคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาทและผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางตามมาตรา 1035 เช่นกัน<sup>36</sup>

according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.”

<sup>35</sup> Section 1039 of The German Arbitration Act “ (1) Where the mandate of an arbitrator terminates under section 1037 or 1038 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

(2) The parties are free to agree on another procedure”.

<sup>36</sup> Section 1035 of The German Arbitration Act “...(3) Failing an agreement between the parties on the appointment of the arbitrators, a sole arbitrator shall, if the

**ค) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย (The Arbitration Act 1996)**

ในกรณีความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงก่อนที่จะได้มีการทำวินิจฉัยชี้ขาด ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการเสียชีวิตในระหว่างการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการลาออก หรือมีการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งล้วนแต่เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการที่เหลือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือทำให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ ในมาตรา 27<sup>37</sup> ของ The Arbitration Act 1996 ได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทสามารถตกลงในเรื่องดังต่อไปนี้ได้

---

parties are unable to agree on his appointment, be appointed, upon request of a party, by the court. In an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator who shall act as chairman of the arbitral tribunal. If a party fails to appoint the arbitrator within one month of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within one month of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court.

(4) Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties, a party fails to act as required under such procedure, or if the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or a third party fails to perform any function entrusted to it under such procedure, any party may request the court to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

5) The court, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator. ...”

<sup>37</sup> Article 27 of The Arbitration Act 1996 “(1) Where an arbitrator ceases to hold office, the parties are free to agree—

(a) whether and if so how the vacancy is to be filled,

(b) whether and if so to what extent the previous proceedings should stand,

and

- 1) คู่พิพาทตกลงกันให้มีการแทนที่
- 2) ให้มีการขยายกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินไปก่อนหน้านี้ หรือ
- 3) ความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อคู่พิพาทได้มีการแต่งตั้ง

อนุญาโตตุลาการใหม่

กรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่ประสบผลสำเร็จให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามวิธีการเดิมที่ได้กำหนดไว้โดยศาลไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ อย่างไรก็ตามการที่ความเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงก็ไม่มีผลกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นโดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือร่วมกันหรืออนุญาโตตุลาการแต่งตั้งประธานอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินไปก่อนหน้านี้ ให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยว่าควรจะขยายระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือให้ดำเนินกระบวนการไปตามเดิม แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงสิทธิของ

(c) what effect (if any) his ceasing to hold office has on any appointment made by him (alone or jointly).

(2) If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.

(3) The provisions of sections 16 (procedure for appointment of arbitrators) and 18 (failure of appointment procedure) apply in relation to the filling of the vacancy as in relation to an original appointment.

(4) The tribunal (when reconstituted) shall determine whether and if so to what extent the previous proceedings should stand.

This does not affect any right of a party to challenge those proceedings on any ground which had arisen before the arbitrator ceased to hold office.

(5) His ceasing to hold office does not affect any appointment by him (alone or jointly) of another arbitrator, in particular any appointment of a chairman or umpire."

คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในการคัดค้านการอนุญาโตตุลาการซึ่งได้มีการยกขึ้นมาก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะออกจากสำนักงาน<sup>38</sup>

ข้อสังเกตในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้นในมาตรา 27 ของ The Arbitration Act 1996 กำหนดไว้แตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) กำหนดไว้ กล่าวคือ The Arbitration Act 1996 ไม่ได้กำหนดให้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ต้องกระทำตามวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้แต่แรกเริ่ม แต่ได้วางหลักเกณฑ์กรณีที่ไม่ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ไว้ก็ให้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการด้วยวิธีการเดิม แต่หากคู่พิพาทตกลงในเรื่องวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ด้วยวิธีการอื่นไว้ก็ให้ปฏิบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน

### ง) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของไทย

#### (1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

กรณีที่อนุญาโตตุลาการถูกถอดถอนด้วยเหตุที่คู่พิพาททุกฝ่ายตกลงกันว่าไม่ประสงค์จะให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต่อไป หรืออนุญาโตตุลาการนั้นถูกถอดถอนเนื่องจากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งขึ้นมีความสัมพันธ์กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อาจทำให้มีการหยิบยกเพื่อเป็นเหตุแห่งการคัดค้านได้ หรือมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าหากปล่อยให้นั่งชั่งอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้นเสียความยุติธรรมไป เมื่อคู่พิพาทร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจแล้ว และหากคำคัดค้านฟังขึ้น ให้ตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นใหม่แทนผู้ซึ่งถูกคัดค้านนั้น โดยวิธีการเดียวกับการตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งถูกคัดค้าน ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 14

อย่างไรก็ดีในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาให้คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจว่าจะต้องยื่นคำร้องขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ภายในระยะเวลาเท่าใด แต่ผู้เขียนเห็นว่าโดยสภาพของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อเนื่องและรวดเร็ว การร้องขอต่อศาลให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่เองก็ต้องกระทำภายในระยะเวลาที่จำกัดเพื่อมิให้คู่พิพาทอาศัยเหตุ

<sup>38</sup> Keren Twweeddale & Andrew Tweeeddale, A practicle approach to Arbitration Law, (Great Britain: Blackstone, 1999), p.112.

ดังกล่าวเพื่อประวิงคดีอันจะเกิดความล่าช้า โดยในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ถูกคัดค้าน

(2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

บทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้กำหนดวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ซึ่งไม่แตกต่างจากที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 กำหนดไว้ กล่าวคือ ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้ใช้วิธีการแต่งตั้งเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้าน ซึ่งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้นคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการต่างมีสิทธิและหน้าที่ในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 18 และหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการและคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 19 เช่นกัน

ข้อสังเกต บทบัญญัติมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 และบทบัญญัติมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ได้วางหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ ต่างจากบทบัญญัติใน The Arbitration Act 1996 ของประเทศอังกฤษ และ German Arbitration Act 1998 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ในเรื่องวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าหากคู่พิพาทตกลงกันในเรื่องวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ที่แตกต่างไปจากเดิมนั้นก็สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากเป็นความตกลงของคู่พิพาทและการตกลงดังกล่าวไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปตามหลักนิติกรรมสัญญา

### 2.1.2.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่

ก) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามข้อบังคับของ London Court International of Arbitration: LCIA ค.ศ.1998

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในข้อบังคับข้อที่ 11 ไว้กรณีที่ศาลของ LCIA เห็นว่าผู้ได้รับการเสนอชื่อประพฤตินั้นไม่เหมาะสมหรือด้วยเหตุผลด้านความเป็นอิสระหรือความเป็นกลาง หรือมีการแต่งตั้ง

อนุญาตตุลาการแทนที่ด้วยเหตุผลอื่นใด ศาลของ LCIA อาจจะพิจารณาแต่งตั้ง  
อนุญาตตุลาการแทนที่ด้วยวิธีการเดิมหรือไม่ก็ได้<sup>39</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าในข้อบังคับของ LCIA เองก็ได้กำหนดให้คู่พิพาทเป็นผู้เสนอชื่อ  
อนุญาตตุลาการขึ้นแทนที่อนุญาตตุลาการคนเดิมแต่อย่างใด แต่ได้กำหนดให้ศาลของ LCIA  
เป็นผู้พิจารณาว่าสมควรที่จะใช้วิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแบบเดิมหรือไม่ ทั้งนี้คู่พิพาทจะเข้า  
มามีบทบาทในกรณีที่ศาลได้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการไปแล้วกรณีคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย  
ประสงค์ที่จะเสนอชื่ออนุญาตตุลาการที่ขึ้นมาแทนที่อนุญาตตุลาการคนเดิมต้องร้องขอต่อศาล  
ของ LCIA ภายในระยะเวลา 15 วัน<sup>40</sup>

**ข) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่ตาม  
ข้อบังคับของ American Arbitration Association: AAA - International Arbitration Rules  
2009**

ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2000 วางหลักเกณฑ์ไว้  
ภายหลังจากที่ได้มีการถอดถอนอนุญาตตุลาการ หรือหน่วยงานอนุญาตตุลาการเห็นด้วยกับ  
การคัดค้านอนุญาตตุลาการ หรือ หน่วยงานยอมรับการลาออกของอนุญาตตุลาการ หรือ  
อนุญาตตุลาการเสียชีวิตลง การแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่นั้นให้กระทำภายใต้ขอบเขตของ  
มาตรา 6 กล่าวคือกระบวนการที่เคยได้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการตั้งแต่แรกเริ่ม เว้นแต่คู่พิพาท  
ตกลงกันเป็นอย่างอื่น<sup>41</sup> อย่างไรก็ตามในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน AAA ปีค.ศ.2009 ได้  
วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่ไว้เช่นกัน กล่าวคือ กรณีที่  
อนุญาตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในสำนักงานไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม และ  
สถาบัน AAA พิสูจน์จนเป็นที่พอใจแล้วจึงทำการแจ้งไปยังสำนักงานอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้การ

<sup>39</sup> Article 11.1 of LCIA Arbitration Rules 1998 “In the event that the LCIA Court determines that any nominee is not suitable or independent or impartial or if an appointed arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court shall have a complete discretion to decide whether or not to follow the original nominating process.”

<sup>40</sup> Article 11.2 of LCIA Arbitration Rules 1998 “If the LCIA Court should so decide, any opportunity given to a party to make a re-nomination shall be waived if not exercised within 15 days (or such lesser time as the LCIA Court may fix), after which the LCIA Court shall appoint the replacement arbitrator.”

<sup>41</sup> Article 10 of American Arbitration Association Rules 2000.

แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการได้กำหนดไว้<sup>42</sup>

นอกจากนี้ในคดีที่มีองค์คณะอนุญาโตตุลาการนั่งพิจารณาจำนวน 3 คน ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2000 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้กรณีที่อนุญาโตตุลาการคนหนึ่งคนใดไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น องค์คณะอนุญาโตตุลาการสองคนที่เหลืออยู่มีอำนาจในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปและสามารถทำการตัดสิน หรือวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยอนุญาโตตุลาการที่เหลือซึ่งมีอยู่สองคนนั้นต้องแจ้งว่าสามารถทำการตัดสิน หรือวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยอนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่ซึ่งต้องระบุนายละเอียดและเหตุผลไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์เหมาะสมแห่งคดีด้วย อย่างไรก็ตามหากอนุญาโตตุลาการที่เหลือไม่อาจดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้ โดยแสดงเหตุผลแห่งการที่ไม่สามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไปได้เนื่องจากเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่ครบองค์คณะ ซึ่งต้องพิสูจน์เหตุดังกล่าวให้หน่วยงานอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามวิธีการที่เคยได้มีการแต่งตั้ง เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น<sup>43</sup>

อย่างไรก็ดีในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2009 ได้กำหนดรายละเอียดแตกต่างไปจากข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2000 กล่าวคือภายหลังจากที่ได้มีการรับฟังพยานแล้ว องค์คณะอนุญาโตตุลาการที่เหลือจะดำเนินการอนุญาโตตุลาการและตัดสินข้อพิพาทต่อไป เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ซึ่งในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2009 ได้วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการที่เหลือยังคงดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปได้หรือไม่ หากคู่พิพาทพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการนั่งไม่ครบองค์คณะจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่อนุญาโตตุลาการได้ อาทิเช่นอนุญาโตตุลาการที่ถูกถอดถอนไปเป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แต่งตั้งขึ้น คู่พิพาทฝ่ายนั้นอาจเห็นว่าตนเองอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงทำการ

---

<sup>42</sup> Section R-19(a) of American Arbitration Association Rules 2009 “If for any reason an arbitrator is unable to perform the duties of the office, the AAA may, on proof satisfactory to it, declare the office vacant. Vacancies shall be filled in accordance with the applicable provisions of these rules.”

<sup>43</sup> Paragraph 1 of Article 11 of American Arbitration Association Rules 2000.

ตกลงให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่เพื่อเกิดความมั่นใจ หรือ กรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ถูกถอนถอนไปนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการคนกลางซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาด คู่พิพาทอาจตกลงกันให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ได้เช่นกัน ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่ทุกกรณีที่คู่พิพาทจะตกลงกันให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ได้ เนื่องจากคู่พิพาทควรคำนึงถึงความเสี่ยงภัยอันเกิดจากความล่าช้าในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ค่าใช้จ่ายในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และที่สำคัญควรพิจารณาอย่างรอบคอบว่าอนุญาโตตุลาการที่เหลือสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการและสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่พิพาททุกฝ่ายได้หรือไม่ หากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่เหลือสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่พิพาททุกฝ่ายได้แล้วก็มีควรจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่แต่อย่างใด

เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่แล้ว องค์คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรที่จะให้อนุญาโตตุลาการแทนที่รับฟังพยานก่อนหน้านั้นทั้งหมดหรือบางส่วนอีกครั้ง เป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2000 ข้อที่ 11 วรรคสอง และ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA ปี ค.ศ.2009 ข้อที่ R-19 (c)

#### ค) หลักเกณฑ์และกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ตามข้อบังคับของ ICC Arbitration Rules 1998

การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่นั้น ในข้อบังคับที่ 12 (1)<sup>44</sup> ได้ระบุเหตุไว้ ดังนี้ กรณีอนุญาโตตุลาการเสียชีวิตในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา กรณีที่ศาลของ ICC ยอมรับการลาออกของอนุญาโตตุลาการ หรือกรณีที่ศาลของ ICC ยอมรับการคัดค้านหรือเมื่อคู่พิพาททุกฝ่ายร้องขอ ทั้งนี้ศาลของ ICC จะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่หรือไม่<sup>45</sup>

อย่างไรก็ดีหากศาลของ ICC เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าทางพฤตินัยหรือนิตินัยก็ตาม หรือกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับหรือภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ ศาลของ ICC จะพิจารณาว่าสมควรให้มีการแต่งตั้ง

<sup>44</sup> Article 12 (1) of ICC Arbitration Rules “An arbitrator shall be replaced upon his death, upon the acceptance by the Court of the arbitrator's resignation, upon acceptance by the Court of a challenge or, upon the request of all the parties.”

<sup>45</sup> Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, (The Netherlands: Kluwer Law International.Stämpfli Publishers Ltd., 2005), p. 67.

อนุญาตตุลาการแทนที่หรือไม่ หากศาลของ ICC เห็นสมควรให้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาแทนที่ ศาลของ ICC ต้องให้โอกาสแก่อนุญาตตุลาการที่เกี่ยวข้อง คู่พิพาททุกฝ่าย และผู้เกี่ยวข้องคนอื่นๆ โดยทำความเห็นภายในระยะเวลาอันสมควร<sup>46</sup> ซึ่งปกติแล้วจะต้องกระทำภายใน 15 วัน<sup>47</sup>

กรณีที่ศาลของ ICC ตัดสินให้มีแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทนที่ ศาลของ ICC มีจะดุลยพินิจในการตัดสินว่าควรดำเนินวิธีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการเดิมหรือไม่ ทั้งนี้ศาลสามารถแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นแทนที่ได้โดยตรง เมื่อได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการหลังจากที่ได้ฟังความเห็นของคู่พิพาทแล้ว

ภายหลังจากที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการขึ้นมาแทนที่ องค์คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาว่าสมควรที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่หรือไม่สำหรับกระบวนการพิจารณาที่ได้ทำไปแล้วก่อนหน้านี้จะมีการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนใหม่เข้ามาในองค์คณะอนุญาตตุลาการ<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Article 12 (2), (3) of ICC Arbitration Rules 1998 “2. An arbitrator shall also be replaced on the Court's own initiative when it decides that he is prevented de jure or de facto from fulfilling his functions, or that he is not fulfilling his functions in accordance with the Rules or within the prescribed time limits.

3. When, on the basis of information that has come to its attention, the Court considers applying Article 12(2), it shall decide on the matter after the arbitrator concerned, the parties and any other members of the Arbitral Tribunal have had an opportunity to comment in writing within a suitable period of time. Such comments shall be communicated to the parties and to the arbitrators.”

<sup>47</sup> Erik Schäfer, Herman Verbist, and Chrispher Imhoos, *supra* note 35, p.67.

<sup>48</sup> Article 12 (4) of ICC Arbitration Rules 1998 “ When an arbitrator is to be replaced, the Court has discretion to decide whether or not to follow the original nominating process. Once reconstituted, and after having invited the parties to comment, the Arbitral Tribunal shall determine if and to what extent prior proceedings shall be repeated before the reconstituted Arbitral Tribunal.”

อย่างไรก็ดีหากศาลเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ ทั้งนี้ศาลต้องคำนึงถึงความเห็นของอนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่และความเห็นของคู่พิพาททั้งนี้ให้ศาลของ ICC คำนึงถึงความเหมาะสมประกอบพิจารณา<sup>49</sup>

เมื่อศาลของ ICC ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การแทนที่อนุญาโตตุลาการ คำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นที่สุดโดยไม่ต้องระบุเหตุผลไว้ในคำวินิจฉัยแต่อย่างใด<sup>50</sup>

## 2.2. การคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

### 2.2.1 การบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของอนุสัญญากรุงนิวออร์ค ค.ศ.1958<sup>51</sup>

ก่อนที่จะกล่าวถึงการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเงื่อนไขและวิธีการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศด้วยเช่นกัน เนื่องจากการที่จะนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศมาบังคับคู่พิพาทในประเทศหนึ่งประเทศใดต้องทราบเสียก่อนว่าประเทศที่คู่พิพาทจะนำคำชี้ขาดไปบังคับนั้นเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาที่ตนเป็นภาคีด้วยหรือไม่ นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการต้องตระหนักอยู่เสมอในการ

---

<sup>49</sup> Article 12 (5) of ICC Arbitration Rules 1998 “Subsequent to the closing of the proceedings, instead of replacing an arbitrator who has died or been removed by the Court pursuant to Articles 12(1) and 12(2), the Court may decide, when it considers it appropriate, that the remaining arbitrators shall continue the arbitration. In making such determination, the Court shall take into account the views of the remaining arbitrators and of the parties and such other matters that it considers appropriate in the circumstances.”

<sup>50</sup> Article 7 (4) of ICC Arbitration Rules 1998 “The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final and the reasons for such decisions shall not be communicated.”

<sup>51</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 141-147.

อนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จได้นั้นคำชี้ขาดต้องได้รับการยอมรับและมีการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดเมื่อคู่พิพาทนำคำชี้ขาดไปร้องขอต่อศาลในต่างประเทศ ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทจำเป็นต้องศึกษาอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

แม้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 จะมีได้ให้นิยามคำว่าอนุญาโตตุลาการต่างประเทศไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในข้อ 1 วรรคหนึ่ง<sup>52</sup> ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องขอบเขตของการใช้บังคับอนุสัญญาไว้ว่า อนุสัญญานี้ใช้บังคับกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเช่นนั้น และให้ใช้บังคับกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดโดยไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนด้วย จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศมีอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ

(a) คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด

- ไม่นำหลักสัญชาติมาใช้

อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่นำหลักสัญชาติมาบัญญัติไว้ซึ่งต่างจากอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927<sup>53</sup> ซึ่งได้กำหนดไว้ว่าคู่พิพาทต้องมีสัญชาติต่างกัน และเป็น

---

<sup>52</sup> Article 1 (1) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 “ This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.”

<sup>53</sup> สำหรับอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 เป็นอนุสัญญาเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งได้ทำการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามความเจนีวาโปรโตคอล 1923 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่ารัฐภาคี

สัญญาของรัฐภาคี ทำให้อนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 ต่อมานุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ได้วางแนวทางเพื่อสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ กล่าวคืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่องของสัญญาไว้ ทำให้อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 มีขอบเขตการใช้บังคับที่กว้างกว่า ด้วยเหตุนี้แม้คู่พิพาทจะไม่ได้มีสัญญาในรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แต่หากได้มีการทำคำชี้ขาดในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แล้ว เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำคำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวไปขอให้รัฐยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด แม้รัฐที่ถูกขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ก็ตาม คู่พิพาทก็ยังสามารถนำคำชี้ขาดมาขอให้รัฐยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ นอกจากนี้ประเทศที่ไม่ได้ทำข้อสงวนในเรื่องหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติได้ตามความในวรรคสาม ข้อ 1<sup>54</sup> ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แม้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะกระทำในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่ภาคีในอนุสัญญาดังกล่าว รัฐภาคีนั้นก็ต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด และแม้ว่าคู่พิพาทจะมีสัญญาหรือมูลำเนาอยู่ในประเทศใดก็ตาม โดยพันธะกรณีตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 แล้วรัฐนั้นต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

---

จะต้องยอมรับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นอยู่ภายใต้บังคับของเจนีวาโปรโตคอล 1923 นั้นมีผลผูกพันคู่พิพาท และจะต้องบังคับตามกฎเกณฑ์และวิธีการของรัฐซึ่งคู่พิพาทนำคำชี้ขาดไปขอให้บังคับ หากการอนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐภาคีและคู่พิพาทเป็นคนในบังคับรัฐภาคี หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นผลให้มีขอบเขตในการใช้บังคับที่แคบมาก เนื่องจากมีรัฐเข้าเป็นภาคีน้อย , อ้าวแล้ว *เชิงอรรถที่ 51*, น. 139-140.

<sup>54</sup> Article 1 (3) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “ When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.”

นอกจากนี้การที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้นำหลักเรื่องสัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่พิพาทมาเป็นเงื่อนไขในการบังคับตามคำชี้ขาด มีผลทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ทำขึ้นในต่างประเทศ แม้ว่าคู่พิพาทจะมีสัญชาติเดียวกันก็ต้องถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

- ไม่จำกัดว่าต้องเป็นข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

จากหลักเกณฑ์ในวรรคหนึ่ง ข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ได้กล่าวถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งหมายความว่า คำชี้ขาดที่ทำขึ้นในดินแดนของรัฐอื่น จึงพิจารณาได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้คำนึงว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องทางการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ แม้จะมีข้อพิพาทในเรื่องสัญชาติของบุคคล หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำคำชี้ขาดมาขอให้ศาลบังคับ ก็ถือว่าเป็นเรื่องที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 มีขอบเขตการใช้บังคับกว้างขวางกว่าอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927 เนื่องจากอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้จำกัดในเรื่องของสัญชาติของคู่พิพาท ภูมิลำเนาของคู่พิพาท และเนื้อหาของคดีพิพาทว่าต้องเป็นข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น

- อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่นำมาใช้บังคับกับประเทศที่คำชี้ขาดได้ทำขึ้น

ในวรรคหนึ่ง ข้อ 1 ของอนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ไว้เฉพาะกรณียอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศ ดังนั้นหากอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดขึ้นในประเทศใดแล้ว และคู่พิพาทได้ขอให้ประเทศนั้นบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว การบังคับตามคำชี้ขาดก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา แต่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศนั้น อย่างไรก็ตามลักษณะข้อพิพาทนั้นเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศแล้ว ก็มีแนวโน้มที่ศาลในประเทศต่างๆ อาจถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามความในวรรคสาม ตอนท้ายของหลักเกณฑ์ในข้อ 1<sup>55</sup> โดยถือว่าเป็นคำชี้ขาดโดยกฎหมายภายในของประเทศนั้น ไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาดในประเทศตน

---

<sup>55</sup> Article 1 (3) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 “ When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis

(b) คำชี้ขาดที่ได้ทำขึ้นในดินแดนของรัฐที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด แต่กฎหมายภายในของรัฐนั้นไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตน<sup>56</sup>

คำชี้ขาดอีกประเภทหนึ่งที่อนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คือ คำชี้ขาดที่ทำในดินแดนของรัฐหนึ่งและมีการขอให้ศาลของรัฐนั้นยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดนั้น แต่ตามกฎหมายของรัฐนั้นถือว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ใช่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตน ทำให้เกิดผลที่ตามมา ดังนี้

- ทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างมากขึ้น
- บทนิยามในส่วนที่สองเป็นการเพิ่มเติมบทนิยามในส่วนแรกซึ่งใช้บังคับกับทุกกรณี คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ทำในดินแดนของรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐที่มีการขอให้บังคับตามคำชี้ขาด ดังนั้นจะเลือกใช้บทนิยามในส่วนที่สองเพื่อให้ขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญาแคบกว่าคำนิยามในส่วนแรกไม่ได้ เนื่องจากอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 มีวัตถุประสงค์ให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับและบังคับได้อย่างกว้างขวาง และต้องการให้ขอบเขตของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ.1958 กว้างกว่าอนุสัญญากรุงเจนีวา ค.ศ.1927

อย่างไรก็ดีกรณีอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาด และภายหลังคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาด ไม่ว่าจะด้วยเหตุคำวินิจฉัยมีความบกพร่องถึงขนาดที่ไม่สามารถบังคับได้ หรือไม่ด้วยเหตุอื่นใดก็ตาม อาทิเช่น อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระและมีความลำเอียง หรือกรณีที่อนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายเกณฑ์ที่คู่พิพาทได้ตกลง

---

of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration."

<sup>56</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น.144-145.

กันและไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่ พฤติการณ์ดังกล่าวล้วนเป็นเหตุให้มีการเพิกถอนหรือปฏิเสธที่ยอมรับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน<sup>57</sup>

นอกจากนี้ในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการคัดค้านชี้ขาด โดยคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดนั้นไม่ถูกต้องและใช้บังคับไม่ได้ ทั้งนี้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงแต่แสดงหลักฐานต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่มีภาระในการพิสูจน์แต่อย่างใด

(c) เหตุที่ผู้คัดค้านต้องกล่าวอ้างและพิสูจน์ ปรากฏอยู่ในข้อที่ 5<sup>58</sup> ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลสามารถปฏิเสธคำชี้ขาดได้ ถ้าผู้ถูกบังคับสามารถพิสูจน์ได้ว่า

- คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น<sup>59</sup>

- สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้นในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 287-288.

<sup>58</sup> Article 5 (1) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 “ 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...”

<sup>59</sup> Article 5 (1) (a) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 “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.”

<sup>60</sup> *Ibid.*

-ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือผู้จะถูกบังคับนั้นไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น<sup>61</sup>

- คำชี้ขาดนั้นเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงที่ได้มีการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามหากคำวินิจฉัยที่เกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่ยังคงอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงนั้นได้<sup>62</sup>

- องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด หรือการดำเนินการพิจารณาไม่เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หรือไม่เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันไว้<sup>63</sup>

- คำชี้ขาดนั้นยังผูกพันคู่พิพาท หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับเสียแล้ว โดยผู้มีอำนาจหรือภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายในประเทศที่ทำคำชี้ขาด อย่างไรก็ตามหากเป็นเพียงการยื่นเรื่องขอให้ผู้มีอำนาจทำการเพิกถอน หรือระงับซึ่งคำชี้ขาดนั้น ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีซึ่งขอให้

---

<sup>61</sup> Article 5 (1) (b) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “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.”

<sup>62</sup> Article 5 (1) (c) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “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.”

<sup>63</sup> Article 5 (1) (d) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “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.”

การบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามแต่เห็นสมควร และหากมีคู่พิพาทซึ่งขอให้ศาลตามคำชี้ขาดศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับหาประกันที่เหมาะสมก่อนได้<sup>64</sup>

(d) เหตุที่ผู้คัดค้านไม่ต้องกล่าวอ้างแต่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ หากศาลพบว่า<sup>65</sup>

- คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวพันกับข้อพิพาทซึ่งไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย

- ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ดีหากคู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านไม่สามารถพิสูจน์หรือไม่ปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุทำให้ศาลสามารถยกขึ้นมาเพื่อปฏิเสธที่จะยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดแล้ว ศาลซึ่งคู่พิพาทฝ่ายที่นำคำชี้ขาดมาขอให้ศาลบังคับและยอมรับต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ข้อสังเกต ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ แม้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะมีได้ร้องคัดค้านเหตุดังกล่าวซึ่งกระทบต่อการทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ศาลของประเทศที่ได้มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดก็สามารถหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้หากปรากฏเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในขณะปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากหากปล่อยให้มีการบังคับตาม

---

<sup>64</sup> Article 5 (1) (d) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “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.”

<sup>65</sup> Article 5 (2) of United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985 “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.”

คำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าในอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ.1958 เปิดโอกาสแก่ศาลในประเทศที่มีการขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดได้ทำการพิจารณาถึงคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระด้วยเช่นกัน

## 2.3 หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

### 2.3.2.1 บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

#### ก ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตาม UNCITRAL Model Law

ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการกำหนดมาตรการในเรื่องการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อให้คู่พิพาทสามารถร้องคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากตนได้รับความเสียหายจากการที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะคู่พิพาทไม่เชื่อมั่นในตัวอนุญาโตตุลาการโดยเชื่อว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระซึ่งจะส่งผลกระทบกับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งมาตรา 34(1), (3) เองก็ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลได้ทบทวนคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามคำร้องของคู่พิพาท โดยคำร้องคัดค้านต้องกระทำภายใน 3 เดือนนับแต่ได้รับคำชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตามการยื่นคำคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้ทำให้คู่พิพาทพ้นจากการกระบวนการบังคับตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการจากศาลได้<sup>66</sup>

กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการปรับปรุงรายการเกี่ยวกับการเพิกถอนคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการอย่างละเอียด โดยได้นำรายละเอียดจากข้อ 5 ของอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ.1958 มากำหนดไว้ในมาตรา 36 (1)<sup>67</sup> ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการ

<sup>66</sup> Article 35 of UNCITRAL Model Law “”

<sup>67</sup> Article 36 (1) of UNCITRAL Model Law “ Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

(a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:

ปฏิเสธการยอมรับบังคับตามคำวินิจฉัย ส่วนในมาตรา 34 (2) ได้แยกรายละเอียดไว้ 2 เรื่อง ประการแรกคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลง หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น ไม่เหมาะสมซึ่งขัดกับข้อตกลงของคู่พิพาท เป็นต้น ประการต่อมาศาลจะพิจารณาในเรื่อง

---

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was 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

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

(iii) the award deals with a dispute 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

(iv) the composition of the arbitral tribunal 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

(v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

(b) if the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State. ....”

ความสามารถในการระงับข้อพิพาท คำชี้ขาดนั้นขัดต่อนโยบายแห่งรัฐหรือไม่ หากศาลเห็นว่ามีความเหมาะสมก็จะต้องถอนอนุญาโตตุลาการ โดยเหตุแห่งการถอนถอนในมาตรา 34(2) จะเป็นเหตุอย่างเดียวกันกับในมาตรา 36(1) แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าคำร้องถอนคำชี้ขาดนั้นให้ศาลของรัฐซึ่งได้มีการทำคำชี้ขาดเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย ในขณะที่คำร้องคัดค้านการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเป็นผู้พิจารณา แต่อย่างไรก็ตามเหตุผลในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นมีความสัมพันธ์กับนโยบายของรัฐ และในเรื่องความสามารถของอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ศาล(ในรัฐที่ถอนคำวินิจฉัยชี้ขาด หรือรัฐที่บังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาด) นำมาใช้<sup>68</sup>

**ข ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศเยอรมนี (German Arbitration Act)**

ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงได้ทำการคัดค้านคำชี้ขาดซึ่งในมาตรา 1059 ของ The German Arbitration Act นั้นคู่พิพาททราบข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาด อาทิเช่น อนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดนอกเหนือจากประเด็นที่ให้มีการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่ทั้งนี้หากคำวินิจฉัยส่วนใดสามารถแยกได้นั้น ให้ส่วนของคำวินิจฉัยดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตให้เฉพาะคำวินิจฉัยส่วนนั้นเป็นอันเพิกถอนไป

อย่างไรก็ดีหากศาลเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวนั้นไม่สามารถระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายเยอรมนี หรือการยอมรับหรือการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นขัดกับนโยบายแห่งรัฐ เมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วเห็นว่ามีความเพียงพอที่จะเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดได้ ศาลอาจมีคำสั่งตามความเหมาะสมโดยอาจสั่งให้มีการเพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดและส่งไปให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาใหม่<sup>69</sup>

<sup>68</sup> สืบค้นจาก, <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)>

<sup>69</sup> Section 1059 paragraph 2 of The German Arbitration Act “ the court finds that a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under German law; or

b) recognition or enforcement of the award leads to a result which is in conflict with public policy (order public).”

เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในคำร้องคัดค้านคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องทำภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่คู่พิพาททำคำร้องได้รับคำวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวนั้นสามารถขยายได้ไม่เกินกว่า 1 เดือนนับจากวันที่ได้รับคำร้องให้วินิจฉัย หากไม่มีคำร้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดศาลของเยอรมนีสามารถบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดได้<sup>70</sup>

**ค ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษตาม The Arbitration Act 1996**

ใน The Arbitration Act 1996 ได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ 2 สาเหตุ ด้วยกัน กล่าวคือ 1) การคัดค้านคำชี้ขาดเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจ ตามมาตรา 67 และ 2) การคัดค้านคำชี้ขาดกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นเหตุร้ายแรงไม่ปกติตามมาตรา 68 ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะเหตุแห่งการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดอันเนื่องมาจากกระทบกับความเป็นกลาง โดยคู่พิพาทร้องขอต่อศาลเพื่อคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดอันเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งมีเหตุร้ายแรงมีผลต่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการอนุญาโตตุลาการ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาด ทั้งนี้บทบัญญัติในวรรคสอง ของมาตรา 68 ได้กล่าวถึงรายละเอียดเพื่อให้ศาลได้ทำการวินิจฉัย โดยมีหลักเกณฑ์กรณีองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมและเป็นกลางตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 33, หากองค์คณะอนุญาโตตุลาการไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดเกิดขึ้นโดยฉ้อฉล หรือขัดกับนโยบายแห่งรัฐ เป็นต้น ซึ่งหากคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการบกพร่องยอมทำให้ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้

เมื่อแสดงให้เห็นแล้วว่ามีเหตุร้ายแรงอันกระทบกับองค์คณะอนุญาโตตุลาการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาด โดยศาลอาจมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(1) ส่งคำวินิจฉัยชี้ขาดไปยังองค์คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาใหม่ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

---

<sup>70</sup> Section 1059 (3) of The German Arbitration Act “Unless the parties have agreed otherwise, an application for setting aside to the court may not be made after three months have elapsed. The period of time shall commence on the date on which the party making the application had received the award. If a request had been made under section 1058, the time-limit shall be extended by not more than one month from receipt of the decision on the request. No application for setting aside the award may be made once the award has been declared enforceable by a German court.”

(2) เพิกถอนคำวินิจฉัยชี้ขาดไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน

(3) แจ้งว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีผลทั้งหมด หรือบางส่วน

โดยคำร้องคัดค้านคำวินิจฉัยตามมาตรา 68 นั้นต้องกระทำภายใน 28 วันนับแต่วันที่ มีคำวินิจฉัย ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยหรือมีการทบทวนคำวินิจฉัยต้องร้องคัดค้าน คำวินิจฉัยภายใน 28 วัน นับแต่ผู้ร้องขอ หรือผู้อุทธรณ์ได้รับแจ้งผลดังกล่าว

ข้อสังเกต ศาลไม่เพิกถอนหรือแจ้งว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีผลไม่ว่าทั้งหมดหรือ บางส่วน เว้นแต่จะปรากฏให้ศาลเห็นว่าคำวินิจฉัยนั้นไม่เหมาะสมซึ่งมีผลทำให้ต้องดำเนิน พิจารณาใหม่ อย่างไรก็ตามก็ดีกรณีเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยมีเหตุร้ายแรงอันทำให้เกิดความล้มเหลวในการ ตัดสิน เช่นเกี่ยวกับเรื่องความสามารถในการตัดสินของอนุญาโตตุลาการ, คำวินิจฉัยนั้นแสดงให้เห็น ว่ามีความลำเอียงเกิดขึ้น หรือหากต้องมีการส่งคำวินิจฉัยไปให้องค์คณะอนุญาโตตุลาการ พิจารณาใหม่ต้องมีการรับฟังพยานหลักฐานใหม่อีกครั้ง ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการ อนุญาโตตุลาการ<sup>71</sup>

### ง ) หลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

(1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530

ในเรื่องการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นแม้ว่าจะมีได้กล่าวถึง เหตุแห่งการคัดค้านคำวินิจฉัยแต่สามารถวิเคราะห์ได้จากหลักเกณฑ์ในมาตรา 24 กล่าวคือ หาก คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาท<sup>72</sup> หรือคำชี้ขาดเกิดจากการกระทำมิชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขต แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือคำขอของคู่พิพาท โดยคู่พิพาทต้อง ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยยื่นภายในกำหนดระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ได้ส่งสำเนา คำชี้ขาดถึงคู่พิพาทตามมาตรา 21 วรรคสี่

<sup>71</sup> Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice, (Oxford: Oxford University, 2007), p.781.

<sup>72</sup> คำว่า“กฎหมายที่ใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาท” นั้นน่าจะหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ อนุญาโตตุลาการนำมาใช้ในการตัดสินข้อพิพาท,อ้างจาก อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วย การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.129.

เมื่อคู่พิพาทยื่นคำร้องคัดค้านคำวินิจฉัยต่อศาลที่มีเขตอำนาจแล้วศาลจะดำเนินการตรวจสอบหรือรื้อฟื้นบททวนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก่อนที่ศาลจะดำเนินการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาด เมื่อศาลได้ดำเนินการตรวจสอบหรือรื้อฟื้นบททวนแล้วเห็นว่าไม่เหตุตามที่คู่พิพาทได้กล่าวอ้างมาในคำร้องศาลอาจมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดีรองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดเพียงบางส่วนและยอมรับบังคับตามเพียงบางส่วนได้หรือไม่นั้น ท่านได้ให้คำตอบพร้อมทั้งยกตัวอย่าง ในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นระบุให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือกรณีที่คำชี้ขาดนั้นเกินกว่าขอบเขตแห่งสัญญาหรือคำขอของคู่กรณี ในกรณีดังกล่าวศาลจะปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดเฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ หรือส่วนที่เกินกว่าขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีพิพาท แล้วบังคับให้เฉพาะดอกเบี้ยส่วนที่ถูกกฎหมาย หรือบังคับคำชี้ขาดให้เฉพาะส่วนที่อยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีเท่านั้นน่าจะกระทำได้ ซึ่งสอดคล้องในหลายประเทศซึ่งศาลก็ยอมที่จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดบางส่วนได้<sup>73</sup>

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นกับรองศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากรเป็นอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ดีหากคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเกิดจากการกระทำหรือวิธีการอันมิชอบอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิเช่น อนุญาโตตุลาการนั้นมีพฤติกรรมซึ่งแสดงให้เห็นว่ากระทำการไม่สุจริต หรือมีความลำเอียง หรือการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยไม่ชอบซึ่งอาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดขัดกับหลักยุติธรรม เป็นต้น การที่จะให้ศาลใช้ดุลยพินิจและมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำวินิจฉัยเพียงบางส่วนนั้นเป็นการยากที่จะให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการแยกแยะว่าช่วงใดอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยสุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากความลำเอียง เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมไม่เชื่อมั่นในกระบวนการทั้งหมดตั้งแต่ขั้นตอนที่ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการซึ่งมีพฤติกรรมไม่เหมาะสม จนกระทั่งได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแต่เพียงมาทราบในภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าหากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดเกิดจากการที่อนุญาโตตุลาการกระทำการโดยไม่สุจริตหรือมีความลำเอียงนั้น ศาลจะต้องปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดทั้งหมด

<sup>73</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.130.

## (2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

การเพิกถอนคำชี้ขาดนี้เป็นการบัญญัติตามมาตรา 34 ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งหลายประเทศนำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติ ทั้งนี้การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเข้าไปในกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะเป็นประโยชน์สำหรับคู่พิพาทฝ่ายที่ต้องถูกบังคับตามคำชี้ขาด หากคำชี้ขาดนั้นมีเหตุผลพร้อมตามกฎหมาย เพราะมีฉะนั้นคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามคำชี้ขาดอาจนำคำชี้ขาดนั้นไปบังคับในประเทศใดก็ได้ที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงนิวยอร์คมิใช่แต่เฉพาะแต่ในประเทศไทย หากไม่มีการเพิกถอนคำชี้ขาดก็จะทำให้เกิดความยุ่งยากแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องถูกบังคับเป็นอย่างมาก แต่หากสามารถดำเนินการเพิกถอนได้เนื่องจากคำวินิจฉัยยกฟ้องและศาลมีคำสั่งให้เพิกถอนก็จะมีคำชี้ขาดที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนำไปใช้บังคับในประเทศใดๆ เพราะตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์ค ค.ศ.1958 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในข้อ 5 (e) เพื่อให้ศาลของประเทศภาคีสามารถปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ถ้าคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่คำชี้ขาดนั้นทำขึ้น<sup>74</sup>

กรณีที่คู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการเพิกถอนคำชี้ขาด ทั้งนี้คู่พิพาทซึ่งประสงค์จะคัดค้านต้องแสดงเหตุแห่งการคัดค้านและต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด เช่น คู่พิพาทมีความสามารถยกฟ้องตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่พิพาทฝ่ายนั้น, สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายของประเทศที่คู่พิพาทตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว, ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดทราบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลนั้นไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ, คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หรือองค์ประกอบในคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณามีได้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาทหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหากไม่มีการตกลงกัน ทั้งนี้คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาดตามที่กฎหมายบัญญัติ หากคู่พิพาทไม่ดำเนินการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ต่อมาภายหลัง

<sup>74</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, “บทความ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 : ทางแก้ไขใหม่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย?”, วารสารนิติศาสตร์, เล่ม1, ปีที่ 32, น.18-19. (มีนาคม 2545)

คู่พิพาทยื่นคำร้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา ศาลจะมีคำสั่งยกคำร้องเนื่องจากพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือเป็นเรื่องของอายุความ

อย่างไรก็ดีในมาตรา 40 วรรคสามได้วางหลักเกณฑ์กรณีที่ผู้คัดค้านไม่ต้องกล่าวอ้าง แต่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากมีคดีอยู่ในศาลและศาลเห็นว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้ โดยการอนุญาตไต่ตุลาการหรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากนี้ท่านศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์ ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ ในกรณีที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการนั้นส่วนใหญ่เหมือนกับเหตุที่คู่พิพาทร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดซึ่งก็มีเหตุผลอันสมควร เพราะเป็นเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดใช้บังคับไม่ได้และถ้าจะให้คู่พิพาทใช้สิทธิเพิกถอนคำชี้ขาดได้ก็ต้องเป็นเหตุอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ถ้าคู่พิพาทไม่พอใจเนื่องจากคำชี้ขาดบกพร่องก็สามารถเลือกดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบโดยได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการ กล่าวคือ เป็นฝ่ายเริ่มต้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดโดยต้องรีบดำเนินการภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องคัดค้านการบังคับตามคำชี้ขาดเมื่อคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้บังคับตามคำชี้ขาดซึ่งการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นสามารถดำเนินการได้ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้<sup>75</sup>

### 2.3.2.2 ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตไต่ตุลาการว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการ

การอนุญาตไต่ตุลาการ คือ วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางเอกชน ซึ่งคู่พิพาทตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตไต่ตุลาการ ทั้งนี้คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตไต่ตุลาการนั้นเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาททุกฝ่าย โดยอนุญาตไต่ตุลาการที่ได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดโดยปกติมีจำนวน 1 คน หรือ 3 คน ซึ่งคู่พิพาทเป็นคนเสนอชื่อหรือมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง นอกจากนี้คู่พิพาททุกฝ่ายจะตกลงเรื่องการนำกฎเกณฑ์ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตไต่ตุลาการมาปรับใช้ สถานที่ในการอนุญาตไต่ตุลาการ และภาษาที่จะนำมาใช้ในการอนุญาตไต่ตุลาการ จะเห็นได้ว่าการอนุญาตไต่ตุลาการคู่พิพาทจะมีอำนาจและควบคุมกระบวนการในการระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็น

<sup>75</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตไต่ตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.158-159.

ลักษณะสำคัญในการอนุญาตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่ประสงค์จะดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยระบบศาล นอกจากนี้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายอาจเกรงว่าจะมีการตัดสินที่เป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับคู่พิพาทฝ่ายอื่นเรียกว่า “Home court advantage” ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการจะสร้างความเชื่อมั่นแก่คู่พิพาทว่าการระงับข้อพิพาทว่าจะดำเนินการด้วยความเป็นธรรม ยิ่งไปกว่านั้นในการดำเนินกระบวนการจะมีความยืดหยุ่น และมีโอกาสให้คู่พิพาทได้เสนอข้ออนุญาตตุลาการซึ่งมีความเชี่ยวชาญในประเด็นพิพาท ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้มีความสำคัญและมีบทบาทอย่างมาก อีกทั้งยังดึงดูดนักลงทุนต่างชาติในการเข้ามาลงทุน<sup>76</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันไม่ว่าจะเป็น สถาบันอนุญาตตุลาการของ ICC, สถาบันอนุญาตตุลาการของ LCIA และ สถาบันอนุญาตตุลาการของ AAA ไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านคำวินิจฉัยอนุญาตตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าสถาบันดังกล่าวเป็นสถาบันที่มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักกันดี โดยศาลอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศดังกล่าวไม่ใช่ศาลเหมือนดังเช่นที่เรารู้จักกันทั่วไป เนื่องจากไม่มีอำนาจในการตัดสินคดี แต่เป็นเพียงหน่วยงานบริหารซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมดูแลกระบวนการอนุญาตตุลาการ โดยสมาชิกของหน่วยงานดังกล่าวประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายและผู้ที่มีทักษะความชำนาญเฉพาะด้านซึ่งมาจากหลายประเทศทั่วโลก ลักษณะเด่นของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าว กล่าวคือ<sup>77</sup>

(1) ทุกคำวินิจฉัยนั้นได้รับการตรวจสอบอย่างพิถีพิถันโดยศาลของสถาบันอนุญาตตุลาการหรือผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ยกตัวอย่างเช่น สถาบันอนุญาตตุลาการของ ICC คำวินิจฉัยจะยังไม่มีผลบังคับคู่พิพาทจนกว่าศาลจะได้มีการทบทวนคำวินิจฉัย แต่ขณะเดียวกันศาลไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยแต่อย่างใด หากพบสิ่งใดผิดปกติ ก็จะดำเนินการส่งคำวินิจฉัยกลับไปให้อนุญาตตุลาการพิจารณาพร้อมกับทำความเข้าใจ

(2) คู่พิพาทเป็นผู้ตกลงในเรื่องที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท สถานที่อนุญาตตุลาการและกฎเกณฑ์ข้อบังคับ ซึ่งยิ่งทำให้มั่นใจว่าในเบื้องต้นคู่พิพาทได้ทราบถึงกระบวนการทุกอย่างเกี่ยวข้องกับการอนุญาตตุลาการเป็นอย่างดี และในบางสถาบันอนุญาตตุลาการ เช่น สถาบัน

<sup>76</sup> สืบค้นจาก, <<http://www.cambridge.org/us/catalogue/catalogue.asp?isbn=9780521685627&ss=exc> >

<sup>77</sup> Ibid.

อนุญาโตตุลาการ ICC โดยคู่พิพาทจะถูกสอบถามในเรื่องเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาท คู่พิพาทมีใครบ้าง สถานที่อนุญาโตตุลาการ และข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาททั้งหมด

(3) ในระหว่างที่มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการนั้นหากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจจะกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ ข้อบังคับของสถาบันดังกล่าวก็ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะดำเนินการคัดค้านนั้นสามารถคัดค้านได้ทันที หากคู่พิพาทได้ทราบถึงพฤติการณ์ดังกล่าวแล้วไม่คัดค้านภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้(ไม่ว่าจะเป็นกำหนดโดยข้อตกลง หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ)คู่พิพาทก็จะหมดสิทธิในการคัดค้านได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องการให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว หากให้คู่พิพาทคัดค้านมาคัดค้านภายหลังอาจเป็นการเปิดโอกาสให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่สุจริตซึ่งคาดว่าตนอาจเป็นผู้ถูกบังคับตามคำวินิจฉัยนั้นประวิงคดีได้

จากเหตุผลดังกล่าวนี้ข้าพเจ้าเห็นว่าในกฎเกณฑ์ของสถาบันดังกล่าวได้มีมาตรการค่อนข้างที่จะรัดกุม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วไม่ล่าช้า จึงไม่จำเป็นต้องมีการระบุในเรื่องการคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดแต่อย่างใด นอกจากนี้หากคู่พิพาททราบในภายหลังจากที่ได้มีการทำคำวินิจฉัยแล้วว่าการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีความบกพร่อง หรือมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นซึ่งเป็นเหตุร้ายแรงหรือกระทบต่อความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ เมื่อมีการนำคำวินิจฉัยชี้ขาดไปบังคับในประเทศหนึ่งประเทศใด คู่พิพาทฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจยื่นคำร้องคัดค้านคำวินิจฉัยต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้

### 3. หน่วยงานที่มีบทบาทในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

หน่วยงานที่เข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกฎหมายอนุญาโตตุลาการในบางประเทศ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีแนวคิดที่ต่างกัน ดังนี้

#### 3.1 ระบบซึ่งให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบ

ประเทศที่ใช้ระบบนี้เห็นว่าศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้อย่างเหมาะสมเนื่องจากศาลเป็นหน่วยงานที่มีความเข้มแข็ง

และเป็นแบบอย่างในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ดังนั้นหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เห็นว่าอนุญาโตตุลาการในคดีของตนปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่เป็นกลางและ/หรือขาดความเป็น อิสระก็สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น ประเทศเยอรมนี<sup>78</sup> ประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>79</sup> ประเทศอังกฤษ<sup>80</sup> และประเทศไทยในช่วงที่บังคับใช้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530<sup>81</sup>

ข้อดีของระบบที่ให้ศาลเป็นหน่วยงานใช้อำนาจในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/ หรือเป็นความอิสระ คือหากให้คู่พิพาทสามารถคัดค้านคุณสมบัติเรื่องความเป็นกลางและ/หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือต่อองค์กรคณะ อนุญาโตตุลาการแล้วแต่กรณี ต่อมาคำวินิจฉัยว่าการคัดค้านนั้นรับฟังไม่ได้ คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้าน อนุญาโตตุลาการสามารถคัดค้านต่อศาลได้ซึ่งทำให้เกิดความซ้ำซ้อน ทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่าย ตามมา ซึ่งอาจทำให้คู่พิพาทที่ไม่สุจริตใช้เป็นช่องทางในการประวิงคดีได้ นอกจากนี้ศาลเป็น

---

<sup>78</sup> Section 1062 paragraph1 of The German Code of Civil Procedure “The Higher Regional Court ("Oberlandesgericht") designated in the arbitration agreement or, failing such designation, the Higher Regional Court in whose district the place of arbitration is situated, is competent for decisions on applications relating to

1. ... the challenge of an arbitrator (section 1037 Challenge procedure and Section 1036 sub 2 Challenge of an arbitrator) ...

<sup>79</sup> Article 1035(2) of The Netherlands' Arbitration Act 1986 “If the challenged arbitrator does not withdraw within two weeks after the day of receipt of the notification, the President of the District Court shall, at the request of either party, decide on the merits of the challenge. If such request is not made within four weeks after the day of receipt of the notification, the right to challenge shall be barred and the arbitral proceedings, if suspended, shall continue from the stage they had reached.”

<sup>80</sup> *Supra* Note 7.

<sup>81</sup> มาตรา 14 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2530 “อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับตั้งขึ้นโดยชอบอาจถูกคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้”

หน่วยงานที่ได้รับการเชื่อถือจากประชาชน คู่พิพาทก็เกิดความมั่นใจว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นจะดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือมีความเป็นอิสระ

ข้อเสียของระบบนี้ กรณีที่ให้ศาลเป็นหน่วยงานในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระในกรณีที่มีการคัดค้านเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระในข้อพิพาทเดียวกัน หรือพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุแห่งการคัดค้านเดียวกันแต่อาจมีแนวคำวินิจฉัยของศาลแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน นอกจากนี้ศาลแต่ละประเทศอาจไม่เข้าใจบทบาทของอนุญาโตตุลาการซึ่งมาจากผู้เชี่ยวชาญในหลากหลายสาขาอาชีพมีแนวคิดและแนวปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน การที่ให้ศาลเป็นหน่วยงานเข้ามตรวจสอบความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการศาลอาจนำมาตรฐานในระดับวิชาชีพของผู้พิพากษามาเป็นแนวทางในการตรวจสอบทำให้เกิดข้อโต้แย้งตามมาว่าผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีระดับความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระเทียบเท่ากับผู้พิพากษาหรือไม่

### 3.2 ระบบซึ่งให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบ

ระบบที่ให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นหน่วยงานในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการสืบเนื่องมาจากการที่คู่พิพาทได้ทำการตกลงกันให้นำข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการมาใช้บังคับ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็กำหนดให้สถาบันเป็นผู้วินิจฉัย หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดคัดค้านอนุญาโตตุลาการอันเนื่องมาจากอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ อาทิเช่น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA<sup>82</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICC<sup>83</sup> เมื่อคู่พิพาทได้ตกลงให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบความเป็นกลาง

---

<sup>82</sup> Article 10.2 of LCIA Arbitration Rules 1998 “If any arbitrator acts in deliberate violation of the Arbitration Agreement (including these Rules) or does not act fairly and impartially as between the parties or does not conduct or participate in the arbitration proceedings with reasonable diligence, avoiding unnecessary delay or expense, that arbitrator may be considered unfit in the opinion of the LCIA Court.”

<sup>83</sup> Article 11(1) and Article 7 paragraph 4 of ICC Arbitration Rules 1998 .

และ/หรือเป็นอิสระ หน่วยงานศาลของประเทศที่ยอมรับแนวคิดระบบนี้ หน่วยงานศาลก็จะไม่ไปก้าวล่วงแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์<sup>84</sup> ประเทศอังกฤษ<sup>85</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ดีมีคดี AT&T v Saudi Cable มีประเด็นเกี่ยวกับเรื่องคำวินิจฉัยคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทได้ตกลงนำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC มาใช้ ทั้งนี้ในข้อบังคับได้กำหนดว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ICC ในเรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่สุด โดยผู้พิพากษาได้วินิจฉัยในเบื้องต้นว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดของ ICC นั้น ผูกพันผู้พิพากษาแต่อย่างไรก็ดีหลักเกณฑ์ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC ไม่เป็นการขัดขวางผู้พิพากษาในการวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษกรณีที่พบว่าอนุญาโตตุลาการนั้นมีความลำเอียง หรือมีความประพฤติไม่เหมาะสม ทั้งนี้ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธในการตีความในเรื่องคำว่าเป็นที่สุดข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC โดยกล่าวว่า ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC ในเรื่องคำว่าเป็นที่สุดนั้นมิได้เป็นการจำกัดอำนาจศาลอังกฤษ โดย Mr. Justice Longmore ได้พิจารณาแล้วว่ากรณีที่ประพฤติไม่เหมาะสมนั้นถือว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าความมุ่งหมายในการตีความของข้อบังคับ ICC โดยทั่วไปแล้วศาลของ ICC ย่อมต้องนำข้อบังคับของ ICC มาปรับใช้ แต่สำหรับศาลอังกฤษยังคงมีอำนาจในการพิจารณาตัดสินว่าได้การกระทำการฝ่าฝืนข้อบังคับของ ICC หรือไม่ ในกรณีที่ม่คำร้องขอให้เพิกถอนอนุญาโตตุลาการในเรื่องการประพฤติไม่เหมาะสม<sup>86</sup>

ข้อดีของระบบนี้ การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้เข้ามาดำเนินการบริหารและจัดการก็เพื่อให้แนวทางการประพฤติปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นมาตรฐานเดียวกัน หากมีการ

---

<sup>84</sup> Article 180 (3) of The Swiss Private International 1987 “To the extent that the parties have not made provisions for this challenge procedure, the judge at the seat of the Arbitral tribunal shall make the final decision..”

<sup>85</sup> Article 24(2) of The Arbitration Act 1996 “If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person.”

<sup>86</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p.310.

คัดค้านเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในประเทศใดก็จะนำข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการไปปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นมาตรฐานสากล นอกจากนี้ยังลดปัญหาที่เกิดจากการประวิงคดีเนื่องจากได้กำหนดให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพียงขั้นตอนเดียว เมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยอย่างไรแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นที่สุด<sup>87</sup> ซึ่งผูกพันคู่พิพาททุกฝ่ายโดยไม่มีการนำปัญหาเดียวกันไปร้องขอให้ศาลของประเทศที่ได้มีการนั่งอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยอีก

ข้อเสียของระบบนี้ ในกฎหมายบางประเทศอาจถือว่าข้อตกลงของคู่พิพาทที่ให้มีการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นการยกเว้นอำนาจศาลในการวินิจฉัยหรือควบคุมกำกับความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระซึ่งมีผลว่าข้อตกลงในเรื่องดังกล่าวไม่ผูกพันศาล กล่าวคือ หากสถาบันอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยในปัญหาดังกล่าวไป ศาลอาจปฏิเสธการยอมรับคำวินิจฉัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้นเมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้นำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาร้องขอให้ศาลเพิกถอนด้วยเหตุว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระซึ่งศาลอาจยกประเด็นดังกล่าวมาพิจารณา หากศาลเห็นต่างจากคำวินิจฉัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ศาลอาจปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะเหตุอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางและ/หรือไม่เป็นอิสระ ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดเสียไปและเกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทในเรื่องของค่าใช้จ่ายและเสียเวลาด้วยเช่นกัน

### 3.3 ระบบผสม

ระบบนี้ยอมให้สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการและศาลมีส่วนร่วมในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ เมื่อคู่พิพาทนำประเด็นปัญหา

---

<sup>87</sup> Article 29 paragraph 1 of LCIA Arbitration Rules 1998 “The decisions of the LCIA Court with respect to all matters relating to the arbitration shall be conclusive and binding upon the parties and the Arbitral Tribunal. Such decisions are to be treated as administrative in nature and the LCIA Court shall not be required to give any reasons. And article 7 paragraph 4 of ICC Rules provides that The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final and the reasons for such decisions shall not be communicated.”

ในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระให้สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณา เมื่อได้มีคำวินิจฉัยเป็นอย่างไรแล้ว หากคู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ร้องขอให้ศาลเข้ามาตรวจสอบได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)<sup>88</sup> และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545<sup>89</sup> ด้วยเช่นกัน

---

<sup>88</sup> Article 13 of UNCITRAL Model Law “ Challenge procedure

(1) The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph (3) of this article.

(2) Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12(2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

(3) If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph (2) of this article is not successful, the challenging party may request, within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on the challenge, which decision shall be subject to no appeal ; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.”

<sup>89</sup> วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง ของมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับรู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสามและหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น

ข้อดีของระบบนี้ ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการและศาลเข้ามามีบทบาทในการตัดสินเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ทั้งนี้หากสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นสถาบันที่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักและยอมรับกันทั่วไป ก็เป็นไปได้ว่าศาลจะเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของสถาบัน ทำให้คำวินิจฉัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระมีความเป็นมาตรฐานเดียวกันและมีความเป็นสากล อีกทั้งหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระก็สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้เข้ามาตรวจสอบ ซึ่งจะทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการดำเนินการตรวจสอบพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงด้วยความรอบคอบทำให้เกิดมาตรฐานการทำงานของอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้การที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระก็ยังทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องประเด็นดังกล่าวเป็นที่เชื่อมั่นแก่คู่พิพาททุกฝ่าย และโอกาสที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะหยิบยกประเด็นดังกล่าวมาให้พิจารณาใหม่นั้นมีความเป็นไปได้น้อย เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใหม่เกิดขึ้น

ข้อเสียในระบบนี้ กล่าวคือ เมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการได้มีการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทไม่พอใจก็สามารถร้องขอต่อศาลได้ ทำให้เกิดการดำเนินกระบวนการที่ซ้ำซ้อน อีกทั้งยังเกิดความล่าช้า นอกจากนี้ทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับหลักในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาททุกฝ่ายต้องการความรวดเร็ว

อย่างไรก็ดีการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการได้ทำคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้ว เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของสถาบันอนุญาโตตุลาการร้องขอต่อศาลให้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาดังกล่าว ทำ

ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ไม่บรรลุผลหรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือนับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม แล้วแต่กรณีและเมื่อศาลได้สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น”

ให้เกิดปัญหาว่าศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาเต็มรูปแบบเพื่อตรวจสอบใหม่อีกครั้งโดยพิจารณาพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ซึ่งเรียกการตรวจสอบนี้ว่า “examination de novo” หรือ ศาลจะทำการตรวจสอบเพียงพิจารณาจากคำวินิจฉัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวสมเหตุสมผลหรือไม่ซึ่งเรียกการตรวจสอบนี้ว่า “marginal review” จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบแบบ “examination de novo” ทำให้คู่พิพาททุกฝ่ายเชื่อมั่นและยอมรับในคำตัดสินของศาลทำให้อีกโอกาสที่ศาลจะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นไปได้ยาก แต่การตรวจสอบระบบนี้ก็ทำให้เกิดความล่าช้าอันทำให้ไม่สอดคล้องกับการอนุญาโตตุลาการ

#### 4. บทบาทของศาลในการตรวจสอบความเป็นกลางและความเป็นอิสระ

ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระในเวลาใดแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### 4.1 กรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบระหว่างที่มีคดีอยู่ในชั้นพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ

ประเทศที่มีแนวคิดที่ให้ศาลเข้ามาตรวจสอบความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระได้ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษ<sup>90</sup> ประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>91</sup> ประเทศสวิสเซอร์แลนด์<sup>92</sup> และประเทศไทย<sup>93</sup>

ข้อดีของระบบนี้ เมื่อศาลได้วินิจฉัยในปัญหาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้วโอกาสที่จะมีการหยิบยกปัญหาเรื่องดังกล่าวก็เป็นไปได้ยากขึ้น เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใหม่ๆ เกิดขึ้น

ข้อเสียของระบบนี้ กล่าวคือ กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการร้องขอต่อศาลให้เข้ามาตรวจสอบในปัญหาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการย่อมทำให้เกิดความ

<sup>90</sup> Article 24 of The Arbitration Act 1996.

<sup>91</sup> Article 1035 of Code of Civil Procedure.

<sup>92</sup> Article 180 of Private International Law.

<sup>93</sup> มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545

ล่าช้าในการดำเนินการอนุญาตตุลาการเช่นกัน หากคู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นแล้วอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวต่อศาลสูงยิ่งทำให้เกิดความล่าช้าอย่างยิ่ง ซึ่งอาจมีกรณีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้กระบวนการในการอุทธรณ์ดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการประวิงคดีได้เช่นกัน ดังนั้นในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบนี้จึงมักมีบทบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นในประเด็นที่เกี่ยวกับความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ<sup>94</sup>

#### 4.2 กรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว

แนวความคิดในบางประเทศเมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยในปัญหาเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้ว หากคู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็มีสิทธิร้องขอให้ศาลตรวจสอบในปัญหาดังกล่าวได้ภายหลังจากที่องค์คณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเรียบร้อยแล้วไม่ว่าจะเป็นกรณีคัดค้านการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาขอให้ศาลบังคับหรือมีการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมาขอให้ศาลเพิกถอน เช่น ประเทศสวีเดน ในช่วงที่ The Swedish Arbitration Act of 1929 ใช้บังคับ<sup>95</sup> แต่อย่างไรก็ดีในขณะนี้ มี The Swedish Arbitration Act of 1999<sup>96</sup> วางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดของ

<sup>94</sup> Article 1070 of Code of Civil Procedure., มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ในมาตรา 24 (6) ของ The Arbitration Act 1996 วางหลักเกณฑ์ไว้กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์ให้อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลต้องได้รับอนุญาตจากศาล

<sup>95</sup> อนันต์ จันทโรภากร, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 1, น. 10.

<sup>96</sup> Section 10 The Swedish Arbitration Act of 1999 “A challenge of an arbitrator on account of a circumstance set forth in section 8 shall be presented within fifteen days commencing on the date on which the party became aware both of the appointment of the arbitrator and of the existence of the circumstance. The challenge shall be adjudicated by the arbitrators, unless the parties have decided that it shall be determined by another party.

If the challenge is successful, the decision shall be subject to no appeal.

องค์คณะอนุญาโตตุลาการ กรณีที่การคัดค้านไม่เป็นผล ก็สามารถร้องขอต่อศาลให้ปฏิเสธ หรือ ยกฟ้องโดยต้องร้องขอภายใน 30 วันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดนั้น ทั้งนี้ องค์คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกว่าศาลจะตัดสิน

ข้อดีของระบบนี้ คือ สามารถควบคุมปัญหาการประวิงคดี และลดความล่าช้าในการอนุญาโตตุลาการได้ระดับหนึ่ง กล่าวคือ หากองค์คณะอนุญาโตตุลาการเห็นด้วยกับคำคัดค้านที่คู่พิพาทได้เสนอข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ ก็จะดำเนินการถอดถอนและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการใหม่แทนที่ผู้ที่ถูกคัดค้าน เมื่อองค์คณะอนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดแล้วโอกาสที่ศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดก็เป็นไปได้มาก

ข้อเสีย กล่าวคือ หากองค์คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำคัดค้านของคู่พิพาทในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการรับฟังไม่ได้ องค์คณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด และหากคู่พิพาทไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์คณะอนุญาโตตุลาการในปัญหาดังกล่าวก็ยังสามารถหยิบยกปัญหาดังกล่าวร้องขอต่อศาลในชั้นที่มีการขอให้ศาลบังคับหรือปฏิเสธคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หากศาลเห็นด้วยกับคำคัดค้านของคู่พิพาทที่หยิบยกขึ้นมว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทคัดค้านนั้นมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือศาลอาจเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียตามมาโดยคู่พิพาทต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ดีหากอนุญาโตตุลาการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ หรือกระทำการหรือไม่กระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระ เช่น อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนเองเป็นบิดาของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง หากคู่พิพาทอีกฝ่ายมาทราบในภายหลังจึงคัดค้านอนุญาโตตุลาการคน

---

A party who is dissatisfied with a decision denying a motion or dismissing a motion on the grounds that the motion was not timely filed may file an application with the District Court that the arbitrator be removed from his post. The application must be submitted within thirty days commencing on the date on which the party receives the decision. The arbitrators may continue with the arbitral proceedings pending the determination of the District Court."

ดังกล่าว โดยยื่นคำร้องคัดค้านจนเป็นเหตุให้มีการถอนอนุญาตตุลาการดังกล่าว อาจทำให้ คู่พิพาทในคดีได้รับความเสียหายและเสียเวลาโดยเปล่าประโยชน์ จึงมีประเด็นถกเถียงว่าควรมี บทบัญญัติ หรือข้อบังคับที่กำหนดให้อนุญาตตุลาการซึ่งเป็น ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบหรือไม่ และหากอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบอนุญาตตุลาการต้องรับผิดชอบแค่ไหน อย่างไร นอกจากนี้คู่พิพาทสามารถทำการตกลงยกเว้นความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการได้หรือไม่ แต่เนื่องจากประเด็นดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึง

## 5. ข้อควรพิจารณาในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือ ความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ

ในเรื่องความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการซึ่งเป็นหลักการสำคัญใน กระบวนการยุติธรรมที่สำคัญประการหนึ่งกล่าวคือบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยและตัดสิน คดีความ ต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระโดยเมื่อพิจารณาจากแนวความประพฤติ และการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือศาลเปรียบเทียบกับความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ ของอนุญาตตุลาการ จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาหรือศาลมีองค์คณะและเป็นสถาบันอย่างถาวรเพื่อ พิจารณาอรรถคดีโดยมีกฎหมายวิธีพิจารณาความในการกำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณา พิจารณาซึ่งมีความเคร่งครัดไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ในเรื่องการสืบพยานหลักฐาน การอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษา อีกทั้งในการพิจารณาและพิพากษาคดีก็ต้องนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับ ใช้กับข้อพิพาท แต่สำหรับการอนุญาตตุลาการ นั้นคู่พิพาทมักจะแต่งตั้งบุคคลที่ตนรู้จักและ/หรือ มีความเชื่อถือไว้วางใจให้ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่องหนึ่งเรื่องใดเป็นการ เฉพาะ โดยวิธีการแต่งตั้งและอำนาจของอนุญาตตุลาการเป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หาก คู่พิพาทมิได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นอำนาจของอนุญาตตุลาการจะสิ้นสุดเมื่อได้มีการทำคำชี้ ขาด จะเห็นได้ว่าในการอนุญาตตุลาการมิได้มีความเคร่งครัดเหมือนกับการดำเนินกระบวนการ พิจารณาของศาลซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ เนื่องจากการอนุญาตตุลาการ เป็นไปตามคู่พิพาทตกลงกันหรือในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงของคู่พิพาทก็เป็นไปตามที่ อนุญาตตุลาการเห็นสมควร<sup>97</sup> ดังนั้นการอนุญาตตุลาการจึงแตกต่างจากการฟ้องร้องดำเนินคดี

<sup>97</sup> อนันต์ จันทโรภากร.กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ นอกศาล, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 16.

กันในศาล หากคู่พิพาทไม่สามารถเลือกผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณา และพิพากษาจึงเกิดปัญหาว่าในการอนุญาตตุลาการนั้นบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและเป็นอิสระโดยใช้มาตรฐานเดียวกันกับผู้พิพากษาในศาลหรือไม่ ในการเสนอชื่อและแต่งตั้งอนุญาตตุลาการจำเป็นอย่างไรที่คู่พิพาทจะต้องทราบความหมายและความแตกต่างทางความคิดในเรื่องความเป็นกลาง และ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการ เพื่อที่คู่พิพาทจะได้พิจารณาก่อนที่จะเสนอชื่อและแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการให้เกิดความสอดคล้องทางแนวความคิดและเป็นประโยชน์แก่คู่พิพาททุกฝ่ายที่จะได้รับการปฏิบัติจากอนุญาตตุลาการในคดีพิพาทเดียวกันเป็นไปแนวทางเดียวกันอันจะไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระแต่อย่างใด ในการเสนอชื่อหรือแต่งตั้งอนุญาตตุลาการ แยกพิจารณาได้ดังนี้

### 5.1. กรณีอนุญาตตุลาการซึ่งคู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้ง

โดยปกติแล้วการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการนั้นคู่พิพาทจะแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน อาทิเช่น คู่พิพาทแต่งตั้งอนุญาตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และให้อนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งมานั้นร่วมกันแต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนที่สาม<sup>98</sup> หรืออาจกำหนดให้บุคคลภายนอกเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตตุลาการคนที่สามก็ได้ ซึ่งเกิดข้อสงสัยตามมาว่าอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งโดยตรงนี้จะทำหน้าที่เสมือนเป็นทนายความ หรือทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาหรือทำการในฐานะผู้รักษาสถิติประโยชน์แก่คู่พิพาทได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาและพิจารณา โดยมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่าการที่คู่พิพาทได้ทำการตกลงในสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อย่างชัดเจนว่าอนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ อนุญาตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้มีข้อตกลงดังกล่าวไว้ การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันนำมาระงับข้อพิพาท แต่อย่างไรก็ดีในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อบังคับที่ 5.2 ก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยห้ามมิให้อนุญาตตุลาการกระทำการในฐานะเป็นทนายความหรือที่ปรึกษาให้กับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด

<sup>98</sup> Article 11 paragraph 3(a) of UNCITRAL Model Law, Article 15 (2) of The Arbitration Act 1996, Article 8 paragraph 4 of ICC Arbitration Rules 1998, etc.

ไม่ว่าก่อนหรือหลังการแต่งตั้ง ซึ่งอนุญาโตตุลาการทุกคนที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของสถาบันนี้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการต้องระวังและหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ซึ่งจะทำให้เกิดความสงสัยในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าการที่อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งเข้าข้างตนนั้นไม่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบแต่อย่างใด ตราบเท่าที่มีอนุญาโตตุลาการคนที่สาม (Neutral Arbitrator) ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นได้ร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่เป็นคนกลางดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ แนวความคิดฝ่ายนี้เห็นว่าการที่คู่พิพาทซึ่งไม่ได้มีการตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้แต่งตั้งปฏิบัติหน้าที่เป็นปรีชาหรือตัวแทนของตนได้นั้นก็อาจเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบได้เช่นกัน ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหากอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้งยึดหลักว่าต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ แต่อนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทได้ทำการแต่งตั้งอีกฝ่ายยึดหลักว่าต้องปกป้องผลประโยชน์ของคู่พิพาททำให้เกิดความแตกต่างทางแนวความคิดและคู่พิพาทแต่ละฝ่ายได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน เพื่อเป็นการแก้ปัญหาดังกล่าวใน The Arbitration Act 1996 ของประเทศอังกฤษ ได้มุ่งเน้นให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลาง (Impartiality) เพียงอย่างเดียว และในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน American Arbitration Association Rules 2009 ข้อบังคับที่ R-12<sup>99</sup> ประกอบกับข้อบังคับข้อที่ R-17<sup>100</sup> และในประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes<sup>101</sup> โดยวางหลักเกณฑ์ให้คู่พิพาทตกลงยกเว้นความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้ แต่ทั้งนี้คู่พิพาทต้องตกลงกันโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีผลทำให้อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นที่ปรีชาหรือตัวแทนของคู่พิพาทได้ด้วย

อย่างไรก็ดีกรณีและผู้เขียนเห็นว่าหากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันในเรื่องการยกเว้นความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไว้ ก็มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของสถาบันเพื่อการระงับข้อพิพาท CPR (International Institute for Conflict Prevention & Resolution) ในประเทศสหรัฐอเมริกาการศึกษา ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ไว้ใน

<sup>99</sup> *Supra* Note 19.

<sup>100</sup> *Supra* Note 21.

<sup>101</sup> CANON X of The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.

ข้อที่ 5.2<sup>102</sup> โดยได้เสนอแนวความคิดในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ เพื่อนำมาใช้ในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ กล่าวคือ โดยคู่พิพาทจะทำการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สองในสาม ซึ่งคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะทำการแต่งตั้งหรือเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน โดยไม่ให้อนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อทราบได้ว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นผู้แต่งตั้งหรือเสนอชื่อตนเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่น่าสนใจหากคู่พิพาทยอมรับถือเป็นแนวทางหนึ่งทำให้อนุญาโตตุลาการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางและ/หรือ เป็นอิสระได้<sup>103</sup>

## 5.2. กรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งไม่ได้ซึ่งคู่พิพาทไม่ได้แต่งตั้ง

สำหรับอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทไม่ได้แต่งตั้งโดยตรง เช่น อนุญาโตตุลาการคนที่สามที่มาจากการแต่งตั้งร่วมกันของอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทแต่งตั้ง หรือกรณีที่ตกลงให้อนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทโดยที่คู่พิพาทได้ร่วมกันแต่งตั้งขึ้น กรณีนี้เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระ จะเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ เพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายได้รับความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาท ซึ่งแม้ในข้อบังคับ American Arbitration Association Rules 2009 และประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes ที่ได้เปิดโอกาสให้คู่พิพาทตกลงยกเว้นในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระเฉพาะอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเป็นผู้แต่งตั้งขึ้นเท่านั้น แต่ไม่สามารถที่จะตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระกับอนุญาโตตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นคนกลางได้

<sup>102</sup> CPR Rules for Non-Administered Arbitration 2007 “If the parties have agreed on a Tribunal consisting of three arbitrators, two of whom are to be designated by the parties without knowing which party designated each of them, as provided in this Rule 5.4, either party, following the expiration of the time period for the notice of defense, may request CPR in writing, with a copy to the other party, to conduct a “screened” selection of party-designated arbitrators...”

<sup>103</sup> เสาวนีย์ อัครวจน, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท,” วารสารอนุญาโตตุลาการ, ปีที่ 2, น.41, (2550),

## 6. ข้อควรพิจารณาว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระถือเป็นหน้าที่ (Legal Duty) หรือ คุณสมบัติ (Qualification) ของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้ศึกษาคำนิยามในเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระรวมเป็นถึงแนวคิดในเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการทั้ง 3 แนวความคิดแล้ว มีข้อควรพิจารณาว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระถือเป็นหน้าที่<sup>104</sup> หรือคุณสมบัติ<sup>105</sup> ของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะส่งผลในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท กล่าวคือหากถือความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทก็สามารถที่จะทำการตกลงแต่งตั้งให้บุคคลเข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ ด้วยความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระได้ ในทางกลับกันคู่พิพาทอาจตกลงให้กันในเรื่องการสละความเป็นกลางและ/หรือเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาว่าความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการที่พึงปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทก็ไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือสละเรื่องความเป็นกลางและ/หรือความเป็นอิสระได้ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

---

<sup>104</sup> หน้าที่ในทางกฎหมาย หมายถึง หน้าที่ซึ่งเกิดขึ้นโดยสัญญาหรือกฎหมายกำหนด หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่จะมีวิธีการเยียวยา (Legal Duty is A duty arising by contract or by operation of law; an obligation the breach of which would give a legal remedy ) Bryan A. Garner, BLACK's LAW DICTIONARY, Eighth Edition, (The United State of America, West Publishing.co.,2004), p.544.

<sup>105</sup> คุณสมบัติ หมายถึง คุณลักษณะประจำตัวบุคคล หรือความเหมาะสมที่มีอยู่แต่แรกเริ่ม หรือกฎหมายเห็นว่ามีควมจำเป็นให้บุคคลต้องมีคุณลักษณะตามที่ได้กำหนดไว้ เพื่อดำรงตำแหน่ง หรือปฏิบัติหน้าที่ (Qualification is the possession of qualities or propertie (such as fitness or capacity) inherently or legally necessary to make one eligible for a position or office, or to perform a public duty or function) Bryan A. Garner, BLACK's LAW DICTIONARY, Eighth Edition, (The United State of America, West Publishing.co.,2004), p.1275.

### 6.1.ความเป็นกลาง (Impartiality) ถือเป็นหน้าที่หรือคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

ในเรื่องความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย รวมไปถึงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน London Court International of Arbitration (LCIA) และ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน American Arbitration Association (AAA) ต่างให้ความสำคัญโดยเห็นว่าหากอนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางแล้วอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่พิพาทด้วยความเป็นธรรมซึ่งถือเป็นหลักสำคัญในการระงับข้อพิพาท หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้รับความเป็นธรรมแล้วคู่พิพาทฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิที่จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการ รวมไปถึงสิทธิที่จะคัดค้านคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญอนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ตลอดเวลา นับแต่ได้รับการแต่งตั้งจนกระทั่งการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง รวมไปถึงหลีกเลี่ยงการกระทำ หรือการไม่กระทำการใดๆ อันเป็นเหตุให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้รับความเป็นกลาง คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สามารถที่จะทำการตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นกลาง (Impartiality) ของอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่พิพาทได้การตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นกลาง (Impartiality) ย่อมส่งผลถึงการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับด้วยความเป็นธรรม และหากคำวินิจฉัยชี้ขาดไม่เป็นที่ยอมรับของศาลไม่ว่าภายในประเทศหรือต่างประเทศด้วยเหตุผลที่อนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความเป็นกลาง ย่อมจะส่งผลเสียต่อดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาทต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งทำให้ธุรกิจของคู่พิพาทอาจได้รับความเสียหายด้วย

### 6.2. ความเป็นอิสระ (Independence) ถือเป็นหน้าที่หรือคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามและรากฐานทางแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระ (Independence) ของ The Arbitration Act 1996 ของอนุญาโตตุลาการซึ่งมาตรา 1<sup>106</sup> ประกอบ

---

<sup>106</sup> Article 1 of The Arbitration Act 1996 “The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly.

กับมาตรา 33(1)<sup>107</sup> ที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตนด้วยความเป็นกลาง โดยผู้ร่างเห็นว่าคู่พิพาทมักจะทำการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาจากแนวความคิดหรือเบื้องหลังทางระบบกฎหมาย สังคม และ วัฒนธรรม ที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกัน รวมไปถึงการแต่งตั้งบุคคลที่ตนเองรู้จักหรือมีความคุ้นเคยเป็นการส่วนตัว เช่น บริษัท A และ บริษัท B ต่างแต่งตั้งทนายความประจำบริษัทเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาท เนื่องจากเชื่อมั่นในตัวบุคคลนั้นหรือเชื่อว่าเมื่อบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการเอื้อประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายที่แต่งตั้ง จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีเหตุอันควรสงสัยในเรื่องความเป็นอิสระอย่างยิ่ง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการที่ทั้งสองบริษัทได้แต่งตั้งนั้นอาจตกอยู่ภายใต้การควบคุมหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของบริษัท A และบริษัท B ซึ่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาประกอบกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการแม้อนุญาโตตุลาการจะปฏิบัติหน้าที่ที่ตุลาการ (Quasi-judicial function) ก็ตาม แต่การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็มีความแตกต่างและไม่ได้มีความเคร่งครัดเหมือนกับการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความตกลงของคู่พิพาท หากคู่พิพาทจะทำการตกลงกันยกเว้นเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการก็น่าจะทำได้

ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องความเป็นอิสระนั้นถือเป็นคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทสามารถทำการตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากคู่พิพาททุกฝ่าย หรือคู่พิพาทจะทำการตกลงกันโดยสละเรื่องความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการก็ได้ หากกฎหมายหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นอิสระ โดยปราศจากการเปิดช่องทางให้คู่พิพาทสามารถตกลงยกเว้นเรื่องความเป็นอิสระก็จะขัดกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้น และทำให้การบังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ ไม่ได้ผลอย่าง

---

(a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense.”

<sup>107</sup> Article 33 (1) of The Arbitration Act 1996 “The tribunal shall (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent.”

เต็มที แต่ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางโดยถือเป็นหน้าที่สำคัญที่จะหลีกเลี่ยงหรือละเลยไม่ปฏิบัติไม่ได้ เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจไม่ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม