แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

รติมา นิรันพรพุทธา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2561

แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

รติมา นิรันพรพุทธา

คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ

(ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์)

ศาสตราจารย์ (พิเศษ).....กรรมการ

(วิชัย อริยะนันทกะ)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(พิชัยศักดิ์ หรยางกูร)

รองศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.สราวุธ ปิติยาศักดิ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี

(นเรศร์ เกษะประกร)

สิงหาคม 2561

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาวรติมา นิรันพรพุทธา
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา	2561

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์มุ่งศึกษาแนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เพื่อนำเสนอแนวทางการปรับปรุงกฎหมายและข้อบังคับสถาบัน รวมถึงข้อจำกัดบางประการมาพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น เนื่องจากกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันยังคงมีประเด็นปัญหาบางประการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลอันเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ แม้ว่าในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในการศึกษาได้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยนำทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) กฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL Model Law”) ค.ศ. 1985 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 กฎหมายอนุญาโตตุลาการกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์รวมถึงแนวปฏิบัติของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของประเทศเหล่านั้นเป็นฐานเพื่อใช้ในการวิเคราะห์ศึกษา

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่าบทบาทศาลในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการกรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และกรณีการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ความสอดคล้องกฎหมายไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ บทบาทรัฐในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงประเด็นปัญหาอื่น ๆ อันได้แก่ ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านอนุญาโตตุลาการ

การได้มา การรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ ประเด็นเหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

ข้อเสนอแนะของงานวิจัยนี้ชี้ว่าการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ สามารถดึงดูดผู้มาใช้บริการและเพิ่มจำนวนคดีมากขึ้น จะต้องปฏิรูปการอนุญาโตตุลาการไทย โดยการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัยอย่างสม่ำเสมอสอดคล้องมาตรฐานสากล ในระยะสั้นให้ปรับปรุงกฎหมายและข้อบังคับสถาบันที่มีอยู่เดิม ส่วนในระยะยาวให้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ ลดบทบาทศาลโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการทำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ กำหนดแนวปฏิบัติในการใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล รัฐควรเข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น

ABSTRACT

Title of Dissertation	Guidelines for Reforming of International Commercial Arbitration Law and Institutional Rules for Thailand
Author	Miss Ratima Nirunpornputta
Degree	Doctor of Laws
Year	2018

The aim of this study is to examine guidelines for international commercial arbitration law and institutional rules for Thailand and to find out the better structure of law and rules that can enhance the country being recognized and reliable because the existing regulations despite of the new amendment draft do not facilitate to achieve such goal. The study is conducted basing on qualitative methodology and apply The Mixed or Hybrid Theory, United Nations Commission on International Trade Law: "UNCITRAL Model Law" 1985 with amendments as adopted in 2006 and review arbitration laws of Common and Civil Laws countries including the international best practices of their most popular arbitral institutions.

On this basis, this paper identifies areas for reforming in Thai arbitration landscape i.e. the role of court in arbitral proceeding particularly interim measures prior to the appointment of arbitrator tribunal and the interpretation of Public Policy, the scope of application, arbitrator's criminal liability, the state role to support arbitration including other issues such as language skills, channels to learn about court final awards judgment, determination of arbitral tribunal's fees in order to strengthen the existing international commercial arbitration mechanisms.

In order to promote Thailand being recognized and reliable and attracting more people to choose it as seat of arbitration, it is recommended to reform Thai arbitration by frequently amending both law and rules in compliance with

international standards. The reforming should be divided into two stages: short term and long term. For short term, it would be better to revise the existing arbitration law and rules then for long term to draft the new International Commercial Arbitration Act to separate Domestic Arbitration and International Arbitration. More importantly, the research finding suggest to reduce court role by empowering arbitrator to order Interim Measures prior to the appointment of arbitral tribunal, to determine practice for interpreting “Pubic Policy”. In addition to the above, the frequently amend arbitration institutional rules to meet international best practice and the involvement of State to support arbitration is needed.

กิตติกรรมประกาศ

ดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงตามความมุ่งหวังของผู้เขียนได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร วริยา ล้ำเลิศ ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและสละเวลาอันมีค่าในการให้คำปรึกษา ข้อแนะนำและความช่วยเหลือด้วยความเต็มใจตลอดเวลา ทั้งยังให้กำลังใจและสนับสนุนให้ผู้เขียนทำดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างยิ่งไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบดุษฎีนิพนธ์ในครั้งนี้ รวมทั้งศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันทกะ ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และรองศาสตราจารย์ สราวุธ ปิติยาศักดิ์ คณะกรรมการสอบดุษฎีนิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำ ให้ข้อสังเกต และให้แนวทางที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในระหว่างการสอบหัวข้อ การสอบความก้าวหน้าและการสอบปิดเล่ม ทำให้ผู้เขียนสามารถแก้ไขปรับปรุงดุษฎีนิพนธ์จนถูกต้องและเสร็จสมบูรณ์

ขอขอบพระคุณคุณศุภนิจ ศรีรักษ์ บรรณรักษ์ประจำห้องสมุดสุขุม นวพันธ์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่กรุณาให้คำแนะนำเรื่องรูปแบบการจัดทำดุษฎีนิพนธ์ด้วยความเต็มใจ และคุณกนกวรรณ จันทร บรรณรักษ์สำนักบรรณสารการพัฒนา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่กรุณาตรวจรูปเล่มดุษฎีนิพนธ์จนจัดพิมพ์เสร็จสมบูรณ์ และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ทุกท่าน ที่ได้กรุณาอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ตลอดมา

ขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดาผู้ล่วงลับที่ได้วางรากฐานทางการศึกษาของผู้เขียน และขอขอบคุณสามีของผู้เขียนที่เป็นขวัญและกำลังใจที่สำคัญตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนศึกษาอยู่ที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยเฉพาะเมื่อยามที่ผู้เขียนเกิดความท้อแท้ทั้งในด้านการศึกษาและการทำงาน จนสามารถบรรลุเป้าหมายประสบความสำเร็จในที่สุด

ท้ายนี้ผู้เขียนขอน้อมอุทิศคุณค่าทางวิชาการในดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้แด่บูรพาจารย์ทั้งหลาย และสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ให้วิชาความรู้อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้เขียน หากดุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

รติมา นิรันพรพุทธา

สิงหาคม 2561

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ **(3)**

ABSTRACT **(5)**

กิตติกรรมประกาศ **(7)**

สารบัญ **(8)**

สารบัญตาราง **(18)**

บทที่ 1 บทนำ **1**

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 4

1.2 คำถามในการวิจัย 19

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 19

1.4 สมมุติฐานทางการศึกษา 20

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย 20

1.6 ขอบเขตการศึกษา 21

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา 21

บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ **23**

2.1 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ 24

2.1.1 แนวคิดและความหมายของการอนุญาโตตุลาการ 24

2.1.2 หลักการทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ 26

2.2 ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 29

2.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ 29

2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 29

2.2.2.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐหรือทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory) 30
2.2.2.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) 34
2.2.2.3 ทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) 38
2.2.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory) 41
2.2.2.5 ทฤษฎีการให้สิทธิจากอำนาจของรัฐ (Concession Theory) 45
2.3 ความสำคัญของการจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ 48
2.4 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ 48
2.4.1 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ 49
2.4.2 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามบุคคลที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท 50
2.4.3 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท 51
2.5 กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ 52
2.5.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) 53
2.5.2 หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) 54
2.5.3 อนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) 58
2.5.3.1 บทบาท อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ 58
2.5.3.2 ที่มาของอำนาจอนุญาโตตุลาการ 59
2.5.3.3 การตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการ 60
2.5.3.4 คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนพิจารณา 63
2.6 หลักความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ 64
2.7 กระบวนพิจารณาของศาลในการอนุญาโตตุลาการ 66
2.7.1 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการ 68
2.7.2 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ 70
2.7.3 การคุ้มครองชั่วคราว 73
2.7.3.1 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวของศาลในการอนุญาโตตุลาการ 77
2.7.3.2 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ (Power of Arbitrators to Grant Interim Relief) 78
2.7.3.3 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) 79
2.7.3.4 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก 80

2.7.4 การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด (Refusal of Enforcement Awards) 82
2.7.4.1 เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ (Grounds that Party Challenging the Awards Furnishes Proof) 85
1) ความสามารถคู่พิพาทบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (Incapacity and Invalidity) 85
2) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการมิชอบ (Proper Notice and Due Process Irregularities) 86
3) การใช้อำนาจเกินขอบเขต (Excess of Competence or Jurisdiction) 87
4) องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ (Improper Tribunal Composition and Proceedings) 88
5) คำชี้ขาดไม่มีผลบังคับ (Awards not yet binding) 88
2.7.4.2 เหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ (Grounds raised by Court *sua sponte*) 90
1) ข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability) 90
2) ข้อพิพาทที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) 92
2.7.5 การบังคับตามคำชี้ขาดและคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ 94
2.8 การอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศ 96
2.8.1 แนวคิดและความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการการทางการค้าระหว่างประเทศ 96
2.8.1.1 แนวคิดของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ 96
2.8.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ 101
2.8.1.3 ความหมายของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ 104
2.8.1.4 การเติบโตของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1920 ถึง ค.ศ. 1950 106
2.8.1.5 การพัฒนาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1950 ถึงปัจจุบัน 107

2.8.2 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 110
2.8.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายต้นแบบ (Background of UNCITRAL Model Law) 110
2.8.2.2 บทบาทของกฎหมายต้นแบบในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (The Role of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) 113
2.8.2.3 ความสัมพันธ์ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศกับการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศไทย 115
2.8.3 ลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (The fundamental features of the International Commercial Arbitration) 116
2.8.4 รูปแบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ 117
2.8.4.1 การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) 117
2.8.4.2 การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) 118
2.8.4.3 ข้อเสียเปรียบของการใช้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Disadvantages of ad hoc Proceedings) 118
2.8.4.4 ข้อได้เปรียบของการใช้อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน 119
2.8.5 ข้อดีของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ 121
2.9 สรุปท้ายบท 124
บทที่ 3 ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและของไทยรวมทั้งข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการสำคัญของประเทศเหล่านั้น 126
3.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ 127
3.1.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ 129

3.1.1.1 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 and UNCITRAL Arbitration Rules) 130
3.1.1.2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน 134
3.1.1.3 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน 137
3.1.1.4 กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงและข้อบังคับศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง 145
3.1.1.5 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์และข้อบังคับศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ 150
3.1.1.6 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ 155
3.1.1.7 สรุปเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 157
3.1.2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศไทยและข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ 160
3.2 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 167
3.2.1 บทบาทศาล:ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ 169
3.2.1.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ 169
3.2.1.2 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด 178
3.2.2 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ 186
3.2.2.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ 188
3.2.2.2 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด 189

3.2.3 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ 190
3.2.4 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ 198
3.2.4.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ 198
3.2.4.2 การปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาด 200
3.2.5 ศึกษาเปรียบเทียบบทบาทศาลที่มีต่อกระบวนพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 204
3.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 208
3.3.1 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ 211
3.3.2 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ 215
3.3.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ 216
3.3.4 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ 222
3.3.5 ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 224
3.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Public Policy in International Commercial Arbitration) 226
3.4.1 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ 231
3.4.2 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ 239
3.4.3 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) 242
3.4.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ภายใต้กฎหมายไทย 244

3.4.5 ศึกษาเปรียบเทียบความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 249
3.5 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 251
3.5.1 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ 252
3.5.2 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ 256
3.5.3 ขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายต้นแบบและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ (Scope of Application under Model Law and other Arbitration Rules) 257
3.5.4 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ 260
3.5.5 ศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและภายใต้กฎหมายไทย 262
3.6 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 266
3.6.2 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ 272
3.6.3 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ 273
3.6.4 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ 277
3.6.5 ศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย 280
บทที่ 4 วิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย **282**
4.1 วิเคราะห์บทบาทศาลภายใต้กฎหมายไทยกับกฎหมายต้นแบบและกฎหมายประเทศต่าง ๆ 282
4.1.2 การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ 286
4.1.3 การคุ้มครองชั่วคราว 287

4.1.4 การปฏิเสธบังคับคำชี้ขาด 289
4.2 วิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล 291
4.2.1 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย 295
4.2.2 ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ 297
4.2.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน 300
4.2.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) 302
4.3 วิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ 305
4.4 วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย 307
4.4.1 ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ 308
4.4.2 การได้มาและรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 310
4.4.3 การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ 310
4.5 วิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 314
4.5.1 บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 314
4.5.1.1 การทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) 320
4.5.1.2 การควบคุมกำกับดูแลของรัฐในการบริหารการอนุญาโตตุลาการ 322
4.5.1.3 ทัศนคติของรัฐที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ 324
4.6 วิเคราะห์ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 328
4.7 สรุปท้ายบท 329
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 330
5.1 บทสรุป 330
5.1.1 แนวคิดแนวคิดและทฤษฎีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 331
5.1.2 ข้อสรุปปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ 334
5.1.2.1 บทบาทศาลไทย 334

5.1.2.2 ความสอดคล้องกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล 335
5.1.2.3 ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ 338
5.1.2.4 ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย 338
5.1.3 ข้อสรุปกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ 340
5.1.4 ข้อสรุปแนวทางการปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบัน 343
5.1.4.1 บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 343
5.1.4.2 ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 344
5.2 ข้อเสนอแนะ 345
5.2.1 แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบัน 345
5.2.1.1 การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในระยะสั้น: การปรับปรุงกฎหมายเดิม 345
5.2.1.2 การยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ 347
5.2.1.3 การปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล 349
5.2.1.4 การสนับสนุนส่งเสริมจากรัฐ 349
5.2.2 ข้อเสนอแนะต่อการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคประการอื่น 350
5.2.2.1 การพัฒนาหลักสูตรกฎหมายภาคภาษาอังกฤษ 350
5.2.2.2 การตั้งศูนย์บริการเพื่อเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ 351
5.2.2.3 การกำหนดค่าธรรมเนียมกลางสำหรับอนุญาโตตุลาการ 351

บรรณานุกรม **353**

ภาคผนวก **369**

ภาคผนวก ก ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 370

ภาคผนวก ข ตารางเปรียบเทียบบทบาทศาลด้านอื่น ๆ 393

ประวัติผู้เขียน **397**

สารบัญตาราง

ตารางที่ **หน้า**

1.1 ประเด็นปัญหาและอุปสรรค 16
3.1 สรุปเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 159
3.2 เปรียบเทียบโดยสรุปภาพรวม: อำนาจในการวินิจฉัยและตัดสิน ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย 206
3.3 เปรียบเทียบการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ 206
3.4 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 207
3.5 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาอนุญาโตตุลาการ 207
3.6 เปรียบเทียบการคัดค้านคำชี้ขาด 208
3.7 เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 225
3.8 เปรียบเทียบการใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) 251
3.9 เปรียบเทียบรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ 264
3.10 เปรียบเทียบสถิติการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับแต่ละประเทศ 265
3.11 เปรียบเทียบความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ 281
5.1 แนวทางแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับสถาบัน TAI 346

บทที่ 1

บทนำ

ประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าย่อมต้องทำการพัฒนากฎหมายของประเทศให้มีความสอดคล้องกับความเจริญและการพัฒนาประเทศ ดังนั้นการบริหารประเทศไม่อาจประสบความสำเร็จได้หากปราศจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลง กฎหมายจึงเป็นกลไกสำคัญที่มีผลต่อการขับเคลื่อนนโยบาย การขับเคลื่อนเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสังคมสถาบัน ตลอดจนชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศ

เมื่อสังคมเจริญขึ้นการพัฒนาการประกอบธุรกิจก็พัฒนาไปด้วย กล่าวคือ จากการแลกเปลี่ยนปัจจัยพื้นฐานเดิมมาเป็นการประกอบธุรกิจที่ตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่หลากหลายมากกว่าการได้มาซึ่งปัจจัยพื้นฐานเดิม โดยมีรูปแบบที่เรียบง่ายไปจนถึงธุรกิจที่มีความสลับซับซ้อน และจากการประกอบธุรกิจระหว่างบุคคลที่อยู่ในสังคมหมู่เดียวกันไปสู่การประกอบธุรกิจต่างสังคมกันซึ่งอาจจะขยายเป็นธุรกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากความต้องการสิ่งต่าง ๆ ของมนุษย์มีเพิ่มมากขึ้น อนึ่งในการประกอบธุรกิจแม้จะมีผลดี ทำให้เกิดการจ้างงาน การใช้ทรัพยากรของสังคมให้มีมูลค่ามากขึ้น รัฐมีรายได้จากการเก็บภาษีอากร แต่ก็อาจมีความยุ่งยากเกิดขึ้นได้โดยเฉพาะในกรณีที่มีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งเกิดขึ้น ทำให้คู่พิพาทไม่สามารถประกอบธุรกิจร่วมกันต่อไปได้ ไม่ว่าธุรกิจนั้นจะมีขนาดเล็กหรือใหญ่ เป็นธุรกิจภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ ปัญหาพิพาทอาจเกิดจากความไม่สุจริตของคู่พิพาทหรือเกิดจากความเข้าใจผิดหรือมีความเห็นที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากความซับซ้อนของธุรกิจ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทเพื่อไม่ให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ในทางปฏิบัติของนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบันนั้น มีวิธีการระงับข้อพิพาทหลายวิธี อาทิเช่นการเจรจาต่อรอง การประนีประนอมยอมความ การฟ้องคดีต่อศาล และการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามงานวิจัยนี้ผู้วิจัยจะมุ่งเน้นไปที่วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมใช้กันในปัจจุบันโดยเฉพาะในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเริ่มมีขึ้นมาช้านานตามวิวัฒนาการของกฎหมายนานนับศตวรรษ[1] ปัจจุบันการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และมีมาตรฐานเดียวกัน สำหรับการแก้ไขข้อพิพาทในระดับสากลซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน สามารถพิจารณาชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท และในช่วง 50 ปีที่ผ่านมาการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในระดับนานาชาติว่าการอนุญาโตตุลาการมีความสะดวก ง่ายในการดำเนินการ (Arbitration Friendly)[2] ข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการคือ สะดวกรวดเร็ว เพราะคู่กรณีสามารถระบุภาษาที่ทั้งสองฝ่ายเข้าใจตรงกันในการระงับข้อพิพาทได้ จึงไม่ต้องจัดทำคำแปลหรือหาล่ามแปล คู่กรณีจึงนิยมนำข้อพิพาทมาสู่อนุญาโตตุลาการมากกว่าศาล เป็นการพิจารณาระหว่างคู่พิพาท และบุคคลที่เกี่ยวข้องเท่านั้นที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมพิจารณาคดี โดยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจะส่งให้คู่ความโดยตรง เป็นการระงับข้อพิพาทฉันท์มิตร อันทำให้คู่พิพาทยังสามารถรักษาความสัมพันธ์กันไว้ได้หากจำเป็นต้องติดต่อสัมพันธ์กันต่อไปในอนาคตหรือทำธุรกิจเดียวกัน อนุญาโตตุลาการผู้ได้รับการแต่งตั้งมาจากคู่กรณีอาจมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องที่พิพาทมากกว่าศาล เนื่องจากคู่สัญญาพิจารณาจากบุคคลที่มีความรู้เฉพาะด้านนั้น ๆ การเลือกสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้น คู่สัญญาจะเป็นผู้เลือกตามความเหมาะสมและเป็นความเชื่อมั่นของคู่กรณี ในเรื่องความเป็นธรรมเพราะหลักการของศาลทั่วโลกต้องให้ความเป็นธรรมเหมือนกัน

การที่ประเทศไทยยังไม่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่ผู้คนจะมาเลือกใช้บริการการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้กระทั่งคดีในประเทศไทยเองก็ถูกบังคับให้นำไปดำเนินกระบวนพิจารณาในต่างประเทศ อีกทั้งจำนวนคดีของประเทศไทยมีไม่มาก เมื่อเทียบกับจำนวนคดีในต่างประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา ซึ่งมีปริมาณคดีมากกว่า ผู้วิจัยจึงมีข้อสงสัยว่าประเทศไทยเราอาจจะต้องมีการปฏิรูปกฎหมายไทยอาจจะไม่ดีจริงหรือไม่ หรืออาจเป็นเพราะว่าการตีความการบังคับใช้กฎหมายไทยมีข้อบกพร่อง จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อตอบข้อสงสัยดังกล่าวข้างต้น หากพบว่ามีประเด็นปัญหาดังกล่าวย่อมมีความจำเป็นต้องปฏิรูป ทั้งบทบัญญัติกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

---

[1] สำนักงานระงับข้อพิพาท สำนักศาลยุติธรรม, **คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน** พิมพ์ครั้งที่ 5 (นนทบุรี : เพชรรุ่งการพิมพ์, 2552), หน้า 2.

[2] Vichai Ariyanuntaka, Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards: A Thai Perspective, In **Singapore Conference on International Business Law,** November 1996, Shangri-La, Singapore, pp.1-20.

ในงานวิจัยนี้การอนุญาโตตุลาการที่ผู้วิจัยมุ่งศึกษาคือ การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้นไม่เกี่ยวกับการลงทุนของรัฐ หากรัฐทำการค้ารัฐได้สละความเป็นรัฏฐาธิปัตย์ โดยมีกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL Model Law”) ค.ศ. 1985 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 เป็นฐานเพื่อนำมาพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย ทั้งนี้ผู้วิจัยได้เลือกกลุ่มศึกษา 4 กลุ่มมาใช้ในการวิจัยครั้งนี้ โดยกลุ่มแรกที่เลือกศึกษา คือ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง และสิงคโปร์ กลุ่มที่สองเลือกศึกษาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยเลือกประเทศฝรั่งเศสเป็นคู่เทียบ กลุ่มต่อมาคือกฎหมายต้นแบบ ผู้วิจัยเลือกเฉพาะ UNCITRAL Model Law สำหรับประเทศไทย ผู้วิจัยมุ่งศึกษาการอนุญาโตตุลาการไทยภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

นอกจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศข้างต้น ผู้วิจัยยังศึกษาข้อบังคับสถาบันชั้นนำของประเทศต่าง ๆ เหล่านั้น ได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration: LCIA Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สมาคมอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (American Arbitration Association: AAA Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration: HKIAC Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ Singapore International Arbitration Centre: SIAC Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC Arbitration Rules) เพื่อเป็นฐานเปรียบเทียบกับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) โดยมุ่งหวังให้เกิดความสอดคล้องระหว่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งเพื่อพัฒนาให้ประเทศไทยสามารถเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในภูมิภาคนี้

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่เกิดจากความยินยอมของคู่พิพาทในการพิจารณาพิพากษาที่เป็นอิสระจากรัฐที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นในเขตอำนาจ โดยคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ได้เฉพาะคดีแพ่งที่เกี่ยวกับธุรกิจและการค้า โดยที่คู่สัญญาสามารถแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ Arbitrator(s) ซึ่งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ วิธีการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการเกิดจากข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการจึงเกิดจากสัญญา ข้อพิพาทแบบไหนที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้นย่อมเป็นไปตามนโยบายของกฎหมายของแต่ละประเทศว่ากิจการใดบ้างที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยที่ต้องการให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในกิจการดังกล่าว ผู้ที่จะทำการระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณีหรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายกำหนดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทในเรื่องใดโดยเฉพาะ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่พิพาทจะดำเนินการในสัญญาได้มากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการคือความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เป็นต้นว่า ต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีและจะต้องตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนอ การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เอกชนทำกันเอง

ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยดีและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุด หมายความว่ามีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถ

อาศัยองค์กรของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรมให้ทำการบังคับคำชี้ขาดนั้นได้ การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย

แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเองในการระงับข้อพิพาท แต่ความแตกต่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ ทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่จะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น ดังนั้นคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) จึงจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ขึ้น ซึ่งยังคงยึดถือแนวความคิดตามบทบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (เรียกสั้น ๆ ว่าอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์ก: The New York Convention) และ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules 1976) เพื่อแก้ไขความหลากหลายของกฎหมายในกรณีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยกฎหมายต้นแบบได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รัฐที่มีความแตกต่างทั้งทางกฎหมาย สังคมและระบบเศรษฐกิจ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลกสามารถนำไปปรับใช้ให้พอเหมาะหรือสอดคล้องกับข้อกำหนดทางกฎหมายในท้องถิ่นนั้น ๆ ทั้งนี้ประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกภาคีอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (The New York Convention) ต่างรับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน

หากพิจารณาประเทศที่มีการยอมรับในเรื่องอนุญาโตตุลาการในระดับโลกอย่าง ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นภาคีในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (The New York Convention) ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการมามากกว่าศตวรรษ ซึ่งเน้นความมีประสิทธิผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่มีอยู่หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตก็จะได้รับผลรับเต็มรูปแบบ ศาลมีอำนาจทั่วไปในการควบคุมและการกำกับดูแล กฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษมีความเป็นอิสระมากในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการกล่าวคือทุกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ในข้อบังคับและในข้อกำหนดทั่วไปบัญญัติไว้สำหรับกระบวนการ

พิจารณาเท่านั้น ขณะเดียวกันศาลยังได้รับการผ่อนคลายโดยที่ไม่ต้องเข้าไปยุ่งเกี่ยวมากนักหากมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีระเบียบแบบแผนที่ถูกต้องสำหรับความสมบูรณ์ตามกฎหมายในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ยกเว้นอยู่ในกฎเกณฑ์ของการทุจริต คู่สัญญาพิพาทจากทั่วโลกซึ่งส่วนใหญ่แล้วไม่มีนิติสัมพันธ์กับประเทศอังกฤษ แต่กลับเลือกให้ลอนดอนเป็นหนึ่งในผู้ดำเนินการระงับข้อพิพาทนั่งเป็นอนุญาโตตุลาการของพวกเขา จากตัวเลขของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration: LCIA) จำนวนการฟ้องร้องผ่านอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ทำการพิจารณาคำชี้ขาดจาก 133 ราย ในปี พ.ศ. 2549 เพิ่มขึ้นเป็น 290 รายในปี พ.ศ. 2556[3] อย่างไรก็ตามอังกฤษไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบมาปรับใช้ ทั้งนี้เป็นไปตามคำแนะนำของคณะกรรมาธิการที่ปรึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1989 มี ลอร์ด มูสตีล (Lord Mustill) เป็นประธานคณะกรรมาธิการ โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษดีกว่าจึงให้คงกฎหมายที่มีอยู่เช่นเดิม[4] ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 จึงประกาศใช้บนพื้นฐานว่าเป็นกฎหมายที่เหนือกว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในขณะที่คณะกรรมาธิการที่ปรึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสก็อตแลนด์ที่มี Professor J. Murray QC เป็นประธานคณะกรรมาธิการ กลับเห็นว่าสก็อตแลนด์ควรรับเอากฎหมายต้นแบบไว้เป็นต้นแบบในการยกร่างและในที่สุดสก็อตแลนด์จึงได้แก้ไขมาตรา 66 และ เพิ่มตาราง 7 (UNCITRAL) ไว้ในพระราชบัญญัติการปฏิรูปกฎหมาย (สก็อตแลนด์) ค.ศ. 1990[5]

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้อนุญาโตตุลาการแบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยที่สัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นการทำความตกลงที่จะดำเนินข้อพิพาทในอนาคตหรือข้อพิพาทที่มีอยู่ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีสามารถที่จะเพิกถอนได้ คู่พิพาทสามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยให้แจ้งการเพิกถอนหรือโดยนำการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อตกลงของคู่สัญญาจะถูกกำหนดอย่างเคร่งครัดใน

---

[3] Mark Bezant, James Nicholson and Howard Rosen, **"**Trends in International Arbitration: A New World Order," **FTI Journal** 2 (February 2015): 3.

[4] Michael J**.** Mustill, "A New Arbitration Act for the United Kingdom?: The Response of the Departmental Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law," **Arbitration International** 6 (1990): 3.

[5] Ikko Yoshida, **Comparative Study of International Commercial Arbitration in England, Japan and Russia** (Doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Edinburgh, 2000), p. 5.

สัญญาซึ่งจะสอดคล้องกับรายละเอียดของข้อบังคับ สัญญาอนุญาโตตุลาการจะอยู่ภายใต้การบังคับกฎหมายของมลรัฐทั้งห้าสิบรัฐ หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้ผ่านข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของตัวเอง ซึ่งครอบคลุมข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับอนุญาโตตุลาการภายในมลรัฐ เพื่อให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายของมลรัฐเหล่านี้ที่ใช้บังคับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความซับซ้อนมากกว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐและพยายามแก้ไขปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้ โดยที่กฎหมายมลรัฐว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้ส่งเสริมมลรัฐเหล่านั้นขยายธุรกิจการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศได้อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มิได้นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้ ยกเว้นบางมลรัฐเท่านั้นที่ใช้กฎหมายต้นแบบสำหรับการอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าประเทศส่วนใหญ่ที่ได้นำกฎหมายต้นแบบไปใช้เนื่องจากมีประสบการณ์ในเรื่องอนุญาโตตุลาการไม่มาก ในขณะที่สหรัฐอเมริกามีประสบการณ์กว่า 80 ปี ในการใช้และการตีความกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Arbitration Act of 1925 : FAA)[6] ทั้งนี้จำนวนคดีพิพาทต่างประเทศที่ยื่นต่อศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศยังคงเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ สถานการณ์ทางกฎหมายในปัจจุบันของสหรัฐอเมริกาดูเหมือนกับร่วมกันหาแนวความคิดใหม่ ๆ สำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ในขณะที่ฮ่องกงได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการทางการค้าฮ่องกง โดยมีระบบพื้นฐานกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณี นอกจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) แล้ว หลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกงส่วนใหญ่นำมาจากบทบัญญัติของกฎหมายอังกฤษที่ควบคุมดูแลอนุญาโตตุลาการทางการค้า การอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ในฮ่องกงเหมือนกับในลอนดอน ภายใต้ขั้นตอนกรณีพิเศษ ศาลสามารถบังคับอนุญาโตตุลาการให้ส่งประเด็นกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดชี้ขาดคดี คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำในฮ่องกงเหมือนกับที่ทำในอังกฤษตรงที่คำชี้ขาดต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลแห่งท้องถิ่นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฮ่องกงมีการอนุญาโตตุลาการในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่โดดเด่น โดยอนุญาตให้ที่ปรึกษาชาวต่างชาติเข้ามาดำเนินการอนุญาโตตุลาการในนามของลูกค้าที่ฮ่องกงฮ่องกงได้ นอกจากนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงได้บัญญัติการประนอมข้อพิพาทขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1982 เพื่อให้เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกและให้ผู้ประนอมข้อพิพาททำหน้าที่ต่อเนื่องเป็น

---

[6] Neil Francis Hannan, **A Comparative Analysis of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Australia, Canada, New Zealand, United Kingdom and United State of America** (Doctoral Dissertation, School of Law, The University of Western Australia, 2015), p. 34.

อนุญาโตตุลาการ หากการประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ ฮ่องกงมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญยิ่งอีกอย่างคือ เลิกใช้แนวปฏิบัติเฉกเช่นอังกฤษโดยยึดแนวปฏิบัติใหม่ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 โดยทำตามคำแนะนำของคณะกรรมาธิการปฏิรูปกฎหมายฮ่องกง กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับปี ค.ศ. 1990 นี้ ได้รับเอากฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับปี ค.ศ. 1990 ยังคงใช้ระบบกฎหมายเดิมที่บัญญัติไว้ก่อนหน้านั้น ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 ได้แยกระบบการอนุญาโตตุลาการออกเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามทั้งสองระบบสามารถใช้แทนกันได้ คู่สัญญาการอนุญาโตตุลาการในประเทศสามารถตกลงกันใช้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในการระงับข้อพิพาทของตน และคู่สัญญาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถเลือกระบบการอนุญาโตตุลาการในประเทศในการระงับข้อพิพาทเช่นกัน นอกเหนือจากระบบกฎหมายที่บัญญัติโดยกฎหมายภายในประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958 (New York Convention) ที่ฮ่องกงเป็นสมาชิกภาคีผ่านสหราชอาณาจักร ในปี ค.ศ. 1977 เป็นอนุสัญญาที่มีความสำคัญที่สุดโดยบัญญัติว่าคู่พิพาทอนุญาโตตุลาการฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลฮ่องกงบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นจากประเทศภาคีอื่นได้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงมีการพัฒนาอย่างมากและพัฒนามาตั้งแต่ ค.ศ. 1855 สะท้อนการพัฒนาทางด้านการค้าระหว่างประเทศที่สำคัญและใช้มาตรการบางประการเปลี่ยนแปลงที่ทันสมัยที่สุดและมีความก้าวหน้าในภูมิภาค ฮ่องกงเป็นที่แรกในเอเชียที่นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้สำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีการส่งเสริมหลักการว่าศาลควรที่จะสนับสนุนแต่ไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ส่วนขยายของการพัฒนาและเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของการพัฒนากระบวนการที่เป็นกรอบกฎหมายฮ่องกงเมื่อฮ่องกงนำเอาขั้นตอนการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ได้สะสมมาเป็นเวลายาวนานมาผสมผสานกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่แก้ไขเพิ่มเติม ในปี ค.ศ. 2006 ทัศนคติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของศาลเป็นสิ่งสำคัญต่อความแข็งแกร่งและความน่าเชื่อถือของโครงสร้างของการอนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมฮ่องกงมีความอิสระอย่างแท้จริง ศาลฮ่องกงสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการในบทบาทของผู้กำกับดูแล ความน่าเชื่อถือของระบบศาลที่สนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการยังเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการได้ย้ายมาสู่ภูมิภาคตะวันออก

เมื่อกล่าวถึงประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นศูนย์กลางทางการเงินในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และทำหน้าที่เป็นประตูเชื่อมต่อระหว่างตะวันออกและตะวันตกและเป็นสำนักงานใหญ่ประจำภูมิภาคของบริษัทข้ามชาติจำนวนมากและได้กลายเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการของทางเลือกในหมู่นักธุรกิจเหล่านั้น โดยเกิดจากแรงผลักดันที่สำคัญคือการตั้งศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Singapore International Arbitration Centre: SIAC) ในเดือนกรกฎาคมปี ค.ศ. 1991 และการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1994 (The International Arbitration Act: IAA) ยึดกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) ในการยกร่างและมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1995 ประเทศสิงคโปร์ยอมรับแนวปฏิบัติระหว่างประเทศที่ดีโดยการรับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาใช้ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของตน ยกเว้นมาตรา 35 และมาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดแห่งกฎหมายต้นแบบไม่ได้นำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันกับบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก ประเทศสิงคโปร์มีการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหลายครั้ง การมีบทบัญญัติทางกฎหมายที่ออกโดยผ่านสภานิติบัญญัติมากมายทำให้เห็นถึงความกระตือรือร้นของรัฐบาลสิงคโปร์ที่สนับสนุนการทำอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นและแนวทางปฏิบัติที่ดี (Best Practice) ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในแถบภูมิภาคและมีเป้าหมายที่จะทำให้ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลางระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการระดับโลก[7] หากพิจารณาจากตัวเลขของปริมาณคดีอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (SIAC) เพิ่มขึ้นเกือบ 50% ในช่วงปี ค.ศ. 2000-2008 ชี้ให้เห็นถึงความพยายามอย่างมากของรัฐบาลสิงคโปร์ที่ดำเนินมาตรการเชิงรุกเพื่อสร้างชื่อเสียงแก่การอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ คุณลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ อันได้แก่ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่เป็นอิสระและเป็นกลาง หลักนิติธรรมสูงแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมน้อยที่สุด สถาบันอนุญาโตตุลาการมีชื่อเสียงมาก เสรีภาพในการเลือกที่ปรึกษา ทนายความผู้เชี่ยวชาญ อนุญาโตตุลาการ และผู้ชำนาญพิเศษในอนุสัญญานิวยอร์ก การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี เป็นต้น

สำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่มีชื่อเสียงและเป็นที่นิยมประเทศหนึ่งสำหรับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยประเทศฝรั่งเศสสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้เป็นวิธีการที่มีกลไกระงับข้อพิพาทที่น่าเชื่อถือ และแสดงให้เห็นว่าเป็นคำสั่งทางกฎหมายที่อิสระ ความเป็นอิสระ

---

[7] Chee Leong Chong, **International Arbitration in Asia**, (Singapore: Jones Day Publication, 2004), p. 455.

ในการตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ นโยบายที่เอื้ออำนวยต่อการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ จำกัดบทบาทศาล และให้ความเป็นอิสระแก่คู่สัญญาเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายฝรั่งเศสโดยได้รับการสนับสนุนจากศาล ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการใหม่เมื่อ ค.ศ. 2011 หลังจากเคยปฏิรูปมาแล้วเมื่อ 30 ปีที่แล้ว โดยกฎหมายใหม่นี้ใช้แทนบทบัญญัติบรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (The French Civil Procedure Code: CPC) มีเจตนารมณ์เอื้ออำนวยต่อการอนุญาโตตุลาการ ปรับปรุงบทบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้ทันสมัยโดยประมวลหลักการจากประเด็นพิพาทในคดี ทำกฎหมายให้ง่ายต่อการตีความเพื่อมุ่งหวังให้ผู้ใช้บริการการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมั่นใจในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่เพียงแค่เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นนำของโลกเท่านั้น (ท่ามกลางคู่แข่งอย่าง ประเทศอังกฤษ สิงคโปร์และฮ่องกง) นอกเหนือจากมีกฎหมายที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ซึ่งก่อตั้งในปี ค.ศ. 1919 เป็นหนึ่งในสถาบันชั้นนำที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศและมีศาลแห่งหอการค้านานาชาติ (The ICC Court) ทำหน้าที่กำกับดูแลการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยอยู่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหอการค้า ทั้งนี้จากการสำรวจของ มหาวิทยาลัย Queen Mary แห่งกรุงลอนดอน (The Queen Mary University of London) เมื่อปี ค.ศ. 2010 ซึ่งสำรวจเรื่องสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการผลปรากฏว่าประเทศฝรั่งเศสอยู่ในระดับ “ดีมาก” หรือ “ยอดเยี่ยม”[8]

เมื่อพิจาณาการอนุญาโตตุลาการไทยแล้วยังคงมีปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ยกร่างตามกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ที่มีที่มาจากอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (New York Convention) โดยมีการเพิ่มเติมในส่วนที่เหมาะสมไม่ได้นำมาใช้ทั้งหมด และในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้ผ่านประชาวิจารณ์แล้วตามมาตรา 77 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ในร่างฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ

---

[8] ผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary London ได้สรุปผลว่า 50% ของผู้ตอบแบบสอบถามระบุว่า ICC เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่พวกเขานิยมเลือกใช้บริการ และ ในรอบ 5 ปีที่ผ่านมาการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการของ ICC ครอบครองถึง 56% ของการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด

ภายในประเทศโดยมีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) โดยบทบัญญัติทั้ง 4 มาตรานี้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นที่ใดซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หากพิจารณาจากเนื้อหาของมาตราต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วเป็นเรื่องเกี่ยวกับบทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือและควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุที่ผู้วิจัยศึกษาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ จึงมุ่งศึกษาบทบาทศาลเฉพาะมาตราทั้ง 4 นี้ เพื่อศึกษาว่ามาตราเหล่านี้มีประเด็นใดสอดคล้องหรือแตกต่างจากนานาประเทศโดยการเปรียบเทียบกับสามกลุ่มดังกล่าวข้างต้น

แม้ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ได้กำหนดให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศยกเว้น 4 มาตราดังได้กล่าวมาแล้วนั้นที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จึงมีขอบเขตครอบคลุมข้อพิพาททุกประเภทมิได้เป็นกำหนดเป็นเรื่องเฉพาะการค้าระหว่างประเทศดังเช่นกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก่อนที่จะมีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ได้มีงานวิจัยของนรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ[9] ได้ตั้งข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่ามีความเป็นสากล โดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่ยังมีบทบัญญัติบางประการที่นรีลักษณ์พบว่า ไม่สอดคล้องกับนานาประเทศ เรื่องการมิได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการกำหนดลักษณะอนุญาโตตุลาการว่าเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศมีผลต่อการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการควรแยกเฉพาะเรื่องการค้าระหว่างประเทศออกจากเรื่องภายในประเทศ ตามอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ประเทศส่วนใหญ่นำมาใช้ เพราะการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นเหตุให้เกิดการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีวิธีการยอมรับและบังคับ

---

[9] นรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ, **ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 2.

แตกต่างจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ[10] จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้จะสามารถแก้ไขปัญหาที่มีอยู่เดิมในเรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดและการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้หรือไม่

นอกจากนี้เมื่อกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 โดยได้เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ[11] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีการปรับปรุงเรื่องมาตรการดังกล่าวเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบแต่อย่างใด[12] ทั้งนี้มาตรา 16 บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....กำหนดให้ มาตรา 16 เป็นมาตราที่บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย อย่างไรก็ตามสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 ในประเด็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ จึงมีประเด็นที่ควรศึกษาว่าการที่กฎหมายยังไม่ได้แก้ไขแต่ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขไปแล้ว ในความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ แล้วข้อบังคับ

---

[10] ขนิษฐา เติมตฤณา, **แนวความคิดในการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 98.

[11] UNCITRAL Model Law, มาตรา 17 บัญญัติว่า “Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

(2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:.....

[12] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครอง

ประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม .....

ที่แก้ไขไปแล้วจะใช้ได้หรือไม่ ในเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่กรณี มีนักกฎหมายจำนวนมากเชื่อว่ากฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งที่คู่กรณีตกลงเปลี่ยนแปลงได้เนื่องจากไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยโดยตรงจนถึงกับเปลี่ยนแปลงไม่ได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการแม้ทำหน้าที่อย่างถูกต้องและสุจริตอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้จึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีข้อยกเว้นที่อนุญาโตตุลาการจะต้องรับผิด สำหรับประเทศไทยได้ตราบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเฉพาะเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย[13] อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเรื่องการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ได้มีงานวิจัยของเกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล (2543) ได้มีการศึกษาประเด็นว่าลักษณะอย่างไรจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การที่อนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายผู้พิพากษา หากอนุญาโตตุลาการเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินเพื่อประโยชน์อื่นใด เข้าองค์ประกอบฐานความผิดรับสินบนย่อมส่งผลกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม ดังนั้นจึงควรกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการ และให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยกำหนดความรับผิดในกรณีอนุญาโตตุลาการรับสินบน[14] ด้วยเหตุนี้จึงเป็นประเด็นที่ผู้วิจัยต้องการศึกษาว่ามาตรา 23 ในประเด็นความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยจริงหรือไม่

ในการปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจากต่างประเทศของศาลไทยโดยใช้หลักเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) บ่อยครั้งที่คำชี้ขาดต่างประเทศมักถูกศาลไทยปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด ซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งสาเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่มีผู้นิยมใช้บริการการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ได้ตระหนักถึงประเด็นปัญหานี้และหาแนวทางแก้ไขไว้แล้ว จึงมีประเด็นที่ต้องศึกษาว่าจะสามารถแก้ไขปัญหานี้ได้มากน้อยอย่างไร เนื่องจากมีประเด็นเรื่องอำนาจศาลในการทำ

---

[13] อาจารีย์ บุนนาค, **ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 1.

[14] เกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล, **ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 199.

คำสั่งปฏิเสธการขอบังคับ หากปรากฏว่าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยด้วย เหตุนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาพิจารณาว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (Public Policy) ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้นคืออะไร เพื่อให้ทราบถึงบทบาทของหลักการนี้ในเวทีระหว่างประเทศ สะท้อนให้เห็นถึงแนวปฏิบัติว่าเป็นอย่างไรและมีรูปแบบอย่างไร วิธีการใช้หลักนี้เป็นอย่างไร อันเป็นการช่วยพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย

บทบาทรัฐในการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ควรนำมาพิจารณา ทัศนคติของรัฐบาลแต่ละสมัยที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการมีผลทำให้ประเทศไทยถูกมองจากการที่เป็นรัฐที่เป็นมิตรกับการอนุญาโตตุลาการ กลายเป็นรัฐที่เป็นมิตรน้อยมากกับการอนุญาโตตุลาการ เหตุการณ์ของการเปลี่ยนแปลงเช่นว่าเริ่มต้นในปี พ.ศ. 2547 เมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติว่าสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดและควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา[15] ในขณะที่ในปี 2552 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้แก้ไข พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในเรื่องสัญญาที่รัฐบาลทำกับเอกชนที่มาลงทุนในประเทศโดยห้ามใช้สัญญาที่มีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทและกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการว่าต้องไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ[16] อย่างไรก็ตามเมื่อ วันที่14 กรกฎาคม 2558 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center : THAC) และกระทรวงยุติธรรม ผลักดันเสนอให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีของปี 2552 เปิดทางให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เกือบทุกประเภท ยกเว้นสัญญาสัมปทานและสัญญาตามที่ พระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่จะต้องให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อน[17] การที่รัฐเข้าแทรกแซงมากเกินควรย่อมส่งผลเสียต่อประเทศชาติในระยะยาว เพราะไม่มีใครอยากมาค้าขายทำธุรกิจด้วยเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย

นอกจากทัศนคติแล้ว การสนับสนุนการปรับแก้ไขกฎหมายสม่ำเสมอจากรัฐก็เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นที่นำมาพิจารณาเพื่อทำให้การอนุญาโตตุลาการไทยสอดคล้องกับมาตรฐานสากล แม้ว่า

---

[15] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.04/05/2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน**, 27 มกราคม 2547.

[16] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.28/07/2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน**, 28 กรกฎาคม 2552.

[17] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.14/07/2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)**, 14 กรกฎาคม 2558.

ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ใหม่เมื่อต้นปี พ.ศ. 2560 และได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม แต่ถือว่ายังล่าช้าเมื่อเทียบกับประเทศอื่น ๆ นอกจากนี้การควบคุมกำกับดูแลของรัฐในการบริหารการอนุญาโตตุลาการก็เป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ควรศึกษาพิจารณาเช่นกัน การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การบริหารของรัฐย่อมทำให้เกิดความกังวลว่า ความเป็นกลางและอิสระจะมีหรือไม่ ในเมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นหน่วยงานที่บุคลากร ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณรัฐทั้งหมดรัฐสนับสนุนตลอด หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ และคู่สัญญารัฐไปใช้กลไกของรัฐในการระงับข้อพิพาทจึงไม่มีความแตกต่างจากศาล และหากให้เอกชนเข้ามาบริหารจะมีศักยภาพทำได้เพียงใด มีความน่าเชื่อถือเป็นที่ยอมรับระดับไหน สำหรับเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ประเทศสิงคโปร์ ฮ่องกง หอการค้านานาชาติ ให้สถาบันเข้ามามีบทบาทแทนศาลโดยให้เหตุผลว่าทำให้กระบวนการพิจารณาเร็วขึ้น อย่างไรก็ตามบางทีคู่ความก็พยายามเลือกอนุญาโตตุลาการที่เข้าข้างตนเอง เป็นทนายความแก้ต่างแทน ซึ่งโดยปกติคนส่วนใหญ่ก็มักเลือกคนที่เข้าข้างตนเอง การเลือกอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เพื่อความยุติธรรมแต่เลือกเพื่อผลแห่งคดี จึงมีประเด็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยควรจะมีหรือต้องมีประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) หรือไม่

ประเด็นปัญหาอื่น ๆ อันเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยยังมีอีกหลายประเด็นอันได้แก่ ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านอนุญาโตตุลาการ การที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยเป็นที่ยอมรับได้นั้น ความสามารถทางภาษาเป็นเรื่องสำคัญมากโดยเฉพาะภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นภาษาสากลที่ใช้ในสังคมนานาชาติ หากสัญญาเป็นภาษาอังกฤษโอกาสที่ประเทศไทยจะได้เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการย่อมน้อยมากเนื่องจากขาดบุคคลากรที่มีความเชี่ยวชาญและทักษะการใช้ภาษาอังกฤษไม่เพียงพอ ในเรื่องการทราบถึงผลของคำชี้ขาดก็เช่นกัน คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดสำคัญ จำเป็นต้องแปลเป็นภาษาอังกฤษทันทีโดยไม่ชักช้าเพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องได้ทราบและเพื่อไม่ให้เป็นที่ครหา ควรทำให้ข้อมูลโปร่งใสเป็นที่ยอมรับ ในการกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าวิชาชีพให้แก่อนุญาโตตุลาการมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า บ่อยครั้งที่ผู้แพ้คดีต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงมากเกินความจำเป็นจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่จะให้สถาบันอนุญาโตตุลาการควรเป็นผู้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและหากทำเช่นนั้นจะมีผลกระทบเช่นไร และในการจ่ายค่าวิชาชีพคู่ความควรจ่ายให้แก่อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งโดยตรงหรือควรจะจ่ายผ่านสถาบัน ยิ่งถ้าหากประเทศไทยมีแนวคิดที่จะเป็นศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในอนาคต ประเด็นเรื่องความสามารถทางภาษา การทราบถึงผลของคำชี้ขาด การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าวิชาชีพให้แก่

อนุญาโตตุลาการ จึงสมควรนำประเด็นเหล่านี้มาพิจารณาศึกษาหาแนวทางแก้ไขเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยให้เป็นที่ยอมรับมากขึ้น

ด้วยสภาพปัญหาและอุปสรรคสำคัญที่ผู้วิจัยได้นำเสนอข้างต้นสามารถสรุปประเด็นต่าง ๆ ดังปรากฏตามตารางข้างล่างนี้และนำประเด็นเหล่านั้นมาใช้ในการศึกษางานวิจัยนี้ โดยเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไขปรับปรุง และพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับในเวทีโลก

ตารางที่ 1.1 ประเด็นปัญหาและอุปสรรค

ประเด็นปัญหาและอุปสรรค	เนื้อหาประเด็น
1) บทบาทศาลในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ	ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้มาตรา 14 (การบังคับตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดตามเหตุที่ผู้ถูกร้องต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดตามเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงควรมุ่งศึกษาบทบาทศาลเฉพาะ 4 มาตรานี้เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา เพื่อดูว่า 4 มาตราเหล่านี้มีประเด็นใดบ้างที่สอดคล้องหรือแตกต่างจากนานาประเทศหรือไม่อย่างไร
2) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (Public Policy) ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ	บ่อยครั้งที่คำชี้ขาดต่างประเทศมักถูกศาลไทยปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งสาเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่มีผู้นิยมใช้บริการการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาพิจารณาว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนั้นคืออะไร เพื่อให้ทราบถึงบทบาทของหลักการนี้ในเวทีระหว่างประเทศ สะท้อนให้เห็นถึงแนวปฏิบัติว่าเป็นอย่างไรและมีรูปแบบอย่างไร วิธีการใช้หลักนี้เป็นอย่างไร อันเป็นการช่วยพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย
3) ความสอดคล้องกฎหมายไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ	การที่กฎหมายยังไม่มีการแก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว จึงเป็นประเด็นที่ควรนำมาศึกษาว่าในความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ และข้อบังคับที่แก้ไขไปแล้วนั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่

ตารางที่ 1.1 (ต่อ)

ประเด็นปัญหาและอุปสรรค	เนื้อหาประเด็น
4) รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย	แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่...) พ.ศ. ...ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการแยก 4 มาตรา เพื่อใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่เป็นการใช้กฎหมายฉบับเดียวใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีขอบเขตทางด้านเนื้อหาใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภทในขณะที่กฎหมายต้นแบบและกฎหมายต่างประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเช่นกัน จึงมีประเด็นที่ควรนำมาศึกษาพิจารณาเนื่องจากลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งโดยปกติกฎเกณฑ์ภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
5) ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ	มาตรา 23 ในประเด็นความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทยจึงเป็นประเด็นที่ควรศึกษาว่าประเด็นนี้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยจริงหรือไม่
6) บทบาทรัฐในการอนุญาโตตุลาการ	ทัศนคติของรัฐบาลแต่ละสมัยที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการมีความหลากหลายและไม่เอื้ออำนวยต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าใดนัก การที่รัฐเข้าแทรกแซงมากเกินควรย่อมส่งผลเสียต่อประเทศชาติในระยะยาว เพราะไม่มีใครอยากมาค้าขายทำธุรกิจด้วยเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย การสนับสนุนการปรับแก้ไขกฎหมายสม่ำเสมอก็เป็นประเด็นที่ควรพิจารณาเพื่อทำให้กฎหมายไทยสอดคล้องกับมาตรฐานสากล และการควบคุมกำกับดูแลของรัฐในการบริหารกิจการอนุญาโตตุลาการก็เป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ควรศึกษา การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การบริหารของรัฐย่อมทำให้เกิดความกังวลว่าเรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระ
7) ประเด็นปัญหาอื่น ๆ	ประเด็นปัญหาอื่น ๆ ซึ่งควรศึกษาได้แก่ (7.1) ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านอนุญาโตตุลาการ ความสามารถทางภาษาเป็นเรื่องสำคัญมากโดยเฉพาะภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นภาษาสากลที่ใช้ในสังคมนานาชาติ การขาดบุคคลากรที่มีความเชี่ยวชาญและทักษะการใช้ภาษาอังกฤษไม่เพียงพอ ย่อมทำให้โอกาสที่ประเทศไทยจะได้เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการน้อยมาก

ตารางที่ 1.1 (ต่อ)

ประเด็นปัญหาและอุปสรรค	เนื้อหาประเด็น
	(7.2) การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กรณีคำพิพากษาดำเนินการโดยศาลคดีที่เกี่ยวข้องที่ไม่ใช่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คำพิพากษาหรือคำสั่งจะทำเป็นภาษาไทย ผลของคำชี้ขาดที่ศาลตัดสินควรจะให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายรับรู้เพื่อที่เขาจะได้ทราบว่าเขาจะบังคับคดีได้หรือไม่ได้อย่างไร จำเป็นต้องแปลเป็นภาษาอังกฤษทันทีโดยไม่ชักช้า เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบและเพื่อไม่ให้เป็นที่ครหา ควรทำให้ข้อมูลน่าเชื่อถือและเป็นที่ยอมรับ (7.3) การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ ในการกำหนดและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่จะให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเพื่อควบคุมมิให้สูงเกินความจำเป็น และในการจ่ายค่าธรรมเนียมคู่ความควรจ่ายให้แก่อนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งโดยตรงหรือควรจะจ่ายผ่านสถาบัน ประเด็นเหล่านี้แม้ดูเล็กน้อยแต่ก็สำคัญ หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางระหว่างประเทศในอนาคต

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีประเด็นที่ต้องทำการศึกษาว่าควรปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยอย่างไรให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบและกฎหมายประเทศอื่น ๆ โดยวิเคราะห์บทบาทศาลภายใต้กฎหมายไทยกับกฎหมายต้นแบบและกฎหมายประเทศต่าง ๆ วิเคราะห์ความสอดคล้องระหว่างกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล วิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ พร้อมทั้งวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย และประเด็นที่สำคัญสุดท้ายคือแนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ วิเคราะห์บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ผู้วิจัยคาดหวังว่างานวิจัยนี้จะมีส่วนช่วยส่งเสริมและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยในอนาคต

1.2 คำถามในการวิจัย

จากประเด็นปัญหาที่นำเสนอข้างต้นนำไปสู่คำถามวิจัยคือ

คำถามหลัก: “กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยดำเนินตามแนวปฏิบัติสากลหรือไม่”

คำถามรอง:

1) อุปสรรคสำคัญที่มีต่อการพัฒนาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยคืออะไร

2) การปฏิรูปการตรากฎหมายใหม่จะสามารถช่วยแก้ไขปัญหากระบวนการอนุญาโตตุลาการไทยเพื่อเป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้หรือไม่

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

กรอบแนวคิดและวิธีการดำเนินงาน ผู้วิจัยได้กำหนดประเด็น (Theme) ซึ่งสะท้อนภาพปัญหาของอนุญาโตตุลาการ นำผลวิจัยมาสังเคราะห์ประกอบกับตัวบทกฎหมายที่มีอยู่เพื่อชี้ประเด็นปัญหาซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายระดับต่าง ๆ หรืออาจเกิดจากปัจจัยภายนอกอื่น ๆ และวิเคราะห์นำไปสู่แนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะ ดังนั้น วัตถุประสงค์จะประกอบด้วย

1) ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการอันจะนำไปสู่ความเข้าใจในประเด็นที่จะทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization and Unification)

2) ศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายภายใน กฎหมายต้นแบบ ตลอดทั้งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับของไทยอันจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้อง

3) ศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการนำอนุญาโตตุลาการนอกศาลมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยทำการศึกษาบทบัญญัติบางประการที่อาจเป็นอุปสรรค หรือก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้พร้อมกับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวโยงกัน

4) ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ อเมริกา ฮ่องกง สิงคโปร์ กับ กลุ่มประเทศซิวิลลอว์ (Civlil Law) อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและไทย ดูความเป็นมาตรฐานสากล การพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขข้อกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการ

5) ศึกษาแนวทางในการปรับปรุงข้อกฎหมายและข้อบังคับเพื่อให้อนุญาโตตุลาการของไทยเป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น

1.4 สมมุติฐานทางการศึกษา

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าของประเทศไทยยังมีความบกพร่อง อันเนื่องมาจากปัญหาทางด้านกฎหมายและข้อบังคับสถาบัน การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) การที่ไม่บังคับคำชี้ขาด รวมทั้งกรณีการเพิกถอนคำชี้ขาดเช่นกัน การที่ศาลไทยแปลความไม่เป็นประโยชน์ ทำให้ผู้ใช้บริการหันไปใช้บริการประเทศอื่น จึงเป็นมีความจำเป็นต้องปฏิรูปเพื่อให้ระบบการอนุญาโตตุลาการของไทยให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศและสามารถพัฒนาเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยในหัวข้อ “แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย” เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยใช้วิธีการแยกแยะ แจกแจง จัดเป็นหมวดหมู่ ความรู้จากข้อมูล

ในขั้นปฐมภูมิ ได้แก่ บทบัญญัติของกฎหมาย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ข้อบังคับของสถาบันสำคัญ อาทิเช่น ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) เป็นต้น

ในขั้นทุติยภูมิ ได้แก่ ตำรา หนังสือ บทความ คำพิพากษาของศาล และเอกสารอื่น ๆ ทั้งจากในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลอื่น ๆ ในเว็บไซต์ต่าง ๆ ทางอินเตอร์เน็ต นำมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาข้อสรุปในการปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ จากนั้นจะทำการศึกษาวิจัยในส่วนของประเทศไทยว่าจะดำเนินการให้เหมือนหรือแตกต่างจากประเทศต่าง ๆ ที่นำมาศึกษาหรือเป็นแบบเฉพาะตัว มีความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับต่างประเทศ มีปัญหา อุปสรรค และแนวทางในการปฏิรูปอย่างไร

1.6 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาวิจัยมาตรฐานสากลในระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กลุ่มกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง ค.ศ. 2011 กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ ค.ศ. 1994 กลุ่มกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 2011 รวมถึงข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (TAI) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (AAA:ICDR) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง (HKIAC) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสากลแห่งสิงคโปร์ (SIAC) และข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ (ICC) พร้อมทั้งศึกษาเปรียบเทียบจากการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและข้อบังคับของสหรัฐราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง สิงคโปร์ ฝรั่งเศส เพื่อความสอดคล้องกัน (Harmonization) โดยจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ข้อมูลที่เป็นแหล่งของผู้เชี่ยวชาญทั้งวารสาร บทความ การสัมมนาเชิงวิชาการ วิทยานิพนธ์ ทางด้านกฎหมายทั้งในและต่างประเทศ

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1) ทำให้ทราบแนวทางวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการอันจะนำไปสู่ความเข้าใจในประเด็นที่จะทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization and Unification)

2) ทำให้เข้าใจกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายภายในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ตลอดทั้งข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำ

เพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับของไทยอันจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย

3) ทำให้สามารถตระหนักถึงปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการนำอนุญาโตตุลาการนอกศาลมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

4) ทำให้ได้รูปแบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศแบบใหม่ของประเทศไทยที่มีความเป็นมาตรฐานสากล

5) ทำให้สามารถหาแนวทางในการปรับปรุงข้อกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเพื่อให้การอนุญาโตตุลาการของไทยเป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีมานานแล้วในสังคมมนุษย์ตั้งแต่ยุคเริ่มแรก และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรอื่น ๆ ที่สำคัญคือเกิดขึ้นก่อนศาลอันเป็นองค์กรหลักของทางการที่มีหน้าที่ระงับข้อพิพาทของทุกสังคมในปัจจุบัน[18] ด้วยเหตุนี้วิวัฒนาการของการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงเติบโตพัฒนาควบคู่ไปกับการขยายตัวของสังคม แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ จึงเกิดขึ้นและวิวัฒนาตามไปด้วย เป็นที่ทราบกันดีว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางการค้าจากชาวต่างชาติที่เข้ามาทำธุรกิจการค้าในประเทศ ซึ่งรัฐมีนโยบายเศรษฐกิจที่ส่งเสริมการค้าและการลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มมากขึ้นและเพื่อให้ผู้เข้ามามีความมั่นใจจึงต้องเร่งสร้างความเข้มแข็งด้วยกฎหมายสำหรับการคุ้มครองผู้เข้ามาค้าขาย การอนุญาโตตุลาการจึงได้การยอมรับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกหนึ่งที่นิยมมากที่สุด เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

ดังนั้นจึงควรศึกษาความเป็นมา แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ ครอบคลุมลักษณะทั่วไปและสภาพทางกฎหมายโดยมีทฤษฎีต่าง ๆ ที่ใช้อธิบายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ และตระหนักถึงความสำคัญของการจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาของศาลในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่เป็นต้นร่างในการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ และบทบาทของรัฐในการอนุญาโตตุลาการ

---

[18] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 18.

2.1 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการ

ในส่วนนี้เป็นการอธิบายถึงแนวคิดและความหมายของการอนุญาโตตุลาการและหลักการทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ

2.1.1 แนวคิดและความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อสังคมเจริญขึ้นการพัฒนาการประกอบธุรกิจก็พัฒนาไปด้วย กล่าวคือจากการแลกเปลี่ยนปัจจัยพื้นฐานเดิมมาเป็นการประกอบธุรกิจที่ตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่หลากหลายมากกว่าการได้มาซึ่งปัจจัยพื้นฐานเดิม โดยมีรูปแบบที่เรียบง่ายไปจนถึงธุรกิจที่มีความสลับซับซ้อน และจากการประกอบธุรกิจระหว่างบุคคลที่อยู่ในสังคมหมู่เดียวกันไปสู่การประกอบธุรกิจต่างสังคมกันซึ่งอาจจะขยายเป็นธุรกิจระหว่างประเทศ อนึ่งในการประกอบธุรกิจ อาจมีความยุ่งยากเกิดขึ้นได้โดยเฉพาะในกรณีที่มีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งเกิดขึ้น ทำให้คู่พิพาทไม่สามารถประกอบธุรกิจกันต่อไปได้ ไม่ว่าธุรกิจนั้นจะมีขนาดเล็กหรือใหญ่ เป็นธุรกิจภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ ปัญหาพิพาทอาจเกิดจากความไม่สุจริตของคู่พิพาทหรือเกิดจากความเข้าใจผิดหรือมีความเห็นที่แตกต่างกันโดยสุจริตใจอันเนื่องมาจากความซับซ้อนของธุรกิจ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขหรือระงับข้อพิพาทเพื่อไม่ให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ วิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติหรือเป็นยอดปรารถนาของทุกฝ่ายจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1) เป็นธรรม (Fair)
2) รวดเร็ว (Speedy)
3) ประหยัด (Cheap)
4) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism)
5) การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure against Bad Publicity)
6) การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)[19]

นอกจากคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้นแล้ว การระงับข้อพิพาทในองค์กรธุรกิจมักใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอันเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศซึ่งประกอบด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

---

[19] วิชัย อริยะนันทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1),” **วารสารดุลพาห** 43 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 106.

1) การเจรจาต่อรอง (Negotiation)
2) การประนอมข้อพิพาท (Conciliation หรือ Mediation)
3) อนุญาโตตุลาการ (Arbitration)
4) การพิจารณาพิพากษาโดยศาล (Litigation)

อย่างไรก็ตามงานวิจัยนี้ผู้วิจัยจะมุ่งเน้นไปที่วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมใช้กันในปัจจุบันโดยเฉพาะในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ เพราะเป็นวิธีที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ที่ต้องการความรวดเร็วและประสิทธิภาพในการชี้ขาดที่ดีที่สุด ซึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้มีวิธีพิจารณาคดีที่ไม่เคร่งครัดมีขั้นตอนที่ไม่ยุ่งยาก และสามารถรักษาชื่อเสียงของคู่กรณีและความลับทางการค้าต่าง ๆ ของคู่กรณีได้เป็นอย่างดีรวมถึงการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีด้วย[20]

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีคำนิยามสำหรับการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป แต่มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้คำนิยามไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงเพื่อให้มีการตัดสินข้อพิพาทโดยบุคคลซึ่งแต่งตั้งและยอมรับที่จะผูกพันตามคำตัดสินนั้น แทนที่จะนำข้อพิพาทไปสู่การพิจารณาของศาลเพื่อลดภาระในเรื่องของพิธีการ ความล่าช้า ค่าใช้จ่ายและความยุ่งยากในการฟ้องร้องคดีตามปกติ[21] นอกจากนี้ตามคำศัพท์กฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิม คำว่า การอนุญาโตตุลาการ หมายถึง ทั้งกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีที่ตกลงกันอนุญาตให้บุคคลหรือคณะบุคคลนอกเหนือจากผู้ที่ทำหน้าที่ผู้พิพากษาของศาลตัดสินข้อพิพาทนั้นและตัวบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอนุญาต ให้ตัดสินข้อพิพาทนั้น ๆ เอง หากเป็นความหมายของกระบวนการระงับข้อพิพาทแล้วต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการคือ การตกลงกันเองของคู่กรณีอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินข้อพิพาท อำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกิดจากการตกลงนั้นและผลของคำชี้ขาดผูกมัดคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม[22] ใน Black's Law Dictionary [23] ได้

---

[20] หัสยา นุ่นแจ้ง, **ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบ : ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552), หน้า 1.

[21] อนันต์ จันทรโอภาส, **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาล** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536), หน้า 10.

[22] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, การอนุญาโตตุลาการ:ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี ใน**หนังสือรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ** (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเอเชีย, 2535), หน้า 3.

อธิบายการอนุญาโตตุลาการไว้ว่า หมายถึง การระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทเป็นผู้เลือกบุคคลภายนอกหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นเป็นคนกลางในการตัดสินชี้ขาดระงับข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถเลือกบุคคลภายนอกได้โดยตรงตามที่ตกลงกันไว้ หรือเลือกทางอ้อมผ่านสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ Rene David ได้อธิบายคำศัพท์คำนี้ไว้ว่า การอนุญาโตตุลาการ เป็นวิธีการซึ่งมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลหนึ่งหรือหลายคน ให้ระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวพันถึงผลประโยชน์ของบุคคลสองคนหรือมากกว่า โดยที่อำนาจของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากความตกลงของคู่กรณี ไม่ใช่เป็นการได้รับมอบอำนาจจากรัฐและจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับความตกลงนั้น[24]

2.1.2 หลักการทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการมีการอธิบายไว้แตกต่างหลากหลาย ผู้วิจัยจึงใคร่ขอสรุปลักษณะบางประการซึ่งเป็นหลักพื้นฐานทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการดังนี้

1) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก

นอกจากการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทหลักของสังคมแล้ว การอนุญาโตตุลาการถือเป็นการระงับข้อพิพาทที่เป็นทางเลือกอย่างหนึ่ง (Alternative to Dispute Resolution: ADR) เฉกเช่น การประนีประนอมยอมความ หรือการไกล่เกลี่ย การอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การระงับข้อพิพาททางศาล หากแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันที่เลือกใช้ ซึ่งทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทนั้น

2) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเอกชน

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นระบบเอกชนหรือเป็นเรื่องส่วนตัวแตกต่างจากศาลซึ่งเป็นองค์กรหรือวิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นของรัฐ ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนให้มากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องวิธีพิจารณา โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซง เช่นเดียวกับสัญญาระหว่างคู่กรณีที่เป็นเรื่องส่วนตัวระหว่างคู่สัญญาและสัญญาอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องเรื่องส่วนตัวระหว่างคู่กรณีพิพาท ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีการตกลงกันใช้การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะตกลงก่อนหรือหลังจากข้อพิพาทเกิด การระงับข้อพิพาทนั้นก็ต้องเป็นไปตามข้อตกลงนั้น คือ ตัวบุคคลหรือคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเอกชนเป็น

---

[23] Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary,** 10th ed. (St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2014), p. 127.

[24] David Rene, **Arbitration in International Trade** (The Nethelands: Kluwer Law & Taxation, 1985) p. 5.

ผู้ทำการระงับข้อพิพาทและตนจะปฏิบัติตามสัญญาวิธีพิจารณา รวมถึงคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากการเลือกอนุญาโตตุลาการเป็นการแสดงให้ทราบถึงเจตนาของคู่กรณีที่จะให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งคู่กรณีจะผูกพันตามข้อพิพาทในส่วนที่เกี่ยวข้องที่ตนเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ

3) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญา

การอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในทางธุรกิจเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาท การเริ่มต้นเลือกใช้การระงับข้อพิพาทวิธีนี้ต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่กรณีทุกฝ่าย ไม่ใช่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบังคับให้อีกฝ่ายยอมรับตามนั้นได้ การที่วิธีระงับข้อพิพาทชนิดนี้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาและคู่กรณีสามารถตกลงรายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการได้ค่อนข้างมาก (party autonomy) เช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาและรายละเอียดเรื่องการกำหนดสถานที่ ภาษาที่ใช้ วิธีพิจารณา กฎหมายที่ใช้บังคับทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ จึงทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดและควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ ดังนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทันสมัยจึงกำหนดให้คู่กรณีตกลงกันในรายละเอียดครอบคลุมถึงการควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทในคดีของตน หากเรื่องใดไม่ได้ตกลงกันก็อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ส่วนศาลจะให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในส่วนที่คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการเองได้ เช่น การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การช่วยแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การช่วยคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างพิจารณา และการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ

4) การอนุญาโตตุลาการต้องทำตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้

ดังได้กล่าวมาแล้วการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่ง ส่วนข้อพิพาทอะไรบ้างที่ระงับโดยอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมเป็นไปตามนโยบายของกฎหมายของแต่ละประเทศว่า กิจการใดบ้างที่มีผลต่อความสงบเรียบร้อยที่ต้องการให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในกิจการดังกล่าว บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงมีบทบัญญัติบางเรื่องที่กำหนดให้คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการ เช่น ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยระบุให้คู่กรณีต้องมีหลักฐานของสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่กรณี อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทก่อนทำคำชี้ขาดซึ่งกระบวนการพิจารณาจะเป็นไปตามที่คู่กรณีกำหนด หากคู่กรณีไม่ได้กำหนดก็จะอยู่ในอำนาจอนุญาโตตุลาการและเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ต้องรับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก่อนทำคำชี้ขาด และมีบทบัญญัติที่รัฐให้ความช่วยเหลือในการอนุญาโตตุลาการ เช่น การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การให้ความคุ้มครองคู่กรณีก่อนและในขณะดำเนิน

กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ[25]

5) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทที่ให้ความเป็นธรรมแก่บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนพิจารณาความ แต่ก็ไม่ใช่ต้องยึดติดกับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความโดยเคร่งครัดเช่นศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการคือการลดขั้นตอนที่ซับซ้อนของระบบศาลและลดความยุ่งยากในเรื่องพิธีการ หากแต่อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาไปตามหลักแห่งความเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีบทบัญญัติที่ให้ความเป็นธรรมและคุ้มครองบุคคลทุกคนที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้นว่าให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีและต้องชี้ขาดโดยการรับฟังจากน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เสนอโดยคู่กรณีของทุกฝ่ายและศาลให้ความช่วยเหลือแก่คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการเมื่อมีปัญหาในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการเองได้ ซึ่งก็ถือว่าเป็นการให้ความเป็นธรรมเช่นเดียวกัน

6) การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่มีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี

คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วจะถือว่าถึงที่สุด กล่าวคือ มีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย การที่คู่กรณีเป็นผู้เลือกการอนุญาโตตุลาการแทนที่จะเป็นองค์กรของรัฐเช่นศาล จึงถือว่าคู่กรณียอมรับรูปแบบของการระงับข้อพิพาทโดยยอมรับอนุญาโตตุลาการและไม่ต้องการวิธีการพิจารณาโดยเคร่งครัดของศาลตลอดจนสิทธิในการอุทธรณ์ที่มีอยู่ในศาลออกไป ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการของนานาประเทศก็ยอมรับหลักการดังกล่าว หากคู่กรณีที่เป็นฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดซึ่งเป็นผลมาจากความผูกพันตามสัญญาของคู่กรณีและกฎหมายอนุญาโตตุลาการ อีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์กรรัฐคือศาลให้ทำคำบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้

---

[25] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 32.

2.2 ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการและทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

ในส่วนนี้เป็นการอธิบายลักษณะทางกฎหมายและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

2.2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในประเด็นปัญหาที่ว่า การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนคือคู่กรณีเท่านั้นหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นย่อมทำให้คู่กรณีสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในการอนุญาโตตุลาการได้ โดยที่รัฐไม่มีอำนาจเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่หากเป็นการระงับข้อพิพาทที่รัฐอนุญาตให้คู่กรณีกระทำการได้ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ประเด็นคือจะใช้กฎหมายใดบังคับ กล่าวคือ กฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่ข้อพิพาทเกี่ยวข้องระหว่างประเทศหรือกฎหมายทั้งสองประเภทซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพราะสภาพของการอนุญาโตตุลาการจะเป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจของคู่กรณี อนุญาโตตุลาการ และศาล ในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ตั้งแต่การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การช่วยเหลือคู่กรณีในการตั้งและถอดถอนอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ และการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ[26]

2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่นิยมมากที่สุดทางหนึ่ง เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในวงการธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ จากจุดเริ่มต้นที่มีความแตกต่างกันในเรื่องการตีความและแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในประเทศต่าง ๆ ทำให้เกิดแง่มุมหลากหลายในการอนุญาโตตุลาการ สิ่งหนึ่งที่นักกฎหมายจะอธิบายได้ถึงบริบทความแตกต่างของการตีความทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จากการที่รับเอาทฤษฎีทางกฎหมายที่แตกต่างกัน[27] ชี้ให้เห็นถึงอิทธิพลทางทฤษฎีที่มีต่อการอธิบายอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ในทางกฎหมายมีทฤษฎีต่าง ๆ ที่ใช้อธิบายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 5 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีที่ถือว่าการ

---

[26] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 33.

[27] Hang-Lin Yu, “Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration, Contemporary,” **Asia Arbitration Journal** 1 (Quarter 2 2008): 257.

ชี้ขาดข้อพิพาทถือว่าเป็นอำนาจของรัฐ (The Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (The Hybrid Theory) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory) ทฤษฎีการให้สิทธิ (The Concession Theory) จากทฤษฎีทางกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้ในศาลยุติธรรมซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการทางค้าระหว่างประเทศมีผลโดยตรงต่อทัศนคติและเป็นแนวทางในการดำเนินงานทางด้านโครงสร้างของการอนุญาโตตุลาการ การศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีเพื่อดูผลกระทบในด้านต่าง ๆ ที่แตกต่างกันของการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะได้เป็นแนวทางในการพัฒนาอนุญาโตตุลาการ

1) เริ่มจากการมองเข้าไปในลักษณะที่แท้จริงของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อจะได้พบว่าทฤษฎีแต่ละทฤษฎีได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของกลไกในการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องกันมากหรือน้อยระหว่างศาลยุติธรรมและอนุญาโตตุลาการ

2) ทำการศึกษาขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยดูจากมุมมองด้านความเชื่อมโยงระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีพิพาทอันจะนำไปสู่ความเข้าใจในวัตถุประสงค์ของการศึกษา

3) สถานะคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการภายใต้ทฤษฎีที่แตกต่างกัน เพื่อทำการตรวจสอบและวิเคราะห์ถึงข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนของการบังคับคดี

4) ศึกษาประเด็นของการเลือกกฎหมายที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีต่าง ๆ

2.2.2.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐหรือทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานสำคัญในเรื่องอำนาจการปกครองดูแลประชาชนในเขตรัฐของตนเองโดยเฉพาะสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ การนั่งพิจารณาข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจรัฐ ถึงแม้ว่าทฤษฎีจะไม่มีแนวคิดหรือปฏิเสธอนุญาโตตุลาการมาจากความตกลงของคู่สัญญา ความสมบูรณ์ในสัญญาและขั้นตอนในการระงับข้อพิพาทจะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือข้อกำหนดของรัฐนั้นและผลการชี้ขาดจะสมบูรณ์ได้ต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐนั้นและต้องได้รับการรับรองและบังคับถึงจะมีผลสมบูรณ์ ทฤษฎีอำนาจรัฐยังคงสนับสนุนเรื่องการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนพิจารณาระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ต้องเป็นไปตามข้อบังคับตามกฎหมายที่ถูกเลือกโดยคู่พิพาทเพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการคล้ายกับศาลเพราะอำนาจอนุญาโตตุลาการมาจากกฎหมายแห่งรัฐที่อยู่บนผลประโยชน์สาธารณะที่รัฐอนุญาตให้พิจารณาระงับข้อพิพาทได้หาก

คู่สัญญาตกลงกัน[28] เช่นเดียวกับผู้พิพากษา อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องใช้กฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้เพื่อระงับข้อพิพาทและส่งมอบเอกสารที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ยิ่งไปกว่านั้นคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็สามารถทำหน้าที่ของรัฐได้เช่นกันจึงเป็นคำตัดสินในความหมายเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำหน้าที่โดยผู้พิพากษาของรัฐและผลของคำชี้ขาดจะต้องถูกส่งมอบให้ศาลตามกฎหมายของประเทศที่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด ผลของการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจะถูกบังคับโดยศาลซึ่งเป็นการทำแบบเดียวกับการพิพากษาคดีของศาลสถิตยุติธรรม ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับเขตอำนาจรัฐโดยเฉพาะประเทศที่เป็นสถานที่พิจารณาระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท ประเด็นหลักในเรื่องกฎหมายของประเทศที่ทำการพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยรัฐมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตการกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในรัฐนั้น ๆ[29] จากหลักในเรื่องนี้ อนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้กฎหมายของสถานที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น อนุญาโตตุลาการจะต้องทำตามที่คู่กรณีให้ดำเนินการตามกระบวนการระงับข้อพิพาทในขอบเขตที่อนุญาตจะดำเนินการเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่กรณีไม่ได้ การกระทำใด ๆ ที่อนุญาโตตุลาการได้กระทำลงไปแล้วขัดกับหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับและนโยบายสาธารณะ (Public Interest) อันเป็นกิจการที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจในประเทศที่ใช้เป็นสถานที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท หากการกระทำนั้นเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจที่จะปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด ที่น่าสนใจอีกอย่างหนึ่งก็คือ หลายปัญหาซึ่งเกิดจากอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นประเด็นที่เห็นได้อย่างชัดเจน เช่น ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อำนาจอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตอำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท บทบาทอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายและไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Interest) จะถือว่าเป็นการล้มเหลวหากคำชี้ขาดจะต้องถูกเพิกถอนโดยศาลในสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ การรับรองและการบังคับตามคำชี้ขาดอาจจะถูกปฏิเสธจากศาลในประเทศที่ดำเนินการบังคับคดี ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาลยุติธรรมมีลักษณะเกี่ยวข้องกันในการทำหน้าที่ของรัฐโดยศาลมีบทบาทรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ตามทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ

---

[28] William W. Park, **Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice** (Oxford: University Press, 2006), p. 302.

[29] Sadaff Habib, **Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the Interplay of the Delocalization Theory in Different Legal Systems** (Master's thesis, The British University, Dubai, 2013), p. 13.

ในหลักการพื้นฐานถือว่าศาลมีอำนาจพิจารณามากกว่าอนุญาโตตุลาการ อย่างเช่น อำนาจการควบคุมตรวจสอบว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่และเป็นไปโดยเที่ยงธรรมและถูกต้องหรือไม่ ซึ่งได้รับการยืนยันในอนุสัญญานิวยอร์ก 1958 ในมาตรา 5 หากในสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ได้กล่าวถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาท คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อำนาจหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ขั้นตอนการอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นเหตุที่จะต้องใช้กฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้น[30] เช่นเดียวกัน อำนาจการควบคุมตรวจสอบว่าชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรมและถูกต้องในคำชี้ขาดหรือไม่ซึ่งศาลจะใช้ดุลยพินิจในการตรวจสอบเพื่อทำการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต้องเป็นไปตามกฎหมายและไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของระบบกฎหมาย มีข้อโต้แย้งในทฤษฎีกล่าวคือ อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดตัดสินมาจากการที่รัฐมอบหมายให้กระทำ ดังนั้นทุก ๆ การกระทำมาจากกฎหมายกำหนดการดำเนินกระบวนพิจารณา และการให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องบางเรื่องหรือเฉพาะที่จำเป็นจะทำให้เกิดประสิทธิภาพมากกว่าระบบอื่น ๆ ในทางปฏิบัติ อำนาจในการควบคุมตรวจสอบสามารถโต้แย้งได้ในทางกฎหมาย ดังนั้นสถานะของอนุญาโตตุลาการตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการรับมอบอำนาจ ที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐให้กระทำการอนุญาโตตุลาการในการอำนวยความยุติธรรม โดยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทที่ไม่ขัดกับนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและต้องเป็นเรื่องทางการค้าของเอกชน

1) สถานะของอนุญาโตตุลาการ (The Status of Arbitrators)

ตามทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐนั้น ตามหลักการเป็นเรื่องของทฤษฎีรับมอบอำนาจ อนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐเพื่อที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา การวินิจฉัยคำชี้ขาดโดยปราศจากอำนาจรองรับจะมีผลเป็นโมฆะและก่อให้เกิดปัญหาซึ่งเป็นผลกระทบตามมาจากการรับมอบอำนาจมาจากรัฐ ทำให้ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจอนุญาโตตุลาการที่มาจากข้อตกลงของคู่สัญญา อำนาจอนุญาโตตุลาการได้รับมาจากกฎหมายแห่งรัฐที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายท้องถิ่นในเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่ยินยอมให้เอกชนสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทได้เมื่อคู่สัญญาตกลงกัน จากสถานะพิเศษที่ได้รับมอบมาจากรัฐทำให้อนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนโดยมีลักษณะคล้ายศาล ความแตกต่างระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาลคือ ศาลได้รับการแต่งตั้งพร้อมทั้งได้รับอำนาจโดยตรงมาจากอำนาจอธิปไตยของรัฐในขณะที่อนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่จากการแต่งตั้ง

---

[30] Yuliya Zeynalova, “The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is It Broken and How Do We Fix It?,” **Berkeley Journal of International Law** 31 (January 2013): 160.

โดยเป็นข้อตกลงของคู่สัญญา[31] จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น สิ่งที่เหมือนกันของอนุญาโตตุลาการและศาลคือ การต้องปรับใช้กฎหมายซึ่งต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายที่มีผลบังคับและนโยบายสาธารณะที่จะต้องไม่ขัดต่อขนบธรรมเนียมและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่อยู่ในรัฐที่เป็นสถานที่ที่ดำเนินการพิจารณาระงับข้อพิพาทของคู่กรณี

2) ลักษณะคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ (Nature of Arbitral Awards)

ตามทฤษฎีนี้ คำชี้ขาดซึ่งพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการมีสถานะและผลเช่นเดียวกันกับคำพิพากษาซึ่งวินิจฉัยโดยศาลซึ่งเป็นผลมาจากอนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายหรือเปรียบเสมือนศาล[32] ภายหลังจากที่มีคำตัดสินชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทฝ่ายประสงค์จะต้องดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับตามคำชี้ขาด สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดอำนาจและหน้าที่อนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติงานเพื่อพิจารณาชี้ขาดระงับข้อพิพาท แต่เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่กระทำเกินขอบเขตอำนาจคู่พิพาทฝ่ายประสงค์อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าว การให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการทำงานและต้องอยู่ภายใต้กรอบ โดยที่สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีอิทธิพลต่อการพิจารณาคำตัดสินชี้ขาดที่ซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่แตกต่างกัน

3) การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of the Proper Law)

อนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติปรับกับข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาล และการทำคำชี้ขาดข้อพิพาทนั้น ก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศอันเป็นถิ่นที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้ในกรณีคู่พิพาทที่มีนิติสัมพันธ์กับต่างประเทศ โดยที่ไม่ได้กำหนดกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการต้องใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ในทางตรงข้ามไม่อนุญาตให้ศาลเลือกกฎหมายอื่นได้ในการพิจารณาคดีนอกเหนือจากกฎหมายภายในประเทศเพื่อตัดสินคดี จากหลักในเรื่องดินแดนจะเป็นตัวกำหนดถึงความเกี่ยวโยงในเรื่องสถานที่ที่ใช้พิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับในขั้นตอนการพิจารณาเพื่อที่จะ

---

[31] Adam Samuel, “Jurisdictional Problems.” In **International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law** (Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989), pp. 243-245.

[32] Klaus P. Berger, Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion **ICCA Congress Series No.13**, Albert Jan van den Berg, ed. (Hague, Netherlands: Kluwer Lae International, 2006), pp. 301-334.

นำมาปรับใช้ในอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ภายใต้ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ อนุญาโตตุลาการสามารถที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับในสัญญาตามที่คู่กรณีพิพาทตกลง[33] ผลของทฤษฎีนี้ได้ยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอิสระในการเลือกที่จะใช้กฎหมายสารบัญญัติซึ่งไม่มากไปกว่าศาล ยิ่งไปกว่านั้น การเลือกเอาเรื่องหลักดินแดนมาใช้กับอนุญาโตตุลาการเพื่อใช้ในการตัดสินใจกับปัญหาที่เพิ่มขึ้นจากอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่ต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้กับศาลท้องถิ่น ซึ่งรวมถึงการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับตามสถานที่ที่ซึ่งอนุญาโตตุลาการพิจารณาคำชี้ขาด นักวิชาการบางกลุ่มผู้มีทัศนคติแบบเสรีนิยม ยังคงเห็นว่าทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐ อำนาจจะถูกใช้ไปเพื่อประเทศของตนเอง ต้องการให้ข้อบังคับมีความเป็นสากลซึ่งถูกกำหนดกระบวนการพิจารณาตั้งแต่คู่สัญญาจนถึงอนุญาโตตุลาการ ที่ซึ่งมีเพียงแต่กฎหมายของสถานที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยการให้อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาระงับข้อพิพาท

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าทฤษฎีนี้ไม่เหมาะกับหัวข้อวิจัย เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน เป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาและคู่กรณีสามารถตกลงรายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการได้ค่อนข้างมาก (party autonomy) เช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาและรายละเอียดเรื่องการกำหนดสถานที่ ภาษาที่ใช้วิธีพิจารณา กฎหมายที่ใช้บังคับทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซง ในขณะที่ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับอำนาจรัฐโดยเฉพาะสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและกระบวนการอนุญาโตตุลาการตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในประเทศ ทฤษฎีนี้ปฏิเสธอำนาจอนุญาโตตุลาการที่มาจากข้อตกลงของคู่สัญญา แต่กลับมองว่าอำนาจอนุญาโตตุลาการได้รับมาจากกฎหมายแห่งรัฐ

2.2.2.2 ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ผู้เสนอทฤษฎีสัญญาให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญาเกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา มีการไม่ยอมรับอำนาจของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงกระบวนพิจารณาระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการและกฎหมายภายในประเทศที่เป็นสถานที่อนุญาโตตุลาการดำเนินการพิจารณา คู่สัญญามีอิสระที่ตัดสินใจในประเด็นที่เกี่ยวข้องของกระบวนอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการกำหนดรูปแบบ เนื้อหา วิธีพิจารณา สถานที่ในการระงับข้อพิพาทและจากความมีอิสระนี้รัฐจะต้องไม่ใช้อำนาจเข้ามาแทรกแซงหรือก้าวก่าย ทฤษฎีสัญญาแตกต่างจากทฤษฎีอำนาจรัฐ การ

---

[33] Xiaodong Yang, **State Immunity in International Law** (Cambridge: University Press, 2012), pp. 33-74.

ค้นหาลักษณะที่แท้จริงของอนุญาโตตุลาการจากมุมมองในเรื่องของสัญญา ถึงแม้ว่ากระบวนและการตกลงระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายภายในรัฐแต่มีข้อโต้แย้งว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีที่มาจากข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงโดยเจตนาและสมัครใจร่วมกัน ตามที่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาถือว่าเป็นสัญญาที่คู่กรณีพิพาทปรารถนาที่จะระงับข้อพิพาทโดยการใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ[34] สัญญาชนิดนี้เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำอย่างสมัครใจและต้องทำการตัดสินใจในเรื่องของเวลาและสถานที่ในการดำเนินการรวมถึงเลือกอนุญาโตตุลาการเพื่อดำเนินการตัดสินคำชี้ขาดและเลือกกฎหมายทั้งที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาและเรื่องที่เป็นสิ่งสำคัญอื่น ๆ ผู้สนับสนุนทฤษฎีสัญญาเชื่อว่าการระงับข้อพิพาทในอนุญาโตตุลาการควรจะไม่มีตัวแปรใด ๆ ที่จะเข้ามากำหนด กำกับคู่สัญญาให้กระทำการใด ๆ ในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำระหว่างคู่สัญญาโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ สัญญาซึ่งข้อกำหนดในการใช้อนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงด้วยความสมัครใจ ไม่มีกฎหมายใดที่ให้คู่กรณีพิพาททำสัญญาและก็ไม่ได้ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบังคับอีกฝ่ายหนึ่งในการทำสัญญา สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นลักษณะของสัญญา คู่สัญญาทำด้วยความสมัครใจโดยยอมละทิ้งสิทธิที่จะกำหนดสิ่งที่จะทำให้เกิดความได้เปรียบจากอนุญาโตตุลาการ กลไกของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการออกแบบจากพื้นฐานของทฤษฎีสัญญา สิ่งที่ตอบสนองความต้องการของนักธุรกิจเป็นเรื่องความยืดหยุ่นสูงและวิธีที่ไม่เป็นทางการ (Informal Method) ในการระงับข้อพิพาท ศาลส่วนใหญ่มีแนวโน้มที่จะทำตามทฤษฎีสัญญาและระบุความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการเป็นเสมือนกับสัญญา ศาลเน้นย้ำว่าอนุญาโตตุลาการมาจากคู่สัญญาที่ตกลงจะมีอนุญาโตตุลาการในสัญญา และจะเกิดขึ้นทันทีที่มีบุคคลยอมรับการทำหน้าที่ คู่สัญญากำหนดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาระบุขอบเขตของระยะเวลาในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยสองสัญญา สัญญาแรกเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญา อีกสัญญาเป็นสัญญาระหว่างคู่สัญญากับอนุญาโตตุลาการ สัญญาระหว่างคู่สัญญาเริ่มมีผลใช้บังคับทันทีเมื่อคู่สัญญาตกลง ตามหลักกฎหมาย อนุญาโตตุลาการจะทำการพิจารณาเมื่อข้อตกลงในอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์ตามกฎหมาย ในทางกลับกัน ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ต้องมีความอิสระและเป็นกลางไม่สามารถที่จะทำประโยชน์ให้กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาได้ถูกส่งไปยังอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการเพื่อระงับข้อพิพาท สุดท้ายก็จะพิจารณาตัดสินคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการจะได้รับค่าตอบแทนจากการพิจารณาจากคู่สัญญาพิพาท

---

[34] Kenneth S. Calrton, “Theory of the Arbitration Process,” **Law and Contemporary Problems** 17 (October 1952): 632.

1) สถานะของอนุญาโตตุลาการ (The Status of Arbitrators)

การยินยอมทำสัญญาตามข้อตกลงจะปฏิเสธการรับมอบอำนาจ (Delegation) ที่ซึ่งถือว่า การพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการก็มีส่วนคล้ายคลึงกับศาล จากความคิดเห็นที่แตกต่างกันในการที่จะอธิบายว่าอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามความคิดเห็นเหล่านั้นหากไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของทฤษฎีสัญญาก็ย่อมเป็นอันต้องตกก็ไป จากทฤษฎีตัวแทน เป็นการอธิบายว่าอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญา โดยไม่สนใจแนวความคิดที่อนุญาโตตุลาการมีความคล้ายตลึงศาลในการพิจารณาคดีและอำนาจหน้าที่มาจากกฎหมายของรัฐ จากความจริงที่ว่าอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำหน้าที่ดำเนินคดีแทนรัฐในกระบวนการยุติธรรม อนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทมาจากข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลง[35] ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการได้ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในลักษณะเป็นตัวแทนของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญาที่ถูกแต่งตั้งขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทตามที่คู่สัญญาได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับข้อตกลงนั้น ๆ และหน้าที่เฉพาะของอนุญาโตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น การตัดสินใจใด ๆ ในคำชี้ขาดที่ทำโดยตัวแทนจะไม่มีผลกระทบในทางนิติสัมพันธ์กับคู่สัญญา กล่าวคือไม่สามารถทำเพื่อประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จากทฤษฎีตัวแทน ตัวแทนจะต้องทำการต่าง ๆ ตามที่ตัวการได้มอบหมายและทำได้เท่าที่ตัวการมอบหมายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะสามารถกระทำการต่าง ๆ ที่คู่สัญญาไม่ได้มอบหมายก็สามารถทำได้เช่น การเรียกพยานเข้ามาเพื่อทำการสืบได้ซึ่งจะเห็นได้ว่าขัดแย้งกับทฤษฎีตัวแทนซึ่งมีเหตุผลด้วยกัน 3 ข้อ[36]

ทฤษฎีสัญญาไม่สามารถหาคำตอบที่น่าพอใจเกี่ยวกับการพ้นจากความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ การพ้นจากความรับผิดของอนุญาโตตุลาการถูกกำหนดมาเพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินการฟ้องอนุญาโตตุลาการในระหว่างหรือหลังจากพิจารณาตัดสินคำชี้ขาด ถึงแม้ว่าขอบเขตของการพ้นความรับผิดจะแตกต่างกันตามขอบเขตอำนาจทางกฎหมายที่แตกต่างกัน พูดทั่ว ๆ ไป อนุญาโตตุลาการพอใจกับการพ้นความรับผิดแบบกึ่งตุลาการจากการฟ้องในเรื่องความผิดพลาดหรือการละเว้นการปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้นการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้มีการวางหลักเกณฑ์การพิจารณาตัดสินในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและสวัสดิภาพ จากที่อนุญาโตตุลาการ

---

[35] Saber Habibi S., Sadegh Habibi S., and Akbar Bashiri S., “The Four Legal Theories of International Commercial Arbitration,” **Asian Journal of Research in Social Sciences and Humanities** 4 (2014): 421-430.

[36] Jaime Dodge Byrnes and Elizabeth Pollman, “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The Implications of EEOC v. Waffle House,” **Harvard Negotiation Law Review** 8 (Spring 2003): 294-295.

ทำหน้าที่เสมือนกึ่งตุลาการ การปฏิเสธที่จะไม่ดำเนินพิจารณาคำชี้ขาด ไม่ใช่อนุญาโตตุลาการต้องการรอดพ้นจากความรับผิดที่เอาตัวเองออกไปจากสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งข้อสัญญาได้อธิบายแยกออกไปจากการพ้นจากความรับผิดเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การศึกษาทฤษฎีตัวแทนที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้พบข้อบกพร่องของทฤษฎีนี้

2) ลักษณะคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ (The Nature of Arbitral Awards)

ภายใต้ทฤษฎีตัวแทน คำชี้ขาดถือว่าเป็นสัญญาพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาของทั้งสองฝ่าย ความสัมพันธ์ในการเป็นตัวการและตัวแทนมีความเชื่อมโยงกับบริบทและโครงสร้างของทฤษฎีสัญญา เนื่องจากคำชี้ขาดเป็นสัญญากระทำโดยตัวแทน เพราะฉะนั้นคำตัดสินชี้ขาดจึงมีผลผูกมัดตัวการคือคู่สัญญา คู่สัญญาจำต้องยอมรับคำชี้ขาดในการกระทำตามสัญญาและคู่กรณีต้องสมัครใจ สัญญาอนุญาโตตุลาการมาจากเนื้อหาที่เกี่ยวกับ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ลักษณะของสัญญาและความจริงที่ถูกต้องในการดำเนินการที่มีผลบังคับกับคู่สัญญาซึ่งได้มอบความไว้วางใจแก่อนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงในสัญญาที่คู่สัญญาได้ลงนามซึ่งมีผลผูกพันตามสัญญาโดยส่งถึงมืออนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดเป็นลักษณะของสัญญาซึ่งอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับอำนาจมาจากกฎหมายภายในรัฐหรือจากเจ้าพนักงานในศาลสถิตยุติธรรมแต่ได้รับมาจากข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลง[37] อนุญาโตตุลาการตัดสินตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในสัญญาซึ่งได้ให้อำนาจในการตัดสินชี้ขาดในการระงับข้อพิพาท คำชี้ขาดทำให้เกิดการ “ยุติ” ที่เป็น “ธรรม” มีผลในทางกฎหมายและถูกดำเนินการต่อเพื่อให้ผู้พิพากษาในศาลตัดสินครั้งสุดท้ายเพื่อบังคับคดี

3) การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of the Proper Law)

ภายใต้ทฤษฎีสัญญาคู่พิพาทมีสิทธิที่เลือกกฎหมายมาปรับใช้กับสัญญาและกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการแบบไม่จำกัด อนุญาโตตุลาการต้องปรับใช้กฎหมายตามที่คู่สัญญาเลือกไว้ในสัญญา ตราบใดที่มีประเด็นในการเลือกกฎหมายเพื่อระงับข้อพิพาทเกิดขึ้น การที่จะเติมช่องว่างในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพียงแต่ปรับในสิ่งที่ขาดให้เกิดความชัดเจนในการเลือกกฎหมายทีตกลงโดยคู่สัญญา[38] เมื่อใดก็ตามที่การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับเป็นประเด็นปัญหา อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องดูรายละเอียดของสัญญาหรือเงื่อนไขเพิ่มเติมตามข้อตกลง

---

[37] Joshua Karton, “The Arbitral Role in Contractual Interpretation,” **Journal of International Dispute Settlement** 6 (January 2015): 4-41.

[38] Craig M. Gertz “The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depecage,” **Northwestern Journal of International Law & Business** 12 (January 1991): 173.

อนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะหากฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้ตามที่คู่สัญญาได้ระบุไว้หรือตามความต้องการของคู่สัญญา กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับไว้ในสัญญา ภายใต้ทฤษฎีสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องปรับใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายของสถานที่ที่พิจารณาระงับข้อพิพาทเพื่อค้นหากฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญา

ในความเห็นของผู้วิจัยมองว่าทฤษฎีนี้ยังมีข้อบกพร่องมีจุดอ่อนไม่เหมาะกับหัวข้อวิจัย เนื่องจากทฤษฎีนี้มองว่าอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนของคู่สัญญาซึ่งขัดแย้งกับหลักความเป็นอิสระและยุติธรรมของอนุญาโตตุลาการผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งมาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา จึงเป็นไปไม่ได้ที่อนุญาโตตุลาการจะทำหน้าที่เป็นตัวแทนเพื่อกระทำการให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์จากการพิจารณาตัดสินชี้ขาดซึ่งขัดกับหลักการพื้นฐานในอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ตัวแทนจะต้องทำการต่าง ๆ ตามที่ตัวการได้มอบหมายและทำได้เท่าที่ตัวการมอบหมายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งจะสามารถกระทำการต่าง ๆ ที่คู่สัญญาไม่ได้มอบหมาย เช่นการเรียกพยานเข้ามาเพื่อทำการสืบได้

2.2.2.3 ทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory)

ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญา ทั้งสองทฤษฎีให้ความสำคัญและสนับสนุนกันคนละขั้วเป็นแนวคิดค่อนข้างจะแตกต่างกันอย่างชัดเจนของการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านวิจารณ์ทฤษฎีทั้งสองไม่สามารถอธิบายลักษณะของอนุญาโตตุลาการได้อย่างครบถ้วน อันเนื่องมาจากพิจารณากันคนละด้าน ภายใต้สถานการณ์ที่ยังไม่มีทฤษฎีใดที่สมบูรณ์ ทำให้มีการพัฒนาทฤษฎีขึ้นมาใหม่ด้วยการนำเอาสองทฤษฎีมารวมกัน[39] นักวิชาการบางกลุ่มได้ทำการพัฒนาทฤษฎีผสมที่เป็นที่ยอมรับว่าทำให้การดำเนินงานในอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศสมบูรณ์ที่มีทั้งทฤษฎีการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญามาเติมเต็มซึ่งกันและกัน ในความเป็นจริงทฤษฎีผสมเป็นทฤษฎีประนีประนอมโดยนำข้อดีที่สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะและเป็นที่ยอมรับของแต่ละทฤษฎีมาผสมกัน ทฤษฎีผสมผู้วางรากฐานคือ ศาสตราจารย์เซอร์วิลล์และบุคคลผู้พัฒนาต่อมาคือ ศาสตราจารย์ซอเซอร์-ฮอลล์ ซึ่งท่านได้เน้นย้ำว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นกลไกที่ประกอบไปด้วยคุณลักษณะเฉพาะสองด้าน ด้านหนึ่งเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการ เริ่มมาจากสัญญาเอกชน ซึ่งคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกอนุญาโตตุลาการรวมถึงข้อบังคับในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่น ๆ ในอีกทางหนึ่งฮอลล์เห็นด้วยกับทฤษฎีการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐที่อนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการควบคุมและจัดการโดยกฎหมายของรัฐตามกฎเกณฑ์หรือบทบังคับเพื่อที่จะใช้กำหนดขอบเขตอำนาจ

---

[39] *Ibid*., p. 176.

ของคู่สัญญาในเรื่องความถูกต้องสมบูรณ์ในสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด การอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นการผสมผสาน โดยเริ่มจากข้อตกลงของเอกชนคู่สัญญา ซึ่งจะดำเนินไปตามขั้นตอนของสัญญาและสิ่งสำคัญที่สุดคือเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา แต่จะสิ้นสุดลงด้วยคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการมีผลในทางกฎหมายผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นไปตามสัญญาและระเบียบวิธีปฏิบัติ ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาศาลในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เมื่อศาลที่ได้รับคำร้องขอ ต้องดำเนินการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด จะเห็นว่ากระบวนการแบบเอกชนผลบังคับเป็นรัฐ การดำเนินการเพื่อผลสำเร็จต้องได้รับการสนับสนุนจากเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายของรัฐที่ทำการพิจารณาตามทฤษฎีผสม ด้านหนึ่งคู่สัญญาพิพาทมีอิสระที่จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ การดำเนินงานเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานที่เป็นลักษณะของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะใช้กับประเด็นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ เช่นเดียวกันกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ความถูกต้องของคำชี้ขาดจะถูกพิจารณาตรวจสอบตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะของประเทศซึ่งจะต้องทำการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด การให้ความสำคัญตั้งแต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการจนถึงคำชี้ขาดจะเห็นถึงทฤษฎีสัญญาที่จะบอกลักษณะของอนุญาโตตุลาการที่มาจากสัญญา และการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่กึ่งตุลาการ (Quasi-judicial) การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการพิจารณาตัดสินชี้ขาด อนุญาโตตุลาการเมื่อได้รับการแต่งตั้ง จะปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษา หน้าที่ของพวกเขาจะทำการพิจารณาตัดสินคำชี้ขาดในคดีพิพาทต่าง ๆ ที่เสนอให้พิจารณา ในหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาคดี คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทของคู่สัญญา จะมีผลคล้ายกับผู้พิพากษาใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี การที่อนุญาโตตุลาการประกอบไปด้วยสองคุณลักษณะที่มีมุมมองการเป็นตัวกลางในการระงับข้อพิพาทที่มักถูกเรียกว่าทฤษฎีอนุญาโตตุลาการแบบผสมจากการที่มีลักษณะเป็นสัญญาจากจุดเริ่มต้น และจากขั้นตอนของกระบวนการที่เป็นอำนาจรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง

1) สถานะของอนุญาโตตุลาการ (The Status of Arbitrators)

ภายใต้ทฤษฎีผสม นิติสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทมีลักษณะที่เป็นสัญญา ลักษณะของสัญญามีผลในทางกฎหมายกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญา ภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาส่งมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาและเลือกอนุญาโตตุลาการผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญ คุณสมบัติเหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินชี้ขาด ด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจในการตัดสินชี้ขาด

จากคู่สัญญาที่ให้อำนาจและอนุญาตให้กระทำการใดในฐานะของคู่สัญญาภายในกรอบที่ให้กระทำการ[40] ที่ว่าการกระทำของอนุญาโตตุลาการในการดำรงตำแหน่งมีผลสมบูรณ์เสมือนการกระทำของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างจากทฤษฎีสัญญาในเรื่องขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดในข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและนโยบายสาธารณะที่ภาครัฐได้กำหนดขึ้นโดยตรงเพื่อจะได้ดำเนินการภายในรัฐที่ทำการบังคับตามคำชี้ขาด ลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดเป็นสัญญา ดังนั้นจะเห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนทั้งทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญา ดังนั้นทฤษฎีผสมจึงมีลักษณะของคำชี้ขาดที่เป็นคำพิพากษาและสัญญาอย่างละครึ่ง

2) การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of the Proper Law)

ทฤษฎีผสมมีความคล้ายคลึงกับทฤษฎีอำนาจของรัฐ ที่ตระหนักถึงความสำคัญของอำนาจศาลจากการควบคุมและการบังคับของรัฐในสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาด ประเด็นกฎหมายที่ใช้บังคับ ถ้าไม่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาจะต้องพิจารณาหากฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับสัญญาของสถานที่ที่ทำการพิจารณา อนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นในการตัดสินใจเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาเปรียบเสมือนการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในศาล ต้องสอดคล้องกับหลักการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อที่จะนำไปใช้ในกระบวนการชี้ขาด ซึ่งอาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาของเรื่องที่พิพาทและจะต้องปรับใช้กฎหมายที่ถูกเลือกจากคู่สัญญาพิพาท[41] ในกรณีที่ไม่มีการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้โดยเฉพาะ จะต้องนำกฎหมายขัดกันอันเป็นกฎหมายแห่งรัฐของคู่กรณีมาพิจารณาเพื่อหากฎหมายที่ใช้บังคับ เขตอำนาจศาลมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อการตัดสินใจเลือกกฎหมายที่จะมาใช้บังคับ กฎการขัดกันแห่งกฎหมายนั้นเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการพิจารณาเลือกใช้กฎหมายมาบังคับใช้ในสัญญา ภายใต้ทฤษฎีผสมวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีสบัญญัติภายในของประเทศที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนั้นผลของทฤษฎีนี้ทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกฎหมายสารบัญญัติได้เท่าที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายของประเทศที่มีอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงดังกล่าวอนุญาโตตุลาการก็จะใช้กฎหมายสารบัญญัติปฏิบัติตามหลักกฎหมายขัดกันของประเทศที่มีการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

---

[40] Martina Zavodna, **The European Convention on Human Rights and Arbitration** (Diploma Thesis, Faculty of Law, Masaryk University, 2014), pp. 15-16.

[41] Harisankar K. Sathyapalan, “International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination,” **Journal of International Arbitration** 31 (January 2014): 629–630.

ผู้วิจัยคิดว่าทฤษฎีนี้น่าสนใจเหมาะสมมีแนวคิดที่สอดคล้องกับหัวข้อวิจัยแนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย เป็นทฤษฎีประนีประนอมโดยนำข้อดีที่สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะและเป็นที่ยอมรับของแต่ละทฤษฎีมาผสมคือเป็นการผสมผสานกัน ด้วยเหตุที่ว่าอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นกลไกที่ประกอบไปด้วยคุณลักษณะเฉพาะสองด้าน ด้านหนึ่งเป็นสัญญาของอนุญาโตตุลาการที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการ เริ่มมาจากสัญญาเอกชน ซึ่งคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกอนุญาโตตุลาการรวมถึงข้อบังคับในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่น ๆ คณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยจากเนื้อหาข้อพิพาทและปรับใช้กฎหมายที่คู่พิพาทเลือก หากไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญา อนุญาโตตุลาการต้องค้นหาจากกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่นั่งพิจารณามาปรับใช้ ซึ่งตามหลักอิสระของอนุญาโตตุลาการ เพราะหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม จึงควรแสวงหากฎหมายที่เหมาะสมที่สุดมาใช้ในการระงับข้อพิพาท

2.2.2.4 ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (Autonomous Theory)

การพยายามอธิบายทฤษฎีอนุญาโตตุลาการจากความแตกต่างกันในสาระสำคัญระหว่างทฤษฎีการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญา นางรูเบลลิน เดอวิชิ (Rubellin-Devichi) ได้มองเห็นแนวทางในการดำเนินการและทราบถึงวิธีปฏิบัติในอนุญาโตตุลาการและได้พัฒนาเป็นทฤษฎีความเป็นเอกเทศ ซึ่งเชื่อว่าจากลักษณะที่มีความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ด้วยความรวดเร็ว (Speedy) มีความยืดหยุ่น (Flexible) และมีบรรยากาศที่เป็นมิตร (Friendly Atmosphere) ในการระงับข้อพิพาททางการค้า นางรูเบลลิน ให้เหตุผลเกี่ยวกับทฤษฎีที่ก่อตั้งขึ้นเนื่องจากลักษณะของการใช้อนุญาโตตุลาการในกระบวนการที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันและวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทมีความเป็นเอกเทศ ด้วยความตั้งใจที่จะก่อให้เกิดบรรยากาศที่เป็นมิตรสำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนางรูเบลลินให้เหตุผลในลักษณะของความเป็นอิสระในตัวเอง หรือความเป็นเอกเทศที่ควรจะได้รับการยอมรับ นางรูเบลลินได้ปฏิเสธทฤษฎีอำนาจของรัฐและทฤษฎีสัญญาซึ่งทั้งสองทฤษฎีไม่ได้ตอบคำถามในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นและการให้ความหมายมีความขัดแย้งไม่ชัดเจน อีกทั้งเธอก็ปฏิเสธทฤษฎีผสมด้วยเช่นกัน เพราะว่ากรอบแนวคิดที่แสดงทิศทางของความสัมพันธ์ในทฤษฎีไม่มีความชัดเจน ข้อโต้แย้งต่อทั้งสองทฤษฎีจากลักษณะอนุญาโตตุลาการ นางรูเบลลินวิเคราะห์ให้เห็นถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการควรพิจารณาการทำคำชี้ขาดอยู่บนหลักการของความอิสระและวัตถุประสงค์ที่อนุญาโตตุลาการที่ถูกแต่งตั้งขึ้นมาจากสถานที่ที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาซึ่งเกี่ยวพันกับประเทศอื่น มีลักษณะความเป็น

เอกเทศ[42] จากการศึกษาถึงความต้องการของสังคมและเศรษฐกิจสำหรับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศนางรูเบลลินได้ให้คำแนะนำถึงอนุญาโตตุลาการว่าจะต้องไม่อยู่ในกรอบของประเทศมีอิสระในการพิจารณาชี้ขาดอนุญาโตตุลาการได้อย่างเต็มที่ จากอดีตจนถึงทุกวันนี้อนุญาโตตุลาการยังอยู่ในข้อจำกัด ต้องยอมรับอย่างหนึ่งว่าลักษณะของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ทั้งคำชี้ขาดเป็นอำนาจของรัฐหรือสัญญาหรือผสมแต่เป็นเอกเทศ นางรูเบลลิน เดอวิชิ ไม่ได้แสดงความเห็นโต้แย้งในเรื่องลักษณะอนุญาโตตุลาการของทั้งสองทฤษฎี แต่แสดงทรรศนะที่ไม่เห็นด้วยกับการพยายามแยกความแตกต่างตามลักษณะและหาความสัมพันธ์ตามลักษณะต่าง ๆ ระหว่างทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาของอนุญาโตตุลาการ ตามความเห็นของนางรูเบลลิน มันเป็นการยากหรือเป็นเรื่องแทบจะเรียกว่าเป็นไปไม่ได้หรือเป็นเรื่องยากที่จะขีดเส้นแบ่งรูปแบบหรือลักษณะระหว่างของทั้งสองทฤษฎีออกจากกันได้อย่างชัดเจน สภาวะอันไม่พึงประสงค์หรือไม่ยอมรับจากการบิดเบือนที่จะพัฒนาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอาจเป็นสาเหตุการแยกออกจากกัน นางรูเบลลิน ไม่ได้แยกประเภทอนุญาโตตุลาการที่แสดงให้เห็นได้อย่างเด่นชัดเหมือนอย่างเช่นทฤษฎีสัญญาหรือทฤษฎีอำนาจรัฐเนื่องจากทั้งสองทฤษฎีมีลักษณะที่ประสานเข้าด้วยกันด้านรูปลักษณะและด้านเนื้อหา เป็นการยากที่จะแยกออกจากกัน นางรูเบลลิน ได้เน้นย้ำการปรับใช้กฎหมายสัญญากับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่นำไปสู่การพิจารณาคำชี้ขาดซึ่งเรื่องนี้ไม่ต้องถกเถียงกันเนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย คำชี้ขาดไม่ได้เป็นคำพิพากษาและสัญญาอนุญาโตตุลาการก็แตกต่างไปจากสัญญาชนิดอื่น ๆ นางรูเบลลินเชื่อว่าพัฒนาการของอนุญาโตตุลาการทางการค้าเป็นไปอย่างต่อเนื่องเพื่อที่จะสอดรับกับกระแสความต้องการของกลุ่มธุรกิจที่ทำการค้าระหว่างประเทศ นักธุรกิจเชื่อว่าอนุญาโตตุลาการเป็นคำตอบในลักษณะที่มีความยืดหยุ่นที่แตกต่างไปจากกระบวนการในศาลเป็นอย่างมากและเน้นที่ความง่ายกับชัดเจนของกระบวนการพิจารณาชี้ขาดซึ่งตรงกับความต้องการที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับคู่กรณี เพื่อให้คู่กรณีพิพาทเกิดความพึงพอใจในอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการพัฒนาและขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวาง นางรูเบลลิน แย้งว่าคู่สัญญาต้องมีความอิสระตามเจตนาของตนตามความประสงค์อย่างสมบูรณ์ สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีความเป็นเอกเทศที่เกี่ยวกับคู่สัญญามีความอิสระอย่างเต็มที่ในการตัดสินใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เช่น กฎหมายที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา เวลาและสถานที่ที่ใช้ในการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับความสามารถที่จะเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องอื่น ๆ ที่สำคัญอื่น

---

[42] Filip De Ly, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning,” **Northwestern Journal of International Law & Business** 12 (Spring/Summer 1991): 51.

1) สถานะของอนุญาโตตุลาการ (The Status of Arbitrators)

นอกจากนี้นางรูเบลลิน เดอวิชียืนยันว่าจากแนวคิดบนพื้นฐานของทฤษฎีเอกเทศ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศได้นั้น นางรูเบลลินมองเห็นถึงความจำเป็นในการระงับข้อพิพาทจะต้องมีสถาบันระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการอย่างสมบูรณ์ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นนางรูเบลลินได้ข้อสรุปว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการควรจะเป็นอิสระจากทั้งสองทฤษฎีเนื่องจากจะได้มีความรวดเร็วและคู่สัญญาได้รับประกันในความถูกต้องและชอบธรรมตามกฎหมายในข้อพิพาทด้วยกันทั้งสองฝ่าย การยอมรับว่าการที่คู่สัญญามีอิสระอย่างเต็มที่ในการกำหนดทุก ๆ รายละเอียดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ผู้สนับสนุนทฤษฎีเอกเทศปฏิเสธการถูกควบคุมหรืออำนาจเหนืออนุญาโตตุลาการ โดยการปรับใช้แนวคิดที่อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งและแนวคิดที่อนุญาโตตุลาการไม่อยู่ภายใต้กรอบภายในประเทศที่ทำการพิจารณาคำชี้ขาด[43] โดยที่อนุญาโตตุลาการไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายของรัฐของสถานที่ที่พิจารณาหรือกฎหมายของรัฐที่จะนำคำชี้ขาดไปบังคับ เนื่องจากประเด็นในความถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำพิจารณาชี้ขาดต้องสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งผู้สนับสนุนทฤษฎีเอกเทศยังคงให้อนุญาโตตุลาการควรมีอิสระจากข้อจำกัดทางกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ผู้สนับสนุนได้โต้แย้งในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐในสถานที่ที่พิจารณาคำชี้ขาดหรือสถานที่ที่รับรองคำชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ถูกควบคุมในบทบาทหน้าที่ที่ทำ

2) การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of the Proper Law)

ตราบเท่าที่การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการตามกฎข้อบังคับภายในประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งทฤษฎีความเป็นเอกเทศก่อให้เกิดการไม่อยู่ภายในกรอบของประเทศทำให้การทำงานของอนุญาโตตุลาการไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายของประเทศที่ทำการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท การไม่อยู่ภายใต้กรอบภายในประเทศของอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญามีสิทธิที่จะเลือกหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในกระบวนการพิจารณา ระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศ หลักการทั่ว ๆ ไปของกฎหมาย หรือแม้กระทั่งการระงับข้อพิพาทฉันมิตรเพื่อที่จะ

---

[43] Emmanuel Gaillard, “International Arbitration as a Transnational System of Justice,” In **Arbitration - The Next Fifty Years** ICCA Congress Series No.16 2012, p. 67.

ไม่ให้กระทบความสัมพันธ์ นอกจากนี้คู่สัญญาในอนุญาโตตุลาการทางค้าระหว่างประเทศอาจสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อนำมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทของตนเอง แนวคิดในการให้อิสระในการเลือกกฎหมายที่ได้อย่างเต็มที่ ที่ใช้บังคับในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้รับการสนับสนุนจากโกลด์แมน แลนโด และ เลียว แนวคิดที่มีการปฏิวัติมากที่สุดที่ก่อให้เกิดความอิสระในการเลือกโดยที่ไม่อยู่ภายในกรอบของประเทศที่พิจารณาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ นักธุรกิจไม่ควรจำกัดตัวเองภายในกรอบของระบบกฎหมายภายในประเทศ คู่สัญญาสามารถสร้างกฎระเบียบต่าง ๆด้วยตัวเองในการที่จะระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ หลักการเบื้องต้นของแนวคิดแบบเอกเทศเกี่ยวกับอำนาจอนุญาโตตุลาการทีจะเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา และกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยไม่ถูกจำกัดภายในกรอบกฎหมายของประเทศที่ดำเนินการพิจารณา อนุญาโตตุลาการต้องมีความอิสระที่จะตัดสินใจระงับข้อพิพาทในหลักการพื้นฐานทั้งที่เป็นระบบกฎหมายภายในประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไปของต่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณี ธรรมเนียมการค้า สามัญสำนึก ความเที่ยงธรรมหรือความยุติธรรม ความอิสระของคู่สัญญา กล่าวว่าการทำสัญญาโดยไม่มีกฎหมายรองรับเพื่อนำมาปรับใช้ซึ่งอนุญาโตตุลาการต้องไม่เลือกใช้ระบบกฎหมายที่มีกฎระเบียบบังคับตายตัวแต่อาจจะค้นหากฎหมายที่เหมาะสมกับข้อพิพาท[44] การแยกกระบวนการอนุญาโตตุลาการออกจากระบบกฎหมายภายในประเทศตามความอิสระของคู่สัญญาที่ต้องการระงับข้อพิพาท ดังนั้นการดำเนินการที่เป็นอิสระในความหมายที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง การให้อิสระแก่คู่สัญญาพิพาทในการกำหนดข้อบังคับว่าด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติในประเทศมาปรับใช้ และเมื่อมีกฎระเบียบต่างประเทศที่คู่สัญญาสามารถที่จะนำเอามาเป็นกลไก เพื่อความสะดวกในการดำเนินงานให้ได้ตามวัตถุประสงค์ ซึ่งไม่มีการแทรกแซงก้าวก่ายจากศาลภายในประเทศ อันจะกล่าวได้ว่าอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีลักษณะของความเป็นสากลตามระบบกฎหมายของรัฐที่คู่สัญญาพิพาททำข้อตกลงกัน

ผู้วิจัยมองว่าทฤษฎีนี้มุ่งเน้นให้เสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา คู่สัญญามีความอิสระอย่างเต็มที่ในการตัดสินใจในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ มีเสรีภาพในการเลือกองค์ประกอบต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการโดยไม่ต้องพิจาณาหรือคำนึงถึงกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงเป็นแนวคิดที่นำมาปฏิบัติจริงยากไม่เหมาะกับหัวข้อวิจัย

---

[44] Harisankar K. Sathyapalan, **International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination**, p.638.

2.2.2.5 ทฤษฎีการให้สิทธิจากอำนาจของรัฐ (Concession Theory)

ทฤษฎีการให้สิทธิเริ่มต้นมาจากแนวคิดของ Mary Stokes ในเรื่องกฎหมายบริษัท (Company Law) มีการอธิบายถึงพัฒนาการจัดการธุรกิจในรูปแบบของบริษัท เริ่มจากการจัดตั้งบริษัท เนื่องจากบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย รัฐให้สิทธิโดยมีสถานะเหมือนบุคคลธรรมดา จากนั้น ฮอง ลิน ยู (Hong Lin-Yu) กับ อีริค ซอซิเออร์ (Eric Sauzier) ได้เอาแนวคิดการให้สิทธิจากอำนาจรัฐมาประยุกต์และใช้อธิบายลักษณะทางกฎหมายของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ [45]

นักทฤษฎีให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นสัญญาที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ในอดีตนั้นการจะดำเนินพิจารณาข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการนั้นยังไม่มีกฎหมายมารองรับอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ รัฐจึงเข้ามาแทรกแซงโดยการออกกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎระเบียบวิธีปฏิบัติของอนุญาโตตุลาการ ผู้สนับสนุนทฤษฎีการให้สิทธิได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างของทฤษฎีนี้กับทฤษฎีอำนาจรัฐ คือรัฐที่ผูกขาดอำนาจฝ่ายเดียวในบริหารการยุติธรรมได้มอบหมายอำนาจบางส่วนให้แก่อนุญาโตตุลาการ และทฤษฎีนี้ยังแตกต่างจากทฤษฎีผสมได้อย่างชัดเจนด้วยเช่นกัน ในแง่ที่ว่าการมีส่วนร่วมของรัฐคือ รัฐพร้อมเข้ามาสนับสนุนเมื่อคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการร้องขอ ซึ่งกล่าวเป็นนัยได้ว่ารัฐเป็นผู้สนับสนุนไม่ใช่ผู้แทรกแซง สำหรับบทบาทรัฐในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ นักทฤษฎีนี้ให้เหตุผลว่าเป็นการร่วมมือระหว่างรัฐต่างรัฐโดยมอบอำนาจหรือให้สิทธิแก่กัน เห็นได้จากการลงนามในอนุสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ[46] ด้วยเหตุนี้ ยูและซอซิเออร์ อธิบายว่า การมอบอำนาจหรือให้สิทธิ สามารถทำได้กับองค์กรที่เกี่ยวข้องหลากหลายองค์กรทฤษฎีและรัฐยังสามารถให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญา อนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือแม้กระทั่งรัฐอื่น การปรับใช้ทฤษฎีนี้กับการคุ้มกันอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ ยูและซอซิเออร์ให้เหตุผลว่าความเป็นอิสระนี้เป็นการมอบอำนาจจากรัฐแก่คณะอนุญาโตตุลาการการในเรื่องประโยชน์สาธารณะซึ่งถือเป็นการมอบอำนาจหรือให้สิทธิที่มีเงื่อนไข กล่าวคืออนุญาโตตุลาการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความความสุจริต การอธิบายในเรื่องความอิสระในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเหมือนกับการให้สิทธิในบริการที่เป็นสาธารณะ การให้สิทธิพิเศษแก่อนุญาโตตุลาการจากรัฐในประเทศต่าง ๆ ส่วน

---

[45] Eric Sauzier and Hong-Lin Yu, “From Arbitrator’s Immunity to the Fifth Theory of International Commercial Arbitration,” **International Arbitration Law Review** 3 (March 2000): 120.

[46] Bruno Manzanares Bastida, “The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration,” **Mercatoria** 6 (2007): 12.

ใหญ่เป็นการดำเนินนโยบายระหว่างประเทศซึ่งทำให้เกิดความอิสระเพิ่มสูงขึ้น ดังนั้นจากความเป็นจริงที่ว่ารัฐส่วนใหญ่ได้มอบความอิสระให้แก่อนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ทำให้เกิดความอิสระร่วมกันจากสิทธิที่ได้รับจากรัฐบาลในประเทศต่าง ๆ ทฤษฎีนี้อาจจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมถูกต้องในเรื่องผูกติดกันมากไปกับการแนวคิดที่ให้ความสำคัญในการเข้าไปแทรกแซงหรือการให้สิทธิจากรัฐ อย่างไรก็ตาม รัฐยังคงหลักการบางประการที่ใช้อยู่ในกระบวนการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะและกฎหมายที่บังคับใช้กับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ในทฤษฎีระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง นักทฤษฎีการให้สิทธิได้เห็นถึงความจำเป็นของแต่ละรัฐในการรักษาความมั่นคงในรัฐของตัวเองกับนโยบายสาธารณะและหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นบทบังคับ ผู้สนับสนุนทฤษฎีการให้สิทธิยอมรับในเรื่องหลักของสัญญาที่อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศใช้เป็นหลักการพื้นฐานในเรื่องของสัญญาอนุญาโตตุลาการ การพัฒนาหรือวิวัฒนาการตามลำดับเวลาของอนุญาโตตุลาการ ปัจจัยพิจารณาอำนาจสูงสุดมีความสำคัญที่ต้องพิจารณาที่มีความเกี่ยวข้องอำนาจรัฐที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐและตลอดพรมแดนแห่งรัฐ ข้อเท็จจริงพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถกำจัดออกไปถ้าพิจารณาภายใต้ทฤษฎีระบบกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่ง ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory) มีความแตกต่างจากทฤษฎีอื่น ๆ เนื่องจากตามความเป็นจริงแล้วไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายในสถานที่ที่ทำการพิจารณาคำชี้ขาดที่มีความสัมพันธ์กับหลักพรมแดนแห่งรัฐและการใช้อำนาจรัฐ (State Power) หรืออำนาจอธิปไตยอำนาจสูงสุดของประเทศ ทฤษฎีการให้สิทธิในการบังคับใช้เป็นการแสดงให้เห็นถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่สามารถพิจารณาคำชี้ขาดได้ ข้อพิพาทเหล่านั้นภายใต้การกำหนดเรื่องพิพาทของแต่ละรัฐ รัฐทุกรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การใช้ดุลยพินิจในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญในข้อพิพาท รับฟังพยานหลักฐานและตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่มีใครจะกระทำได้อีกด้านหนึ่งในกฎระเบียบที่รัฐบัญญัติมาเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับหลักฐานที่ต้องถูกรวมรวบจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับแรก ดังที่ได้กล่าวข้างต้น สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญา คู่สัญญาจะต้องมีความสามารถทางกฎหมายที่ต้องรวบรวมแล้วสรุปในสัญญาเพื่อที่คู่สัญญาจะได้รู้สิ่งที่ขาดไปหรือไม่สมบูรณ์ตามข้อกำหนดโดยรัฐ มิฉะนั้นไม่สามารถใช้เป็นหลักฐานได้

1) สถานะของอนุญาโตตุลาการ (The Status of Arbitrators)

นักทฤษฎีการให้สิทธิจากอำนาจรัฐ กล่าวถึงหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อใช้เป็นการส่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและได้ทำการ

สรุปว่า ศาลและระบบกฎหมายของรัฐมีความเกี่ยวโยงสัมพันธ์กัน[47] ในทางปฏิบัติคู่สัญญาไม่มีแหล่งของข้อมูลทางกฎหมายหรือศาลที่จะทำการระงับพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการเรียกร้องความเป็นธรรมก็อาจจะเกิดความสับสนหรือไม่แน่ใจในการที่จะต้องนำคดีไปขึ้นสู่ศาลใดกันแน่ และศาลที่ตนจะนำคดีไปฟ้องร้องนั้นจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ ทั้งนี้เนื่องจากว่าสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศนั้นแตกต่างกัน สำหรับกรณีที่สัญญามีช่องว่างหรือข้อบกพร่องที่คู่สัญญาไม่ทราบ ไม่ว่าจะมีข้อตกลงของคู่สัญญาหรือไม่ก็ตามคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunal) ก็จะแจ้งให้ทราบถึงความไม่สมบูรณ์ของสัญญาล่วงหน้า ณ สถานที่ที่นั่งพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดจะมีผลผูกพันกับคู่สัญญาตามข้อกฎหมายในการบังคับตามคำชี้ขาด อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีนี้คล้ายทฤษฎีกึ่งอิสระ (Semi-autonomous) ของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในเรื่องการห้ามรัฐต่าง ๆ การเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างสิ้นเชิง ในขณะเดียวกันก็ยอมรับผลที่เกิดจากข้อจำกัดของความเป็นอิสระของคู่สัญญาที่กระทบต่อกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

2) การเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of the Proper Law)

ในเรื่องของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกเพื่อนำมาใช้บังคับกับสัญญา คู่สัญญาได้รับสิทธิจากอำนาจรัฐมีอิสระที่จะเลือกกฎหมายแห่งรัฐเพื่อใช้บังคับกับสัญญาและคู่สัญญายังมีอิสระที่จะเลือกหลักเกณฑ์ที่ไม่ใช่กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งเพื่อบังคับกับสัญญาได้[48] กรณีที่ว่าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้งในสัญญาว่าจะเลือกกฎหมายใดมาบังคับใช้ในสัญญา หลักเกณฑ์ที่ไม่ใช่กฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็จะถูกนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทเพื่อเติมช่องว่างนั้น ๆ ได้

ผู้วิจัยคิดว่าทฤษฎีนี้ไม่เหมาะกับหัวข้อวิจัย การที่รัฐยินยอมให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิพิเศษแก่คู่สัญญา อนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่รัฐอื่นเพื่อดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการและพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทตามที่คู่สัญญาตกลงกันได้อย่างอิสระเป็นเรื่องที่ตอบสนองลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่ธุรกิจการค้านิยม แต่ในขณะเดียวกันรัฐยังคงหลักการบางประการที่ใช้อยู่ในกระบวนการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการตามบทบัญญัติเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะไว้ โดยทฤษฎีนี้คำนึงถึงความจำเป็นของแต่ละรัฐในการรักษาความมั่นคงของรัฐตนกับนโยบายสาธารณะและหลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่เป็นบทบังคับ

---

[47] Emilia Onyema, **International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract** (London: Routledge, 2012), p. 32.

[48] Munir Maniruzzaman "State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal," **Journal of International of Arbitration** 15 (1998): 65-86.

2.3 ความสำคัญของการจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นที่ยังถกเถียงอยู่ในปัจจุบัน คือ ควรจะกำหนดเกณฑ์เช่นใดเพื่อใช้ในการจำแนกว่ากรณีใดเป็นอนุญาโตตุลาการในประเทศ กรณีใดเป็นอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการมีความสำคัญ[49] ซึ่งพอสรุปได้ 3 ประการดังต่อไปนี้

1) การจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ มีผลต่อการพิจารณาว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศถูกนำมาใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะเป็นตัวกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทชนิดใดบ้างที่จะเสนอให้กฎให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดได้[50]

2) การจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ มีผลต่อการพิจารณาว่าศาลของประเทศใดจะมีเขตอำนาจในการให้ความช่วยเหลือ ควบคุม หรือเข้าแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เช่น ในเรื่องของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3) การจำแนกประเภทของอนุญาโตตุลาการ มีผลต่อการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ เช่น ถ้าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นถูกจัดว่าเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศแล้ว การบังคับตามคำชี้ขาดก็อาจต้องกระทำโดยอาศัยสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศนั้นผูกพันในฐานะที่เป็นภาคี ในกรณีที่ถือว่าเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว การบังคับคำชี้ขาดก็อาจกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน

2.4 ประเภทของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจกระทำได้ตั้งแต่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยคู่กรณียังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลหรือในขณะที่เป็นข้อพิพาทกันในศาลแล้วก็ตาม การดำเนินการโดยอนุญาโตตุลาการอาจเป็นอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้นเองหรือดำเนินการโดยสถาบัน

---

[49] อนันต์ จันทรโอภากร, **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536) หน้า 105.

[50] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 105.

อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงใช้บริการ ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงสามารถแบ่งได้หลายประเภท[51] ดังต่อไปนี้

2.4.1 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาทที่อาจกระทำได้ตั้งแต่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วคู่กรณียังมิได้ฟ้องต่อศาลหรือเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในศาลแล้ว แบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือการอนุญาโตตุลาการในศาลและการอนุญาโตตุลาการนอกศาล

1) การอนุญาโตตุลาการนอกศาล

การอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ที่มีอยู่ในวงการธุรกิจนานาประเทศรวมทั้งประเทศไทยเป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล เนื่องจากในทางปฏิบัติอนุญาโตตุลาการมักเกิดจากคู่กรณีพิพาทได้ตกลงกันล่วงหน้าก่อนข้อพิพาทเกิดขึ้นว่าหากมีข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์ในสัญญาหลัก เช่น สัญญาซื้อขายที่มีต่อกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) หรืออาจเกิดจากการที่คู่กรณีตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว (Submission) แต่โดยทั่วไปในทางปฏิบัตินั้น การอนุญาโตตุลาการนอกศาลมักเกิดจากข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีประเทศไทยอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545[52]

2) การอนุญาโตตุลาการในศาล

การอนุญาโตตุลาการในศาลนั้นเป็นการตกลงกันของคู่กรณีให้เสนอข้อพิพาทของตนที่เป็นคดีอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดโดยความเห็นชอบของศาลได้ อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการประเภทนี้มีอยู่ในกฎหมายบางประเทศเท่านั้น เช่น ประเทศไทย บางมลรัฐและบางเขตอำนาจของศาลสหรัฐในสหรัฐอเมริกา การเกิดของการอนุญาโตตุลาการชนิดนี้มีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละประเทศ

---

[51] จันทนา สมพงษ์ชัยกุล, **วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 18.

[52] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 38.

2.4.2 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามบุคคลที่ดำเนินการระงับข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการวิธีนี้เป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาล คือ เป็นการที่คู่กรณีพิพาทมีความประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจดำเนินการโดยคู่กรณีเองหรือโดยการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ย่อมได้

1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration)

เป็นกรณีที่คู่กรณีตกลงร่วมกันในการดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาและให้อนุญาโตตุลาการพิจาณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้ทำให้คู่พิพาทมีภาระงานมาก แต่ก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานสามารถประหยัดรายจ่าย อย่างไรก็ตามคู่พิพาทอาจมีปัญหากับงานทางด้านคดี เพราะเป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถด้านกฎหมายและประสบการณ์ด้านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นจึงทำให้คู่พิพาทอนุญาโตตุลาการไม่ค่อยนิยมใช้อนุญาโตตุลาการประเภทนี้ ซึ่งปัญหานี้คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ตระหนักถึงปัญหานี้และเพื่อสนับสนุนใช้วิธีการระงับข้อพิพาทการค้าระหว่างประเทศ จึงได้จัดทำข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการซึ่งเรียกว่า “UNCITRAL Arbitration Rules 1976” ในปี พ.ศ. 2519 และมีการปรับปรุงใหม่ในปี พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2010) ดังนั้นหากคู่พิพาทใดต้องการดำเนินการเอง แต่ไม่ต้องการมีภาระงานคดีก็สามารถนำ UNCITRAL Arbitration Rules 1976 มาใช้ได้[53]

2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration)

เป็นกรณีที่คู่พิพาทประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยการอนุญาโตตุลาการโดยตกลงใช้บริการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าว วิธีการเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการใดเป็นผู้ให้บริการทำได้โดยง่ายเพียงแต่คู่พิพาทกำหนดในสัญญาอนุญาโตตุลาการว่าต้องการดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้สถาบันใดเท่านั้นก็ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ระบุนั้น มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ตามข้อบังคับสถาบันได้ ในมีปัจจุบันสถาบันต่าง ๆ ที่ให้บริการการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทในทุกระดับตั้งแต่ข้อพิพาททางธุรกิจภายในประเทศจนถึงระดับข้อพิพาททางธุรกิจระหว่างประเทศ สถาบันอนุญาโตตุลาการเหล่านั้นไม่ได้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการคือพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยตรง แต่ให้บริการด้านการบริหารงาน สถาบันอนุญาโตตุลาการทุกแห่งจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจร่างขึ้นเองหรือนำข้อข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการขององค์กรระหว่าง

---

[53] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, **คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558), หน้า 22.

ประเทศที่ได้รับความนิยมมาใช้ ข้อบังคับนี้จะช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทที่ต้องการใช้บริการของสถาบันได้ดี เพราะข้อบังคับดังกล่าวจะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับคู่พิพาทการอนุญาโตตุลาการ ตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด การตั้งอนุญาโตตุลาการและทางแก้ไขในกรณีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมตั้งอนุญาโตตุลาการ

2.4.3 การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท

การอนุญาโตตุลาการที่แบ่งตามลักษณะข้อพิพาทสามารถแบ่งได้เป็น 5 ลักษณะคือ

1) การอนุญาโตตุลาการทั่วไป (Arbitration)

เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งทั่วไประหว่างคู่กรณีพิพาทที่ตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือจะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอกซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการให้ทำการพิจารณาชี้ขาด โดยคู่กรณีพิพาทต้องมีสัญชาติเดียวกัน อนุญาโตตุลาการมีสัญชาติเดียวกันและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงกันไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้ นอกจากนั้นอาจดำเนินการโดยการใช้บริการของสถาบันหรือดำเนินการกันเองก็ได้

2) การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจหรือการอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ (Commercial Arbitration)

เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับธุรกิจหรือการค้าการพาณิชย์และรวมไปถึงกิจการอื่นที่มิใช่การค้าโดยตรงที่มีลักษณะเป็นการภายในประเทศใช้กฎหมายและกฎข้อบังคับต่าง ๆ ภายในในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท โดยไม่คำนึงว่าคู่กรณีพิพาทเป็นคนสัญชาติเดียวกันหรือไม่

3) การอนุญาโตตุลาการทางธุรกิจระหว่างประเทศ (International Business Arbitration)

เป็นกระบวนระงับข้อพิพาททางธุรกิจที่คู่กรณีมีสัญชาติต่างกันหรือกฎหมายภายในของประเทศที่มีการอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นระหว่างประเทศ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือการค้าระหว่างประเทศและการอนุญาโตตุลาการทางการลงทุน

4) การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration)

เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการภายในประเทศใดประเทศหนึ่งที่ถูกขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใดหรือดำเนินการภายนอกประเทศนั้นแต่กฎหมายของประเทศดังกล่าวถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

5) การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Arbitration)

เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางแพ่งโดยการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการนอกประเทศที่ถูกขอให้บังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าคู่กรณีจะมีสัญชาติใดหรือดำเนินการภายในประเทศนั้นแต่กฎหมายของประเทศดังกล่าวถือว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

2.5 กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นส่วนที่มีความสำคัญเพราะการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นได้หรือไม่จากส่วนนี้ หากเข้มงวดมากในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำให้การเริ่มการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความยากลำบาก ส่วนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นส่วนที่เกี่ยวกับวิธีต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด เริ่มจากการตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดซึ่งถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนนี้มีความสัมพันธ์อย่างมากกับข้อบังคับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะจัดทำขึ้นเองแบบเฉพาะกิจหรือข้อบังคับของสถาบันจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด คู่สัญญามีอิสระในการกำหนดข้อบังคับด้วยตัวเองสำหรับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หรือว่าใช้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือดำเนินตามแนวปฏิบัติมาตรฐานการอนุญาโตตุลาการของสมาคมการค้าระหว่างประเทศ คู่สัญญาอาจจะเลือกระบบกฎหมายที่เฉพาะเจาะจงเพื่อเป็นการอ้างอิงในการนำไปใช้กับสัญญาโดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือกฎหมายสารบัญญัติการที่วิธีระงับข้อพิพาทชนิดนี้มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาและคู่กรณีสามารถตกลงรายละเอียดของการอนุญาโตตุลาการได้ค่อนข้างมากตามหลักการมีอำนาจตัวเอง (Party Autonomy) เช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาและรายละเอียดเรื่องการกำหนดสถานที่ ภาษาที่ใช้ วิธีพิจารณา กฎหมายที่ใช้บังคับทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ จึงทำให้คู่กรณีสามารถเลือกกำหนดรายละเอียดและควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทได้ ดังนั้นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทันสมัยจึงกำหนดให้คู่กรณีตกลงกันในรายละเอียดครอบคลุมถึงการควบคุมกระบวนการระงับข้อพิพาทในคดีของตน หากเรื่องใดไม่ได้ตกลงกันก็อยู่ในอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ส่วนศาลจะให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนในส่วนที่คู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการเองได้ เช่น การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การช่วยแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

การช่วยคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างพิจารณา และการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ

2.5.1 สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement)

สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อให้ส่งข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด แต่เดิมกฎหมายประเทศต่าง ๆ มักกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ เพื่อคุ้มครองคู่กรณีซึ่งสละกระบวนพิจารณาศาลยุติธรรม ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งมุ่งใช้กับกรณีการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นย่อหย่อนลงไปมาก คือเพียงแต่มีพยานหลักฐานว่าคู่กรณีได้ทำข้อตกลงในเรื่องนี้ก็เพียงพอแล้ว เช่น การแลกเปลี่ยนโทรเลข (Article II (2)) หลักการทำนองเดียวกันนี้ได้ขยายมาใช่กับการสื่อสารคมนาคมที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ ด้วย เช่น โทรสาร อีเมล์

ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ไม่จำเป็นต้องทำพร้อมกับสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ และแม้รวมอยู่เป็นข้อหนึ่งในสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ ความสมบูรณ์หรือบกพร่องของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นเรื่องของสัญญาอีกฉบับหนึ่งซึ่งแยกต่างหากจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้ แนวคิดนี้เกิดจากการที่ผู้ที่ไม่อยากใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทพยายามเตะถ่วงโดยอ้างว่าสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้อันเป็นข้อพิพาทเป็นโมฆะ และข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญานั้นจึงพลอยเป็นโมฆะด้วย นักทฤษฎีทางอนุญาโตตุลาการจึงหาทางแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้อันเป็นข้อพิพาทกล่าวคือเป็นสัญญาสองฉบับต่างกันแม้จะบรรจุอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันก็ตาม

สัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนี้ คู่กรณีตกลงเปลี่ยนแปลงได้เสมอ รวมทั้งเลิกเสียก็ได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีคำชี้ขาดและแม้มีคำชี้ขาดแล้วคู่กรณีอาจตกลงกันไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นก็ได้ ในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้น อาจทำสำหรับข้อพิพาทที่มีอยู่แล้ว หรือสำหรับข้อพิพาทที่ยังไม่เกิดขึ้น[54]

---

[54] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545), หน้า 21, 161.

2.5.2 หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy)

คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการนับตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการพิจารณา[55] วิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (Rules of Procedure) เป็นไปตามข้อบังคับที่คู่กรณีเลือก ซึ่งอาจเกิดจากการที่คู่กรณีเลือกสถาบันใดเป็นผู้บริหารการอนุญาโตตุลาการนั่นเอง อย่างไรก็ตามข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการยังต้องอยู่ใต้บังคับกฎหมายที่ใช้แก่การอนุญาโตตุลาการนั้นเอง ซึ่งโดยปกติได้แก่กฎหมายแห่งสถานที่ซึ่งมีการทำการพิจารณาเป็นครั้งแรก เว้นแต่คู่กรณีจะได้เลือกกฎหมายของประเทศอื่น และกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาเป็นครั้งแรกนั้นเองอนุญาตให้ทำเช่นนั้น มีข้อควรสังเกตว่าไม่ว่าข้อบังคับหรือกฎหมายมักทิ้งช่องว่างไว้เพื่อให้ผู้ที่มาเป็นอนุญาโตตุลาการสามารถสร้างความยืดหยุ่นให้เหมาะสมแก่กรณีและแท้ที่จริงช่องว่างเหล่านั้นจำเป็นต้องมีอยู่ เพราะคู่กรณีมักมาจากระบบกฎหมายที่ต่างกัน การใช้วิธีพิจารณาแบบใดแบบหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียวโดยเคร่งครัดอาจสร้างความไม่เป็นธรรมในทางวิธีพิจารณาให้แก่คู่ความฝ่ายที่ไม่ถนัดในวิธีการนั้น ๆ เป็นอย่างยิ่ง[56]

โดยทั่วไปคู่กรณีส่วนใหญ่มักเลือกกฎหมายสารบัญญัติสำหรับบังคับแก่สัญญาของตน และเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยใช้กฎหมายของสถานที่ทำการนี้บังคับแก่กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ที่สำคัญคือเมื่อคู่กรณีได้เลือกกฎหมายไว้อย่างใด คณะอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินการตามนั้น หากคณะอนุญาโตตุลาการเพิกเฉยต่อการเลือกเช่นว่าอาจเป็นสาเหตุทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถูกเพิกถอนได้ด้วยเหตุคณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือด้วยเหตุกระบวนพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการไม่ชอบโดยไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท นอกจากนี้ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้ตกลงกันว่าจะเลือกใช้วิธีพิจารณาเช่นไรเป็นการเฉพาะ แต่คู่กรณีมักเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ต้องบังคับใช้กฎหมายการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ[57]

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งใช้บังคับกับกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเกือบทั้งหมดคือกฎหมายแห่งประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในบางครั้งมักถูกอ้างเป็นกฎหมายกระบวนพิจารณาหรือกฎหมายวิธีพิจารณา (Curial Law) ในความเป็นจริงนอกจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้วยังเป็นส่วนหนึ่งของ

---

[55] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 138.

[56] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 158.

[57] Margaret L. Moses, **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, (Cambridge: University Press, 2008), pp. 62-63.

กฎหมายสารบัญญัติ อย่างไรก็ตามเส้นแบ่งระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติยังไม่ค่อยชัดแจนนักและมักแตกต่างกันในแต่ละประเทศ สิ่งที่สำคัญที่ต้องทำความเข้าใจคือประเด็นต่าง ๆ ภายใต้บังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมากกว่าเพื่อดูกฎหมายนี้มีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงเลือกใช้ และมีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่องนิติกรรมสัญญา ตัวอย่างที่ดีสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศหนึ่งคือ กฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) แม้มีการนำไปใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายประเทศแต่ก็ยังมีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามอำนาจพิจารณาที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเนื้อหาหลักส่วนใหญ่เหมือนกัน อาทิเช่น ความสมบูรณ์ของสัญญา บทบาทศาลในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น ส่วนประเทศที่ไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบไปใช้ในการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนมักบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอย่างละเอียด ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ จะให้ได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีการปรับปรุงแก้ไขครอบคลุมที่ดีซึ่งตรงข้ามกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1925 และไม่เคยมีการแก้ไขปรับปรุง เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีเนื้อหาสั้นและมีข่อจำกัดของกฎหมายแม้จะมีการขยายความให้ครอบคลุมโดยคำพิพากษาหรือการตีความของผู้พิพากษา[58]

ในเรื่องข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หากกฎหมายอนุญาโตตุลาการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นบทบังคับ (The *lex arbitri* are mandatory) ซึ่งถือว่ามีน้อยมากในเรื่องการค้าระหว่างประเทศ เช่นนั้นแล้วหากคู่กรณีได้ตกลงเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไว้แล้วไม่ว่าจะเป็นแบบเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) หรือ แบบสถาบัน (Institutional Arbitration) ในกรณีเช่นนี้ให้ใช้วิธีพิจารณาตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับแรกเสียก่อน ทั้งนี้การเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หมายถึงข้อตกลงของคู่กรณีว่าจะดำเนินกระบวนพิจารณาไปในแนวทางใด และข้อบังคับนี้เองที่ถือว่าเป็นแนวทางที่สำคัญที่สุดสำหรับวิธีพิจารณาที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการ ทนายความหรือที่ปรึกษาทางกฎหมายจะต้องศึกษาอย่างรอบครอบเพื่อให้เข้าใจถึงความแตกต่างของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ก่อนที่จะเลือกเพื่อใช้กับการอนุญาโตตุลาการ[59] เมื่อคู่กรณีได้เลือกข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติไว้แล้ว คู่กรณีไม่เพียงแค่ตกลงกันเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ได้ตกลงผูกพันกับข้อบังคับของสถาบันนั้นด้วยซึ่งเทียบเท่ากับ

---

[58] *Ibid.*, p. 64.

[59] *Ibid.*, p. 65.

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อใช้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่ง แม้ว่าจะมีข้อยกเว้นบางประการว่าคู่กรณีอาจตกลงกันให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหนึ่งแต่ให้ใช้ข้อบังคับของอีกสถาบันหนึ่งเป็นวิธีพิจารณา[60] ข้อบังคับสถาบันต่าง ๆ ผูกพันคู่สัญญาที่เรียกว่า Incorporated by Reference ยกตัวอย่างเช่น อ้างว่าให้อยู่ภายใต้การจัดการของหอการค้านานาชาติ (Rules of ICC) ข้อบังคับสถาบัน ICC นี้จึงเป็นกฎหมายเฉพาะของคู่สัญญา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องที่เขาตกลงกันได้ ดังนั้นก่อนที่จะไปดูกฎหมาย จำเป็นต้องศึกษาข้อบังคับสถาบันก่อนว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการมีประเด็นนั้น ๆ ในข้อบังคับหรือไม่ ถ้ามีต้องใช้ตามนั้นก่อน ถ้าไม่มีจึงไปดูกฎหมาย เพราะข้อบังคับเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สัญญาคือกฎหมายสูงสุด มีหลักกฎหมายเขียนไว้ชัดเลยว่าข้อตกลงของคู่กรณีเป็นดั่งกฎหมายของคู่กรณี

ข้อบังคับสถาบันเหล่านี้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มจากยื่นคำเสนอข้อพิพาทตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไปจนกระทั่งถึงการทำคำชี้ขาด ข้อบังคับเหล่านี้ไม่ได้ใช้แทนที่บทบัญญัติเด็ดขาดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในกรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิของคู่ความในกระบวนพิจารณาที่ต้องได้รับความเท่าเทียมและเป็นธรรมหรือสิทธิในการคัดค้านคำชี้ขาด ข้อบังคับสถาบันเป็นกฎหมายผูกพันคู่กรณีจากข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุนี้ไม่มีคู่พิพาทฝ่ายใดสามารถยกเว้นการใช้ข้อบังคับโดยลำพังได้และศาลแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการย่อมผูกพันต้องบังคับภายใต้ข้อบังคับนั้นตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy)[61]

ดังนั้นจึงไม่น่าแปลกใจเมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการมักแก้ไขปรับปรุงข้อบังคับสถาบันตนสม่ำเสมอตามคำแนะนำของนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญ และบ่อยครั้งที่สถาบันอนุญาโตตุลาการมักปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับสถาบันตนเพื่ออุดช่องโหว่ของข้อบังคับที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการของคู่พิพาท นอกจากนี้ผู้เชี่ยวชาญที่ใช้ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการหนึ่งจนคล่องแคล่ว มักชอบระงับข้อพิพาทภายใต้ข้อบังคับสถาบันนั้นมากกว่าไปใช้ข้อบังคับสถาบันอื่น ซึ่งถือว่ามีเหตุผลเนื่องจากการจะเข้าใจและทำความคุ้นเคยกับข้อบังคับสถาบันแห่งใหม่ต้องใช้เวลามากพอควร และข้อบังคับสถาบันที่แตกต่างหลากหลายก็ไม่เป็นที่นิยมในหมู่ที่ปรึกษากฎหมายทนายความระหว่างประเทศที่ต้องทำงานด้วยความรวดเร็ว

---

[60] Ilias Bantekas, **An Introduction to International Arbitration** (Cambridge: University Press, United Kingdom, 2015), p. 166.

[61] *Ibid.*, p.162.

หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) ในการอนุญาโตตุลาการนั้นมีขอบเขตกว้างกว่ากระบวนการพิจารณาศาลยุติธรรม โดยมีข้อจำกัดค่อนข้างน้อย (เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกับเรื่องสิทธิของคู่ความในกระบวนพิจารณา) คู่กรณีสามารถเลือกหรือยกเว้นวิธีพิจารณาอย่างไรก็ได้ ความอิสระนี้ไม่ได้มาจากกฎหมายธรรมชาติแต่ได้มาจากบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นทางการ (กฎหมายของประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินกระบวนพิจารณา กฎหมายนิติกรรมสัญญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอื่น ๆ) การที่คู่สัญญาสามารถเลือกกระบวนพิจารณาภายใต้กฎเกณฑ์ที่ตนเองได้ตกลงกัน แสดงให้เห็นว่ารัฐเข้าใจถึงความจำเป็นของคู่สัญญาทางธุรกิจที่เข้ามาควบคุมกระบวนพิจารณา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าการควบคุมเช่นนี้จะไม่มีขอบเขตจำกัด

ข้อจำกัดของหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) เกิดขึ้นได้จากปัจจัยหลักสองปัจจัย ปัจจัยแรกคือ การควบคุมโดยศาลยุติธรรม ตราบใดที่นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาอยู่ในกรอบของข้อสัญญาและกรอบของกฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งตกลงกันระหว่างคู่สัญญา หลักการนี้ก็ยังคงเป็นเช่นนั้นได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่คู่กรณีเห็นต่างและไม่สามารถตกลงกันได้ในเรื่องกรอบการใช้กฎหมาย (ทั้งที่ก่อนหน้าที่จะมีความขัดแย้งต่างเห็นพร้องต้องกัน) หรือเป็นเรื่องที่กระทบกับประโยชน์สาธารณะและบทบังคับเด็ดขาดหรือหลักความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ขัดกับข้อตกลงของคู่สัญญา หรือข้อตกลงสามารถตีความได้หลายทางและจำเป็นต้องมีการชี้ชัดในเรื่องเช่นว่าสถานการณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ หากไม่มีแนวปฏิบัติที่เป็นแนวทางเหมือนกัน กระบวนพิจารณาโดยระบบศาลยุติธรรมต้องเข้ามา หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) ก็ย่อมถูกจำกัดลง ปัจจัยต่อมาคือ การตีความข้อความในสัญญา หากข้อความในสัญญามีลักษณะแบบเดียวกันหมดและตีความไปในทิศทางเดียวกันเหมือนกันหมดทุกระบบกฎหมายย่อมไม่มีผลใดใดกับหลักการนี้เลย แต่ในความเป็นจริงข้อความในสัญญากลับเข้าใจไม่เหมือนกันแม้กระทั่งคำธรรมดา ๆ สามารถมีความหมายที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเพณีวัฒนธรรมของผู้ตีความ เช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศแม้อยู่ในระบบจารีตประเพณีเดียวกันก็มีความแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น เรื่องเหตุสุดวิสัยที่เป็นเหตุให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้เนื่องจากอยู่นอกเหนือการควบคุม กรณีที่ผู้ขาย (ผู้ผลิต) ไม่สามารถขายสินค้าให้ผู้ซื้อได้ตามสัญญาเพราะเหตุ Suppliers ส่งวัตถุดิบในการผลิตให้ไม่ทัน กรณีนี้มีความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ในเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพราะเหตุสุดวิสัย กฎหมายอังกฤษมองว่าความรับผิดนี้เป็นของผู้ขาย (ผู้ผลิต) ในการคัดเลือก Suppliers ไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดนี้ได้ ในขณะที่กฎหมายเยอรมันมีมุมมองที่ต่างออกไป โดยมองว่าหากผู้ขาย (ผู้ผลิต) สามารถพิสูจน์ได้

ว่าไม่มีความเลินเล่อและเลือก Suppliers ผู้ขาย (ผู้ผลิต) ไม่ต้องรับผิด จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่า แม้ข้อความในสัญญาจะใช้ถ้อยคำที่เหมือนกันแต่ความเข้าใจต่างกันในกฎหมายที่ใช้บังคับต่างกัน[62]

2.5.3 อนุญาโตตุลาการ (Arbitrators)

ในการอนุญาโตตุลาการนั้นต้องมีบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีพิพาท ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกคนเดียวหรือหลายคนที่คู่กรณีพิพาทหรือบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย แต่งตั้งเพื่อให้เป็นคนกลางและทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงมีบทบาทมากในวิธีการระงับข้อพิพาทนี้ และความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการอนุญาโตตุลาการนั้นขึ้นอยู่กับบุคคลดังกล่าว[63] ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจึงถือว่ามีความสำคัญมากที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการมีคุณภาพหรือไม่เพียงใด แม้คุณภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยปัจจัยหลายประการ แต่การมีอนุญาโตตุลาการที่มีคุณภาพทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น[64] ในขณะที่การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่นำมาใช้กันเกือบจะทุกภูมิภาคของโลก แต่การยอมรับอย่างกว้างขวางในประเด็นว่าอะไรคือการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรืออะไรคือการเป็น “อนุญาโตตุลาการที่ดี”กลับเน้นเรื่องการรับรู้บทบาท (Role Perception) และคุณธรรมจริยธรรมเสียมากกว่า ซึ่งแนวคิดเช่นว่ามีมานานจนได้ฝังรากลึกและมีอิทธิพลที่สำคัญต่อแนวปฏิบัติที่มีอยู่ในปัจจุบันในเรื่องบทบาทที่มีศีลธรรมจรรยาเป็นหลักประพฤติปฏิบัติเป็นแนวทางสำหรับอนุญาโตตุลาการและการบัญญัติกฎหมายโดยปริยาย[65]

2.5.3.1 บทบาท อำนาจ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทถือว่าสำคัญมาก หากปรากฏว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือกระทำเกินขอบเขต

---

[62] Giuditta Cordero-Moss, **Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration**, Retrieved April 11, 2018 from https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=jlia

[63] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ**, ค้นวันที่ 3 ตุลาคม 2560 จาก http:// thac.or.th/2015/01/13/thac-article-001

[64] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 129.

[65] Shahla F. Ali, “The Morality of Conciliation: An Empirical Examination of Arbitrator "Role Moralities" in East Asia and the West,” **Harvard Negotiation Law Review** 16 (Spring 2011): 1.

อำนาจตนเองย่อมมีผลทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกศาลเพิกถอนหรืออาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดนั้นได้[66] ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ตกลงในเรื่องข้อบังคับเป็นการเฉพาะ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินตามกระบวนการพิจารณาในลักษณะที่เห็นว่าเหมาะสม อนุญาโตตุลาการผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจที่สำคัญมาก โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามขั้นตอนเคร่งครัดเยี่ยงศาลตราบใดที่แนวปฏิบัตินั้นให้ความยุติธรรมแก่คู่พิพาททุกฝ่าย ในขณะเดียวกันสามารถออกคำสั่งในชั้นพิจารณาและรายละเอียดอื่น ๆ อันได้แก่การกำหนดวันรับฟังพยาน การเลื่อนนัดพิจารณา การดำเนินกระบวนพิจารณาสืบพยานต่อไปโดยคู่ความฝ่ายหนึ่งไม่เข้าร่วมกระบวนพิจารณาแม้ได้รับการบอกกล่าวอย่างแจ้งชัด การออกคำสั่งเผยพยานหลักฐาน การออกคำสั่งตรวจสอบพยานหลักฐาน ทรัพย์สินหรือเคหะสถาน การออกคำสั่งในเรื่องหลักประกันค่าใช้จ่าย การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ อำนาจเหล่านี้ของอนุญาโตตุลาการอาจดูน่าเกรงขามและมีดุลยพินิจอย่างไม่มีจำกัด การใช้อำนาจในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณามักไม่ค่อยถูกตรวจสอบโดยศาล โดยทั่วไปศาลประเทศนั้น ๆ ไม่มีอำนาจในการกำกับอนุญาโตตุลาการในการที่จะใช้หรือปฏิเสธที่จะใช้อำนาจภายใต้ขอบเขตอำนาจของตน[67]

2.5.3.2 ที่มาของอำนาจอนุญาโตตุลาการ

อำนาจของอนุญาโตตุลาการมีบ่อเกิดมาจากรัฐโดยผลของกฎหมายและขอบเขตอำนาจที่เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ระบุอย่างชัดแจ้งในสัญญาอนุญาโตตุลาการครอบคลุมถึงข้อพิพาทในอนาคตหรือระบุในสัญญาแยกต่างหากสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ได้ อำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานและทำคำชี้ขาดต้องเป็นไปตามสัญญาที่ทำขึ้นโดยคู่สัญญาเท่านั้น อำนาจนี้เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาและไม่สามารถขยายขอบเขตเกินกว่าที่คู่สัญญากำหนดไว้และเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ไม่เพียงแต่กฎหมายในประเทศเท่านั้นที่จำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการ จารีตประเพณีระหว่างประเทศและอนุสัญญาต่าง ๆ ก็มีบทบาทสำคัญในการจำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน อนึ่งอำนาจอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจขยายขอบเขตได้ตามการเปลี่ยนแปลงหรือการพัฒนาที่ขยายตัวอย่างรวดเร็ว[68] กล่าวโดยสรุปอำนาจอนุญาโตตุลาการจึงมีที่มาจากอำนาจสองประการดังนี้

1) อำนาจที่มาจากสัญญา คือ เป็นอำนาจที่คู่พิพาทมอบให้โดยขึ้นเกิดจากการเจตนาของคู่พิพาทที่ทำสัญญากำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทโดยอาจเป็นอำนาจ

---

[66] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 178.

[67] Sigvard Jarvin, “The Sources and Limits of the Arbitrator's powers,” **Arbitration International** 2 (April 1986): 140.

[68] *Ibid.*, p. 142.

โดยตรงที่กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างแจ้งชัดในสัญญาอนุญาโตตุลาการและย่อมผูกพันแต่คู่สัญญาเท่านั้น หาได้ผูกพันใช้บังคับกับบุคคลภายนอกที่มิได้ร่วมตกลงด้วย หรือ อำนาจโดยปริยายจากการที่คู่พิพาทได้ทำการตกลงกันในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเนื่องจากข้อบังคับสถาบันได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการไว้[69]

2) อำนาจที่ได้รับมาตามกฎหมาย คือ อำนาจที่มีบทบัญญัติของกฎหมายรับรองกล่าวคือ คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการรับฟังข้อเท็จจริงตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อระงับข้อพิพาทของคู่พิพาท ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้สามารถใช้การอนุญาโตตุลาการได้ คือ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือนโยบายสาธารณะ[70]

2.5.3.3 การตรวจสอบการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการ

การใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรภาครัฐหรือเอกชน หลักสำคัญประการหนึ่งที่มีความจำเป็นคือ การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่[71] การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็เช่นกันต้องมีการตรวจสอบ เพื่อป้องกันการบิดเบือนการใช้อำนาจ หากอนุญาโตตุลาการมีการใช้อำนาจที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทหรือใช้ไปในทางทุจริตเพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ[72]

ในการควบคุมและตรวจสอบนั้นสามารถดำเนินการได้ดังนี้

1) ดำเนินการด้วยตัวอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น แม้จะมีระบบการบริหารและตรวจสอบ แต่สิ่งที่สำคัญยิ่งกว่าระบบและการบริหารจัดการคือ ตัวผู้ใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ การอำนวยความยุติธรรมสิ่งสำคัญนอกจากตัวบทกฎหมายแล้ว ตัวบุคคลยิ่งสำคัญมากกว่าเนื่องจากเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายและตีความกฎหมายเพราะกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้บัญญัติขึ้นตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างเพียงเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในขณะนั้น แต่สังคมย่อมมี

---

[69] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 16.

[70] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 16.

[71] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 18.

[72] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 18.

วิวัฒนาการและเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้ การที่จะนำกฎหมายมาใช้ในการแก้ไขปัญหาสังคมก็ดี การพัฒนาสังคมก็ดี จึงอยู่ที่ความรู้สำนึกและความรับผิดชอบของผู้ใช้กฎหมายนั้นเอง[73]

การที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี จึงต้องตีความกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย ใช้ดุลยพินิจเพื่อพิจารณาพยานหลักฐาน โดยอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ฉะนั้นอนุญาโตตุลาการจึงต้องจำกัดอำนาจตนเองให้อยู่ภายใต้กรอบอำนาจนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นบุคคลที่มีคุณธรรม มีสำนึกและความรับผิดชอบต่อหน้าที่ ตั้งมั่นในจริยธรรมวิชาชีพ วางตัวเป็นกลาง ปราศจากอคติลำเอียง พร้อมทั้งใช้ความรู้ความสามารถอย่างเต็มที่เพื่อให้คู่พิพาทได้รับความยุติธรรม

2) ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ

สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละแห่งจะทำการคัดเลือกอนุญาโตตุลาการโดยพิจารณาจากคุณสมบัติ การควบคุมโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการจึงเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นได้ขึ้นทะเบียนเป็นอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่ง เช่น หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) มีหลักเกณฑ์การคัดเลือกที่เคร่งครัด พิจารณาจากความสามารถและความชำนาญ ประสบการณ์และสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ การพิจารณาในเรื่องความยุติธรรม กล่าวได้ว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการทางอ้อมผ่านการคัดเลือกตัวอนุญาโตตุลาการ สำหรับ สถาบัน ICC นั้นมีคณะกรรมการคอยตรวจสอบร่างคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทที่ได้ทำขึ้น ณ สถาบันแห่งนี้ คณะกรรมการเหล่านี้ประกอบด้วยตัวแทนจากทุกประเทศเพื่อพิจารณาว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีประเด็นปัญหาใดหรือไม่ โดยการซักถามอนุญาโตตุลาการ จึงถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอีกครั้งและน่าจะทำให้คำชี้ขาดนั้นมีความสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักความยุติธรรม วิธีการนี้จึงน่าจะมีผลดีและมีประสิทธิภาพในการควบคุมและตรวจสอบอนุญาโตตุลาการอีกทางหนึ่งด้วย[74]

3) โดยบทบัญญัติของกฎหมาย

สำหรับการควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการโดยบทบัญญัติ เป็นการควบคุมผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้บทบัญญัติกฎหมายบัญญัติ ซึ่งทำได้โดยคู่ความและศาลที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวได้ว่าเป็นกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อถ่วงดุลและสร้างความยุติธรรม ช่วยให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินอย่างมีประสิทธิภาพ

---

[73] ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, **เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 11.

[74] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 20.

(1) การควบคุมโดยคู่ความ

ในประเด็นนี้กฎหมายกำหนดให้คู่ความสามารถทำได้ตั้งแต่ก่อนเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งสิ้นสุดกระบวนพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาด

(1.1) การควบคุมก่อนเริ่มต้นกระบวนพิจารณา

กฎหมายกำหนดไว้นับแต่การตั้งอนุญาโตตุลาการ เพราะการอนุญาโตตุลาการเกิดจากสัญญาของคู่กรณีที่ตกลงกันโดยใช้วิธีระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ ซึ่งกฎหมายให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ด้วยตัวเอง การแต่งตั้งจึงเป็นสัญญาระหว่างคู่กรณีสองฝ่ายที่เสนอให้บุคคลเข้าทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของต้น จึงกล่าวได้ว่าขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่สำคัญ ซึ่งในทางปฏิบัติบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกมาเป็นอนุญาโตตุลาการ มักเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ ซื่อสัตย์ ปราศจากอคติ และเป็นผู้เข้าใจวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดี จึงกล่าวได้ว่าคู่พิพาทได้ทำหน้าที่ควบคุมและคัดกรองในระดับหนึ่ง

(1.2) การควบคุมระหว่างกระบวนพิจารณา

ในเรื่องนี้กฎหมายกำหนดไว้โดยให้คู่ความสามารถคัดค้านและถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนับว่าเป็นกลไกถ่วงดุลและป้องกันความไม่ยุติธรรมได้นะดับหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายตรงข้ามย่อมต้องตรวจสอบคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่อีกฝ่ายแต่งตั้ง หากพบว่ามีส่วนได้ส่วนเสียมีแนวโน้มลำเอียงก็ทำการคัดค้านได้ ในส่วนของเรื่องการถอดถอน กฎหมายมิได้บัญญัติรายละเอียดอย่างแจ้งชัด แต่หากพิจารณาจากมาตรา 22 ที่บัญญัติไว้เรื่องการสิ้นสุดลงของการเป็นอนุญาโตตุลาการจะเห็นได้ว่า มีเหตุหนึ่งที่ระบุไว้ว่า “คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง” ซึ่งหมายถึง การตกลงกันถอดถอนอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายนั่นเอง[75] ด้วยเหตุนี้การตกลงกันจึงเป็นเรื่องสัญญาของคู่กรณี การถอดถอนโดยฝ่ายเดียวไม่อาจทำได้ต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายด้วย เพราะหากทำเช่นนั้นได้โดยง่ายอาจเป็นช่องทางให้คู่กรณีสามารถบีบบังคับอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตนต้องการ

(1.3) การควบคุมหลังจากกระบวนการพิจารณา

ภายหลังสิ้นสุดกระบวนการพิจารณา กฎหมายได้วางกลไกถ่วงดุลการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้อีก โดยกำหนดให้คู่ความและศาลเข้ามามีส่วนควบคุม เมื่อมีคำชี้ขาดแล้ว คู่พิพาทฝ่ายชนะย่อมมีสิทธิเรียกให้ฝ่ายแพ้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 41 และ มาตรา 42 และคู่พิพาทฝ่ายแพ้สามารถอ้างเหตุตาม

---

[75] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ,** หน้า 104.

มาตรา 40 คัดค้านคำชี้ขาดและขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังอนุญาตให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการมีสิทธิขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 โดยไม่จำเป็นต้องรอให้อีกฝ่ายร้องบังคับตามคำชี้ขาดก่อน

(2) การควบคุมโดยศาล

สำหรับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการโดยศาลนั้น ได้บัญญัติสอดแทรกอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการอยู่หลายเรื่อง โดยเป็นกรณีที่กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้เพื่อเป็นการถ่วงดุล ตรวจสอบ โดยกฎหมายให้ศาลเข้ามามีส่วนช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนพิจารณาบางเรื่อง อาทิเช่น เรื่องการคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งปกติแล้วคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านต้องยื่นคำคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการให้พิจารณา หากอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวหรือกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว กฎหมายได้วางระบบเพื่อให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบโดยให้สามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้อีกตามมาตรา 20 วรรคสอง เมื่อศาลพิจารณาเห็นตามคำร้องที่ยื่นก็สั่งยอมรับคำคัดค้านนั้น

การเข้ามาของศาลที่เห็นได้ชัดเจนอีกเรื่องหนึ่งคือ เรื่องการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายกำหนกให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเป็นผู้ทำหน้าที่บังคับให้ เนื่องจากเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ แม้ศาลจะไม่มีอำนาจตรวจสอบถึงความถูกต้องในเนื้อหาของคำชี้ขาดหรือการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบว่าคำชี้ขาดนั้นบกพร่องถึงขั้นที่ใช้บังคับไม่ได้หรือไม่ โดยพิจารณาตามเหตุในมาตรา 43 และมาตรา 44 ซึ่งเป็นเหตุเดียวกันกับการขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด หากพบว่าคำชี้ขาดนั้นมีความบกพร่อง ศาลจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้น ในขณะที่การเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นศาลสามารถเพิกถอนได้เองโดยที่คู่กรณีไม่ต้องอ้างต่อศาล เมื่อศาลพบว่าข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการหรือการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกรณีที่อนุญาโตตุลาการทุจริตหรือกระทำโดยมิชอบก็เป็นหนึ่งในเหตุที่อาจขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้เช่นกัน[76]

2.5.3.4 คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนพิจารณา

แม้คำอธิบายคำว่า “คำชี้ขาด” ไม่มีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายประเทศต่าง ๆ หรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการไว้ แต่หากพิจารณาการดำเนินการอนุญาโตตุลาการและภาระของอนุญาโตตุลาการแล้วพอเข้าใจลักษณะคำชี้ขาดได้ว่า การที่คู่พิพาทได้ตกลงกันเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการก็เพื่อให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญของอนุญาโตตุลาการคือ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ที่คู่พิพาทมอบหมาย คำชี้ขาดประกอบด้วย

---

[76] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 24-25.

ข้อเท็จจริง หลักกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการนำมาใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการทำคำชี้ขาด การแปลความข้อตกลงในสัญญา และการชี้ขาดถึงสิทธิหน้าที่ของคู่พิพาทรวมถึงค่าเสียหายต่าง ๆ ทำให้มองภาพรวมของ “คำชี้ขาด” ว่ามีลักษณะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่มีผลต่อสิทธิ หน้าที่ระหว่างคู่พิพาท แต่การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการบางครั้งอาจจำเป็นต้องมีคำสั่งหรือวินิจฉัยบางประเด็นที่ไม่เกี่ยวกับข้อพิพาทเลยแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประเด็นวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการซึ่งคำสั่งหรือวินิจฉัยเหล่านี้ก็ถือว่าเป็นคำชี้ขาดด้วยเช่นกันสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย[77]

อนึ่งแม้คำชี้ขาดมีอยู่หลายประเภท หากแต่คำชี้ขาดที่จะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงนั้นต้องเป็นคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด (Final Award) แล้วเท่านั้นคือเป็นคำสั่งที่ทำให้คดีเสร็จสิ้นไป ส่วนคำชี้ขาดอื่น ๆ เช่นคำชี้ขาดบางส่วน (Partial Award) คำชี้ขาดระหว่างพิจารณาคดี (Interim Award) โดยสภาพแล้วเป็นคำชี้ขาดที่ไม่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาดแต่อย่างใด ดังนั้นคำชี้ขาดเหล่านี้ไม่ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง เมื่ออนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเสร็จสิ้นอำนาจอนุญาโตตุลาการจึงสิ้นสุดลงด้วย

2.6 หลักความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปอนุญาโตตุลาการต้องดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างรอบคอบและตัดสินอย่างเป็นกลางและยุติธรรม อีกทั้งต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้ดำเนินการไปและความผิดพลาดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ด้วยเหตุนี้จึงมีระบบที่นำมาใช้กับการกระทำผิดของอนุญาโตตุลาการซึ่งแบ่งออกเป็นสองระบบ แบบแรกคือระบบคุ้มกันอนุญาโตตุลาการซึ่งมองว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่กึ่งศาลดังนั้นจึงแทบไม่มีบทบัญญัติในความรับผิดทางแพ่ง ในขณะที่ระบบความรับผิดจะยึดตามนิติสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาซึ่งได้กำหนดความรับผิดและอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ [78]

---

[77] George A Bermann., **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts** (Cham: Springer International Publishing, 2017), p. 10.

[78] Andrea Mettler, “Immunity vs. Liability in Arbitral Adjudication,” **Arbitration Journal** (March 1992): 24.

การกำหนดความรับผิดอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกันในประเด็นที่ว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เน้นย้ำว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่เสมือนกึ่งศาลจึงควรได้รับการคุ้มกันเยี่ยงศาล ในขณะที่ประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law countries) กลับเน้นที่นิติสัมพันธ์ที่เกิดจากสัญญาระหว่างคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการซึ่งกำหนดมาตรฐานความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ สรุปสั้น ๆ ก็คือลักษณะของการอนุญาโตตุลาการมาจากทั้งสองระบบคือความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการและประเทศของทั้งสองระบบต่างรับเอาแนวคิดทั้งสองนี้ไว้โดยไม่ทิ้งแนวใดแนวหนึ่ง[79]

แนวคิดเรื่องความคุ้มกันได้รับการยอมรับมากพอกับเสียงวิจารณ์ โดยประเด็นที่ถกเถียงกันในแวดวงนักวิชาการสามารถสรุปได้ดังนี้[80]

1) ความคุ้มกันช่วยให้อนุญาโตตุลาการตัดสินได้อย่างอิสระปราศจากความกลัวการตอบโต้จากฝ่ายที่ผิดหวัง

2) หลักการนี้ส่งเสริมหลักความสงบเรียบร้อยอีกทางหนึ่งในการตัดสินคดี

3) ความคุ้มกันทำให้อนุญาโตตุลาการเต็มใจระงับข้อพิพาทโดยไม่ต้องกังวลกับการถูกไต่สวนในศาล พร้อมให้บริการมากขึ้น มิเช่นนั้นจะเลือกที่จะไม่รับเป็นอนุญาโตตุลาการหากตนเองต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว

4) มีโอกาสทำผิดพลาดเรื่องไม่มีการเยียวยาทางกฎหมายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งสำหรับนักธุรกิจแล้วคือการจ่ายดอกเบี้ยย่อมเป็นวิธีที่ยืดหยุ่นและปฏิบัติได้มากกว่าในการระงับข้อพิพาท

5) ระบบการอนุญาโตตุลาการได้สร้างเกราะป้องกันไว้หลากหลายแนวทางเพื่อเยียวยา อันได้แก่ (1) การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีพิจารณาที่ย้อนกลับกล่าวคือ คู่พิพาทมีสิทธิแนะนำ จำกัดการเปิดเผยข้อมูลและการนำเสนอพยานหลักฐาน (2) คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาดมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อวินิจฉัยได้โดยพลัน (3) อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านและถอนตัวก่อนการกระบวนพิจารณาเสร็จสิ้นและอาจได้รับโทษทางอาญา (4) ผู้ใช้บริการจะไม่เลือกการอนุญาโตตุลาการที่มีการเยียวยาทางกฎหมายเว้นแต่เห็นว่าการเยียวยานั้นเป็นข้อได้เปรียบของตน

ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่กล่าวถึงไม่มากนัก แม้แต่กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) ก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ แต่เรื่องความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการกลับได้รับความสนใจมากขึ้นเนื่องจากจำนวนคดี

---

[79] *Ibid.*, p. 24-25.

[80] *Ibid.*, p. 26.

อนุญาโตตุลาการที่เพิ่มขึ้นมหาศาล อีกทั้งยังกลายเป็นธุรกิจขนาดใหญ่สำหรับผู้เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะผู้ให้บริการการอนุญาโตตุลาการและผู้ที่ต้องการการเยียวยาจากอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการนั้น อนุญาโตตุลาการต้องทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง มีอิสระ ซื่อสัตย์สุจริต ตัดสินคดีโดยเป็นธรรมอยู่บนหลักความถูกต้อง และเนื่องจากการทำงานของอนุญาโตตุลาการถือเป็นหน่วยงานอิสระจึงได้มีการกำหนดจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการเพื่อให้ยึดถือเป็นหลักปฏิบัติเป็นพิเศษ[81] อย่างไรก็ตามในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา บางครั้งอาจมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นได้ทั้งที่ไม่ได้ตั้งใจและตั้งใจให้เกิด จึงมีประเด็นที่จะต้องศึกษาว่าอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดสำหรับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของตนหรือไม่ และถ้าต้องรับผิดจะต้องรับผิดเพียงใด[82]

2.7 กระบวนพิจารณาของศาลในการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทที่ควรจะเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท หากแต่รัฐและกฎหมายแห่งรัฐรวมถึงแนวคิดในทางศาลกลับอนุญาตให้ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้[83] ในปัจจุบันศาลในประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่การอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และยอมรับว่าการที่คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหมายความว่า คู่สัญญาต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาและไม่ต้องการให้ศาลวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา[84] กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ตั้งขึ้นมาโดยความสมัครใจของคู่พิพาท ดังนั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีลักษณะถาวร แต่เป็นกระบวนการที่ตั้งขึ้นมาชั่วคราวเพื่อระงับข้อพิพาทเฉพาะคดี เมื่ออนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทแล้วกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะยุติมีผลทำให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลได้[85]

---

[81] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป)**, 25 เมษายน 2544.

[82] นรีลักษณ์ แพไชยภูมิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 132.

[83] Michael H. Le Roy, "Are Arbitrators Above The Law? The 'Manifest Disregard of the Law' Standard," **Boston College Law Review** 52 (2011): 137.

[84] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 57.

[85] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 285.

กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 5[86] ได้วางหลักการที่สำคัญเรื่องศาลจะไม่แทรกแซงเว้นแต่บัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบเท่านั้น หรือประเทศที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ได้เป็นตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เช่นประเทศอังกฤษ คณะกรรมการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับบทบาทของศาลอังกฤษไว้ว่า “โดยปกติ ปัจจุบันศาลจะเข้าไปแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ ก็เพื่อให้การสนับสนุนมากกว่าเข้าไปทำหน้าที่แทน”[87] ในขณะที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหรัฐอเมริกาก็มีการบัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับศาลในการตรวจสอบและเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 10[88] สำหรับ พระราชบัญญัติ

---

[86] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Article 5 Extent of court intervention “In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.”

[87] Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996, Report on the Arbitration Bill 1996 para 22.

[88] Arbitration Act, Title 9 U.S.C § 10: Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing

(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration

(1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.

(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.

(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.

(4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แม้จะยกร่างตามกฎหมายต้นแบบเป็นหลักแต่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศต่าง ๆ รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แม้จะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องบทบาทศาลไว้อย่างชัดเจนดังเช่นที่บัญญัติในกฎหมายต้นแบบ (UNCUTRAL Model Law) แต่แนวโน้มกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้เสรีภาพคู่สัญญาในการกำหนดทิศทางการอนุญาโตตุลาการและบทบาทศาลถูกจำกัดลง โดยศาลจะเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อช่วยเหลือให้ความสะดวกแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น[89]

2.7.1 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนซึ่งไม่มีอำนาจที่จะบังคับบุคคลใด ๆได้เช่นศาล ด้วยเหตุนี้ศาลจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และการที่การอนุญาโตตุลาการจะประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวส่วนหนึ่งจึงมาจากบทบาทศาล หากพิจารณาจากมาตรา II มาตรา III และ มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จะทำให้เห็นว่ามีสองหลักการสำคัญของการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หลักการแรกคือการเข้ามาของศาลต้องเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและเป็นการยอมรับและบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดเท่านั้นไม่มีอะไรนอกเหนือจากนี้[90]

---

(5) Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

(b) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of Title 5.

[89] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 58.

[90] James A. Gaitis, "The Federal Arbitration Act: Risks and Incongruities Relating to the Issuance of Interim and Partial Awards in Domestic and International Arbitrations," **Review International Arbitration** 16 (January 2005): 54-55.

สำหรับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็มีบทบัญญัติเช่นเดียวกับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่ขยายความในเรื่องบทบาทศาลมากกว่า มาตรา 5 บัญญัติว่า “ศาลจะไม่เข้าแทรกแซงเว้นแต่จะบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบนี้” และมาตรา 6 ได้ตีกรอบไว้สามสถานการณ์ที่ศาลสามารถเข้ามาในการอนุญาโตตุลาการและมีอำนาจพิจารณา หลักการโดยสังเขปของทั้งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ชี้ให้เห็นก่อนหน้านี้สามารถสรุปการเข้ามาของศาลในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการแบ่งเป็นสี่ขั้นตอนกล่าวคือ (1) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Prior to the Establishment of a Tribunal) (2) เมื่อเริ่มกระบวนการการอนุญาโตตุลาการ (At the Commencement of the Arbitration) (3) ในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ (during the arbitration process) และ (4) ในระหว่างการบังคับตามคำชี้ขาด (During the Enforcement Stage)[91]

ในงานวิจัยของชิตพล ลิขิตภูมิสถิต[92] ได้พูดถึงบทบาทของศาลยุติธรรมในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการไว้ว่า การช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ ส่วนใหญ่ได้รับแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องบทบาทของศาลตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปปรับในการร่างกฎหมายภายในประเทศตนค่อนข้างมาก และแม้ว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มีจุดมุ่งหมายให้ศาลเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการเฉพาะในเรื่องที่จำเป็นเท่านั้น แต่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เกิดจากการร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการทั่วโลกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำแต่ไม่มีสภาพบังคับ และแม้ว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศจะกำหนดให้คู่พิพาทมีอิสระในการตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณา แนวคิดที่ให้เอกชนระงับข้อพิพาทโดยที่ไม่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากศาลคงยังไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะคณะอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็นเอกชน ไม่มีอำนาจในการบังคับคู่กรณี บุคคลอื่นหรือคำชี้ขาด[93]

---

[91] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, **Comparative International Commercial Arbitration** (Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2003), pp. 367-374.

[92] ชิตพล ลิขิตภูมิสถิต, **บทบาทของศาลยุติธรรมในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 1.

[93] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1-2.

แม้ว่าศาลมีหน้าที่สำคัญในการช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อันได้แก่ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี การชี้ขาดอำนาจอนุญาโตตุลาการ การให้ความช่วยเหลือในการสืบพยาน การชี้ขาดเบื้องต้นในข้อกฎหมาย การแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ[94] แต่ศาลในฐานะองค์กรของรัฐก็มีหน้าที่ในการควบคุมการอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับความยุติธรรมขั้นพื้นฐานด้วย ดั้งนั้นอนุสัญญาต่าง ๆ หรือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ จึงมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการควบคุมการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ต้องไม่แทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการทำให้เจตนารมณ์ในการระงับข้อพิพาททางเลือกไร้ผล อนึ่งศาลจะมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำการชี้ขาดแล้ว ดังนั้นคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการต้องระมัดระวังไม่ให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนสำคัญ ๆ ขัดต่อกฎหมาย มิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนหรือไม่อาจบังคับได้ อำนาจศาลจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการสนับสนุนกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

2.7.2 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นฐานเบื้องต้นของการอนุญาโตตุลาการ ความมีอยู่และความสมบูรณ์ของสัญญาทำให้ทุกข้อพิพาทที่อยู่ภายในกรอบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำไปยื่นต่อศาลยุติธรรมได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาททุกฝ่าย หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติมาตรา 2 ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)[95] รัฐภาคีแต่

---

[94] Julian D. M. Lew, “Does National Court involvement undermine the International Arbitration Process?,” **American University International Law Review** 24 (2009): 496-498.

[95] The New York Convention Article II:

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration

...

ละรัฐจักต้องรับรองสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นหนังสือ โดยคู่พิพาทมีหน้าที่เสนอข้อพิพาทแห่งตน ซึ่งเกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในนิติสัมพันธ์ระหว่างกันไม่ว่าจะโดยทางสัญญาหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เมื่อศาลของประเทศภาคีรับฟ้องคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลจักต้องให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หากได้รับการร้องขอจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ศาลพบว่าสัญญาเช่นว่าเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทภายใต้บังคับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แล้วคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งนำมายื่นต่อศาล คู่พิพาทอีกฝ่ายอาจยื่นคำร้องต่อศาล (Anti-suit Application) เพื่อให้ศาลระงับการพิจารณาคดีในชั้นศาลหรือจำหน่ายคดีเสียและให้คู่ความกลับไปใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างถึงเงื่อนไขในสัญญาอนุญาโตตุลาการ สำหรับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 8[96] ได้วางหลักเกณฑ์วิธีบังคับเรื่องนี้ไว้ไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา 2 ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยกำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเว้นแต่ศาลเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ซึ่งในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาล

---

3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

[96] UNCITRAL Model Law Article 8 Arbitration agreement and substantive claim before court:

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถเริ่มหรือดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ และสามารถทำคำชี้ขาดได้ โดยประเทศในกลุ่มกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) อย่างประทศสิงคโปร์และฮ่องกงที่รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้ในการยกร่างต่างรับหลักเกณฑ์เช่นว่านี้มาใช้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนดังบัญญัติไว้ในมาตรา 6[97] และมาตรา 20[98] ตามลำดับ ตัวอย่างเช่นในคดี BMO v BMP [2017] SGHC 127 เป็นคดีที่ศาลสูงสิงคโปร์พิพากษาตัดสินในเรื่องขอบเขตและการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยยกคำร้องของผู้ร้อง (โจทก์) และเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องเขตอำนาจของตน โดยศาลให้เหตุผลอธิบายว่าการที่ผู้ถูกร้อง (จำเลย) นำคดีขึ้นสู่ศาลแทนการยื่นผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการมิได้หมายความว่าผู้ถูกร้อง (จำเลย) ผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการและเป็นการบอกเลิกสัญญาแต่อย่างใด หากเป็นแต่เพียงผู้ถูกร้อง (จำเลย) ไม่ได้ตระหนักถึงภาระผูกพันของตนตามข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งภายหลังจากการเริ่มกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการผู้ถูกร้อง (จำเลย) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้พักการพิจารณาในชั้นศาลจึงถือว่าไม่เป็นการดำเนินการพิจารณาคู่ขนานอันเป็นการผิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ[99] หรือตัวอย่างในคดี Neo Intelligence Holdings Ltd v Giant Crown Industries Ltd HCA 1127/2017 เป็นคดีที่ศาลสูงฮ่องกงพิพากษาตัดสินในเรื่องขอบเขตและการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าคู่พิพาทได้ทำข้อตกลงกันไว้ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2015 ว่าหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) หลังจากนั้นคู่พิพาทได้ทำข้อตกลงเพิ่มเติมในเดือนพฤศจิกายนปีเดียวกันว่ากฎหมายที่ใช้บังคับให้ใช้บทบัญญัติภายใต้กฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน จำเลยในคดีนี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลของให้พักการพิจารณาภายใต้มาตรา 20 (1) เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายโจทก์คัดค้านโดยอ้างว่าข้อตกลงเดือนพฤศจิกายนใช้แทนข้อตกลงเดือนมิถุนายน จำเลยไม่เห็นด้วยเนื่องจากข้อตกลงเดือนพฤศจิกายนเป็นการแก้ไขบางประเด็นเท่านั้นอีกทั้งไม่มีข้ออ้างอิงว่าได้แก้ไขข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ศาลจึงมีคำตัดสินว่าคู่พิพาทไม่ได้แสดงอย่างแจ้งชัดว่าข้อตกลงเดือน

---

[97] International Arbitration Act (Chapter 143A) Section 6 Enforcement of international arbitration agreement Retrieved March 14, 2018 from https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994?ViewType=Pdf&_=20170718125413

[98] Arbitration Ordinance (Cap.609) Section 20, Retrieved March 14, 2018 from https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609

[99] Neo Intelligence Holdings Ltd v Giant Crown Industries Ltd HCA 1127/2017 (Singapore High Court, 2017)

พฤศจิกายนใช้แทนข้อตกลงเดือนมิถุนายนทั้งหมด ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการกับอำนาจพิจารณาไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกันในสัญญาเดียวกัน ในคดีนี้กฎหมายที่ใช้บังคับ (*lex arbitri*) คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงใช้บังคับภายหลังกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (For the Purposes of Post Arbitral Enforcement) ศาลจึงตัดสินให้พักการพิจารณาคดีในชั้นศาลเนื่องจากมีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ คดีนี้ชี้ให้เห็นว่าศาลภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) สนับสนุนข้อตกลงของคู่สัญญาหากตกลงกันให้ใช้การอนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรนำคดีมาฟ้องต่อศาล[100]

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสก็รับเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1447 และมาตรา 1448[101] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับประเทศไทยกฎหมายกำหนดวิธีการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้เป็นการเฉพาะตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 โดยเนื้อหาหลักเกณฑ์ก็เป็นในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และภายใต้ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ได้กำหนดให้บทบัญญัติมาตรา 14 ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นในกรณีที่มีการขอให้ศาลไทยบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหากมีการฟ้องคดีโดยฝ่าฝืนสัญญาอนุญาโตตุลาการศาลไทยก็ต้องบังคับให้ กล่าวคือจำหน่ายคดี เมื่อพบว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ใช้บังคับได้ เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ศาลเห็นว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้

2.7.3 การคุ้มครองชั่วคราว

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอาจมีปัญหาเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับที่เกิดในศาล โดยคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้ เช่นการขอให้มีการเก็บรักษาทรัพย์สินหรือให้ขายกรณีเป็นทรัพย์สินเสียหาย[102] วิธีการคุ้มครองชั่วคราวเป็นการป้องกันสิทธิของคู่พิพาทจนกว่าจะมีคำชี้ขาด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเกิดขึ้นหลากหลายสถานการณ์ในการ

---

[100] Neo Intelligence Holdings Ltd v Giant Crown Industries Ltd HCA 1127/2017 (The High Court of Hong Kong Special Administrative Region, 2017)

[101] French Civil Code Article 1447 and 1448 Retrieved March 14, 2018 from https://www.jus.uio.no/lm/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc.html

[102] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 105.

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและการใช้ก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและประเทศที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี[103] และยังเป็นกระบวนพิจารณาที่มีรูปแบบชั่วคราวหรือระหว่างกาล โดยสามารถแบ่งเป็นมาตรการคุ้มครองสองส่วน กล่าวคือ

1) เป็นมาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดความเสียหายและความเสื่อม มาตรการนี้มักใช้ในกรณีที่อยู่ในระหว่างการรอกระบวนการระงับข้อพิพาทที่ยังไม่แล้วเสร็จ โดยจะมีลักษณะเช่นเดียวกับคำสั่งห้ามของศาลโดยออกคำสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นกระทำการที่มีผลต่อการระงับข้อพิพาท

2) เป็นมาตรการที่ช่วยให้การบังคับคำชี้ขาดสะดวกขึ้น มาตรการนี้ช่วยให้คู่พิพาทมั่นใจว่าเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดภายหลังแล้วจะสามารถบังคับตามคำชี้ขาดต่อไปได้ ไม่เป็นคำชี้ขาดไร้ผล มาตรการนี้รวมถึงการออกคำสั่งให้คู่พิพาทวางหลักประกันความเสียหาย การอายัดทรัพย์สินหรือการห้ามเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกจากอำนาจพิจารณาหรือการวางทรัพย์ไว้สำหรับบุคคลภายนอกระหว่างรอการพิจารณาการทำคำชี้ขาดจาการการระงับข้อพิพาท

วิธีการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นมาตรการที่สำคัญมากและถือเป็นประเด็นหลักในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการชั่วคราวนี้มีผลต่อคำชี้ขาดโดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องทรัพย์สินก่อนกระบวนการพิจารณาหรือระหว่างการพิจารณา[104] กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้กำหนดวิธีการขอคุ้มครองชั่วคราวอาจดำเนินการได้สองแนวทาง โดยแนวทางแรกให้อำนาจศาลคุ้มครองทั้งก่อนการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และขณะกำลังดำเนินกระบวนพิจารณา ส่วนอีกแนวทางคือแนวทางที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะสั่งคุ้มครองชั่วคราวระหว่างกระบวนพิจารณาด้วย และหากคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นออกโดย “คณะอนุญาโตตุลาการ” ยิ่งมีความสำคัญทั้งนี้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้รับหลักการคุ้มครองเช่นว่าโดยเพิ่มบทบัญญัติใหม่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มชั่วคราวและ

---

[103] Dana Renee Bucy, “How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the amended UNCITRAL Model Law,” **American University International Law Review** 25 (May-June 2010): 584.

[104] Richard W. Naimark and Stephanie E. Keer, “Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief,” **Mealey’s International Arbitration Report** 16 (March 2001): 23-27.

คำสั่งเบื้องต้นได้[105] การเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการแทนที่บทบัญญัติมาตรา 17 เดิมในปี ค.ศ. 1985 โดยแต่เดิมกำหนดให้เฉพาะศาลเท่านั้นที่มีอำนาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ ต่อมาคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้ปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules) เพื่อพัฒนาและเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยทำให้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules) สอดคล้องกลมกลืนมากยิ่งขึ้น[106]

วิธีการคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิของคู่พิพาทในระหว่างพิจารณาจนกว่าจะมีคำชี้ขาดโดยมีหลักการสำคัญที่ว่า สิทธิของคู่พิพาทต้องไม่เสียหายหรือกระทบในระหว่างการวินิจฉัยชี้ขาด[107] ทั้งนี้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวประเภทใดจะเหมาะสมกับข้อพิพาท ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละข้อพิพาทและความเข้าใจของศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในข้อพิพาทนั้น ๆ[108] ระบบกฎหมายต่าง ๆ ล้วนยอมรับว่าการดำเนินมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีความจำเป็นอย่างยิ่งโดยถือเป็นส่วนอุปกรณ์ของคำชี้ขาด[109] และองค์ประกอบของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนับเป็นวิธีการที่สำคัญมาก เนื่องจากเป็นเกี่ยวพันกับข้อพิพาทระหว่างประเทศ[110]

---

[105] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Chapter IV A. Interim Measures and Preliminary Orders: Section 1. Interim measures Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

[106] Lee Anna Tucker, “Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty,” **International Commercial Arbitration Brief** 1 (2011): 15-23.

[107] Ali Yesilirmak, **Provisional Measures in International Commercial Arbitration** (Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2005), p. 5.

[108] Julian D.M. Lew, Loukas A.Misterlis and Stefan M. Kroll, *op. cit*., p. 586.

[109] Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, 2nd ed. (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2001), p. 920.

[110] *Ibid*., p. 920.

มาตรการนี้มีวัตถุประสงค์สองประการคือ 1) เพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดความสูญเสีย ความเสียหายหรืออคติ[111] และ 2) เพื่ออำนวยความสะดวกในการบังคับตามคำชี้ขาด โดยมาตรการที่หลีกเลี่ยงหรือลดความสูญเสีย ความเสียหายหรืออคติใช้สำหรับกรณีอยู่ระหว่างการรอการทำคำชี้ขาดถึงที่สุด[112] ซึ่งวิธีดำเนินการเป็นเหมือนการดำเนินการในชั้นศาลที่ให้คู่ความยังคงปฏิบัติหรืองดเว้นการกระทำการใดอาจทำให้การระงับข้อพิพาทไม่เป็นผล[113]

อนึ่งในระยะหลังสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำต่าง ๆ ของโลก ได้เพิ่มข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตน โดยคู่พิพาทสามารถยื่นขอแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่พิพาทในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยเริ่มจากสถาบัน SIAC ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งแก้ไขข้อบังคับสถาบันในปี ค.ศ. 2011[114] ในปี ค.ศ. 2012 ตามด้วยหอการค้านานาชาติ (ICC)[115] สถาบัน LCIA[116] ICDR ภายใต้สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA)[117]และสถาบัน HKIAC[118] ลักษณะพิเศษของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) คืออำนวยความสะดวกให้แก่คู่พิพาทโดยไม่ต้องยื่นขอต่อศาลแห่งท้องถิ่นเพื่อขอรับมาตรการความคุ้มครอง วิธีการเช่นนี้เป็นการย้ำการเลือกของคู่กรณีเพื่อระงับข้อพิพาทของตนโดยปราศจากการพิจารณาของศาลแห่งท้องถิ่น และมั่นใจว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพและผลเป็นที่ยอมรับ

อย่างไรก็ตามมีการถกเถียงกันในเรื่องที่ว่าคำชี้ขาดหรือคำสั่งของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) สามารถผูกพันและมีสถานะเหมือนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหานี้ ในปี ค.ศ. 2012 รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อทำให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใด สามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์ หลังจากนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน อาทิเช่น สวิสเซอร์แลนด์ ฮ่องกง

---

[111] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, *op. cit*., p. 1.

[112] *Ibid*., p. 596.

[113] *Ibid*., p. 597.

[114] SIAC Rules, Rule 30.

[115] ICC Rules, Article 29 and Appendix V.

[116] LCIA Rules, Article 9B.

[117] ICDR Rules, Article 6.

[118] HKIAC Rules, Article 23 and Schedule 4.

ออสเตรีย ในขณะที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ก็มีการแก้ไขบทบัญญัติรวมถึงข้อบังคับสถาบันด้วยเช่นกัน สาระสำคัญของการแก้ไขคือ นิยามของคณะอนุญาโตตุลาการให้รวมถึงอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ผู้ซึ่งได้รับการแต่งภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้

2.7.3.1 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวของศาลในการอนุญาโตตุลาการ

ในงานวิจัยของศักรินทร์ บุญรอด[119] ได้พูดถึงการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศว่าเป็นวิธีการที่มีความจำเป็นเนื่องจากทุนทรัพย์พิพาทที่สูงทำให้คู่พิพาทต้องใช้เวลานานในการเตรียมข้อเรียกร้องและคำคัดค้านอย่างรอบคอบ อีกทั้งการดำเนินกระบวนพิจารณาเริ่มตั้งแต่การเสนอข้อพิพาทจนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการกินระยะเวลา หากต้องรอให้มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเสียก่อนและไม่ได้รับความคุ้มครองจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการอย่างทันท่วงที ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายได้โดยเฉพาะในเรื่องการยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินหรือโอนทรัพย์สินให้ผู้อื่นในกรณีที่คู่พิพาทซึ่งรู้ตัวว่าตนจะแพ้คดี ดังนั้นการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นเพื่อว่าเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้วจะสามารถบังคับตามคำชี้ขาดต่อไปได้[120] อันเป็นการปลดเปลื้องความเสียหายที่คู่พิพาทจะพึงได้รับ[121] และป้องกันไม่ให้คำชี้ขาดไร้ผล[122]

หากพิจารณาอำนาจโดยทั่วไปของศาลในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ จะพบว่ามาตรา 2(3) ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีอิทธิพลและส่งผลให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ กำหนดให้ศาลปฏิเสธการพิจารณาข้อ

---

[119] ศักรินทร์ บุญรอด, **การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 265.

[120] มาโนช จรมาศ, **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับตามคำหรือคำสั่ง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บรรณาคม, 2521), หน้า 1184.

[121] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1191.

[122] พระนิติการณ์ประสม, **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเพมหานคร: แสงทอง, 2515), หน้า 763.

พิพาทที่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยชอบด้วยกฎหมาย[123] เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการอันเป็นการเคารพต่อหลักอิสระของคู่พิพาท[124] แต่ทั้งนี้หลักกฎหมายของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention) ไม่ได้ตัดอำนาจศาลในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราว

2.7.3.2 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ (Power of Arbitrators to Grant Interim Relief)

ในอดีตประเทศต่าง ๆ มองอำนาจการสั่งวิธีการชั่วคราวเป็นอำนาจของศาลแห่งท้องถิ่นเท่านั้นและแนวคิดนี้ฝังรากลึกเข้าไปในเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Public Interest) แต่ภายหลังประเทศต่าง ๆ เริ่มยอมรับประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากการยอมรับและใช้การอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นเรื่อยมาเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ศาลแห่งท้องถิ่น ประเทศต่าง ๆ จึงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศตนโดยให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ และหันมาทบทวนบทบาทของศาล โดยมองว่าศาลควรทำหน้าที่ให้การช่วยเหลือมากกว่าเป็นผู้พิจารณาคดี ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงปรับปรุงกฎหมายการอนุญาโตตุลาการแห่งประเทศตนให้ทันสมัยโดยอาจให้อำนาจอย่างแจ้งชัดแก่คณะการอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรืออนุญาตให้คู่พิพาทตกลงกันในเรื่องอำนาจเช่นว่าได้[125]

อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเทียบเท่าอำนาจศาลขึ้นอยู่กับระบบศาลแห่งท้องถิ่น อนุสัญญาระหว่างประเทศ ข้อตกลงของคู่สัญญาและข้อบังคับสถาบันที่คู่สัญญาเลือก[126] อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีที่คู่สัญญามิได้ระบุเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เมื่อ

---

[123] Klaus P. Berger, **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Meditation, Arbitration** (Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2006): p. 459.

[124] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, *op. cit.*, p. 586.

[125] Dana Renee Bucy, *op. cit.*, pp. 579-609.

[126] Jan K. Schaefer, "New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared," **Electronic Journal of Comparative Law** 2 (August 1998). Retrieved August 22, 2017 from http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html

เป็นเช่นนี้จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งท้องถิ่นและข้อบังคับสถาบันที่คู่สัญญาเลือก[127] การยอมรับอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้มีการเปลี่ยนแปลงในช่วงหลายปีที่ผ่านมา[128] และนักวิจารณ์หลายท่านต่างเห็นด้วยกับการที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหากคู่สัญญาได้ตกลงเช่นนั้น[129] ประเทศต่าง ๆ ต่างมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันในประเด็นนี้อย่างเช่น กฎหมายประเทศอาเจนติน่าและอิตาลีไม่ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว[130] ในขณะที่กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติในเรื่องให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับการพิจารณาในชั้นศาลเท่านั้น แต่การพิจารณาในชั้นศาลแต่ละคดี ศาลแต่ละศาลปฏิบัติแตกต่างกัน บางศาลยอมรับอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อเมื่อคู่สัญญาได้ให้อำนาจเช่นว่าอย่างแจ้งชัด ในขณะที่บางศาลยอมรับอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหากสอดคล้องกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ[131]

2.7.3.3 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator)

โดยปกติในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการเกือบทุกแห่งใช้เวลานานสำหรับวิธีการเช่นว่า ซึ่งช่วงเวลาระหว่างนั้นอาจเกิดความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้เกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุนี้เวลาจึงเป็นสิ่งสำคัญและในหลายปีที่ผ่านมาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขาดเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาของสถานการณ์เช่นนี้ กดดันให้คู่พิพาทจำต้องขอความคุ้มครองฉุกเฉินกับศาลแห่งรัฐซึ่งตนพยายามหลีกเลี่ยง ในการนี้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจึงพยายามค้นหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการและพิสูจน์ได้ว่าวิธีการใหม่ที่คิดค้นขึ้นถือ

---

[127] Vivienne M. Ashman, “The UNCITRAL Arbitration Rules and a Review of Certain Practices and Procedures,” **International Business Litigation and Arbitration** 1 (2001): 765.

[128] Tijana Kojovic, “Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief,” **Journal of International Arbitration** 18 (October 2001): 511.

[129] Gary B. Born, **International Commercial Arbitration in the United States Commentary & Materials** (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), p.1.

[130] *Ibid*., p. 768.

[131] *Ibid*., p. 760.

เป็นความก้าวหน้าและเปลี่ยนแปลงอย่างพลวัตในการระงับข้อพิพาททางการค้า ซึ่งในระยะหลังนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ ได้นำเสนอแนวทางใหม่ที่ตอบโจทย์ความจำเป็นชั่วคราวของคู่พิพาทก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั่นคือ อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator)[132]

แม้ว่าอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เป็นที่ยอมรับในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่มีประเด็นที่พิจารณาว่ากฎหมายแห่งท้องถิ่นจะยอมรับแนวปฏิบัติใหม่นี้อย่างไรและวิธีการนี้จะมีประสิทธิภาพเพียงใดเมื่อเปรียบเทียบกับการคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาล ในขณะที่ศาลอาจเป็นสถานที่ทำการที่คงความนิยมสำหรับการขอคุ้มครองชั่วคราว แต่เมื่อบทบาทที่ไม่ใช่ศาลแต่เพียงผู้เดียวที่สามารถออกคำสั่งในเรื่องนี้ ย่อมสร้างโอกาสแก่การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) และเห็นได้ชัดว่าวิธีการที่เป็นทางเลือกใหม่เช่นนี้เริ่มทำกันแพร่หลายมากขึ้นและกลายเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินในช่วงเวลาวิกฤตก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ปัจจุบันสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของโลก อาทิเช่น หอการค้านานาชาติ (ICC) สถาบัน HKIAC สถาบัน LCIA สถาบัน AAA และ สถาบัน SIAC ต่างล้วนบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไว้ทั้งสิ้น

2.7.3.4 วิธีการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก

วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญานิวยอร์ก คือการให้ประเทศต่าง ๆ ยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ[133] เป็นที่ทราบกันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก ห้ามมิให้ศาลแห่งท้องถิ่นดำเนินการใด (เว้นแต่บังคับตามคำชี้ขาด) ก่อนคำชี้ขาดต่างประเทศจะถูกทำขึ้น สถาบันอนุญาโตตุลาการใหญ่บางสถาบันได้อำนวยความสะดวกแก่ศาลโดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของตน

---

[132] Diana Paraguacuto-Maheo and Christine Lécuyer-Thieffry, “Emergency Arbitrator: A New Player In The Field - The French Perspective,” **Fordham International Law Journal** 40 (2017): 751.

[133] Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, June 7, 1959, Article I (1), 9 USCA § 201, “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”

ว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถทำได้ในรูปแบบคำสั่งหรือ “คำชี้ขาด” จึงพึงสันนิษฐานได้ว่าข้อความเช่นว่าอนุญาตให้ศาลมีอำนาจพิจารณาภายใต้อนุสัญญานิวยอร์กได้[134]

อย่างไรก็ตามมีประเด็นถกเถียงกันในเรื่องคำชี้ขาดตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Provisional or Interim Measures as Awards) ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการอาจถือว่าเป็นคำชี้ขาดตามความหมายของอนุสัญญาจึงพึงสันนิษฐานได้ว่าสามารถยอมรับและบังคับได้ เห็นได้ชัดว่าการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวส่งเสริมความมีประสิทธิภาพของมาตรการดังกล่าวและประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ แต่ความยากกลับอยู่ที่การพิจารณาว่ามาตรการเช่นว่าไม่เพียงแต่ “ผูกพัน” (ซึ่งมาตรการนี้เกือบจะเป็นเช่นนั้น) แต่รวมถึง “ความเป็นที่สุด” (ซึ่งยังคงชวนสงสัย)[135] ประเด็นปัญหานี้ก่อให้เกิดความสับสนในหมู่ประเทศต่าง ๆ ศาลของประเทศเหล่านั้นที่คงมีประเด็นถกเถียงกันโดยมิอาจพิจารณาในเรื่องนี้ได้[136]

ที่น่าสนใจคือมีรายงานจากหลายประเทศที่ได้กล่าวถึงประเด็นปัญหานี้ทั้งที่เห็นด้วย[137] และไม่เห็นด้วย[138] กับแนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นคำชี้ขาด แม้

---

[134] Adhipathi Sandeep, **Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future** (Master’s thesis, School of Law, University of Georgia, 2003), p. 39.

[135] George A. Bermann, *op. cit*., p. 14

[136] George A. Bermann, *op. cit*., p. 16.

[137] George A. Bermann, *op. cit*.: “The authors of the reports for China, Ireland, Korea, and Malaysia state their belief that provisional arbitral measures are enforceable as awards, but cannot point to any case law so holding. The Korean national reporter bases his supposition on an unusual “understanding,” namely that “the Convention does not require finality of … arbitral awards.” Although the Chinese national reporter does not point to any case law to this effect, he strongly advocates treating provisional measures as awards. He notes that the New York Convention uses the term “binding” in Article V, but not the term “final,” and so argues that, even if provisional measures are not “final,” they are surely “binding,” and that should suffice. He also considers the enforceability of provisional measures to be critical to arbitration’s efficacy.”

กระนั้นหลายประเทศก็ปฏิเสธแนวคิดดังกล่าวและไม่ถือว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นคำชี้ขาด[139] โดยตามหลักแนวคิดพื้นฐานมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็น “เรื่องชั่วคราว” แก้ไขได้จึงไม่สามารถระงับเหตุให้เป็นที่สุด อย่างไรก็ตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอาจบังคับภายใต้กฎหมายแห่งท้องถิ่นโดยไม่จำเป็นต้องยึดแนวปฏิบัติคำชี้ขาดของอนุสัญญาแต่อย่างใด หากพิจารณาจากแนวปฏิบัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งถือว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นการบังคับคำชี้ขาดโดยศาลโดยไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นคำชี้ขาดและศาลที่มีอำนาจพิจารณาที่รับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้ก็พิจารณามาตรการเช่นว่าภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (lex arbitri) ของตนไม่ใช่ภายใต้อนุสัญญา หรือแม้แต่บางประเทศที่ไม่ได้รับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปใช้ก็ยึดแนวทางนี้เช่นกัน[140] จึงกล่าวได้ว่าประเทศเหล่านั้นมีกฎหมายรองรับว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวย่อมได้รับการยอมรับและบังคับได้นั่นเอง

2.7.4 การปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาด (Refusal of Enforcement Awards)

ในงานวิจัยของจุฑาวรรณ สุทธิรัตน์ กล่าวถึงการปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยเหตุตามกฎหมายจำเป็นต้องรอให้มีการยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลทำการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นก่อน มิเช่นนั้นคู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับคดีย่อมไม่มีโอกาสใช้สิทธิปฏิเสธและขอเพิกถอนคำชี้ขาดอันมิชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากนี้หากคู่พิพาทฝ่ายชนะคดีนำคำวินิจฉัยอันมิชอบด้วยกฎหมายไปร้องต่อศาลในต่างประเทศให้บังคับตามคำชี้ขาดตามผลแห่งอนุสัญญานิวยอร์ก

---

[138] George A. Bermann, *op. cit*.: “Though there is evidently no case law on the subject in their jurisdictions, several national reporters express confidence that provisional measures would not be considered to amount to arbitral awards. See, for example, the national reports for Brazil, Georgia, and Vietnam.”

[139] George A. Bermann, *op. cit*.: “These jurisdictions appear to include Argentina, Austria, Canada, Croatia, the Czech Republic, Germany, Greece, Italy, Japan, the Netherlands, Norway, Paraguay, Peru, Russia, Singapore, Switzerland, Taiwan, and Turkey.”

[140] George A. Bermann, *op. cit*.: “The National report for Slovenia (citing Arbitration Act, art. 43) and Paraguay (basing this finding on case law, namely the judgment in the case of Nucleo S.A. v. Olympia, AI no. 1216 (Court of First Instance, Nov. 12, 2012).”

(The New York Convention) ย่อมก่อให้เกิดภาระแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ต้องการปฏิเสธคำชี้ขาดต้องตามไปต่อสู้คดีทุกประเทศที่มีการร้องขอดำเนินการบังคับคำชี้ขาดตลอดจนต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเกินความจำเป็น[141]

เมื่อการทำคำชี้ขาดได้เสร็จสิ้นตามหลักแล้วถือเป็นที่สุด (*res judicata*) และผูกพันคู่พิพาทอย่างคำพิพากษา ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายชนะยื่นขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่ทำคำชี้ขาด กระบวนการทางกฎหมายสำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดต้องเป็นการยื่นคำขอต่อศาลเท่านั้น ซึ่งการยื่นคำขอเช่นว่าอาจทำได้อย่างรวดเร็วหากสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดไม่มีข้อคัดค้าน แต่ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายแพ้คดีต้องการยื่นคัดค้านคำชี้ขาดกรณีเช่นนี้ย่อมสุ่มเสี่ยงทำให้กระบวนพิจารณายืดเยื้อออกไป อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดไว้เหมือนกันและประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ก็นำเหตุเหล่านี้ไปใช้กันอย่างแพร่หลาย[142]

มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ มาตรา 36 กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกัน มาตรา 36[143](1) บัญญัติเรื่องการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

---

[141] จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์, **เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษากรณีตามมาตรา 40(2)(ข)** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548) หน้า 2.

[142] Ilias Bantekas, *op. cit*., p. 230.

[143] UNCITRAL Model Law Article 36

(1) 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:

(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

โดยเหตุแห่งการปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรกเป็นกรณีที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์หากเข้าหลักเกณฑ์เหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด กับส่วนที่สองเป็นกรณีที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามมิให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หรือเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย

(ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral 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.

(2) If an application for setting aside or suspension of an award has been made to a court referred to in paragraph (1) (a) (v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในมาตรา 36 (2) หากมีการยื่นคำร้องให้เพิกถอนหรือระงับใช้คำชี้ขาดตามเหตุแห่งอนุมาตรา (1) (a) (i) ถึง (v) ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้คำชี้ขาดอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควรและถ้าคู่พิพาทที่ขอบังคับร้องขอ ศาลอาจสั่งให้ฝ่ายที่ถูกบังคับวางหลักประกันเหมาะสมก่อนก็ได้

2.7.4.1 เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ (Grounds that Party Challenging the Awards Furnishes Proof)

เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์มี 5 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ 1) ความสามารถคู่พิพาทบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (Incapacity and Invalidity) 2) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการมิชอบ (Proper Notice and Due Process Irregularities) 3) การใช้อำนาจเกินขอบเขต (Excess of Competence or Jurisdiction) 4) องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ (Improper Tribunal Composition and Proceedings) และ 5) คำชี้ขาดไม่มีผลบังคับ (Awards not yet binding)

1) ความสามารถคู่พิพาทบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (Incapacity and Invalidity)

ความบกพร่องในที่นี้เป็นเรื่องความสามารถของบุคคล (ตัวบุคคลหรือนิติบุคคล) ตั้งแต่เริ่มทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในเรื่องความสามารถเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะบุคคลซึ่งโดยทั่วไปมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับภูมิลำเนาและสัญชาติ ดังนั้นความสามารถจึงไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อตกลงของคู่สัญญา ในกรณีที่เป็นนิติบุคคลที่มีโครงสร้างซับซ้อนเกี่ยวข้องกับหลายสัญชาติ กฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลก่อตั้งขึ้นหรือที่ทำการย่อมเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับในเรื่องความสามารถว่าบุคคลใดเหมาะสมที่จะเป็นผู้ทำสัญญาหรือข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่นิติบุคคลตามหลักการแล้วมีความสามารถในการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ หากแต่ผู้แทนนิติบุคคลอาจไม่ได้มีอำนาจเช่นว่าภายใต้ข้อบังคับของนิติบุคคล ในกรณีเช่นนี้การปราศจากอำนาจไม่ส่งผลกระทบต่อความสามารถเว้นแต่เป็นเรื่องที่ร้ายแรงและสามารถคาดเดาได้ล่วงหน้า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งกล่าวว่าตนไร้ความสามารถในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการย่อมทำให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สมบูรณ์ แม้กระนั้นความสามารถและความไม่สมบูรณ์ของสัญญาในบางกรณีกลับถูกมองว่าเป็นเรื่องที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระไม่ได้มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกันเพราะกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติให้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอยู่ในบังคับของกฎหมายนิติกรรมสัญญามิใช่อยู่ในบังคับของกฎหมายลักษณะบุคคลในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสามารถ[144] ในคดี S. BV v L.M. and Z.M.[145] เป็นคดีที่ศาลสูง

[144] Ilias Bantekas, *op. cit.*, p. 209.

โปแลนด์ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดเนื่องจากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา V (1) (a) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) เนื่องจากข้อสัญญาไม่เป็นธรรมแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายอันเป็นการขัดต่อมาตรา 879 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย (กฎหมายที่คู่สัญญาตกลงกันไว้)

2) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการมิชอบ (Proper Notice and Due Process Irregularities)

การไม่ได้แจ้งให้คู่พิพาทที่จะถูกบังคับตามคำชี้ขาดทราบล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถต่อสู้คดีได้เพราะเหตุผลประการอื่น กล่าวได้ว่าการปฏิบัติไม่ชอบเหล่านี้เป็นประเด็นเรื่องสิทธิอันเท่าเทียมกันของคู่พิพาทในกระบวนพิจารณาคดี (Right to Fair Trial) ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่าการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกระบวนพิจารณาที่เป็นข้อยกเว้นของกระบวนพิจารณาทั่วไปในชั้นศาลเพื่อระงับข้อพิพาทเอกชน คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาคดีสอดคล้องกับหลักการที่สำคัญคือปฏิบัติต่อคู่พิพาทอย่างเท่าเทียมกันและเป็นธรรมได้หรือไม่ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 18[146] ได้วางหลักการเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมเอาไว้ว่าคู่พิพาทจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันและแต่ละฝ่ายได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ของตนในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อนึ่งการคัดค้านกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่มักใช้กันเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาด แม้ในทางทฤษฎีการละมิดกระบวนพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของการละเมิดสิทธิมนุษยชน (สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมและเป็นธรรมในกระบวนพิจารณา) แต่ในทางปฏิบัติแล้วศาลแห่งท้องถิ่นโดยเฉพาะศาลในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการมองว่ากระบวนพิจารณาเหล่านั้นเป็นการละเมิดวิธีพิจารณาทางแพ่ง ในคดี Société Licencing Projects SL v Société Pirelli [147] เป็นคดีระหว่างบริษัทสเปน (Licensing Project SL: LP) กับบริษัทอิตาลี (Pirelli & C SPA) ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสได้เพิกถอนคำชี้ขาดของศาลแห่งหอการค้านานาชาติ (ICC) เนื่องจากตัดสินเกินอำนาจที่เพิกถอนคำร้องคัดค้านของผู้คัดค้าน (LP) ที่ไม่สามารถจ่าย Royalties fee เพราะมีหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvency) ซึ่งในคำร้องคัดค้านได้แสดงให้เห็นเหตุผลแห่งคำคัดค้านและการที่ ICC เพิกถอนคำร้องของ

---

[145] S. BV v L.M. and Z.M (Polish Supreme Court, 2016)

[146] UNCITRAL Model Law Article 18 Equal treatment of parties: The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

[147] Société Licencing Projects SL v Société Pirelli (Paris Court of Appeal, 2011)

ผู้คัดค้านทำให้ผู้คัดค้านสูญเสียโอกาสในการอธิบายข้อโต้แย้งของตน ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสให้ความเห็นว่าผู้คัดค้านอัตคัดยากจนจึงทำให้ไม่สามารถจ่ายค่าธรรมเนียมการคัดค้าน (ข้อบังคับที่ 36 (6) ICC) จึงทำให้ไม่สามารถเข้าถึงความเป็นธรรมได้ โดยศาลมองว่าผู้คัดค้านไม่ควรถูกขัดขวางจากการนำคำคัดค้านเพื่อกลับเข้ามาในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการได้เพิกถอนคำคัดค้านทั้งหมดของผู้คัดค้านที่เป็นข้อต่อสู้ต่อคำร้องของผู้ร้อง (Pirelli's claims) การตัดสินเช่นนี้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนสิทธิในการเข้าถึงความเป็นธรรมและหลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสจึงเพิกถอนคำชี้ขาดด้วยเหตุผลของกระบวนพิจารณามิชอบและการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (Contrary to International Public Policy)

3) การใช้อำนาจเกินขอบเขต (Excess of Competence or Jurisdiction)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าที่มาของอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้นมาจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นจากข้อตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ด้วยเหตุนี้การพิจารณาและทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทนอกเหนือจากที่กำหนดในสัญญาถือว่าการทำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในส่วนนั้นไม่มีอำนาจ และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยไม่มีอำนาจอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลแห่งสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือโดยศาลของประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด การคัดค้านคำชี้ขาดว่าวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงจำเป็นเข้าใจถึงขอบเขตอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ ด้วยเหตุนี้ศาลแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาดต้องทราบถึงประเด็นที่ขอระงับข้อพิพาท อำนาจในการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่ใช้บังคับ ในขณะที่ศาลแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับจะสามารถมีคำสั่งในเรื่องการใช้อำนาจเกินขอบเขตได้เพียงกรณีเดียวคืออนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้สัญญาอนุญาโตตุลาการ[148] ในคดี AKN and another v ALC and others and other appeals (2015) SGCA 18[149] เป็นคดีระหว่างผู้ชำระบัญชีและพวกกับผู้ซื้อสินทรัพย์ขายทอดตลาด ศาลสูงสิงคโปร์ได้พิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยสองมูลเหตุคือ มูลเหตุ 1) การฝ่าฝืนหลักความเท่าเทียมกันตามมาตรา 24 (b) แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Cap 143A, 2002 Rev Ed : "the IAA") ซึ่งเป็นการนำบทบัญญัติมาตรา 34 (2)(a)(ii) แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้บังคับเนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการไม่รับฟังข้อต่อสู้ของฝ่ายผู้ถูก

---

[148] Ilias Bantekas, *op. cit*., p. 235.

[149] AKN and another v ALC and others and other appeals (Singapore High Court, 2015)

เรียกร้อง (จำเลย:ผู้ชำระบัญชี) มูลเหตุ 2) คณะอนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจตนตามมาตรา 34 (2)(a)(iii) แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยทุเลาการจ่ายค่างวดให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์ทอดตลาด

4) องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ (Improper Tribunal Composition and Proceedings)

องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นตามหลักอิสระของคู่สัญญาในการตกลงกันเพื่อแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้หากองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติปัญหาเรื่องการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการมักไม่ค่อยเกิด อาจมีบ้างในเรื่องการตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการหรือกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้มีการตกลงกันไว้และการแต่งตั้งนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri)* ของประเทศที่ทำการคำชี้ขาด ยกตัวอย่างเช่นหากการอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ประเทศอังกฤษ องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ สำหรับกรณีกระบวนพิจารณาไม่ดำเนินตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ อาทิเช่น การดำเนินกระบวนพิจารณาไม่กระทำภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือกระบวนพิจารณาไม่กระทำตามข้อบังคับสถาบัน กรณีที่กล่าวมาเหล่านี้อาจเป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้ หากกรณีคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ว่ากระบวนพิจารณาจะต้องดำเนินการอย่างไร กระบวนการพิจารณานั้นต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ เมื่อกระบวนการพิจารณาขัดต่อกฎหมายของประเทศที่ทำการชี้ขาด ย่อมเป็นเหตุให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นอาจถูกศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดได้[150]

5) คำชี้ขาดไม่มีผลบังคับ (Awards not yet binding)

เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ประการสุดท้ายเป็นกรณีที่คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือถูกเพิกถอน หรือถูกระงับใช้ เมื่อคำชี้ขาดถูกเพิกถอนโดยศาลแห่งประเทศที่ทำการชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายที่ผิดหวังจากผลคำตัดสินอาจเลือกยื่นขอบังคับตามคำชี้ขาดต่อศาลประเทศอื่นโดยมุ่งหวังว่าคำชี้ขาดนั้นจะสามารถบังคับได้ ซึ่งตามหลักเกณฑ์แนวปฏิบัติกฎหมายระหว่างประเทศของนานาชาติวางหลักไว้ว่าศาลของประเทศหนึ่งไม่ควรเพิกถอนหรือให้ความเห็นคำพิพากษาศาลประเทศอื่น หากแต่ในมาตรา V (1)(e) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ได้บัญญัติไว้ว่าศาลแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้มีการบังคับอาจปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศที่ถูกเพิกถอน (หรือยังไม่มีผลผูกพัน) โดยศาลแห่งประเทศที่ทำ

---

[150] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 350.

คำชี้ขาด ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์เช่นนี้ไม่ได้รับการตอบรับในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศเกี่ยวข้องกับผลทางกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดซึ่งมีความหลากหลายแตกต่างกัน ด้วยเหตุผลที่ว่าคำชี้ขาดเหล่านั้นถูกจำกัดภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะสัญญา (เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิเช่นอนุสัญญานิวยอร์ก) มากกว่าอยู่ในบังคับของกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด

ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนั้นศาลที่มีอำนาจพิจารณาลำดับแรก (The Primary Jurisdiction) คือศาลในประเทศที่ทำคำชี้ขาด ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายชนะอาจขอให้บังคับคำชี้ขาดไปยังศาลอื่นที่มีอำนาจพิจารณา (The Secondary Jurisdiction) ซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่ศาลในการหาความสมดุลระหว่างสิทธิของคู่พิพาทตามคำชี้ขาดและการเคารพในคำพิพากษาตัดสินของศาลที่เพิกถอนคำชี้ขาด[151] ในเรื่องนี้ Albert Jan van den Berg ได้ให้ความเห็นว่า “โดยทั่วไปตามกฎแล้ว หากคำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนแล้วในประเทศที่ทำคำชี้ขาด (The Country of Origin) ซึ่งโดยปกติคือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดนั้นไม่สามารถบังคับได้ในประเทศอื่น”[152] ในทางปฏิบัติประเทศส่วนใหญ่มีแนวโน้มปฏิบัติตามคำสั่งศาลของประเทศที่ทำคำชี้ขาด หากคำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอนโดยศาลประเทศนั้น ศาลแห่งประเทศที่มีการร้องขอให้บังคับคำชี้ขาดจะปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาด แต่ก็มีกรณียกเว้นที่บางประเทศมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างออกไป อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส ภายใต้บังคับกฎหมายฝรั่งเศสคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนอาจสามารถได้รับการยอมรับและบังคับได้[153] ในคดี Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de traitement et de valorisation[154] คดีนี้ศาลฝรั่งเศส (French Court of Cassation) ตัดสินว่าคำชี้ขาดต่างประเทศมีลักษณะระหว่างประเทศและไม่ได้ผูกพันกับระบบกฎหมายใดรวมถึงกฎหมายแห่งประเทศที่ทำคำชี้ขาด ด้วยเหตุนี้คำชี้ขาดยังคงมีอยู่แม้ว่าได้ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำคำชี้ขาดแล้วก็ตามและการยอมรับคำชี้ขาดในประเทศฝรั่งเศสก็ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีระหว่างประเทศ (Its Recognition in France was not contrary to International Public Policy)

---

[151] Jonathan Blackman, and Ellen London, “Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road from Chromalloy to TermoRio,” **Dispute Resolution Journal** 63 (Aug-Oct 2008): 70-75.

[152] Albert Jan van den Berg “Enforcement of Annulled Awards?,” **ICC International Ct. Arbitration Bulletin** 15 (November 1998): 9.

[153] Ilias Bantekas, *op. cit*., p. 239.

[154] Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de traitement et de valorisation (French Court of Cassation, 1994)

การบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ประเทศที่ทำคำชี้ขาดและศาลประเทศที่บังคับคำชี้ขาดต่างมีอำนาจตรวจสอบ สำหรับการตรวจสอบคำชี้ขาดในประเทศที่ทำคำชี้ขาดเป็นกระบวนการที่เรียกว่า “การเพิกถอนคำชี้ขาด” ส่วนการตรวจสอบคำชี้ขาดในประเทศที่บังคับคำชี้ขาดนั้นเป็นกระบวนการที่เรียกว่า “การบังคับคำชี้ขาด” การที่อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ให้อำนาจศาลทั้งสองประเทศมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดได้ ทำให้เกิดปัญหาได้ว่า ศาลทั้งสองประเทศอาจวินิจฉัยต่างกันเพราะเหตุแห่งการเพิกถอนของประเทศที่ทำคำชี้ขาดต่างกับเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด ซึ่งปัญหานี้ได้รับการแก้ไขโดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติเหตุที่ศาลจะเพิกถอนตามมาตรา 34 ไว้เหมือนกับเหตุที่ศาลจะปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดตามมาตรา 36 ซึ่งเป็นไปตามมาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)[155]

2.7.4.2 เหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ (Grounds raised by court *sua sponte)*

ข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ทั้งสองประเด็นนี้ถือเป็นประเด็นสำคัญที่เป็นเหตุให้ศาลสามารถยกขึ้นเองเพื่อใช้สำหรับการเพิกถอนและปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด หากปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย (Non-Arbitrability) หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดได้ ดังได้กล่าวมาแล้วคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นอาจถูกตรวจสอบสองครั้ง คือ เมื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดและเมื่อขอให้ให้ศาลบังคับคำชี้ขาด สำหรับการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศนั้น ศาลสามารถยกเหตุได้ทั้งข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยใช้กฎหมายประเทศตน จึงกล่าวได้ว่าการบังคับคำชี้ขาดต่างประทศที่สามารถบังคับได้นั้นต้องผ่านเกณฑ์สองประเด็นนี้ทั้งสองประเทศคือประเทศที่เพิกถอนคำชี้ขาดและประเทศที่บังคับคำชี้ขาด

1) ข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability)

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้ประการแรกคือ ข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ เป็นข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามมิให้เสนอ การที่บทบัญญัติกฎหมายจำกัดข้อพิพาทบางประการไว้เนื่องจากข้อพิพาทเหล่านั้นมีความสำคัญและควรระงับเฉพาะในศาลเท่านั้น สำหรับเหตุข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามครอบคลุมถึงข้อพิพาทใดบ้างนั้น เป็นเรื่องของแนวนโยบายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งแตกต่างกันออกไป ข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทต้องห้ามอาจ

---

[155] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 355.

พิจารณาจากการที่ประเทศนั้น ๆ ขณะลงนามอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ว่ามีการตั้งข้อสงวนสิทธิ์เกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)[156] ไว้อย่างไร หากมีการตั้งข้อสงวนไว้ว่าให้ใช้บังคับเฉพาะข้อพิพาทการค้า ย่อมทำให้ข้อพิพาทอื่น ๆ อาทิ เช่นข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัวต้องถือว่าเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ[157]

กล่าวได้ว่าข้อพิพาทที่สามารถยื่นต่ออนุญาโตตุลาการได้ มักเป็นข้อพิพาทที่กำหนดโดยสัญญาหรือเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการค้าซึ่งสามารถระงับได้โดยที่ศาลไม่ต้องเข้ามาตรวจสอบหรือแทรกแซง อนุญาโตตุลาการรับผิดชอบในการระงับข้อพิพาทของคู่พิพาทตามสัญญาโดยเฉพาะเท่านั้นไม่ได้รวมถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุที่ข้อพิพาทที่สามารถยื่นต่ออนุญาโตตุลาการมีความหลากหลายแตกต่างกันในแต่ละประเทศ คู่สัญญาจึงจำเป็นต้องศึกษาและขอคำปรึกษากับทนายความแห่งท้องถิ่นเพื่อให้มั่นใจว่าประเด็นที่ตนเองต้องการยื่นต่ออนุญาโตตุลาการสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไรก็ตามจำนวนคดีที่ถูกศาลปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดเพราะเหตุเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามนั้นมีน้อยมาก[158]

แม้เหตุข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability) บางประเภท และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) จะเป็นเหตุที่ซ้ำซ้อนกันก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็มีประโยชน์ในการบังคับใช้เหตุทั้งสองกล่าวคือศาลประเทศต่าง ๆ จะจำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ออกเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ส่วนข้อพิพาทที่กฎหมายห้าม (Non-Arbitrability) นั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่บังคับคำชี้ขาดกล่าวคือ ใช้เกณฑ์ภายในประเทศของตน ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการแยกเหตุทั้งสอง ทำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นในการใช้เหตุทั้งสองเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

---

[156] New York Convention Article II (3) 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.

[157] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 358.

[158] Margaret L. Moses, *op. cit*., pp. 217-218.

2) ข้อพิพาทที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้อีกประการหนึ่งคือ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการขัดหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) กฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยและคำพิพากษาของศาลมักไม่ให้คำนิยาม คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คงมีแต่นักวิชาการที่ให้คำนิยามไว้เป็นการทั่วไปและอาจสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึงมาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งจำเป็นสำคัญในประเทศและเป็นผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคม เช่นกฎหมาย ศีลธรรม เศรษฐกิจ การเมือง ศาสนาและสังคมของประเทศ[159]

หลักความสงบเรียบร้อยเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์โดยทั่วไปของสังคม (Public Interest) ต้องมาก่อนผลประโยชน์ของเอกชน ความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศและอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและพฤติการณ์[160] ในการดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีความสำคัญเป็นกรอบควบคุมขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้[161]

ขั้นที่พิจารณาว่าข้อพิพาทสามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ (Arbitrability)

ข้อพิพาทใดบ้างที่สามารถระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ การที่รัฐจะอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการตัดสินเรื่องใดได้บ้างนั้นต้องดูเนื้อหาของเรื่องนั้นว่าหากปล่อยให้อนุญาโตตุลาการตัดสินจะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองหรือไม่ เช่น ข้อพิพาททางอาญา เป็นการตัดสินโดยมีบทลงโทษตามกฎหมาย ศาลเท่านั้นที่เป็นองค์กรที่สมควรเป็นผู้ตัดสินลงโทษ ดังนั้นการนำข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีอาญาเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการ

---

[159] เสาวนีย์ อัศวโรจน์ “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการรับรองคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ,” **วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช** 29 (กันยายน 2560-มีนาคม 2561): 26.

[160] จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

[161] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี,” ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 29-30.

วินิจฉัย คำชี้ขาดที่ได้ทำไว้ย่อมถูกเพิกถอน เพราะขัดต่อหลัก Arbitrability อย่างไรก็ตามในเรื่องการค้าระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดได้หลายประเภทมากขึ้นโดยเฉพาะข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักทรัพย์ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ทั้งนี้เหตุผลสำคัญสองประการที่การค้าระหว่างประเทศยอมให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาในเรื่องที่เคยห้ามมากขึ้น ประการแรก ในกรณีที่บุคคลของประเทศนั้นเป็นคู่กรณีกับคู่พิพาทต่างประทศ การอนุญาโตตุลาการอาจเป็นหนทางเดียวที่จะใช้ระงับข้อพิพาทโดยเฉพาะเมื่อคู่พิพาทเป็นรัฐ เป็นผู้ทรงอธิปัตย์ จึงยากที่จะสละอำนาจหรือศักดิ์ศรีของตนไปขึ้นศาลของประเทศอื่น แม้เป็นประเทศที่สามก็ตาม ในกรณีที่เป็นศาลของประเทศคู่พิพาทรัฐย่อมเกรงว่าศาลของประเทศของคู่พิพาทจะเอนเอียงกับคนของตน ประการที่สอง ในกรณีที่ข้อพิพาทนั้นไม่เกี่ยวข้องกับประเทศที่เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือเป็นประเทศที่ถูกเลือกเพราะเป็นกลาง ก็ไม่มีเหตุใด ๆ ที่ประเทศนั้นจะวางข้อจำกัดว่าจะไม่รับทำการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยในประเทศตน

(1) ขั้นตอนดำเนินกระบวนพิจารณา

ในชั้นวิธีพิจารณาต้องให้คู่ความได้รับการพิจารณาที่มีความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งได้แก่กฎต่าง ๆ ที่ว่าด้วยความไม่เอนเอียง 1) ไม่มีใครควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตน *nemo judex in causa sua* (2) ต้องฟังความทั้งสองฝ่าย *audi alteram partem* ให้โอกาสทั้งสองฝ่ายมีโอกาสนำสืบต่อสู้คดี อนุญาโตตุลาการต้องไม่โอนเอียงและไม่มีอคติ ซึ่งวิธีพิจารณาที่เป็นธรรมถือเป็นหัวใจสำคัญของความยุติธรรม และเป็นเรื่องสำคัญในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากการรับฟังการนำสืบคดีแล้ว การให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทำนองเดียวกันกับการคัดค้านผู้พิพากษา

(2) ชั้นวินิจฉัยชี้ขาดคดี

อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามหลักความยุติธรรม และเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ในการเป็นอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อกำหนดในเรื่องคุณสมบัติที่สำคัญสองประการคือ ต้องไม่มีอคติและต้องไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ต้องตัดสินด้วยความเป็นธรรมโดยยึดหลักความเป็นกลาง (Impartiality) และหลักความเป็นอิสระ (Independence) ทั้งยังต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ไม่เรียกรับหรือยอมจะรับสินบน หรือการทำการทุจริตอย่างใด ๆ ให้กระบวนพิจารณาเสียความยุติธรรมไป

ดังได้กล่าวแล้วว่ามาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกันสำหรับเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นอ้างได้หากคำชี้ขาดนั้นมีเหตุที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เนื่องจากหลักแนวคิดเรื่องนี้มีความแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ประสิทธิภาพการบังคับคำชี้ขาดจึง

ขึ้นอยู่กับการใช้หลักเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากศาลแปลความอย่างกว้างโอกาสที่จะบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการก็จะน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งต้องผ่านการตรวจสอบอย่างน้อยสองประเทศ แม้บทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จะไม่ได้จำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) แต่แนวการแปลความของศาลต่าง ๆ กลับจำแนกและการแปลความจะแตกต่างกัน กล่าวคือกรณีการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ ศาลจะแปลกว้างอย่างไรก็ได้เพราะไม่กระทบต่อหลักสากลและคำชี้ขาดภายในประเทศไม่อยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่สำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งตกอยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) หากศาลจะแปลความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยใช้เกณฑ์ในประเทศก็จะทำให้คำชี้ขาดต่างประเทศต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ภายในประเทศ ซึ่งน่าจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ดังนั้นศาลประเทศต่าง ๆ จึงมักจะแปลความคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบโดยถือเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ[162]

2.7.5 การบังคับตามคำชี้ขาดและคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ

การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการถือเป็นหัวใจสำคัญสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากคำชี้ขาดไม่สามารถบังคับได้ การดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็เสียเปล่า บทบาทของศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดถือเป็นอำนาจหนึ่งในการตรวจสอบ (Judicial Control) คู่พิพาทฝ่ายชนะจำเป็นต้องนำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ มายื่นต่อศาลเพื่อมีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด ทั้งนี้เนื่องจากคำชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจในฐานะเอกชน หากปล่อยให้บังคับกันเองอาจเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นได้ จึงต้องอาศัยอำนาจศาลซึ่งเป็นอำนาจรัฐช่วยเหลือบังคับตามคำชี้ขาด อย่างไรก็ตามก่อนมีการบังคับตามคำชี้ขาดศาล จำเป็นต้องตรวจสอบขั้นตอนในการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการว่าได้ดำเนินการโดยชอบหรือไม่ซึ่งเหตุที่ศาลจะทำลายคำชี้ขาด (Vacating an Award) อาจพอสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) อนุญาโตตุลาการไม่วางตัวเป็นกลาง หรือมีอคติ

---

[162] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 359.

2) อนุญาโตตุลาการใช้วิธีพิจารณาไม่ชอบ เช่นไม่เปิดโอกาสให้คู่ความเสนอคดีของตน หรือไม่ส่งคำคู่ความตามกำหนด

3) อนุญาโตตุลาการตัดสินนอกประเด็นเกินคำฟ้องหรือเกินจากข้อตกลงให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ

4) อนุญาโตตุลาการทุจริตรับสินบน

5) เรื่องนั้น ๆ เป็นสิ่งที่กฎหมายไม่อนุญาตให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาด

6) คำชี้ขาดนั้นไม่มีเหตุผลประกอบ (เฉพาะในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีเหตุผลในคำชี้ขาด

7) อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายผิด (ไม่ใช้กฎหมายที่คู่กรณีเลือก)

8) การใช้กฎหมายของอนุญาโตตุลาการมีข้อบกพร่องและคู่กรณีไม่ได้ตกลงห้ามศาลทบทวน[163]

เมื่อศาลได้ตรวจสอบแล้วไม่พบข้อบกพร่องดังกล่าวข้างต้นและเป็นการทำตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือในข้อกฎหมายที่คู่ความได้ตกลงกันไว้ ศาลก็บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศ (Foreign Arbitral Award) หมายถึง คำชี้ขาดที่ทำลงในประเทศหนึ่ง แต่บังคับในอีกประเทศหนึ่ง ในขณะที่ไม่มีนิยามสากลสำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศ บ้างก็อาศัยหลักดินแดน บ้างก็อาศัยหลักสัญชาติของคู่กรณี บ้างก็อาศัยประเทศเจ้าของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ เอง[164] ประเทศไทยนั้นได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยการ ยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรืออนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)[165] จึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันก็เป็นการอนุวัตรมาจากอนุสัญญาฉบับนี้ด้วยเช่นกัน ผลของการอนุวัตรอนุสัญญาฉบับนี้ทำให้คำชี้ขาด (Award) ที่ทำขึ้นไม่ว่า

---

[163] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 183.

[164] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 75.

[165] New York Convention Article I (1) 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.

ในประเทศใด ๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญาฉบับดังกล่าวสามารถนำมาขอบังคับในประเทศไทยได้ และคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในประเทศไทยก็สามารถนำไปบังคับในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาฉบับดังกล่าวด้วย[166]

2.8 การอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

สำหรับหัวข้อนี้เป็นการกล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยแตกเป็นหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้

1) แนวคิดและความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการการค้าทางระหว่างประเทศ
2) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ
3) ลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ
4) รูปแบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ
5) ประโยชน์ของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

2.8.1 แนวคิดและความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการการทางการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการอธิบายให้ทราบถึงแนวคิดการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ความหมายของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ การเติบโตของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1920 ถึง ค.ศ. 1950 และการพัฒนาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1950 ถึงปัจจุบัน

2.8.1.1 แนวคิดของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

การพัฒนากฎหมายทั้งในเชิงเนื้อหาสาระและกระบวนการต้องเป็นการพัฒนาบนฐานขององค์ความรู้เป็นหลัก และต้องศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งเป็นกลยุทธ์ในการปฏิรูประบบขึ้นอยู่กับขอบเขตของการนำไปใช้และจะเป็นตัวรองรับในทางปฏิบัติ นิติวิธีทางกฎหมายทำให้นักกฎหมายอาจนำเอาหลักการและวิธีคิดของกฎหมายเอกชน (Private law) เป็นแนวทางในการถ่ายทอดแนวความคิดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเป็นการเฉพาะในหมู่

---

[166] สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการ, **คู่มือการอนุญาโตตุลาการ แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ,** ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม. 2560 จาก http://www.tai.coj.go.th/doc/data/tai/tai_1504077976.pdf

อนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ คณะกรรมการและคู่กรณีพิพาท[167] เหตุใดจึงต้องมีการเปลี่ยนแนวคิด หากไม่มีใครโน้มน้าวให้อนุญาโตตุลาการเปลี่ยนวิธีคิด คงจำเป็นต้องรวบรวมแนวคิดกฎหมายอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทคงต้องพัฒนาคำฟ้องบนพื้นฐานเปรียบเทียบกับกฎหมายมหาชน อาจพบการอ้างอิงถึงหลักการทั่วไปของกฎหมายในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างประเทศก่อนการนำไปให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับคดี

คำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างประเทศก่อนยื่นต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดอาจมีการอ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไป หลักทั่วไปที่มีอยู่ในระบบของกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ เหตุผลหลักอยู่ที่ความแตกต่างในโครงสร้างของสังคม ระหว่างสังคมต่างประเทศกับสังคมในประเทศ ความแตกต่างนี้อาจไม่เหมาะกับสภาพสังคมภายในประเทศ เกิดความสัมพันธ์ที่ก้าวล้ำขอบเขตของสังคมในหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศ ที่มาของหลักทั่วไปมีแนวโน้มอยู่ในระบบเขตเมืองซึ่งได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับและการนำกฎหมายอนุญาโตตุลาการไปปฏิบัติได้ขยายขอบเขตกว้างขวางมากขึ้นในส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางธุรกิจ

ประเด็นกฎหมายที่มีรูปแบบหลากหลายของกฎหมายแห่งท้องถิ่น ซึ่งแม้อาจได้ผลลัพธ์ในทางปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่บ่อยครั้งกลับยากที่จะพบหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่หลักทั่วไปมักถูกนำมาใช้โดยคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยไม่คำนึงว่าการอ้างอิงในหลักดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกลไกเท่านั้น ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ สำหรับนิติสัมพันธ์ตามสัญญาโดยใช้หลักทั่วไปของกฎหมาย หากปรากฏว่าสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศที่มีระยะของสัญญาเป็นเวลายาวนานเกินกว่า 5 ปีขึ้นไป ควรมีตัวเลือกในข้อตกลงตามสัญญาและถ้าสัญญายิ่งมีรายละเอียดมากเมื่อเกิดกรณีข้อพิพาทตามมา คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การใช้หลักทั่วไปของกฎหมายอาจตอบสนองความต้องการของวงการธุรกิจระหว่างประเทศ และให้ความเชื่อมั่นมากกว่าซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์เดิมที่เคยปฏิบัติกันมา

หลักกฎหมายทั่วไปในบางครั้งถูกมองว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเองโดยวงการพ่อค้าวาณิช (A Community of Merchants) ซึ่งในความเป็นจริงกฎเกณฑ์เหล่านี้ได้ฝังรากอยู่ในระบบกฎหมายแห่งรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงนำมาสู่การอธิบายถึงความสับสนที่รายล้อมบ่อเกิดกฎระหว่างประเทศหรือหลักกฎหมายทั่วไป และการต่อต้านไม่เห็นด้วยอย่างมากกับแนวคิดเช่นนี้ในการอนุญาโตตุลาการ

---

[167] Stephan Schill. “The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration,” **European Journal of International Law** 1 (September 2011): 917-925.

ทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งยังคงแยกออกจากกฎหมายนายวาณิชไม่ได้ (*lex mercatoria* Doctrine)[168] และการคัดค้านไม่เห็นด้วยกับหลักกฎหมายนี้ก็ยังคงมีอยู่ในปัจจุบัน

การคัดค้านกฎระหว่างประเทศหรือหลักทั่วไปการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างเข้มข้น และแตกต่างหลากหลายจนกลายเป็นความเชื่อ 3 แบบ[169] ดังนี้

1) อนุญาโตตุลาการผู้นำเอาแนวคิดเรื่องกฎระหว่างประเทศ (Transnational Approach) จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปกับทุกสถานการณ์

2) หลักกฎหมายทั่วไป เป็นมีลักษณะคลุมเครือและคาดเดาไม่ได้

3) อนุญาโตตุลาการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นวาระซ่อนเร้น (Hidden Agenda) เพื่อใช้เป็นกฎหมายเปรียบเทียบ

ปัญหาเรื่องกฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทจะมีความซับซ้อนเนื่องจากคู่กรณีพิพาทจะเป็นต่างประเทศฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นของตนเองและบทกฎหมายเหล่านั้นอาจจะเหมือนหรือแตกต่างกัน การที่อนุญาโตตุลาการ

---

[168] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 108: Lex mercatoria or Law Merchant คือกฎหมายนายวาณิช ท่านศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้อธิบายว่า กฎหมายของนายวาณิชนี้ บางครั้งก็เรียกว่า lex mercatoria คือความคิดที่ว่าความสำคัญระหว่างพ่อค้าระหว่างประเทศควรต้องอยู่ใต้**กฎหมายพิเศษ** คือกฎหมายของนายวาณิชซึ่งเกิดจากจารีตและวิธีปฏิบัติของพ่อค้าซึ่งพบได้ในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ สัญญามาตรฐานและวิธีปฏิบัติของพ่อค้า lex mercatoria เคยเป็นของจำเป็นในสมัยกลางอันเป็นยุคมืด ซึ่งอำนาจฝ่ายอาณาจักรอ่อนแอและศาสนจักรก็ไม่ดูแลการค้า พ่อค้าจึงต้องหาทางระงับข้อพิพาทกันเอง ความคิดนี้กลับมาฟื้นในสมัยศตวรรษที่ 20 เพื่อความสะดวกในการตัดสินของอนุญาโตตุลาการคือ ไม่ต้องเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งประเทศใด ซึ่งย่อมไม่ครบเพราะเป็นสิ่งที่ใช้กับเรื่องภายในประเทศ น่าสังเกตว่ากฎหายพาณิชย์ระหว่างประเทศกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน โดยผลของการที่ศาลยอมรับเอาไปใช้ในประเทศคอมมอนลอว์หรือโดยการที่ประมวลกฎหมายพาณิชย์ได้รวมเอาหลักดังกล่าวในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย กล่าวได้ว่าเมื่อตนศตวรรษที่ 20 กฎหมายนายวาณิชได้ตายไปจากโลกกฎหมาย แต่พึ่งจะมาฟื้นคืนชีพเมื่อสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและอาณานิคมล่มสลายจึงต้องพยายามสร้างกฎหมายอันใหม่ขึ้นมา และในขณะเดียวกันก็พยายามผลักดันให้การอนุญาโตตุลาการต้องใช้กฎหมายอันใหม่นี้แม้ในทางวิธีพิจารณา เพื่อป้องกันไม่ให้อยู่ใต้อำนาจควบคุมของรัฐ เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐออกกฎหมายจำกัดการใช้อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสิ่งที่โลกตะวันตกมีอำนาจครอบงำในทางความคิดอยู่

[169] Giorgio Gaja, General Principles of Law, In **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, R Wolfrum, ed. (Oxford University Press, 2013), para 8.

เลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจจะให้ผลอีกอย่างหนึ่งก็ได้ ดังนั้น ไม่ใช่ทุกสถานการณ์นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้แก่การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ และไม่ได้หมายความว่าจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาแทนกฎหมายแห่งรัฐที่คู่สัญญาได้เลือกไว้อย่างชัดแจ้ง ในความเป็นจริงควรแยกสถานการณ์ออกเป็นสองสถานการณ์ ซึ่งอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมในการเลือกกฎหมายมาเพื่อใช้บังคับตามสัญญา[170]

1) สถานการณ์แรก คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (Law of Rules of Law) ที่จะใช้บังคับแก่นิติสัมพันธ์ของตนไว้อย่างชัดแจ้ง คู่สัญญาได้เลือกกฎหมายแห่งรัฐไว้แล้วจึงไม่มีปัญหาของการบังคับใช้ตามหลักทั่วไปของกฎหมาย อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่เคารพและปฏิบัติตามกฎหมายที่คู่สัญญาได้เลือกไว้ ซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับการอ้างประเพณีทางการค้าที่ใช้กันของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้เลือกไว้ หากพิจารณาข้อบังคับที่มาตรา 21 แห่งข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ ICC ปี ค.ศ. 2011 ในวรรคแรกกำหนดไว้ว่า “คู่สัญญามีอิสระที่จะตกลงในเรื่องหลักนิติธรรมที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับข้อพิพาท" และในวรรคสองได้กำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการจักต้องคำนึงถึงข้อกำหนดในสัญญาและประเพณีทางการค้าที่ใช้ อย่างไรก็ตามแนวคิดเรื่องประเพณีทางการค้าที่ใช้ไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการสามารถนำมาแทนกฎหมายที่คู่พิพาทได้เลือกไว้อย่างชัดแจ้ง

2) สถานการณ์ที่สอง เกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้กำหนดเรื่องกฎหมายที่จะใช้บังคับสำหรับนิติสัมพันธ์ของตนเมื่อเกิดข้อพิพาท ในสถานการณ์เช่นว่านี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับ คำถามที่ยากก็คืออำนาจอนุญาโตตุลาการที่ถูกจำกัดเพียงว่าต้องเลือกระบบกฎหมายแห่งรัฐ หรืออำนาจนั้นรวมถึงทางเลือกอื่นอันได้แก่ข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นระหว่างประเทศก็ได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีการถกเถียงกันในเรื่องลักษณะทางกฎหมายของข้อบังคับเช่นว่านั้น ประเด็นที่ว่าข้อบังคับเหล่านั้นสามารถถูกพิจารณาว่าเป็น “กฎหมาย” ที่อนุญาโตตุลาการสามารถนำมาบังคับใช้เพื่อระงับข้อพิพาทได้หรือไม่ คำถามถูกตั้งขึ้นหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับซึ่งภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ว่าให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้เลือก “กฎหมาย” ดังเช่นปรากฏเป็นทางเลือกไว้ในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ในกรณีนี้ผู้ที่เชื่อว่า ข้อบังคับที่ตอบสนองความต้องการอย่างสมบูรณ์ทั้งลักษณะโครงสร้าง ลักษณะพัฒนาการและการคาดการณ์ได้ ต่างเห็นด้วยและยอมรับว่าข้อบังคับนั้นมีคุณสมบัติเป็น “กฎหมาย” และสามารถเป็น

---

[170] Paripurna P. Sugarda, *op. cit.*

ตัวเลือกอื่นได้สำหรับอนุญาโตตุลาการหากอยู่ภายใต้สถานการณ์นั้น หากเกิดความยุ่งยากได้รับการแก้ไขได้อย่างตรงประเด็นโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระบุอย่างชัดแจ้งว่าอนุญาโตตุลาการสามารถปรับใช้ไม่เพียงแต่ “กฎหมาย” แต่ยังรวมถึง “หลักนิติธรรม” ที่เห็นว่าเหมาะสม แนวคิดนี้ได้รับการปฏิบัติตามในหลายประเทศ ดังปรากฏในกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศต่าง ๆ อาทิเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์และอียิปต์ และสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งอาทิเช่น หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ศาลอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration: LCIA) ศูนย์กลางการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC) และ คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการแห่งเกาหลี (The Korea Commercial Arbitration Board: KCAB) เมื่ออนุญาโตตุลาการได้นำแนวคิดเหล่านี้มาใช้ทำให้หมดประเด็นคำถามเรื่องที่อนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเฉกเช่นเดียวกับการใช้กับการเลือกใช้กฎหมายแห่งรัฐ อย่างไรก็ตามดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำให้การบังคับใช้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายเป็นไปโดยอัตโนมัติในทุกกรณี การที่คู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายนิ่งเฉยไม่เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ เป็นเพียงการเพิ่มทางเลือกแก่อนุญาโตตุลาการใช้ดุลยพินิจอาจนำหลักนี้มาใช้หรืออาจไม่ใช้กับสถานการณ์แห่งคดี กล่าวได้ว่าเมื่อสถานการณ์นั้นมีปัจจัยเกี่ยวข้องต่าง ๆ อาจหลากหลายหรือแยกออกเป็นสองส่วนที่ค้านกัน การใช้หลักทั่วไปขัดกับกฎหมายแห่งรัฐเช่นนี้แล้วจึงเป็นการเปิดช่องให้อุทธรณ์[171]

ประเด็นในเรื่องความเชื่อที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะคลุมเครือและคาดการณ์ไม่ได้ เป็นเรื่องที่ได้รับการวิจารณ์มาก่อน เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการนำกฎระหว่างประเทศที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนายวาณิช (*lex mercatoria*) ซึ่งกฎดังกล่าวขัดกับกฎเกณฑ์ของระบบกฎหมายแห่งรัฐแต่ละรัฐ การนำหลักเกณฑ์เช่นว่านี้มาใช้ผ่านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเป็นวิธีการที่เกี่ยวโยงกับกฎหมายนิติกรรมสัญญาหรือกฎหมายพาณิชย์ นักวิจารณ์มองว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง หากพิจารณาจาก หลักเกณฑ์แห่ง UNIDROIT (UNIDROIT Principles)[172] จะพบว่า

---

[171] Richard J. Howarth **“**Lex Mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?,” **Canterbury Law Review** 36 (February 2004): 43-49.

[172] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 177: UNIDROIT เป็นองค์กรเอกชนระหว่างประเทศซึ่งมีความมุ่งหมายทำให้กฎหมายเป็นเอกภาพ มีสถานที่ทำการอยู่ที่กรุงโรมคือ International Institute of the Unification of Private Law

หลักเกณฑ์เช่นว่าเป็นการกล่าวซ้ำถึงกฎหมายนิติกรรมสัญญาที่มีเงื่อนไขไม่ต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายแห่งรัฐ

กฎหมายนิติกรรมสัญญาหรือเรื่องการค้าโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกัน ความขัดแย้งของคู่กรณีพิพาทมีนิติสัมพันธ์กัน อนุญาโตตุลาการอาจใช้ทางเลือกของกฎหมายโดยวิธีการเลือกกฎหมายเดียวซึ่งจะให้คำตอบหรือประเมินบนพื้นฐานของการปรับเปลี่ยน ที่มีอยู่ของกฎข้ามชาติ อนุสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมาย คดีตัวอย่าง UNCITRAL (Case Law on UNCITRAL) หรือถ้าจำเป็นต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเฉพาะซึ่งสถานะของคู่กรณีพิพาทสอดคล้องกับการแก้ปัญหาที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป เมื่อเทียบกับกฎที่พบเป็นเรื่องเฉพาะซึ่งน้อยมากในระบบกฎหมาย[173] ตัวเลือกแรกสอดคล้องกับการเลือกใช้กฎหมาย ตัวเลือกที่สองเป็นวิธีการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการข้ามชาติ เลือกหลังจากสถานการณ์เกิดขึ้น และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยังไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ ดังนั้นจึงเป็นการยากที่อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการให้เป็นไปตามความคาดหวังของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการใช้หลักทั่วไปของกฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้น ผู้เกี่ยวข้องและผู้ได้รับผลจากกฎหมายก็อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ใช้กฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นผู้ใช้กฎหมายเช่นอนุญาโตตุลาการก็ยังต้องหาวิธีการในการอุดช่องว่างของกฎหมายให้ได้ ข้อสรุปนี้ถือว่าเป็นข้อเท็จจริง

2.8.1.2 ความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมัน อยู่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ มีการบัญญัติให้คนกลางเป็นอนุญาโตตุลาการ[174] โดยจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของโรมันในศตวรรษแรกก่อนคริสตกาล ภายใต้กฎหมายโรมันนี้ คู่กรณีที่มีข้อพิพาทจะต้องลงชื่อในข้อตกลงที่เรียกว่า *compromissum* (การไกล่เกลี่ย) เพื่อส่งไปยังอนุญาโตตุลาการและการปฏิบัติตามที่ได้รับคำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการ[175] นักปราชญ์ชาวโรมันผู้หนึ่งชื่อ Cicero วิจารณ์อนุญาโตตุลาการเป็น "แบบอ่อนและปานกลาง" กับคดีที่เข้าสู่กระบวนการศาลซึ่งเขาถือว่าเป็น “แบบแน่นอนและชัดเจน”[176] ในประเทศอังกฤษหลายศตวรรษที่ผ่านมา มุมมองที่โดดเด่นของข้อพิพาทที่

---

[173] Filip De Ly, *op. cit*., pp. 48-85.

[174] เสาวนีย์อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 20.

[175] Lord D. Hacking, “Dispute Resolution in London,” **The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators** 66 (August 2000): 2.

[176] J. T. Barrett and J. P. Barrett, **A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of Political, Cultural, and Social Movement** (San Francisco: Jossey-Bass 2004), p. 1.

เกิดขึ้นในการค้าและความรวดเร็วในการแก้ปัญหาข้อพิพาทของการขัดแย้งผลประโยชน์การค้า ในปี ค.ศ. 1475 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของอังกฤษซึ่งเป็นดาวสภากล่าวว่า “ข้อพิพาทนี้ถูกนำขึ้นโดยผู้ประกอบการค้าที่เป็นคนต่างด้าว ที่ได้มาในการดำเนินการกรณีของเขาที่นี่และเขาไม่ควรที่จะถูกทำให้หยุดชะงักเพื่อรอการพิจารณาคดี โดยโดยชายสิบสองคนและการเอาจริงเอาจังของกฎหมายของที่ดิน แต่ควรที่จะสามารถฟ้องจากชั่วโมงถึงชั่วโมง วันต่อวัน เพื่อผลประโยชน์ของพ่อค้า” ในคำนำแรกของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1698 ที่พบการยืนยันในอนุญาโตตุลาการจะได้ตราขึ้นโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ของการค้า: “ตอนนี้สำหรับการส่งเสริมการค้าและการแสดงผลของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับใช้มากขึ้นในทุกกรณี สำหรับการตัดสินใจขั้นสุดท้ายจากการถกเถียงที่อ้างถึงพวกเขาโดยร้านค้าและผู้ค้าหรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการบัญชีหรือการค้าหรือเรื่องอื่น ๆ” ทั้งสามวัตถุประสงค์ (Confidential, Efficient and Commercially-sensitive Resolution) ยังคงเป็นแกนหลักของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศจากคดีฟ้องร้องและวิธีการอื่นในการระงับข้อพิพาท[177] ในวงการค้าระหว่างประเทศกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายโดยเฉพาะระหว่างคู่พิพาทที่มาจากประเทศที่ภาษา วัฒนธรรมและระบบกฎหมายที่แตกต่างกันเนื่องจากเหตุผลสำคัญคือ คู่พิพาทแต่ละฝ่ายต่างไม่ต้องการระงับข้อพิพาทโดยระบบศาลยุติธรรมในประเทศของคู่พิพาทฝ่ายตรงกันข้ามเพราะเชื่อว่าตนจะเสียเปรียบจากความลำเอียงเข้าข้างคนชาติเดียวกัน หรือจากความไม่คุ้นเคยในกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติ[178]

อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่เกิดจากความยินยอมของคู่กรณีพิพาทในการพิจารณาพิพากษาที่เป็นอิสระจากรัฐที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นในเขตอำนาจ จากเหตุการณ์ในอดีตมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในแวดวงการค้าและเศรษฐกิจที่พบในประเทศที่มีระบบการค้าเป็นของภาครัฐ ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีการบริหารโดยภาครัฐในขณะที่กลไกระงับข้อพิพาทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดการกับข้อพิพาท มักถูกเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ จากความเป็นจริงรูปแบบของการบริหาร การตัดสินใจ ที่มีผู้บริหารระดับสูงที่ถูกควบคุมโดยฝ่ายการเมืองโดยส่งผ่านหน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นในบรรยากาศที่มีความอิสระมากบ้างน้อยบ้างทั้ง ๆ ที่คู่กรณีพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นชาวต่างชาติ การอนุญาโตตุลาการยังคงเป็นการอนุญาโตตุลาการในประเทศ กฎหมายภายในประเทศถูกนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณา ที่โดดเด่นที่สุดเป็นกรณีของ

---

[177] Potter Harold, **An Historical Introduction to English Law and its Institution** 2nd ed (London: Sweet & Maxwell, 1943), p. 293

[178] Jahan P. Raissi, “Arbitrating in Thailand,” **Hasting International and Comparative Law Review** 16 (1992): 101.

ประเทศอังกฤษ จนกระทั่ง ค.ศ. 1979 ได้มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมีที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ การจัดส่งสินค้าและการประกันภัย จากเหตุการณ์ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1923 ต่อจากนั้นเป็นระยะเวลากว่า 43 ปี ที่คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) จึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ โดยมติที่ประชุมในวันที่ 17 กันยายน 1966 ทำหน้าที่สำคัญในการพัฒนาให้การทำกฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความเป็นสากลในระดับนานาชาติ เพื่อทุกประเทศทั่วโลกสามารถนำไปปรับใช้ให้เข้ากับประเทศของตัวเอง[179]

การเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วของระบบเศรษฐกิจและการแข่งขันทางการค้าที่นับวันจะมีเพิ่มมากขึ้น ประเทศต่าง ๆ จึงต้องมีการพัฒนาให้พร้อมในทุก ๆ ด้านโดยเฉพาะกฎหมายทั้งภายในและระหว่างประเทศเพื่อให้เป็นที่ยอมรับและเชื่อมั่นของนักธุรกิจและผู้ที่ต้องการเข้ามาลงทุน โดยเฉพาะประเทศที่พัฒนาแล้วที่นักธุรกิจประเทศของตนไปลงทุนเพื่อทำการค้าประเทศอื่น ๆ เพื่อไม่ให้ฝ่ายกลุ่มธุรกิจของตัวเองต้องเสียเปรียบจึงผลักดันให้มีคุ้มครองการลงทุน โดยให้สิทธินักลงทุนในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทกับรัฐผู้รับการลงทุน ในรูปแบบต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพ ตามที่กำหนดในข้อตกลงฯ การกำหนดพันธกรณีที่ให้ความคุ้มครองการลงทุนได้รับอนุญาตเข้ามาในประเทศตามกฎหมายท้องถิ่นของประเทศนั้น ๆ การให้ความคุ้มครองการลงทุนกระทำผ่านการจัดทำ ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) รวมทั้งพันธกรณีการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreements: FTAs) ซึ่งจะรับประกันมาตรฐานขั้นต่ำที่เป็นมาตรฐานสากลให้กับนักลงทุน ที่เข้าไปลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนที่เป็นภาคีความตกลง ทำให้นักลงทุนมั่นใจได้ว่า หากเกิดปัญหาข้อพิพาทขึ้นประการใดและเข้าข่ายตามความตกลงฯ การลงทุนของนักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุน ถ้าเกิดข้อพิพาทขึ้นสามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่อาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อให้เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาท โดย

---

[179] Anusornsena Veena, **Arbitrability and Public Policy in Regard to the Recognition and Enforcement of Arbitral Award in International Arbitration: The United States, Europe, Africa, Middle East and Asia**, (Doctoral Dissertation, School of Law, Golden Gate University, 2012), p. 47.

อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ผู้ชี้ขาดเพราะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจจึงมีสถานะคล้ายผู้พิพากษา[180] ในทำนองเดียวกันอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านเพราะไม่เป็นกลางหรือมีอคติ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่ง คำพิพากษาของศาล ในการดำเนินกระบวนพิจารณา เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดนั้นต้องทำตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ และกระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) และข้อบังคับ (Rules) ที่คู่กรณีตกลงไว้ล่วงหน้าหรือที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้เมื่อคู่กรณีไม่ได้ตกลงหรือกำหนดเสริมขึ้นจากกฎหมายและข้อบังคับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการถือเป็นการระงับข้อพิพาทอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งเกิดจาก ความสมัครใจในการทำสัญญาระหว่างคู่กรณีพิพาท[181] โดยอนุญาโตตุลาการถูกพัฒนาขึ้นมา เพื่อแก้ปัญหาความยุ่งยาก ลดค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีและให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี อนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ก็เมื่อคู่กรณีพิพาทได้ทำการตกลงกันไว้ด้วยความสมัครใจ หากคู่กรณี พิพาทไม่ได้ตกลงกันให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจนเสร็จสิ้นและมีการทำคำชี้ขาด คำชี้ขาดที่ได้ก็ไม่สามารถบังคับได้โดยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ไม่จำกัดเฉพาะทางด้านธุรกิจเท่านั้น การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้ยังถูกนำไปใช้กับการระงับข้อพิพาททางแพ่งอื่น ๆ จนได้รับความเชื่อถือและใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

2.8.1.3 ความหมายของวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นจากความยินยอมของคู่สัญญา[182] ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันทำสัญญาที่เรียกว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) โดยคู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะคดีแพ่งที่เกี่ยวกับธุรกิจและการค้า โดยที่คู่สัญญาสามารถแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ Arbitrator(s) ซึ่งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายกันทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการ

---

[180]จารุณี มณีรัตน์, **การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการในคดีที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อย: ศึกษากรณีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2555), หน้า 2.

[181]ลำพลอย ปันธนิวน, **จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้า** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550) หน้า 3.

[182]ฉันชาย โรจนสโรช, “รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ,” **วารสารอนุญาโตตุลาการ** 4 (2552): 87-98.

ลงทุนและธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ (Investment and International Business Transaction) ตลอดจนการขนส่งระหว่างประเทศ (Logistic) เป็นต้น วิธีการระงับข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการเกิดจากข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการจึงเกิดจากสัญญา[183] ข้อพิพาทแบบไหนที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้นย่อมเป็นไปตามนโยบายของกฎหมายของแต่ละประเทศว่ากิจการใดบ้างที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยที่ต้องการให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในกิจการดังกล่าว ผู้ที่จะทำการระงับข้อพิพาทหรือทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง จะมีจำนวนหนึ่งคนหรือหลายคนก็ได้ โดยได้รับเลือกหรือแต่งตั้งจากคู่กรณี หรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่กรณีได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายกำหนดเพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทในเรื่องใด ๆโดยเฉพาะ ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่พิพาทจะดำเนินการในสัญญาได้มากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการคือความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เป็นต้นว่าต้องให้คู่กรณีทุกฝ่ายมีโอกาสเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีและจะต้องตัดสินโดยอาศัยการรับฟังพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาเสนออนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เอกชนทำกันเอง[184] ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยดีและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้นโดยทั่วไปแล้วถือว่าถึงที่สุดหมายความว่ามีผลเป็นการยุติข้อพิพาททั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและคู่กรณีจะต้องผูกพันตามคำชี้ขาดนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถอาศัยองค์กรของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลยุติธรรม

---

[183]มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการใน **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร**, หน่วยที่ 1-8, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2552).

[184]จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์, **เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษากรณีตามมาตรา 40(2)(ข)** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 21.

ให้ทำการบังคับคำชี้ขาดนั้นได้ การพิจารณาและการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่จำเป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตย

2.8.1.4 การเติบโตของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 1920 ถึง ค.ศ. 1950

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าหรือพาณิชย์ระหว่างประเทศเริ่มต้นขึ้นที่ทวีปยุโรปในปี ค.ศ. 1920 มีปัญหาสำคัญอยู่ 2 ประเด็นที่เกิดขึ้นในเวลานั้น

1) ปัญหาแรก เกิดจากความยากลำบากในหลายประเทศที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอย่างถูกต้องแต่ต้องถูกเข้าไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทแบบประนีประนอม ในประเทศเหล่านั้นข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งหมดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเป็นการเชื่อมต่อกับการทำสัญญาที่ไม่ถูกต้อง มันเป็นธรรมดาที่แม้จะอยู่ในประเทศที่ข้อตกลงถูกต้อง ก็มักจะตัดสินไม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่สามารถห้ามศาลที่มีอำนาจเหนือข้อพิพาท หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเริ่มดำเนินการในศาลทั้ง ๆ ที่มีข้อตกลงที่จะดำเนินการไกล่เกลี่ย ต่อมาอาจจะมีการดำเนินการสำหรับความเสียหายสำหรับการละเมิดข้อตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ แต่มีแนวโน้มที่จะไม่ได้รับการเยียวยา ความยากลำบากที่อธิบายไม่ได้ก็คือผู้ที่ทำการไกล่เกลี่ยข้อตกลงที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ กฎเหล่านั้นอยู่ในเรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการในประเทศเช่นเดียวกัน แต่ก็เป็นความกังวลของนานาชาติ ความยากลำบากในเรื่องข้อตกลงที่จะตัดสินอย่างมีประสิทธิภาพได้ถูกจำกัดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ในประเทศ โดยในปี ค.ศ. 1923 พิธีสารเจนีวาในข้ออนุญาโตตุลาการนำโดยสันนิบาตแห่งชาติ[185] พิธีสารเป็นความสำเร็จที่โดดเด่นทั้งในแง่ของจำนวนของรัฐที่เป็นภาคีและในเรื่องเนื้อหา บทบัญญัติที่สำคัญกล่าวว่า “ในแต่ละรัฐผู้ทำสัญญาตระหนักถึงความถูกต้องของสัญญาไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับการมีอยู่ในอนาคตหรือความแตกต่างระหว่างทั้งสองฝ่ายเขตอำนาจรัฐผู้ทำสัญญาที่แตกต่างกันโดยที่ฝ่ายในการทำสัญญาตกลงว่าจะยื่นเรื่องให้อนุญาโตตุลาการทั้งหมดเป็นลำดับ หรือความแตกต่างใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในการเชื่อมโยงกับการทำสัญญาดังกล่าวเกี่ยวกับเรื่องการค้า หรือเรื่องอื่น โดยอนุญาโตตุลาการหรือไม่อนุญาโตตุลาการคือการ

---

[185] Jérôme Sgard, A Tale of Three Cities: The Construction of International Commercial Arbitration, **Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets**, Jérôme Sgard, ed. (Cambridge: University Press, 2005), p. 154.

ใช้สถานที่ในประเทศที่จะมี หรือไม่มีในเขตอำนาจของบุคคลที่อยู่ภายใต้” พิธีสารได้กำหนดขั้นตอน รวมทั้งกฎระเบียบของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ถูกควบคุมโดยความประสงค์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และตามกฎหมายของประเทศที่ตั้งอยู่ในดินแดนของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้น ปีค.ศ. 1958 มีการประชุมที่นิวยอร์กประชุมโดยมีการเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย

2) ปัญหาที่สอง ความยากลำบากในเรื่องการรับรู้และการบังคับใช้อนุญาโตตุลาการ ดังนั้น สี่ปีหลังจากการยอมรับของพิธีสารในส่วนของคำสั่งอนุญาโตตุลาการ ในปี ค.ศ.1927 สันนิบาตแห่งชาตินำประชุมที่เจนีวาสำหรับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เรื่องคำชี้ขาด รัฐผู้ทำสัญญาตกลงที่จะบังคับใช้อนุญาโตตุลาการได้ทำตามพิธีสาร ในปี ค.ศ. 1923 ในดินแดนของรัฐผู้ทำสัญญา มีการประชุมอีกเป็นเรื่องพิธีสารนำโดยสหรัฐอเมริกาและประสบความสำเร็จในเรื่องของพิธีสารสำหรับอนุญาโตตุลาการ “ระหว่างประเทศ” ดังนั้นในปี ค.ศ.1922 หอการค้านานาชาติ (ICC) ได้ออกกฎระเบียบเป็นครั้งแรกของอนุญาโตตุลาการและได้มีการจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1923 ศาลอนุญาโตตุลาการ โดยมีสำนักงานใหญ่ของ ICC อยู่ที่ปารีส ประเทศฝรั่งเศสไม่มีข้อเสนอแนะในกรณีที่ ICC ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เป็นองค์กรที่ตัดสินชี้ขาดนอกเหนือไปจากสิ่งที่ได้รับความสำเร็จโดยการยอมรับของพิธีสารและการประชุมและก่อตั้งของ ICC อนุญาโตตุลาการความจำเป็นที่จะต้องรับรู้สำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับขั้นตอนกฎระเบียบที่ใช้บังคับในอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศได้นำกฎอัมสเตอร์ดัม ในปีค.ศ. 1938 ประกอบด้วย “บทบัญญัติเกี่ยวกับกฎระเบียบของคณะอนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการ บทบาทของประธานคณะกรรมการในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของสมาคมกฎหมายต่างประเทศวิธีการในการส่งเอกสารระหว่างฝ่ายบริหารกับหลักฐานที่พิจารณาคดี . เนื้อหาของคำชี้ขาด การกำหนดค่าใช้จ่ายและอื่น ๆ” ในทางประวัติศาสตร์กฎอัมสเตอร์ดัมกลับไม่มีผลในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ สถาบันระหว่างประเทศตามแนวทางของกฎหมายเอกชน (UNIDROIT) จัดทำร่างเรื่องแบบของกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ แต่ภาวะสงครามโลกครั้งที่สองในยุโรปในปี ค.ศ. 1939 ทำให้ความพยายามเหล่านั้นต้องหยุดชะงัก ตลอดสองทศวรรษ จนกระทั่งในปี ค.ศ.1920 ในยุโรปวิธีอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้การพัฒนาของอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่มีอยู่ในยุโรปไม่ได้ขยายไปยังส่วนอื่น ๆ ของโลก

2.8.1.5 การพัฒนาของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1950 ถึงปัจจุบัน

ปัญหาที่สำคัญกับการประชุมในปี ค.ศ. 1927 ในความต้องการที่คู่สัญญากำลังมองหาการบังคับตามคำชี้ขาดที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเงื่อนไขสำหรับการรับรู้จากผลการตัดสินได้รับการเติมเต็ม วิธีเดียวที่จะตอบสนองความต้องการในการบังคับตามคำชี้ขาดให้เป็นที่ได้การยอมรับในประเทศ

ที่อนุญาโตตุลาการที่ทำการพิจารณาเกิดขึ้น สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อบังคับคดีในศาลที่ล่าช้าและซับซ้อน หรือที่ เรียกว่า “Double-Exequatur” ลดลงอย่างมาก ICC รับหน้าที่ในการจัดทำร่างแก้ไขของอนุสัญญา ในปี ค.ศ. 1927 และส่งไปยังสหประชาชาติซึ่งเป็นผู้สืบทอดต่อจากองค์กรสันนิบาตแห่งชาติ ที่ได้จัดเตรียมไว้ในพิธีสาร ปี ค.ศ. 1923 และอนุสัญญาปี ค.ศ. 1927 ในการประชุมทางการทูต ต่อมาก็พบว่าเป็นข้อได้เปรียบที่จะรวมบทบัญญัติของ พิธีสาร ค.ศ. 1923 และอนุสัญญา ค.ศ. 1927 ลงในการประชุมครั้งเดียว อนุสัญญาปี ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการรับรู้และบังคับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958: มักเรียกกันสั้น ๆ ว่า “New York Convention”) ผลที่ได้นอกเหนือจากการรวมเป็นข้อความเดียว การเปลี่ยนแปลงหลักคือได้จัดทำคำชี้ขาดของตัวเองในรูปแบบที่ต้องการในการประชุมพร้อมด้วยสัญญาอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการพิจารณาในเบื้องต้น[186] เว้นแต่คู่พิพาทที่พิสูจน์ให้เห็นการละเมิดกฎหลักทั่วไปของกฎหมาย ขั้นตอนในการบริหารจัดการอนุญาโตตุลาการได้ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องคู่สัญญาและความสมบูรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การที่ศาลจะบังคับตามคำชี้ขาดได้จึงถูกจำกัดจากการพิจารณาคำชี้ขาดที่ถูกต้อง มีคุณธรรม และเพื่อปกป้องความสมบูรณ์ของกฎหมายของประเทศที่บังคับใช้ จะอนุญาตให้ศาลสามารถปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้ ถ้า “เป็นเรื่องของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น” หรือ ถ้า “การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนประเทศนั้น” บทบัญญัตินี้เป็นสิ่งที่จำเป็นแต่ก็เป็นอันตราย เนื่องจากถูกมองว่าอาจใช้เป็นคำขอต่อศาลหากเป็นกรณีการบังคับคำชี้ขาดกับบุคคลของรัฐ และขอให้เป็นไปตามความต้องการของรัฐด้วยวิธีการบางอย่างกับนโยบายสาธารณะ เกือบทุกคดีพิพาทที่ศาลได้รับคำร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมักเป็นคนท้องถิ่น ในขณะที่คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นขอบังคับตามคำชี้ขาดเป็นชาวต่างชาติ เป็นที่เข้าใจว่าคณะผู้พิพากษาของศาลท้องถิ่นที่ไม่ค่อยได้เห็นความสำคัญของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่คู่พิพาทเป็นชาวต่างชาติ สาเหตุอาจเป็นเพียงเพราะหนึ่งในสามที่นั่งเป็นคณะอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศที่ทำการพิจารณาคำตัดสินชี้ขาด ผู้พิพากษาอาจจะไม่ทราบว่า การที่อนุสัญญามีบทบัญญัติอนุญาตให้คู่พิพาทจากประเทศหนึ่งได้รับคำตัดสินชี้ขาดสามารถนำคำชี้ขาดนั้นมาบังคับกับประเทศที่เป็นสมาชิกภาคีอนุสัญญาดังกล่าวได้ การ

---

[186] Firas Abdel-Karim Al-Malahmeh, **The Deficiencies of The New York Convention of 1958 Relating to the Enforcement Refusal Ground and Their Effects on The Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards** (Doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Leicester, 2007), pp. 29-30.

แก้ปัญหารัฐต่าง ๆ ที่ได้ทำข้อตกลงอนุสัญญาไว้ในเรื่องคำชี้ขาด และสามารถบังคับใช้ในศาลระดับที่สูงขึ้น มีแนวโน้มที่เป็นอิสระขึ้นจากการเล่นพรรคเล่นพวกในรัฐนั้น ๆ และมีมุมมองที่กว้างขึ้นภายใต้นโยบายที่อยู่เบื้องหลังการยอมรับของประเทศภาคีตามอนุสัญญา

มีเรื่องที่น่าสนใจเรื่องหนึ่งของอนุสัญญานิวยอร์ก คือร่างที่จัดทำโดย ICC เกี่ยวกับคำชี้ขาด “ระหว่างประเทศ” ที่จะไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลของชาติใด เป็นเรื่องที่เข้าใจได้ง่ายว่าแหล่งที่มาของคำชี้ขาด “ระหว่างประเทศ” ดังกล่าวน่าจะได้เรื่องที่เป็นปัญหาของ ICC เอง แม้ว่าร่างที่เห็นจะไม่ได้เขียนอย่างนั้น ในระหว่างขั้นตอนของการแก้ไขร่างในสหประชาชาติ ข้อความกลับไปรูปแบบที่คุ้นเคยมากขึ้นและเป็นที่ยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ "ต่างประเทศ" บทบาทของรัฐในการกำหนดกฎระเบียบเพื่อควบคุมอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ ได้รับการตอบรับและไม่มีคำถามอีกต่อมา

จากการประชุมทางการทูต ในปี ค.ศ. 1958 สิ่งที่น่าสนใจของอนุญาโตตุลาการได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง การให้สัตยาบันในอนุสัญญานิวยอร์กมีความก้าวหน้าอย่างมั่นคง การให้สัตยาบันเฉลี่ย 2-3 ครั้งต่อปีและความยินยอมการให้สัตยาบันดังกล่าวไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นในช่วงหลายปีตั้งแต่มีการนำไปใช้ มีประเทศต่าง ๆ จำนวน 135 ประเทศได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาในปีค.ศ. 1961 สามปีหลังจากทีมีมติเห็นชอบอนุสัญญานิวยอร์ก อนุสัญญายุโรปด้านอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศถูกนำมาใช้ในเชิงพาณิชย์ เป็นที่น่าสังเกตว่าเป็นครั้งแรกที่มีการใช้อนุสัญญาเป็นเครื่องมือของต่างประเทศ ที่ใช้คำว่า “อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ” เป็นชื่อหัวข้อ ในปีค.ศ. 1966 กฎระเบียบอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ได้ถูกนำไปใช้ในคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ ทั้งคณะกรรมาธิการเศรษฐกิจยุโรป (ECE) และคณะกรรมาธิการเศรษฐกิจแห่งสหประชาชาติสำหรับเอเชียและตะวันออกไกล (ECAFE) ในปีเดียวกันอนุสัญญายุโรปได้จัดให้มีการจัดทำรูปแบบกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการให้นำไปใช้โดยสภายุโรป เพียงกฎระเบียบอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการเศรษฐกิจยุโรป (ECE) อาจจะกล่าวได้ว่าประสบความสำเร็จ ถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในทวีปยุโรปสำหรับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ[187] แต่ก็ยังถือว่าไม่เหมาะสมกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความต้องการที่จะได้รับการยอมรับในระดับสากลของกฎระเบียบในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นถึงการตอบรับอย่างรวดเร็วและท่วมท้นของข้องบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL Arbitration Rules 1976 หลังจากที่ได้รับการรับรอง

---

[187] Saber Habibi Savadkouhi and Ramesh, “The Development of International Commercial Arbitration in Recent Decades: The International Scenario,” **Golden Research Thoughts** 3 (2013): 34.

โดยคณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ในเดือน เมษายน ปีค.ศ. 1976 กฎระเบียบซึ่งได้รับการออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับการใช้งานในรูปแบบอนุญาโตตุลาการกฎหมาย เฉพาะกิจที่ใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายเอเชีย-อัฟริกา (AALCC) ในเดือน กรกฎาคมของปี ค.ศ. 1976 หกเดือนต่อมาได้มีการบรรลุข้อตกลงในสัญญาทางการค้าระหว่างสหภาพโซเวียตและสหรัฐอเมริกา ให้ใช้อนุญาโตตุลาการ เมื่อเกิดข้อพิพาททางการค้า สำหรับข้อพิพาทใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้น ให้ใช้อนุญาโตตุลาการที่สตอกโฮล์ม ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL ข้องบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายเอเชีย-แอฟริกา (AALCC) ดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างมากของประเทศกำลังพัฒนา แม้กระทั่งสหภาพโซเวียตและสหรัฐอเมริกาซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎระเบียบก็คือกฎระเบียบ เป็นที่ยอมรับโดยประเทศส่วนใหญ่ของโลก แม้ว่าจะนำไปใช้สำหรับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ แต่ก็ถูกนำมาใช้มากขึ้นเช่นกันโดยองค์กรอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นกฎระเบียบของสถาบันอนุญาโตตุลาการของพวกเขา ปีค.ศ.1982 UNCITRAL พบว่ามันเป็นที่น่าพอใจในการออกแนวทางในการบริหารอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อบังคับ UNCITRAL ซึ่งรวมถึงรายละเอียดของการเปลี่ยนแปลงที่อาจจะเกิดขึ้นในข้อบังคับเมื่อนำมาปรับใช้เป็นข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

2.8.2 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)

ในส่วนนี้จะเป็นจะเป็นการอธิบายให้ทราบถึงความเป็นมาของกฎหมายต้นแบบ บทบาทของกฎหมายต้นแบบในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ และกฎหมายต้นแบบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศไทย

2.8.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายต้นแบบ (Background of UNCITRAL Model Law)

การที่เนื้อหาสาระของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) บัญญัติการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศไว้เป็นหลัก ส่วนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินอย่างไร อนุสัญญานิวยอร์กยังคงให้เป็นเรื่องของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศที่จะกำหนดกันเอง[188] แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเองในการระงับข้อพิพาท แต่ความแตกต่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ ทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่จะทำให้กฎหมาย

---

[188] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม* หน้า 32.

อนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น ดังนั้นคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) จึงจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ขึ้น ซึ่งยังคงยึดถือแนวความคิดตามบทบัญญัติของอนุสัญญานิงยอร์ก (The New York Convention) และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules 1976)

การร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศโดยคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ในปี ค.ศ. 1985 นั้นก็เพื่อแก้ไขความหลากหลายของกฎหมายในกรณีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รัฐที่มีความแตกต่างทั้งทางกฎหมายสังคมและระบบเศรษฐกิจ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อส่งเสริมหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Party Will Principle) ของการร่างสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อประกันความเท่าเทียมและเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาและเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสมประโยชน์แก่คู่สัญญามากที่สุด[189] ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL เดินตามรูปแบบของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในปี ค.ศ. 1985 สิ่งที่โดดเด่นเกี่ยวกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นเรื่องของขอบเขตที่ไม่เพียงแต่การให้ความสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการแต่ขอบเขตที่อนุญาตให้คู่กรณีสามารถดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่ต้องการ การอนุญาโตตุลาการอาจจะเป็นแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) หรืออาจจะเป็นแบบเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) ภายใต้บทบัญญัติมีผลผูกพันตามมาตรา 18 ที่ระบุว่า “คู่กรณีพิพาทจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความเสมอภาคและคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการนำเสนอกรณีพิพาทของเขา” “คู่พิพาทมีอิสระที่จะตกลงกันในเรื่องขั้นตอนการดำเนินการและคณะอนุญาโตตุลาการจักต้องดำเนินการตามนั้น” ความคิดเห็นส่วนใหญ่เห็นว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นประโยชน์สำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลายที่ยังไม่มีกฎหมายที่เป็นต้นแบบการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) จะถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม ประเทศแรกที่นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้คือประเทศแคนาดา หลังจากนั้นกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้รับการรับรองจาก

---

[189] Melissa Gerardi, “Jumpstarting APEC in the Race to ‚Open Regionalism: A Proposal for the Multilateral Adoption of UNCITRAL’s Model Law on International Commercial Arbitration,” **Northwestern Journal of International Law & Business** 15 (Spring 1995): 686.

39 ประเทศ รวมถึงในแต่ละมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ฮ่องกงและมาเก๊า นอกเหนือจากประเทศแคนาดา ประเทศพัฒนาแล้วอื่น ๆ ก็ได้นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปใช้ด้วย อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศสเปน

สิ่งสำคัญที่ควรทราบคือ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกร่างขึ้นเพื่อเพียงควบคุมคดีพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ[190] ที่มีความคาดหวังว่ารัฐที่นำไปใช้หรือปรับใช้อาจจะมีกฎหมายลูกแยกต่างหากเพื่อบริหารงานอนุญาโตตุลาการในประเทศ แม้ว่ารัฐอยากจะจำกัดความอิสระของคู่สัญญา สถาบันอนุญาโตตุลาการและคณะอนุญาโตตุลาการ ในแง่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศ การนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปใช้จะอนุญาตให้รัฐยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการตรงกับแนวทางปฏิบัติที่แพร่หลายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ หลักการสำคัญของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันคือ การให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการตกลงเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ถือหลักเดียวกันจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้น มีความใกล้เคียงกันมากขึ้นเป็นการลดความสำคัญเรื่องการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศใดบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ยังไม่สมบูรณ์ต้องเพิ่มบทบัญญัติตลอดเวลาภายหลังจากการตรากฎหมายแล้วและรัฐส่วนใหญ่ได้นำไปปรับใช้ เนื่องจากการประกาศใช้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้ทำมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1985 คณะกรรมาธิการ UNCITRAL จึงได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมาย ในปีค.ศ. 2006 ซึ่งการแก้ไขครั้งนี้ยังคงหลักการส่วนใหญ่ไว้เช่นเดิม แก้ไขบางเรื่องให้ทันสมัยมากขึ้น อาทิเช่น เรื่องรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับหลักการทำสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีมากกว่าฉบับปี ค.ศ. 1985 นอกจากนี้ยังเพิ่มหลักการคุ้มครองชั่วคราวให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นความหวังในเรื่องการทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันจะเอื้อประโยชน์ต่อระบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ และมาตรการเหล่านี้จะทำให้เกิดความมั่นใจของบรรดาบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศจะ

---

[190] Filip De Ly, *op .cit.,* p. 49.

ได้รับการเยียวยาตามระบบอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับอันเป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งในการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ[191]

2.8.2.2 บทบาทของกฎหมายต้นแบบในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (The Role of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)

กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกออกแบบมาเพื่อตอบสนองความกังวลเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายรัฐว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ความจำเป็นในการปรับปรุงและการสอดประสานกัน บนเหตุผลพื้นฐานที่พบว่ากฎหมายในประเทศมักจะไม่เหมาะสำหรับคดีระหว่างประเทศ

1) ความไม่เพียงพอของกฎหมายภายในประเทศ (Inadequacy of Domestic Laws)

การสำรวจความคิดเห็นจากทั่วโลกในประเด็นกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เผยให้เห็นความแตกต่างกันอย่างมากไม่เพียงแต่เป็นเรื่องบทบัญญัติของแต่ละบุคคลและการแก้ปัญหาก็ยังขึ้นอยู่กับการพัฒนาและการปรับปรุง กฎหมายบางฉบับถือได้ว่าล้าสมัย เหมือนย้อนกลับไปศตวรรษที่สิบเก้าและบ่อยครั้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการเหมือนกับการดำเนินคดีในชั้นศาล กฎหมายต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่าไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องได้ทั้งหมด ถึงแม้ว่ากฎหมายส่วนใหญ่เหล่านั้นดูทันสมัย แต่ครอบคลุมการอนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นหลัก แต่ไม่มีการบัญญัติเฉพาะเจาะจงลงไป ในขณะที่แนวปฏิบัติวิธีการนี้เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการทั่วไปที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ผลพวงที่โชคร้ายคือ แนวคิดแบบท้องถิ่นได้กลายเป็นตัวกำหนดคดีพิพาทระหว่างประเทศ จึงทำให้ไม่ต้องการแนวปฏิบัติที่ทันสมัย ความคาดหวังของคู่กรณีพิพาททุกฝ่ายทั้งในเรื่องการเลือกข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ก่อให้เกิดความผิดหวังที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากบทบัญญัติของกฎหมาย[192] ข้อจำกัดที่ไม่คาดคิดและไม่พึงประสงค์ที่พบในกฎหมายของประเทศที่เกี่ยวข้องเห็นได้จากตัวอย่างเช่น ความสามารถของคู่สัญญาที่ยื่นข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้กับอนุญาโตตุลาการ อำนาจที่จะเลือกอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระ หรือการมีกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการตามข้อบังคับที่ได้มีการตกลงกันของคู่สัญญาและไม่ให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องเกินความจำเป็น ความผิดหวังจากบทบัญญัติที่ไม่ได้บังคับในการกำหนดผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งอาจจะกำหนดความต้องการที่ไม่พึงประสงค์ของคู่กรณีพิพาทที่ไม่ระวัง ให้เป็นอย่างอื่น แม้การขาด

---

[191] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

[192] Melissa Gerardi, *op. cit*., p. 687.

บทบัญญัติที่ไม่บังคับ อาจทำให้เกิดความยุ่งยาก โดยการไม่ให้คำตอบสำหรับปัญหาของขั้นตอนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

2) ความแตกต่างระหว่างกฎหมายแห่งประเทศ (Disparity between National Laws)

ปัญหาและผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์ไม่ว่าจะมาจากบทบัญญัติที่บังคับหรือไม่บังคับหรือจากการขาดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะทำให้แย่ลง โดยความจริงที่ว่ากฎหมายของประเทศเกี่ยวกับขั้นตอนดำเนินการของอนุญาโตตุลาการแตกต่างกันมาก ความแตกต่างที่พบบ่อยจากความวิตกกังวลในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่อย่างน้อยหนึ่งในคู่กรณีพิพาทที่เป็นและมักจะเป็นทั้งสองฝ่ายที่ต้องเผชิญกับบทบัญญัติต่างประเทศและขั้นตอนที่ไม่เคยประสบในการดำเนินการตามขั้นตอนเหล่านั้น เช่นคู่พิพาทที่คิดว่าค่าใช้ข่ายอาจมีราคาสูง ทำไม่ได้หรือเป็นไปไม่ได้ที่จะได้รับมาเต็มรูปแบบและมีความชัดเจนของกฎหมายที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการ ความไม่แน่นอนเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศที่มีความเสี่ยงจากความไม่พอใจอาจส่งผลกระทบไม่เพียงแต่การทำงานของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่จากการเลือกสถานที่ ๆ ในการพิจารณาชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอาจจะเป็นการดีของคู่สัญญาสำหรับเหตุผลที่ลังเลหรือปฏิเสธที่จะยอมรับในสถานที่อื่นสำหรับเหตุผลในทางปฏิบัติจะมีความเหมาะสมในกรณีที่สถานที่นั้นอยู่ใกล้ ทางเลือกของสถานที่ของอนุญาโตตุลาการจึงจะกว้างขึ้น และการทำงานราบรื่นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเพิ่ม ถ้ารัฐจะใช้กฎหมายต้นแบบที่เป็นที่รู้จัก ง่าย ตรงตามความต้องการเฉพาะเจาะจงของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและมีมาตรฐานระดับสากล ด้วยการยอมรับความแตกต่างระหว่างประเทศและระบบกฎหมาย หลักการและการแก้ปัญหาของแต่ละบุคคลจุดมุ่งหมายนำมาใช้ในกฎหมายต้นแบบในการลดหรือกำจัดความกังวลดังกล่าวข้างต้นและความยุ่งยาก[193] ขณะที่การตอบสนองต่อความบกพร่องและความไม่เสมอภาคของกฎหมายของประเทศ กฎหมายต้นแบบมีการจัดระบบการดูแลและบริหารตามกฎหมายพิเศษที่เหมาะกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่มีผลต่อสนธิสัญญาใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้ในรัฐที่นำกฎหมายต้นแบบไปใช้ ในขณะที่ความต้องการให้เป็นรูปแบบเดียวกันมีอยู่เฉพาะในส่วนของกรณีระหว่างประเทศ ความต้องการในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการอาจจะเป็นเรื่องของรัฐ ซึ่งยังเกี่ยวข้องกับกรณีที่ยังไม่เป็นสากล และอาจจะพบโดยการออกบทบัญญัติให้ทันสมัยบนพื้นฐานของกฎหมายต้นแบบสำหรับคดีพิพาททั้งสองประเภท

---

[193] Filip De Ly, *op.cit*., p. 48.

2.8.2.3 ความสัมพันธ์ของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศกับการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศไทย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้ประกาศใช้เมื่อ พ.ศ. 2530 ใช้ชื่อว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ โดยมีเหตุผลเนื่องจากขณะนั้นกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการนอกศาลซึ่งใช้บัญญัติอยู่มีเพียงมาตราเดียวคือ มาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งไม่ชัดเจนและไม่เพียงพอประกอบกับประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหลายฉบับแต่ยังไม่มีกฎหมายภายในรับรองไว้อย่างเป็นระบบจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ขึ้น ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนอกศาลฉบับแรกของไทย บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงกล่าวถึงเฉพาะเรื่องพื้นฐานของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น[194] หากเมื่อเทียบกับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ยังขาดเรื่องสำคัญบางประการ เช่น ขาดบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการแยกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาท

อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้มาจนกระทั่งถึงปี พ.ศ. 2545 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยเหตุผลในการตรากฎหมายฉบับหลังนี้เนื่องจากฉบับปี พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมานานแล้วบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย โดยนำ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง[195]

อนึ่งได้มีงานวิจัยของ นรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ ได้ตั้งข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ว่ามีความเป็นสากล โดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL

---

[194] ธารทิพย์ จงจักรพันธ์, “กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ,” **วารสารดุลพาห** (กรกฎาคม-กันยายน 2530): 34.

[195] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, **ราชกิจจานุเบกษา**, 119 (29 เมษายน 2545), หน้า 18.

Model Law) แต่ยังมีบทบัญญัติบางประการที่นรีลักษณ์ พบว่าไม่สอดคล้องกับนานาประเทศ อันอาจทำให้เกิดอุปสรรคและเป็นปัญหาต่อการบังคับใช้ได้ โดยเฉพาะเรื่องการมิได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการกำหนดลักษณะอนุญาโตตุลาการว่าเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศมีผลต่อการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการควรแยกเฉพาะเรื่องการค้าระหว่างประเทศออกจากเรื่องภายในประเทศ ตามอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ประเทศส่วนใหญ่นำมาใช้ เพราะอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นเหตุให้เกิดการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งมีวิธีการยอมรับและบังคับแตกต่างจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ นอกจากนี้เมื่อกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 โดยได้เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีการปรับปรุงเรื่องมาตรการกล่าวเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบแต่อย่างใด อีกทั้งในเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการในมาตรา 23 ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย

2.8.3 ลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (The fundamental features of the International Commercial Arbitration)

Lew, Mistelis and Kroll กำหนดสี่คุณสมบัติพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ[196]

1) เป็นทางเลือกหนึ่งแทนศาลแห่งรัฐ โดยทั่วไปองค์กรที่ระงับข้อพิพาททุกประเภทมากที่สุดคือศาล เป็นองค์กรที่ได้รับการดูแลจากรัฐในการให้บริการระงับข้อพิพาทแก่คู่กรณี เป็นการแสดงให้เห็นถึงอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐเพื่อทำให้มั่นใจว่าระบบศาลยุติธรรมนั้นดำรงอยู่ผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมจึงจะได้รับการแต่งตั้ง วิธีพิจารณาคดีอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจ ในส่วนการอนุญาโตตุลาการนั้นมิใช่การดำเนินกระพิจารณาเฉกเช่นศาล เมื่อคู่กรณีตกลงที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการเท่ากับว่าทั้งสองฝ่ายได้ตัดกระบวนการพิจารณาของศาลออกไป มีมูลเหตุปัจจัยหลายประการที่คู่กรณีตกลงใจที่ระงับข้อพิพาทของตนโดยใช้ทางเลือกอื่นแทนที่จะใช้ศาลและบ่อยครั้งที่คู่พิพาทเลือกการอนุญาโตตุลาการ

---

[196] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, **Comparative International Commercial Arbitration**, pp. 7-12.

2) เป็นกลไกระงับข้อพิพาทโดยเอกชน หากศาลเป็นเรื่องเกี่ยวกับสาธารณะ การอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปเป็นเรื่องของเอกชน เฉกเช่นเดียวกับเรื่องสัญญาทุกฉบับเป็นเรื่องระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการก็เป็นเรื่องเฉพาะระหว่างคู่กรณี ด้วยเหตุนี้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจึงควรระงับด้วยระบบกลไกที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้และเป็นไปตามมาตรการป้องกันบางประการ การที่คู่พิพาทเลือกการอนุญาโตตุลาการแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทและคู่พิพาทมีหน้าที่และภาระผูกพันตามประเด็นพิพาทที่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้าง

3) การคัดเลือกและควบคุมโดยคู่กรณีพิพาท คุณลักษณะหลักของการอนุญาโตตุลาการคือเป็นการเลือกโดยคู่กรณี ไม่ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการจะเป็นแบบซับซ้อนหรือเรียบง่าย คู่สัญญามีอำนาจในการกำหนดรูปแบบ โครงสร้าง ระบบและรายละเอียดอื่น ๆ ของการอนุญาโตตุลาการ โดยหลักคือการเลือกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้ ข้อตกลงเพิ่มเติมที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเพื่อใช้ระงับข้อพิพาท ซึ่งกฎหมายส่วนใหญ่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสนับสนุนให้บังคับตามคำชี้ขาดมากกว่าจะเข้าแทรกแซง เว้นแต่คู่พิพาทมิได้กำหนดไว้ในกระบวนพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็ต้องบังคับไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศแทน

4) คำตัดสินมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท สืบเนื่องจากการเลือกแทนการใช้สิทธิทางศาลแห่งรัฐ การที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทจนจบสิ้นกระบวนความนั้น คู่พิพาทได้ยอมรับว่านอกจากเลือกการอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทแล้ว คู่พิพาทยังยอมรับและผูกพันคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย อาจกล่าวได้ว่าข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นการยอมรับข้อบังคับวิธีพิจารณาที่เคร่งครัดและการตัดสิทธิการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดคุ้มครองบางประการ คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาททั้งในเรื่องสัญญาและการบังคับใช้กฎหมาย

2.8.4 รูปแบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

ในทางปฏิบัติ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้นแบ่งได้ 2 รูปแบบ คือ การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) และ การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration)

2.8.4.1 การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) คู่กรณีพิพาทที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทตามวิธีการดังกล่าวด้วยตนเอง โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่าง ๆ

และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของตนโดยไม่ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใด ๆ ก็ได้

2.8.4.2 การอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) คู่กรณีพิพาทซึ่งประสงค์จะระงับข้อพิพาทของตนโดยอนุญาโตตุลาการอาจตกลงกันให้ใช้บริการอนุญาโตตุลาการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการดังกล่าวไว้ สถาบันดังกล่าวนี้อาจอยู่ในรูปแบบ ของสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งอาจเป็นสมาคมหรือสำนักงานอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ

2.8.4.3 ข้อเสียเปรียบของการใช้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Disadvantages of ad hoc Proceedings)

อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) เป็นแบบของการระงับข้อพิพาทที่ไม่ได้บริหารงานโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ ที่ซึ่งคู่กรณีพิพาทดำเนินการกันเองคู่กรณีพิพาทจะต้องตัดสินใจด้วยตัวเองในด้านดำเนินการต่าง ๆ ของอนุญาโตตุลาการ[197] เช่น จำนวนอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่จะใช้บังคับและขั้นตอนการปฏิบัติในวิธีพิจารณาและการให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทของตน การให้คู่กรณีพิพาทมีการประสานงานในเรื่องอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจมีความยืดหยุ่นมากกว่า รวดเร็วและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการดำเนินการในสถาบันอนุญาโตตุลาการการไม่มีค่าธรรมเนียมบริหารจัดการเป็นสิ่งจูงใจที่จะมาใช้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ

ข้อเสียเปรียบ: จากความต้องการที่จะใช้อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือจากการตกลงที่จะใช้อนุญาโตตุลาการหลังจากเกิดข้อพิพาทขึ้นซึ่งคู่กรณีพิพาทสามารถที่จะเลือกที่จะต่อรองเจรจาในเรื่องการตั้งกฎระเบียบในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามแต่ที่จะตกลงกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติสิ่งที่ควรพิจารณา[198] เป็นเรื่องของเวลากระบวนการพิจารณาและค่าใช้จ่ายซึ่งอาจจะมีความไม่แน่นอนในเรื่องระยะเวลาซึ่งเกี่ยวกับผลในอนาคตจากเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เป็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น นอกจากนี้ ถ้าคู่สัญญาไม่เห็นชอบด้วยจากการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการก่อนที่ข้อพิพาทจะเกิดขึ้น ดังนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

---

[197] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท, ใน **อาจาริยบูชาศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภานุพงศ์.** จตุรนต์ ถิระวัฒน์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 420.

[198] Mauro Rubino-Sammartano, **International Arbitration Law and Practice**, 2nd ed. (The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2001), p. 520.

ก็ไม่จำเป็นที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ อย่างที่ทราบโดย UNICITRAL มีกฎระเบียบที่ใช้เฉพาะกับการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ อีกทางเลือกหนึ่งของคู่สัญญาที่ต้องการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่ไม่ต้องการสร้างกฎระเบียบด้วยตนเอง อาจจะใช้กฎของอนุญาโตตุลาการสถาบันเช่น ข้อบังคับของ ICC โดยขั้นตอนต้องเป็นไปบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และได้นำเอาบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจจากในสัญญา ทางเลือกทั้งหลายเหล่านี้มีความไม่แน่นอนซึ่งอาจเกิดขึ้นซึ่งเป็นความเสี่ยงที่สามารถเกิดขึ้นได้เสมอ ตัวอย่างเช่น เมื่อกฎระเบียบได้ถูกร่างขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการสถาบันซึ่งได้ถูกกำหนดให้ทำการร่างเพื่อส่งต่อไปยังอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจเพื่อกำหนดให้เป็นกระบวนการขั้นตอนพิจารณาชี้ขาด อย่างเช่น การทำตารางนัดหมาย ที่ซึ่งจำเป็นจะต้องแก้ไขหรืออาจถูกตัดออกไปไม่รวมอยู่ในตารางนัด การทำลักษณะนี้อาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดจากเหตุการณ์ที่ไม่ได้แก้ไขหรือถูกตัดออกไปเลยจากตารางนัดหมาที่อาจทำให้คู่กรณีเสียรูปคดีในข้อพิพาทที่อาจจะส่งผลถึงการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นการจัดการที่ล้มเหลวจนทำให้เกิดความสูญเสียและความผิดพลาดในการปฏิบัติงาน

2.8.4.4 ข้อได้เปรียบของการใช้อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน

วิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทกันโดยใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสถาบันดังกล่าวเป็นสถาบันที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะมีความชำนาญในการเข้าไปจัดการบริหารกระบวนการระงับข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการแต่ละที่จะมีการจัดวางระเบียบหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎของตัวเองเพื่อเป็นกรอบสำหรับอนุญาโตตุลาการและสร้างรูปแบบในการบริหารจัดการเพื่อช่วยในกระบวนพิจารณาระงับข้อพิพาท[199] สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป มีศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre) สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration) สถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้านานาชาติ (The International Chamber of Commerce) ทั่วโลกมีสถาบันอนุญาโตตุลาการประมาณ 1,200 แห่งที่ให้บริการซึ่งเป็นวิธีการเป็นที่ยอมรับจากภาคธุรกิจทั่วโลก

ข้อได้เปรียบ: สิ่งที่อนุญาโตตุลาการแบบสถาบันได้เปรียบคือความพร้อมใช้งานในข้อบังคับและขั้นตอนพิธีการระงับข้อพิพาททำให้เกิดความเชื่อมั่นการดำเนินการพิจารณาระงับ

---

[199] หัสยา นุ่นแจ้ง, **ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบ: ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552), หน้า 2.

ข้อพิพาทที่จะมีขึ้นได้ทันเวลา[200] สถาบันจะให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาเลขาหรือคณะทำงานเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือจัดการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สถาบันมีรายชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีความสามารถที่จะถูกเลือกขึ้นมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ สถาบันช่วยสนับสนุนคู่สัญญาที่ไม่พร้อมหรือไม่ทราบขั้นตอนต่าง ๆ ที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงสถาบันจะดำเนินการจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ ให้เป็นรูปแบบเพื่อการบันทึก คณะอนุญาโตตุลาการของสถาบันจะมาจากผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ ที่มีความสามารถสูงในสาขาที่ครอบคลุมในข้อพิพาทต่าง ๆ และมีความแตกต่างกันในสายอาชีพ คู่กรณีพิพาทสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการตามความชำนาญที่จำเป็นในข้อพิพาท ประสบการณ์ ความรู้ความสามารถ นำความเชี่ยวชาญหรือแนวคิดในสายวิชาชีพมาประยุกต์ใช้ในการแก้ไขปัญหาเพื่อระงับข้อพิพาทได้โดยเร็วและมีประสิทธิภาพ การให้คู่กรณีพิพาทเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งขึ้นอยู่กับสถาบันที่จะทำการแต่งตั้งและสถาบันมีความอิสระที่จะปฏิเสธที่จะแต่งตั้งถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ได้รับการเสนอชื่ออนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติหรือองค์ความรู้ที่จำเป็นหรือขาดคุณธรรม ข้อดีของสถาบันอนุญาโตตุลาการคือการที่คู่กรณีและอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะหาผู้ช่วยด้วยความสามารถที่จะให้คำแนะนำซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเจ้าหน้าที่ของสถาบันมาทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยในข้อพิพาท ข้อได้เปรียบข้อหนึ่งจากการระงับข้อพิพาทตามปกติโดยทั่ว ๆ ของอนุญาโตตุลาการสถาบันจะเป็นขั้นตอนสุดท้ายจากความผิดของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจากผลชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีการอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปจะมีความเสี่ยงที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นความผิดพลาดของศาลยุติธรรมที่ไม่สามารถที่จะบังคับคดีในขั้นตอนต่อจากนี้เพื่อเป็นการถ่วงดุลในเรื่องนี้ กฎระเบียบข้อบังคับของสถาบันบางแห่งได้จัดร่างเอกสารที่เป็นคำชี้ขาดอย่างละเอียดก่อนที่จะมีผลตัดสินชี้ขาดในขั้นตอนสุดท้าย คู่กรณีฝ่ายที่ไม่พอใจคำขี้ขาดอาจร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อร้องขอเป็นครั้งที่สองก่อนที่จะมีการรับรอง เปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือให้หยุดไว้ก่อนของคำชี้ขาดในเอกสารที่ร่างเอาไว้ โดยส่วนน้อยจะมีขั้นตอนเป็นปกติที่จะดำเนินการต่อที่ซึ่งไม่มีข้อให้เลือกในดำเนินการต่อจากนี้

ปัจจุบันความคิดทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการนั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงและได้พัฒนาไปมากและได้รับความนิยมในเอกชนด้วยกัน เป็นเพราะสามารถที่จะนำมาใช้ในสัญญาหรือยึดเป็นหลักทางการค้าและแพร่หลายในวงการธุรกิจ เมื่อเกิดปัญหาทีไม่สามารถตกลงกันได้เรียกกันว่า ข้อพิพาทขึ้นมาก็สามารถที่จะหาข้อยุติได้โดยอาศัยคนกลางมาทำการตัดสิน อนุญาโตตุลาการนั้นไม่ได้มีบทบาทหรือเกี่ยวข้องกับสัญญาเพียงอย่างเดียว เพราะเมื่อเกิดข้อพิพาท หรือเหตุต่าง ๆ ที่ขัดแย้งกันนั้น จะต้องอาศัยความช่วยเหลือจากศาลในกระบวนการวินิจฉัย และการชี้ขาดจากในข้อพิพาท

---

[200] Harisankar K. S., “Contemporary International Arbitration in Asia: A Stock take,” **Indian Journal of Arbitration Law** 3 (May 2013): 1-5.

เหล่านั้นเช่นกัน ไม่สามารถแยกออกมาได้โดยเด็ดขาด จึงตัดไปได้เลยสำหรับความคิดที่ว่าจะทำให้อนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการพิจารณาคดีที่มีรูปแบบเป็นเอกชนอย่างเต็มตัว อนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม จากลักษณะของอนุญาโตตุลาการโดยทั่วไปแล้วส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการระงับข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดจากการผิดสัญญาของคู่สัญญาที่ได้ทำไว้อย่างสมัครใจเท่านั้น จากกฎหมายของประเทศแล้วไม่นิยมนำมาเพื่อเป็นการยุติ หรือตัดสินในกรณีที่ไม่ได้ทำสัญญาหรือตกลงกันไว้ระหว่างคู่กรณี ซึ่งเรียกว่า Compulsory Arbitration แต่กลับตรงกันข้าม เพราะเป็นเรื่องของเสรีภาพของการทำสัญญา ซึ่งกฎหมายก็ได้ปล่อยให้มีการจัดการหรือตกลงอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตามสัญญาเหล่านั้นก็จะมีขอบเขต มีการระบุว่ามีข้อพิพาท หรือขัดแย้งใดบ้างที่สามารถจัดการ หรือยุติด้วยอนุญาโตตุลาการ

ระบบอนุญาโตตุลาการที่พัฒนาสะท้อนให้เห็นถึงธรรมชาติของสังคมโดยเฉพาะ โดยมีหลักคิดอยู่ที่การให้ความเคารพต่อความประสงค์ของคู่พิพาทที่จะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยใช้กลไกและวิธีการที่ใช้กับปัญหาข้อจำกัดของการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาล และขณะเดียวกันก็พยายามสร้างความน่าเชื่อถือแก่คู่กรณี โดยการจัดให้กลไกและวิธีการพิจารณามีมาตรฐาน จึงไม่ใช่เรื่องแปลกหากเกิดความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการในประเทศแถบทวีปยุโรป ละตินอเมริกา ประเทศอิสลาม สหรัฐอเมริกาและจีน ในบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งละตินอเมริกาและในอังกฤษ[201] อนุญาโตตุลาการถูกมองว่าเป็นประเพณีที่เป็นส่วนขยายของระบบของรัฐในการดำเนินคดี เช่นในบรรยากาศขั้นตอนที่ใช้ในอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องได้รับการสร้างแบบจำลองอย่างใกล้ชิดเกี่ยวกับขั้นตอนที่ใช้ในการดำเนินคดีในศาล แม้ในที่ที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ถูกมองว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบของรัฐในการดำเนินคดีและกฎหมายไม่จำเป็นต้องตามขั้นตอนของศาลท้องถิ่นที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นการพัฒนาจากศาลดำเนินการไปสู่อนุญาโตตุลาการตามกระบวนพิจารณาและวินิจฉัยคดี

2.8.5 ข้อดีของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

ตามแถลงการณ์ในพิธีเปิดหอการค้าอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1882 กำหนดแนวความคิดหลักเกี่ยวกับข้อดีของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในการเปรียบเทียบกับการดำเนินคดี:

1) ความเหมาะสมสำหรับการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ: โดยทั่วไปคู่สัญญาต่างประเทศ มักไม่ค่อยยื่นข้อเรียกร้องข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับศาลแห่งรัฐของคู่กรณีพิพาทอีกฝ่าย ความ

---

[201] Eric E. Bergsten, **Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property**, (New York: UNCTAD, 2005), pp. 31-39.

เป็นกลางและความเป็นอิสระของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เกิดขึ้นในบริบทของสถานที่ที่เป็นกลาง และไม่อยู่ภายใต้ระบบของประเทศใด ๆ เป็นสถานที่สำหรับคู่พิพาทในการดำเนินการระงับข้อพิพาทและเพื่อได้รับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ[202] คู่กรณีพิพาทที่ได้รับเขตอำนาจจากศาลทั่วโลก ที่มีความแตกต่างทางกฎหมาย การเมือง วัฒนธรรม และระบบจริยธรรม อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศได้จัดหาประเทศที่ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีกับทุกผลประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครอง

2) ขั้นตอนที่มีความยืดหยุ่น: เป็นปัจจัยหลักที่แตกต่างจากศาลแห่งรัฐที่มีขั้นตอนที่ไม่มีความยืดหยุ่น การดำเนินกระบวนพิจารณาตัดสินคำชี้ขาด มีการวางพื้นฐานสำหรับเขตอำนาจศาล เมื่อในการเริ่มต้นดำเนินการระงับข้อพิพาท ดังนั้นเอกสารต่าง ๆ ต้องยื่นข้อโต้แย้งและข้อเท็จจริงแห่งคดีพิพาทว่ามีความเป็นมาอย่างไร ซึ่งโดยปกติแล้วทั่วไปควรจะรีบดำเนินการมีน้อยหรือไม่มีเลยที่ผู้พิพากษาสามารถที่จะใช้ดุลยพินิจ แม้จะมีข้อตกลงของคู่สัญญา ถูกเอาออกไปจากบรรทัดฐานของขั้นตอนกฎระเบียบที่มี ในทางตรงกันข้าม รูปแบบ โครงสร้าง และกระบวนการของกฎหมายที่ใช้บังคับทุกอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่แตกต่างกันจะแตกต่างกันตามลักษณะของคดีพิพาทที่เกิดขึ้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจอยู่ภายใต้กฎระเบียบที่แตกต่างกันกับกฎหมายของประเทศหรือระหว่างประเทศที่แตกต่างกันในการปรับใช้ อาจมีจำนวนอนุญาโตตุลาการเพียงหนึ่งหรือสามท่าน และผู้ร้องสิทธิ (โจทก์) อาจมีเพียงหนึ่งหรือที่มากกว่า เนื่องจากลักษณะเฉพาะของอนุญาโตตุลาการการทางค้าระหว่างประเทศ ที่มีการจัดตั้งขึ้นตามข้อตกลงของคู่สัญญาขั้นตอนในการดำเนินการที่สามารถแก้ไขได้โดยคู่สัญญาและคณะอนุญาโตตุลาการควรที่จะดำเนินการตอบสนองตามลักษณะของแต่ละกรณีพิพาทที่เกิดขึ้น

3) คำชี้ขาดมีผลผูกพัน: ตามบทบัญญัติกฎหมายคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการมีผลสิ้นสุดและผูกพันมีปริมาณน้อยมากหรือไม่มีเลย ที่อนุญาโตตุลาการตัดสินผลคำชี้ขาดแล้วมีการร้องขอให้ศาลบนพื้นฐานที่ว่าบทสรุปของอนุญาโตตุลาการอาจผิด อย่างเท่าเทียมกันจากการตัดสินคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถ้าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเกินขอบเขตในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือทำผิดร้ายแรงบางอย่าง เป็นการละเมิดหลักความยุติธรรม ดังนั้นกรณีพิพาทดังกล่าวอาจถูกเพิกถอน หรือพักกระบวนพิจารณาไว้ก่อน

4) ความเป็นกลาง: เป็นคุณลักษณะของผู้ให้ความยุติธรรมที่ไม่มีความลำเอียงเหมือนดังผู้พิพากษาพึงมี หรืออย่างน้อยรู้ว่ามี คณะอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการคัดเลือกไม่ว่ามาจาก

---

[202] Turki Al Saud, **A Comparison between the Dispute Settlement Procedures in the International Court of Justice and the World Trade Organization** (Master's thesis, Brunei University, 2009), pp. 45-46.

สัญชาติใด พวกเขาไม่จำเป็นต้องมีความรู้หรือความสามารถในการจัดการกับปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมระหว่างประเทศหรือแม้กระทั่งข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายจากประเทศที่แตกต่างกันคือ มีกฎหมายวัฒนธรรมการเมืองและจริยธรรมระบบที่แตกต่างกัน[203] ขั้นตอนหรือกระบวนการที่ใช้ในศาลของประเทศเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดโดยรัฐ ในทางตรงกันข้ามกัน ความลำเอียงที่เกิดจากการรับรู้ของศาล คณะอนุญาโตตุลาการเป็นแนวความคิดที่มีความเป็นกลาง คณะอนุญาโตตุลาการสามารถถูกแต่งตั้งขึ้นในประเทศที่ทำการพิจารณาจากคู่กรณีพิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีการติดต่อกัน อนุญาโตตุลาการสามารถเลือกได้จากต่างประเทศและต่างเชื้อชาติและศาลเป็นอิสระจากอิทธิพลใด ๆ ที่จะเข้ามาครอบงำ ความเป็นกลางนี้จะช่วยให้ความเกิดเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการและจะเกิดความเชื่อถือเนื่องกับคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่าย

5) ผู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการ : โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นที่เป็นแบบพิเศษ ที่ต้องการผู้ที่มีความรู้ในรายละเอียด (การขนส่ง การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ การประกันภัย ฯลฯ) หรือที่มีลักษณะเฉพาะของข้อพิพาท, บุคคลสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ (ทนายความที่เชี่ยวชาญในกฎหมายการขนส่ง หัวหน้า อดีตผู้สอบบัญชี ฯลฯ) ขณะที่โดยทั่วไป คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้คาดว่าจะใช้ประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องสำหรับวัตถุประสงค์ของการตัดสินใจ, การที่มีความรู้เฉพาะเจาะจงและความเข้าใจในเรื่องพิพาท มักจะทำให้เกิดความมั่นใจมากขึ้นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

6) การรักษาความลับ: เป็นลักษณะของอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่มีกระบวนการเป็นความลับ เป็นผลให้สิ่งที่จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะไม่เพียง แต่จะเก็บไว้เป็นส่วนตัวระหว่างทั้งสองฝ่าย แต่จะยังคงเป็นความลับ ซึ่งหมายความว่า การมีอยู่ของอนุญาโตตุลาการ เรื่องหลักฐาน เอกสารต่าง ๆ ที่เตรียมไว้ และการแลกเปลี่ยนข้อมูลในอนุญาโตตุลาการ และผลชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถเปิดเผยต่อบุคคลที่สาม นั่นก็หมายความว่ามีเพียงคู่กรณีพิพาท ตัวแทนทางกฎหมายของคู่พิพาทและผู้ที่ได้รับอนุญาตเป็นพิเศษจากแต่ละฝ่ายสามารถเข้าร่วมฟังการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการได้

7) เวลา: มักจะสันนิษฐานว่า การดำเนินการระงับข้อพิพาทในอนุญาโตตุลาการก็ควรจะเร็วกว่าการพิจารณาในศาล ในทางทฤษฎีและในหลายๆกรณีพิพาทซึ่งเป็นสิทธิของคู่กรณีพิพาทอย่างแน่นอน ในหลายประเทศศาลมี “เหตุผล” ของเวลาที่จำกัด ซึ่งสามารถนำไปสู่การ

---

[203] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 255

ดำเนินการที่ล่าช้าดังกล่าว มันอาจกินเวลาเป็นปีก่อนที่จะมีคำพิพากษา[204] หากคู่กรณีพิพาททั้งสองฝ่ายมีการตกลงกันที่จะขอมีส่วนร่วมในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในช่วงเวลาสั้น ๆ หากคู่กรณีพิพาทสามารถที่จะนำเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาสั้น ๆ เรื่องทั้งหมดก็จะสามารถแก้ไขได้ด้วยความรวดเร็ว

8) ค่าใช้จ่าย:เนื่องจากข้อได้เปรียบที่กล่าวมาข้างต้นในหลักการของอนุญาโตตุลาการทางการค้า ระหว่างประเทศค่าใช้จ่ายจะไม่สูงกว่าศาล แต่ในทางปฏิบัติมันไม่ได้เป็นอย่างนั้นเสมอ จากการที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถจัดตั้งขึ้นได้อย่างรวดเร็วและได้อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินคำชี้ขาดออกมาไม่มีความล่าช้าหรือมีน้อยมาก ค่าใช้จ่ายก็อาจจะลดลงอย่างมีนัยสำคัญในทางตรงกันข้ามกับขั้นตอนของศาลที่มีระยะเวลาความยาว อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่ซับซ้อนโดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนที่จะมีคณะอนุญาโตตุลาการเป็นสามท่านหรือมากกว่า อาจเป็นกรณีที่เป็นนอกเหนือไปจากที่กล่าวมา ดังนั้นค่าใช้จ่ายของทนายความของคู่กรณีพิพาทอาจจะต้องเสียจ่ายค่าใช้จ่ายอย่างมีนัยสำคัญ

2.9 สรุปท้ายบท

ข้อสรุปที่ได้จากการศึกษาในบทนี้คือ การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นทางเลือกหนึ่งแทนศาลแห่งรัฐ เมื่อคู่กรณีตกลงที่จะใช้การอนุญาโตตุลาการเท่ากับว่าทั้งสองฝ่ายได้ตัดกระบวนการพิจารณาของศาลออกไป เป็นกลไกระงับข้อพิพาทโดยเอกชน เป็นการเลือกโดยคู่กรณีคู่สัญญามีอำนาจในการกำหนดรูปแบบ โครงสร้างระบบและรายละเอียดอื่น ๆ ของการอนุญาโตตุลาการ คำตัดสินมีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่พิพาท การที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทจนจบสิ้นกระบวนความนั้น คู่พิพาทได้ยอมรับว่านอกจากเลือกการอนุญาโตตุลาการเป็นรูปแบบการระงับข้อพิพาทแล้ว คู่พิพาทยังยอมรับและผูกพันคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย รูปแบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศแบ่งได้ 2 รูปแบบ คือ 1) การอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีดำเนินการเองหรือเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) และ 2) การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration)

---

[204] Stavros Brekoulakis, “Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making,” **Journal of International Dispute Settlement** 4 (2013): 553.

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความขัดแย้งในตัวเอง คือเป็นกระบวนการที่ต้องการความร่วมมือสนับสนุนจากรัฐอย่างมากแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องการความเป็นอิสระจากภาครัฐเช่นกัน การจะระงับได้สำเร็จหรือล้มเหลวขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย แต่ปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งคือความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากผู้แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ดังนั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐช่วยเหลือ ขณะเดียวกันรัฐเองยังคงมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ด้วยด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อำนาจศาลให้ความช่วยเหลือและตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศของตน

บทที่ 3

ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและของไทยรวมทั้งข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการสำคัญของประเทศเหล่านั้น

ในบทที่ 3 เป็นการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อันประกอบไปด้วยประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และฮ่องกง กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสพร้อมทั้งศึกษากฎหมายต้นแบบ (Model Law) ของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้น ด้วยเหตุผลสองประการ ประการแรกเพราะเป็นกลุ่มประเทศต้นแบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการ มีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ ประการที่สองเพราะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือพัฒนา เศรษฐกิจจนประสบความสำเร็จ ซึ่งประเทศไทยควรจะต้องเรียนรู้จากประสบการณ์จากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้นว่าดำเนินการอย่างไรจึงทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการมีความก้าวหน้าเพื่อนำมาพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย และการที่ประเทศไทยไม่เป็นที่ดึงดูดสำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาซึ่งมีปริมาณการอนุญาโตตุลาการมากกว่า อาจจะเป็นเพราะว่ามีความบกพร่องในเรื่องกฎหมายและข้อบังคับสถาบันผู้วิจัยจึงต้องมาเปรียบเทียบกับประเทศเหล่านี้

โครงสร้างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ส่วน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยเรื่องการเกิดของการอนุญาโตตุลาการ โดยเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมดตั้งแต่ตั้งอนุญาโตตุลาการจนอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดและส่วนที่ 3 เกี่ยวกับการตรวจสอบคำชี้ขาด เช่น การเพิกถอนคำชี้ขาด และการบังคับตามคำชี้ขาด[205] ในขณะที่ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการทั่วโลก โครงสร้างของข้อบังคับว่าด้วย

---

[205] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 27.

อนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มีสาระสำคัญ 4 ส่วน โดยส่วนที่ 1 เป็นข้อบังคับเบื้องต้นว่าด้วยเรื่องขอบเขตการใช้ คำบอกกล่าวและการคำนวณระยะเวลาการตั้งผู้แทนและการช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนพิจารณา ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วนที่ 3 เป็นเรื่องการการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่ 4 เกี่ยวกับคำชี้ขาด

3.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

กระแสโลกาภิวัตน์เป็นแรงผลักดันที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในสหัสวรรษใหม่เมื่อโลกก้าวสู่ศตวรรษที่ 21 ซึ่งมีผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาโดยการพึ่งพากิจกรรมทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศทั้งในด้านขยายการค้าและส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติ[206] เป็นเรื่องที่ค่อนข้างเข้าใจได้จากผลการเปิดประตูการค้าแก่นักลงทุนต่างชาติย่อมเกิดข้อขัดแย้งที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับวัฒนธรรมและกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะที่ต่างกันของประเทศที่เข้ามาทำการค้าและการลงทุน การอนุญาโตตุลาการเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศที่เพิ่มสูงขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เป็นเอกชนคนชาติอื่นที่ให้คู่กรณีหลีกเลี่ยงกระบวนฟ้องร้องคดีต่อศาล

กฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นส่วนที่มีความสำคัญเพราะการอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นได้หรือไม่จากส่วนนี้ หากเข้มงวดมากในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจทำให้การเริ่มการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความยากลำบาก กฎหมายอนุญาโตตุลาการไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับ สัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ทุกเรื่อง แต่บัญญัติเฉพาะที่อนุสัญญานิวยอร์ก มาตรา 2 เรื่อง รูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากคู่กรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้[207]

กฎหมายอนุญาโตตุลาการส่วนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นส่วนที่เกี่ยวกับวิธีต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด เริ่มจากการตั้งอนุญาโตตุลาการ วิธี

---

[206] Nikolay Natov, “Effectiveness of Inaternational Commercial Arbitration. In 15-20 August 2010, **The Hague hosted the 74th International Law Association Conference**, The Hague, Netherlands.

[207] เสาวนีย์อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 50.

พิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นการสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยส่วนนี้มีความสัมพันธ์อย่างมากกับข้อบังคับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาหรือคู่พิพาท กล่าวคือข้อบังคับไม่ว่าจะจัดทำขึ้นเองแบบเฉพาะกิจหรือ ข้อบังคับของสถาบันนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด เพราะไม่เช่นนั้นอาจจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ถูกเพิกถอน หรือไม่สามารถบังคับได้

ส่วนสุดท้ายของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เป็นส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจรัฐในการตรวจสอบคำชี้ขาดว่ามีการดำเนินการต่าง ๆ ชอบด้วยกฎหมายของประเทศของตนหรือไม่ การตรวจสอบทำได้ 2 ขั้นตอน การคัดค้านคำชี้ขาด หรือ การคัดค้านการบังคับคำชี้ขาด ในกรณีการคัดค้านคำชี้ขาดหากศาลเห็นว่าการคัดค้านนั้นมีเหตุตามกฎหมายศาลอาจสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น สำหรับการตรวจสอบการคัดค้านการบังคับคำชี้ขาด หากศาลเห็นว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศของตน ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา 5[208]

อย่างไรก็ตามปัญหาว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศใดบังคับแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีหลักการที่สำคัญคือ การอนุญาโตตุลาการดำเนินการประเทศใดให้ใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศของประเทศนั้นบังคับ[209] แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีข้อยกเว้นบางประการเพื่อเป็นการแก้ไขข้อขัดข้องการอนุญาโตตุลาการค้าต่างประเทศ ได้แก่ การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การขอคุ้มครองชั่วคราว การยอมรับและการบังคับคำชี้ขาด เพราะศาลที่มีอำนาจบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจไม่ใช่ศาลของประเทศที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็ได้

กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดในประเทศต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่า มี 2 ประเภท เป็นการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องภายในประเทศ (Domestic Arbitration) กล่าวคือ คู่พิพาท ลักษณะข้อ

---

[208] New York Convention, Article 5(1)(e) : “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:...(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

[209] UNCITRAL Model Law) Article 1(2) : “The provisions of this law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J 35 and 36, apply only if the place of arbitration is the territory of this State”

พิพาท เป็นเรื่องภายในประเทศเท่านั้น และการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (international arbitration) คือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการทั้งสองมีลักษณะแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศจึงมี 2 ฉบับ คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration Act) ฉบับหนึ่ง และกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (International Arbitration act) อีกฉบับหนึ่ง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการนำเอากฎเกณฑ์ภายในประเทศไปใช้กับเรื่องระหว่างประเทศ

3.1.1 กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ผู้วิจัยมุ่งศึกษาคือ กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (Model Law) ของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) กฎหมายอนุญาโตตุลาการกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ประกอบด้วย ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง และสิงคโปร์ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส

นอกจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศดังกล่าวข้างต้น ในงานวิจัยนี้ผู้วิจัยได้ศึกษาข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้ด้วย อันได้แก่ ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (Arbitration Rules of International Chamber of Commerce Arbitration Rules: ICC Arbitration Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (Arbitration Rules of London Court of International Arbitration Rules: LCIA Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Arbitration Rules of Singapore International Arbitration Centre: SIAC Rules) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกา (Commercial Arbitration Rules of American Arbitration Association: AAA Rules) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Arbitration Rules of Hong Kong International Arbitration Rules: HKIAC Rules) เนื่องจากเป็นสถาบันที่มีชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยเพื่อให้มีความสอดคล้องกับนานาประเทศ

การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ขับเคลื่อนด้วยข้อตกลงของคู่สัญญา คู่สัญญาสามารถตกลงกันใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท การกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ

ดำเนินการพิจารณา คู่พิพาทสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการภายใต้การดูแลสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือ ดำเนินการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจโดยไม่มีสถาบันเป็นผู้ดูแล สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นองค์กรที่อำนวยความสะดวกในการดำเนินการระงับข้อพิพาท บทบาทของสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ได้แก้ไขข้อพิพาทด้วยแต่สนับสนุนการบริหารจัดหาคณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการเรื่องข้อพิพาท[210] หลังจากการเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่สัญญาต้องนำข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นผนวกอยู่ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการด้วยเพื่อใช้ดำเนินการพิจารณา

โดยปกติคู่พิพาทอาจตกลงเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการได้สองรูปแบบ รูปแบบแรกคือการอนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institutional Arbitration) โดยเป็นการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีข้อบังคับของตนเอง มีการบริหารจัดการและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ใช้บริการตลอดจนช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนพิจารณา รูปแบบที่สองการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (Ad hoc Arbitration) คู่พิพาทสามารถกำหนดขั้นตอนและรายละเอียดต่าง ๆ ด้วยตนเองโดยกำหนดไว้ในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ หรืออาจจะเลือกจากข้อบังคับที่มีผู้ทำไว้แล้วอย่างเช่นข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL (UNCITRAL Rules) หรือนำเอาข้อบังคับสถาบันมาดัดแปลงปรับใช้แทน อย่างไรก็ตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจของ UNCITRAL (UNCITRAL Rules) และข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย หากแต่มีผลเพียงเป็นส่วนหนึ่งของตกลงของคู่สัญญาเท่านั้น และโดยปกติสถาบันอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้น กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการจึงร่างขึ้นภายในกรอบของกฎหมายประเทศนั้น ๆ[211]

3.1.1.1 กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006 and UNCITRAL Arbitration Rules)

กฎหมายต้นแบบนี้เกิดจากแนวคิดจากผู้แทนของ Asian African Legal Consultative Committee ที่ได้เสนอต่อสหประชาชาติขอแก้ไขอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958[212]

---

[210] Christer Söderlund, “Lis Pendens Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings,” **Journal of International Arbitration** 22 (2005): 301–322.

[211] อนันต์ จันทรโอภากร, **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล**, หน้า 30.

[212] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 176.

และต่อมาที่ประชุมของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ UNCITRAL ได้กำหนดให้ทำการปรับปรุงระบบกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการด้วยการสร้างกฎหมายต้นแบบเพื่อเป็นต้นแบบสำหรับประเทศต่าง ๆ นำไปยกร่างปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของตน สำหรับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ซึ่งคู่กรณีอาจปรับปรุงให้เข้ากับความต้องการ

1) กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ค.ศ. 1985 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006)

คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) หรือเรียกโดยย่อว่า UNCITRAL ได้มีการยกร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเมื่อปี ค.ศ. 1985 โดยเป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับใช้ระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากการเพิ่มขึ้นของคดีฟ้องร้องทางการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายต้นแบบได้ถูกนำมาใช้ในเนื้อหาโดยนำมาเป็นแบบในการบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการหรืออาจแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้เป็นไปตามกฎหมายต้นแบบ คณะกรรมาธิการ UNCITRALได้พัฒนากฎหมายต้นแบบอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นเครื่องมือเฉพาะสำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายต้นแบบเสร็จสมบูรณ์เมื่อมิถุนายน ปี ค.ศ. 1985 เพื่อนำออกมาใช้เป็นต้นแบบอย่างเป็นทางการในอีกหลายเดือนต่อมา ทั้งนี้เลขาธิการองค์การสหประชาชาติได้ทำหนังสือถึงรัฐบาลประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติพร้อมทั้งส่งต้นฉบับ พร้อมการรับรองกฎหมายต้นแบบซึ่งต่อมากลายมาเป็นต้นแบบสำหรับประเทศต่าง ๆ ที่จะบัญญัติอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศขึ้นมาใช้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อตอบสนองกับสภาวะปัญหาที่ เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วจากความแตกต่างของกฎหมายภายในประเทศที่ควบคุมอยู่ คณะกรรมาธิการ UNCITRAL จึงได้มีการพัฒนากฎหมายที่จะมาใช้บังคับ (Applicable Law) ด้วยระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ (Domestic Law) ทำให้การระงับข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัด การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กระบวนการอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลภายในประเทศ (National Court) มีหน้าที่ควบคุมดูแลกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นผลที่เกิดขึ้นจากกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) ความพยายามพัฒนาการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ให้สามารถใช้ได้หากคู่สัญญามีความต้องการใช้ตามความเหมาะสมของ

ข้อพิพาท อีกเหตุผลของคณะกรรมาธิการ UNCITRAL คือความพยายามที่ทำให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน[213] สัญญาเป็นนิติกรรมเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่กรณีที่มีนิติสัมพันธ์กันในทางกฎหมาย จึงเน้นเรื่องวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาและการแสดงเจตนาเป็นหลักใหญ่ ดังนั้นปัญหาข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการทางการค้าการระหว่างประเทศจึงควรพิจารณาแนวทางของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มากกว่ากฎหมายภายในประเทศ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ให้คู่สัญญามีอิสระในการกำหนดจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อทำการชี้ขาด วางระเบียบกฎเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและกระบวนการอนุญาโตตุลาการและเลือกกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้บังคับในสัญญาอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามความอิสระก็มีข้อจำกัดจากบทบัญญัติของข้อบังคับในกระบวนการยุติธรรม (Due Process) กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มีข้อจำกัดด้วยเช่นกันโดยเชื่อมโยงกับกฎหมายภายในประเทศ โดยเฉพาะขั้นตอนก่อนการพิจารณาคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ แต่ถึงกระนั้นศาลอาจเข้ามาช่วยในบางช่วงของกระบวนการพิจารณาเพื่อให้การดำเนินการมีความคล่องตัวมากขึ้น แนวทางกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นการจัดบทบาทให้สมดุลกับระบบกฎหมายภายในประเทศระหว่างความอิสระและเจตนาของคู่สัญญา กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกนำไปใช้เป็นต้นแบบในการพัฒนากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากมีแนวทางปฏิบัติที่มีความยืดหยุ่นและอนุญาตให้รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ นำบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญมาปรับใช้ได้ง่าย ในระยะเริ่มต้นของการจัดเตรียมร่างอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 (The New York Convention) คณะกรรมาธิการ UNICTRAL มีแนวคิดที่จะเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ข้อบังคับเพื่อให้เกิดความเข้าใจในแนวทางการปฏิบัติชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ได้หยุดแนวคิดนี้ไว้เพื่อทำให้กฎหมายต้นแบบสามารถเป็นต้นแบบพื้นฐานของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของชาติต่าง ๆ ได้ตั้งแต่เริ่มต้นการยกร่างจนจบการร่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นมากกว่าอนุสัญญาหรือกฎระเบียบการระงับข้อพิพาททางการค้าที่มีความยืดหยุ่นเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในประเทศ แนวคิดในการยกร่างกฎหมายต้นแบบเพื่อให้การยกร่างเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายเพิ่มความพึงพอใจกับประเทศต่าง ๆ ที่นำไปปรับใช้ โดยให้รัฐเหล่านั้นปรับใช้กฎหมายที่ร่างไว้ทั้งหมดหรือปรับแก้ให้พอเหมาะหรือสอดคล้องกับข้อกำหนดทางกฎหมายในท้องถิ่นนั้น ๆ และบทบัญญัติอนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 (The New York Convention) ถ้าแนวทางของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ขาดความยืดหยุ่นย่อมส่งผลทำให้การขยายการยอมรับกฎหมาย

---

[213] Mary E. McNerney and Carlos A. Esplugues, “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law,” **Boston College International and Comparative Law Review** 9 (1986): 47–71.

ต้นแบบบนพื้นฐานแห่งความเป็นสากลในเวทีระดับโลกลดลง กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มีจุดประสงค์ให้เกิดความกลมกลืนสอดคล้องกันระหว่างกฎหมายและรวมถึงการออกข้อบังคับอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ใน ปี ค.ศ. 2006 มีการแก้ไขกฎหมายต้นแบบ (UNCITAL Model Law) โดยเพิ่มบทบัญญัติมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น (Interim Measures and Preliminary Orders) สาระสำคัญคือ วางหลักการให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้นได้ การเพิ่มบทบัญญัตินี้เพื่อแทนที่ มาตรา 17 เดิมที่กำหนดให้เฉพาะศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการออกคำสั่ง

2) ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules)

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ถูกร่างขึ้นในปี ค.ศ. 1976 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) โดยวางหลักเกณฑ์เรื่องวิธีพิจารณาความในการอนุญาโตตุลาการอย่างกว้างๆ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญา เป็นข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการที่ยอมรับอย่างแพร่หลายจากประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมและสังคมนิยม ประเทศพัฒนาแล้วและกำลังพัฒนา ประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนด์ลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) แม้ว่าจะเป็นใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ แต่สถาบันอนุญาโตตุลาการหลายสถาบันต่างยอมรับและนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้กับข้อบังคับสถาบันของตน อาทิเช่น ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA) สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (HKIAC) เป็นต้น[214]

ทั้งนี้คู่กรณีอาจตกลงเลือกข้อบังคับให้สถาบันเป็นผู้ดูแลก็ได้และอาจปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมตามที่ตนต้องการได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จำนวนอนุญาโตตุลาการ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ การกำหนดเมืองหรือประเทศและภาษาที่ใช้ทำการอนุญาโตตุลาการ ผู้ที่ยกร่างข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) คือ Peter Sanders ศาสตราจารย์กฎหมายชาวเนเธอร์แลนด์แห่งมหาวิทยาลัย Erasmus การยกร่างครั้งนี้เป็นการเปิดช่องให้สามารถลดค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียให้กับสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งคิดค่าบริการในการบริหารกรอนุญาโตตุลาการ นอกเหนือจากค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนับว่าเป็นการสมประโยชน์ของ

---

[214] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 26.

ประเทศด้อยพัฒนา ซึ่งไม่ประสงค์จะจ่ายและมีกำลังที่จะจ่ายน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่ามีค่าใช้จ่ายแฝงอยู่ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจมาก เพราะในที่สุดคู่กรณีก็ต้องควักเงินจ่ายให้กับผู้ที่มาทำหน้าที่เลขานุการของการอนุญาโตตุลาการเอง อีกทั้งการอนุญาโตตุลาการอาจกินเวลานานกว่าสถาบัน ทำให้ต้องเสียเวลาของคนที่มีความสามารถ ซึ่งต้องมาติดอยู่ในการอนุญาโตตุลาการที่ยืดออกไป เพราะความหย่อนสมรรถภาพของการบริหารการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ[215]

3.1.1.2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996)

ประเทศอังกฤษได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนให้ทันสมัยเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ โดยการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) มีผลบังคับใช้ในวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1997 ก่อนหน้าที่จะมีการบังคับใช้กฎหมายใหม่ฉบับนี้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษเคยถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกฎหมายที่เอื้อมไม่ถึงในเรื่องระหว่างประเทศ อังกฤษไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาปรับใช้โดยมองว่ากฎหมายต้นแบบเหมาะกับประเทศที่ไม่ค่อยพัฒนากฎหมายมากกว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่มีอยู่หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตย่อมได้รับผลเต็มรูปแบบเช่นเดียวกัน มีการตั้งข้อสังเกตว่าบทบัญญัติของอังกฤษได้ครอบคลุมทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคต กฎเกณฑ์ในช่วงต้นของบทบัญญัติมีรายละเอียดที่คลอบคลุมโดยมีลักษณะของการเสนอให้พิจารณาและกฎระเบียบของการดำเนินการสามารถนำไปปฏิบัติตามได้ซึ่งเป็นข้อได้เปรียบของบทบัญญัติ ในทางกลับกัน บทบัญญัติมีความเป็นอิสระมากในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ อาจจะสรุปได้ว่าทุกข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้ข้อบังคับและข้อกำหนดทั่วไปก็บัญญัติไว้เฉพาะสำหรับกระบวนการพิจารณาเท่านั้น ขณะเดียวกันศาลก็ผ่อนปรนในเรื่องเกณฑ์การเพิกถอนภายใต้หลักความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ซึ่งใช้อย่างเข้มงวดภายใต้กฎหมายเดิม แต่ยังมีอำนาจกำกับดูแลและตรวจสอบหากแต่ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวมากนักตราบใดที่มีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ถึงแม้มีการยื่นคำร้องต่อศาลจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็สามารถดำเนินไปได้ตามปกติ

---

[215] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 175.

คู่สัญญาจากทั่วทุกมุมโลกแม้ไม่มีนิติสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับประเทศอังกฤษกลับเลือกกรุงลอนดอนเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือแม้แต่คู่สัญญาที่มีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษเองก็เลือกการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเพื่อระงับข้อพิพาทข้ามเขตแดนและเลือกกรุงลอนดอนเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน

คำร้องหลากหลายทั้งที่เกิดจากสัญญาหรือปราศจากสัญญาสามารถยื่นโดยใช้กระบวนพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทได้ทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาททางด้านทรัพย์สินทางปัญญา ข้อพิพาทการแข่งขันทางการค้า อย่างไรก็ตามหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอาญาหรือกฎหมายครอบครัวไม่สามารถใช้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งนี้ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) การยื่นคำเสนอข้อพิพาทไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดอย่างเคร่งครัดยกเว้นเป็นกรณีทุจริต ข้อตกลงของคู่พิพาทนั้นโดยทั่วไปกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งจากหลายกรณีพิพาทหรือจากหลักเกณฑ์ของศาล[216]

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) มีโครงสร้างกฎหมายที่ทันสมัยและมีความเชื่อมโยงกันของกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศช่วยให้ประเทศอังกฤษถูกเลือกให้เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่มีบางส่วนที่แตกต่างกันบ้าง กล่าวคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 เป็นระบบกฎหมายเดียวใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทุกประเภทที่ทำการอนุญาโตตุลาการในอังกฤษ เวลล์ และ ไอร์แลนด์เหนือ ไม่ใช่เฉพาะการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมีหลักเกณฑ์ที่รองรับการอนุญาโตตุลาการและอำนาจพิจารณาภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

สำหรับหลักความสงบเรียบร้อย (Public Policy) นั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) มีบทบังคับ (Mandatory Provisions) หลายบทโดยบัญญัติไว้ใน Schedule 1 อันได้แก่ อำนาจศาลในการสั่งให้พักกระบวนพิจารณาในกรณีที่ผิดข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 9 ถึง มาตรา 11) อำนาจศาลในการขยาย

---

[216] Ernest G. Lorenzen, **Commercial Arbitration: International and Interstate Aspect**, Faculty Scholarship Series Paper 4588 (New Haven: Yale Law School, 1934). Retrieved August 22, 2017 from https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.th/&httpsredir=1&article=5589&context=fss_papers

ระยะเวลากระบวนพิจารณา (มาตรา 12 และมาตรา 13) บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ (การเพิกถอนอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันความรับผิดอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 24 มาตรา 26 (1) มาตรา 28 และมาตรา 29) การปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 33) การบังคับคำชี้ขาด (มาตรา 66) มูลเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาด (มาตรา 67 และมาตรา 68)

ในเรื่องการอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินระงับข้อพิพาท (Arbitrability) นั้นมีอยู่หลากหลายกรณีภายใต้กฎหมายอังกฤษ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) ไม่กำหนดว่าเรื่องใดบ้างสามารถใช้วิธีการนี้ได้หรือไม่ (มาตรา 18 (1) a) ศาลเป็นผู้ตัดสินแต่ละกรณีว่ากรณีใดสมควรใช้วิธีการเช่นว่านี้ได้หรือไม่ ส่วนประเด็นพิพาทที่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องหรือประเด็นที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการตัดสินในเรื่องของประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เป็นเรื่องที่ไม่สามารถกำหนดไว้สัญญาได้และไม่สามารถอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน

2) ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (Arbitration Rules of London Court of International Arbitration: LCIA Rules)

ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration: LCIA) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เก่าแก่ที่สุดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1892 ทำหน้าที่คล้ายกับหอการค้านานาชาติ (ICC) ไม่ได้ตัดสินใจเรื่องพิพาทในศาล งานหลักของ LCIA คือ จัดและบริหารอนุญาโตตุลาการเช่นการเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อที่ระงับข้อพิพาท ในอดีตการสร้างกฎหมายเป็นไปตามคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ประกอบด้วยข้อกำหนดพิเศษซึ่งไม่ได้รับรองความมีประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ อำนาจในการเพิกถอนข้อตกลงอนุญาโตตุลาการทั้งหมด ดังเช่นคู่พิพาทสามารถปฏิเสธได้ตลอดเวลาก่อนที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาด[217] อย่างไรก็ตาม LCIA ได้จัดทำข้อบังคับใหม่ขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1985 ซึ่งมีความใกล้เคียงกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 2014 LCIA ได้แก้ไขข้อบังคับของตนอีกครั้งให้มีความทันสมัยเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใช้เช่นเดียวกันกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของกฎหมายต้นแบบ ค.ศ. 2010 (UNCITRAL Arbitration Rules 2010) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ ค.ศ. 2012 (ICC Rules 2012) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง ค.ศ.

---

[217] Shadat Mohmeded, **Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales** (Doctoral dissertation, School of Law, Brunel University, 2014), p. 25-26.

2013 (HKIAC Rules 2013) การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่สุดสำหรับข้อบังคับ LCIA คือ ทำให้การอนุญาโตตุลาการมีค่าใช้จ่ายน้อยและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นต้นว่าการมีบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (An Emergency Arbitrator Provision) ในขณะที่การแก้ไขอื่น ๆ คือ การปรับปรุงเพิ่มหลักเกณฑ์ในการดำเนินพิจารณาคู่พิพาทหลายฝ่าย นวัตกรรมที่สำคัญคือ ข้อบังคับเพิ่มภาคผนวกหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินการของตัวแทนคู่พิพาทและอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดบทลงโทษสำหรับการละเมิดหลักเกณฑ์ดังกล่าว LCIA ถือว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสถาบันแรกที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการลงโทษที่ปรึกษาทางกฎหมายที่ประพฤติตัวไม่เหมาะสมภายใต้หลักเกณฑ์ข้อบังคับของสถาบัน

จำนวนคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ทำการพิจารณาภายใต้ LCIA ในรอบหลายสิบปีได้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยจำนวนคดีเพิ่มขึ้นจาก 290 คดีในปี ค.ศ. 2013 เป็น 303 คดีในปี ค.ศ. 2016[218] นอกจากนี้ผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary [219] พบว่า LCIA เป็นหนึ่งในห้าสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมที่สุดของโลก เหตุผลที่กรุงลอนดอนเป็นที่นิยมและดึงดูดผู้มาใช้บริการเนื่องจาก กรุงลอนดอนเป็นศูนย์กลางการเงินที่สำคัญของโลก มีชื่อเสียงในความเป็นกลางและเป็นอิสระในเรื่องอำนาจพิจารณา จำนวนคดีที่บังคับตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ

3.1.1.3 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกาและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน

1) กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act of 1925 “FAA”)

การอนุญาโตตุลาการแบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Arbitration) ในสหรัฐอเมริกาพัฒนาตามขั้นตอนแบบกฎหมายอังกฤษ โดยเริ่มจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของคู่สัญญาที่จะส่งข้อพิพาทในอนาคตหรือข้อพิพาทที่มีอยู่ซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในหมู่กฎหมายจารีตประเพณีว่าสามารถเพิกถอนได้ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกข้อตกลงได้โดยให้แจ้งการเพิกถอนหรือโดยการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีโดยไม่รับข้อตกลงก่อนหน้า เหตุผลส่วนใหญ่ที่ศาลกำหนดขึ้นเป็นหลักการเก่า ๆ การละเมิดข้อตกลงว่าด้วยการ

---

[218] LCIA Facts and Figures - 2016: A Robust Caseload, Retrieved December 29, 2017 from http://www.lcia.org/News/lcia-facts-and-figures-2016-a-robust-caseload

[219] International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008, Queen Mary University of London and PricewaterhouseCoopers (2008), Retrieved December 29, 2017 from http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123294.pdf

อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีที่ในการระงับข้อพิพาทโดยทั่วไปได้รับอนุญาต แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นปกติมีเพียงเล็กน้อย อย่างไรก็ตามหลายมลรัฐเคร่งครัดในเรื่องข้อตกลงโดยบัญญัติไว้อย่างรายละเอียดและไม่สามารถเพิกถอนได้และข้อตกลงที่มีผลบังคับใช้ในการส่งข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับเหล่านี้จะถูกกำหนดอย่างเคร่งครัดในสัญญาซึ่งจะสอดคล้องกับรายละเอียดของข้อบังคับ ข้อตกลงต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและโดยทั่วไปจะมีข้อกำหนดของการยื่นขอ "คำสั่งศาล" โดยยื่นผ่านเสมียนศาล ข้อกำหนดในรายละเอียดที่จะมากหรือน้อยเกี่ยวข้องกับรายละเอียดของคู่สัญญาที่สามารถยื่นภายใต้กฎหมาย ระบุถึงเหตุซึ่งสามารถตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ การเข้ารับฟังพยานหลักฐานของอนุญาโตตุลาการและการบังคับหรือเพิกถอนคำชี้ขาด ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทในอนาคต ในเรื่อง “สามารถเพิกถอนได้” คงใช้ได้อยู่จนกระทั่งปี ค.ศ. 1920 จึงยกเลิกอย่างถาวร[220] ปัจจุบันมลรัฐส่วนใหญ่ไม่มีการเปลี่ยนหลักเกณฑ์การเพิกถอนในข้อตกลงดังเช่นในอดีต การร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งมลรัฐสนับสนุนโดยสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันและนำมาใช้เป็นครั้งแรกในนครนิวยอร์กในปี ค.ศ. 1920 โดยปฏิเสธข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทั้งหมด และประกาศว่าข้อตกลงที่ทำขึ้นไม่สามารถยกเลิกได้นับแต่วันที่เริ่มกระบวนพิจารณาโดยไม่มีเหตุจำเป็นต้องยื่นต่อศาล บทบัญญัติที่กำหนดการระงับพิจารณาคดีโดยผลของกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและวิธีปฏิบัติเป็นการเฉพาะสำหรับการบังคับภายใต้ข้อตกลงหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของคู่สัญญาพิพาทปฏิเสธไม่ยอมดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งจากศาลฎีกาหรือจากผู้พิพากษานั้น อาจกำหนดให้คู่พิพาทดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อตกลงแห่งสัญญา หากคู่สัญญาปฏิเสธที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลหรือผู้พิพากษาหนึ่งท่านอาจแต่งตั้งบุคคลเช่นว่าเมื่อได้มีการยื่นคำร้องขอให้ดำเนินการแต่งตั้งเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามเงื่อนไขของสัญญา กฎหมายนิวยอร์กเป็นต้นแบบที่มลรัฐอื่นปฏิบัติตามและคัดลอกกันอย่างแพร่หลาย กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1926[221] เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อโต้แย้งประเด็นพิพาทในทะเลและการค้าต่างประเทศและระหว่างมลรัฐ ซึ่งมีเนื้อหาใกล้เคียงกับกฎหมายนิวยอร์ก

---

[220] Thomas J. Stiopanowich, “Rethinking American Arbitration,” **Indiana Law Journal** 63 (1988): 425-487.

[221] Judith Resnik, “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights,” **The Yale Law Journal** 124 (2015): 2804-2939.

กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) ได้รวมบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และบังคับใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นเวลากว่า 65 ปี อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในสหรัฐอเมริกาได้ขยายไปสู่กฎหมายระดับมลรัฐที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในบริบทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Relief) โดยอาศัยอำนาจศาลเป็นวิธีการที่นิยมใช้บ่อยครั้ง

อนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีระหว่างประเทศหรือประเด็นที่เกี่ยวโยงระหว่างประเทศหรือเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ ขึ้นอยู่กับแหล่งที่มากฎหมายแห่งรัฐสามแหล่งด้วยกันดังนี้ คือ:

1) กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act of 1925 “FAA”) ซึ่งผนวกรวมบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) เพื่อบังคับใช้กับข้อตกลงสัญญาระหว่างรัฐและระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องธุรกรรมทางการค้าและพาณิชยนาวี

2) ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

3) ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การบังคับกฎหมายแห่งมลรัฐโดยที่ห้าสิบมลรัฐรวมถึงโคลัมเบียและเปอร์โตริโกได้ตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการ (“กฎหมายแห่งมลรัฐ”) ของตนเองทั้งสิ้น

ทั้งนี้กฎหมายแห่งมลรัฐเหล่านี้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในมลรัฐทั้งหมดแต่ไม่รวมกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) กฎหมายแห่งมลรัฐยังนำมาปรับใช้เป็นบทบัญญัติวิธีพิจารณาเสริมแก่กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) เพื่อบังคับกับธุรกรรมระหว่างมลรัฐหรือระหว่างประเทศ ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) หากมีการขัดกันระหว่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) และกฎหมายแห่งมลรัฐในคดีพิพาททางการค้าระหว่างมลรัฐหรือระหว่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) ย่อมอยู่เหนือกว่า อย่างไรก็ตามหลายมลรัฐได้ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของตน โดยที่กฎหมายเหล่านี้นำมาเสริมหรืออยู่ลำดับเหนือกว่ากฎหมายแห่งมลรัฐหากเป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มลรัฐได้ตราขึ้นนั้นมีสถานะทางกฎหมายในระดับเดียวกันกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ ค.ศ.

1925[222] รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อทำให้ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากสัญญาเกี่ยวกับธุรกรรมทางการค้าและพาณิชยนาวีสมบูรณ์และบังคับได้ กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ใช้บังคับกับสัญญาใดก็ตามที่แสดงให้เห็นว่าเป็นระหว่างรัฐหรือการค้าต่างประเทศและมีผลบังคับในวงกว้าง กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) เป็นผลมาจากความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะคว่ำหลักการล้าหลังของกฎหมายจารีตประเพณีอังกฤษและสหรัฐในประเด็นปฏิเสธข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่มองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นการลิดรอนอำนาจศาล

กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act of 1925 “FAA”) แบ่งออกเป็นสองบทดังนี้

บทที่ 1 เป็นบทบัญญัติดั้งเดิมปี ค.ศ. 1925 รวมถึงบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมภายหลัง โดยกำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางการค้าหรือพาณิชยนาวีที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรถือว่าผูกพันเพิกถอนไม่ได้และมีผลบังคับตามสัญญา ภายใต้บทนี้ศาลจะต้องพักการพิจารณาหากมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ภายใต้บทที่ 1 คู่กรณีพิพาทตามข้อตกลงอาจยื่นคำร้องต่อศาลแขวงเพื่อทำคำสั่งบังคับให้ดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามข้อตกลงเช่นว่านั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ให้อำนาจศาลเลือกอนุญาโตตุลาการหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเลือกอนุญาโตตุลาการได้ตามข้อตกลง อนุญาโตตุลาการมีอำนาจที่จะเรียกพยานและสั่งให้นำส่งเอกสารหลักฐาน หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายในหนึ่งปีหลังจากคำชี้ขาดได้ทำขึ้น ศาลจักต้องออกคำบังคับดังกล่าวเว้นแต่ศาลวินิจฉัยให้เพิกถอนหรือแก้ไขคำชี้ขาดเช่นว่า

สำหรับบทที่ 2 เป็นบทที่นำอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาบัญญัติไว้ กล่าวได้ว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดเรื่องการยอมรับตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ที่สำคัญได้กำหนดเพื่อการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ รัฐสภาได้ให้สัตยาบันว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) เป็นบทบัญญัติเฉพาะรับรองผลประโยชน์ของพลเมืองสหรัฐที่ทำธุรกิจในต่างประเทศ ส่วนในกรณีที่ดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา อนุสัญญาจะใช้บังคับกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดที่เกิดขึ้นจาก

---

[222] William P. Mills, “State International Arbitration Statutes and the U.S. Arbitration Act: Unifying the Availability of Interim Relief,” **Fordham International Law Journal** 13 (1989): 604-648.

นิติสัมพันธ์ทางการค้ารวมถึงการทำธุรกรรม สัญญาหรือข้อตกลงที่บัญญัติไว้ในบทที่ 1 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ใช้บังคับกับสัญญาทางการค้าทั้งหมดที่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการระหว่างพลเมืองของรัฐคู่สัญญาที่เป็นภาคี โดยบทที่ 1 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ยังคงนำมาบังคับใช้กับการทำธุรกรรมได้ตราบใดที่บทที่ 1 ไม่เป็นการขัดบทบัญญัติบทที่ 2 หรืออนุสัญญา นอกเหนือจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ปี ค.ศ. 1925 การผนวกอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และส่วนแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ได้บัญญัติประเด็นเฉพาะไว้ไม่กี่เรื่องเท่านั้น[223] แท้จริงแล้วกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ(FAA) ไม่ได้เป็นบทบัญญัติสมบูรณ์ที่อธิบายแนวทางปฏิบัติกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หากแต่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับแนวทางกฎหมายเพื่อให้ศาลแห่งสหพันธรัฐนำไปปรับใช้มากกว่า

ในส่วนของกฎหมายมลรัฐว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (State International Arbitration Statutes) หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้ผ่านกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นของตัวเองครอบคลุมข้อพิพาทระหว่างประเทศหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในมลรัฐเพื่อให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายของมลรัฐเหล่านี้ที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความซับซ้อนมากกว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) และพยายามแก้ไขปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้ โดยการออกกฎหมายในระดับชาติหรือนานาชาติ หากพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริด้านั้น กล่าวได้ว่ามลรัฐฟลอริด้าเป็นมลรัฐแรกที่ประกาศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฟลอริดามีการปรับปรุงให้ทันสมัยโดยทำเป็นประมวลกฎหมายของรัฐและเพื่อส่งเสริมและสร้างบรรยากาศที่เอื้อต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การผ่อนปรนของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังเป็นหนึ่งในเหตุผลของการผ่านกฎหมายลักษณะคล้ายกันในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐเท็กซัส, มลรัฐฮาวาย และมลรัฐจอร์เจีย นอกจากนี้กฎหมายแห่งมลรัฐว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศยังจะช่วยเสริมให้มลรัฐฟลอริด้าเป็นศูนย์กลางระดับภูมิภาคสำหรับการเงินและการธนาคารระหว่างประเทศ (International Finance and Banking) และการค้าระหว่างประเทศ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐฮาวายกล่าวถึงโอกาสในเข้าสู่การขยายตัวรวดเร็วของธุรกิจการค้าระหว่างประเทศในแถบภูมิภาคแปซิฟิกถือเป็นเหตุผลสำคัญในการผ่านกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มลรัฐแคลิฟอร์เนียและ

---

[223] Joseph T. McLaughlin and Laurie Genevro, “Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention - Practice in U.S. Courts,” **Berkeley Journal of International Law** 3 (1986): 249-272.

มลรัฐเท็กซัสเป็นมลรัฐที่สนับสนุนกฎหมายอย่างเต็มที่ โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายใหม่นี้จะเป็นประโยชน์ต่อพลเมืองของมลรัฐและโดยบรรดานักธุรกิจมลรัฐไม่จำเป็นต้องหันไปพึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เคยใช้บริการที่ เจนิวา ปารีส ลอนดอนเพื่อระงับข้อพิพาทของตนอีกต่อไป ในความคิดเห็นของผู้ร่างกฎหมายจุดประสงค์และเป้าหมายคือดึงดูดให้เกิดการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งในอดีตไม่ไม่สำเร็จภายใต้กฎหมายแห่งมลรัฐ อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของมลรัฐฟลอริด้าได้รับอนุมัติผ่านสภาในที่สุดเพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศว่าการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ภายใต้การบังคับโดยกฎหมายที่อำนวยความสะดวกมากกว่าการขัดขวางกระบวนระงับข้อพิพาท หนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของสภานิติบัญญัติแห่งแคลิฟอร์เนียก็เพื่อลดความหวาดกลัวของคู่กรณีพิพาทที่เป็นชาวต่างชาติจากวิธีพิจารณาทางศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ เช่น การบังคับให้เปิดเผยข้อมูลอย่างละเอียดและการถามค้านพยาน มลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐเท็กซัสได้วางกรอบกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยสภานิติบัญญัติมลรัฐแคลิฟอร์เนียเลือกใช้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แทนการร่างกฎหมายที่มีบทบัญญัติแตกต่างกันมาใช้ ทั้งนี้ก็เพื่อสามารถทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเข้าใจได้รวดเร็วขึ้นว่าการอนุญาโตตุลาการภายในมลรัฐมีขั้นตอนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล นอกจากนี้เหตุผลหนึ่งของผู้ร่างกฎหมายมลรัฐเท็กซัสในการนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) คือการเสริมสร้างความเข้าใจระบบการระงับข้อพิพาทตามกฎหมายสำหรับคู่กรณีพิพาทที่ไม่คุ้นเคยกับกฎหมายมลรัฐฟลอริดา ในทางกลับกันมลรัฐฮาวายมีการนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาปรับใช้ในบางส่วน ในทำนองเดียวกันมลรัฐจอร์เจียไม่ได้นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติผนวกไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งมลรัฐตนจึงมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายของมลรัฐอื่น ๆ กล่าวคือกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไม่ได้เป็นกฎหมายลำดับก่อนแต่เป็นเพียงกฎหมายที่มาเสริมกฎหมายแห่งมลรัฐเท่านั้น

เฉกเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ กฎหมายมลรัฐว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ปัญหาโดยแบ่งออกเป็น 4 ส่วน: ส่วนที่ 1 ขอบเขตของการใช้กฎหมาย ส่วนที่ 2 คำสั่งเบื้องต้น ส่วนที่ 3 การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และส่วนที่ 4 คำชี้ขาด กฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดประเด็นโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศรวมถึงลักษณะของข้อพิพาทระหว่างประเทศ อำนาจพิจารณา สถานที่ทำการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ กฎหมายของแต่ละมลรัฐที่ครอบคลุมอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศต้องมีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะทำการระงับข้อพิพาทก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ ยิ่งไปกว่านั้นกฎระเบียบให้ใช้เฉพาะในกรณีที่ข้อตกลงดังกล่าว

เป็นการค้าระหว่างประเทศ มลรัฐต่าง ๆ มีคำจำกัดความที่แตกต่างกันในคำว่า “ระหว่างประเทศ” เช่นมลรัฐฟลอริดาและมลรัฐฮาวายมุ่งเน้นถิ่นที่อยู่อาศัยในจำนวนหนึ่งหรือมากกว่าของคู่พิพาท ในทางกลับกัน มลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐเท็กซัส ที่อยู่ของคู่สัญญาเป็นสถานที่ธุรกิจได้มีการจดทะเบียน มลรัฐจอร์เจียรวมทั้งสองวิธีโดยมุ่งเน้นไปที่ภูมิลำเนาเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของข้อพิพาทกับกิจกรรมนอกประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะมีลักษณะระหว่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐเท็กซัสให้นำไปใช้เฉพาะในกรณีที่สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอยู่ภายในมลรัฐเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดาและมลรัฐฮาวายกลับมีผลบังคับใช้ภายในมลรัฐหรือนอกมลรัฐหากคู่กรณีตกลงที่จะผูกพันโดยกฎหมายมลรัฐฟลอริดาหรือมลรัฐฮาวาย หรือในกรณีไม่มีข้อตกลงดังกล่าวแต่หากเลือกกฎหมายแห่งบังคับใช้กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริด้าหรือมลรัฐฮาวายมาบังคับใช้ย่อมตกอยู่ในหลักเกณฑ์นี้เช่นกัน กฎหมายแห่งมลรัฐจอร์เจียไม่ได้บัญญัติในเรื่องนี้ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะต้องอยู่ในมลรัฐ อย่างไรก็ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งมลรัฐจอร์เจียไม่มีบทบัญญัติว่าการเลือกมลรัฐจอร์เจียเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการแล้วไม่เป็นเหตุจำต้องเลือกกฎหมายแห่งมลรัฐจอร์เจียดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายส่วนใหญ่คู่สัญญาอาจเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ในเรื่องคณะอนุญาโตตุลาการอาจเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการได้ยกเว้นในมลรัฐฮาวาย ภายใต้กฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐเท็กซัสและมลรัฐฟลอริดา คณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากสภาวะแวดล้อมแห่งคดีและความสะดวกของคู่พิพาทในการเลือก มลรัฐจอร์เจียกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ แม้ในสัญญาได้ระบุประเทศในการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการไว้ก็ตาม กฎหมายการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งมลรัฐบางฉบับได้กำหนดเนื้อหาของข้อพิพาทที่ใช้บังคับ มลรัฐฟลอริดา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และมลรัฐเท็กซัสกำหนดว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับต้องมีการตกลงกันโดยคู่พิพาท หากไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ให้คณะอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจในมลรัฐเหล่านี้เลือกกฎหมายที่จะบังคับใช้เพื่อความเหมาะสม มลรัฐฮาวายและมลรัฐจอร์เจียไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้

2) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแห่งสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (Arbitration Rules of American Arbitration Association: AAA Rules)

สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association: AAA) เป็นองค์กรอิสระไม่แสวงหากำไร และไม่ใช่องค์กรภาครัฐ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1926 จากการควบรวมของสองสถาบัน อันได้แก่ Arbitration Society of America และ Arbitration

Foundation[224] มีสำนักงานอยู่ที่ใจกลางนิวยอร์กและมีสำนักงานสาขาในดับลินและเม็กซิโกซิตี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ แต่อาจแตกต่างจากสถาบันอื่น ๆ ตรงที่ให้บริการนอกจากข้อพิพาทการค้าแล้ว ยังรวมถึงข้อพิพาทสิ่งแวดล้อม แรงงาน สถาบัน AAA มีประวัติศาสตร์อันยาวนานในการให้บริการการระงับข้อพิพาท เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ที่รู้จักกันดี โดยให้บริการด้านบริหารจัดการมากกว่าการระงับข้อพิพาท การให้บริการที่สำคัญเช่นการให้ความช่วยเหลือในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ จัดรับฟังความคิดเห็นเพื่อออกข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเพื่อคู่กรณีสามารถนำมาใช้สำหรับระงับข้อพิพาท ทั้งนี้นอกจาก สถาบัน AAA ดำเนินการบริหารจัดการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของตนแล้ว สถาบัน AAA ยังทำหน้าที่บริหารจัดการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของ UNCITRAL (UNCITRAL Rules) ด้วยเช่นกันหากเป็นความต้องการของคู่พิพาท สถาบัน AAA บริหารจัดการข้อพิพาทหลากหลายทั้งด้านการค้าทั่วไปจนถึงอุตสาหกรรมที่มีข้อบังคับเฉพาะ[225] สถาบัน AAA ถือว่าเป็นผู้ให้บริการที่ใหญ่ที่สุดของการระงับข้อพิพาททางการค้าโลก โดยในปี ค.ศ. 2014 เพียงปีเดียวมีคดีระงับข้อพิพาทถึง 223,000 คดี ทั้งนี้สถาบัน AAA จัดเป็นหน่วยงานที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาและความเป็นเอกภาพของกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนถือได้ว่าเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์รวมในการอนุญาโตตุลาการในแถบซีกโลกตะวันตก ภายใต้หลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน AAA สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมีความสำคัญน้อยลงและคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกสถานที่ใด ๆ นอกจากนครนิวยอร์กเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการก็ได้ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้มีความแตกต่างไปจากสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ อาทิเช่น ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (The London Court of International Arbitration) หรือสมาคมอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของตลาดหลักทรัพย์กรุงปารีส (The Arbitral Chamber of the Paris Bourse de Commerce) ซึ่งสถาบันต่าง ๆ เหล่านี้มีหลักเกณฑ์ที่ระบุว่าจะต้องทำการอนุญาโตตุลาการภายในสถานที่เดียวกันกับสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น[226] สถาบัน AAA ใช้นโยบายที่ก้าวหน้าเชิงรุกโดยใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกส่งเสริมการพัฒนากฎหมายการอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

---

[224] Han Smith and Vratislav Pechota, **Arbitration Rules Issued by International Institutions** (United States: Sweet & Maxwell, 1997), p. 1-1.

[225] Daniel E. González and Richard C. Lorenzo, **Getting the Deal Through – Arbitration (United State)** (London: Law Business Research, 2010), pp. 367-375.

[226] จันทนา สมพงษ์ชัยกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 58.

โปรแกรมการศึกษาฝึกอบรม และออกแบบระบบการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) สำหรับภาคธุรกิจ หน่วยงานภาครัฐ สหภาพแรงงาน และศาล อย่างไรก็ตามข้อบังคับของสถาบัน AAA ใช้สำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ข้อพิพาทระหว่างประเทศอยู่ภายใต้ข้อบังคับ ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR)

ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) เป็นหน่วยงานต่างประเทศของสถาบัน AAA ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1996 รับผิดชอบในการบริหารงานของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหมดที่ยื่นผ่าน สถาบัน AAA มีสำนักงานใหญ่อยู่ในนิวยอร์ก และให้บริการการระงับข้อพิพาทในหลายประเทศทั่วโลกและมีบัญชีบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีคุณสมบัติจำนวนมาก ข้อบังคับของศูนย์ ICDR ถูกออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับการใช้ในระดับสากลที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ทันสมัยและมีนวัตกรรมใหม่ ๆ เช่น อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ในปี ค.ศ. 2006 การแก้ไขข้อบังคับเพิ่มเติม ในปี ค.ศ. 2014 เพื่อให้มีการดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพรวดเร็ว[227] สถิติคดีที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2013 ศูนย์ ICDR บริหารจัดการ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศ 1,165 คดี กับคู่พิพาทมาจากกว่า100 ประเทศ และในปีถัดมา ค.ศ. 2014 ก็มีสถิติคดีพิพาทที่ใกล้เคียงกัน เช่นเดียวกับสถาบันอนุญาโตตุลาการอื่น ๆ ศูนย์ ICDR มีกลุ่มผู้เชี่ยวชาญเฉพาะคดีในการแก้ไขข้อพิพาทมีระบบเครือข่ายทั่วโลก

3.1.1.4 กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงและข้อบังคับศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง

ในปี ค.ศ. 1980 ได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการทางการค้าฮ่องกง โดยใช้ระบบพื้นฐานข้อกฎหมายอังกฤษ นอกจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แล้ว หลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของฮ่องกงส่วนใหญ่นำมาจากบทบัญญัติกฎหมายอังกฤษที่ควบคุมดูแลอนุญาโตตุลาการทางการค้า อนุญาโตตุลาการพาณิชย์ในฮ่องกงเหมือนกับในลอนดอนเป็นเรื่อง “กรณีพิเศษ” ในการดำเนินการ ภายใต้ขั้นตอนกรณีพิเศษ ศาลสามารถบังคับอนุญาโตตุลาการในการส่งประเด็นของกฎหมายสำหรับการกำหนดพิจารณาคดี ผลชี้ขาดอนุญาโตตุลาการในฮ่องกงเหมือนกับที่อยู่ในประเทศอังกฤษจึงมีการทบทวนในคุณธรรมทางกฎหมาย

---

[227] International Centre for Dispute Resolution, Rules and Mediation Procedures, (Including Mediation and Arbitration Rules) Rules Amended and Effective June 1, 2014 Fee Schedule Amended and Effective November 1, 2014, : 43 pages, USA.

โดยศาลท้องถิ่น อนุญาโตตุลาการในประเทศที่โดดเด่นและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่อนุญาตให้ที่ปรึกษาชาวต่างชาติเข้ามาดำเนินการตัดสินอนุญาโตตุลาการในฮ่องกงในนามของลูกค้า นอกจากนี้ยังเป็นครั้งแรกที่ บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 1982 ระบุการประนอมข้อพิพาทเป็นวิธีทางเลือกของการระงับข้อพิพาทและได้รับอนุญาตประนีประนอมเพื่อดำเนินการต่อโดยทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการถ้าประนอมข้อพิพาทไม่ประสบผลสำเร็จ อีกประการหนึ่งในการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงและการออกจากฮ่องกงของอังกฤษที่มาพร้อมกับข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 โดยทำตามคำแนะนำของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายฮ่องกง กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 ได้นำเอากฎหมายของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (กฎหมายต้นแบบ UNCITRAL Model Law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ค.ศ. 1990[228] ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการได้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาในระบบกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นก่อนหน้านี้ ดังนั้น การสร้างระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 ซึ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามทั้งสองระบอบสามารถที่จะใช้แทนกันได้ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยินยอมให้มีการยุติข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในประเทศสามารถตกลงที่จะปฏิบัติตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อระงับข้อพิพาทของตนและคู่พิพาทส่งเรื่องพิพาทต่อไปยังอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสามารถเลือกที่จะทำตามระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศนอกเหนือไปจากระบบกฎหมายที่ได้มีการยกร่างขึ้นโดยกฎหมายภายในฮ่องกง อนุสัญญาระหว่างประเทศก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ซึ่งได้แก่อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (อนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งฮ่องกงได้เป็นภาคีผ่านสหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 1977 ภายใต้อนุสัญญานี้ประเทศภาคีสามารถร้องขอศาลฮ่องกงให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่นได้

1) กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ค.ศ. 2011 (Arbitration Ordinance (Cap.609) 2011

ฮ่องกงมีอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการโดยมีกลไกลในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางเลือก ย้อนกลับไปในปี ค.ศ. 1855 ขณะนั้นฮ่องกงยังเป็นอาณานิคมของ

---

[228] Benjamin P. Fishburne and Chuncheng Lian, “Commercial Arbitration in Hong Kong and China: A Comparative Analysis,” **Journal of International Law** 18 (Spring 1997): 297-332.

อังกฤษ เมื่อมีการประกาศใช้กฤษฎีกาการบริหารงานยุติธรรมข้าราชการพลเรือนฉบับที่ 6 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ แต่หลังประกาศบังคับใช้เพียง 5 เดือนก็ต้องยกเลิกเนื่องจากไม่ได้รับอนุมัติจากลอนดอนโดยอ้างว่าผู้ว่าราชการฮ่องกงมีอำนาจมากเกินไป อย่างไรก็ตามกฎหมายกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงได้มีการพัฒนานับตั้งแต่ปี ค.ศ.1855[229]

การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงช่วงที่มีสำคัญมากเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1977 และปี ค.ศ. 1990 เรื่องแรกลักษณะสำคัญการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคือ การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการผ่านกลไกที่สำคัญคือ อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1985 (New York Convention 1958 : the 'New York Convention' or the 'Convention') ในช่วงเวลาที่ฮ่องกงก็ยังคงอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ อนุสัญญานิวยอร์กถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายฮ่องกงในปี ค.ศ. 1975 เป็นผลสืบเนื่องจากสหราชอาณาจักรเป็นภาคีของอนุสัญญา ในปี ค.ศ. 1997 ฮ่องกงได้อำนาจอธิปไตยคืนจากสหราชอาณาจักรและกลับสู่การปกครองของสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยรัฐบาลจีนยังคงให้ฮ่องกงผนวกอนุสัญญานิวยอร์กใช้บังคับต่อไปได้ ด้วยเหตุนี้ปัจจุบันคำชี้ขาดทำที่ฮ่องกงยังคงยอมรับและบังคับได้ในประเทศภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก ฮ่องกงซึ่งมีอำนาจพิจารณาการอนุญาโตตุลาการแห่งแรกในเอเชียที่นำกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL Model Law มาใช้สำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีการกำหนดหลักการว่าศาลควรสนับสนุนแต่ไม่ควรแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ค.ศ. 2011 (The Arbitration Ordinance (Cap 609)) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2011 โดยใช้แทนกฎหมายฉบับเก่า ("The Old Arbitration Ordinance" (Cap 341)) ซึ่งภายใต้กฎหมายเก่ามีการแบ่งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยในส่วนของระหว่างประเทศใช้บทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ภายใต้กฎหมายใหม่การแบ่งแบบกฎหมายเก่าได้ยกเลิกไปและให้อยู่ในบังคับของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เท่านั้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการแก้ไขและภาคผนวกเพิ่มเติม การอนุญาโตตุลาการใดที่เริ่มขึ้นก่อนวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 2011 ให้อยู่ในบังคับของกฎหมายเก่า กฎหมายใหม่ไม่ยุ่งยากง่ายสำหรับผู้ใช้โดยแบ่งออกเป็น 14 หมวด จัดลำดับตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยมีบทบัญญัติทั้งหมดของกฎหมายต้นแบบสอดแทรกในมาตราที่เกี่ยวข้องพร้อมส่วนแก้ไขหรือเพิ่มเติมเพื่อช่วยให้ผู้อ่านกฎหมายเห็นว่ามาตราใดของกฎหมายต้นแบบนำมาบังคับใช้ในฮ่องกง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติสำคัญของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตามกฎหมายเดิมก็ไม่ได้ตัดทิ้งเป็นเพียงแต่เป็นบทบัญญัติที่ให้ผู้ใช้บริการสามารถเลือกใช้ได้ (Opt-in

---

[229] Chiann Bao, "International Arbitration in Asia on the Rise: Cause & Effect," **The Arbitration Brief** 4 (2014): 31-51.

Provisions) ซึ่งอยู่ใน Schedule 2 ของกฎหมายใหม่[230] นอกจากนี้กฎหมายใหม่ยังมีบทบัญญัติเรื่องผู้ประนอมข้อพิพาท (Mediators) ไว้ในหมวด 2 ซึ่งหากคู่สัญญาได้มีข้อตกลงกันในเรื่องนี้ไว้ และหากการประนอมข้อพิพาทไม่สำเร็จ จึงเริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ประนอมพิพาทสามารถรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการได้ จึงกล่าวได้ว่า บทบัญญัติเรื่องผู้ประนอมข้อพิพาท (Mediators) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ถือเป็นแนวคิดที่น่าสนใจเพราะเหมาะกับสภาพการณ์ในปัจจุบันและเอื้อประโยชน์ต่อคู่กรณีมากยิ่งขึ้นโดยพยายามดำเนินการให้คู่ความได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

การพัฒนาการอนุญาโตตุลาการที่ขยายเพิ่มขึ้นและถือเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อฮ่องกงได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้เป็นเวลายาวนานโดยผนวกส่วนเพิ่มเติมกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในปี ค.ศ. 2006 และรวมอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ การเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ทำให้ฮ่องกงเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่ใช้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) กับอนุญาโตตุลาการทุกประเภทที่ทำการอนุญาโตตุลาการในฮ่องกง ด้วยเหตุนี้จึงดึงดูดผู้ใช้บริการเพิ่มขึ้นอย่างมาก

วัตถุประสงค์ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงมีสี่ประการ ประการแรกเพื่อเอื้ออำนวยแก่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในฮ่องกงและนอกฮ่องกง ประการที่สอง การปฏิรูปทำให้ภาคธุรกิจและบุคคลากรทางด้านอนุญาโตตุลาการฮ่องกงเป็นที่ยอมรับจากการมีแนวปฏิบัติสอดคล้องกับนานาประเทศ เนื่องจากกฎหมายต้นแบบเป็นที่คุ้นเคยผู้ใช้บริการทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ประการที่สาม เพื่อดึงดูดนักธุรกิจให้เลือกฮ่องกงเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และประการสุดท้ายเพื่อส่งเสริมให้ฮ่องกงเป็นศูนย์ระงับข้อพิพาทระดับภูมิภาค โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (CAP 609) เกือบทั้งหมด นำหลักการมาจากกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 และแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 (Model Law on International Commercial Arbitration)

---

[230] The Arbitration Ordinance (Cap 60), Retrieved July 9, 2017 from https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609

2) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Arbitration Rules of Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC Rules)

ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC) จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1985 เพื่อส่งเสริมการใช้การอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นในฮ่องกง เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรอยู่ภายใต้การรับรองโดยกฎหมายฮ่องกง แรกเริ่มก่อตั้งโดยความร่วมมือจากภาคธุรกิจและภาครัฐฮ่องกง แต่ปัจจุบันสถาบัน HKIAC ดำเนินการด้วยงบประมาณและเงินทุนตัวเองเป็นอิสระโดยสิ้นเชิงจากภาคธุรกิจและภาครัฐฮ่องกง สถาบัน HKIAC อาศัยค่าธรรมเนียมสำหรับการบริการที่จะให้ไว้ในกองทุนเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินงานอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น สถาบัน HKIAC เป็นอิสระทางการเงินจากรัฐบาลฮ่องกง อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของคณะกรรมการอันประกอบด้วยกลุ่มบุคคลต่างสัญชาติซึ่งเป็นสมาชิกชั้นนำขององค์กรธุรกิจและวิชาชีพ มีผู้พิพากษาศาลสูงเป็นประธาน โดยมีประธานหนึ่งท่านและคณะรองประธาน มีเลขาธิการและบุคคลากรดำเนินกิจกรรมรายวันในศูนย์การอนุญาโตตุลาการแห่งนี้

สถาบัน HKIAC ทำหน้าที่แต่งตั้งและมีอำนาจหน้าที่ของผู้ดูแลผังรายชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีคุณภาพสูงโดยไม่จำกัดสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ของพวกเขา ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบัน HKIAC คือ ข้อบังคับที่ 28 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules 28) ส่วนการอนุญาโตตุลาการในประเทศ สถาบัน HKIAC ใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ. 1993[231] ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาจำนวนของคดีพิพาทที่ยื่นมายังสถาบัน HKIAC การเพิ่มขึ้นอย่างมากทำให้ฮ่องกงเป็นหนึ่งในศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่สำคัญของโลก ทั้งนี้สถาบัน HKIAC ได้จัดทำข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นใหม่โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 พฤศจิกายน 2013 โดยประสานกลมกลืนกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Hong Kong's Arbitration Ordinance, Cap. 609) ซึ่งมีผลบังคับใช้ไปในปี ค.ศ. 2011 (ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่นำมาจากกฎหมายต้นแบบ ค.ศ. 1985) มีการแนะแนวทางปฏิบัติโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฮ่องกงอยู่ในระดับแนวหน้าของการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ HKIAC เน้นความอิสระของคู่พิพาท มีความยืดหยุ่นและมาตรการป้องกันให้ตรงกับ

---

[231] Nguyen Manh Dzung, **An Attempt to Identify the Essential Characteristics of Major Regional Arbitration Institutions and Trends in the Asia – Pacific Region** (Master's thesis, Queen Mary, University of London, 2008).

วัตถุประสงค์ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการคือเพื่ออำนวยความสะดวกรวดเร็ว และยุติธรรมแก้ปัญหาข้อพิพาท ไม่ให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น เนื้อหาข้อบังคับใหม่นี้มาจากข้อมูลของผู้ปฏิบัติงานอาวุโสด้านการอนุญาโตตุลาการและการอ้างอิงจากแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) รวมถึงการนำข้อมูลจากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของหอการค้านานาชาติ ค.ศ. 2012 (The New International Chamber of Commerce Rules of Arbitration 2012) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสมาคมการค้าสวิส ค.ศ. 2012 (Swiss Chambers of Commerce Association's Swiss Rules of International Arbitration 2012) มาปรับใช้ด้วย ข้อบังคับใหม่ของสถาบัน HKIAC ได้เพิ่มบทบัญญัติใหม่เกี่ยวกับการแต่งตั้ง "อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน" (Emergency Arbitrator) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการร้องขอการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวหรือมาตรการระหว่างกาลแบบเร่งด่วน (ข้อบังคับมาตรา 23 ประกอบภาคผนวก 4) ซึ่งมาตรการใหม่นี้สอดคล้องกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอื่น ๆ [232] (ข้อบังคับ UNCITRAL ไม่มีกลไกเช่นว่านี้ ข้อบังคับ SIAC กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 ข้อบังคับ ICDR กำหนดไว้ที่ มาตรา 29 และข้อบังคับ ICC กำหนดไว้ที่ภาคผนวก V) ด้วยเหตุนี้สถาบัน HKIAC จึงเป็นสถาบันหนึ่งในห้าของโลกที่ได้รับความนิยมจากผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary

3.1.1.5 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์และข้อบังคับศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ได้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเองออกอย่างชัดเจน กล่าวคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act – Chapter 143A) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Arbitration Act 2001) แต่งานวิจัยนี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act – Chapter 143A) เท่านั้น ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลางทางการเงินในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และทำหน้าที่เป็นประตูเชื่อมต่อระหว่างตะวันออกและตะวันตกและเป็นสำนักงานใหญ่ประจำภูมิภาคของบริษัท ข้ามชาติจำนวนมาก กลายเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการของทางเลือกในหมู่นักธุรกิจเหล่านั้น แรงผลักดันที่สำคัญมากของการอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์คือ การตั้งศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre: "SIAC") ขึ้นในเดือนกรกฎาคมปี ค.ศ. 1991 และการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

---

[232] Charlie Caher and John McMillan, "Emergency Arbitration: The Default Option for Pre-Arbitral Relief?," In **International Comparative Legal Guide International Arbitration 2015**, 12th ed. (London: Global Legal Group, 2013), pp. 1-6.

ในปี ค.ศ. 1994 โดยยึดกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้า (UNCITRAL Model Law)[233] ตามบันทึกรายงานระหว่าง ค.ศ. 2000 - 2008 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) มีการเพิ่มขึ้นของปริมาณคดีอนุญาโตตุลาการเกือบ 50% จำนวนรวม 99 คดี การที่จำนวนคดีเพิ่มขึ้นทำให้ของสิงคโปร์เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการไม่ได้เกิดเพราะความบังเอิญ แต่เกิดจากความพยายามอย่างสูงของรัฐบาลสิงคโปร์ที่ดำเนินการในเชิงรุกสร้างชื่อเสียงการอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ คุณลักษณะบางประการของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ รวมถึง มีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่เป็นอิสระและเป็นกลาง มีหลักนิติธรรมสูงในการพิจาณาโดยการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยที่สุด มีสถาบันอนุญาโตตุลาการมีชื่อเสียง มีเสรีภาพในการเลือกที่ปรึกษา ทนายความมากความสามารถอนุญาโตตุลาการ และผู้เชี่ยวชาญ เป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 และอำนวยสิทธิประโยชน์ทางภาษี ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 2007 ศาลอนุญาโตตุลาการถาวรแห่งกรุงเฮก (The Permanent Court of Arbitration in The Hague: “PCA”) จัดตั้งศูนย์แห่งเอเชียครั้งแรกในสิงคโปร์ขึ้น นอกจากนี้ปี ค.ศ. 2009 Singapore’s Maxwell Chambers ได้ถูกตั้งขึ้นเป็นศูนย์การระงับข้อพิพาทระดับโลก นอกจากนี้ยังจัดตั้งศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (The Singapore International Arbitration Centre: “SIAC”) ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาเช่นเดียวกันกับ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (The American Arbitration Association) หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: “ICC”) และศูนย์นานาชาติเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes: “ICSID”)[234]

1) กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ ค.ศ. 1994 (International Arbitration Act (Chapter 143A) 1994: IAA)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ ค.ศ. 1994 (International Arbitration Act: IAA) มีผลบังคับใช้วันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1995 โดยรับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ยกเว้น Chapter VIII (Recognition and Enforcement of Awards) แห่งกฎหมาย

---

[233] Warren B. Chik, “Recent Developments in Singapore on International Commercial Arbitration,” **Singapore Year Book of International Law and Contributors** (2005): 259–273.

[234] Sundaresh Menon, The Future of Maritime Dispute Resolution,” In **Singapore Chamber of Maritime Arbitration Annual Conference**, 23 October 2015, Singapore.

ต้นแบบเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันกับบทบัญญัติ Section 3 (1) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ทั้งนี้ประเทศสิงคโปร์ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนในปี ค.ศ. 2010 เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ ในปี ค.ศ. 2006 เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับของประเทศสิงคโปร์ในแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุด (Best Practice) เพื่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจากการนำเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาปรับใช้ในกฎหมายประเทศตน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (IAA) ประกอบด้วยเนื้อหาที่แบ่งออกเป็น 4 ส่วน ส่วนที่ 1 เป็นบทบัญญัติคำศัพท์ ส่วนที่ 2 เป็นส่วนที่ใช้ในการดำเนินการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนกฎหมายต้นแบบที่มีการปรับเปลี่ยนไปใช้ในกฎหมายสิงคโปร์ ในบทที่แปดของกฎหมายต้นแบบที่เกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดบทนี้ไม่ได้นำมาใช้เพราะส่วนที่ 3 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IAA) ได้นำอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) บังคับใช้คำชี้ขาด ส่วนสุดท้าย ส่วนที่ 4 เป็นบทบัญญัติเสริมมีผลผูกพันรัฐบาลและช่วยเอื้ออำนวยแก่การกฎหมายระดับรอง การผสมผสานของกฎหมายต้นแบบและอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์เป็นที่ยอมรับในระดับสากล ส่งผลให้ประเทศสิงคโปร์กลายเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

สำหรับศาลสิงคโปร์แม้ว่าถูกจำกัดการแทรกแซงคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและยอมรับหลัก“อย่าแตะต้อง (Hands-off Approach)” แต่ศาลก็ยังสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการนอกประเทศสิงคโปร์ได้ เป็นการเน้นย้ำว่ารัฐบาลสิงคโปร์ได้ให้การสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ระบบกฎหมายสิงคโปร์อนุญาตให้คู่พิพาทมีอิสระในการเลือกคณะอนุญาโตตุลาการ และผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีความอิสระในการดำเนินกระบวนพิจารณาและวางตัวเป็นกลางปราศจากอคติ ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (IAA) ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งชั่วคราวได้ อาทิเช่น คำสั่งให้วางหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่าย การเก็บรักษาทรัพย์สิน เป็นต้น อนึ่งคู่พิพาทอาจร้องศาลเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองได้เท่าที่เป็นการเหมาะสมเท่านั้น บทบาทศาลสิงคโปร์เป็นลักษณะเพียงสนับสนุนและคำสั่งศาลที่ทำขึ้นจะระงับไปเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งในเรื่องเดียวกัน

ประเทศสิงคโปร์ยึดกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) อย่างเข้มงวดในการดำเนินการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะและไม่มีผลตามกฎหมาย ทั้งนี้ประเทศสิงคโปร์ตระหนักถึงหลักความเป็นเอกเทศของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความเป็นเอกเทศหมายถึงสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เป็นอิสระจากข้อตกลงและเงื่อนไขอื่น ๆ ของสัญญา ดังนั้น

หากสัญญาเป็นโมฆะก็ไม่ได้หมายความว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ข้อพิพาทที่คู่พิพาทเป็นชาวต่างชาติจะอยู่ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 (The International Arbitration Act - IAA) แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2012 โดย IAA ใช้ตามบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (UNCITRAL Model Law) มีการปรับเปลี่ยนบางมาตรา[235] ทั้งนี้ในปี ค.ศ. 2012 รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อทำให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใดสามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์

2) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre: SIAC Rules)

ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (The Singapore International Arbitration Centre: SIAC) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1991 เป็นองค์กรอิสระไม่แสวงหากำไรก่อตั้งโดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจ (Economic Development Board) และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการค้า (The Trade Development Board) ให้บริการบริหารจัดการการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแก่องค์กรธุรกิจต่าง ๆ ทั่วโลก จนทำให้ประเทศสิงคโปร์กลายเป็นหนึ่งในศูนย์กลางชั้นนำของโลกสำหรับอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศในหลายปีที่ผ่านมา ถูกจัดอันดับให้เป็นหนึ่งในห้าอันดับแรกของตัวเลือกที่ทำการอนุญาโตตุลาการทั่วโลก[236] ด้วยเหตุผลต่อไปนี้

1. โครงสร้างพื้นฐานยอดเยี่ยมและการสื่อสารระดับโลก
2. ศาลที่มีความรู้และให้การสนับสนุนอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ผ่านมามีการตัดสินจำนวนมากของศาลสูง ประเทศสิงคโปร์มุ่งมั่นที่จะรักษาสัญญาอนุญาโตตุลาการการบังคับตามคำชี้ขาดจากต่างประเทศและการแสดงนโยบายสาธารณะว่าการตัดสินใจของคู่สัญญาที่จะให้ดำเนินการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจะต้องยอมรับในผลการพิจารณา

---

[235] Ronald J. Wong, “Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration,” **Singapore Academy of Law Journal**, 24 (2012): 501-532.

[236] Jane Croft., “Singapore is becoming a World Leader in Arbitration,” **Financial Times** (June 2, 2016). Retrieved September 22, 2017 from https://www.ft.com/content/704c5458-e79a-11e5-a09b-1f8b0d268c39

3. การยอมรับกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1985 (UNCITRAL Model Law) บัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน

4. มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่ทันสมัยสำหรับการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบของหอการค้าแมกซ์เวล (Maxwell Chambers) ซึ่งประกอบด้วยห้องรับฟังการพิจารณาที่ออกแบบให้สอดคล้องกับการใช้งานและสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ สำหรับการอนุญาโตตุลาการ[237]

สถาบันอนุญาโตตุลาการที่โดดเด่นที่สุดของประเทศสิงคโปร์คือ ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสิงคโปร์ (The Singapore International Arbitration Centre: SIAC) โดยในรอบ 10 ปีที่ผ่านมา สถาบัน SIAC เติบโตอย่างรวดเร็วจำนวนคดีพิพาทที่เข้ามาใหม่รับเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง 81% คดีที่ยื่น ณ สถาบัน SIAC ใน ค.ศ. 2014 เป็นคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศ คู่พิพาทส่วนใหญ่มาจากประเทศจีน อินเดีย อินโดนีเซีย สหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา คุณลักษณะที่สำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ทำให้มีผู้เข้ารับบริการที่ค่อนข้างสูงคือ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน SIAC[238]

ข้อได้เปรียบของการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของสัญญาข้ามพรมแดน):

1. ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ามีการเลือกสิงคโปร์เป็นที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการโดยคู่พิพาท

2. การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (อนุสัญญานิวยอร์ก)

3. หลักเกณฑ์การจำกัดการแทรกแซงโดยศาลสิงคโปร์ในระหว่างพิจารณาทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการหรือภายหลังทำคำชี้ขาด

4. การดำเนินการของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นกระทำความลับ

5. ขั้นตอนมีความยืดหยุ่น

---

[237] Piyush Prasad, **Arbitration in Singapore and Hong Kong**, (International Immersion Program Papers, Chicago Unbound, University of Chicago Law School, 2017), p. 5.

[238] Ben Giaretta, “Duties of Arbitrators and Emergency Arbitrators under the SIAC Rules,” **Asian International Arbitration Journal** 8 (2012): 196–221.

6. สามารถเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงอยู่ในสิงคโปร์

3.1.1.6 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

ประเทศฝรั่งเศสมีชื่อเสียงว่าเป็นประเทศเหมาะเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการโดยอำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทที่น่าเชื่อถือและเป็นอิสระจากคำสั่งทางกฎหมาย ความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการนโยบายที่เอื้ออำนวยแก่การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ จำกัดการแทรกแซงโดยศาลถือเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของฝรั่งเศสโดยได้รับการสนับสนุนจากศาลยุติธรรมมาเป็นเวลาช้านาน ทั้งนี้ประเทศฝรั่งเศสยังเป็นที่ตั้งของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ซึ่งการอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติอยู่ภายใต้การบริหารและดูแลโดยศาลอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้านานาชาติ โดยทำหน้าที่ตรวจสอบและให้ความเห็นชอบในเรื่องคำฟ้องที่ยื่นตามข้อบังคับของหอการค้านานาชาติ

1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1442 - มาตรา 1527) (French Code of Civil Procedure Book IV Arbitration: CCP Articles 1442-1527)

ประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมได้บัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1806 ต่อมาจึงได้ปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเองสองครั้ง (ช่วงระหว่าง ปีค.ศ. 1980-1981) พร้อมกับเข้าเป็นสมาชิกภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) อนุสัญญานครเจนีวา ค.ศ. 1961 (Geneva Convention 1961) และ อนุสัญญาวอชิงตัน ค.ศ. 1965 (Washington Convention 1965) ซึ่งอนุสัญญาเหล่านี้ไม่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศฝรั่งเศส โดยการปฏิรูปสองครั้งที่เกิดขึ้นทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสสนับสนุนหลักความเป็นอิสระของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

การปฏิรูปช่วงปี ค.ศ.1980 – 1981 มีการผ่านกฎหมายสองฉบับ ฉบับแรกคือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ (The Nouveau Code de Procédure Civile) โดยเพิ่มบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการซึ่งกฎหมายฉบับนี้ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 80-354 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1980 (The Code de Procédure Civile: “CPC” Decree No 80-354 of 14 May 1980) ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และฉบับที่ 81-500 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม ค.ศ. 1981 (Decree No 81-500 of 12 May 1981) ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ วัตถุประสงค์หลักของกฎหมาย

อนุญาโตตุลาการปี ค.ศ. 1980-1981 เพื่อเป็นการยืนยันหลักอิสระของคู่พิพาทและการจำกัดการแทรกแซงของศาลโดยมีกฎหมายรองรับหลักการดังกล่าว กล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับได้ตราขึ้นก่อนกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งตราขึ้นภายหลังในปี ค.ศ. 1985 แต่บทบัญญัติมีความทันสมัยมากและมีกรอบกฎหมายที่ยืดหยุ่นสำหรับการอนุญาโตตุลาการในขณะนั้น

หลังจากนั้นอีกสิบปีต่อมาประเทศฝรั่งเศสได้ยกเครื่องปฏิรูปบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่งเพื่อรักษาความโดดเด่นและความมีประสิทธิภาพของระบบกฎหมายประเทศตนไว้โดยตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับที่ 2011-48 ลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 2011 (Decree No 2011-48 of 13 January 2011: “2011 Decree”) ทำให้ทันสมัยใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศ (มาตรา 1442 - มาตรา 1503) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (มาตรา 1504 – มาตรา 1527) กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่นี้ได้วางหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการพิจารณาคดีและมุ่งรักษาความน่าเชื่อถือที่มีต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้แก่ผู้มาใช้บริการ เนื้อหาที่ปรับปรุงคือ การกำหนดบทบาทของศาลเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำขั้นตอนการตรวจสอบคำชี้ขาดให้ง่ายขึ้น เป็นต้น[239]

อนึ่งประเทศฝรั่งเศสไม่ได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ทั้งฉบับเดิมและฉบับที่แก้ไขแล้วมาใช้ ด้วยเหตุนี้จึงมีความแตกต่างบางประการระหว่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) อาทิเช่น กฎหมายฝรั่งเศสใช้คำนิยามการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในแบบกว้าง ซึ่งภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 1492[240] บัญญัติไว้ว่าการอนุญาโตตุลาการเข้าลักษณะว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเมื่อมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ส่วนกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นิยามคำว่า “การค้าระหว่างประเทศ” หมายถึง สถานที่ดำเนินธุรกิจของคู่พิพาท หรือสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือ สถานที่ตามสัญญาอยู่ต่างรัฐกัน

---

[239] Jean de la Hosseraye, Stéphanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgois, “Arbitration in France,” **CMS Guide to Arbitration**, Retrieved September 22, 2017 from https://eguides.cmslegal.com/arbitration

[240] French Code of Civil Procedure Article 1492: An arbitration is international if it implicates international commercial interests

2) ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแห่งหอการค้านานาชาติ (Arbitration Rules of International Chamber of Commerce: ICC Rules)

หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1923 โดยมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส กล่าวได้ว่าหอการค้านานาชาติ (ICC) มีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (เทียบเท่าอนุสัญญานิวยอร์ก) นับเป็นองค์กรชั้นนำของโลกที่ให้บริการบริหารจัดการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ คำว่า “Court” มิได้หมายถึงศาลที่มีเขตอำนาจในนิยามของกฎหมาย หากแต่หมายถึงองค์กรหรือหน่วยงานปฏิบัติหน้าที่บริหารจัดการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ หอการค้านานาชาติ (ICC) อยู่ภายใต้การบริหารของเลขาธิการ (Secretary – General) และคณะที่ปรึกษาโดยทำหน้าที่ร่วมกันในการให้คำแนะนำบริหารจัดการและให้ความช่วยเหลือแก่คณะอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อบังคับที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังเป็นข้อบังคับที่ให้ความเป็นอิสระแก่ทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นคู่พิพาทหรือคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ[241]

3.1.1.7 สรุปเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดยสรุปไว้ในตารางที่ 3.1 ให้เห็นว่าแต่ละประเทศใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใดในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศนั้นมีแนวทางปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ถึงแม้บางประเทศเช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ(UNCITRAL Model Law) นำมายกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนแต่ก็มีการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สอดรับไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules)

หากพิจารณากฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ กฎหมายอังกฤษ สหพันธรัฐ ฮ่องกง สิงคโปร์ และฝรั่งเศส ต่างล้วนมีลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ

---

[241] Alan Redfern and Martin Hunter, **The Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), p. 62.

ทั้งสิ้นเพื่อเอื้ออำนวยให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นได้อย่างราบรื่นและรวดเร็ว ย่อมแสดงว่ารัฐบาลของทุกประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาต่างเล็งเห็นถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นวิธีระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน จึงให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่หากมีอุปสรรคใดก็จะช่วยแก้ไขให้

ปัจจัยสำคัญที่คู่กรณีเลือกใช้บริการเฉพาะบางสถาบันนั้น มาจากผลลัพธ์ที่เลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้น ๆ ทั้งนี้หากสถาบันอนุญาโตตุลาการมีข้อบังคับที่ชัดเจน มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการก็จะเป็นสถาบันที่ได้รับความนิยม ปัจจัยอื่นที่ดึงดูดให้ผู้ใช้บริการเลือกสถาบันเหล่านั้นได้แก่ สถานที่ตั้งสถาบัน ความมีชื่อเสียง ความเป็นกลาง คุณภาพของระบบกฎหมายที่สถาบันนั้นตั้งอยู่ รายชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ นโยบายค่าใช้จ่ายสำหรับการให้บริการ[242] จากผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมมากที่สุด ได้แก่ หอการค้านานาชาติ (The International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce : ICC Court), ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (The London Court of International Arbitration: LCIA) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre: SIAC)

---

[242] Elvira R. Gadelshina, “What plays the key role in the success of an arbitration institution?”, **Financier Worldwide Magazine** (February 2013), Retrieved December 26, 2017 from https://www.financierworldwide.com/what-plays-the-key-role-in-the-success-of-an-arbitration-institution/#.WK5vClV96M8

ตารางที่ 3.1 สรุปเปรียบเทียบกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

กลุ่มประเทศ	กฎหมายที่ใช้	สถาบัน	ลักษณะเด่น
UNCITRAL	Model Law -	ad hoc	เป็นต้นแบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ
Common Law			
อังกฤษ	Arbitration Act 1996	LCIA	บทบัญญัติมีรายละเอียดที่คลอบคลุมแนวปฏิบัติสำหรับดำเนินกระบวนพิจารณา ถึงแม้ไม่ได้รับ Model Law มาเป็นต้นแบบ LCIA เป็นสถาบันเก่าแก่ชั้นนำเป็นที่ยอมรับนานาประเทศติดหนึ่งในห้าของโลกจากการสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary
สหรัฐอเมริกา	Federal Arbitration Act 1925 (“FAA”)	AAA	แม้ไม่ได้รับ Model Law มาปรับใช้แต่ได้บัญญัติ New York Convention ไว้ในกฎหมายสหพันธรัฐ ส่วนกฎหมายบางมลรัฐได้รับเอา Model Law เป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมาย AAA เป็นสถาบันที่มีจำนวนคดีข้อพิพาททางการค้าโลกสูง มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ทันสมัย
ฮ่องกง	Arbitration Ordinance (Cap.609)	HKIAC	บัญญัติ Model Law และ New York Convention ในกฎหมายตน HKIAC เป็นสถาบันชั้นนำเป็นที่ยอมรับติดหนึ่งในห้าของโลกจากการสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary
สิงคโปร์	International Arbitration Act (Chapter 143A) (“IAA”)	SIAC	บัญญัติ Model Law และ New York Convention ในกฎหมายตน SIAC เป็นสถาบันชั้นนำติดหนึ่งในห้าของโลกจากการสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary
Civil Law			
ฝรั่งเศส	French Code of Civil Procedure Book IV Arbitration	ICC	บทบัญญัติยืดหยุ่นเป็นมิตรต่อการอนุญาโตตุลาการการจำกัดการแทรกแซงโดยศาลถือเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายฝรั่งเศส ฝรั่งเศสเป็นที่ตั้งของหอการค้านานาชาติ ICC ซึ่งเป็นสถาบันที่มีชื่อเสียงและเก่าแก่เป็นหนึ่งในห้าสถาบันโลกที่ได้รับความนิยมจากการสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary

3.1.2 กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศไทยและข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการที่บังคับใช้ตามกฎหมายของไทยในปัจจุบันมี 2 ประเภท คือ การอนุญาโตตุลาการนอกศาลและการการอนุญาโตตุลาการในศาล โดยการอนุญาโตตุลาการนอกศาลบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ส่วนการอนุญาโตตุลาการในศาลจะเกิดขึ้นเมื่อคู่ความตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นในประเด็นหนึ่งหรือทุกประเด็นในคดีต่ออนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาเป็นไปตามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการในศาลไม่เป็นที่นิยมใช้นัก ต่างจากการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ได้รับการยอมรับเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ งานวิจัยนี้จึงมุ่งเน้นเฉพาะการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเท่านั้น

1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และความเป็นมาของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าในประเทศไทย

การระงับข้อพิพาททางพาณิชย์มีการใช้กันมากโดยเฉพาะการค้าระหว่างประเทศจนกระทั่งได้มีการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับกรุงเจนิวา ค.ศ. 1927 ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 130 ประเทศ ที่กำหนดให้ คู่พิพาทเมื่อทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้วต้องดำเนินการชี้ขาดตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จะไปฟ้องศาลโดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอมไม่ได้และเมื่อมีคำชี้ขาดแล้วศาลของประเทศที่จะบังคับตามคำชี้ขาดจะต้องบังคับให้โดยผู้ที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ต่อมาได้มีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 มีประเทศสมาชิกมากกว่า 130 ประเทศโดยมีหลักการที่คล้ายกับฉบับกรุงเจนีวาและมีผลให้ยกเลิกอนุสัญญากรุงเจนีวาเมื่อสมาชิกเป็นภาคีในอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์กแล้ว ใน ปี ค.ศ. 1988 คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติได้ยกร่างกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Model Law) ตามอนุสัญญากรุงนิวยอร์กและได้ยกร่างข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rule) ข้อบังคับว่าด้วยการ ประนีประนอมข้อพิพาท (UNCITRAL Conciliation Rules) ที่มีการแก้ไขเพื่อเป็นแม่แบบในการที่ประเทศสมาชิกต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยในการยกร่างกฎหมายและข้อบังคับภายในประเทศ

ในประเทศไทยปรากฏหลักฐานว่าในกฎหมายตราสามดวง (The Three Great Seal) มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตระลาการโดยคู่ความ มีที่มาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของ

อินเดีย[243] ซึ่งแตกต่างจากตระลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ต่อมาได้ยกเลิกกฎหมายตราสามดวงซึ่งมีพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 พ.ศ. 2451 ที่มีบทบัญญัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการในหมวด19 มาตรา 116-121[244] โดยบัญญัติไว้เฉพาะอนุญาโตตุลาการในศาลต่อมาได้ มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 พ.ศ. 2451 หมวดห้ามาตรา 108-114 ที่มีลักษณะคล้ายกันแต่ให้คู่พิพาทสามารถอุทธรณ์ได้ใน 2 กรณี คืออนุญาโตตุลาการทุจริตและคำชี้ขาดไม่สุจริต และต่อมาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ประกาศใช้ใน พ.ศ. 2477 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการในศาลและนอกศาลไว้ กับทั้งได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดนอกศาล พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 แม้จะเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับแรกของประเทศไทยแต่ก็มีข้อบกพร่องที่สำคัญคือบทบัญญัติมาตรา 28 ซึ่งกำหนดหลักการของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศว่า หมายถึง “อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่นอกราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย” จึงอาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้นำเอาหลักสัญชาติมาใช้ถือว่าขัดกับหลักของอนุสัญญานิวยอร์ก New York Convention 1958 เนื่องจาก มาตรา 1 (1) ของอนุสัญญานิวยอร์ก ซึ่งใช้หลัก “ดินแดน” แต่เพียงอย่างเดียวในการวินิจฉัยคำว่า “ต่างประเทศ” โดยบัญญัติว่า “อนุสัญญานี้ใช้บังคับการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งทำในประเทศอื่นนอกจากประเทศที่ยอมรับและบังคับคำชี้ขาด...”[245] มีข้อน่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ประกาศใช้ภายหลังกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) 2 ปี แต่ประเทศไทยไม่ได้ใช้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นต้นแบบในการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยโครงสร้างส่วนใหญ่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ

---

[243] วิกรม เมาลานนท์. “ตุลาการ,” ใน **สารานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน** (ปราณบุรี: ศูนย์การทหารราบ), หน้า 8016-8022.

[244] ธนกร กิตติสาเรศ, **ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548), หน้า 56.

[245] New York Convention, Article 1(1): “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.”

จนในที่สุดประเทศไทยได้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาบังคับใช้แทนกฎหมายฉบับเดิม โดยมีหลักการแตกต่างจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และที่สำคัญพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้ยกร่างโดยนำเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมาย

การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญากล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากคู่กรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้[246] ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในมาตรา 11 ระบุว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ[247] ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การ แลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กล่าวอ้างที่จะปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการ การเขียนสัญญาและข้อความในสัญญาอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นจะขึ้นกับลักษณะเฉพาะของแต่ละธุรกิจหรือกิจการ โดยการจัดทำสัญญาที่เหมาะสมจะต้องควบคู่ไปกับความชัดเจนและความเป็นธรรมของข้อสัญญาที่จะไม่เป็นการทำลายเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งในการดำเนินงานจริงอาจเกิดความขัดแย้งในด้านต่าง ๆ ขึ้นได้เสมอ ดังนั้นจะต้องเป็นการผสมผสานในหลักการและแนวคิดระหว่างผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายกับข้อตกลงเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทหากมีการสื่อความหมายในสัญญาระงับข้อพิพาทที่ไม่ชัดเจนอาจจะเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและจะก่อให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันก่อให้เกิดความผิดพลาดในการดำเนินงานและทำให้งานไม่สำเร็จตามวัตถุประสงค์ สุดท้ายจะนำไปสู่ข้อพิพาทที่เกิดจากข้อสัญญาเอง ซึ่งโอกาสที่จะเกิดปัญหาในการใช้สัญญาจะมีมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับรายละเอียดที่กำหนดหรือระบุไว้ในสัญญาว่ามีความชัดเจนและครอบคลุมในทุกกรณีได้เพียงใด

กรณีคู่สัญญาเป็นคนต่างสัญชาติแล้วเข้าทำสัญญาร่วมกัน การตกลงกันในสัญญาระหว่างประเทศถือว่ามีความสำคัญยิ่ง เนื่องจากการทำสัญญาระหว่างประเทศมักมีมูลค่าของสัญญาค่อนข้างสูง และในบางกรณีก็มีความความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย การทำสัญญา

---

[246] เสาวนีย์อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 50.

[247] จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 31.

ระหว่างประเทศคู่สัญญาจึงจำเป็นต้องมีความรอบคอบโดยเฉพาะเมื่อเกิดข้อพิพาทจากการทำสัญญา คู่สัญญาจึงต้องเตรียมหาวิธีการล่วงหน้าเพื่อรองรับข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นได้ การตกลงกันของคู่สัญญาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาจึงเป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้คู่สัญญาเกิดความมั่นใจได้ว่าตนจะมีสิทธิและหน้าที่แค่ไหนเพียงไรภายใต้กฎหมายที่ตนได้เลือกไว้ นอกจากนี้ยังทำให้เกิดความชัดเจนว่าเมื่อมีข้อพิพาทจากการปฏิบัติตามสัญญานั้น คู่สัญญาจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนอย่างไรต่อไป แต่ทั้งนี้ปัญหามักเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาไม่ได้กำหนดเรื่องการเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาเอาไว้ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนที่จะปฏิบัติตามสัญญา และเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็จะพิจารณาตีความสัญญาไปในทางเอื้อประโยชน์ให้แก่ฝ่ายตนเสียมากกว่าที่จะพิจารณาตีความอย่างเป็นกลาง การให้คู่ความสามารถเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาได้จึงเป็นตามหลักเจตนาของคู่สัญญาหรือความอิสระของคู่สัญญา (Party Autonomy) ที่ถือว่าการเลือกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่สัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักการกำหนดเจตจำนงด้วยตนเอง (Self-Determination) หรืออาจเรียกได้ว่าหลักเสรีภาพของการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งคู่สัญญาสามารถเลือกทำความตกลงระหว่างกันในรูปแบบต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับผลประโยชน์ของตนได้โดยอาจเป็นการกำหนดรูปแบบใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน หรืออาจเลือกกำหนดตามแบบของสัญญาที่มีใช้บังคับอยู่ก็ได้ อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาก่อนเป็นอันดับแรก เป็นการพิจารณาว่าคู่สัญญาได้ตกลงในประเด็นเรื่องหลักกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศนี้หรือไม่ หากคู่สัญญาตกลงกันในประเด็นดังกล่าว อนุญาโตตุลาการก็มีหน้าที่ต้องปรับใช้หลักกฎหมายตามที่คู่สัญญาได้ตกลง ซึ่งเป็นไปตามหลักตามเจตนาแห่งคู่สัญญา (Party Autonomy)[248] และหากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญา อนุญาโตตุลาการจะใช้หลักกฎหมายสารบัญญัติหรือปรับใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายเพื่อค้นหาหลักกฎหมายสารบัญญัติที่มีหลากหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นหลักสถานที่อนุญาโตตุลาการ หรือหลักการผสมที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหรือการใช้ดุลพินิจที่เห็นว่าเหมาะสม ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดจะมีผลลัพธ์เดียวกันคือใช้หลักการขัดกันแห่งกฎหมายที่มีความใกล้เคียงที่สุดของข้อพิพาท

วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ สำหรับประเทศไทยแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ การระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการในศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-220 และ มาตรา 222 และการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการนอกศาล ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545[249] การอนุญาโตตุลาการในศาลจะเกิดขึ้นเมื่อคู่ความ

---

[248] ลำพลอย ปันธินวน, *เรื่องเดิม*, หน้า 36-38.

[249] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 4-18.

ตกลงกันให้เสนอข้อพิพาทซึ่งเป็นคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นในประเด็นหนึ่งหรือทุกประเด็นในคดีต่ออนุญาโตตุลาการ โดยยื่นคำร้องขอต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น และเมื่อศาลเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวไม่ขัดต่อกฎหมายก็จะอนุญาตตามคำขอหลังจากที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาข้อพิพาทเสร็จ ต้องทำคำชี้ขาดและอนุญาโตตุลาการต้องเสนอคำชี้ขาดนั้นต่อศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตามคำชี้ขาดนั้น ส่วนการอนุญาโตตุลาการนอกศาลเกิดจากคู่พิพาทตกลงกันล่วงหน้าในสัญญาก่อนหน้าที่ข้อพิพาทจะเกิดขึ้นว่าถ้ามีข้อพิพาทจากความสัมพันธ์ในสัญญาที่มีต่อกันให้ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการหรืออาจเกิดจากการที่คู่พิพาทตกลงกันให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการในประเทศไทยก็จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยกฎหมายนี้ใช้กับการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อพิพาทภายในประเทศและระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศไทย และการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศไทยและที่ทำขึ้นในต่างประเทศซึ่งส่วนใหญ่ที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจะใช้วิธีระงับด้วยอนุญาโตตุลาการนอกศาล การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการระงับข้อพิพาทได้ด้วยตนเอง (ad hoc Arbitration)[250] โดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่าง ๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institutional Arbitration) การใช้บริการของสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่ให้บริการในเรื่องอนุญาโตตุลาการจากข้อพิพาททางการค้าภายในประเทศหรือข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ สถานบันอนุญาโตตุลาการไม่ได้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการทางด้านการบริหารงาน สถาบันแต่ละแห่งจะมีรายชื่อของบุคคลที่ยินดีทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและเป็นผู้มีความรู้และเชี่ยวชาญทางด้านต่าง ๆ ที่จะทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ เช่น กฎหมาย การก่อสร้าง การค้า การลงทุน วิศวกรรม แพทย์ สถาปัตยกรรม อุตสาหกรรม และอื่น ๆ ไว้ให้คู่พิพาทที่ประสงค์จะใช้บริการของสถาบันเลือก ผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทโดยปฏิบัติตามข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบัน หรือคู่พิพาทจะเลือกอนุญาโตตุลาการจากบุคคลภายนอกก็ได้[251] นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของตนเอง ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวจะช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาท เพราะข้อบังคับเหล่านี้จะมีรายละเอียดที่จำเป็นสำหรับการ

---

[250] สรวิศ ลิมปรังษี, **อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท** (กรุงเทพมหานคร: นิติรัฐ, 2545), หน้า 6-7.

[251] อนันต์ จันทรโอภากร, **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล**, หน้า 25.

อนุญาโตตุลาการและทางแก้ไขปัญหาต่าง ๆ นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการก็มีเจ้าหน้าที่ทางด้านบริหาร ตลอดจนเจ้าหน้าที่อื่นคอยอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาทที่ใช้บริการการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบรรษัทข้ามชาติกับประเทศผู้รับการลงทุนในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากข้อพิพาทในทางการค้าที่ซึ่งคู่สัญญาสามารถที่จะใช้ระบบของเอกชนเข้ามามีบทบาทในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น วิธีอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทสามารถที่จะเลือกกฎระเบียบที่ใช้ในการดำเนินการแก้ปัญหาข้อพิพาท กฎหมายที่จะใช้บังคับในสัญญา สถานที่ที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาท บุคคลผู้จะทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทและภาษาที่ใช้ระหว่างการพิจารณารวมถึงเรื่องต่าง ๆ ที่สำคัญ[252] นอกจากนี้การใช้วิธีการระงับข้อพิพาท ว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีพิพาทไม่ควรที่จะละทิ้งสิทธิ์ในการหาผู้ช่วยหรือที่ปรึกษาที่ให้ความเห็นทางกฎหมายที่มีความรู้ความชำนาญในการจัดการเรื่องข้อพิพาทในประเทศคู่กรณี เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่มีความจำเป็นเช่นระหว่างการสอบคดี สิ่งสำคัญที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศคือคู่กรณีกลัวว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายจะได้เปรียบจากศาลของประเทศคู่กรณีเอง อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและอิสระตามเจตนาแห่งคู่สัญญาอันจะทำให้เกิดความเชื่อถือเชื่อมั่นในระบบการระงับข้อพิพาท เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพแก่คู่สัญญามากที่สุด[253] การพิจารณาค่อนข้างยืดหยุ่น ไม่เคร่งเครียด เท่ากับการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งจะตรงตามความต้องการของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกมักจะเป็นผู้ที่มีความรู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทเป็นสำคัญซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมาย เช่นเดียวกัน คู่กรณีอาจใช้วิธีพิจารณาตามระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ที่คู่พิพาทตกลงกันในขั้นตอนการดำเนินการในอนุญาโตตุลาการอาจจะมีการกำหนดขอบเขตของการเปิดพยานเอกสาร พยานวัตถุ หรือหลักฐานอื่น ๆ ที่ทำให้การพิจารณาชี้ขาดมีความสะดวกรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าในภาพรวม ยิ่งไปกว่านั้นการสืบพยานและกระบวนพิจารณาข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการกระทำเป็นความลับรวมถึงมีกลไกลการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism) นอกจากนี้การยอมรับและการบังคับใช้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก (The New York Convention) ทำให้ผลของการตัดสินชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีความสะดวกในการบังคับมากกว่าคำตัดสินของศาลในต่างประเทศ ซึ่งอนุสัญญานี้มีประเทศสมาชิกมากกว่า 145 ประเทศเป็น

---

[252] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี**, หน้า 23-30.

[253] Adrian and Villagomez Aleman, Review of **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration,** by Margaret L. Moses, **The Berkeley Journal of International Law** 31 (2013): 461-471.

การบังคับตามพันธกรณี ท้ายที่สุดผลของการชี้ขาดเป็นขั้นตอนสุดท้ายและเป็นของการผูกมัดในความรับผิด คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่อาจถูกขอให้พิจารณาใหม่ และไม่อาจอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ ไม่อนุญาตให้อุทธรณ์ในเนื้อหาของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ศาลจะทำหน้าที่เพียงดูรูปแบบและกระบวนการทำคำชี้ขาดเท่านั้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพื่อดำเนินการบังคับคดี ดังนั้นการที่ไม่สามารถอุทธรณ์ได้จึงเป็นส่วนหนึ่งที่ดึงดูดบริษัทให้ยุติข้อพิพาทและให้กลับไปดำเนินธุรกิจได้ต่อไป

2) ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Rules of Thai Arbitration Institute: TAI Rules)

สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยได้ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2533 และมีบทบาทสำคัญในส่วนของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศไทยรวมทั้งนักลงทุนที่ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงการขนาดใหญ่ได้มีข้อเรียกร้องกับรัฐบาลไทย สถาบันอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่ภายในสำนักงานระงับข้อพิพาทเป็นสาขาของสำนักงานศาลยุติธรรม ภายใต้การบริหารงานยุติธรรมของศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2543 สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจที่ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระมีฐานะเป็นนิติบุคคล ถูกกำหนดอย่างเป็นทางการให้เป็น "องค์กรอิสระ" จากรัฐบาล ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (Thai Arbitration Institute: TAI)[254] ได้เสริมหลักหลักจรรยาบรรณของอนุญาโตตุลาการ เนื้อหาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (TAI) เป็นไปตามบรรทัดฐานของการปฏิบัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การออกกฎได้จัดทำขึ้นตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการต้นแบบ (Model of the UNCITRAL Arbitration Rules) เป็นสำคัญ นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการมีความสามารถในการบริหารจัดการและการให้บริการด้านงานเลขานุการแก่อนุญาโตตุลาการซึ่งดำเนินการภายใต้กฎอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (TAI) ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลและให้บริการด้านการบริหาร คู่กรณีพิพาทจะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นรวมทั้งค่าป่วยการแก่อนุญาโตตุลาการ สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร โดยภายในสำนักงานมีสิ่งอำนวยความสะดวกที่ทันสมัย

ในช่วงของปี พ.ศ. 2540 และปี พ.ศ. 2541 การเพิ่มขึ้นในการเรียกร้องค่าชดเชย (Claim) สอดคล้องกับวิกฤตการณ์ทางการเงินในเอเชีย (ช่วงวิกฤตการณ์ต้มยำกุ้ง) บรรยากาศของ

---

[254] Luke R. Nottage, and Sakda Thanitcul, **The Past, Present and Future of International Investment Arbitration in Thailand**, Sydney Law School Research Paper No. 16/31, Sydney, Australia 2016.

ความไม่แน่นอนทางธุรกิจนำไปสู่การละเมิดพันธกรณีทางการค้า ในทางกลับกันส่งผลต่อการพิจารณาระงับข้อพิพาทที่กำหนดให้การพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการให้เพิ่มมากขึ้น สถานการณ์นี้ทำให้รัฐบาลตระหนักถึงมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternate Dispute Resolution: ADR) แผนงานการรับรู้ที่ได้รับทุนจากสำนักงานศาลยุติธรรมจัดทำโดยสำนักงานการระงับข้อพิพาททั่วประเทศ โดยรายงานบัญชีทั้งหมดนี้นำไปสู่การเพิ่มขึ้นในการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก โฆษณาเผยแพร่ที่คล้ายกันถูกจัดขึ้นส่วนใหญ่ผ่านหอการค้าต่างประเทศเพื่อส่งเสริมให้กลุ่มธุรกิจระหว่างประเทศมีส่วนร่วมในประโยชน์ของแนวนโยบายวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกและสิ่งอำนวยความสะดวกในท้องถิ่นเช่นที่สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย[255] สถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (TAI) มีรายชื่อของผู้ที่มีคุณสมบัติในการทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ มีทนายความอาวุโสและผู้เชี่ยวชาญในอุตสาหกรรมเชื้อชาติต่าง ๆ ในหลากหลายสาขา อาทิเช่นการก่อสร้าง การสื่อสารโทรคมนาคมและพลังงาน แผงรายชื่ออย่างเป็นทางการ ซึ่งมีข้อมูลประจำตัวของสมาชิกในคณะกรรมการแต่ละท่านซึ่งสามารถเรียกมาดำเนินการได้ทันทีเมื่อมีการร้องขอจากสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย (TAI) และสามารถใช้ได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ทั้งนี้สถาบัน TAI เพิ่งแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการโดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2560 เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบัน

3.2 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยภาคเอกชน การจะระงับได้สำเร็จหรือล้มเหลวขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย แต่ปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งคือ ความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากผู้แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ด้วยเหตุนี้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐช่วยเหลือ ขณะเดียวกันรัฐเองยังคงมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ด้วยด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อำนาจศาลให้ความช่วยเหลือและตรวจสอบ

---

[255] Anan Chantara-opakorn, “Investment Arbitration: Remarks for Thailand,” **Law Journal, Thammasat University** 39 (December 2010): 858-884.

กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศของตน[256] อนึ่งศาลของสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ถูกจัดตั้งโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ เพื่อทำหน้าที่ บริหาร ตรวจสอบ แก้ข้อขัดข้องในการดำเนินการและอื่น ๆ ตามที่ข้อบังคับของสถาบันนั้นกำหนดไว้ ซึ่งก็เป็นการดำเนินการภายในสถาบันนั้น ๆ เอง ยกตัวอย่างเช่น ศาลแห่งหอการค้านานาชาติ (Court of International Chamber of Commercial: ICC) แม้มีสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ณ ประเทศฝรั่งเศส ก็ไม่ใช่ศาลของประเทศฝรั่งเศส[257]

ในอดีตศาลประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการโดยมองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบความยุติธรรม แต่การระงับข้อพิพาทวิธีนี้กลับเป็นที่นิยมของกลุ่มพ่อค้าระหว่างประเทศ แต่ภายหลังจากศาลของประเทศต่าง ๆ มีปัญหาคล้ายกัน คือ มีคดีคั่งค้างเป็นจำนวนมาก จึงเห็นความจำเป็นที่ต้องสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอกจากศาลมากขึ้น ศาลของประเทศต่าง ๆ จึงได้เปลี่ยนท่าทีที่มีต่ออนุญาโตตุลาการ[258] ทำให้ในปัจจุบันศาลของประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่การอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และยอมรับว่าการที่คู่สัญญาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหมายความว่าคู่สัญญาต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตนแทนการให้ศาลวินิจฉัย กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 5 ได้วางหลักการสำคัญเรื่องนี้ว่า ศาลจะไม่แทรกแซงเว้นแต่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เท่านั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศต่าง ๆ รวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... แม้ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องบทบาทศาลไว้ชัดเจนดังเช่นกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 5 แต่แนวโน้มกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการกำหนดทิศทางอนุญาโตตุลาการมากขึ้นและจำกัดบทบาทศาล โดยศาลจะเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อช่วยเหลือให้ความสะดวกแก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น สำหรับบทบาทควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประกันความยุติธรรมขั้นพื้นฐานเท่านั้น

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้มาตรา 14 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 การคุ้มครองชั่วคราว มาตรา 43 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และมาตรา 44 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้

---

[256] ธวัชชัย สุวรรณพานิช *เรื่องเดิม* หน้า 26.

[257] ธวัชชัย สุวรรณพานิช *เรื่องเดิม* หน้า 56.

[258] ธวัชชัย สุวรรณพานิช *เรื่องเดิม* หน้า 57.

โดยบทบัญญัติ 4 มาตราเหล่านี้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย หากพิจารณาจากเนื้อหาของมาตราต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วสามารถแยกบทบาทศาลออกเป็น (1) ความช่วยเหลือและ (2) การควบคุมการอนุญาโตตุลาการ โดยที่มาตรา 14 และมาตรา 16 เป็นเรื่องบทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่มาตรา 43 และมาตรา 44 เป็นเรื่องบทบาทศาลในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้ในส่วนนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาบทบาทศาลเฉพาะ 4 มาตรานี้เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา

สำหรับการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นมาตรการที่สำคัญมากและถือเป็นประเด็นหลักในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการชั่วคราวนี้มีผลต่อคำชี้ขาดโดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องทรัพย์สินก่อนกระบวนการพิจารณาหรือระหว่างการพิจารณา ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงได้อธิบายแยกต่างหากอยู่ในหัวข้อ 3.5 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้ทราบถึงรายละเอียดหลักเกณฑ์ของมาตรการนี้

ส่วนการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ ในประเด็นเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเช่นกัน เพราะเป็นสาเหตุที่มีการยกขึ้นอ้างมากที่สุดและเป็นปัญหามากในการเพิกถอนคำชี้ขาดหรือปฏิเสธการรับรองคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ และเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้กระบวนการบังคับคำชี้ขาดล่าช้าอันเป็นอุปสรรคสำคัญในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยด้วย ผู้วิจัยจึงได้อธิบายแยกต่างหากอยู่ในหัวข้อ 3.6 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและแนวทางปฏิบัติภายใต้หลักการนี้

3.2.1 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงบทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือและการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ บทบาทศาลในการช่วยเหลือนั้นจำแนกได้เป็นการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการและการคุ้มครองชั่วคราว และบทบาทศาลในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการแยกเป็นการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด โดยเริ่มจากประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกงและสิงคโปร์ ตามลำดับ

3.2.1.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

บทบาทศาลในการช่วยเหลือการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือศาลจะไม่เข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ แต่จะคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาเป็นส่วนสำคัญ

1) ประเทศอังกฤษ

ก่อนที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1996 จะได้มีการแก้ไขศาลอังกฤษค่อนข้างมีบทบาทมาก เนื่องจากในประเทศอังกฤษนั้นการอนุญาโตตุลาการถือเป็นเรื่องกฎหมายภายในที่อนุญาตให้ชาวต่างชาติยืมใช้เหมือนระบบศาลอังกฤษที่มีเขตอำนาจครอบคลุมทั่วโลก[259] ด้วยเหตุนี้ศาลอังกฤษจึงมีบทบาทอย่างมากในการอนุญาโตตุลาการ ดังเช่นที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ปี ค.ศ. 1950 ในเรื่องพยานหลักฐาน (มาตรา 12(1), (6) (b)) การตัดสินปัญหาข้อกฎหมาย (มาตรา 21) การออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราว (มาตรา 12 (6)) การขยายระยะเวลาในการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา1 3 (2)) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการที่ว่างลงเพราะเหตุใด ๆ (มาตรา 10 และ มาตรา 25 (2)) การถอดถอนอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น[260]

ประเทศอังกฤษในปัจจุบันใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 เพื่อเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการแทนฉบับเดิมที่ยกเลิกไป ทั้งนี้เนื่องจากคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้ยกร่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อใช้กับการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่จากข้อเสนอแนะนำของคณะกรรมาธิการที่ปรึกษา ประเทศอังกฤษจะไม่นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้ เพียงแต่เป็นแบบอย่างในการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการเท่านั้น[261]

ดังนั้นเพื่อเป็นการลดบทบาทของศาลลง ประเทศอังกฤษจึงจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเพื่อสามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ได้ โดยการไม่ให้ศาลเข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ และคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาเป็นส่วนสำคัญ ทำให้รับเอาแนวคิดของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บางส่วนมาปรับใช้กับกฎหมายฉบับใหม่ อาทิเช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราว การออกหมายเรียกพยานหลักฐานแก่คู่กรณี เป็นต้น กล่าวได้ว่า

---

[259] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร “การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ข้อพิจารณาด้านกฎหมาย: ลักษณะทางกฎหมายของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ,” **จุฬาลงกรณ์วารสาร** 17 (มกราคม-มีนาคม): 20.

[260] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, “บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ,” ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 62.

[261] Keren Tweedale and Andrew Tweedale, **A Practical Approach to Arbitration Law** (Londnon: Blackstone Press, 2002), p. 33.

ในเรื่องบทบาทของศาลตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษเป็นไปในแนวทางช่วยเหลือมากกว่าเข้าแทรกแซงกระบวนการกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ[262]

ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 9 (1) และ (4)[263] บทบาทศาลอังกฤษในการช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยการพักการพิจารณาเพื่อบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้มีคำสั่งพักพิจารณาคดี และหากศาลไต่สวนคำร้องแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ให้มีคำสั่งพักจำหน่ายคดี (Stay Proceeding) นั้น หากพิจารณาจากคดี Lombard North Central Plc and another v GATX Corporation [2012] EWHC 1067 (Comm) [264] ทำให้เข้าใจถ่องแท้ถึงการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 9 (1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ของศาลการค้าอังกฤษ (English Commercial Court) ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 9 สอดคล้องกับมาตรา II (3) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ที่ให้จำหน่ายคดีหรือพักการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวได้ว่าระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ทั้งหมด (รวมถึงอังกฤษ) จะกำหนดการพักพิจารณาคดีในชั้นศาลไว้อย่างแจ้งชัดหากมีการฝ่าฝืนข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ศาลในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Court in Civil Law

---

[262] Julian D. M. Lew, Laukas A. Mistelis and Stefan M. Kroll, **Comparative International Commercial Arbitration**, p. 358.

[263] The Arbitration Act 1996 Sections 9 Stay of legal proceedings:

(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.

...

(4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.

[264] Lombard North Central Plc and another v GATX Corporation [2012] EWHC 1067 (Comm) (England Commercial Court, 2012)

System) จะไม่พักการพิจารณาคดีเท่านั้นแต่จะจำหน่ายคดีนั้นเสีย[265] ในคดีนี้คู่พิพาทได้ทำสัญญาสินเชื่อเพื่อจัดซื้อรถไฟในสัญญาฉบับแรกโดยฝ่าย GATX Corporation สามารถบังคับขายรถไฟและรับรู้รายได้จากส่วนแบ่งกำไรจากการขาย ต่อมาทั้งสองฝ่ายทำสัญญาอีกฉบับซึ่งมีการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการและประเด็นสำคัญของสัญญาฉบับที่สองคือการยกเลิกสิทธิในการบังคับขายของ GATX Corporation และให้ตั้งบริษัทร่วมค้าภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อทำหน้าที่ให้เช่ารถไฟและแบ่งผลกำไร หากก่อตั้งบริษัทร่วมค้าไม่ทันตามกำหนดจะตกลงร่วมกันในการสรรหาวิธีอื่นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ให้เร็วที่สุด โดยมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทที่ยังไม่เกิดขึ้น (Arbitration Clause) หากไม่สามารถก่อตั้งบริษัทร่วมค้าภายในระยะเวลาที่กำหนด Lambard นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยอ้างว่าไม่สามารถบังคับตามสัญญาฉบับที่สอง GATX Corporation จึงยื่นคำร้องขอให้หยุดการพิจารณาในชั้นศาลด้วยเหตุตามบทบัญญัติมาตรา 9 (1)[266] ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งหยุดการพิจารณา ซึ่งภายหลังศาลรับคำร้องและมีคำสั่งพักการพิจารณา

มาตรา 44[267] เป็นบทบัญญัติการใช้อำนาจศาลแบบจำกัดเพื่อสนับสนุนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือศาลมีอำนาจในการปกป้องประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการรวมถึงการป้องกันคู่พิพาทไม่ให้ทำผิดสัญญาข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ การใช้อำนาจศาล อาทิเช่น การออกคำสั่งห้ามชั่วคราว ทำคำสั่งที่เกี่ยวกับทรัพย์สินพิพาท เป็นต้น

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1.3 ว่า กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (Federal Arbitration Act: AAA) ไม่ได้นำบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL

---

[265] Gary B. Born**, International Commercial Arbitration**, 3rd ed. (Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2009), pp. 1024-1026.

[266] Arbitration Act 1996 Section 9 Stay of legal proceedings. (1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter

[267] Arbitration Act 1996 Section 44 Court powers exercisable in support of arbitral proceedings Retrieved November 28, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1996/23

Model Law) มาใช้โดยทั้งนี้เป็นไปตามคำแนะนำของคณะทำงานกฎหมายต่างประเทศ ที่ให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) เป็นบทบัญญัติที่สนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอย่างเต็มที่ จึงไม่มีความจำเป็นต้องนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นต้นแบบแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามถึงแม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) มิได้นำบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้แต่บทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ(FAA) บางมาตรากลับมีบรรทัดฐานที่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ดังเช่นเรื่องบทบาทศาลในการช่วยเหลือในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น

กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ได้กำหนดกรอบอำนาจทางกฎหมายสำหรับการบังคับตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มั่นใจว่าข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวธุรกรรมพาณิชยนาวีหรือการค้านั้น “ผูกพัน” เพิกถอนไม่ได้และสามารถบังคับได้ต่อเมื่อมีมูลเหตุทางกฎหมายหรือมีความชอบธรรมในการเพิกถอน (มาตรา 2)[268] กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติว่าหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ยื่นขอระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้หยุดกระบวนพิจารณาทางศาล (มาตรา 3)[269] และบังคับคู่พิพาทอีกฝ่ายดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 4)[270] ทั้งนี้กฎหมายกำหนดว่าก่อนศาลหยุดกระบวนพิจารณาหรือบังคับให้ดำเนิน

---

[268] Federal Arbitration Act Section 2: Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate. A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract

[269] Federal Arbitration Act Section 3: Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration Retrieved November 30, 2017 from https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title9/.../USCODE-2011-title9.htm

[270] Federal Arbitration Act Section 4: Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration;

กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการศาลต้องตัดสินชี้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเป็นเรื่องที่สามารถอ้างอิงกับการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายสหพันธรัฐให้ความสำคัญกับหลักอิสระ ของคู่สัญญา (Party Autonomy) [271] หากมีข้อตกลงเช่นใดก็ให้เป็นไปตามนั้น ศาลมีหน้าที่ช่วยเหลือให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปตราบใดที่อยู่ในกรอบข้อตกลงเช่นว่านั้น ในคดี Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna et al.[272] ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินว่าในกรณีที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นเรื่องการคัดค้านความสมบูรณ์ของสัญญาทั้งฉบับและมิได้เป็นเรื่องเฉพาะข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา การพิจารณาคดีเป็นหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการมิใช่ศาลยุติธรรม คดีนี้ชี้ให้เห็นบทบาทศาลสหรัฐในการช่วยเหลือให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป

อนึ่งบทบาทหลักของศาลภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (FAA) ในส่วนกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7[273] คือการออกหมายเรียกพยานบุคคลและเอกสารต่าง ๆ และมาตรา 8 การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์แก่คู่กรณี ซึ่งเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะอธิบายเพิ่มเติมในหัวข้อ 3.1.6.1 (2) บทบัญญัติมาตรา 7 ได้กำหนดอำนาจในการเรียกพยานบุคคลและการให้ส่งพยานเอกสารไว้สองส่วน โดยที่ส่วนแรกเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการเรียกบุคคลมาเป็นพยานเพื่อให้ถ้อยคำหรือให้ส่งมอบพยานเอกสารต่าง ๆ อาทิเช่น หนังสือ บันทึก เอกสารหรือบทความที่ถือได้ว่าสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานแห่งคดี โดยในส่วนที่สองมาตรานี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลที่มีเขตอำนาจให้เข้ามาช่วยเหลือ โดยออกหมายเรียกพยานบุคคลผู้ถูกหมายเรียกแล้วไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะ

---

notice and service thereof; hearing and determination. Retrieved November 30, 2017 from https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title9/.../USCODE-2011-title9.htm

[271] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 138.: Party Autonomy คือหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการ นับตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

[272] Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna et al (United States Supreme Court, 2006)

[273] Federal Arbitration Act Section 7: Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance. Retrieved November 30, 2017 from https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title9/.../USCODE-2011-title9.htm

อนุญาโตตุลาการ ให้มาให้ถ้อยคำกับคณะอนุญาโตตุลาการและอาจลงโทษพยานบุคคลนั้นในลักษณะเดียวกันกับการลงโทษในชั้นศาล

3) ฮ่องกง

การที่ฮ่องกงนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน โดยมาตรา 12 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Arbitration Ordinance) นำบทบัญญัติมาตรา 5 ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาทั้งหมดซึ่งกำหนดไว้ว่า[274] ศาลจะไม่แทรกแซงเว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงกล่าวได้ว่าบทบาทศาลฮ่องกงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นลักษณะช่วยเหลือสนับสนุนและเข้าแทรกแซงให้น้อยที่สุด รัฐบาลฮ่องกงมีนโยบายสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการให้เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Object and principles of Arbitration Ordinance)[275] คือ อำนวยความยุติธรรมและการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่รวดเร็วโดยไม่มีค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น (Section 3 (1)) ทั้งนี้หนึ่งในวัตถุประสงค์ที่ฮ่องกงกฎหมายรับเอาบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบังคับใช้ก็คือลดการควบคุมและแทรกแซงของศาล โดยการเพิ่มอำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการให้มากขึ้นเท่าที่จะทำได้ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้คู่สัญญามีอิสระตกลงกันว่าจะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีใด เว้นแต่กรณีจำเป็นที่เป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Interests) (Section 3 (2) a) ศาลจะเข้ามายุ่งเกี่ยวได้

---

[274] Arbitration Ordinance (Cap. 609) Section 12: Article 5 of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect— “Article 5. Extent of court intervention. In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.”

[275] Arbitration Ordinance (Cap. 609) Section 3: Object and principles of this Ordinance

(1) The object of this Ordinance is to facilitate the fair and speedy resolution of disputes by arbitration without unnecessary expense.

(2) This Ordinance is based on the principles—

(a) that, subject to the observance of the safeguards that are necessary in the public interest, the parties to a dispute should be free to agree on how the dispute should be resolved; and

(b) that the court should interfere in the arbitration of a dispute only as expressly provided for in this Ordinance.

ต่อเมื่อกฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้ (Section 3 (2) b กล่าวได้ว่าบทบาทศาลฮ่องกงเป็นลักษณะสนับสนุนการกระบวนพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ศาลจะเข้ามาในกระบวนพิจารณาในบทบาทของการช่วยเหลือมากกว่าการแทรกแซง จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการฮ่องกงเป็นที่ยอมรับและนิยมใช้อย่างแพร่หลายในเวทีโลก

ในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 20 (1)[276] แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Arbitration Ordinance) ใช้บทบัญญัติมาตรา 8 ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยกำหนดไว้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใดฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การวันแรกที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งยุติพิจารณาคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ก็ให้ยุติการพิจารณาคดีนั้นเสีย ในระหว่างพิจารณาคดีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้ ศาลในคดี Polytec Overseas Ltd and another v. Grand Dragon International Holdings Co Ltd and others[277] ได้พิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 20 กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Arbitration Ordinance) ที่ว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย สัญญานั้น

---

[276] Arbitration Ordinance (Cap. 609) Section 20: Article 8 of UNCITRAL Model Law (Arbitration agreement and substantive claim before court) (1) Article 8 of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect –

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court."

[277] Polytec Overseas Ltd and another v. Grand Dragon International Holdings Co Ltd and others (The High Court of the Hong Kong Special Administrative Region Court of First Instance, 2017)

สมบูรณ์ใช้บังคับได้ สัญญาครอบคลุมข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จึงมีคำสั่งให้หยุดการพิจารณาคดีในชั้นศาล เพื่อให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

4) ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์นำบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเช่นเดียวกับฮ่องกง ด้วยเหตุนี้จึงรับแนวคิดเรื่องบทบาทศาลของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาด้วยเช่นกัน ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.1.5 ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ได้แยกประเภทอย่างชัดเจน กล่าวคือกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Arbitration Act 2001) กับ กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act Chapter 143A: IAA)

ในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้มาตรา 6 [278] แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act Chapter 143A: IAA) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่นำเอามาตรา 8 ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มายกร่างกำหนดไว้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใดฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาต่อศาล คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ว่าจะหลังความแจ้งแล้วหรือก่อนยื่นคำให้การหรือดำเนินการขั้นตอนอื่นใด เพื่อให้ศาลยุติการพิจารณา และเมื่อศาลเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ก็ให้ยุติการพิจารณาคดีนั้นเสีย ในคดี Gulf Hibiscus Ltd v Rex International Holding Ltd & Anor [2017]

---

[278] IAA Enforcement of international arbitration agreement Section 6.—

(1) Notwithstanding Article 8 of the Model Law, where any party to an arbitration agreement to which this Act applies institutes any proceedings in any court against any other party to the agreement in respect of any matter which is the subject of the agreement, any party to the agreement may, at any time after appearance and before delivering any pleading or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings so far as the proceedings relate to that matter.

(2) The court to which an application has been made in accordance with subsection(1) shall make an order, upon such terms or conditions as it may think fit, staying the proceedings so far as the proceedings relate to the matter, unless it is satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed

SGHC 210[279] เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการบริหารและดำเนินงานในกิจการ Lime PLC และบริษัทในเครือ โดย Gulf Hibiscus Ltd (โจทก์) ยื่นฟ้อง Rex International Holding Ltd และพวก (จำเลย) ต่อศาลสิงคโปร์ จำเลยในคดีจึงยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ยุติการพิจารณาเนื่องจากมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาผู้ถือหุ้นทั้งที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าว และนายทะเบียนได้รับคำร้องเช่นว่าไว้ โจทก์จึงยื่นอุทธรณ์อ้างว่าไม่ควรนำกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมาใช้กับฝ่ายที่ตนมิได้ฟ้องร้อง (คือบริษัท RME ซึ่ง Rex International Holding ถือหุ้นสูงสุด) สุดท้ายศาลมีคำตัดสินให้ยุติการพิจารณาในชั้นศาล โดยให้เหตุผลว่าภายใต้มาตรา 6 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act Chapter 143A: IAA) เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาต่อศาล คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องสามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งยุติการพิจารณาในชั้นศาลได้ อย่างไรก็ตามแม้จำเลยในคดีไม่สามารถอ้างบทบัญญัติมาตรา 6 ได้ด้วยเหตุผลที่ว่า ตนเองมิใช่เป็นคู่สัญญาในสัญญาผู้ถือหุ้นซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลมีอำนาจ (Court's Inherent Case Management Power) ในการยุติการพิจารณาในชั้นศาล เพื่อควบคุมและดำเนินกระบวนพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ประเด็นคำถามหลักที่ผู้พิพากษาในคดีนี้คือ มีสัญญาผู้ถือหุ้น (ซึ่งมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ) เกี่ยวข้องหรือไม่ หากมีสมควรยุติกระบวนพิจารณาหรือไม่ ตัวอย่างคดีนี้แสดงเห็นได้ว่าอำนาจในการสั่งยุติการพิจารณาหากมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการมิได้จำกัดอยู่เพียงกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (กฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนั้น) ศาลสิงคโปร์สามารถมีคำสั่งให้ยุติการพิจารณาได้ภายใต้อำนาจบริหารจัดการให้เกิดความเป็นธรรม

3.2.1.2 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

บทบาทศาลในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นมักเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ ควบคุมการดำเนินการพิจารณาเพื่อประกันความยุติธรรมขั้นพื้นฐานเท่านั้น

1) ประเทศอังกฤษ

ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 103 (2) ศาลอังกฤษอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดหากผู้ถูกให้บังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ในเรื่อง(1) ความสามารถคู่พิพาทบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของสัญญา (2) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการมิชอบ (3) การใช้อำนาจเกินขอบเขต (4) องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และ (5) คำชี้ขาดไม่มีผลบังคับ (Awards not yet binding)

---

[279] Gulf Hibiscus Ltd v Rex International Holding Ltd & Anor [2017] SGHC 210 (Singapore High Court, 2017)

ตัวอย่างของมาตรานี้จะเห็นได้ในคดี Malicorp Ltd v Government of the Arab Republic of Egypt and others[280] ศาลการค้าอังกฤษได้ปฏิเสธคำชี้ขาดที่ทำขึ้นที่ศูนย์อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศแห่งไคโร (Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration) ด้วยเหตุสองประการ เหตุประการแรกเพราะ คำชี้ขาดได้ถูกเพิกถอนโดยศาลอุทธรณ์ไคโรในปี ค.ศ. 2012 และประการที่สองเพราะคำชี้ขาดในเรื่องเยียวยาทำขึ้นโดยไม่มีทั้งคำร้องหรือคำคัดค้าน คำพิพากษาคดีนี้ชี้ให้เห็นถึงหลักการปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานของศาลอังกฤษต่อคำพิพากษาต่างประเทศในบริบทของการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ศาลอังกฤษจะไม่มีประเด็นวินิจฉัยคำพิพากษาศาลที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายประเทศอื่น หรือชี้ว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศมีอคติ หรือไม่เป็นธรรมหากปราศจากหลักฐานที่แจ้งชัด ด้วยเหตุนี้คู่พิพาทฝ่ายร้องบังคับคำชี้ขาดซึ่งได้ถูกเพิกถอนในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการควรต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดแจ้งมากพอที่จะหักล้างคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้

มาตรา 103 (3) กำหนดเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด คือในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นเป็นเรื่องข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ หรือหากบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

นอกจากนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 กำหนดการมีส่วนร่วมของศาลในกรณีการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ (Challenges to the Award) บัญญัติอยู่ในมาตรา 67 ถึง มาตรา 69 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยการคัดค้านสามารถทำได้ด้วยเหตุแห่งการคัดค้านดังนี้

1. การคัดค้านเรื่องอำนาจพิจารณาตามกฎหมาย (มาตรา 67) (Challenging the Awards: Substantive Jurisdiction) มาตรา 67[281] เป็นบทบัญญัติบังคับ (A Mandatory Provision) ที่อนุญาตให้คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องที่ศาลเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเนื่องมาจากอำนาจอำนาจพิจารณาตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ และขอให้ศาลมีคำสั่งว่าคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการมีเนื้อหาที่ไม่มีผลผูกพันทั้งหมดหรือบางส่วนเพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาตามกฎหมาย เหตุผลหลักของมาตรา 67 คือ การ

---

[280] Malicorp Ltd v Government of the Arab Republic of Egypt and others (English Court of Appeal-Commercial Court, 2015)

[281] Arbitration Act 1996 Section 67 Challenging the award: substantive jurisdiction Retrieved November 8, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1996/23

แต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามกระบวนการแต่งตั้ง หากการแต่งตั้งทำโดยมิชอบย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการไม่สมบูรณ์ ภายหลังศาลพิจารณาคำร้องแล้ว ศาลอาจ (1) ยืนยันคำชี้ขาด (2) แก้ไขคำชี้ขาด (3) เพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน (มาตรา 67 (3))

2. การคัดค้านเพราะคำชี้ขาดทำขึ้นโดยมิชอบ (มาตรา 68) (Challenged for a Serious Irregularity) มาตรา 68[282] เป็นบทบัญญัติบังคับ (A Mandatory Provision) เช่นกัน โดยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องต่อศาลพร้อมทั้งบอกกล่าวให้คู่พิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการทราบ เพื่อคัดค้านคำชี้ขาดด้วยเหตุแห่งการกระทำโดยมิชอบอย่างร้ายแรงอันมีผลต่อคณะอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณา หรือคำชี้ขาด การกระทำโดยมิชอบอย่างร้ายแรง หมายถึง กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าก่อให้เกิดหรืออาจเป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ยื่นคำร้อง อาทิเช่น คณะอนุญาโตตุลาการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 33 หรือ คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยเกินอำนาจ (โปรดดูมาตรา 67) หรือ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ดำเนินกระบวนพิจารณาตามข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทได้ตกลงกัน หรือคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถจัดการกับข้อพิพาททั้งหมดที่ส่งมอบให้ เป็นต้น หากศาลเห็นจริงดังคำร้อง ศาลอาจส่งคืนคำชี้ขาดแก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาใหม่ หรือเพิกถอนคำชี้ขาดทั้งหมดหรือบางส่วน หรือตัดสินว่าคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันทั้งหมดหรือบางส่วน

3. การคัดค้านโดยอุทธรณ์ประเด็นทางกฎหมาย (มาตรา 69) (Challenging the Award: Appeals on Points of Law) การอุทธรณ์ตามมาตรา 69[283] นี้จะทำได้ต่อเมื่อศาลเชื่อได้ว่า การตัดสินประเด็นอุทธรณ์จะส่งผลอย่างมากต่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่าย หรือเป็นประเด็นอุทธรณ์เป็นประเด็นเดียวกับที่คณะอนุญาโตตุลาการได้เคยถามไว้ หรือศาลพบข้อเท็จจริงว่าการตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการนั้นผิดอย่างชัดแจ้งหรือเป็นเรื่องสาธารณะที่สำคัญ ซึ่งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะก่อให้เกิดความเคลือบแคลงเป็นวงกว้าง หรือเป็นเรื่องที่ศาลควรเป็นผู้วินิจฉัยเองจะเหมาะสมกว่าทั้งที่มีข้อตกลงของคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

---

[282] Arbitration Act 1996 Section 68 Challenging the award: serious irregularity Retrieved November 28, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1996/23

[283] Arbitration Act 1996 Section 69 Appeal on point of law Retrieved November 28, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1996/23

4. การมีส่วนร่วมของศาลในเรื่องอำนาจพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ (Determination of Preliminary Point of Jurisdiction) มาตรา 32[284] เป็นบทบัญญัติที่ให้ศาลเข้าช่วยเหลือในเรื่องการกำหนดอำนาจพิจารณาเบื้องต้นของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ตามมาตรา 32 (1) กำหนดให้คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลวินิจฉัยอำนาจพิจารณาเบื้องต้นของอนุญาโตตุลาการ คำร้องที่ยื่นต่อศาลจักต้องเป็นคำร้องทำขึ้นภายใต้ข้อตกลงคู่พิพาทเป็นลายลักษณ์อักษรและได้รับความเห็นชอบจากคณะอนุญาโตตุลาการและเมื่อศาลเห็นว่าการตัดสินประเด็นนี้จะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย และคำร้องดังว่าทำขึ้นโดยไม่ชักช้าและมีเหตุผลอธิบายชัดแจ้งถึงสาเหตุที่ต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัย (มาตรา 32 (2)) ในระหว่างที่ศาลพิจารณาคำร้องอยู่นั้นคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและทำคำชี้ขาดได้ เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น(มาตรา 32 (4)) กล่าวได้ว่ามาตรา 32 นี้เป็นบทบัญญัติบังคับ (A Mandatory Provision) เหมาะแก่คู่พิพาทที่ยื่นคำร้องภายใต้มาตรานี้ เนื่องจากศาลจะวินิจฉัยก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขคือ เพื่อความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย และไม่เป็นการขัดต่อหลัก Competence de la Competence เนื่องจากในระหว่างที่ศาลวินิจฉัยคำร้องในเรื่องนี้อยู่ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปและจนกระทั่งตัดสินข้อพิพาทและทำคำชี้ขาด เป็นการพิจารณาคู่ขนานไปกับการพิจารณาของศาล (Parallel Court Proceeding)[285]

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.1.3 ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) ได้รวมบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ไว้ใน Chapter 2 และใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สำหรับเหตุแห่งการการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) เป็นไปตามมาตรา V (1) (a)-(e) อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) เป็นกรณีที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์หากเข้าหลักเกณฑ์เหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด เหตุดังกล่าวได้แก่ ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนพิจารณาไม่ชอบ อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขต องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพัน หรือเป็นกรณีที่ศาลยกขึ้นได้เอง อันได้แก่ คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะ

---

[284] Arbitration Act 1996 Section 32 Determination of preliminary point of jurisdiction Retrieved November 28, 2017 from https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/1996/23

[285] Karen Tweedale and Andrew Tweedale, **A Practical Approach to Arbitration Law** (London: Blackstone Press, 2002), p. 78.

ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย (Non-Arbitrability) หรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในส่วนของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) จะกล่าวรายละเอียดไว้อีกครั้งในหัวข้อ 3.1.7

ศาลสหรัฐปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติดังปรากฏในคดี TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P. (D.C. Cir. 2007)[286] คดีนี้ศาลอุทธรณ์สหรัฐได้มีคำพิพากษาปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดซึ่งได้ถูกเพิกถอนโดยศาลของประเทศสาธารณรัฐโคลอมเบีย เนื่องจากคำชี้ขาดนั้นฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศนั้น ระยะหลังคำพิพากษาอื่น ๆ หลายคดีก็ยึดแนวคำพิพากษาของคดี TermoRio ในการตัดสินคดีอย่างเช่น คดี.Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Rep. (S.D.N.Y. 2014)[287] ศาลแห่งมลรัฐนิวยอร์กปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดซึ่งได้ถูกเพิกถอนโดยศาลกัวลาลัมเปอร์ และคดี Getma Int'l v. Rep. of Guinea[288] เช่นกันที่ศาลมลรัฐโคลัมเบียปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดซึ่งได้ถูกเพิกถอนโดยศาลไอโวรี่โคทเนื่องจากอนุญาโตตุลาการได้รับค่าธรรมเนียมสูงกว่าที่กำหนด

3) ฮ่องกง

บทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง (Arbitration Ordinance) เป็นบทบัญญัติที่นำเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ เช่นเดียวกันกับการปฏิเสธคำชี้ขาดกฎหมายฮ่องกงมาตรา 89 ได้กำหนดเหตุในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 โดยมาตรา 89 (1) เป็นเหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์ ในเรื่องความสามารถของคู่พิพาท ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณามิชอบ องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันหรือถูกเพิกถอนโดยศาลอื่นที่มีเขตอำนาจพิจารณา นอกจากนี้มาตรา 89 (2) ยังกำหนดเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ หากคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย และการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

---

[286] TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P. (D.C. Cir. 2007) (US Court of Appeals, 2007)

[287] Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Rep. (S.D.N.Y. 2014) (US District Court Southern District of New York, 2014)

[288] Getma Int'l v. Rep. of Guinea (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 2017)

การปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดในคดี Dana Shipping and Trading SA v Sino Channel Asia Ltd (HCCT 47A/2015)[289] ชี้ให้เห็นบทบาทศาลฮ่องกงในกรณีปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศเพราะเหตุที่ศาลที่มีอำนาจพิจารณาเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นแล้วว่า ศาลฮ่องกงมีอำนาจใช้ดุลยพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงและสภาวะแวดล้อมอื่น ๆ ร่วมด้วยเพื่อที่จะบังคับหรือปฏิเสธคำชี้ขาดนั้นได้ แต่สำหรับคดีนี้ศาลฮ่องกงภายหลังจากใช้ดุลยพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงและสภาวะแวดล้อมอื่น ๆแล้วจึงได้มีคำสั่งว่าคำพิพากษาศาลอังกฤษในการเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นมีผลบังคับและปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดภายใต้บทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Ordinance) มาตรา 89 เห็นได้ชัดว่าในคดีนี้ศาลฮ่องกงจะบังคับคำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอนโดยศาลต่างประเทศหรือไม่นั้น ศาลมิได้หลับหูหลับตาพิพากษาตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่ศาลฮ่องกงกลับวินิจฉัยตรวจสอบเหตุผลในการเพิกถอนและสภาวะแวดล้อมพิเศษแห่งคดีว่าเป็นธรรมและสมควรบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่.

นอกจากนี้บทบาทศาลฮ่องกงที่สนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ยังเห็นได้ในมาตรา 18[290] และมาตรา 34[291] มาตรา 18 เป็นเรื่องการห้ามเปิดเผย

---

[289] Dana Shipping and Trading SA v Sino Channel Asia Ltd (HCCT 47A/2015) (The Hong Kong Court of First Instance, 2016)

[290] Arbitration Ordinance (Cap. 609) Section 18 Disclosure of information relating to arbitral proceedings and awards prohibited

(1) Unless otherwise agreed by the parties, no party may publish, disclose or communicate any information relating to— (a) the arbitral proceedings under the arbitration agreement; or (b) an award made in those arbitral proceedings.

(2) Nothing in subsection (1) prevents the publication, disclosure or communication of information referred to in that subsection by a party—

(a) if the publication, disclosure or communication is made—

(i) to protect or pursue a legal right or interest of the party; or

(ii) to enforce or challenge the award referred to in that subsection, in legal proceedings before a court or other judicial authority in or outside Hong Kong

(b) if the publication, disclosure or communication is made to any government body, regulatory body, court or tribunal and the party is obliged by law to make the publication, disclosure or communication; or

ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาด (Disclosure of Information Relating to Arbitral Proceedings and Awards Prohibited) หากฝ่าฝืนคู่พาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้เพิกถอนให้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือให้บังคับหรือคัดค้านคำชี้ขาด (มาตรา 18 (2) a) หากเนื้อหาสิ่งพิมพ์เผยแพร่หรือการเปิดเผยข้อมูลใดเกี่ยวข้องกับรัฐบาลหรือบทบัญญัติกฎหมาย ศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอยู่ใต้บังคับกฎหมายต้องเปิดเผยข้อมูลเช่นว่า (มาตรา 18 (2) b) สำหรับมาตรา 34 เป็นเรื่องอำนาจพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ภายหลังจากได้รับคำตัดสินเบื้องต้นหรือคำชี้ขาดจากคณะอนุญาโตตุลาการในเรื่องอำนาจพิจารณาของตน คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยในอำนาจดังกล่าว (มาตรา 34 (3))

กล่าวได้ว่าบทบาทศาลฮ่องกงเป็นลักษณะสนับสนุนการกระบวนพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ศาลจะเข้ามาในกระบวนพิจารณาในบทบาทของการช่วยเหลือมากกว่าการแทรกแซง จึงทำให้การอนุญาโตตุลาการฮ่องกงเป็นที่ยอมรับและนิยมใช้อย่างแพร่หลายในเวทีโลก

4) ประเทศสิงคโปร์

กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act – Chapter 143A: IAA) มาตรา 31 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดซึ่งสอดรับกับมาตรา 36 ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และมาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดย มาตรา 31 (2) (a)-(f) เป็นเหตุที่ผู้ถูกบังคับคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ในเรื่องความสามารถของคู่พิพาทและความสมบูรณ์ของสัญญา กระบวนพิจารณามิชอบองค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันหรือถูกเพิกถอนโดยศาลอื่นที่มีเขตอำนาจพิจารณา ส่วนมาตรา 31 (4) (a) เป็นเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นได้เองหากคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย และมาตรา 31 (4) (b) การบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

(c) if the publication, disclosure or communication is made to a professional or any other adviser of any of the parties.

[291] Arbitration Ordinance (Cap. 609) Section 34: Article 16 of UNCITRAL Model Law (Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction)

ในคดี PT First Media TBK (formerly known as PT Broadband Multimedia TBK) v Astro Nusantara International BV and others[292] ศาลอุทธรณ์พิพากษาปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดตามมาตรา 19 เฉพาะ จำเลยที่ 6 ถึงจำเลยที่ 8 เพราะเป็นการรวมพิจารณา (joinder) ไม่ชอบ แต่ผู้ร้องยังคงตกอยู่ในคำบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่มีต่อจำเลยที่ 1 ถึงจำเลยที่ 5 เนื่องจากผู้คัดค้านไม่ได้ใช้สิทธิในการคัดค้านอำนาจพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ศาลอุทธรณ์สิงคโปร์ได้อธิบายว่าภายใต้ IAA คู่พิพาทที่ร้องคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดสามารถทำคำร้องต่อศาลเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) หรือยื่นคัดค้านเมื่อคู่พิพาทฝ่ายชนะคดียื่นของให้ศาลบังคับคำชี้ขาดตาม IAA มาตรา 19.ความแตกต่างของแนวปฏิบัติทั้งสองที่กล่าวมาคือ ผู้คัดค้านคำชี้ขาดสามารถดำเนินการคัดค้านทันทีโดยยื่นคำคัดค้านตามมาตรา 34 กฎหมายต้นแบบ หรือรอจนกว่าคู่พิพาทฝ่ายชนะคดีจะยื่นคำร้องต่อศาลขอบังคับคำชี้ขาด ความแตกต่างของวิธีพิจารณาทั้งแนวทางยังมีเรื่องของระยะเวลาการยื่น ถ้าเป็นการยื่นเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดผู้คัดค้านต้องดำเนินการให้เสร็จภายใน 3 เดือนนับจากวันที่ได้รับคำชี้ขาด แต่หากรอยื่นภายหลังจากคู่พิพาทฝ่ายชนะยื่นขอบังคับคำชี้ขาดเช่นนี้ไม่มีกำหนดระยะเวลา นอกจากนี้ศาลได้อธิบายเพิ่มเติมว่า เหตุแห่งการปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้มาตรา 19 เป็นเหตุที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 36 กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เนื่องจากกฎหมาย IAA มิได้นำ Chapter III (Recognition and Enforcement of Awards) ของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้บังคับ เหตุปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดจึงเป็นไปมาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

บทบาทศาลสิงคโปร์ในเรื่องอื่น โดยสามารถใช้อำนาจในการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) มีอำนาจคู่ขนานไปกับอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 12A (2))[293]

---

[292] PT First Media TBK (formerly known as PT Broadband Multimedia TBK) v Astro Nusantara International BV and others (Singapore Court of Appeal, 2013)

[293] International Arbitration Act Chapter 143A Section 12A(2): Subject to subsections (3) to (6), for the purpose of and in relation to an arbitration referred to in subsection (1), the High Court or a Judge thereof shall have the same power of making an order in respect of any of the matters set out in section 12(1)(c) to (i) as it has for the purpose of and in relation to an action or a matter in the court.

(2) มีอำนาจเรียกหลักประกันเท่ากับจำนวนเงินพิพาท (มาตรา 12 (1) (g))[294]

(3) มีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้มั่นใจว่าจะไม่เป็นคำชี้ขาดที่ไม่สมบูรณ์อันอาจก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินของคู่พิพาทได้ (มาตรา 12 (1) (h))[295]

(4) มีอำนาจออกคำสั่งห้ามชั่วคราวหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (มาตรา 12 (1) (i))[296]

หากพิจารณาบทบาทศาลสิงคโปร์ในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะมีขอบอำนาจค่อนข้างมาก ถึงแม้จะนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเช่นเดียวกับกฎหมายฮ่องกง กล่าวคือศาลสิงคโปร์มีอำนาจคู่ขนานกับอำนาจอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ให้อำนาจศาลในการสนับสนุนช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการหลากหลายวิธีการ ดังจะเห็นได้จากมาตราต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอข้างต้น

3.2.2 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศฝรั่งเศส

ภายหลังจากการปฏิรูปกฎหมาย บทบาทศาลในประเทศฝรั่งเศสเข้ามามีอิทธิพลต่อกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการค่อนข้างน้อย ภายใต้กฎหมายใหม่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Code 2011) ได้รับรองความเป็นอิสระของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจากการแทรกแซงของศาลฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสยังรับรองและสนับสนุนบทบาทและอำนาจศาลเพื่อออกมาตรการต่าง ๆ ในการช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ

---

[294] International Arbitration Act Chapter 143A Section 12 (1) (g): securing the amount in dispute

[295] International Arbitration Act Chapter 143A Section12 (1) (h): ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party

[296] International Arbitration Act Chapter 143A Section12 (1) (i): an interim injunction or any other interim measure

กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติให้ประธานศาลสูงแห่งกรุงปารีสปฏิบัติหน้าที่เป็น “ผู้พิพากษาสนับสนุน” (“Supporting Judge”) เพื่อสนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ผู้พิพากษาสนับสนุน จะมีอำนาจพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์กับประเทศฝรั่งเศส หากมีความเสี่ยงในเรื่องที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ยอมรับการตัดสินพิจารณา[297] หรือเป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้หรือปัญหาการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ[298] หรือเป็นกรณีเกี่ยวกับประเด็นปัญหาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้วสถานบันอนุญาโตตุลาการไม่สามารถแก้ไขได้[299] หรือเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับประเด็นข้อพิพาทต่าง ๆ ได้หรือการลาออกของอนุญาโตตุลาการซึ่งขึ้นอยู่กับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือก[300]

โดยทั่วไปขอบเขตการแทรกแซงของศาลฝรั่งเศสจำกัดอยู่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจอันได้แก่

1) การไต่สวน การออกมาตรการคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวที่คู่พิพาทร้องขอก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 1449)[301]

2) การอายัดทรัพย์ชั่วคราวหรือการคุ้มครองหรือป้องกันทรัพย์สินชั่วคราว (มาตรา 1468)[302]

---

[297] Civil Procedure Code Article 1505: In international arbitration, and unless otherwise stipulated, the judge acting in support of the arbitration shall be the President of the Tribunal de grande instance of Paris when:

(1) the arbitration takes place in France; or

(2) the parties have agreed that French procedural law shall apply to the arbitration; or

(3) the parties have expressly granted jurisdiction to French courts over disputes relating to the arbitral procedure; or

(4) one of the parties is exposed to a risk of a denial of justice.

[298] Civil Procedure Code Article 1451-1454.

[299] Civil Procedure Code Article 1456.

[300] Civil Procedure Code Article 1457.

[301] Civil Procedure Code Article 1449.

[302] Civil Procedure Code Article 1468.

3) การออกหมายเรียกพยานเอกสารที่อยู่ในครอบครองของบุคคลที่สามเพื่อใช้ในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาต (มาตรา 1469)[303]

3.2.2.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (Civil Procedure Code 2011) มาตรา 1448 วรรค 1 และวรรค 2 กำหนดว่าเมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาต่อศาล ให้ศาลจำหน่ายคดีเสีย เว้นแต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการยังมิได้รับคำเสนอข้อพิพาทและกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ ศาลไม่มีอำนาจจำหน่ายคดีโดยปราศจากคำร้อง ในคดี Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)[304] คู่พิพาทได้ทำสัญญาขนส่งเรือยนต์จากเมือง Libreville ถึง เมือง Pointe Noire แต่ในสัญญาดังกล่าวมิได้มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แต่คู่กรณีกลับทำข้อตกลงรับชดใช้ (a hold harmless letter) ซึ่งอ้างถึงข้อตกลงอนุญาโตตุลาการไว้ในใบตราส่งสินค้า (A Bill of Lading) ASB เริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการจากเหตุการณ์เรือล่มภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่กำหนดไว้ในใบตราส่งสินค้า (A Bill of Lading) คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีคำชี้ขาดให้ SOERNI ชดใช้ค่าเสียหายแก่ ASB และศาลชั้นต้นปารีส (The Paris First Instance Court) มีคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด SOERNI ยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ปารีสเพื่อให้เพิกถอนคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนให้บังคับตามคำชี้ขาด SOERNI ยื่นคำร้องต่อศาลสูงฝรั่งเศสโดยอ้างว่าในขณะทำสัญญาไม่เห็นว่ามีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาขนส่งเรือยนต์ และภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสการอ้างว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการการเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาขนส่งเรือยนต์ที่ทำขึ้น (Incorporated by Reference) ไม่มีผลผูกพันหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่รับรู้ว่ามีข้อตกลงเช่นว่าในสัญญาที่ตนทำขึ้น ศาลสูงฝรั่งเศสพิพากษาว่ายืนยันความสมบูรณ์ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงรับชดใช้ (A Hold Harmless Letter) ในใบตราส่งสินค้า (A Bill of Lading)

กล่าวได้ว่าศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด อาทิเช่น การยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยปฏิเสธการคัดค้านเพื่อให้

---

[303] Civil Procedure Code Article 1469

[304] Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB) (The French Supreme Court, 2009)

ตรวจสอบเนื้อหาข้อพิพาท ศาลจะปล่อยให้อนุญาโตตุลาการตัดสินอำนาจวินิจฉัยอำนาจตนเองเสมอ ตราบใดที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (*prima facie*) ว่ามีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

3.2.2.2 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1514 บัญญัติการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาด โดยใช้บังคับกับคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศสในกรณีมีประเด็นระหว่างประเทศ และใช้กับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นต่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความเป็นมิตรมาก บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะโดดเด่นมากกว่าบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา VII (1) ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่ากฎหมายฝรั่งเศสยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศมากกว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ตัวอย่างเช่น คำชี้ขาดที่ถูกเพิกถอน ณ ประเทศที่ทำคำชี้ขาดอาจยอมรับได้ในประเทศฝรั่งเศส และคำชี้ขาดที่ถูกคัดค้านอาจบังคับได้ในประเทศฝรั่งเศสเช่นกัน ด้วยเหตุนี้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จึงถูกอ้างถึงในประเทศฝรั่งเศสน้อยกว่าในประเทศอื่น ๆ เป็นที่ทราบดีว่าศาลฝรั่งเศสเปิดกว้างในเรื่องคำชี้ขาดต่างประเทศและในทางปฏิบัติแทบไม่ปฏิเสธการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาด จึงถือเป็นเรื่องปกติที่บ่อยครั้งศาลฝรั่งเศสยอมรับและบังคับคำชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) กฎเกณฑ์ฝรั่งเศสในการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดมีความยืดหยุ่นและเคร่งครัดน้อยกว่ากฎเกณฑ์อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) กล่าวได้ว่าหากเหตุเพิกถอนไม่มีผลต่อการเพิกถอนคำชี้ขาดที่บังคับใช้ในชั้นกระบวนพิจารณาของศาลแล้ว คำชี้ขาดเช่นว่าย่อมบังคับได้ ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวกับคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดนี้คือ คดี Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)[305] ในคดีนี้ศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้ตัดสินบังคับคำชี้ขาดซึ่งถูกเพิกถอนที่ประเทศสวิสเซอร์แลนด์โดยให้เหตุผลว่าคำชี้ขาดระหว่างประเทศที่ไม่ได้มีส่วนใดขัดแย้งกับกฎหมายภายในประเทศนั้นยังใช้บังคับได้แม้ว่าคำชี้ขาดนั้นได้ถูกเพิกถอนแล้ว ศาลกล่าวว่าคู่พิพาทสามารถได้ประโยชน์จากกฎต่าง ๆ ของฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ อาทิเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมิได้มีเหตุปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเหมือนอย่างอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา V (1) (e) ศาลยังเน้นย้ำว่าการบังคับคำชี้ขาดในประเทศฝรั่งเศสไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (Contradict the International Public Policy)

---

[305] Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV) (French Supreme Court, 1994)

3.2.3 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาบทบาทศาลตามตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เพื่อให้เห็นกฎเกณฑ์แนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศเกี่ยวกับบทบาทศาลว่ามีลักษณะเช่นใด จากนั้นนำข้อมูลที่ศึกษาไปวิเคราะห์ในบทที่ 4

1) บทบาทศาลภายใต้กฎหมายต้นแบบ (Court Role under UNCITRAL Model Law)

ระยะหลังรัฐต่าง ๆ เริ่มจำกัดการเข้าแทรกแซงของศาลและอนุญาตให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการภายใต้หลักอิสระของคู่พิพาทกว้างขึ้น กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งใช้หลักการเช่นว่านี้โดยลดบทบาทศาลเป็นเพียงการกำกับดูแลและให้ความช่วยเหลือ (Supervision and Assistance of the Courts) และพยายามบัญญัติให้มีนิยามชัดแจ้งเพื่อทำให้เกิดความสมดุลกับการคบคุมและกำกับดูแลของศาลที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ มาตรา 5[306] แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติว่า “ศาลจะไม่แทรกแซงในเรื่องที่กฎหมายต้นแบบใช้บังคับเว้นแต่มีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หลักการของคณะกรรมาธิการ UNCITRAL คือทำให้เกิด “การผสมผสานร่วมกัน” ระหว่างศาลกับการอนุญาโตตุลาการในการเข้าแทรกแซงกระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ กล่าวคือการแทรกแซงของศาลรับได้กรณีเดียวคือ เมื่อมีความจำเป็นเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไปจนสำเร็จ[307] อย่างไรก็ตามการรับเอาหลักการของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในเรื่องนี้ แต่ละประเทศต่างเลือกที่จะขยายขอบเขตการแทรกแซงของศาลให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติของประเทศตน วัตถุประสงค์ของมาตรา 5 เป็นเพียงเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องขอบเขตการแทรกแซงและความช่วยเหลือจากศาล โดยต้องการให้รัฐกำหนดว่าเรื่องใดบ้างที่จะใช้อำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ด้วยกลไกวิธีนี้จะทำให้คู่พิพาทสามารถเผื่อใจล่วงหน้าในเรื่องไม่พึงประสงค์ไว้ก่อนได้ ส่วนมาตรา 6 เป็นบทบัญญัติบังคับรัฐในการกำหนดศาลที่มีเขตอำนาจ

---

[306] UNCITRAL Model Law Article 5: Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.

[307] Julian D. M. Lew “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?,” **American University International Law Review** 24 (2009): 489-537.

พิจารณาเฉพาะหรือองค์กรที่มีอำนาจอื่นเพื่อช่วยเหลือและกำกับดูแลการอนุญาโตตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) วัตถุประสงค์ของมาตรา 6 คือเพื่อเพิ่มความมั่นใจแก่คู่พิพาทและป้องกันการขัดกันของเขตอำนาจศาล การที่ระบุว่าเป็น "องค์กรที่มีอำนาจอื่น" ในมาตรา 6 นี้ก็เพื่อให้หอการค้าหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการมีอำนาจและสามารถเข้าช่วยเหลือและกำกับดูแลได้ด้วย กล่าวได้ว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) จำกัดบทบาทศาลให้น้อยลง โดยต้องการให้ศาลเข้ามาเพียงช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นภายใต้หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา (Freedom of Parties) หลักการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยชอบ (Due Process) และถือเป็นบทเสริมข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ เป็นการถ่วงดุลระหว่างศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐและอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ตนในการเลือกการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาท โดยประเทศต่าง ๆ ได้นำแนวคิดนี้ไปปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน เพื่อส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายมากยิ่งขึ้น

กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้บัญญัติให้ศาลเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้เพียงในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 และ 9 บัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและการเข้าแทรกแซงของศาล มาตรา 8 เป็นการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใดฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การวันแรกที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งยุติพิจารณาคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ก็ให้ยุติการพิจารณาคดีนั้นเสีย ในระหว่างพิจารณาคดีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป และมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้

มาตรา 9[308] เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนว่าก่อนหรือในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนได้ โดยไม่เป็นการขัดต่อข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามภายหลังจากได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 กฎหมายต้นแบบได้เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้นได้ การเพิ่มเติมบทบัญญัติเป็นการแทนที่บทบัญญัติใน

---

[308] UNCITRAL Model Law Article 9

มาตรา 17 เดิมปี ค.ศ. 1985 ซึ่งกำหนดให้เฉพาะศาลเท่านั้นที่มีอำนาจให้ความคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

บทบัญญัติอื่นของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่อนุญาตให้ศาลเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ มาตรา 11 การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ มาตรา 13 การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 อำนาจของอนุญาโตตุลาการ มาตรา 27 เรื่องพยานหลักฐาน มาตรา 34 การคัดค้านคำชี้ขาด มาตรา 35 การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา 36 [309] กำหนดเหตุในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด โดยมาตรา 36 (1) (a) เป็นเหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์ ในเรื่องความสามารถของคู่พิพาท ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณามิชอบ องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันหรือถูกเพิกถอนโดยศาลอื่นที่มีเขตอำนาจพิจารณา และมาตรา 36 (1) (b) บัญญัติเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ มีสองหลักเกณฑ์ คือ หากคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายแห่งรัฐนั้น (The Award is not capable of settlement by arbitration under the law of this State) และการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งรัฐนั้น (The Award would be contrary to the Public Policy of this State)

กล่าวได้ว่าบทบาทของศาลภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นลักษณะให้ความช่วยเหลือมากกว่าเป็นการควบคุมกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

2) บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

ภายใต้ข้อบังคับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA Rules) ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินกระบวนพิจารณาในเรื่องพยานหลักฐานไว้ชัดเจน ดังปรากฏในข้อบังคับที่ 20.1 ที่กำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งคู่พิพาทส่งรายละเอียดรูปพรรณของพยานบุคคล(รวมถึงพยานหักล้าง) แต่ละรายที่คู่พิพาทประสงค์ให้เรียกมาเป็นพยาน และประเด็นหัวข้อที่พยานจะมาให้การ ส่วนเรื่องรูปแบบคำเบิกความพยานคู่พิพาทอาจยื่นมาเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเป็นคำรับรองพร้อมลายเซ็นหรือเป็นเอกสารอื่นใดที่เหมือนกัน (ข้อบังคับที่ 20.2) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเงื่อนไขในการรับ

---

[309] UNCITRAL Model Law Article 36. Grounds for refusing recognition or enforcement

ฟังพยานหลักฐาน โดยสามารถกำหนดระยะเวลา รูปแบบของเอกสาร ตลอดจนอนุญาตหรือปฏิเสธหรือจำกัดการรับฟังทั้งพยานเอกสารและพยานบอกเล่า (ข้อบังคับที่ 20.3)

ในส่วนมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับ LCIA ได้ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งในเรื่องนี้ได้หากคู่กรณียื่นคำร้องขอให้คุ้มครองประโยชน์แห่งตน โดยคณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้ผู้ร้องหรือผู้คัดค้านจัดหาหลักประกันเต็มจำนวนหรือเพียงบางส่วนของมูลค่าที่พิพาทตามข้อบังคับที่ 25.1 (i) หรือมีคำสั่งให้ป้องกันหรือรักษาทรัพย์สินพิพาทตามข้อบังคับที่ 25.1 (ii) อย่างไรก็ตามอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับที่ 25.1 ไม่ได้ตัดสิทธิ์ห้ามคู่พิพาทยื่นขอคุ้มครองชั่วคราวผ่านศาล (ข้อบังคับที่ 25.3) หากเป็นการยื่นขอก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และหลังจากการแต่งตั้งเสร็จสิ้นซึ่งกรณีหลังถือเป็นกรณียกเว้นซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการต้องเห็นชอบ ทั้งนี้คู่สัญญาอาจมีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการที่จะไม่ยื่นขอต่อศาลแห่งท้องถิ่นเพื่อขอหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายทางกฎหมายหรือค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 25.4)

ในกรณีที่ประเด็นปัญหาเรื่องกระบวนพิจารณาคณะอนุญาโตตุลาการ สามารถยื่นเรื่องต่อศาลอนุญาโตตุลาการ (LCIA Court) เพื่อวินิจฉัยและตัดสินชี้ขาดในประเด็นคำถามได้ ทั้งนี้คำสั่งหรือดุลยพินิจของศาลอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดห้ามมิให้อุทธรณ์ (ข้อบังคับที่ 29.2) อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปการที่คู่กรณีเลือกใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการ หากเกิดปัญหาในเรื่องอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่นการแต่งตั้ง การคัดค้าน หรือการเพิกถอนอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกใช้จะเข้ามาช่วยแก้ไขประเด็นปัญหาเหล่านี้ เว้นแต่เป็นเรื่องที่อยู่ในบทบัญญัติบังคับ (Mandatory Provisions) ที่สถาบันอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ หรือเป็นเรื่องเฉพาะที่ต้องใช้อำนาจศาลเท่านั้น จึงต้องขอให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือ

3) บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) ได้ให้คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระตามที่เห็นว่าเหมาะสม โดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับความเป็นธรรม รวมทั้งรับฟังพยานหลักฐานของแต่ละและต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียม (ข้อบังคับที่ 20.1) คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นปัญหาเบื้องต้น แยกกระบวนพิจารณา โดยมีคำสั่งเรื่องข้อพิสูจน์ตัดคำให้การที่ไม่เกี่ยวกับคดี และสั่งให้คู่พิพาทนำเสนอเฉพาะข้อต่อสู้ในประเด็นเกี่ยวข้องทั้งหมดหรือบางส่วนแห่งคดีเท่านั้น(ข้อบังคับที่ 20.3) นอกจากนี้คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการตุ้มครองชั่วคราวรวมถึง

คำสั่งห้ามเพื่อปกป้องความเสียหายอันอาจเกิดแก่ทรัพย์สิน (ข้อบังคับที่ 24.1) แต่ทั้งนี้ข้อบังคับ ICDR ก็ไม่ตัดสิทธิ์คู่พิพาทในการยื่นคำร้องต่อศาล (ข้อบังคับที่ 24.3)

กล่าวได้ว่าบทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน มีบทบาทค่อนข้างน้อย ข้อบังคับนี้ให้อิสระแก่อนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่ โดยคำนึงถึงข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นสำคัญและดำเนินกระบวนพิจารณาตามข้อตกลงเช่นว่านั้นอย่างเคร่งครัด บทบาทของคณะอนุญาโตตุลาการจึงโดดเด่นและมีความสำคัญมาก การดำเนินกระบวนพิจารณาจึงเป็นไปตามเจตนาของคู่พิพาทในการให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินกระบวนพิจาณาและตัดสินชี้ขาดของพิพาทแห่งตน

4) บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (HKIAC Rules) ให้คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการได้อย่างอิสระ โดยมีสถาบัน HKIAC คอยช่วยเหลือ ทั้งนี้ข้อบังคับ HKIAC ได้บัญญัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้อย่างละเอียดชัดแจ้ง (Section IV Conduct of Arbitration)[310] มีอำนาจวินิจฉัยอำนาจตนเอง (ข้อบังคับที่ 19.1) มีอำนาจพิจารณาความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญา (ข้อบังคับที่ 19.2) มีอำนาจกำหนดหลักการรับฟังพยาน การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตลอดจนการบังคับใช้กฎเรื่องพยานหลักฐานอย่างเคร่งครัด (ข้อบังคับที่ 22) นอกจากนี้คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์แห่งคู่กรณี (ข้อบังคับที่ 23.2) และการป้องกันความเสียหายการเก็บรักษาทรัพย์พิพาท (ข้อบังคับที่ 23.3) การออกคำสั่งให้ผู้ร้องวางหลักประกัน (ข้อบังคับที่ 23.6) มีอำนาจพิจารณาตัดสินเรื่องการรวมพิจาณาคู่พิพาทร่วม (Joinder of Additional Parties) (ข้อบังคับที่ 27)

สำหรับเรื่องที่เกี่ยวกับคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (HKIAC Rules) บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของสถาบัน HKIAC มีหน้าที่ในการพิจารณาการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 6.1) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 7 และข้อบังคับที่ 8) ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 11.9) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ (ข้อบังคับ 12.2) ทั้งนี้สถาบัน HKIAC ยังมีอำนาจพิจารณาในเรื่องการรวมพิจารณาคดี (Consolidation) (ข้อบังคับที่

---

[310] HKIAC Rules Section IV Conduct of Arbitration. Retrieved December 3, 2017 from http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes

28) ด้วยเช่นกัน อีกทั้งมีหน้าที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีเร่งด่วน[311]

กล่าวได้ว่าฮ่องกงยึดหลักการให้อิสระแก่อนุญาโตตุลาการและเคารพในเจตนาของคู่สัญญาอย่างชัดแจ้ง ศาลไม่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด มีเพียงสถาบัน HKIAC เท่านั้นที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหากมีประเด็นปัญหาในการดำเนินการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ จึงนับได้ว่าบทบาทคณะอนุญาโตตุลาการและสถาบัน HKIAC มีความสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการ การเข้าแทรกแซงกระบวนการพิจารณาขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการ ถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการสนับสนุนให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีนี้มากยิ่งขึ้น ทำให้ฮ่องกงเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่ดึงดูดพ่อค้าและนักธุรกิจทั่วโลกเลือกใช้บริการ

5) บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC Rules) บัญญัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างละเอียด เนื้อหาส่วนใหญ่คล้ายคลึงกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) ข้อบังคับที่ 19.1[312] กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการภายหลังจากหารือกับคู่พิพาทแล้ว มีอำนาจในการดำเนินการพิจารณาในลักษณะที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม รวดเร็ว ประหยัด และระงับข้อพิพาทในที่สุด คณะอำนาจอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นปัญหาเบื้องต้น แยกกระบวนพิจารณา โดยมีคำสั่งเรื่องข้อพิสูจน์ตัดคำให้การที่ไม่เกี่ยวกับคดี และสั่งให้คู่พิพาทนำเสนอเฉพาะข้อต่อสู้ในประเด็นเกี่ยวข้องทั้งหมดหรือบางส่วนแห่งคดีเท่านั้น (ข้อบังคับที่ 19.4)

สำหรับเรื่องที่เกี่ยวกับคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (“SIAC Rules) บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของศาลอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Court (“SICC“) ในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 16) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ (ข้อบังคับที่ 17.2) ทั้งนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

---

[311] HKIAC Rules Schedule IV Emergency Arbitrator Procedure Retrieved December 3, 2017 from http://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-note

[312] SIAC Rules Rule 19.1: The Tribunal shall conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, after consulting with the parties, to ensure the fair, expeditious, economical and final resolution of the dispute.

สิงคโปร์ (“SIAC Rules) ยังบัญญัติให้เป็นอำนาจศาลอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Court (“SICC“) พิจารณาตัดสินเรื่องการรวมพิจาณาคู่พิพาทร่วม (Joinder of Additional Parties) (ข้อบังคับที่ 7) การรวมพิจารณาคดี (Consolidation) (ข้อบังคับที่ 8)

อนึ่งศาลอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Commercial Court) เพิ่งก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 2015 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับคดีการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศที่มีทุนทรัพย์สูง ซับซ้อน โดยมีกลไกพิจารณาที่ออกแบบให้เหมาะสมตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการที่หลีกเลี่ยงปัญหาอุปสรรคที่มักประสพบ่อยในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยศาลนี้เป็นหน่วยงานในศาลสูงสิงคโปร์[313]

6) บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) บัญญัติวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างชัดแจ้ง โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินวิธีพิจารณาได้อย่างเต็มที่ สามารถออกหมายเรียกให้คู่กรณีส่งพยานหลักฐานเพิ่มเติม[314] การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเมื่อคู่กรณียื่นคำร้องในเรื่องเช่นว่านี้ โดยทำเป็นคำสั่งหรือคำชี้ขาดตามที่คณะอนุญาโตตุลาการจะเห็นสมควร ทั้งนี้คู่กรณีอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ได้เช่นกัน คำร้องที่ทำขึ้นในกรณีขอให้ศาลสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ดี หรือคำร้องเพื่อขอให้ศาลเพิ่มเติมคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการก็ดี จักต้องไม่เป็นคำร้องที่ละเมิดหรือยกเว้นข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและไม่กระทบต่ออำนาจที่สงวนไว้แก่คณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด[315]

---

[313] Singapore International Commercial Court Retrieved December 3, 2017 from https://www.sicc.gov.sg/About.aspx?id=21

[314] ICC Rules Article 25 (5): At any time during the proceedings, the arbitral tribunal may summon any party to provide additional evidence

[315] ICC Rules Article 28 (2): Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be

ส่วนเรื่องที่เกี่ยวกับคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของศาลอนุญาโตตุลาการ (The International Court of Arbitration) กำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 12) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 13) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (ข้อบังคับที่ 14) และการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ (ข้อบังคับที่ 15) ทั้งนี้คำสั่งในเรื่องเหล่านี้ถือว่าเป็นที่สุด[316] ทั้งนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) ยังกำหนดให้ศาลอนุญาโตตุลาการ (The International Court of Arbitration) ทำหน้าที่รวมพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเดียวกัน หากคู่พิพาทร้องขอให้ทำเช่นนั้น (ข้อบังคับที่ 10)

กล่าวได้ว่าการร้องขอความช่วยเหลือจากศาล จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยว่าอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายประเทศใด และกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศนั้นให้อำนาจศาลในการช่วยเหลือไว้เพียงใด การที่ศาลอนุญาโตตุลาการ (The International Court of Arbitration) จะมีที่ทำการตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส และเมื่อคู่พิพาทเลือกใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) จะต้องดำเนินการที่ประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น[317] เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่กรณีว่าต้องการใช้ข้อบังคับที่ใด และใช้กฎหมายใดบังคับแก่สัญญา เว้นแต่มิได้ตกลงกันไว้ในสัญญา กฎหมายที่ใช้บังคับจึงยึดตามสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ

---

deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal.

[316] ICC Rules Article 11(4): The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final.

[317] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 86.: ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า แม้ว่าสำนักงานใหญ่ของหอการค้านานาชาติจะอยู่ที่กรุงปารีส แต่การอนุญาโตตุลาการอาจทำที่ใดก็ได้ คือไม่จำต้องเป็นอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายฝรั่งเศสเสมอไป คือถ้าไปทำที่อังกฤษก็เป็นอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอังกฤษ เป็นต้น แต่โดยเหตุที่ศาลอนุญาโตตุลาการอาจเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการคนกลาง ซึ่งมักจะได้แก่คนที่ศาลอนุญาโตตุลาการคุ้นเคย อันได้แก่ อาจารย์หรือผู้พิพากษาที่เกษียณอายุในประเทศฝรั่งเศสหรือสวิตเซอร์แลนด์ และอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดสถานที่ในกรณีที่คู่กรณีไม่ได้เลือกสถานที่ จึงมีบ่อยครั้งที่การอนุญาโตตุลาการนั้น ๆ ทำลงในประเทศฝรั่งเศสตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยอนุญาโตตุลาการคนกลางที่เป็นคนฝรั่งเศสหรือคนที่เข้าใจกฎหมายฝรั่งเศส

3.2.4 บทบาทศาล: ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง)ให้ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย ในส่วนนี้จึงมุ่งเน้นเฉพาะ 4 มาตรานี้เท่านั้นเนื่องจากเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ที่ศาลสามารถเข้ามามีบทบาทในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการคือการให้ความช่วยเหลือและการควบคุมการอนุญาโตตุลาการ โดยที่มาตรา 14 และมาตรา 16 เป็นเรื่องบทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่มาตรา 43 และมาตรา 44 เป็นเรื่องบทบาทศาลในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

3.2.4.1 การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

บทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ วัตถุประสงค์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการคือ การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดวิธีการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ว่า

“ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้”

การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้บทบัญญัติมาตรา 14 นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ว่า คู่พิพาทได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทได้นำข้อพิพาทฟ้องต่อศาล และคู่พิพาท

อีกฝ่ายต้องยื่นคำร้องให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4288/2558 สัญญากู้ยืมเงินกับสัญญาซื้อขายทองคำ มีข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง

เมื่อจำเลยยื่นข้อเรียกร้องให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการลอนดอน และต่อมาจำเลยได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการลอนดอน จึงเป็นกรณีที่จำเลยใช้สิทธิเลือกที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว ทำให้การระงับข้อพิพาทต้องใช้กระบวนการของอนุญาโตตุลาการตามที่โจทก์และจำเลยตกลงกันไว้ในสัญญากู้ยืมเงินและสัญญาซื้อขายทองคำ การที่โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีต่อศาลโดยไม่เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

เหตุบกพร่องของสัญญาที่โจทก์อ้างไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมอำพรางหรือกลฉ้อฉล หรือข้อตกลงที่จำเลยให้โจทก์ชำระหนี้เงินกู้ด้วยทองคำโดยกำหนดราคาทองคำที่แน่นอนไว้ล่วงหน้า ซึ่งต่ำกว่าราคาตลาดขัดต่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 656 วรรคสองและวรรคสาม หรือการกระทำของจำเลยที่ใช้อำนาจต่อรองสูงกว่า จัดทำสัญญาเอาเปรียบโจทก์ขัดต่อ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเนื้อหา และความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินและสัญญาซื้อขายทองคำ จึงเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับสัญญาโดยตรง อีกทั้งการยกเหตุดังกล่าวถือเป็นการโต้เถียงในเรื่องความมีอยู่ของสัญญาและการมีผลใช้บังคับของสัญญาซึ่งอยู่ในอำนาจวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ การฟ้องคดีนี้จึงเป็นเรื่องสัญญาหาใช่มูลละเมิด

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางไม่จำต้องวินิจฉัยในประเด็นที่โจทก์กล่าวอ้างในคำฟ้องอันเป็นเนื้อหาข้อพิพาทซึ่งต้องระงับโดยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางทำการไต่สวนแล้วเห็นว่า ไม่มีเหตุที่จะทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ และมีคำสั่งให้จำหน่ายคดี คำสั่งจำหน่ายคดีของศาลดังกล่าวจึงชอบด้วย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง

คดีต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11235/2556 โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 1 โดยไม่นำข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดก่อนเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่ตกลงกัน จำเลยที่ 1 ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ แม้จำเลยที่ 1 มิได้ทำคำร้องยื่นต่อศาลให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีภายในกำหนด

ระยะเวลาตามความใน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 แต่ได้ยื่นคำให้การโต้แย้งไว้แล้วว่าโจทก์ฟ้องคดีนี้โดยไม่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการก่อน ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ประสงค์ให้ศาลไต่สวนและมีคำสั่งจำหน่ายคดีเพราะเหตุดังกล่าว และแม้คำให้การจำเลยที่ 1 จะปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ในเรื่องอื่น ๆ ด้วยและขอให้ยกฟ้อง ถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 สละข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ระบุไว้ในสัญญา

หากพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น ทำให้เห็นว่าศาลไทยได้ยึดหลักเกณฑ์ตามแนวของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในเรื่องการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ เมื่อมีข้อตกลงการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการและไม่มีเหตุที่จะทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ศาลย่อมมีคำสั่งให้จำหน่ายคดี

3.2.4.2 การปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาด

บทบาทศาลในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการในส่วนนี้คือ การปฏิเสธบังคับตามคำชี้ขาด เมื่อเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาดได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการบังคับคำชี้ขาดตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลจะไต่สวนว่ามีเหตุที่ศาลปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดนั้นหรือไม่ ในการบังคับคำชี้ขาดนั้นกฎหมายให้ทำตามบทบัญญัติ มาตรา 41 ถึงมาตรา 44 โดยคู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์ให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาด ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในอนุมาตรา (1) ถึง อนุมาตรา (6) แห่งมาตรา 43 และมาตรา 44 ยังให้อำนาจศาลสามารถยกเหตุเพื่อปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือ ถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ซึ่งประเด็นเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากผู้วิจัยจึงอธิบายแยกไว้อยู่ในหัวข้อ 3.6

เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ มาตรา 43 บัญญัติไว้ว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ ได้ว่า

(1) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่อง ความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(2) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(3) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถ เข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(4) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(5) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะ อนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(6) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขต อำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับ ตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอศาลอาจสั่ง ให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13534/2556 ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ทำสัญญาซื้อสินค้าจากผู้คัดค้านซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศไทย โดยมีข้อตกลงให้ชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมนี ต่อมาผู้คัดค้านผิดสัญญาส่งสินค้าให้แก่ผู้ร้องไม่ครบจำนวน ผู้ร้องจึงนำข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าส่งและการค้าระหว่างประเทศแห่งตลาดหลักทรัพย์ฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนีมีคำชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงิน และนำคำชี้ขาดมาขอบังคับให้ผู้คัดค้านชำระหนี้ต่อศาลในประเทศไทย

ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านและคำร้องแย้งขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้แม้มาตรา 40 แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะบัญญัติถึงเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้เฉพาะตามวรรคสาม (1) (ก) ถึง (จ) โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงอำนาจของศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศหรือที่ทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 43 (1) ถึง (6) ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแสดงว่า ในกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่หากปรากฏว่ามีเหตุหนึ่งเหตุใดเข้าลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 หรือมาตรา 43 แล้ว ศาล

ย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดหรือมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้น

แต่เหตุที่มาตรา 40 มิได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศเหมือนดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ก็น่าจะเป็นการเปิดโอกาสในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเพื่อให้มีการใช้อำนาจศาลให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อตกลงหรืออนุสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ ตามหลักการปฏิบัติอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัยต่อกัน เพื่อไม่ให้ส่งผลให้เกิดปัญหาการขัดกันของการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศภาคีสมาชิก โดยเฉพาะคำชี้ขาดในคดีนี้เป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของเมืองฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนี ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อสินค้าอันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศเยอรมนีและประเทศไทยต่างเป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งมีขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการค้าระหว่างประเทศ

ดังนั้นแม้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามมาตรา 9 แต่เมื่อปรากฏว่าข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก การรับคำร้องแย้งของผู้คัดค้านไว้จึงไม่เป็นการสะดวกเพราะจะไม่สอดคล้องกับการอนุวัตรการตามอนุสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธะผูกพันต่อประเทศภาคีสมาชิก คำร้องแย้งของผู้คัดค้านจึงไม่เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา

เหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดนอกจากคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามคำชี้ขาดจะพิสูจน์เหตุดังที่ระบุไว้ในมาตรา 43 กฎหมายยังให้อำนาจศาลที่จะยกเหตุที่ระบุไว้ขึ้นมาเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดแล้วตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 44 ว่า “ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา 43 ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ ได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” กล่าวได้ว่ามาตรา 44 ให้อำนาจศาลยกเหตุเพื่อปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดได้เอง 2 เหตุ คือข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามเสนอต่ออนุญาโตตุลาการ และการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกรณีการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ อาจถูกตรวจสอบจากศาลประเทศที่ทำคำชี้ขาด และศาลประเทศที่บังคับคำชี้ขาดโดยศาลอาจยกเหตุทั้งสองโดยใช้กฎหมายประเทศของตน ซึ่งเท่ากับว่าการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศนั้นต้องผ่านเกณฑ์

ข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามและเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ทั้งสองประเทศ

บทบาทศาลภายใต้ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ (TAI Rules) ภายหลังจากมีการแก้ไขและประกาศใช้ในวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2560 มีการแก้ไขปรับปรุงข้อบังคับให้มีความทันสมัยเพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศในปัจจุบัน บทบาทศาลในการเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับนี้จึงบัญญัติไว้ในข้อบังคับที่ 39

ข้อบังคับที่ 39 กำหนดไว้ว่า “หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่ง ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหาประกันมาวางเพื่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้ การร้องขอตามวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการ ชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน การยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้”

ส่วนเรื่องที่เกี่ยวกับตัวอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับ TAI กำหนดให้เป็นหน้าที่ของสถาบัน TAI ที่จะเข้ามาช่วยเหลือเพื่อให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างรวดเร็ว ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น หากคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้ สถาบันอาจมีคำสั่งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองตามข้อบังคับที่ 15 ในกรณีมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจักต้องดำเนินตามข้อบังคับที่ 21 เสียก่อน ซึ่งหากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หรือผู้เป็นอนุญาโตตุลาการขอถอนตัวหลังจากการคัดค้าน ข้อบังคับที่ 22 ให้ดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการใหม่แทน แต่ถ้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการคัดค้านหรือหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้าน มิได้ถอนตัวจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับที่ 22 ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น เว้นแต่ สถาบันเห็นสมควรแต่งตั้งผู้ชี้ขาดหรือคณะผู้ชี้ขาดจำนวนไม่เกิน 3 คน ให้ทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัย การคัดค้าน และให้ผู้ชี้ขาดหรือคณะผู้ชี้ขาดวินิจฉัยคำคัดค้านให้เสร็จสิ้นภายใน 15 วัน คำวินิจฉัยของผู้ชี้ขาดหรือคณะผู้ชี้ขาดให้เป็นที่สุด สำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการแทน หากจะทำให้กระบวนพิจารณาล่าช้าเกินสมควร ข้อบังคับที่ 25 กำหนดให้สถาบันอาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเองแทนการใช้วิธีการที่ได้กำหนดไว้ สำหรับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ได้

ข้อบังคับนี้ให้ความเป็นอิสระแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณา การสืบพยานหลักฐานตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับที่ 32 ถึง ข้อบังคับที่ 37 และอาจมีคำสั่งหรือ

คำชี้ขาดกำหนดมาตรการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควรหากคู่พิพาทร้องขอ ตามข้อบังคับที่ 39

3.2.5 ศึกษาเปรียบเทียบบทบาทศาลที่มีต่อกระบวนพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในปัจจุบันศาลของประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่การอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และยอมรับการที่คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น หมายความว่า คู่สัญญาต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา และไม่ต้องการให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา[318] ในส่วนนี้จะเป็นการสรุปเปรียบเทียบบทบาทศาลที่มีต่อกระบวนพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างพยายามลดบทบาทศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทแห่งตน ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด อาทิเช่นการยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยปฏิเสธการคัดค้านเพื่อให้ตรวจสอบเนื้อหาข้อพิพาท ศาลจะปล่อยให้อนุญาโตตุลาการตัดสินอำนาจวินิจฉัยอำนาจตนเองเสมอตราบใดที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (*prima facie*) ว่ามีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยยังคงพบการมีส่วนร่วมและบทบาทของศาลในกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในหลายมาตรา อาทิเช่น การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 14) การคุ้มครองชั่วคราว (มาตรา 16) การตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 18) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 20) การวินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 21) การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 24) การออกหมายเรียกพยาน (มาตรา 33) การคัดค้านคำชี้ขาด (มาตรา 41-44) การสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 46) ทั้งนี้กฎหมายไทยยังอนุญาตให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้หากมีเหตุแห่งการอุทธรณ์ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ 5 ประการ ในมาตรา 45

เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วย

---

[318] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม,* หน้า 57.

เหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้งานวิจัยนี้จึงมุ่งเน้นเฉพาะ 4 มาตรานี้ เนื่องจากเกี่ยวข้องกับหัวข้อที่ผู้วิจัยศึกษา

ตารางที่ 3.2 จะเป็นการสรุปภาพรวมการเปรียบเทียบเบื้องต้นอำนาจในการวินิจฉัยและตัดสินตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย ตารางที่ 3.3 เป็นการบังคับตามสัญญา ตารางที่ 3.4 อำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ตารางที่ 3.5 อำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ตารางที่ 3.6 การคัดค้านคำชี้ขาด ตารางที่ 3.7 ที่อยู่ในหัวข้อ 3.3 การเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ตารางที่ 3.8 ที่ในหัวข้อ 3.4 เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ทั้งนี้บทบาทศาลด้านอื่น ๆ จะสรุปอยู่ในตารางที่ ข.1 ถึง ตารางที่ ข.7 นำเสนออยู่ในภาคผนวก ข ส่วนการวิเคราะห์จะเสนอในบทที่ 4

ตารางที่ 3.2 เปรียบเทียบโดยสรุปภาพรวม: อำนาจในการวินิจฉัยและตัดสินตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	มาก	เปิดช่องให้ทำได้	จำกัด
Common Law			
อังกฤษ	พอสมควร	เท่าที่จำเป็น	น้อย
สหรัฐอเมริกา	มาก	เท่าที่จำเป็น	จำกัด
ฮ่องกง	มาก	เท่าที่จำเป็น	จำกัด
สิงคโปร์	มาก	เท่าที่จำเป็น	จำกัด
Civil Law			
ฝรั่งเศส	มาก	เท่าที่จำเป็น	จำกัด
ไทย	มีข้อจำกัดบางประการ	เท่าที่จำเป็น	มาก

ตารางที่ 3.3 เปรียบเทียบการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	จำหน่ายคดี	บทบาทศาล	แนวปฏิบัติ
	การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ		
Model Law	✓	ช่วยเหลือ	-
Common Law			
อังกฤษ	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน
สหรัฐอเมริกา	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน
ฮ่องกง	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน
สิงคโปร์	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน
ไทย	✓	ช่วยเหลือ	เหมือนกัน

ตารางที่ 3.4 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	อนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		
Common Law			
อังกฤษ	✓		
สหรัฐอเมริกา	✓		
ฮ่องกง	✓		
สิงคโปร์	✓		
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓		
ไทย			✓

หมายเหตุ: ทุกประเทศมีอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ยกเว้นไทย

ตารางที่ 3.5 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		
Common Law			
อังกฤษ	✓		
สหรัฐอเมริกา	✓		
ฮ่องกง	✓		
สิงคโปร์	✓		
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓		
ไทย	✓		

หมายเหตุ: ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรม(TAI) แก้ไข ปี 2560 ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ

ตารางที่ 3.6 เปรียบเทียบการคัดค้านคำชี้ขาด

กลุ่มประเท ศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law			✓
Common Law			
อังกฤษ			✓
สหรัฐอเมริกา			✓
ฮ่องกง			✓
สิงคโปร์			✓
Civil Law			
ฝรั่งเศส			✓
ไทย			✓

3.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศได้เติบโตอย่างเห็นได้ชัดทั้งจากจำนวนตัวเลขและความซับซ้อน[319] เนื่องจากการเกิดขึ้นของโลกาภิวัตน์และการขยายตัวของการค้า ด้วยเหตุนี้จึงไม่น่าประหลาดใจที่จำนวนข้อพิพาทก็เพิ่มขึ้นเช่นกัน[320] แม้ว่าจะมีศาลที่เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทดั้งเดิม คู่พิพาทกลับชื่นชอบและนิยมใช้การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกมากยิ่งขึ้น[321] ในบริบทของธุรกิจที่เกิดขึ้นจากสัญญาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

[319] Katherine Lynch, **The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration** (Hague, Nertherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 2.

[320] William Wang, “International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief,” **Brook Journal International Law** 28 (2002): 1059.

[321] Thomas E. Carbonneau, “The Ballad of Transborder Arbitration,” **University Miami Law Review** 56 (July 2002): 773.

อำนวยความสะดวกมากกว่าการดำเนินคดีในศาล[322] อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการก็มีข้อด้อย ที่เกิดจากความยากลำบากต่าง ๆ อาทิเช่น ความเต็มใจในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการ ความสามารถในการออกคำสั่งและบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างดำเนินกระบวนการว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ[323]

แต่ทั้ง ๆ ที่ความถี่การใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีเพิ่มขึ้นสูง ความเห็นพ้องต้องกันในเรื่องการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ การออกคำสั่งและการบังคับชั่วคราวกลับมีน้อยมาก[324] ด้วยเหตุนี้คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) จึงพยายามสนับสนุนให้เกิดความเป็นรูปแบบเดียวกันโดยแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในปี ค.ศ. 2006[325] ในบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่แก้ไขนี้มีการเพิ่มเนื้อหาเรื่องอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ กำหนดขอบเขตมาตรการคุ้มครองชั่วคราว รวมถึงบทบาทศาลในการสนับสนุนและการบังคับมาตรการนี้ แม้คณะกรรมาธิการ UNCITRAL พยายามสนับสนุนให้รัฐต่าง ๆ มีบทบัญญัติรูปแบบสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันและคาดการณ์ว่าจะประสพความสำเร็จ รัฐส่วนใหญ่ก็ยังมิได้ตอบรับการแก้ไขมาตรา 17 แห่งกฎหมายต้นแบบแต่อย่างใด โดยคณะกรรมาธิการ UNCITRAL ให้เหตุผลของการแก้ไขครั้งนี้ว่าการขาดความสอดคล้องของบทบัญญัติจะค่อย ๆ กัดกร่อนกระบวนการพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

แม้การอนุญาโตตุลาการมีประโยชน์แก่คู่พิพาทมากมาย กล่าวคือ เป็นการระงับข้อพิพาทที่เร็วกว่า มีพิธีการน้อยกว่าและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาล คู่กรณีสามารถเลือกผู้ตัดสินเองได้และการพิจารณาแบบลับ แต่ยังมีผู้ที่เข้าใจผิดโดยคิดว่าไม่สามารถใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการได้ ความคิดเช่นว่านี้ถือเป็นความเข้าใจผิด เนื่องจากปัจจุบันสถาบันว่าด้วยการ

---

[322] Peter Sanders, **“Quo Vadis Arbitration?”: Sixty Years of Arbitration Practice** (Hague, Nertherlands: Kluwer Law International, 1999), pp. 7-8.

[323] Stephen M. Ferguson, “Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results, Currents,” **International Trade Law Journal** 12 (January 2003): 55.

[324] Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, p. 3.

[325] General Assembly Resolutions No. 61/33, United Nations A/RES/61/33 dated December 18, 2006. Retrieved November 23, 2017 from https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/a61-33-e.pdf

อนุญาโตตุลาการสำคัญหลายแห่งได้อนุญาตให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ แม้แต่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law)[326] ซึ่งเดิมทีมีการจำกัดขอบเขตการใช้มาตรการนี้ คณะกรรมาธิการยังต้องแก้ไขเพื่อสนับสนุนให้ใช้มาตรการนี้อย่างแข็งขัน

ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) เป็นหน่วยงานต่างประเทศของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association: AAA) ได้บัญญัติมาตรการนี้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการโดยอนุญาตให้คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวแบบฉุกเฉิน (Emergency Relief) ต่ออนุญาโตตุลาการ (An Emergency Arbitrator) ก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับเลือกให้รับฟังข้อพิพาท[327] หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC) ได้บัญญัติวิธีพิจารณาแยกต่างหากสำหรับอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาการคุ้มครองชั่วคราวแบบฉุกเฉิน ทั้งนี้วิธีการเช่นนี้ต้องมีการตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของคู่กรณีอย่างแจ้งชัด[328] อย่างไรก็ตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งฉุกเฉินไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยตัวมันเอง ด้วยเหตุนี้จึงมีความกังวลต่อคำสั่งเช่นว่าจะสามารถบังคับใช้ได้ตรงตามเป้าหมายหรือไม่

---

[326] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments adopted in 2006 Article 17.1: (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures. Retrieved May 28, 2017 from https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

[327] Article 6: American Arbitration Association, International Dispute Resolution Procedures. Retrieved November 23, 2017 from https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pdf

[328] ICC, Rules for a Pre-Arbitration Referee Procedure. Retrieved November 23, 2017 from https://iccwbo.org/publication/rules-pre-arbitral-referee-procedure/

3.3.1 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในส่วนนี้เป็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง และสิงคโปร์

1) ประเทศอังกฤษ

ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ศาลมีอำนาจออกคำสั่งเพื่อช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ[329] (มาตรา 39 และ มาตรา 44) อาทิเช่น การเรียกพยานหลักฐาน การให้เก็บรักษาพยานหลักฐานและการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายยังให้อำนาจในการออกคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยอำนาจเหล่านี้เป็นอำนาจของศาลเว้นแต่คู่พิพาทตกลงไว้เป็นอย่างอื่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการยังบัญญัติให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกับการทำคำชี้ขาด อนึ่งแต่เดิมก่อนที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 จะบังคับใช้เป็นเรื่องยากที่ศาลจะมีส่วนช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ แต่ภายหลังจากการบังคับใช้ปัญหาเรื่องการเข้าช่วยเหลือได้หมดไปเพราะกฎหมายอนุญาตให้ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งเพื่อเป็นการช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ได้มีการแก้ไขกฎหมายรวมถึงข้อบังคับสถาบันด้วยเช่นกัน สาระสำคัญของการแก้ไขคือ นิยามของคณะอนุญาโตตุลาการให้รวมถึง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator)[330] ผู้ซึ่งได้รับการแต่งภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้ โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2017 สาระสำคัญของการแก้ครั้งนี้คือ นิยามของคณะอนุญาโตตุลาการให้รวมถึง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้ จึงถือได้ว่าบทบัญญัติสำคัญนี้ได้ยอมรับคำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทำขึ้นโดยของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) สามารถบังคับได้

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (The U.S. Arbitration Act) หรือที่รู้จักกันในหมู่ผู้ใช้บริการการอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Arbitration Act: FAA) ไม่มีบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

---

[329] Article 39, 44 Arbitration Act 1996

[330] Article 44 (3) Arbitration Act 1996

เพื่อป้องกันในการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ รวมถึงอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (New York Convention) ซึ่งเป็นบทบัญญัติส่วนหนึ่งของ FAA อำนาจศาลที่บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในการอนุญาโตตุลาการมีเพียงการออกคำสั่งบังคับตามคำชี้ขาด และแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหากมีการร้องขอ (มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา มาตรา 206 มาตรา 207) ในประเทศสหรัฐอเมริกาความช่วยเหลือของศาลในการบังคับตามคำชี้ขาดเป็นปัญหาที่ซับซ้อน คดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นการตรวจสอบของศาลมีประเด็นที่ถกเถียงกันในเรื่องอำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่าการกระทำเช่นว่าเป็นการเข้าแทรกแซงผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือเป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญานิวยอร์กได้กันศาลมิให้กระทำการใด ๆ (เว้นแต่การบังคับตามคำชี้ขาด) ก่อนการทำคำชี้ขาดต่างประเทศจะเสร็จสิ้น ด้วยเหตุนี้ศาลแห่งสหพันธรัฐถูกห้ามมิให้อนุญาตคู่พิพาทยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ICDR หน่วยงานต่างประเทศของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association: AAA) แก้ปัญหาประเด็นนี้ให้ง่ายต่อศาลด้วยการบัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตน โดยให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถออกมาในรูปของคำสั่ง หรือ “คำชี้ขาด” (ข้อบังคับข้อที่ 21)[331] จึงสันนิษฐานได้ว่าถ้อยคำภาษาเช่นนี้เพื่อเอื้ออำนวยให้ศาลมีอำนาจพิจารณาภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก

3) ฮ่องกง

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงฉบับใหม่ (The New Ordinance) มีสาระสำคัญประการหนึ่งคือ การลดการแทรกแซงของศาลโดยบทบัญญัติภายใต้กฎหมายใหม่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมากขึ้น การรับเอาบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในฮ่องกงสามารถออกมาตรการชั่วคราว อาทิเช่น การป้องกันรักษาทรัพย์สินหรือพยานหลักฐาน หรือบำรุงรักษาให้อยู่ในสภาพเดิม โดยกฎหมายได้บัญญัติอย่างแจ้งชัดถึงอำนาจนี้รวมถึงการออกคำสั่งห้าม (Injunctions) นอกจากนี้การที่กฎหมายฮ่องกงสอดรับกับกฎหมายต้นแบบคณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งเบื้องต้น (Preliminary Orders) เพื่อป้องกันมิให้คู่พิพาทขัดขวางการออกมาตรการชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่ง ให้หาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่าย ให้หาพยานหลักฐานเพิ่ม หรือให้ส่งคำถามเป็นลายลักษณ์อักษร (Interrogatories)

---

[331] Article 21: American Arbitration Association, International Dispute Resolution Procedures. Retrieved November 23, 2017 from https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pdf.

นอกจากนี้ลักษณะพิเศษของกฎหมายฮ่องกงคือ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งคัดค้านการส่งพยานหลักฐานที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้อยู่ให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการคณะอื่นที่เห็นว่าพยานหลักฐานเช่นว่ามีประโยชน์ต่อการพิจารณาของตน การจำกัดเวลาคู่พิพาทให้ทำตามคำชี้ขาดเพื่อช่วยการบังคับคดีหรือการสั่งการของตน

มาตรา 45[332] กฎหมายให้อำนาจศาลฮ่องกงในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าดำเนินพิจารณาในฮ่องกงหรือนอกฮ่องกงการ อย่างไรก็ตามศาลอาจปฏิเสธไม่ออกคำสั่งนั้นได้หากพิจารณาแล้วว่าเป็นการเหมาะสมกว่าควรให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเช่นว่า นอกจากนี้ศาลฮ่องกงอาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนอกฮ่องกง หาก (1) กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นสามารถออกคำชี้ขาดเพื่อบังคับในฮ่องกง (2) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ขอมีลักษณะหรือรายละเอียดซึ่งสามารถออกได้ในฮ่องกง

กฎหมายฮ่องกงได้เพิ่มบทบัญญัติเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2013 การบังคับตามมาตรการคุ้มครองฉุกเฉิน (Enforcement of Emergency Relief)[333] โดยมาตรา 22A ให้คำนิยามว่าอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) คือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงหรือยอมรับให้ใช้เพื่อออกคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ มาตรา 22B อนุมาตรา (1) ให้อนุญาโตตุลาการฉุกเฉินสามารถออกคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินได้และคำสั่งเช่นว่าสามารถบังคับได้เช่นเดียวกับคำสั่งศาล เพียงแต่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน

4) ประเทศสิงคโปร์

กล่าวได้ว่าโครงสร้างกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์นั้นรับเอากฎหมายต้นแบบ (Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ยกเว้น Chapter VIII (Recognition and Enforcement of Awards) แห่งกฎหมายต้นแบบเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันกับบทบัญญัติ Section 3 (1) แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก ทั้งนี้ประเทศสิงคโปร์ได้มีการแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนในปี ค.ศ. 2010 เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขบทบัญญัติของ

---

[332] Article 45 of Arbitration Ordinance (Cap.609) Retrieved September 7, 2017 from https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609

[333] Part 3A Enforcement of Emergency Relief of Arbitration Ordinance (Cap.609) Retrieved November 24, 2017 from https://www.elegislation gov.hk/hk/cap609>

กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นั้นคือ การให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ โดยกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดในเรื่องนี้ใหม่ในมาตรา 17A (Conditions for Granting Interim Measures) แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สถาบัน SIAC แห่งประเทศสิงคโปร์ ได้แก้ไขข้อบังคับสถาบันของตนในปี ค.ศ. 2011 โดยเพิ่มข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อนุญาตให้คู่พิพาทสามารถยื่นขอแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่พิพาทในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่เมื่อมีการถกเถียงกันอย่างเข้มข้นในประเด็นเรื่องที่ว่าคำชี้ขาดหรือคำสั่งของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) สามารถผูกพันและมีสถานะเหมือนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพื่อแก้ปัญหาในจุดนี้และเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับจึงเป็นเหตุให้ ในปี ค.ศ. 2012 รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อทำให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใด สามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์ มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 2 สาระสำคัญของการแก้ไขคือ นิยามของคณะอนุญาโตตุลาการให้รวมถึง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ผู้ซึ่งได้รับการแต่งภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงกันไว้ หรือภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้

อย่างไรก็ตามภายใต้มาตรา 12A (4)[334] ในกรณีเร่งด่วนและเมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอ กฎหมายได้ให้อำนาจศาลสูงหรือศาลที่มีเขตอำนาจสามารถออกคำสั่งต่าง ๆ ดังปรากฏในมาตรา 12 (1) (c) ถึง (i) ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์คู่กรณีได้ หากศาลเห็นว่าคำร้องเช่นว่าจำเป็นแก่การป้องกันทรัพย์สินหรือพยานหลักฐาน

---

[334] International Arbitration Act Chapter 143A Section 12A (4): If the case is one of urgency, the High Court or a Judge thereof may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders under subsection (2) as the High Court or Judge thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.

3.3.2 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในส่วนนี้เป็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อันได้แก่ประเทศฝรั่งเศส

ภายใต้ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1468 คณะอนุญาโตตุลาการอาจออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหากเห็นว่าเหมาะสม กำหนดเงื่อนไขของมาตรการเช่นว่า และหากจำเป็นให้กำหนดบทลงโทษหากฝ่าฝืนไว้ในคำสั่งดังกล่าว นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ตนมีคำสั่งไปแล้วนั้นได้[335] ทั้งนี้บทบัญญัตินี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับที่บังคับใช้ในปี ค.ศ. 2011 โดยมีสาระสำคัญคือ คณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรสร้างเงื่อนไขใหม่เพื่อแก้ไขหรือเพิ่มมาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งวิธีการเช่นว่านี้ถือเป็นกรณีปกติภายใต้วิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตามกฎหมายบัญญัติให้มีแต่ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจสั่งให้หาหลักประกันทางศาลเนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจดังว่านั้น

ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส ศาลมีอำนาจพิจารณาคำขอคุ้มครองชั่วคราวได้แต่เพียงก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งเกิดขึ้นก่อนคณะอนุญาโตตุลาการได้รับมอบหมาย[336] ในการเข้าถึงวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator Procedures) มีข้อจำกัดหลายประการ ในขณะที่การแทรกแซงจากศาลนั้นทำได้ง่ายกว่าไม่ได้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่พิพาท การยื่นขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลนั้นหากเข้าหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจพิจารณาและสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการก็สามารถยื่นคำขอได้ทันที ส่วนการยื่นผ่านอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) นั้น คู่พิพาทต้องมีข้อตกลงให้ทำเช่นว่านั้นได้

ความรวดเร็วของกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ตอบสนองความต้องการตลาด ถึงแม้สถานะและอำนาจของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ยังไม่แน่นอนในทางอำนาจ

---

[335] Civil Procedure Code Article 1468: The arbitral tribunal may order upon the parties any conservatory or provisional measures that it deems appropriate, set conditions for such measures and, if necessary, attach penalties to such order. However, only courts may order conservatory attachments and judicial security. The arbitral tribunal has the power to amend or add to any provisional or conservatory measure that it has granted.

[336] Civil Procedure Code Article 1468: The constitution of an arbitral tribunal shall be complete upon the arbitrators' acceptance of their mandate. As of that date, the tribunal is seized of the dispute.

พิจารณา แต่กลับตอบโจทย์ความต้องการในแง่ปฏิบัติได้หลายประเด็น ซึ่งถือเป็นวิธีการเดียวที่เป็นรูปธรรมในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในหลายหลายสถานการณ์

ไม่มีบทบัญญัติในประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส และหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งถึงอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) หรือวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator Procedures) ด้วยเหตุนี้ กฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินในการออกคำสั่ง (Emergency Arbitrator's Powers) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวและเปิดช่องให้ยื่นคำขอวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินตามที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ไม่ได้มีอำนาจมากกว่าอนุญาโตตุลาการและไม่อยู่ในสถานะที่สามารถสั่งให้หาหลักประกันทางศาลทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 1468[337]

3.3.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะมุ่งศึกษามาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เพื่อให้เห็นแนวทางปฏิบัติของกฎหมายและสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ จากนั้นนำข้อมูลที่ศึกษาไปวิเคราะห์ในบทที่ 4

1) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต้นแบบ (Interim Measures under Model Law).

ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติไว้ว่าคู่สัญญาหรือคู่พิพาทอาจจะร้องขอต่อศาล[338] หรือต่ออนุญาโตตุลาการ[339] เพื่อขอคุ้มครองชั่วคราวได้ ทั้งนี้กฎหมายบางประเทศถือหลักมาตรา 9 แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ค.ศ. 1985 โดยให้เป็นอำนาจของศาลในการสั่งเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว นอกจากนี้มาตรา 9 ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าการคุ้มครองชั่วคราวต้องเป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท หากแต่มาตรา 9 มิได้บัญญัติว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นว่ามีมาตรการอะไรบ้าง เพียงแต่กำหนดว่าศาลอาจใช้มาตรการเหล่านั้นหากเห็นสมควรหรือตามที่คู่พิพาทตกลงกัน โดยใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ก่อนมีคำชี้ขาดต่อทรัพย์สินพิพาท หรือพยานหลักฐาน หรือเรื่องความลับทางการค้า

---

[337] Diana Paraguacuto-Maheo and Christine Lécuyer-Thieffry, *op. cit.*, p. 112.

[338] UNCITRAL Model Law Article 9.

[339] UNCITRAL Model Law Article 17.

ใน ปี ค.ศ. 2006 กฎหมายต้นแบบได้เพิ่มบทบัญญัติหมวดใหม่ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่เรียกว่า “คำสั่งเบื้องต้น”[340] (Preliminary Orders) ซึ่งเป็นบทบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์ เงื่อนไขการขอและเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง มาตรา 17 (1) อนุญาตอย่างแจ้งชัดให้อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอ เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น มาตรา 17 (2) นิยามคำว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวหมายถึงมาตรการชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสียหายหรือรักษาสภาพให้คงอยู่ของทรัพย์สินก่อนมีคำชี้ขาดถึงที่สุด หรือพยานหลักฐาน หรือเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินต่อไป มาตรา 17A กำหนดเงื่อนไขที่คู่พิพาทฝ่ายร้องขอจักต้องปฏิบัติตามเพื่อขอรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมาตรานี้ถือเป็นต้นแบบให้แก่กฎหมายแห่งท้องถิ่นของประเทศต่าง ๆ สามารถนำไปปรับใช้ มาตรา 17B กำหนดคำสั่งเบื้องต้นและเงื่อนไขการขอคำสั่งเบื้องต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสภาพให้คงอยู่จนกว่าอนุญาโตตุลาการตัดสินคำขอคุ้มครองชั่วคราว มาตรา 17C (4) จำกัดระยะเวลาสำหรับคำสั่งเบื้องต้น 90 วัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขเดียวกันกับการขอคุ้มครองชั่วคราว มาตรา 17C (5) กำหนดว่าคำสั่งเบื้องต้นแม้ผูกพันคู่ความแต่ไม่สามารถบังคับโดยศาล มาตรา 17J บัญญัติว่าศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างกระบวนการพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเสมือนการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นพิจารณาของศาล

2) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA Rules) อนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้[341] ข้อบังคับที่ 25 ให้อำนาจในการสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ 3 เรื่อง คำสั่งแรกให้ผู้เรียกร้องจัดหาหลักประกันเต็มจำนวนหรือเพียงบางส่วนของจำนวนเงินพิพาท คำสั่งที่สองสั่งให้เก็บรักษาหรือป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดแก่ทรัพย์พิพาทในการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งที่สามหมายถึงคำสั่งใดที่มีผลต่อการทำคำชี้ขาด ข้อบังคับที่ 25 ยังได้กล่าวถึงกรณีที่คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการสามารถคงคำบังคับไว้สำหรับผู้ร้องหรือผู้คัดค้าน หรือเพิกถอนคำสั่ง

---

[340] UNCITRAL Model Law Section 2: Preliminary orders. Retrieved November 26, 2017 from https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

[341] LCIA Arbitration Rules Article 25 Interim and Conservatory Measures. Retrieved November 26, 2017 from https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

เช่นว่านั้นเสีย และเรียกให้ฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งต้องวางหลักประกัน ข้อบังคับ LCIA อนุญาตให้คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่จะจำกัดเฉพาะคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่มีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น การแทรกแซงของศาลจะทำได้หลังจากมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแล้วมีเพียงกรณีพิเศษเท่านั้น

วิธีการใหม่ "อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน" (A new “Emergency Arbitrator” Process) ภายใต้ข้อบังคับ LCIA ข้อบังคับที่ 9B[342] ได้บัญญัติในเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินไว้ว่า ในระหว่างรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาล LCIA ขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวทำหน้าที่ชั่วคราวเพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาเร่งด่วน คำร้องเช่นว่านี้มีค่าธรรมเนียมพิเศษตามเงื่อนไขที่อยู่ภายใต้ LCIA ตารางค่าธรรมเนียม ซึ่งจะนับรวมเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายในกระบวนการพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หลังจากคำร้องที่ยื่นไว้ได้รับความเห็นชอบแล้วศาล LCIA จะแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ภายในสามวันและจะพยายามออกคำสั่งคุ้มครองฉุกเฉินไม่น้อยกว่า 14 วันหลังจากได้รับการแต่งตั้ง คำสั่งหรือคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) อาจถูกรับรองได้หลายรูปแบบ อาทิเช่น ถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนตามคำสั่งหรือคำชี้ขาดที่ขึ้นทำโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายหลังแต่งตั้งแล้วเมื่อได้รับคำร้องจากผู้ร้องหรือโดยเอง อย่างไรก็ตามข้อบังคับ LCIA ได้ให้สิทธิแก่คู่พิพาทในการยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ในหลายสถานการณ์ โดยสิทธิเช่นว่าบัญญัติไว้ในข้อบังคับที่ 9.12 และ ข้อบังคับที่ 25.3

3) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) ภายใต้ศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) แบ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวออกเป็นสองประเภท คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราว และมาตรการฉุกเฉิน[343] ข้อบังคับที่ 21(1) ให้ อำนาจชัดแจ้งแก่อนุญาโตตุลาการในการรับคำขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวรวมถึงคำสั่งห้ามชั่วคราวและมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันหรือรักษาทรัพย์สิน

---

[342] LCIA Arbitration Rules Article 9B Emergency Arbitrator. Retrieved November 26, 2017 from www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

[343] LCIA Arbitration Rules Article 9B Emergency Arbitrator. Retrieved November 26, 2017 from www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

นอกจากนี้ข้อบังคับของ ICDR ยังบัญญัติไว้เป็นพิเศษว่าภายใต้ข้อบังคับนี้ห้ามมิให้ยื่นคำร้องคุ้มครองเพื่อป้องกันความเสียหายทรัพย์สินต่อศาล ข้อบังคับที่ 6 เป็นเรื่องกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีความจำเป็นต้องขอคุ้มครองชั่วคราวแต่ยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับข้อนี้จึงบัญญัติกลไกสำหรับประเด็นดังกล่าวโดยให้ยื่นคำร้องขอต่อ “อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน” (Emergency Arbitrator) ซึ่งแต่งตั้งโดย ICDR เพื่อพิจารณาคำร้องเช่นว่า ในคำร้องขอมาตรการฉุกเฉินจักต้องให้เหตุผลว่าเหตุใดมาตรการเช่นนั้นมีความจำเป็นเร่งด่วนและผู้ร้องอยู่ในสถานะยื่นคำร้องมาตรการนี้ได้ นอกจากนี้ผู้ร้องจักต้องบอกกล่าวให้คู่กรณีเกี่ยวข้องทุกฝ่ายทราบถึงการยื่นคำร้องนั้น โดยผู้ร้องจักต้องรับรองโดยสจริตว่าคู่กรณีเกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ทราบถึงการบอกกล่าวเช่นว่านั้นแล้ว ข้อบังคับที่ 6 ได้บัญญัติรายละเอียดกระบวนพิจารณา เริ่มจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ต้องทำภายในหนึ่งวันทำการนับจากรับคำร้อง การเปิดเผยให้ทราบโดยพลันของอนุญาโตตุลาการที่มีผลประโยชน์ขัดกัน การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การกำหนดการพิจารณาฉุกเฉินภายในสองวันทำการ ทั้งนี้ข้อบังคับที่ 6 ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินแก้ไขหรือเพิกถอนคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหากมีเหตุผลที่ดีมาแสดง

4) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง

ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (HKIAC Rules) บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในข้อบังคับที่ 23 เนื้อหาทั้งหมดนำมาจากข้อบังคับที่ 26 ของข้อบังคับ UNCITRAL (UNCITRAL Rules) อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการทำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมีสิทธิตามกฎหมายมากขึ้น เนื่องจากสอดรับกับบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ มาตรา 35 และมาตรา 36 ซึ่งเนื้อหาที่บัญญัตินำมาจากมาตรา 17 และ มาตรา17A แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ปัจจัยที่ใช้ในการตัดสินว่าเพื่อออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น พิจารณาจากความเสียหายที่ผู้ร้องจะได้รับอาจมีมากกว่าเมื่อเทียบกับค่าชดเชยที่มาจากคำชี้ขาดถึงที่สุด ข้อบังคับที่ 23[344] บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งคู่พิพาทให้จัดหาหลักประกันที่เหมาะสมสำหรับกระบวนการพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่สนับสนุนในเรื่องนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 56 (1) (a) แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการ มีคำสั่งเรื่องการป้องกันความเสียหายและการคงสภาพเดิมของทรัพย์สิน เป็นต้น

---

[344] HKIAC Rules Article 23 Interim Measures of Protection and Emergency. Relief Retrieved November 26, 2017 from www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes

สำหรับอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ภายใต้ข้อบังคับ HKIAC มีบทบัญญัติเรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เมื่อมีการยื่นคำร้องขอคุ้มครองฉุกเฉินก่อนการแต่งคณะอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อบังคับที่ 23.1 ส่วนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือมาตรการเร่งด่วนบัญญัติอยู่ในส่วนท้ายที่ Schedule 4[345] อย่างไรก็ตามมีประเด็นเรื่องคำชี้ขาดหรือคำสั่งของอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) สามารถผูกพันและมีสถานะเหมือนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ภายใต้ข้อบังคับ HKIAC ได้บัญญัติไว้คล้ายกับสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของโลก กล่าวคือคู่พิพาทมีข้อตกลงเรื่องคำสั่งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินมีผลผูกพันและจะปฏิบัติตามคำสั่งเช่นว่าโดยไม่ชักช้า

5) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC Rules) บัญญัติไว้ในข้อบังคับที่ 30 และภาคผนวก 1 (Schedule 1)[346] สาระสำคัญของบทบัญญัติคือ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำสั่งหรือคำชี้ขาดเพื่อห้ามหรือออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใดตามที่เห็นควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมอันเกี่ยวเนื่องกับความคุ้มครองที่คู่ฝ่ายนั้นขอมา (Rule 30.1) ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีความประสงค์จะขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง อาจยื่นขอความคุ้มครองเช่นว่าโดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในภาคผนวก 1 (Schedule 1) (Rule 30.2) คำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อขออำนาจศาลพิจารณาก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลง หรือเป็นกรณียกเว้นอื่น ๆ ไม่อาจทำได้ภายใต้ข้อบังคับนี้ (Rule 30.3)

สำหรับหลักเกณฑ์การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินกำหนดไว้ในภาคผนวก 1 (Schedule 1) นั้น สาระสำคัญของหลักเกณฑ์นี้คือ คู่พิพาทที่มีความประสงค์จะขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินอาจยื่นคำร้องหรือแนบคำร้องเช่นว่าพร้อมคำบอกกล่าวมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการ แต่ต้องก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแก่นายทะเบียนและส่งสำเนาคำขอไปยังทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ในคำร้องขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินจักต้องกล่าวถึงลักษณะของการคุ้มครอง เหตุที่คู่พิพาทสมควรได้รับการคุ้มครอง คำรับรองนำส่งสำเนาคำร้องแก่

---

[345] HKIAC Rules Schedule 4 Emergency Arbitrator Procedures. Retrieved November 26, 2017 from www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes

[346] SIAC Rules Rule 30 Interim and Emergency Interim. Relief Retrieved November 26, 2017 from www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016

คู่กรณีเกี่ยวข้องทุกฝ่าย หรือไม่เช่นนั้น คำอธิบายถึงวิธีนำส่งสำเนาคำร้องโดยสุจริตว่าคู่กรณีเกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้ทราบถึงการบอกกล่าวเช่นว่านั้นแล้ว

ประธานจะเป็นผู้พิจารณาให้สถาบัน SIAC รับคำร้องขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ภายในหนึ่งวันหลังจากนายทะเบียนได้รับคำร้องและค่าธรรมเนียมพร้อมเงินมัดจำ ภายหลังจากการได้รับแต่งตั้งสองวันอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) จักต้องจัดทำกำหนดการเพื่อพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวแบบฉุกเฉินโดนพลัน และทำคำสั่งหรือคำชี้ขาดภายใน 14 วันแต่อาจขอให้นายทะเบียนขยายระยะเวลาได้ ซึ่งเป็นกรณียกเว้นให้นายทะเบียนเป็นผู้อนุมัติรูปแบบคำสั่งหรือคำชี้ขาดเสียก่อนอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) จึงสามารถทำคำสั่งหรือคำชี้ขาดได้

6) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ใน ข้อบังคับที่ 28 ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีที่เห็นว่าเหมาะสม เว้นแต่คู่พิพาทตกลงไว้เป็นอย่างอื่น[347] ในขณะเดียวกันข้อบังคับ ICC ก็ให้อนุญาตให้คู่พิพาทที่ต้องการคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยศาล สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ออกคำสั่งเช่นว่านั้นได้แต่ต้องก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับนี้ได้อธิบายเพิ่มเติมว่าคำร้องที่ยื่นต่อศาลไม่เป็นเหตุแห่งการระงับการใช้สิทธิในการอนุญาโตตุลาการ

นับแต่ปี ค.ศ. 1990 หอการค้านานาชาติได้กำหนดวิธีดำเนินการแต่งตั้งผู้ตัดสินเพื่อทำหน้าที่แก้ไขปัญหาเร่งด่วนก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งคนกลางภายใต้ข้อบังคับ ICC นั้นต้องมีข้อตกลงของคู่พิพาทว่าให้ทำเช่นนั้นได้[348] หากมีข้อตกลงเช่นนั้นผู้ตัดสินสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเร่งด่วนเพื่อป้องกันสิทธิหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งและรักษาพยานหลักฐาน ผู้ตัดสินสามารถบังคับให้คู่พิพาทชำระหนี้ หรือดำเนินการตามขั้นตอนที่ระบุไว้ในสัญญารวมทั้งลงนามหรือส่งมอบเอกสาร

---

[347] ICC Rules Article 28: Conservatory and Interim Measures. Retrieved November 27, 2017 from https://iccwbo.org › Dispute resolution services › Arbitration

[348] ICC Pre-Arbitral Referee Rules: Article 4. Retrieved November 27, 2017 from https://iccwbo.org › Dispute resolution services › Pre-arbitral referee

นอกจากนี้ ข้อบังคับหอการค้านานาชาติยังบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไว้ในข้อบังคับที่ 29 และภาคผนวก V (Appendix V)[349] สาระสำคัญของบทบัญญัติคือ เป็นมาตรการที่มีระยะเวลาสั้น เพื่อบรรเทาทุกข์แก่คู่พิพาทที่ไม่สามารถรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ มาตรการใดที่ทำขึ้นจะออกมาในรูปแบบคำสั่งและคำสั่งเช่นว่าอาจถูกแก้ไขโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายหลังจากได้รับการแต่งตั้ง สำหรับขอบเขตการใช้ของข้อบังคับข้อนี้คือคู่พิพาทต้องลงนามในข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและผู้ที่สามารถยื่นคำร้องขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินคือบุคคลผู้ลงนามหรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมาย

3.3.4 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายไทยแตกต่างจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ใน ค.ศ. 2006 และกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่แก้ไขตามอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปในแนวทางเดียวกัน ในประเด็นเรื่องคณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งร้องขอ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกโดยไม่จำเป็นต้องร้องศาลเพียงทางเดียว ในขณะที่ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 อำนาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสำนักอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 ในประเด็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ในระหว่างพิจารณา

1) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (Interim Measures under Arbitration Act 2002)

แม้ว่าบทบัญญัติส่วนใหญ่ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545จะนำมาจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในปี ค.ศ. 2006 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติใหม่ใน หมวดที่ IV มาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น (Chapter IV A. Interim Measures and Preliminary Orders) แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด แต่ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ได้แก้ไขให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการทำคำสั่งมาตรการนี้ได้ การที่กฎหมายยังไม่แก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว ใน

---

[349] ICC Rules Article 29 and Appendix V. Retrieved November 27, 2017 from https://iccwbo.org › Dispute resolution services › Arbitration

ความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ และข้อบังคับที่แก้ไขไปแล้วนั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่ ประเด็นนี้จะอธิบายไว้ในหัวข้อ 4.3 ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ บทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์

มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการบัญญัติไว้ว่า คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นเป็นการพิจารณาของศาล แล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว มาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวรวมถึง การกระทำเพื่อความปลอดภัย ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินการการชะลอคำสั่งซื้อ และรายการทรัพย์สินต่าง ๆ ศาลไทยมีอำนาจตามกฎหมายในการบังคับใช้คำสั่งศาลผ่านสำนักงานบังคับคดีหรือมาตรการการลงโทษบุคคลที่กระทำผิด ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งเช่นว่าเหล่านี้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้

บทบัญญัติในมาตรา 16 ได้วางหลักไว้เช่นเดียวกับ มาตรา 9 เดิมแห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law 1985 Article 9) ก่อนมีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 ซึ่งถือว่าเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวนั้นเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น ซึ่งภายหลังจากมีการแก้ไขกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่ Chapter IV A Interim Measures and Preliminary Orders ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้นได้ แต่สำหรับประเทศไทยแม้ไม่ปรากฏว่าได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ได้แก้ไขเรื่องนี้แล้วโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ในระหว่างพิจารณา ประเทศอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยได้นำมาศึกษาต่างได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนรวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกัน นอกจากนี้ประเทศเหล่านั้นยังมีการเพิ่มเรื่องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เพื่อทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวและเป็นกรณีเร่งด่วน

ส่วนเรื่องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) นั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่องนี้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) หากเกิดเหตุจำเป็นเร่งด่วนคู่พิพาทต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขต

อำนาจ ให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนในกรณีที่ยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในประเด็นนี้ จะขอกล่าวในบทวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

2) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ (TAI) กำหนดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอยู่ในข้อบังคับที่ข้อ 39 โดยกำหนดว่าหากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร การร้องขอตามข้อบังคับนี้วรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน การยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับ การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้ สาระของข้อบังคับให้สิทธิแก่คู่พิพาทในการเลือกว่าจะยื่นคำร้องขอวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนต่อคณะอนุญาโตตุลาการหรือต่อศาล กล่าวได้ว่าข้อบังคับนี้เป็นการให้อำนาจภายหลังจากการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นแล้ว ในกรณีที่คู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ จักต้องยื่นคำร้องต่อศาลเท่านั้น ไม่มีข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองฉุกเฉินโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) แต่อย่างใด

3.3.5 ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการสรุปเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้เนื่องจากเป็นมาตรการที่สำคัญที่ช่วยให้การอนุญาโตตุลาการพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวได้ซึ่งแต่เดิมศาลเท่านั้นที่สามารถออกคำสั่งเช่นว่านั้นได้ ยิ่งไปกว่านั้นประเทศเหล่านี้ได้เพิ่มบทบัญญัติและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแบบฉุกเฉินและการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องยื่นคำร้องต่อ ศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติหรือหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ดังเหตุนี้กฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินในการออกคำสั่ง และเปิดช่องให้ยื่นคำขอวิธีพิจารณาโดย

อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้ร้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม การอนุญาโตตุลาการไทยจึงไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการ ทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ได้แก้ไขเรื่องนี้แล้ว ตารางที่ 3.7 จะเป็นการเปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย สำหรับส่วนวิเคราะห์จะนำเสนอในบทที่ 4

ตารางที่ 3.7 เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

กฎหมาย **กลุ่มประเทศ**	**ก่อนการแต่งตั้ง** **คณะอนุญาโตตุลาการ**	**หลังการแต่งตั้ง** **คณะอนุญาโตตุลาการ**
Model Law	-	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
Common Law		
อังกฤษ	อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
สหรัฐอเมริกา	อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
ฮ่องกง	อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
สิงคโปร์	อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
Civil Law		
ฝรั่งเศส	อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล
ไทย	ศาล	คณะอนุญาโตตุลาการ หรือ ศาล

3.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Public Policy in International Commercial Arbitration)

การค้าระหว่างประเทศได้พัฒนามาหลายศตวรรษ โดยบรรดาพ่อค้านักธุรกิจต่างชื่นชอบความเป็นอิสระและการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ด้วยตัวเอง วิธีปฏิบัติและจารีตนี้เองที่สร้างหลักเกณฑ์ของสัญญาและกฎหมายนายวานิช ประเทศต่าง ๆ ที่เข้าร่วมทำการค้าระหว่างประเทศต่างยึดแนวจารีตและวิธีปฏิบัติเช่นนี้จึงทำให้เกิดเงื่อนไขที่เท่าเทียมกัน รัฐต่าง ๆ อนุญาตให้กลุ่มประชาคมธุรกิจมีอิสระในการกำหนดกฎเกณฑ์ธุรกิจด้วยหลากหลายเหตุผล ซึ่งรวมถึงเหตุเพราะการขาดแคลนกฎหมายที่สามารถตอบสนองความต้องการของการค้าระหว่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยม สาเหตุที่การอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมมากกว่าการพิจารณาคดีในชั้นศาลเพราะคู่พิพาทมีอิสระในการเลือกอนุญาโตตุลาการ สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ วิธีปฏิบัติในการดำเนินกระบวนพิจารณา ดำเนินคดีเป็นความลับ ผลคำตัดสินบังคับได้ทั่วโลก อย่างไรก็ตามการอนุญาโตตุลาการก็มีข้อจำกัด รัฐยังคงสงวนอำนาจในการเข้าแทรกแซงผ่านกฎหมายภายในประเทศและอนุสัญญาต่าง ๆ และคำชี้ขาดที่เกิดจากระบบการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศจะบังคับได้เมื่อผ่านกระบวนการทางศาลเท่านั้น กล่าวได้ว่ารัฐมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการและกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

อนุสัญญานิวยอร์ก มาตรา V ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธชี้ขาดไว้เจ็ดประเด็นซึ่งศาลมีอำนาจในการปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาด[350] ในบรรดาเหตุทั้งเจ็ดประเด็นนั้นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ[351]หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ซึ่งมีหลายรูปแบบ จึงเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบกฎหมายระหว่างประเทศที่เอกชนกำหนดขึ้นและการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) นอกจากเป็นเครื่องมือให้รัฐโดยเป็นข้อจำกัดภายนอกสำหรับบรรดานักธุรกิจระหว่างประเทศ ยังเป็นกลไกที่ทำให้ธุรกรรมการค้าระหว่างประเทศเป็นอิสระจากความเข้มงวดของกฎหมายภายในประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการหรือของรัฐต่างประเทศ

---

[350] The New York Convention: Article V.

[351] Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, *op. cit*.

การที่จะเข้าใจข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอย่างถ่องแท้ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะทราบถึง “นิยามความหมาย” ของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เสียก่อน รากศัพท์ดั่งเดิมของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มาจากภาษาฝรั่งเศสว่า “Ordre Public” ซึ่งในกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 6 ได้บัญญัติคำว่า “Ordre Public”ไว้[352] หากค้นหาความหมายในพจนานุกรมภาษาฝรั่งเศส “Ordre Public”[353] หมายถึง “บทบัญญัติบังคับที่ปกป้ององค์กรของประเทศ เศรษฐกิจ ศีลธรรม สุขภาพ ความปลอดภัย ความสงบของประชาชน สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของแต่ละปักเจกชน ในองค์กรศาลของเรา ผู้พิพากษาศาลแขวงจะเป็นผู้รับผิดชอบเป็นการเฉพาะเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติบังคับเหล่านี้ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาศาลแขวงมีอำนาจยกขึ้นอ้างเองได้และแทรกแซง” ในขณะที่ “Public Policy” เป็นคำที่ใช้กันในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์โดยแปลมาจากภาษาฝรั่งเศส ซึ่งความจริงแล้วมีผู้ทักท้วงว่าไม่ถูกต้องไม่ตรงความหมาย หากค้นหานิยามความหมายในพจนานุกรมกฎหมาย Black’s Law Dictionary “Public Policy” [354] “เป็นนโยบายที่ประกาศโดยรัฐบังคับใช้กับประชาชน โดยที่กฎหมายและนโยบายต่าง ๆ ได้ให้อำนาจรัฐยุติการกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะและมีการกระทำบางอย่างที่อาจไม่เกี่ยวข้องกับสาธารณะโดยตรงแต่เป็นการไม่ดีต่อสาธารณะก็ใช้บังคับไม่ได้เช่นกัน” แต่สิ่งที่ “Ordre Public” กับ “Public Policy” เหมือนกันคือ

---

[352] French Civil Code: Article6. Retrieved August 22, 2018 from www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=450530

[353] Ordre public: This is the set of mandatory rules that affect the organization of the Nation, the economy, morality, health, security, public peace, the rights and fundamental freedoms of each individual. In our judicial organization the magistrates of the Public Ministry are specifically responsible for ensuring compliance with these rules, which is why they have the power to initiate and intervene. Retrieved August 22, 2018 from https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ordre-public.php

[354] Black’s Law Dictionary: Public Policy – “The policies that have been declared by the state that covers the state’s citizens. These laws and policies allow the government to stop any action that is against the publics’ interest. There may not be a specific policy that an action pertains to but if it is not deemed good for the public it will be quashed.”

ปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศหรือยอมรับกฎหมายต่างประเทศที่ขัดกับกฎหมาย ความยุติธรรม และศีลธรรมของประเทศ[355]

สำหรับประเทศไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เดิม) มาตรา 113 (เดิม) จะบัญญัติความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งไม่ได้แปลว่า Public Policy แต่จะหมายความว่า Public Order of Good Moral ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นคำที่มีความหมายกว้างมากและเปลี่ยนไปได้ตามนโยบายรัฐ สภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ ตลอดรวมถึงทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัย จึงกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องยากที่จะให้คำจำกัดความว่ากรณีเช่นใดบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในเรื่องนี้ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ได้อธิบาย “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ว่า “เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมย่อมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้และจะได้คุ้มครองปกปักรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”[356] ดังนั้นความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยส่วนรวม มิใช่เป็นของเอกชนใดเป็นการเฉพาะ สำหรับคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ท่านศาสตราจารย์ ดร. จิ๊ด เศรษฐบุตร ได้อธิบายว่าหมายถึง “ธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม”[357] ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าศีลธรรมอันดีของประชาชนมักเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย เพราะฉะนั้นการใดที่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงไม่อาจเกิดผลทางกฎหมายและไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามนั้นได้

นอกจากนี้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ในมาตรา 8 (9)[358] กำหนดลักษณะเครื่องหมายการค้า

---

[355] M. Forde “The ‘Ordre Public’ Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions,” **The International and Comparative Law Quarterly** 29 (1980): 259–273.

[356] จิ๊ด เศรษฐบุตร **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 27.

[357] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 29.

[358] พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534, **ราชกิจจานุเบกษา** 108 (15 พฤศจิกายน 2534), หน้า 12: มาตรา 8 เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใด

ต้องห้ามมิให้จดทะเบียนที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสโนบาย ซึ่งรากศัพท์ของ “รัฐประศาสโนบาย” นี้ประเทศไทยแปลมาจากภาษาอังกฤษ Public Policy ซึ่งแปลจากภาษาฝรั่งเศส Ordre Public ดังที่อธิบายไว้ข้างต้น แต่บ้างก็แปลแบบง่าย ๆ ว่านโยบายสาธารณะ ทั้งนี้รัฐประศาสโนบายหรือนโยบายแห่งรัฐหรือนโยบายสาธารณะได้บัญญัติไว้อยู่หมวด 6 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[359] หากลองพิจารณาเนื้อหารัฐธรรมนูญจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญให้ทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมโดยเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวว่าจะต้องปกป้องไม่ให้รัฐสูญเสียเงินจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องให้ความเป็นธรรมกับทุกคนภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นการให้ความยุติธรรมเป็น Public Policy ที่สำคัญที่สุด

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นตัวแปรสุดท้ายของกฎหมายที่บ่อยครั้งบัญญัติอยู่ในตัวบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นตัวชี้ความยินยอมหรือการจำกัด การอนุญาตและการห้าม เมื่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญไม่ได้พูดถึงในเรื่องนั้น ๆ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เริ่มจากกฎหมายภายในประเทศของแต่ละรัฐ ซึ่งชี้ให้เห็นมาตรฐานท้องถิ่นหรือกฎที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยคู่สัญญา อยู่นอกหลักอิสระในการทำสัญญาของคู่กรณี[360] ศาลมีบทบาทไม่ว่าจะเป็นผู้ดำเนินพิจารณาหรือผู้บังคับคำชี้ขาด อาจปลดปล่อยคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งจากภาระตามสัญญา หรือบังคับให้มีหน้าที่เพิ่มเติมหากเป็นศีลธรรมและความยุติธรรมขั้นพื้นฐานกำหนดเช่นนั้น หลักนี้อาจยกเลิกสัญญาทั้งหมดหรือข้อสัญญาหรือปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุว่าผิดศีลธรรม ไม่สมเหตุสมผล การประพฤติตัวไม่เหมาะสม สิ่งเหล่านี้เรียกว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy)

ส่วนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) นั้นเกี่ยวเนื่องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) ในแง่ที่ว่ามีหลักเกณฑ์ที่นำเอามาตรฐานหรือกฎที่ใช้ในประเทศมาใช้โดยรัฐที่มีบริบทเกี่ยวข้องระหว่างประเทศ แต่ที่แตกต่างคือประเทศต่าง ๆ มิได้นำข้อจำกัดทั้งหมดในเรื่อง

อย่าง หนึ่งดังต่อไปนี้ ห้ามมิให้รับจดทะเบียน ... (9) เครื่องหมายที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือรัฐประศาสโนบาย

[359] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, **ราชกิจจานุเบกษา** 134 (6 เมษายน 2560), หน้า 17-20.

[360] Mark A. Buchanan, “Public Policy and International Commercial Arbitration,” **American Business Law Journal** 26 (1988): 512.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) มาบังคับใช้ในการค้าระหว่างประเทศอย่างเข้มงวด หากแต่ใช้เท่าที่จำเป็น

สำหรับแนวคิดที่สามของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) คือ หลักที่เกี่ยวกับระหว่างประเทศแท้จริงหรือข้ามประเทศ แนวคิดของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนข้ามชาติ (Transnational Public Policy) เป็นความเห็นพร้อมร่วมกันจนเป็นมาตรฐานสากล หรือเป็นบรรทัดฐานแนวปฏิบัติที่ยอมรับว่าต้องนำมาใช้ ซึ่งมีทั้งข้อจำกัดต่อสาธารณะพร้อมกับความสัมพันธ์และธุรกรรมระหว่างประเทศของเอกชน ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนข้ามชาติมีความใกล้เคียงกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) แต่ก็มีความแตกต่างกันตรงที่แนวคิดของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนข้ามชาติ (Transnational Public Policy) มีความเข้มงวดน้อยกว่า เป็นเรื่องคุณค่าพื้นฐานร่วมกันของประชาคมโลก ในขณะที่ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) มีลักษณะเฉพาะมากกว่า

ระบบกฎหมายเกือบทั่วโลกได้ยอมรับแนวคิดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกฎหมายระหว่างประเทศเอกชน และที่ใช้เหมือนกันมากที่สุดคือ ใช้ปฏิเสธกฎหมายต่างประเทศ หรือแนวปฏิบัติที่แตกต่างจากหลักการพื้นฐานของกฎหมายแห่งรัฐนั้น แนวคิดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีบทบาทสำคัญมากในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากการใช้ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการในธุรกรรมระหว่างประเทศ เป็นเรื่องยากที่จะอธิบายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ เพราะหลักการนี้มีบทบาทที่ใช้กำหนดความเหมาะสมถูกต้องหลายประการ อันได้แก่ ความหมายของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการและเนื้อหาของคำชี้ขาด คู่พิพาทไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตรวจสอบจากศาลแห่งท้องถิ่นด้วยเหตุที่ศาลมักใช้ดุลพินิจในการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดก็ต่อเมื่อคำชี้ขาดนั้นสอดรับกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของประเทศ ด้วยเหตุนี้รัฐไม่ใช่คู่พิพาทที่เป็นผู้ควบคุมการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทุกประเภทขึ้นอยู่กับความหลากหลายของหลักการนี้ในประเทศนั้น ๆ

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา V 2(b) ซึ่งถือว่าเป็นความสำเร็จระดับหนึ่งเพื่อใช้สำหรับการออกคำสั่งศาลของประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาในเรื่องในความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศเอกชน วัตถุประสงค์ในการร่างคือ ต้องการให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะ

อนุญาโตตุลาการมีมาตรฐานเดียวกัน ทั้งนี้มีข้อยกเว้นที่ไม่รับรองหรือไม่บังคับตามคำชี้ขาดอย่างจำกัด และหนึ่งในข้อยกเว้นดังกล่าวคือ การบังคับคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในประเทศที่จะบังคับคำชี้ขาดนั้น

3.4.1 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง และสิงคโปร์

1) ประเทศอังกฤษ

ศาลอังกฤษจะปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยเหตุแห่งการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 103 (3)[361] ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ไม่รับรองหรือไม่บังคับตามคำชี้ขาด อย่างเช่น คณะอนุญาโตตุลาการและการทำคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ รวมทั้งคำชี้ขาดได้มาเพราะการฉ้อฉล หรือเพราะคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน[362]

(1) หลักการสำคัญที่ศาลอังกฤษใช้ในข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีดังนี้[363]

(1.1) ศาลอังกฤษใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างแคบ ศาลอังกฤษโดยหลักแล้วจะบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการและจะใช้อย่างระมัดระวังที่สุด จะไม่ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York

---

[361] Refusal of recognition or enforcement 103 (3) Recognition or enforcement of the award may also be refused if the award is in respect of a matter which is not capable of settlement by arbitration, or if it would be contrary to public policy to recognise or enforce the award.

[362] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันอนุญาโตตุลาการ), หน้า 71.

[363] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 73.

Convention) แต่จะใช้เพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นธรรม และจะใช้ในคดีที่เห็นได้ชัดเจนว่าจะเป็นภัยต่อสาธารณะและจะไม่มีลักษณะที่เป็นผลแปลกประหลาดหรือเกิดขึ้นเพราะความคิดที่ไม่มีเหตุผลของบางคน

(1.2) ศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะตรวจสอบทบทวนเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง

(1.3) ศาลอังกฤษใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยปรับหลักนี้กับคดีแต่ละคดีไป โดยการพิจารณาข้อเท็จจริงตามสถานการณ์ของแต่ละคดีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความรอบคอบระมัดระวัง

(1.4) ศาลอังกฤษย้ำถึงภาระการพิสูจน์อยู่กับผู้ที่เป็นลูกหนี้ตามคำชี้ขาดซึ่งอ้างหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนขึ้นสู้

(2) กรณีที่ศาลอังกฤษใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาของศาลอังกฤษที่เกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีปรากฏอยู่หลายคดี อาทิเช่นคดี Westcare Investment Inc. v Jugoimport SDPR Holding Co., Ltd.[364]. กรณีที่มีการอ้างเหตุความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มีข้อพิพาทเกิดจากสัญญาที่ปรึกษาสำหรับสัญญาจัดหาอาวุธให้คูเวต เพราะมีการผิดสัญญาเรื่องค่าจ้าง โดยมีการนำคดีขึ้นสู่การอนุญาโตตุลาการที่ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และกฎหมายที่ใช้บังคับสัญญาคือกฎหมายสวิส คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีเรื่องการทุจริตให้สินบนตามที่กล่าวอ้าง แต่มีการวิ่งเต้นซึ่งกฎหมายสวิสไม่ถือว่าผิดกฎหมาย มีการคัดค้านคำชี้ขาดแต่ศาลสวิสปฏิเสธการเพิกถอนคำชี้ขาด ฝ่ายชนะคดี Westcare จึงยื่นขอบังคับคำชี้ขาดในประเทศคูเวต ไซปรัส และอังกฤษ ผู้ถูกบังคับคำชี้ขาด Jugoimport ยื่นคำร้องคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดโดยอ้างเรื่องการทุจริต ศาลปฏิเสธคำร้องและให้บังคับตามคำชี้ขาด โดยให้เหตุผลว่าเมื่อมีการยื่นขอให้บังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และมีการอ้างการใช้พยานหลักฐานเท็จ ซึ่งตามปกติศาลจะไม่อนุญาตให้เพิ่มพยานหลักฐาน เว้นแต่เห็นได้ชัดว่าพยานหลักฐานที่เพิ่มมีน้ำหนักที่ส่งผลต่อการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ และพยานหลักฐานนั้นไม่มีการอ้างหรือพบได้ในขณะนั้น พยานหลักฐานที่อ้างต่อศาลคือ ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไปแล้ว แต่ว่าไม่เป็นผล ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ต้องการให้ผลเป็นที่สุดทำให้ศาลอังกฤษไม่ควรอนุญาตให้มีการเสนอพยานหลักฐานนั้นต่อไปในชั้นบังคับคำชี้ขาด หลังจากนั้นมีการยื่นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธ

---

[364] Westcare Investment Inc. v Jugoimport SDPR Holding Co., Ltd. (England and Wales Court of Appeal, 1999)

คำร้องเนื่องจากศาลเห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการขณะบังคับสัญญาไม่ได้ละเมิดหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนของอังกฤษ และเห็นด้วยกับคำตัดสินของศาลสูงที่ปฏิเสธคำคัดค้าน

บทบาทศาลอังกฤษในเรื่องนี้จะเห็นได้จากคดี Abner Soleimnay v Sion Soleimnay[365]. เป็นคดีข้อพิพาทระหว่างบิดาและบุตรในการส่งพรมจากประเทศอิหร่านมายังประเทศอังกฤษโดยฝ่าฝืนกฎหมายภาษีของอิหร่านและการควบคุมการส่งออก คู่พิพาทตกลงให้มีการอนุญาโตตุลาการในลอนดอนโดยใช้กฎหมายยิว อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้บังคับตามสัญญาทั้งที่ขัดต่อกฎหมาย ศาลชั้นต้น (Court of First Instance) อังกฤษก็บังคับตามคำชี้ขาดนั้นเนื่องจากไม่เป็นความผิดตามกฎหมายยิว แต่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) กลับคำตัดสินศาลชั้นต้นโดยเห็นว่าศาลต้องรักษาความสุจริตของกระบวนการระงับข้อพิพาทและไม่ต้องการให้มีการบิดเบือน คู่กรณีไม่สามารถใช้สัญญาเอกชนหรือคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อปกปิดหรือบังคับตามสัญญาที่ผิดกฎหมาย ซึ่งถือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเห็นควรไม่สามารถบังคับคำชี้ขาดได้

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) ไม่ได้บัญญัติว่าข้อพิพาทใดบ้างสามารถระงับได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Arbitrability) แต่กำหนดให้ศาลยุติกระบวนการพิจารณาได้หากพบว่ามีข้อเท็จจริงตามมาตรา 2 และมาตรา 3 กล่าวคือเมื่อมีมูลเหตุทางกฎหมายหรือมีความชอบธรรมในการเพิกถอน และหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้ยื่นขอระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลให้หยุดกระบวนพิจารณาทางศาล เดิมทีกฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (FAA) ไม่ได้กำหนดให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ[366] ซึ่งมีหลายกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) กฎหมายเพียงแต่กำหนดให้ศาลหยุดการพิจารณา แต่เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาได้เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ศาลสหรัฐจึงนำบทบัญญัติอนุสัญญามาบังคับใช้อัตโนมัติและมีอำนาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศ

บทบาทศาลสหรัฐไม่ว่าจะเป็นศาลสหพันธรัฐหรือศาลมลรัฐต่าง ๆ ให้การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมาก นอกจากนี้ศาลสหรัฐมีแนวคิดที่ค่อนข้างอนุรักษ์

---

[365] Abner Soleimnay v Sion Soleimnay (England and Wales Court of Appeal, 1999)

[366] Anusornsena Veena, *op. cit*., p. 23.

นิยม[367] ในเรื่องการแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มานานแล้ว โดยเห็นว่าเป็นเรื่องของคู่พิพาทที่ต้องเป็นไปตามสัญญาระหว่างคู่กรณีโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงและจะตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบ และพยายามสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลมลรัฐต่าง ๆ ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการร้องขอให้พิจารณาคดีหลากหลายที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ[368] บางมลรัฐออกกฎหมายที่มีจุดประสงค์พิเศษเพื่อดึงดูดการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศรวมถึงเมืองสำคัญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการ อย่างเช่น นิวยอร์ก มลรัฐอื่น ๆ อย่างมลรัฐฟลอริด้าก็มีความพยายามสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น โดยให้เมืองไมอามี่เป็นสถานที่ระงับข้อพิพาทระหว่างกลุ่มธุรกิจในแถบคาริบเบียน อเมริกากลาง อเมริกาใต้ กับกลุ่มธุรกิจสหรัฐอเมริกาและศาลฟลอริด้าก็ให้การสนับสนุน[369]

คดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าแนวคิดศาลในเรื่องความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) คือ คดี American Construction Machinery & Equipment Corporation, Ltd. v. Mechanised Construction of Pakistan Ltd.[370] ผู้คัดค้านคำชี้ขาดอ้างเหตุแห่งการปฏิเสธคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา V (2) (b) ว่าการยอมรับและบังคับคำชี้ขาดเป็นการขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลแขวงใต้นิวยอร์กปฏิเสธคำคัดค้านและให้บังคับตามคำชี้ขาดเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าศาลปากีสถานพิพากษาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการหอการค้านานาชาติไม่สมบูรณ์แทนที่จะเพิกถอนคำชี้ขาด

---

[367] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 54.

[368] Judith Kaye and S. I. Strong, “International Commercial Arbitration Coming to a Courthouse Near You,” **The Judges’ Journal** 53 (Summer 2014): 21.

[369] Miami’s International Commercial Arbitration Court: “What It Is and How to Get There” Retrieved April 27, 2018 from https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec26aff2-1fc4-4b0f-b82f...

[370] American Construction Machinery & Equipment Corporation, Ltd. v. Mechanised Construction of Pakistan Ltd. (United States District Court, S.D. New York, 1987)

นอกจากนี้ในคดี Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale De L'industrie Du Papier (Rakta)[371] ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนการบังคับคำชี้ขาดที่เป็นไปตามข้อบังคับหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) แสดงให้เห็นแนวคิดศาลที่เป็นไปตามอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ที่สนับสนุนการบังคับคำชี้คาดของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนว่า[372] ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการตามข้อต่อสู้ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ต่อเมื่อแนวความคิดที่เป็นพื้นฐานหรือรากฐานของรัฐที่เกี่ยวกับศีลธรรมและความยุติธรรมของประเทศที่จะบังคับนั้น การจะแปลความข้อต่อสู้ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เพื่อเป็นเครื่องมือในการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศน่าจะทำลายประโยชน์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) อย่างรุนแรง

จากตัวอย่างคดีข้างต้นกล่าวได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาได้ใช้แนวคิดที่ค่อนข้างจำกัดในเรื่องข้อต่อสู้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) และเห็นได้ชัดว่าการแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของศาลแห่งรัฐโดยอาศัยเหตุผลเรื่องนี้ควรกระทำให้น้อยที่สุดและควรตีความหลักการนี้อย่างแคบ

3) ฮ่องกง

กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ค.ศ. 2011 (Arbitration Ordinance (Cap.609) มาตรา 89[373] ได้กำหนดเหตุในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดไปในแนวทางเดียวกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 ภายหลังจากฮ่องกงได้อำนาจอธิปไตยคืนจากสหราชอาณาจักรและกลับสู่การปกครองของสาธารณรัฐประชาชนจีน รัฐบาลจีนยังคงให้ฮ่องกงผนวกอนุสัญญานิวยอร์กใช้บังคับต่อไปได้ โดยศาลฮ่องกงยังคงใช้มาตรฐานเดียวกันกับมาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ในการตรวจสอบคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นที่สาธารณรัฐประชาชนจีนและฮ่องกง ทั้งนี้รวมถึงการใช้ข้อยกเว้นในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

---

[371] Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale De L'industrie Du Papier (Rakta) (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1974)

[372] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ,** หน้า 55.

[373] Arbitration Ordinance (Cap.609) Section 89 Refusal of enforcement of Convention awards Retrieved April 27, 2018 from https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609

แนวทางปฏิบัติของศาลฮ่องกงเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ กล่าวคือศาลฮ่องกงใช้ข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบ ในคดี Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.[374] ศาลฮ่องกงปฏิเสธคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแห่งสถาบัน CIETAC ด้วยเหตุผลคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ตรวจสอบรายงานเช่นว่านั้น ศาลได้ชี้ว่ากระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบนั้นต้องร้ายแรงเสียจนศาลควรปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด ข้อต่อสู้ของ Klockner ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) นั้น เมื่อผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองไม่สามารถนำเสนอพยานหลักฐานและข้อต่อสู้ของตนในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ศาลจึงไม่พิจารณาในประเด็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ศาลให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าการใช้ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ต้องตีความอย่างแคบ ดังนั้นคดีนี้จึงไม่เกี่ยวกับประเด็นนี้

อีกคดีหนึ่ง Zhejiang Province Garment Import and Export Co. v. Siemssen & Co (Hong Kong) Trading Ltd.[375] ศาลฮ่องกงปฏิเสธข้อต่อสู้ของผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) คดีนี้เป็นคดีที่เกี่ยวกับการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการแห่งสถาบัน CIETAC ซึ่งตัดสินให้ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องชดใช้เงินแก่ผู้ชนะคดีในการที่ได้ชำระภาษีศุลกากรไป ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต่อสู้ว่าคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของฮ่องกงเพราะเท่ากับว่า ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องจ่ายภาษีให้แก่ประเทศต่างชาติ ศาลชี้ว่าส่วนหนึ่งของภาษีศุลกากรสามารถขอคืนได้หากผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดปฏิบัติตามภาระในสัญญา แต่เพราะผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญาโดยสิ้นเชิง จึงทำให้ผู้ชนะคดีไม่สามารถขอคืนภาษีจากกรมศุลกากรจีนได้ คำชี้ขาดนี้กำหนดให้ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ชนะคดี ดังนั้นคำชี้ขาดจึงไม่มีประเด็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เข้ามาเกี่ยวข้อง

จากคดีตัวอย่างที่ได้นำเสนอแสดงให้เห็นแนวปฏิบัติของศาลฮ่องกงการใช้ข้อยกเว้นในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ว่า ศาลฮ่องกงจะนำ

---

[374] Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd. (Supreme Court of Hong Kong, 1993)

[375] Zhejiang Province Garment Import and Export Co. v. Siemssen & Co (Hong Kong) Trading Ltd. (Supreme Court of Hong Kong, 1992)

หลักเรื่องนี้มาใช้อย่างจำกัดและตีความอย่างแคบ และสนับสนุนการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดที่สอดรับกับบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

4) ประเทศสิงคโปร์

กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act – Chapter 143A) ได้ยกร่างขึ้นตามบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อให้สอดรับกับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) สำหรับเหตุแห่งการปฏิเสธการรับรองและการบังคับคำชี้ขาดเพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) นั้นได้มีการบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้น กล่าวคือการเพิกถอนคำชี้ขาดและการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดยังมีแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ เพียงแต่ในทางปฏิบัติทำได้อย่างจำกัด โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 31 (4)(b)[376] การปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากเป็นเรื่องขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติศาลสิงคโปร์ มีแนวคิดในเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) คือ[377] หลักที่ศาลควรรับรองความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในฐานะเป็นเรื่องอัธยาศัยไมตรีระหว่างชาติ และทำให้เกิดผลบังคับ เว้นแต่การทำเช่นนั้นจะเป็นการขัดต่อความคิดทางด้านศีลธรรมและความยุติธรรมที่เป็นรากฐานเป็นอย่างยิ่ง ในทางปฏิบัติปรากฏว่ายังไม่เคยมีคดีที่ศาลสิงคโปร์ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

ในคดี Hainan Machinery Import & Export Corp. v. Donald & McArthy Pte. Ltd.[378] คดีนี้ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดได้อ้างเหตุเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เพื่อให้ศาลปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเนื่องจากการอนุญาโตตุลาการไม่ได้พิจารณาชี้ขาดเรื่องที่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี หากบังคับคำชี้ขาดย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ร้องและเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามมาตรา 31 (4) กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลได้ปฏิเสธคำร้องโดยให้เหตุผลว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ไม่ได้ต้องการให้ศาลปฏิเสธการบังคับ

---

[376] International Arbitration Act – Chapter 143A Section 31. Retrieved April 27, 2018 from https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994?ViewType=Pdf&_=20170718125413

[377] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 55.

[378] Hainan Machinery Import & Export Corp. v. Donald & McArthy Pte. Ltd. (Singapore High Court, 1995)

คำชี้ขาด หากไม่มีการกล่าวอ้างเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการฉ้อฉล และการบังคับคำชี้ขาดไม่น่าจะทำความเสียหายต่อผลประโยชน์สาธารณะ หลักอัธยาศัยไมตรีระหว่างชาติหรือหลักการปฏิบัติถ้อยทีถอยอาศัยต่อกัน (Comity of Nations) ต้องการให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้รับการยอมรับและการบังคับตามความเหมาะสม เว้นแต่มีสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นเกิดขึ้น และหากให้ศาลพิจารณาในประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวอ้างย่อมเป็นการให้ศาลเข้าแทรกแซงบทบาทอนุญาโตตุลาการศาลจึงปฏิเสธ

คำพิพากษาในคดี Aloe Vera America, Inc. v. Asianic Food (S) Pte Ltd. and another[379] เป็นแนวทางคล้ายกับคดีแรก ในคดีนี้มีการคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นที่มลรัฐอริโซนา ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยที่มิได้ขอเพิกถอนต่อศาลที่มลรัฐนี้แต่อย่างใด ต่อมาผู้ชนะคดีได้นำคำชี้ขาดมายื่นต่อศาลสิงคโปร์เพื่อออกคำบังคับ ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดยื่นคัดค้านโดยอ้างคำชี้ขาดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) แต่ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุน ศาลปฏิเสธคำร้องและอธิบายว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ที่ใช้กับการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศเป็นหลักที่ศาลควรรับรองความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในฐานะเป็นเรื่องอัธยาศัยไมตรีระหว่างชาติและทำให้คำชี้ขาดนั้นเกิดผล เว้นเสียแต่ว่าการกระทำเช่นนั้นจะขัดต่อแนวคิดเรื่องศีลธรรมและความยุติธรรมที่เป็นรากฐานของประเทศ

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างที่ได้นำเสนอ กล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติของศาลสิงคโปร์เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ต้องเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ข้อยกเว้นที่ทำให้ศาลปฏิเสธบังคับคำชี้ขาด และคำชี้ขาดนั้นฝ่าฝืนแนวคิดทางศีลธรรมและความยุติธรรม หรือทำความเสียหายต่อผลประโยชน์สาธารณะ

---

[379] Aloe Vera America, Inc. v. Asianic Food (S) Pte Ltd. and another (Singapore High Court, 2006)

3.4.2 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส

แนวคิดเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบนั้นเกิดขึ้นในระบบซีวิลลอว์ จากกฎหมายภายในโดยเป็นหลักที่บังคับ (Mandatory Rules) และหลักกฎหมายที่บังคับนี้เป็นหลักที่ประชาคมยุโรปโดยอนุสัญญาโรมได้เคยให้คำนิยามว่าเป็นหลักกฎหมายที่ไม่สามารถยกเว้นโดยการทำสัญญา หลักที่ใช้บังคับดูเหมือนเชื่อมโยงกับแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) และคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่ปฏิบัติตามหลักบังคับอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)[380] ดังได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.1.6 กฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา1442 - มาตรา 1527 (French Code of Civil Procedure Book IV Arbitration: CCP Articles 1442-1527) โดยมาตรา 1504 ถึง มาตรา 1527 เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

มาตรา 1492 (5) และ มาตรา 1520 (5) เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงแนวคิดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยที่มาตรา 1492 (5)[381] บัญญัติเกี่ยวกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการภายในประเทศที่สามารถถูกเพิกถอนได้หากขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Domestic Public Policy) ส่วนมาตรา 1520 (5)[382] เป็นเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศโดยกำหนดว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอาจถูกปฏิเสธการยอมรับและการบังคับได้ หากการรับรองหรือการบังคับตามเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public

---

[380] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 42

[381] French Code of Civil Procedure Book IV Arbitration: CCP Article 1492. Retrieved April 27, 2018 from www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ ARBITRATION.pdf

[382] French Code of Civil Procedure Book IV Arbitration: CCP Article 1520. Retrieved April 27, 2018 from www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ ARBITRATION.pdf

Policy) โดยศาลอุทธรณ์ปารีสได้อธิบายว่า[383] มาตรา 1520 (5) หมายถึงแนวคิดฝรั่งเศสในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ซึ่งไม่สามารถฝ่าฝืนได้ สภาพความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) อาจมีวิวัฒนาการหรือความเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา จึงควรพิจารณาเรื่องนี้ในขณะที่มีการขอให้รับรองหรือการบังคับคำชี้ขาด ทั้งนี้คำชี้ขาดซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ในขณะที่ทำคำชี้ขาดนั้นแต่อาจถือว่าเป็นไปตามหลักนี้ได้ในขณะที่มีการยื่นคำขอให้มีการบังคับ

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) มีความหมายแคบกว่าหลักการที่ใช้ภายในประเทศ อย่างไรก็ตามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ถือเป็นส่วนหนึ่งของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Public Policy) กล่าวคือ บางเรื่องอาจเข้าเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) แต่ไม่เป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) และในทางกลับกันเรื่องที่ไม่เป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) ก็ไม่สามารถเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ได้เลย[384]

ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส มีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) โดยด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) กำหนดคำชี้ขาดในเรื่องใดบ้างที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและสามารถยื่นคัดค้านต่อศาลฝรั่งเศสได้ อาทิเช่น เป็นกรณีเกี่ยวกับสินบน กรณีเข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า โดยเฉพาะกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป กรณีเข้าหลักเกณฑ์กฎหมายล้มละลายเมื่อมีการฟ้องคดีบุคคลที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาจะต้องหยุดพัก เป็นต้น ส่วนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่สามารถยื่นคัดค้านได้ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากคำชี้ขาดเช่นว่าฝ่าฝืนหลักเกณฑ์

---

[383] Fouchard Gaillard Goldman, **International Commercial Arbitration**, (The Hague, Netherlands: Kuwer Law International, 1999), p. 842.

[384] *Ibid.*, p. 860.

พิจารณาขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา อันได้แก่ความเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่คู่พิพาท หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบร่วมกันภายในคณะอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบ

แนวทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสใช้หลักเหล่านี้อย่างเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาด และบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ดังเช่นในคดี Linde AG v. Halyvourgiki AE[385] คดีนี้ผู้คัดค้าน (Linde AG) ยื่นคัดค้านคำชี้ขาดโดยอ้างว่า การตีความของคณะอนุญาโตตุลาการในประเด็นการปฏิบัติตามสัญญาได้ฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป (European Union competition law) และขอให้ศาลอุทธรณ์ปารีสเพิกถอนคำชี้ขาด ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ของฝรั่งเศส ศาลอุทธรณ์ปารีสให้ความเห็นว่าศาลมีหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยคำชี้ขาดที่ยื่นต่อศาลทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง แต่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการข้อโต้แย้งในประเด็นเรื่องกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประชาคมยุโรป (European Union Competition Law) มิได้มีการหยิบยกขึ้นมา จึงไม่เป็นประโยชน์ที่ศาลจะระงับข้อพิพาทในประเด็นที่มิได้กล่าวอ้างต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลอุทธรณ์ปารีสจึงสรุปว่าผู้คัดค้านไม่ได้แสดงให้เห็นว่าการฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) นั้นเป็นเรื่องที่ชัดแจ้ง เห็นผล และเป็นจริง (“Flagrant, Effective and Concrete”)

อย่างไรก็ตามสำหรับคดี European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.[386] เป็นคดีที่ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสได้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในคดีนี้ผู้คัดค้านได้ยื่นคัดค้านคำชี้ขาดโดยอ้างว่าคำชี้ขาดได้ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ในสองประเด็น ประเด็นแรกเพราะเหตุสนับสนุนสัญญาจัดซื้อที่มีจุดประสงค์พิเศษผ่านอำนาจครอบงำการติดสินบน (เป็นการต่อสู้ด้านสารบัญญัติในเรื่องของสัญญา) และประเด็นที่สองคือ คำชี้ขาดนั้นทำขึ้นจากพยานหลักฐานเท็จเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ผู้ชนะคดีตามคำชี้ขาดยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ (เป็นการต่อสู้ด้านวิธีสบัญญัติในเรื่องของกระบวนพิจารณาภายใต้หลักฐานเท็จ) เมื่อศาลได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในชั้นอนุญาโตตุลาการและในชั้นศาลไม่มีพยานหลักฐานการทุจริตในประเด็นแรกจึงยกคำร้อง แต่พบว่าข้อเท็จจริงในประเด็นที่สอง คือ มีประเด็นเรื่องอำนาจครอบงำการติดสินบนทำให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้

---

[385] Linde AG v. Halyvourgiki AE (Paris Regional Court of Appeal, 2009)

[386] European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.(Paris Regional Court of Appeal, 1993)

ขาดเอื้อประโยชน์กับเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาด จึงปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด ซึ่งคดีนี้ถือเป็นการต่อสู้ทั้งเรื่องด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy)

3.4.3 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law)

ด้วยเหตุที่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ใช้หลักการจำกัดการเข้าแทรกแซงของศาลและลดบทบาทศาลเป็นเพียงการกำกับดูแลและให้ความช่วยเหลือ (Supervision and Assistance of the Courts) และพยายามบัญญัติให้มีนิยามชัดแจ้งเพื่อทำให้เกิดความสมดุลกับการคบคุมและกำกับดูแลของศาลที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ มาตรา 5 แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติว่า “ศาลจะไม่แทรกแซงในเรื่องที่กฎหมายต้นแบบใช้บังคับเว้นแต่มีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้นศาลแห่งรัฐจะเข้าแทรกแซงกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการต่อเมื่อมีเหตุดังที่บัญญัติในกฎหมายต้นแบบ มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ มาตรา 36 แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกัน

โดยมาตรา 36 (1)(a) เป็นเหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์ในเรื่องความสามารถของคู่พิพาท ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ กระบวนพิจารณามิชอบ องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และคำชี้ขาดไม่มีผลผูกพันหรือถูกเพิกถอนโดยศาลอื่นที่มีเขตอำนาจพิจารณา และมาตรา 36 (1)(b) บัญญัติเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ มีสองหลักเกณฑ์ คือ หากคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายแห่งรัฐนั้น (The Awards is not capable of settlement by Arbitration under the law of this State) และการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งรัฐนั้น (The Award would be contrary to the Public Policy of this State)

นอกจากมาตรา 36 (1)(b) จะให้อำนาจศาลในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเพราะเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 34 (2) (b) (ii) ก็ให้อำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดได้ด้วยหากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)[387] อนึ่งการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ประเทศที่ทำคำชี้ขาดและศาลประเทศที่บังคับคำชี้ขาดต่างมีอำนาจตรวจสอบ สำหรับการตรวจสอบคำชี้ขาดในประเทศที่ทำคำชี้ขาดเป็น

---

[387] UNCITRAL Model Law Article 34 (2) (b) (ii): the award is in conflict with the public policy of this State.

กระบวนการที่เรียกว่า “การเพิกถอนคำชี้ขาด” ส่วนการตรวจสอบคำชี้ขาดในประเทศที่บังคับคำชี้ขาดนั้นเป็นกระบวนการที่เรียกว่า “การบังคับคำชี้ขาด” การที่อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ให้อำนาจศาลทั้งสองประเทศมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดได้ ทำให้เกิดปัญหาได้ว่า ศาลทั้งสองประเทศอาจวินิจฉัยต่างกันเพราะเหตุแห่งการเพิกถอนของประเทศที่ทำคำชี้ขาดต่างกับเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด ซึ่งปัญหานี้ได้รับการแก้ไขโดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติเหตุที่ศาลจะเพิกถอนตามมาตรา 34 ไว้เหมือนกับเหตุที่ศาลจะปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดตามมาตรา 36 ซึ่งเป็นไปตามมาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

เนื่องจากหลักแนวคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีความแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ประสิทธิภาพการบังคับคำชี้ขาดจึงขึ้นอยู่กับการใช้หลักเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากศาลแปลความอย่างกว้างโอกาสที่จะบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการก็จะน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งต้องผ่านการตรวจสอบอย่างน้อยสองประเทศ แม้บทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จะไม่ได้จำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) แต่แนวการแปลความของศาลต่าง ๆ กลับจำแนกและการแปลความจะแตกต่างกัน กล่าวคือกรณีการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ ศาลจะแปลกว้างอย่างไรก็ได้เพราะไม่กระทบต่อหลักสากลและคำชี้ขาดภายในประเทศไม่อยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่สำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งตกอยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) หากศาลจะแปลความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยใช้เกณฑ์ในประเทศก็จะทำให้คำชี้ขาดต่างประเทศต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ภายในประเทศซึ่งน่าจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ดังนั้นศาลประเทศต่าง ๆ จึงมักจะแปลความคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบโดยถือเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ

3.4.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ภายใต้กฎหมายไทย

แม้ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มาตรฐานสากลเนื่องจากยกร่างตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และการเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยกำหนดเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเหตุที่ว่าการบังคับคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อยู่ในมาตรา 40 วรรคสาม (2)(ข) ซึ่งเหมือนกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 34 (2)(b)(ii) และบทบัญญัติเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดเนื่องจากขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามมาตรา 44 ซึ่งเหมือนกับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาตรา V 2 (b) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 (1)(b)(ii) แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ค่อยมีความชัดเจนแน่นนอนนัก แม้ว่าโดยทั่วไปศาลค่อนข้างสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแต่ในบางคดีมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลไทยมักปฏิเสธการรับรองการบังคับคำชี้ขาดที่มีผลกระทบต่อผลส่วนได้เสียของรัฐและศาลไทยมักตรวจสอบเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยตรวจสอบการกระทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เป็นคดี และตรวจสอบหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายถูกต้องหรือไม่[388] การที่มาตรา 40 มิได้ระบุว่าใช้บังคับกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้นหรือใช้กับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นนอกประเทศด้วย ด้วยเหตุนี้จึงเป็นประเด็นที่มีการหยิบยกขึ้นถึงการใช้บังคับว่าจะใช้เพิกถอนคำชี้ขาดที่ทำขึ้นภายในประเทศที่มีลักษณะเป็นภายในโดยแท้จริง กล่าวคือ คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นคนไทย กฎหมายที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายไทยและไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับต่างประเทศ หรือใช้กับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ทำขึ้นในประเทศไทยและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ฎ.13534/2556 เป็นกรณีศาลไทยกับอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในคดีนี้ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ทำสัญญาซื้อสินค้าจากผู้คัดค้านซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศไทย โดยมีข้อตกลงให้ชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมนี ต่อมาผู้คัดค้านผิดสัญญาส่งสินค้าให้แก่ผู้ร้องไม่ครบจำนวน ผู้ร้องจึงนำข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการสมาคมการค้าส่งและการค้า

---

[388] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 85.

ระหว่างประเทศแห่งตลาดหลักทรัพย์ฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนีมีคำชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชำระเงิน และนำคำชี้ขาดมาขอบังคับให้ผู้คัดค้านชำระหนี้ต่อศาลในประเทศไทย ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านและคำร้องแย้งขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว กรณีนี้แม้มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะบัญญัติถึงเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดไว้เฉพาะตามวรรคสาม (1) (ก) ถึง (จ) โดยไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงอำนาจของศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศหรือที่ทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 43 (1) ถึง (6) ที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด

ลักษณะของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแสดงว่า ในกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่หากปรากฏว่ามีเหตุหนึ่งเหตุใดเข้าลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 หรือมาตรา 43 แล้ว ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดหรือมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการนั้น แต่เหตุที่มาตรา 40 มิได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศเหมือนดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ก็น่าจะเป็นการเปิดโอกาสในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวเพื่อให้มีการใช้อำนาจศาลให้เหมาะสมสอดคล้องกับข้อตกลงหรืออนุสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ ตามหลักการปฏิบัติอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัยต่อกัน เพื่อไม่ให้ส่งผลให้เกิดปัญหาการขัดกันของการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศภาคีสมาชิก โดยเฉพาะคำชี้ขาดในคดีนี้เป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของเมืองฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนี ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการซื้อสินค้าอันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศเยอรมนีและประเทศไทยต่างเป็นประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ซึ่งมีขอบเขตการใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นแม้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามมาตรา 9 แต่เมื่อปรากฏว่าข้อพิพาทในคดีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก การรับคำร้องแย้งของผู้คัดค้านไว้จึงไม่เป็นการสะดวกเพราะจะไม่สอดคล้องกับการอนุวัตรการตามอนุสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธะผูกพันต่อประเทศภาคีสมาชิก คำร้องแย้งของผู้คัดค้านจึงไม่เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาฉบับนี้จะเห็นว่าไม่ได้ระบุว่าศาลไทยไม่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในต่างประเทศแต่ให้พิจารณาเรื่องอื่น ๆ ประกอบด้วย

อาทิเช่น พิจารณาว่าประเทศไทยมีความผูกพันตามสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ที่ให้ศาลไทยมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้ โดยยึดหลักการปฏิบัติอย่างถ้อยทีถ้อยอาศัยต่อกันเพื่อไม่ให้ส่งผลให้เกิดปัญหาการขัดกันของการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศภาคีสมาชิก

คดีต่อมาคำพิพากษาของศาลฎีกามีความชัดเจนกว่าคดีแรกโดยระบุว่าศาลไทยไม่มีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับนานาประเทศในการตรวจสอบคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการทำได้เฉพาะคำชี้ขาดที่ทำในประเทศของตนว่าถูกต้องหรือไม่ คดีที่ ฎ.9476/2558 คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการแห่งวาเรน - แฟร์ไอน์ แดร์ ฮามบัวร์เกอร์ เบอร์เซ อี.วี. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 40 ถึงมาตรา 44 เห็นได้แจ้งชัดว่า คู่พิพาทอาจร้องขอต่อศาลประเทศไทยที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้ และศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดนั้นให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 หรือคู่พิพาทซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้กระทำขึ้นในต่างประเทศอาจขอให้ศาลประเทศไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวหากสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 43 (1) ถึง (6) บัญญัติได้เท่านั้น แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลไทยที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศ การร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจึงต้องร้องขอต่อศาลในประเทศที่คำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการได้กระทำขึ้นเท่านั้น สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 5 (1) (อี) ในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติหรือ “UNCITRAL Model Law” ที่กำหนดไว้ใน Article 34 และ 36 การเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 40 นั้นเฉพาะศาลที่มีการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาลเท่านั้นที่อาจพิพากษาเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นผู้คัดค้านจึงไม่อาจยื่นคำร้องขอแย้งให้

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวซึ่งเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำขึ้นในต่างประเทศได้

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาแนวปฏิบัติเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 40 นี้น่าจะคลี่คลายลงได้เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้มาตรา 40 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จึงน่าจะขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศออกไปได้

สำหรับแนวทางปฏิบัติของศาลไทยในการใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในการเพิกถอนหรือการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด จากการศึกษาคำพิพากษาสามารถสรุปได้ดังนี้[389]

1) ไม่มีการให้คำนิยามคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในการพิพากษาคดีของศาลไทยในศาลยุติธรรมในทุกคดีไม่ได้ให้คำนิยามคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีและพิพากษาตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในแต่ละคดีไป

2) ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระดับภายในประเทศและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระดับระหว่างประเทศหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระดับข้ามชาติ

3) ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นในเรื่องการตรวจสอบการดำเนินคดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ ศาลยุติธรรมในบางคดีเข้าไปตรวจสอบการรับฟังพยานหลักฐาน แต่ในบางคดีศาลก็ไม่เข้าไปตรวจสอบ จึงไม่ค่อยมีความสอดคล้องกันในทางปฏิบัตินัก

4) ไม่มีการแบ่งแยกความสงบเรียบร้อยของประชาชนในด้านเนื้อหาหรือวิธีพิจารณา ศาลไทยไม่ได้แบ่งแยกหรือระบุในคำพิพากษาว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการที่เป็นปัญหาเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทางด้านสารบัญญัติซึ่งเป็นด้านเนื้อหาสาระของคำชี้ขาด หรือทางด้านวิธีสบัญญัติเนื่องจากมีการกระทำที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีพิพาท แต่ได้พิพากษาไปเลย

5) หากไม่มีความผิดปกติในการอนุญาโตตุลาการศาลไทยจะรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ หากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

---

[389] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 88.

อนุญาโตตุลาการเกิดจากการกระทำในอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ เป็นการใช้ดุลยพินิจของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ไม่มีความผิดปกติในการดำเนินกระบวนพิจารณา ย่อมใช้บังคับได้

ในกรณีที่เป็นการรับรองหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลไทยมักไม่ตรวจสอบรายละเอียดมากนัก และมักวางหลักว่าหากการอนุญาโตตุลาการได้ทำโดยถูกต้องตามกฎหมายและขั้นตอนในการอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดย่อมใช้บังคับได้ ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลไทยบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศดังปรากฏ ฎ.13534/2556 และ ฎ.9476/2558 ที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไป แต่ในกรณีที่ศาลไทยปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13535/2556 ผู้ร้องเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนประเภทบริษัทมหาชนจำกัด ผู้คัดค้านเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศบาฮามาส ผู้ร้องยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการต่อศาลล้มละลายกลาง ศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของผู้ร้อง และศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการของผู้ร้องและให้ผู้ร้องบริหารแผนและยกเลิกการฟื้นฟูกิจการของผู้ร้อง ระหว่างนั้นอันเป็นช่วงเวลาที่ผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ผู้ร้องและผู้คัดค้านทำสัญญาซื้อขายปูนซีเมนต์เม็ดโดยมีข้อตกลงให้นำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ภายใต้กฎการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติและให้ใช้กฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์บังคับแก่สัญญา ต่อมาผู้คัดค้านอ้างว่า ผู้ร้องผิดสัญญาจึงนำข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ชี้ขาดว่า ผู้ร้องเป็นฝ่ายผิดสัญญาและให้ผู้ร้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้คัดค้าน โดยระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

ผู้คัดค้านทราบว่าผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการตามคำสั่งของศาลล้มละลายกลาง แต่ผู้คัดค้านมิได้ยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาลล้มละลายกลาง ดังนี้ แม้การเสนอข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ชี้ขาดนั้นจะเป็นการดำเนินการไปตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาซื้อขายปูนซีเมนต์เม็ดระหว่างผู้ร้องและผู้คัดค้าน ซึ่งต้องดำเนินการไปตามข้อกำหนดเพื่อการอ้างอิง (Term of Reference) ของอนุญาโตตุลาการและกฎหมายภายในของประเทศสิงคโปร์และมีผลผูกพันผู้ร้องและผู้คัดค้านที่จะต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว แต่การที่ผู้คัดค้านจะนำเอาผลคำวินิจฉัยชี้ขาดมาบังคับแก่ทรัพย์สินของผู้ร้องซึ่งเป็นลูกหนี้ในประเทศไทย ในขณะที่ผู้ร้องอยู่ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นการกระทบต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการของผู้ร้องตามมาตรา 90/12 (4) แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งต้องขออนุญาตต่อศาลล้มละลายกลางก่อน มิฉะนั้นแล้วก็จะเกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างเจ้าหนี้ในราชอาณาจักรกับเจ้าหนี้นอกราชอาณาจักรซึ่งมาตรา 90/12 (4) แห่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มิได้จำกัดหรือแยกให้แตกต่างกัน แม้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์จะเป็นไปตามข้อตกลงและดำเนินการตามข้อกำหนดและกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ และอาจไม่มีเหตุที่จะให้เพิกถอนได้ แต่

การที่ผู้คัดค้านจะนำคำชี้ขาดมาใช้บังคับแก่ผู้ร้องในประเทศไทยก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทุกฝ่าย เมื่อผู้คัดค้านไม่ได้ดำเนินการดังกล่าว จึงไม่อาจนำหนี้ตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์มาบังคับเอาแก่กองทรัพย์สินของผู้ร้องในคดีล้มละลายได้ เพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 44 ประกอบมาตรา 43

3.4.5 ศึกษาเปรียบเทียบความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการสรุปเปรียบเทียบความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างยึดแนวทางปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเหตุแห่งการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีลักษณะเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบ และสนับสนุนการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดที่สอดรับกับบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส มีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) โดยด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) กำหนดคำชี้ขาดในเรื่องใดบ้างที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและสามารถยื่นคัดค้านต่อศาลฝรั่งเศสได้ แนวทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสใช้หลักเหล่านี้อย่างเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาด และบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ส่วนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่สามารถยื่นคัดค้านได้ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากคำชี้ขาดเช่นว่าฝ่าฝืนหลักเกณฑ์พิจารณาขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา

สำหรับประเทศไทยแม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มาตรฐานสากลเนื่องจากยกร่างตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และการเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ค่อยมีความชัดเจนแน่นนอนนัก แม้ว่าโดยทั่วไปศาลค่อนข้างสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแต่ในบางคดีมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลไทยมักปฏิเสธการรับรองการบังคับคำชี้ขาดที่มีผลกระทบต่อผลส่วนได้เสียของรัฐและศาลไทยมักตรวจสอบเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยตรวจสอบการกระทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เป็นคดี และตรวจสอบหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายถูกต้องหรือไม่

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาแนวปฏิบัติเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ น่าจะคลี่คลายลงได้เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้มาตรา 40 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จึงน่าจะขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศออกไปได้ ตารางที่ 3.8 จะเป็นการสรุปภาพรวมการเปรียบเทียบการใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย สำหรับส่วนวิเคราะห์จะนำเสนอในบทที่ 4

ตารางที่ 3.8 เปรียบเทียบการใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

กฎหมาย กลุ่มประเทศ	หลักเกณฑ์	แนวปฏิบัติการตีความของศาล
Model Law	-ตาม New York Convention	ตีความอย่างแคบ
Common Law		
อังกฤษ	ตาม New York Convention	ตีความอย่างแคบและระมัดระวัง
สหรัฐอเมริกา	ตาม New York Convention	ตีความอย่างแคบและระมัดระวัง
ฮ่องกง	ตาม New York Convention และ Model Law	ตีความอย่างแคบและระมัดระวัง
สิงคโปร์	ตาม New York Conventionและ Model Law	ตีความอย่างแคบและระมัดระวัง
Civil Law		
ฝรั่งเศส	ตาม New York Convention	ตีความอย่างแคบและเคร่งครัด
ไทย	ตาม New York Conventionและ Model Law	ตีความไม่ค่อยมีความชัดเจน

3.5 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

โดยปกติแล้วกฎหมายอนุญาโตตุลาการจะมีขอบเขตการบังคับใช้ไว้ชัดเจนเพื่อให้ทราบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับข้อพิพาทประเภทใดและใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดในประเทศและนอกประเทศอย่างไร ขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ อาจแตกต่างกันแม้กระทั่งประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบเดียวกัน ก็อาจมีขอบเขตการใช้ที่แตกต่างกันได้ โดยประเทศที่รับแนวทางกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) จะมีบทบัญญัติว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้ โดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศส่วนใหญ่จะมีขอบเขตการบังคับใช้ทั้งทางด้านเนื้อหาและขอบเขตทางภูมิศาสตร์ แต่บางประเทศจะมีเพียงบทบัญญัติขอบเขตการบังคับใช้อย่างใดอย่างหนึ่ง

3.5.1 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ผู้วิจัยมุ่งศึกษาประกอบด้วย ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง และสิงคโปร์

1) ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) มาตรา 2[390] แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติในเรื่องขอบเขตการใช้ไว้ โดยอนุมาตรา (1) บทบัญญัติของกฎหมายนี้ใช้บังคับแก่กรณีสถานที่การอนุญาโตตุลาการอยู่ใน อังกฤษ เวลล์ หรือไอร์แลนด์เหนือ ในขณะที่อนุมาตรา (2) ใช้บังคับแก่กรณีสถานที่การอนุญาโตตุลาการอยู่นอกอังกฤษ เวลล์ หรือไอร์แลนด์เหนือ หรือ กรณีมิได้กำหนดสถานที่ จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษมีรูปแบบเป็นระบบกฎหมายเดียว (Single Act) ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act of 1925 “FAA”) เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ในเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหพันธรัฐ (The Federal Arbitration Act: FAA) ได้บัญญัติไว้เพื่อการบังคับตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา หากย้อนกลับไปปี ค.ศ. 1925 กฎหมายสหพันธรัฐ มีจุดประสงค์เพื่อรองรับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในธุรกรรมทางเรือและการค้ามี่สมบูรณ์ เพิกถอนไม่ได้ และสามารถบังคับได้ และหลักการเช่นว่านี้ยังคงสืบทอดมาใช้ในหลักกฎหมายหรือหลักความเที่ยงธรรมเพื่อใช้ยกเลิกสัญญา กฎหมายสหพันธรัฐบัญญัติไว้ว่าหากคู่พิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการริเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยร้องขอต่อศาลเพื่อพิจารณาคดีหรือบังคับคู่พิพาทอีกฝ่ายเข้ากระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ศาลจักต้องวินิจฉัยว่าข้อพิพาทเช่นว่าสามารถระงับด้วยการอนุญาโตตุลาการได้ก่อนดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือบังคับให้เป็นไปตามการอนุญาโตตุลาการ

---

[390] Arbitration Act 1996 Article 2: Scope of application of provisions. (1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland. (2) The following sections apply even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined

ภายใต้บทที่1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 1 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Arbitration Act: FAA) ได้ตีกรอบขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการว่าให้ใช้อย่างไร โดยได้ให้คำนิยามของ “ธุรกรรมทางทะเล” ว่ามีรายละเอียดครอบคลุมรายการใดบ้างอาทิเช่น คู่สัญญา ใบตราส่งสินค้าทางทะเลของเรือเดินทะเล ข้อตกลงที่เกี่ยวกับท่าเทียบเรือ เป็นต้น ในขณะที่นิยาม “การค้า” หมายถึงการค้าในหมู่มลรัฐบางมลรัฐ หรือกับประเทศอื่น ๆ หรือกับเขตปกครองแห่งสหรัฐอเมริกา[391] กล่าวได้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐนี้ใช้ได้ทั้งกรณีข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าต่างมลรัฐหรือกับพ่อค้าต่างประเทศ[392] โดยในส่วนของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศนำบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาใช้บังคับทั้งนี้เพื่อรองรับนักธุรกิจสหรัฐทำการค้าในต่างประเทศ

3) ฮ่องกง

หลังจากฮ่องกงได้ออกจาการการอยู่ใต้การปกครองของอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1990 ฮ่องกงได้ทำตามคำแนะนำของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของฮ่องกง ได้นำเอากฎหมายของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (กฎหมายต้นแบบ UNCITRAL Model Law) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1990 ได้แยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

---

[391] The Federal Arbitration Act (USA) Chapter 1 General Provisions Section 1: “Maritime transactions” and “commerce” defined; exceptions to operation of title

“Maritime transaction”, as herein defined, means charter parties, bills of lading of water carriers, agreements relating to wharfage, supplies furnished vessels or repairs to vessels, collisions, or any other matters in foreign commerce which, if the subject of controversy, would be embraced within admiralty jurisdiction; "commerce", as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.

[392] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 182.

ในเรื่องขอบเขตการใช้ (Scope of Application) กฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Cap.609) ค.ศ. 2011 [Arbitration Ordinance (Cap.609) 2011] ในส่วนการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ มีบทบัญญัติส่วนใหญ่ที่ฮ่องกงได้นำหลักการมาจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ดังนั้นหากเป็นเรื่องของการค้าระหว่างประเทศแล้ว ขอบเขตของการใช้จะยึดหลักแบบเดียวกับมาตรา 1 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ กล่าวคือตีกรอบเฉพาะการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น ภายใต้มาตรา 7 บัญญัติไว้ว่าให้ใช้มาตรา 5 แทน มาตรา 1 (1) แห่งกฎหมายต้นแบบ (เรื่องขอบเขตการใช้) มาตรา 5 การอนุญาโตตุลาการที่กฎหมายนี้ใช้บังคับ

(1) ภายใต้บังคับของอนุมาตรา (2) กฎหมายนี้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าทำขึ้นในฮ่องกงหรือนอกฮ่องกงหากสถานที่พิจารณาอยู่ในฮ่องกง

(2) ถ้าสถานที่พิจารณาอยู่นอกฮ่องกง ให้ใช้เฉพาะส่วนต่อไปนี้ มาตรา 20 และ 21 ส่วนที่ 3A มาตรา 45 60 และ 61 และ ส่วนที่ 10 ในการอนุญาโตตุลาการ[393]

ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง อำนาจพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจจะถูกกำหนดโดยลักษณะข้อพิพาทว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและกฎหมายที่ให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดี โดยมีสองหลักเกณฑ์ในการกำหนดอำนาจพิจารณา: (1) การอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะระหว่างประเทศหรือในประเทศและ (2) ข้อพิพาทนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาตให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจตัดสิน สำหรับฮ่องกงหากการอนุญาโตตุลาการถูกกำหนดว่าเป็นเรื่อง “ระหว่างประเทศ”แล้วจะนำกฎหมายต้นแบบและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (The UNCITRAL Model Law and Arbitration Rules) มาใช้เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น

4) ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ใช้กฎหมายสองระบบ ขอบเขตการใช้ มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 (The Arbitration Act revised in 2002) ใช้บังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการในประเทศในขณะที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act: IAA) ซึ่งใช้บังคับได้ทั้งการอนุญาโตตุลาการในประเทศและการอนุญาโตตุลาการ

---

[393] Arbitration Ordinance (Cap.609) Section 5: Arbitrations to which this Ordinance applies (1) Subject to subsection (2), this Ordinance applies to an arbitration under an arbitration agreement, whether or not the agreement is entered into in Hong Kong, if the place of arbitration is in Hong Kong. (2) If the place of arbitration is outside Hong Kong, only this Part, sections 20 and 21, Part 3A, sections 45, 60 and 61 and Part 10 apply to the arbitration.

ระหว่างประเทศหากคู่พิพาทกำหนดให้ใช้ Part II แห่ง กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act: IAA) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้บังคับ

ภายใต้มาตรา 5 อนุมาตรา (2)[394] แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act: IAA) การอนุญาโตตุลาการที่เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ถ้าอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีสถานที่ประกอบธุรกิจอยู่ในรัฐอื่น นอกเหนือจากประเทศสิงคโปร์

(2) สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอยู่รัฐอื่น นอกเหนือจากประเทศที่คู่พิพาทประกอบธุรกิจ

(3) สถานที่ใดที่เป็นส่วนสำคัญของภาระผูกพันทางการค้าหรือสถานที่เกิดข้อพิพาทเกิดขึ้นนอกรัฐคู่พิพาทประกอบธุรกิจ

(4) คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้อย่างแจ้งชัดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องมากกว่าหนึ่งประเทศ

---

[394] International Arbitration Act (Chapter 143A) Section 5 Application of Part II: (2) Notwithstanding Article 1(3) of the Model Law, an arbitration is international if — (a) at least one of the parties to an arbitration agreement, at the time of the conclusion of the agreement, has its place of business in any State other than Singapore; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

3.5.2 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักพื้นฐานในการแยกกฎหมายเป็นสองระบบ โดยแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ระบบนี้ได้ใช้ในการอนุญาโตตุลาการในฝรั่งเศสอย่างแพร่หลาย อีกทั้งมีความยืดหยุ่นต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแม้ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศฝรั่งเศสด้วยเหตุนี้บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงแบ่งออกเป็นสองส่วน โดยส่วนที่ 1 กล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และ ส่วนที่ 2 กล่าวถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ[395]

มาตรา 1504 การอนุญาโตตุลาการเป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศหากเป็นประเด็นเรื่องเกี่ยวการค้าระหว่างประเทศ

มาตรา 1505 เว้นแต่ระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ให้ศาลทำหน้าที่เป็นผู้สนับโดยการนั่งเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ (The President of the Tribunal de grande instance of Paris) เมื่อ

(1) กระบวนการอนุญาโตตุลาการทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส หรือ

---

[395] France - Code of Civil Procedure - Book IV - Arbitration Title II – International Arbitration

Article 1504 An arbitration is international when international trade interests are at stake.

Article 1505 In international arbitration, and unless otherwise stipulated, the judge acting in support of the arbitration shall be the President of the Tribunal de grande instance of Paris when:

(1) the arbitration takes place in France; or

(2) the parties have agreed that French procedural law shall apply to the arbitration; or

(3) the parties have expressly granted jurisdiction to French courts over disputes relating to the arbitral procedure; or

(4) one of the parties is exposed to a risk of a denial of justice.

(2) คู่พิพาทตกลงกันใช้กฎหมายวิธีพิจารณาแห่งฝรั่งเศสในการอนุญาโตตุลาการ หรือ

(3) คู่พิพาทได้แสดงอย่างแจ้งชัดว่าให้ศาลมีอำนาจพิจารณาระงับข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

(4) คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งแสดงให้เห็นชัดว่ามีความเสี่ยงเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม (A Risk of a Denial of Justice)

3.5.3 ขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายต้นแบบและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ (Scope of Application under Model Law and other Arbitration Rules)

ในส่วนนี้จะเป็นการอธิบายขอบเขตการใช้ภายใต้ตามกฎหมายต้นแบบและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ โดยเริ่มจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) จากนั้นจะเป็นขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ อันได้แก่ ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (Scope of Application UNCITRAL Arbitration Rules) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (Scope of Application LCIA Rules) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (Scope of Application AAA Rules) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (Scope of Application HKIAC Rules) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Scope of Application SIAC Rules) และขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

1) ขอบเขตการใช้กฎหมายต้นแบบ (Scope of Application under Model Law)

ในเรื่องขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการ มาตรา 1[396] แห่งกฎหมายต้นแบบบัญญัติขอบเขตการใช้ไว้ดัง อนุมาตรา (1) กฎหมายต้นแบบนี้ใช้บังคับแต่การอนุญาโตตุลาการการค้า

---

[396] UNCITRAL Model Law Article 1 : Scope of application

(1) This Law applies to international commercial2 arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

(2) The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

ระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งหรือหลายรัฐ และ อนุมาตรา (2) บทบัญญัตินี้ใช้เฉพาะการอนุญาโตตุลาการดำเนินการในประเทศตนเท่านั้น เว้นแต่กรณีมาตรา 8, 9, 17 h, 17 i, 17 j, 35 และ มาตรา 36

กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 1 อนุมาตรา (1) กำหนดขอบเขตด้านเนื้อหาว่าใช้เฉพาะเรื่อง “การค้าระหว่างประเทศ” เท่านั้น ในขณะที่ มาตรา 1 อนุมาตรา (2) กำหนดขอบเขตทางภูมิศาสตร์บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินในประเทศตนเว้นแต่กรณีที่เป็นเรื่องการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราว การยอมรับตามคำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาด การที่กฎหมายต้นแบบ (Model Law) กำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายทางภูมิศาสตร์

กฎหมายต้นแบบพยายามกำหนดขอบเขตการใช้อย่างกว้าง เห็นได้ชัดจากการขยายนิยามคำจำกัดความพื้นฐานให้มีรายละเอียด ดังเช่น มาตรา 1 (3) นิยามการอนุญาโตตุลาการ ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการ “ระหว่างประเทศ” กล่าวคือไม่เพียงแค่คู่สัญญาที่มีสถานที่ทำธุรกิจอยู่ในต่างรัฐกัน แต่เป็นหมายรวมถึงธุรกิจบางส่วนของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งดำเนินการอยู่อีกประเทศด้วย วิธีการที่ให้คำจำกัดความแบบกว้างเช่นว่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มหลักเกณฑ์ในการจำกัดนิยามของการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ใช่เป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศให้ชัดเจนขึ้น เพราะฉะนั้น หากสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ สถานที่ดำเนินกระบวนพิจารณา หรือ ประเด็นข้อพิพาท ตั้งอยู่หรือเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับอีกรัฐอื่นแล้ว กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มองว่าข้อพิพาทมีลักษณะ “ระหว่างประเทศ” กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้ถูกออกแบบมาเพื่อ

---

(3) An arbitration is international if:

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

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

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

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

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

เป็นแนวทางสำหรับกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่จำกัดการใช้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ

2) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

ในส่วนนี้เป็นการอธิบายขอบเขตข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถานบันต่าง ๆ

(1) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ

ขอบเขตการใช้ของข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITAL Rules) หากคู่สัญญาของสัญญาฉบับหนึ่งตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษร ให้มอบข้อพิพาทที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาฉบับดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทนั้นตามข้อบังคับนี้ ทั้งนี้ให้อยู่ภายใต้บังคับของข้อตกลงแก้ไขเพิ่มเติมที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรและ ให้ใช้ข้อบังคับนี้กับการอนุญาโตตุลาการข้างต้น เว้นแต่กรณีที่ข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ในกรณีเช่นว่านั้นให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(2) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

ขอบเขตการใช้ของอบังคับการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน หากคู่สัญญาตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่าการอนุญาโตตุลาการใด ๆ จักอยู่ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA Rules) หรือข้อตกลงแก้ไขเพิ่มเติมที่ LCIA อาจบังคับใช้ภายหลังก่อนเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการและให้ถือว่าข้อบังคับที่แก้ไขนั้นเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงของคู่สัญญา

(3) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน

ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันภายใต้สถาบัน AAA โดยมีศูนย์ระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (International Centre for Dispute Resolution: ICDR) เป็นหน่วยงานต่างประเทศของสถาบัน AAA ซึ่งรับผิดชอบในการบริหารจัดการการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศทั้งหมด หากคู่สัญญาตกลงกันในการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับนี้ หรือส่งข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแก่สถาบัน ICDR หรือ AAA โดยมิได้กำหนดว่าจะใช้ข้อบังคับใด กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการภายใต้ข้อบังคับนี้เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นลายลักษณ์อักษร

(4) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง

ขอบเขตการใช้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง ข้อบังคับนี้จะบังคับใช้สำหรับข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการหรือสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรและคู่สัญญาตกลงกันจะใช้ข้อบังคับนี้หรือยื่นผ่านสถาบัน HKIAC

(5) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ หากคู่สัญญาตกลงจะมอบข้อพิพาทของตนแก่สถาบัน SIAC ระงับโดยการอนุญาโตตุลาการ หรือ ใช้ข้อบังคับของสถาบัน SIAC คู่สัญญาย่อมตกลงว่าการอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับนี้และภายใต้การบริหารจัดการของ สถาบัน SIAC

(6) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC) หากบรรดาคู่พิพาทได้ตกลงกันที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับนี้ ให้ถือว่า บรรดาคู่พิพาทได้ตกลงกันที่จะอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ใช้บังคับอยู่ ณ วันเริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่บรรดาคู่พิพาทได้ตกลงกันว่าจะอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ใช้บังคับ ณ วันที่คู่พิพาททำสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยการตกลงกันที่จะดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับนี้ บรรดาคู่พิพาทยอมรับว่าการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ภายใต้การดูแลจัดการของสถาบัน ICC

3.5.4 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

ในประเด็นนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติขอบเขตการบังคับใช้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาจากเหตุผลการมีพระราชบัญญัติคือ “โดยที่ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับและใช้กันอย่างแพราหลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ...” จึงทำให้เข้าใจว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.

2545 แม้ไม่ได้บัญญัติขอบเขตด้านเนื้อหาไว้โดยตรง แต่เข้าใจได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับข้อพิพาททางแพ่งทั้งหมด[397]

(1) รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (Scope of Application under Arbitration Act 2002)

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นระบบกฎหมายเดียว (Single Act) กล่าวคือ กฎหมายฉบับเดียวใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ขอบเขตทางด้านเนื้อหาของไทยจึงใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท หากไม่เป็นข้อพิพาทที่ต้องห้ามซึ่งขัดต่อคามสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ (Model Law) มาตรา 1 (1) บัญญัติว่า “กฎหมายต้นแบบใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเป็นตามข้อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่งหรือหลาย ๆ รัฐ”[398] ซึ่งเป็นการใช้บังคับเฉพาะเรื่อง“การค้าระหว่างประเทศ”เท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายต้นแบบ (Model Law) ยังได้กำหนดขอบเขตทางภูมิศาสตร์ไว้ในมาตรา 1 (2) ว่า “กฎหมายต้นแบบบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการในประเทศของตน เว้นแต่ การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคุ้มครองชั่วคราว การยอมรับคำชี้ขาดและการบังคับคำชี้ขาด” ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายต้นแบบใช้บังคับแก่ 4 กรณีที่กล่าวมาแม้ว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะทำในประเทศอื่นก็ตาม ทำให้มีความชัดเจนว่ากรณีใดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการตกอยู่ในบังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

---

[397] เหตุผลการประกาศใช้ พ.ร.บ.อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 “โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

[398] UNCITRAL Model Law Article 1

ประเทศใด ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตบังคับใช้กฎหมายทางภูมิศาสตร์ดังเช่นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และได้ผ่านประชาวิจารณ์แล้วตามมาตรา 77 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ในร่างฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศโดยมีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) หากร่างกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ประเด็นเรื่องขอบเขตทางภูมิศาสตร์น่าจะคลี่คลายลง

(2) ขอบเขตการใช้ภายใต้ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ (Scope of Application under TAI Rules)

การใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ข้อ 3 ให้ใช้ข้อบังคับนี้แก่การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่พิพาทตกลงหรือยินยอมให้ระงับข้อพิพาท ด้วยวิธีการนี้ตามข้อบังคับดังกล่าวหรือซึ่งจัดการโดยสถาบัน เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงเป็นอย่างอื่น ในกรณีที่สัญญาใดกำหนดให้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการอนุญาโตตุลาการ แต่มิได้ระบุให้ใช้ ข้อบังคับของสถาบันใดโดยเฉพาะ และคู่พิพาทฝ่ายใดเสนอข้อพิพาทต่อสถาบัน หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง ยินยอม ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ให้ใช้ข้อบังคับนี้แก่การอนุญาโตตุลาการดังกล่าวด้วย ในกรณีที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้โต้แย้งหรือคัดค้าน การใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการโดยชัดแจ้ง ให้ถือว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมให้ดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้

3.5.5 ศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและภายใต้กฎหมายไทย

จากการศึกษาขอบเขตการใช้ภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและภายใต้กฎหมายไทยพบว่า ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์มีสหราชอาณาจักรที่ใช้ระบบกฎหมายเดียว (Single Act) บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนฮ่องกงก่อนการแก้ไขกฎหมายเดิมทีแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแต่หลังปี ค.ศ. 2011 การแบ่งแบบกฎหมายเก่าได้ยกเลิกไป แต่ยังคงบทบัญญัติสำคัญของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตามกฎหมายเดิมก็ไม่ได้ตัดทิ้งเป็นเพียงแต่เป็นบทบัญญัติที่ให้ผู้ใช้บริการสามารถเลือกใช้ได้ (Opt-in Provisions) ซึ่งอยู่ใน Schedule 2 ของกฎหมายใหม่ ในขณะที่สหรัฐอเมริกา

และ สิงคโปร์ ต่างใช้ระบบกฎหมายแยก (Distinct Act) กล่าวคือ มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศหนึ่งฉบับ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอีกหนึ่งฉบับ ทั้งนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านี้ต่างก็มีการแยกใช้ตามประเภทของการอนุญาโตตุลาการเช่นกัน ในขณะที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย มีขอบเขตการใช้ที่ความแตกต่างกันกล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Distinct Act) ในขณะที่ประเทศไทยใช้ระบบเดียว (Single Act) เหมือนอังกฤษ โดยใช้กฎหมายฉบับเดียวบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ

อนึ่งหลักโดยทั่วไปแล้วการอนุญาโตตุลาการดำเนินการที่ใดจะใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศนั้นบังคับ ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง อาจมีลักษณะที่เป็นการอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับเรื่องภายในประเทศนั้นโดยเฉพาะซึ่งเรียกว่าการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ หรืออาจมีลักษณะเป็นเรื่องระหว่างประเทศ ทั้งสองกรณีมีลักษณะแตกต่างกัน ดังนั้นหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการมีขอบเขตการบังคับใช้อย่างชัดเจน เพื่อให้ทราบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการใช้บังคับกับข้อพิพาทประเภทใดและใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในหรือนอกประเทศอย่างไร

เพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้น ตารางที่ 3.9 ข้างล่างนี้เป็นการสรุปรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย ส่วนตารางที่ 3.10 เป็นการเปรียบเทียบสถิติการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับแต่ละประเทศ

ตารางที่ 3.9 เปรียบเทียบรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้

กลุ่มประเทศ	รูปแบบระบบ	การอนุญาโตตุลาการ	ขอบเขต
Model Law	-	ระหว่างประเทศ	การค้า
Common Law			
อังกฤษ	กฎหมายเดียว (Single Act)	ทั้งภายในและระหว่างประเทศ	ทุกประเภท
สหรัฐอเมริกา	กฎหมายแยก (Distinct Act)	แยกภายในและระหว่างประเทศ	การค้า ทางเรือ
ฮ่องกง	กฎหมายเดียว (Single Act)	ทั้งภายในและระหว่างประเทศ	การค้า
สิงคโปร์	กฎหมายแยก (Distinct Act)	แยกภายในและระหว่างประเทศ	การค้า
Civil Law			
ฝรั่งเศส	กฎหมายแยก (Distinct Act)	แยกภายในและระหว่างประเทศ	การค้า
ไทย	กฎหมายเดียว (Single Act)	ทั้งภายในและระหว่างประเทศ	ทุกประเภท

หมายเหตุ: ฮ่องกง มีบทบัญญัติที่แยกส่วนใดบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในฮ่องกง และส่วนใดบังคับนอกฮ่องกง

ตารางที่ 3.10 เปรียบเทียบสถิติการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับแต่ละประเทศ

กลุ่มประเทศ	กฎหมาย (Law)	ข้อบังคับ (Rules)	ใช้ UNCITRAL
Model Law	บังคับใช้ปี ค.ศ.1985 แก้ไข ค.ศ.2006	บังคับใช้ปี คศ.1976. แก้ไข คศ.2010.	-
Common Law			
อังกฤษ	บังคับใช้ปี ค.ศ. 1996 แก้ไขค.ศ. 1997-1999 แก้ไขค.ศ. 2002, 2004-2006 แก้ไขล่าสุด ค.ศ. 2016	บังคับใช้ ค.ศ. 1998 แก้ไขล่าสุด ค.ศ.2014	นำมาบางส่วน
สหรัฐอเมริกา	บังคับใช้ปี ค.ศ. 1925 ทำเป็นประมวล ค.ศ. 1947 แก้ไข ค.ศ. 1954 เพิ่มบทที่ 2 ค.ศ. 1970 เพิ่ม2 มาตราเรียงใหม่ ค.ศ.1988 แก้ไขล่าสุด ค.ศ. 1990	บังคับใช้ปีค.ศ. 1926 แก้ไข ค.ศ. 2013 แก้ไขล่าสุด ค.ศ. 2016	บางมลรัฐเท่านั้น
ฮ่องกง	ปฏิรูป ค.ศ. 1990 แก้ไข ค.ศ. 2011 แก้ไข ค.ศ. 2014 แก้ไข ค.ศ. 2015 แก้ไขล่าสุด ค.ศ.2017	บังคับใช้ปี ค.ศ. 2005 แก้ไข ค.ศ. 2008 แก้ไข ค.ศ. 2013 แก้ไขล่าสุด ค.ศ. 2015	ใช้ทั้งหมด
สิงคโปร์	บังคับใช้ ค.ศ. 1994 แก้ไข ค.ศ. 2002 แก้ไข ค.ศ. 2010 แก้ไข ค.ศ. 2012 แก้ไขล่าสุด ค.ศ. 2016	บังคับใช้ปี ค.ศ. 1991 แก้ไข ค.ศ. 1997 แก้ไข ค.ศ. 2007 แก้ไข ค.ศ. 2010 แก้ไข ค.ศ. 2013 ข้อบังคับใหม่ ค.ศ. 2016	
Civil Law			
ฝรั่งเศส	บังคับใช้ปี ค.ศ. 1806 ปฏิรูป 1980-1981 ปฏิรูป 2011	บังคับใช้ปี ค.ศ. 1919 แก้ไข 1923 1933 1936 1944-5 2001-8 2015-6	ใช้ทั้งหมด
ไทย	บังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2545 มีร่าง พระราชบัญญัติแก้ไข (ฉบับที่...) พ.ศ...	บังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2533 ข้อบังคับใหม่ พ.ศ.2560	ใช้แต่ไม่ทั้งหมด

3.6 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

แนวคิดเรื่องความคุ้มกันความรับผิดทางแพ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าระบบยุติธรรมต้องมีความเป็นอิสระ (Independent Judiciary) และแนวคิดเช่นว่านี้ได้ขยายมาสู่การอนุญาโตตุลาการและคณะอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่กึ่งผู้พิพากษา[399] โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของกลุ่มประเทศเดิมที่ศึกษาก่อนหน้านี้ รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้ทราบแนวคิดและหลักเกณฑ์การบัญญัติในเรื่องนี้เพื่อนำมาเป็นพื้นฐานในการพิจารณาถึงปัญหาและความเหมาะสมของบทบัญญัติไทยในเรื่องเดียวกัน

แนวคิดเรื่องหลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการในระบบคอมมอนลอว์นั้น มีลักษณะที่เรียกว่า หลักความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) ซึ่งเป็นหลักที่ขยายมาจากหลักความคุ้มกันของผู้พิพากษา[400] โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากได้รับความคุ้มกัน ด้วยเหตุที่มีลักษณะการปฏิบัติหน้าที่คล้ายกับผู้พิพากษา โดยทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงได้รับความคุ้มกัน

1) ประเทศอังกฤษ

เป็นที่ทราบว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางการอนุญาโตตุลาการทั้งด้านกฎหมายและวิธีปฏิบัติ อนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษได้รับการปฏิบัติเฉกเช่นการปฏิบัติต่อผู้พิพากษา จึงได้รับความคุ้มกันอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้หากอนุญาโตตุลาการถูกฟ้องร้องเป็นคดีจากความผิดพลาดหรือการละเว้นการกระทำใด ๆ ซึ่งมาจากเหตุเพราะขาดความสามารถ ขาดความระมัดระวัง หรือประมาทเลินเล่อ[401] ลักษณะการคุ้มครองเช่นว่านี้คือการให้ความคุ้มครองแบบเด็ดขาดนั่นเอง การที่อนุญาโตตุลาการได้รับการคุ้มครองเช่นนี้เนื่องจากประเทศอังกฤษมีหลักว่าผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดหากถูกฟ้องในความผิดพลาดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ โดยอคติลำเอียง ซึ่งแม้ผู้พิพากษาจะไม่ต้องรับผิดในเหตุดังกล่าว แต่อาจถูกถอดถอน (Impeached) ได้หากเป็นกรณีถูกร้องเรียนหรือเป็นที่ชัดเจน อย่างไรก็ตามการให้ความคุ้มกันมิได้หมายความว่าคู่พิพาทฝ่าย

---

[399] Joel M. Douglas, “The Scope of Arbitrator Immunity,” **The Arbitration Journal** 36 (June 1981): 36.

[400] Julian D. M. Lew, “Immunity of Arbitrators under English Law,” In **The Immunity of Arbitrators**, Julian D. M. Lew ed., (New York: Lloyd’s of London Press, 1990), p. 21.

[401] Andrea Mettler, *op. cit*., p. 25.

เสียหายจะไม่ได้รับการเยียวยา โดยสามารถนำความผิดพลาดเฉพาะบางเรื่องนำไปคัดค้านหรือเพิกถอนคำชี้ขาดการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบ (Misconduct) ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลายประเทศสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทางการค้าเพราะพ่อค้านักธุรกิจต้องการเช่นนั้น[402]

ในเรื่องความคุ้มครองเด็ดขาดแก่อนุญาโตตุลาการนั้น เห็นได้ชัดว่าปัจจุบันประเทศอังกฤษได้ผ่อนคลายหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทั้งนี้มาตรา 29 อนุมาตรา (1) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดใด ๆ ต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติผิดพลาดในสถานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่การปฏิบัติเช่นว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต[403] กล่าวคือกฎหมายให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการจากความรับผิดซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ แต่อนุญาโตตุลาการยังต้องรับผิดหากเป็นกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สุจริต สำหรับการกระทำเช่นไรที่ถือว่าไม่สุจริตนั้นไม่มีบทบัญญัตินิยามไว้ จึงต้องค้นหาจากแนวคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ส่วนกรณีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกิดจากสัญญาระหว่างคู่กรณีที่ตกลงแต่งตั้งบุคคลให้เข้ามาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่ตน จึงต้องคาดหมายว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นจักต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่รวมถึงใช้ความรู้ความสามารถอย่างเต็มที่เพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทด้วยความเที่ยงธรรม ปราศจากอคติใด ๆ การปฏิบัติเช่นนี้อนุญาโตตุลาการย่อมได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ในสถานะอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ยังขยายความคุ้มกันไปถึงบุคคลอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ลูกจ้างหรือตัวแทนของอนุญาโตตุลาการ ที่ปรึกษา หรือผู้ชำนาญพิเศษ เป็นต้น แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ให้ความคุ้มกันจากความรับผิดแก่อนุญาโตตุลาการที่ลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการละเมิดสัญญา[404]

---

[402] *Ibid.*, pp. 22-24

[403] Arbitration Act 1996: Article 29 (1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

[404] Bruce Harris, et. Al., **The Arbitration Act 1996: A Commentary** (Australia: Blackwell Science, 1996), p. 129.

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1.3 ว่ากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งเป็นกฎหมายแห่งสหพันธรัฐ (Federal Law) และ กฎหมายมลรัฐ (State Law) โดยมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เป็นกฎหมายกลางคือ กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ ค.ศ. 1925 (The Federal Arbitration Act of 1925 "FAA") และมลรัฐต่าง ๆ มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละมลรัฐเอง ประเทศสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการอันเป็นผลมาจากนโยบายของมลรัฐต่าง ๆ ที่สนับสุนนให้การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกนอกจากการดำเนินคดีในศาล ทั้งนี้อนุญาโตตุลาการมีสถานะเสมือนผู้พิพากษา และมองว่าการกำหนดความรับผิดแก่อนุญาโตตุลาการย่อมส่งผลเสีย เป็นการขัดขวางไม่ได้ส่งเสริมอนุญาโตตุลาการอยากเข้าร่วมกระบวนการพิจารณา ด้วยเหตุนี้ความคุ้มกันความรับผิดจึงควรขยายไปใช้แก่อนุญาโตตุลาการด้วย[405]

หลักความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกานั้น เดิมทีเป็นลักษณะความคุ้มกันเด็ดขาดเหมือนของประเทศอังกฤษ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลหลายคดีจึงเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักการนี้เป็นไปในลักษณะคุ้มกันเด็ดขาดภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าอนุญาโตตุลาการจักได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดที่เกิดจากการฟ้องคดีสำหรับความเสียหาย แม้ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือ โดยทุจริต และแม้ว่าพฤติกรรมโดยมิชอบเช่นนั้นสามารถนำไปสู่การยกเลิกคำชี้ขาดก็ตาม[406] เช่น คดี Hoosac Tunnel Dock and Elevator Company v. O'Brien เป็นคดีที่ศาลพิพากษาว่าอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำมีส่วนร่วมกับทนายความของคู่พิพาท แต่มีบางคดีศาลสหรัฐอเมริกาพิพากษาให้อนุญาโตตุลาการรับผิด เช่น คดี Baar v. Tigerman โดยศาลให้เหตุผลว่านอกจากคุ้มครองอนุญาโตตุลาการที่ทำหน้าที่กึ่งศาลจำเป็นต้องวินิจฉัยภาระหน้าที่ตามสัญญาของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่พิพาทในสัญญาด้วย หรือคดี Beaver v. Brown ศาลตัดสินว่า คู่ความสามารถปฏิเสธการจ่ายค่าป่วยแก่อนุญาโตตุลาการได้หากปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ส่วนคดี Lundgren v. Freeman ศาลพิพากษาให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดจากการกระทำที่ทำความเสียหายให้แก่คู่พิพาทโดยเจตนา[407]

---

[405] Christian Hausmaninger, "Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform," **Journal of International Arbitration** 7 (December 1990): 9-11.

[406] David J. Branson and Richard E. Wallace, Jr., "Immunity of Arbitrator under United States Law," In **The Immunity of Arbitrators**, Lew Julian D. M., ed., (London: Lloyd's of London Press, 1990), pp. 88-96.

[407] อาจารีย์ บุนนาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 59.

ส่วนในเรื่องการขยายขอบเขตความคุ้มกันแก่ผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการสหรัฐอเมริกามิได้มีบทบัญญัติ แต่มีคดีที่คำพิพากษาส่วนใหญ่ให้ความคุ้มกันแก่สถาบันอนุญาโตตุลาการจากการถูกฟ้องคดีด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการทำงานได้เพราะสถาบันเป็นผู้ดำเนินการและให้ความช่วยเหลือในการอำนวยความสะดวกจึงต้องได้รับความคุ้มกันในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยเช่นกันและหากสถาบันอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดโดยง่ายคงไม่มีสถาบันอนุญาโตตุลาการใดประสงค์ที่จะให้บริการการอนุญาโตตุลาการอีกต่อไป[408]

สำหรับเรื่องความรับผิดทางอาญา มีบางมลรัฐที่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ เช่น มลรัฐแมสซาชูเสท ได้กำหนดความรับผิดการประพฤติมิชอบในเรื่องการรับสินบนไว้ในกฎหมายอาญา Part IV Chapter 268 Section 14[409] โดยมีสาระสำคัญว่า “ผู้ใด ได้รับหมายเรียกให้เป็นลูกขุน หรือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ หรือเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด ทุจริตเรียกรับสินบน ผู้นั้นจักต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์และจำคุกไม่เกิน 1 ปี” ทั้งนี้ยังมีมลรัฐอื่น ๆ ที่มีบทบัญญัติในกฎหมายอาญาเช่นกัน อาทิเช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Title 7 Chapter 1 Section 93)[410] มลรัฐไอดาโฮ (Title 18-1305)[411] มลรัฐเซาท์แคโรไลนา (Section 16-9-270)[412] อย่างไรก็

---

[408] เสาวนีย์ อัศวโรจน์ “ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ:หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย,” **วารสารนิติศาสตร์** 32 (มิถุนายน 2545): 214.

[409] Section 14 Whoever, being summoned as a juror or chosen or appointed as an arbitrator, umpire or referee, or, being a master in chancery, master or auditor, corruptly takes anything to give his verdict, award or report, or corruptly receives any gift or gratuity from a party to a suit, cause or proceeding for the trial or decision of which such juror has been summoned, or for the hearing or determination of which such master in chancery, master, auditor, arbitrator, umpire or referee has been chosen or appointed, shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than five years or by a fine of not more than one thousand dollars and imprisonment in jail for not more than one year. Retrieved November 18, 2017 from https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartIV/TitleI/Chapter268/Section14

[410] Title 7 Chapter 1 Section 93. Retrieved November 18, 2017 from https://leginfo.legislature.ca.gov/.../codes_displayText.xhtml?lawCode...title=7...1.&chap...

ตาม ในความเป็นจริงยังไม่เคยปรากฏรายงานคดีอนุญาโตตุลาการกระทำความผิดในเรื่องนี้ ทั้งนี้หากพิจารณาจาก กฎหมายอนุญาโตตุลาการแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Arbitration Act 1925) ก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดทางแพ่งและทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติเรื่องนี้เช่นกัน

3) ฮ่องกง

การที่ฮ่องกงเคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษจึงรับเอารูปแบบระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการมาด้วยเช่นกัน จนกระทั่งมีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ โดยตรากฎหมายใหม่ในปี ค.ศ. 1990 ฮ่องกงมีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 104 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Section 104 of the Arbitration Ordinance (Cap 609)) ที่กำหนดว่าคณะอนุญาโตตุลาการ ลูกจ้าง หรือตัวแทนของคณะอนุญาโตตุลาการ ต้องรับผิดตามกฎหมายหากกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เพียงพิสูจน์ได้ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นการกระทำทุจริต (Dishonestly)[413] กล่าวได้ว่ากฎหมายฮ่องกงนอกจากมีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังกำหนดรวมไปถึงการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้าง หรือตัวแทนของคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

---

[411] Title 18-1305. Retrieved November 18, 2017 from https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title18/t18ch13

[412] Section 16-9-270. Retrieved November 18, 2017 from https://www.scstatehouse.gov › Code of Laws › Title 16

[413] Section 104 Arbitral tribunal or mediator to be liable for certain acts and omissions (1) An arbitral tribunal or mediator is liable in law for an act done or omitted to be done by— (a) the tribunal or mediator; or (b) an employee or agent of the tribunal or mediator, in relation to the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the tribunal's arbitral functions or the mediator's functions only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly. (2) An employee or agent of an arbitral tribunal or mediator is liable in law for an act done or omitted to be done by the employee or agent in relation to the exercise or performance, or the purported exercise or performance, of the tribunal's arbitral functions or the mediator's functions only if it is proved that the act was done or omitted to be done dishonestly

4) ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีระบบกฎหมายเหมือนกับประเทศอังกฤษ คือ เป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เนื่องจากเคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษในยุคล่าอาณานิคม[414] ด้วยเหตุนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์จึงได้รับอิทธิพลแนวคิดที่ใกล้เคียงกับอังกฤษ อย่างไรก็ตามเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการครั้งสำคัญโดยรับเอากฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) และมีการแก้ไขกฎหมายหลายครั้ง กฎหมายสิงคโปร์ฉบับปัจจุบันมีการบัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 25 แห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Section 25 of International Arbitration Act (CHAPTER 143A))[415] สาระสำคัญของบทบัญญัตินี้คือการจำกัดความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้สำหรับ 2 กรณีดังนี้

(1) กรณีการกระทำที่ประมาทเลินเล่อหรือละเว้นการกระทำซึ่งอยู่ภายใต้ในกรอบความสามารถของอนุญาโตตุลาการ และ

(2) กรณีความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือ วิธีดำเนินกระบวนพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหรือการทำชี้ขาด

จึงกล่าวได้ว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำของอนุญาโตตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดา หรือปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความผิดพลาดในข้อกฎหมาย ข้อเท็จจริง หรือดำเนินกระบวนพิจารณา หรือทำคำชี้ขาด การกระทำเช่นว่านั้นไม่ต้องรับผิด ยกเว้นในกรณีที่การกระทำเหล่านั้นเกิดจากการขาดความระมัดระวัง มีเจตนาไม่สุจริต เข้าขั้นประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สำหรับในเรื่องความรับผิดทางอาญา กฎหมายอาญาสิงคโปร์บัญญัติไว้ในมาตรา 21 (e)[416] (Statutes of the Public of Singapore Penal Code) โดยอนุญาโตตุลาการอยู่ในนิยามหมวด

---

[414] Helena .M. Chan, “Introduction to the Singapore Legal System,” **Singapore Malayan Law Journal** (1986): 1.

[415] Section 25: An arbitrator shall not be liable for — (a) negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of arbitrator; and (b) any mistake in law, fact or procedure made in the course of arbitral proceedings or in the making of an arbitral award.

[416] Statutes of the Public of Singapore Penal Code Section 21 (e). Retrieved November 20, 2017 from http:\\statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;page=0;query...947b-462c.>

“ข้าราชการ” (Public Servant) หากอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบโดยการเรียกรับสินบนจะต้องรับโทษทางอาญา จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.6.2 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น ไม่มีแนวคิดเรื่องความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) ของผู้พิพากษา ในขณะเดียวกันกลับมีแนวคิดในกลุ่มประเทศยุโรปส่วนใหญ่พัฒนาการชดเชยแก่คู่ความจากผลการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งรวมไปถึงผู้พิพากษา จึงกล่าวได้ว่าผู้พิพากษาสามารถรับผิดทางแพ่งในกรณีกระทำละเมิดรวมถึงการกระทำผิดอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาพิพากษา ด้วยเหตุนี้คู่พิพาทสามารถเรียกร้องค่าชดเชยสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดในการวินิจฉัยพิพากษาคดีได้ (judicial wrongdoing) ทั้งนี้คู่ความจักต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กฎหมายแต่ละประเทศได้วางไว้ โดยการฟ้องผู้พิพากษาให้รับผิดทางแพ่งจะกระทำได้ต่อเมื่อการเยียวยาตามกฎหมายอื่น ๆ สิ้นสุดแล้ว[417]

จากแนวคิดดังกล่าวทำให้กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ มองว่าตัวอนุญาโตตุลาการเองก็ควรได้รับความคุ้มกันอย่างจำกัด (Qualified Immunity หรือ Restrict Immunity) อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดหากปฏิบัติหน้าที่ถูกต้อง แต่ต้องรับผิดเมื่อทำหน้าที่ไม่ถูกต้องจนก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทกับอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากสัญญา โดยอนุญาโตตุลาการสัญญาว่าตนจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และเที่ยงธรรมปราศจากอคติต่อคู่พิพาท ทั้งนี้หากอนุญาโตตุลาการได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องหนี้และสัญญาย่อมไดรับความคุ้มกัน เพราะบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายแพ่งในส่วนหนี้และสัญญาสามารถปรับใช้กับความรับผิดของอนุญาโตตุลาการได้

ในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (The Code de Procédure Civile:“CPC”) ภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายฝรั่งเศสความรับผิดของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเป็นลักษณะสัญญา ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกันเกิดขึ้นจากสัญญา โดยกฎหมายอนุญาตให้เรียกร้องทางแพ่งกับอนุญาโตตุลาการได้หากเหตุแห่งการเรียกร้องเป็นไปตามมาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง เหตุแห่งการฟ้องอันได้แก่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ลาออกโดยไม่มีเหตุผลอันควร หรือกระทำผิดต่อหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงจนเป็นเหตุแห่งการถอดถอนแห่งตน

ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดอยู่ภายใต้ความคุ้มกันบางประการขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการ

---

[417] Christian Hausmaninger, *op. cit.*, pp. 13-14.

ไม่ต้องรับผิดต่อข้อผิดพลาดที่เกิดในการดำเนินกระบวนพิจารณาหรือเนื้อหาของคำชี้ขาด[418] ด้วยเหตุนี้หากคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่พอใจในคำชี้ขาดจึงต้องคัดค้านคำชี้ขาดมิใช่มาดำเนินคดีฟ้องร้องอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่ความคุ้มกันเด็ดขาดและมิได้คุ้มกันการกระทำและการละเว้นทั้งหมด อนุญาโตตุลาการยังคงต้องรับผิดหากเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อและประพฤติมิชอบโดยจงใจ อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการได้สิทธิที่ไม่ต้องรับผิดตามสัญญาหากประเด็นปัญหานั้นเป็นเพียงข้อพิพาทเล็กน้อยและไม่เกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือกระทำผิดโดยจงใจ หรือละเมิดภาระสำคัญที่ผูกพันตามสัญญา[419]

3.6.3 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ

ในส่วนนี้จะศึกษาหลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ เพื่อให้เห็นความเหมือนและความแตกต่าง จากนั้นนำข้อมูลที่ศึกษาไปวิเคราะห์ในบทที่ 4

1) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต้นแบบ (Liability of Arbitrator under Model Law)

ดังได้อธิบายใน หัวข้อ 3.1.1.1 ถึงวัตถุประสงค์ของการสร้างกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) ไว้ว่า เพื่อให้ประเทศสมาชิกต่าง ๆ สามารถนำไปปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการขอองประเทศตน และเพื่อให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้นมีความสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งย่อมส่งผลช่วยสนับสนุนต่อการอนุญาโตตุลาการยิ่งขึ้น แต่ในเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการทั้งทางแพ่งและทางอาญา กลับไม่พบในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บทบัญญัติเช่นว่าแต่อย่างใด[420] ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นของท่านผู้พิพากษาสิทธิพงศ์ ได้อธิบายไว้ถึงสาเหตุที่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model

---

[418] Consorts C. Bompard et al., “Tribunal de Grande Instance de Paris,” **Review Arbitration** 2 (June 1990): 475–476.

[419] Jean de la Hosseraye, Stéphanie de Giovanni and Juliette Huard-Bourgois, “Arbitration in France, *op. cit*., p. 344.

[420] UNCITRAL Model Law. Retrieved November 20, 2017 from https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf

Law) มิได้บัญญัติเรื่องความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ว่า การมองหลักในเรื่องนี้ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันและการบัญญัติความรับผิดทางอาญาไว้จะไม่เป็นการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการแพร่หลาย[421]

2) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน

ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (LCIA Rules) มีเรื่องความคุ้มกันอยู่ในข้อบังคับที่ 31.1 (Limitation of Liability)[422] โดยให้ความคุ้มกันแก่สถาบัน LCIA อนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าที่ที่ผู้เกี่ยวข้องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ผู้เชี่ยวชาญ ไม่ต้องรับผิดในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ (i) การกระทำหรือละเว้นการกระทำเช่นว่านั้นเป็นการเป็นการกระทำผิดต่อคู่กรณีโดยเจตนา (ii) บทบัญญัติจำกัดที่ว่านี้ต้องห้ามกับการปรับใช้กฎหมาย

---

[421] สิทธิพงศ์ ตัญญพงศ์ปรัชญ์, “การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่: ข้อสังเกตลางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545,” **วาสารกฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง** (2545): 379.

[422] LCIA Rules 31.1 None of the LCIA (including its officers, members and employees), the LCIA Court (including its President, Vice-Presidents, Honourary Vice-Presidents and members), the Registrar (including any deputy Registrar), any arbitrator, any Emergency Arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration, save: (i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law. Retrieved November 20, 2017 from www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

3) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน

สำหรับความคุ้มกันภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA Rules) ถูกบัญญัติไว้ในข้อบังคับที่ M-13[423] ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติมีลักษณะคล้ายกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA (LCIA Rules)กล่าวคือให้ความคุ้มกันแก่สถาบัน AAA ผู้ไกล่เกลี่ย เจ้าหน้าทีผู้เกี่ยวข้อง ไม่ต้องรับผิดในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย

4) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง

ภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง ข้อบังคับที่ 19.1[424] ได้บัญญัติเรื่องความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกันโดยเนื้อหาของบทบัญญัติคล้ายกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA และสถาบัน AAA สาระสำคัญคือการให้ความความคุ้มกันแก่สถาบัน HKIAC คณะอนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าทีผู้เกี่ยวข้อง ไม่ต้องรับผิดในการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเว้นแต่การกระทำหรือละเว้นการกระทำเช่นว่านั้นเป็นการเป็นการกระทำผิดโดยไม่สุจริต

---

[423] AAA Rules Exclusion of Liability Article M-13: Neither the AAA nor any mediator is a necessary party in judicial proceedings relating to the mediation. Neither the AAA nor any mediator shall be liable to any party for any error, act or omission in connection with any mediation conducted under these procedures. Retrieved November 20, 2017 from https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pd

[424] HKIAC Rules Exclusion of Liability Article 19.1 None of the Council of HKIAC nor any committee, sub-committee or other body or person specifically designated by it to perform the functions referred to in these Procedures, nor the Secretary General of HKIAC or other staff members of the Secretariat of HKIAC, the arbitral tribunal, any tribunal-appointed expert or secretary of the arbitral tribunal shall be liable for any act or omission in connection with the arbitration, save where such act was done or omitted to be done dishonestly. Retrieved November 20, 2017 from www.hkiac.org/arbitration/rules-practice.../procedures-administration-international

5) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC Rules) มีการบัญญัติเรื่องความคุ้มกันไว้ในข้อที่ 38.1[425] ไว้โดยให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกันโดยเนื้อหาของบทบัญญัติคล้ายกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA สถาบัน AAA และสถาบัน HKIAC สาระสำคัญคือการให้ความความคุ้มกันแก่สถาบัน SIAC คณะอนุญาโตตุลาการ เจ้าหน้าทีผู้เกี่ยวข้อง ไม่ต้องรับผิดในเรื่องความประมาทเลินเล่อการกระทำหรือละเว้นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

6) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ

สำหรับเรื่องนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของศาลอนุญาโตตุลาการของหอการค้านานาชาติ (ICC Rules) ได้บัญญัติอยู่ในข้อบังคับที่ 41[426] ซึ่งเป็นบทบัญญัติจำกัดความรับผิดให้ความคุ้มกันแก่คณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) และเจ้าหน้าที่รวมถึงผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ ไม่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่เว้นแต่การจำกัดความรับผิดเช่นว่านั้นเป็นเรื่องต้องห้ามสำหรับการปรับใช้กฎหมาย ทั้งนี้ ข้อบังคับสถาบัน (ICC Rules) ไม่ได้กำหนดความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาไว้

---

[425] SIAC Rules Exclusion of Liability Rule 38.1 Any arbitrator, including any Emergency Arbitrator, any person appointed by the Tribunal, including any administrative secretary and any expert, the President, members of the Court, and any directors, officers and employees of SIAC, shall not be liable to any person for any negligence, act or omission in connection with any arbitration administered by SIAC in accordance with these Rules. Retrieved November 20, 2017 from www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016

[426] ICC Rules Article 41 Limitation of liability: The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator, the Court and its members, the ICC and its employees, and the ICC National Committees and Groups and their employees and representatives shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law. Retrieved November 20, 2017 from <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration>

3.6.4 หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยและข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสำนักอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้น ประเทศไทยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย จึงจำเป็นต้องศึกษาว่าในความเป็นจริงเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ เนื่องจากหากการเขียนกฎหมายไม่ตรงกับความเป็นจริงในสังคมก็คงบังคับใช้ไม่ได้ กฎหมายแต่ละประเทศต่างร่างขึ้นภายใต้บริบทที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสังคม หากข้อเท็จจริงมีอยู่ว่ามีการทุจริตจริง การกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องคงไว้

1) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (Liability of Arbitrator under Arbitration Act 2002)

ในอดีตแม้ประเทศไทยเคยมีการใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแต่ก็ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและความคุ้มกันรวมถึงความรับผิดของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด ประเทศไทยปรากฏหลักฐานว่าในกฎหมายตราสามดวง (The Three Great Seal) มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตระลาการโดยคู่ความ มีที่มาจากกฎหมายมนูธรรมศาสตร์ของอินเดีย ซึ่งอยู่ในช่วงสมัยกรุงศรีอยุธยาและได้ใช้สืบเนื่องมาจนเข้าสู่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์จึงมีการยกเลิกในสมัยรัชกาลที่ 5 ทั้งนี้กฎหมายตราสามดวงมิได้กำหนดรายละเอียดมากนักแต่มีคำนิยามเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการคือบุคคลที่คู่กรณีแต่งตั้งขึ้นเอง[427] แม้ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น แนวคิดเรื่องนี้ก็ยังคงไม่มีความชัดเจนโดยมิได้บัญญัติไว้เช่นกัน แต่เมื่อมีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการแก้ไขเนื้อหาบทบัญญัติหลายประเด็น รวมถึงการบัญญัติเรื่องความคุ้มกันและความรับผิดของอนุญาโตตุลาการไว้ในมาตรา 23 ซึ่งในการร่างช่วงต้นได้มีการกำหนดเนื้อหาไว้ว่า “คณะอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการกระทำอันเกิดจากการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำโดยทุจริต” ซึ่งในร่างแรกนี้มีการระบุเหตุผลที่เพิ่มเติมมาตรานี้ว่า “การไม่ต้องรับผิด” เพื่อเป็นการป้องกันอนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ[428]

---

[427] กรมศิลปากร, **กฎหมายตราสามดวง** (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2521), หน้า 240-241.

[428] สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **หลักการและเหตุผลแห่งการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. .... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ)**, ค้นวันที่ 21 พฤศจิกายน 2560 จาก librarymb.parliament.go.th/snacm/minute_advance_search.jsp

อย่างไรก็ตามในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ...ในสภา ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนคำว่า “ทุจริต” เป็น “จงใจ” โดยให้เหตุผลว่า “จงใจ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ทุจริต”[429] จากการแก้ไขครั้งหลังจึงเป็นบทบัญญัติมาตรา 23[430] ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน หากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 23 กล่าวได้ว่าความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการในกรณีประมาทเลินเล่อนั้นต้องอยู่ในระดับอย่างร้ายแรง เท่ากับว่าหากเป็นประมาทเลินเล่อในระดับธรรมดาอนุญาโตตุลาการก็ไม่ต้องรับผิด จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัตินี้ให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการมากขึ้นกว่าเดิม ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ที่บัญญัติให้รับผิดกรณีกระทำโดยประมาทเลินเล่ออยู่ในระดับธรรมดา

การที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้เข้าทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสัญญาระหว่างอนุญาโตตุลาการละคู่กรณีที่แต่งตั้งตนโดยได้รับค่าธรรมเนียมจากการตัดสินชี้ขาดนั้น การทำตามหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ผู้ประกอบวิชาชีพพึงมี ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ในระดับทนายความหรือแพทย์ ซึ่งหมายถึงว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าการกระทำทั่วไปของบุคคลธรรมดา เนื่องจากผลจากการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่กรณีแต่งตั้งขึ้นโดยสัญญานั้นเป็นการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการกระทำการแทนคู่กรณีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยมอบความไว้วางใจและความรับผิดชอบแก่อนุญาโตตุลาการและความคาดหวังว่าอนุญาโตตุลาการควรต้องรับผิดชอบในการกระทำตามหน้าที่นั้น หากคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการต้องเสียหาย

---

[429] สำนักเลขาธิการวุฒิสภา **บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ....ครั้งที่ 6**, 6 มิถุนายน 2544.

[430] มาตรา 23 อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาโตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อจูงใจให้กระทำการไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากการปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความระมัดระวังของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากมูลเหตุดังกล่าวจากอนุญาโตตุลาการ[431]

ในขณะที่ความรับผิดทางอาญามีประเด็นที่ถกเถียงกันและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นอุปสรรคทำให้ผู้มีความรู้ความสามารถไม่ต้องการเข้ารับหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพราะเกรงจะถูกดำเนินคดีให้รับผิดโดยคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาด ซึ่งย่อมส่งผลทำให้เสียชื่อเสียง เสียเวลาและค่าใช้จ่ายแม้ภายหลังศาลได้ยกฟ้องเนื่องจากอนุญาโตตุลาการสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้กระทำผิด และสำหรับชาวต่างชาติด้วยแล้วโอกาสที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นไปได้ยาก เพราะความกังวลคงไม่ต่างจากอนุญาโตตุลาการไทยนัก คู่พิพาทที่เป็นต่างชาติย่อมต้องการอนุญาโตตุลาการที่เป็นต่างชาติ ด้วยเหตุนี้ประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญานี้จำเป็นต้องศึกษาว่าในความเป็นจริงเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ เนื่องจากหากการเขียนกฎหมายไม่ตรงกับความเป็นจริงในสังคมก็คงบังคับใช้ไม่ได้ กฎหมายแต่ละประเทศต่างร่างขึ้นภายใต้บริบทที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสังคม

ในงานวิจัยของเกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล ได้มีการศึกษาประเด็นความรับผิดอาญาของอนุญาโตตุลาการโดยมองว่าอนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และหากอนุญาโตตุลาการเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินเพื่อประโยชน์อื่นใดสำหรับการกระทำการ หรือการไม่กระทำการอันเนื่องจากหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าการนั้นชอบด้วยหน้าที่ของตนหรือไม่ อันมีลักษณะเป็นความผิดรับสินบนซึ่งกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการและความมั่นคงในทางเศรษฐกิจตลอดจนความสงบสุขของสังคม ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงควรกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็สอดรับกับกฎหมายของประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ ซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการที่ทุจริตเช่นกัน

2) หลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

เรื่องนี้ไม่ปรากฏมีบทบัญญัติอยู่ในข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่มีข้อสังเกตว่าในข้อบังคับสำนักศาลยุติธรรมข้อบังคับที่ 19[432] มีการพูดถึงการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการที่สถาบันกำหนด โดยประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการนี้ให้ใช้

---

[431] เกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล, *เรื่องเดิม*, หน้า 148.

[432] ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, **ราชกิจจานุเบกษา** 134, 114 (25 มกราคม 2560): 24-38.

บังคับกับอนุญาโตตุลาการภายใต้การจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ภายใต้หมวด 2[433] อุดมการณ์ของอนุญาโตตุลาการ ได้กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการต้องดำรงไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ยุติธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่เพียงแต่มีความรับผิดชอบต่อคู่พิพาทเท่านั้น ยังจะต้องมีความรับผิดชอบในกระบวนพิจารณา และต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการด้วย อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทฝ่ายใดจะต้องวางตนเป็นกลาง และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระและให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย ต้องไม่กระทำการเกินขอบอำนาจตามข้อตกลงที่คู่พิพาทให้ไว้ และต้องไม่กระทำน้อยกว่าที่จำเป็นเพื่อให้การปฏิบัติตามหน้าที่ลุล่วงไปโดยสุจริต ภายหลังจากได้รับแต่งตั้งหรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่เข้าไปมีความเกี่ยวพันไม่ว่ากับคู่พิพาทฝ่ายใดหรือบุคคลอื่นใดไม่ว่าด้านการเงิน ธุรกิจ อาชีพหรือความสัมพันธ์ทางครอบครัวและสังคม อันอาจทำให้คู่พิพาทเกิดความสงสัยอันควรในความเป็นอิสระหรือเป็นกลางของตนในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการได้ ภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการควรหลีกเลี่ยงจากการกระทำตามความในวรรคหนึ่งโดยพฤติการณ์ซึ่งอาจทำให้คู่กรณีหรือบุคคลอื่นใดในสภาวะเช่นนั้นเข้าใจไปได้ว่าคำ ชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากการที่อนุญาโตตุลาการได้รับหรือคาดหวังที่จะได้รับผลประโยชน์เช่นว่านั้น กล่าวได้ว่าถึงแม้ข้อบังคับไม่มีบทคุ้มกันอนุญาโตตุลาการไว้ หากอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ข้อบังคับของสถาบันและประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด โอกาสที่จะถูกดำเนินคดีมีน้อยมากเนื่องจากสามารถพิสูจน์ว่าไม่ได้กระทำผิด

3.6.5 ศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการสรุปเปรียบเทียบหลักความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยไว้ จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะมีหลักความคุ้มกันแบบเด็ดขาด (Absolute Immunity) ในขณะที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) จะให้ความคุ้มกันจำกัด (Restrict Immunity) สำหรับประเทศไทยมีเพิ่มความรับผิดทางอาญาเข้ามาในกฎหมายอนุญาโตตุลาการซึ่งในส่วนนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มาก ใน ตารางที่ 3.11 ข้างล่างนี้จะเป็นการเปรียบเทียบความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและกฎหมายไทย สำหรับส่วนวิเคราะห์ที่นำเสนอในบทถัดไป

---

[433] **ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ** ค้นวันที่ 21 พฤศจิกายน 2560 จาก www.tai.coj.go.th/doc/data/tai/tai_1464254594.pdf

ตารางที่ 3.11 เปรียบเทียบความรับผิดของอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	ระดับความคุ้มกัน	ความรับผิดทาง
Model Law	ไม่ได้บัญญัติ	ไม่ได้บัญญัติ
Common Law		
อังกฤษ	เด็ดขาด (Absolute Immunity)	แพ่งเท่านั้น
สหรัฐอเมริกา	เด็ดขาด (Absolute Immunity)	แพ่งเท่านั้น
ฮ่องกง	เด็ดขาด (Absolute Immunity)	แพ่งเท่านั้น
สิงคโปร์	เด็ดขาด (Absolute Immunity)	แพ่งเท่านั้น
Civil Law		
ฝรั่งเศส	จำกัด (Restrict Immunity)	แพ่งเท่านั้น
ไทย	จำกัด (Restrict Immunity)	แพ่งและอาญา

หมายเหตุ: ประเทศสิงคโปร์บัญญัติความรับผิดทางอาญาแยกต่างหากใน Penal Code

บทที่ 4

วิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

ก่อนที่จะหาคำตอบสำหรับแนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันจำเป็นต้องวิเคราะห์สภาพปัญหากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยว่ากฎหมายสามารถตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ กฎหมายที่ใช้อยู่มีปัญหาอย่างไร และปัญหาเหล่านั้นเกิดจากอะไร หลังจากทราบแล้วจึงค่อยนำปัญหานั้นมาเป็นแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยต่อไป

4.1 วิเคราะห์บทบาทศาลภายใต้กฎหมายไทยกับกฎหมายต้นแบบและกฎหมายประเทศต่าง ๆ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยภาคเอกชน การจะระงับได้สำเร็จหรือล้มเหลวขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย แต่ปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งคือ ความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากผู้แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ด้วยเหตุนี้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐช่วยเหลือ ขณะเดียวกันรัฐเองยังคงมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ด้วย ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อำนาจศาลให้ความช่วยเหลือและตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศของตน หลักการโดยสังเขปของทั้งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สามารถสรุปการเข้ามาของศาลในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นสี่ขั้นตอนกล่าวคือ

1) ก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Prior to the Establishment of a Tribunal)

2) เมื่อเริ่มกระบวนการการอนุญาโตตุลาการ (At the Commencement of the Arbitration)

3) ในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการ (During the Arbitration Process) และ

4) ในระหว่างการบังคับตามคำชี้ขาด (During the Enforcement Stage)

การช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศ ส่วนใหญ่ได้รับแนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทของศาลตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ศาลจะไม่เข้าแทรกแซงเว้นแต่จะบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปปรับใช้ในการร่างกฎหมายภายในประเทศตนค่อนข้างมาก และแม้ว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มีจุดมุ่งหมายให้ศาลเข้ามาแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการเฉพาะในเรื่องที่จำเป็นเท่านั้น แต่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็เกิดจากการร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการทั่วโลกมีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำแต่ไม่มีสภาพบังคับ และแม้ว่ากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศจะกำหนดให้คู่พิพาทมีอิสระในการตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณา แนวคิดที่ให้เอกชนระงับข้อพิพาทโดยที่ไม่ต้องอาศัยความช่วยเหลือจากศาลคงยังไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะคณะอนุญาโตตุลาการมีสถานะเป็นเอกชน ไม่มีอำนาจในการบังคับคู่กรณีบุคคลอื่นหรือคำชี้ขาด

แม้ว่าศาลมีหน้าที่สำคัญในการช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลในฐานะองค์กรของรัฐก็มีหน้าที่ในการควบคุมการอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับความยุติธรรมขั้นพื้นฐานด้วย ด้วยเหตุนี้อนุสัญญาต่าง ๆ หรือกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ จึงมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการควบคุมการอนุญาโตตุลาการได้ แต่ต้องไม่แทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นการทำให้เจตนารมณ์ในการระงับข้อพิพาททางเลือกไร้ผล อนึ่งศาลจะมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ทำการชี้ขาดแล้ว ดังนั้นคู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการต้องระมัดระวังไม่ให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการในขั้นตอนสำคัญ ๆ ขัดต่อกฎหมาย มิฉะนั้นคำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนหรือไม่อาจบังคับได้ อำนาจศาลจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการสนับสนุนกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันศาลของประเทศต่าง ๆ ให้ความสำคัญแก่การอนุญาโตตุลาการ โดยยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และยอมรับการที่คู่สัญญาเลือกอนุญาโตตุลาการนั้น หมายความว่า คู่สัญญาต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา และไม่ต้องการให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตน จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาทุกประเทศต่างพยายามลด

บทบาทศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทแห่งตน

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด อาทิเช่นการยอมรับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยปฏิเสธการคัดค้านเพื่อให้ตรวจสอบเนื้อหาข้อพิพาท ศาลจะปล่อยให้อนุญาโตตุลาการตัดสินอำนาจวินิจฉัยอำนาจตนเองเสมอตราบใดที่มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (*prima facie*) ว่ามีข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยยังคงพบการมีส่วนร่วมและบทบาทของศาลในกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในหลายมาตรา อาทิเช่นการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 14) การคุ้มครองชั่วคราว (มาตรา 16) การตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 18) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 20) การวินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 21) การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 24) การออกหมายเรียกพยาน (มาตรา 33) การคัดค้านคำชี้ขาด (มาตรา 41-44) การสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 46) ทั้งนี้กฎหมายไทยยังอนุญาตให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้หากมีเหตุแห่งการอุทธรณ์ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ 5 ประการ ในมาตรา 45

หากพิจารณาจากการเข้ามาของศาลในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการสำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างเป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ พยายามลดบทบาทศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากต้องการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทแห่งตน สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด (โปรดดูตารางที่ 3.2) ในขณะที่ศาลไทยเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก เมื่อเทียบกับประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา ประเทศเหล่านั้นจำกัดบทบาทศาล และให้อำนาจอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่อย่างอิสระเต็มที่ โดยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการคอยสนับสนุนช่วยเหลือเพื่อให้กระบวนพิจารณาเป็นไปอย่างราบรื่นและรวดเร็ว ศาลไทยเข้าสู่กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในหลากหลายขั้นตอนเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ โดยที่ประเทศเหล่านั้นให้ความสำคัญแก่การอนุญาโตตุลาการ ยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา และไม่ต้องการให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างตน ประเทศเหล่านั้นอาศัยช่องทางที่ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 6 เปิดช่องไว้ในเรื่องอำนาจที่เป็นหน้าที่ของศาลหรือ องค์กรอื่นที่

เหมาะสมในการทำหน้าที่เหล่านั้น (Other authority competent to perform these functions) ด้วยเหตุนี้ประเทศเหล่านั้นจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามามีบทบาทแทนศาลไม่ว่าจะเป็นการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่ การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น เพื่อทำให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเร็วขึ้นและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เนื่องจากสถาบันมีบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และมีความเข้าใจในกระบวนพิจารณามากกว่าจึงความเหมาะสมที่สุดเพราะเข้าใจปัญหาทั้งหมด สามารถตรวจสอบขั้นตอนต่าง ๆ ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้หรือไม่ (โปรดดูตารางที่ 3.2 ถึง ตารางที่ 3.8)

ในขณะที่ศาลไทยเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมากกว่า ซึ่งย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย ความล่าช้าของศาลไทยและการแทรกแซงของศาลในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีผลทำให้ประเทศไทยไม่เป็นที่นิยมใช้เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และก่อให้เกิดความชะงักงันในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศรวมถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย คู่พิพาทพยายามประวิงเวลาด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือในขั้นตอนการบังคับตามคำชี้ขาดด้วย การที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับเฉกเช่นคำพิพากษา เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่พิพาทอีกฝ่ายก็ไม่มีอำนาจบังคับฝ่ายนั้นให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ และที่สำคัญและก่อให้เกิดปัญหาคือคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญามักยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อชะลอคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุคัดค้านตามมาตรา 40 วรรคสาม ซึ่งเป็นการชะลอการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตามภายหลังจากมีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... หากมีการบังคับใช้เมื่อใด มาตรา 40 จะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องการชะลอหรือประวิงคดีโดยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุคัดค้านภายใต้มาตรานี้น่าจะคลี่คลายลงได้

อนึ่งการที่ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง)ให้ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย ด้วยเหตุนี้ในส่วนนี้จึงมุ่งเน้นเฉพาะ 4 มาตรานี้

เท่านั้นเนื่องจากเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยจะกล่าวถึง การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ การคุมครองชั่วคราว และการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด

4.1.2 การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นฐานเบื้องต้นของการอนุญาโตตุลาการ ความมีอยู่และความสมบูรณ์ของสัญญาทำให้ทุกข้อพิพาทที่อยู่ภายในกรอบของสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่สามารถนำไปยื่นต่อศาลยุติธรรมได้หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาททุกฝ่าย หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติมาตรา II ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) รัฐภาคีแต่ละรัฐจักต้องรับรองสัญญาอนุญาโตตุลาการที่เป็นหนังสือ โดยคู่พิพาทมีหน้าที่เสนอข้อพิพาทแห่งตนซึ่งเกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในนิติสัมพันธ์ระหว่างกันไม่ว่าจะโดยทางสัญญาหรือไม่ หากเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เมื่อศาลของประเทศภาคีรับฟ้องคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลจักต้องให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หากได้รับการร้องขอจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ศาลพบว่าสัญญาเช่นว่าเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทภายใต้บังคับข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ แล้วคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งนำมายื่นต่อศาล คู่พิพาทอีกฝ่ายอาจยื่นคำร้องต่อศาล (Anti-suit Application) เพื่อให้ศาลระงับการพิจารณาคดีในชั้นศาลหรือจำหน่ายคดีเสียและให้คู่ความกลับไปใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างถึงเงื่อนไขในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 8 ก็ได้วางหลักเกณฑ์วิธีบังคับเรื่องนี้ไว้ไปในแนวทางเดียวกันกับมาตรา II ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

จากการศึกษาพบว่าทุกประเทศที่ผู้วิจัยศึกษาทั้งกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และรับเอาแนวปฏิบัติในเรื่องนี้ไปใช้ในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการและเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ แล้วคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งนำคดีมายื่นต่อศาล ศาลจักต้องให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ศาลพบว่าสัญญาเช่นว่าเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ทั้งนี้แนวปฏิบัติในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ต่างเหมือนกัน เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องศาลและศาลพบว่าเป็นคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลของทั้งสองระบบกฎหมายจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีเหมือนกัน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าบทบาทศาลของทุกประเทศจะเข้ามาในฐานะให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

การที่ประเทศเหล่านี้เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของตนให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ทำให้มาตรฐานในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นมีแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานเดียวกันในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ และชี้ให้เห็นว่าบทบาทศาลของประเทศเหล่านั้นในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นลักษณะช่วยเหลือสนับสนุนและเข้าแทรกแซงให้น้อยที่สุด

ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และรับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มายกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงรับแนวปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ว่ามาใช้ในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเช่นกัน กล่าวคือหากเป็นกรณีที่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการและเป็นเรื่องที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการแล้วคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งนำคดีมายื่นต่อศาล ศาลจักต้องให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ศาลพบว่าสัญญาเช่นว่าเป็นโมฆะ ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตาม การที่ประเทศไทยเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จึงนำมาปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศเฉกเช่นประเทศอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษา โดยมีบทบัญญัติมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่กำหนดแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งภายใต้มาตรา 14 นี้ สามารถแยกพิจารณาได้ว่า คู่พิพาทได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทได้นำข้อพิพาทฟ้องต่อศาล และคู่พิพาทอีกฝ่ายต้องยื่นคำร้องให้ศาลสั่งจำหน่ายคดีไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การ เมื่อศาลพบว่าเป็นคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดี จึงกล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติของศาลไทยนั้นมีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ส่งผลให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับในเรื่องการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

4.1.3 การคุ้มครองชั่วคราว

ด้วยเหตุที่วิธีการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นมาตรการที่สำคัญมากและถือเป็นประเด็นหลักในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการชั่วคราวนี้มีผลต่อคำชี้ขาดโดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องทรัพย์สินก่อนกระบวนการพิจารณาหรือระหว่างการพิจารณา ในส่วนนี้ผู้วิจัยต้องการศึกษาประเด็นเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) และในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่ามีความสอดคล้องกับข้อบังคับสถาบันหรือไม่

ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 9 บัญญัติไว้ว่าคู่สัญญาหรือคู่พิพาทอาจจะร้องขอต่อศาล หรือต่ออนุญาโตตุลาการ เพื่อขอคุ้มครองชั่วคราวได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายบางประเทศจึงถือหลักมาตรา 9 แห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ค.ศ. 1985) โดยให้เป็นอำนาจของศาลในการสั่งเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากพิจารณามาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศต่าง ๆ (โปรดดูตารางที่ 3.10) จากการศึกษาพบว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นมาตรการที่สำคัญที่ช่วยให้การอนุญาโตตุลาการพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวได้ ซึ่งแต่เดิมศาลเท่านั้นที่สามารถออกคำสั่งเช่นว่านั้นได้

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติหรือหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ด้วยเหตุนี้กฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินในการออกคำสั่ง และเปิดช่องให้ยื่นคำขอวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ได้เช่นกัน ทั้งนี้ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเทศไทยการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้ร้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจโดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม ด้วยเหตุนี้การอนุญาโตตุลาการไทยจึงไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 ในประเด็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ในระหว่างพิจารณา ทำให้ประเทศไทยมีมาตรการที่เหมือนกับประเทศต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยศึกษา

หากเป็นกรณีก่อนหรือช่วงระหว่างรอการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้ร้องยังคงต้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ซึ่งเป็นเรื่องที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา หากพิจารณาถึงลักษณะของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมเพราะรวดเร็วกว่าการพิจารณาคดีในศาล แต่เมื่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจ

ในการออกคำสั่งดังกล่าว จึงมีประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณาว่า การที่ให้ศาลพิจารณาอาจทำให้กระบวนการล่าช้ามากขึ้นหรือไม่ เนื่องจากการที่ผู้พิพากษาเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อเทียบกับการให้อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญทราบถึงประเด็นปัญหาและข้อเท็จจริงทั้งหมดย่อมจะตัดสินใจได้เร็วกว่าผู้พิพากษาที่เพิ่งเข้ามารับคดี โดยประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาทุกประเทศต่างมีบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เพื่อทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ดังนั้นในส่วนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ผู้วิจัยจึงได้แยกประเด็นวิเคราะห์อยู่ในหัวข้อ 4.2.3

ประเด็นต่อมาที่ควรพิจารณาคือ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา มีความสอดคล้องกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือไม่ การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มิได้มีการแก้ไข มาตรา 16 ในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างพิจารณา แต่ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ได้แก้ไขให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการทำคำสั่งมาตรการนี้ได้ การที่กฎหมายยังไม่แก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว ในความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ และข้อบังคับที่แก้ไขไปแล้วนั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่ ประเด็นนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 4.3 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

4.1.4 การปฏิเสธบังคับคำชี้ขาด

การปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดถือเป็นบทบาทของศาลที่สำคัญมากประการหนึ่ง เป็นบทบาทของศาลในการเข้ามาควบคุมและตรวจสอบกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ กล่าวได้ว่ารัฐมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินวิธีอนุญาโตตุลาการและกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ในส่วนนี้ผู้วิจัยต้องการศึกษาประเด็นเรื่องการปฏิเสธบังคับคำชี้ขาดการคุ้มครองภายใต้เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เนื่องจากในบรรดาเหตุทั้งเจ็ดประเด็นที่อนุสัญญานิวยอร์ก มาตรา V กำหนดไว้นั้น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ

เมื่อการทำคำชี้ขาดได้เสร็จสิ้นตามหลักแล้วถือเป็นที่สุด (*res judicata*) และผูกพันคู่พิพาทอย่างคำพิพากษา ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายชนะยื่นขอบังคับตามคำชี้ขาดในประเทศอื่นที่ไม่ใช่ประเทศที่ทำคำชี้ขาด กระบวนการทางกฎหมายสำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดต้องเป็นการยื่นคำขอต่อศาล

เท่านั้น ซึ่งการยื่นคำขอเช่นว่าอาจทำได้อย่างรวดเร็วหากสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดไม่มีข้อคัดค้าน แต่ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายแพ้คดีต้องการยื่นคัดค้านคำชี้ขาดกรณีเช่นนี้ย่อมสุ่มเสี่ยงทำให้กระบวนพิจารณายืดเยื้อออกไป อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดไว้เหมือนกันและประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ก็นำเหตุเหล่านี้ไปใช้กันอย่างแพร่หลาย

มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกัน โดยเหตุแห่งการปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรกเป็นกรณีที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดมีภาระต้องพิสูจน์หากเข้าหลักเกณฑ์เหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลก็จะปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาด กับส่วนที่สองเป็นกรณีที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทที่กฎหมายห้ามมิให้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ หรือเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

จากการศึกษาพบว่าศาลแต่ละประเทศที่ผู้วิจัยศึกษาจะยึดกรอบหลักเกณฑ์การที่ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดหากผู้ถูกให้บังคับตามคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ในเรื่อง 1) ความสามารถคู่พิพาทบกพร่องและความไม่สมบูรณ์ของสัญญา 2) กระบวนพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการมิชอบ 3) การใช้อำนาจเกินขอบเขต 4) องค์ประกอบคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาไม่ชอบ และ 5) คำชี้ขาดไม่มีผลบังคับ สำหรับเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาด คือ ในกรณีที่คำชี้ขาดนั้นเป็นเรื่องข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้ด้วยการอนุญาโตตุลาการ (Non-Arbitrability) หรือหากบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

ดังได้กล่าวแล้วว่า เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวถึงบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศผู้วิจัยจึงได้ทำบทวิเคราะห์แยกอยู่ในหัวข้อ 4.2.4 เพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้น

4.2 วิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล

กล่าวได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ พัฒนามาจากบ่อเกิดกฎหมายหลากหลายแห่งด้วยกัน ทั้งนี้รวมถึงกฎหมายแห่งท้องถิ่น กฎหมายระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ข้อบังคับข้ามชาติ ด้วยเหตุนี้กรอบกฎหมายที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการจึงมีกฎหมายแห่งรัฐมากกว่าหนึ่งฉบับ ตัวอย่างเช่น สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่บังคับใช้แก่คู่พิพาท กฎหมายที่บังคับใช้แก่สัญญา กฎหมายที่บังคับแก่ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและกฎหมายแห่งประเทศที่บังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ความสอดคล้องกันของกฎหมายอนุญาโตตุลาการไปในทิศทางเดียวกันจึงเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญยิ่งเพื่อช่วยให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเข้าใจรูปแบบและเนื้อหาของการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศอยู่บนพื้นฐานเดียวกันซึ่งย่อมเอื้อประโยชน์ต่อกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการด้วยเช่นกัน

ประเทศต่าง ๆ นั้นต่างก็มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนเองในการระงับข้อพิพาท แต่ความแตกต่างของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเหล่านี้ ทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่จะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น ดังนั้นคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) จึงจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ขึ้น ซึ่งยังคงยึดถือแนวความคิดตามบทบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (เรียกสั้น ๆ ว่าอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์ก: New York Convention) และ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules 1976) เพื่อแก้ไขความหลากหลายของกฎหมายในกรณีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้ถูกออกแบบมาเพื่อให้รัฐที่มีความแตกต่างทั้งทางกฎหมาย สังคมและระบบเศรษฐกิจ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั่วทุกภูมิภาคของโลกสามารถนำไปปรับใช้ให้พอเหมาะหรือสอดคล้องกับข้อกำหนดทางกฎหมายในท้องถิ่นนั้น ๆ โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็เพื่อที่จะส่งเสริมหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of party will principle) ของการร่างสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อประกันความเท่าเทียมและเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาและเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสมประโยชน์แก่คู่สัญญามากที่สุด

สิ่งสำคัญที่ควรทราบก็คือกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกร่างขึ้นเพื่อเพียงควบคุมคดีพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ที่มีความคาดหวังว่ารัฐที่นำไปใช้หรือปรับใช้อาจจะมีกฎหมายลูกแยกต่างหากเพื่อบริหารงานอนุญาโตตุลาการในประเทศ แม้ว่ารัฐอยากจะจำกัดความอิสระของคู่สัญญา สถาบันอนุญาโตตุลาการและคณะอนุญาโตตุลาการ ในแง่ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศ การนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ไปใช้จะอนุญาตให้รัฐนำเสนอกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ตรงกับแนวทางปฏิบัติที่แพร่หลายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ หลักการสำคัญของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันคือ การให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาในการตกลงเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการมากขึ้น และหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ถือหลักเดียวกันจะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้น มีความใกล้เคียงกันมากขึ้นเป็นการลดความสำคัญเรื่องจะใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศใดบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาเรื่องกฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทมีความซับซ้อน เนื่องจากคู่กรณีพิพาทเป็นต่างประเทศฝ่ายหนึ่ง ซึ่งประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทต่างก็มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เป็นของตนเองและบทบัญญัติกฎหมายเหล่านั้นอาจเหมือนหรือแตกต่างกัน การที่อนุญาโตตุลาการเลือกใช้กฎหมายของประเทศหนึ่งก็อาจให้ผลอีกอย่างหนึ่ง และหากเลือกใช้กฎหมายของอีกประเทศหนึ่งก็อาจให้ผลอีกอย่างหนึ่งก็ได้ ดังนั้นการทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ย่อมเอื้อประโยชน์ต่อระบบการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศและมาตรการเหล่านี้ย่อมนำไปสู่ความมั่นใจของเหล่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศว่าข้อพิพาทที่เกิดจากการค้าระหว่างประเทศ จะได้รับการเยียวยาตามระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับอันเป็นเหตุสำคัญประการหนึ่งในการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกออกแบบมาเพื่อตอบสนองความกังวลเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายรัฐว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ความจำเป็นในการปรับปรุงและการสอดประสานกัน อยู่บนพื้นฐานที่ว่ากฎหมายภายในประเทศมักจะไม่เหมาะสมสำหรับคดีระหว่างประเทศ

แม้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีความเป็นสากลโดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law) แต่ยังมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับนานาประเทศ อันอาจทำให้เกิดอุปสรรคและเป็นปัญหาต่อการบังคับใช้ได้ โดยเฉพาะเรื่องการมิได้แบ่งแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการ

กำหนดลักษณะอนุญาโตตุลาการว่าเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศมีผลต่อการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการควรแยกเฉพาะเรื่องการค้าระหว่างประเทศออกจากเรื่องภายในประเทศ ตามอย่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ประเทศส่วนใหญ่นำมาใช้ เพราะอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นเหตุให้เกิดการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีวิธีการยอมรับและบังคับแตกต่างจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ นอกจากนี้เมื่อกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2006 โดยได้เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ แต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่มีการปรับปรุงเรื่องมาตรการดังกล่าวเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่อย่างไรก็ตามสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 ในประเด็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ในระหว่างพิจารณา

หากพิจารณาข้อมูลในอดีต จะพบว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ไม่เคยมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการนับแต่เริ่มบังคับใช้เพื่อให้สอดคล้องกับนานาประเทศ จนกระทั่งปี พ.ศ. 2560 จึงได้มีการปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ขึ้น (โปรดดูตารางที่ 3.3) และการที่กฎหมายไทยไม่ได้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทำให้ไม่สะดวกแก่การบังคับใช้และเป็นอุปสรรคต่อการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศทำให้ล่าช้า ทั้งยังส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน ดังนั้นข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็ควรปรับให้สอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นกัน

อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้ผ่านประชาวิจารณ์แล้วตามมาตรา 77 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ในร่างฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศโดยมีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) โดยบทบัญญัติทั้ง 4 มาตรานี้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำ

ขึ้นที่ใดซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กล่าวได้ว่าร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ได้ตระหนักถึงประเด็นปัญหาในทางปฏิบัติและหาแนวทางแก้ไขไว้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกว่าทั้ง 4 มาตรานี้มีความเป็นสากลเหมือนประเทศอื่น ๆ หรือไม่

หากพิจารณาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือ Common Law ประเทศเหล่านี้ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนี้หลายครั้งเพื่อให้สอดรับกับการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและที่สำคัญเพื่อให้สอดรับกับการแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายต้นแบบนอกจากตัวบทกฎหมายที่ได้รับการแก้ไข ข้อบังคับสถาบันก็ได้รับการปรับปรุงแก้ไขให้สอดรับกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่แก้ไขใหม่ด้วย แม้ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามิได้นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มายกร่างแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน แต่ก็ได้ปรับปรุงกฎหมายหลายครั้งด้วยเพื่อให้สอดรับกับการเปลี่ยนแปลงของการค้าโลกและสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมแต่ละช่วงเวลา ทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการมีความทันสมัยและเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ เช่นเดียวกันกับประเทศสิงคโปร์และฮ่องกงที่ได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของตนพร้อมกับการแก้ไขข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายครั้ง ทั้งยังรับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนด้วย เพื่อสอดรับต่อการเปลี่ยนแปลงทางธุรกรรมการค้าข้ามชาติและตอบสนองความต้องการของคู่กรณี จึงดึงดูดผู้ใช้บริการทั่วทุกมุมโลก ทำให้จำนวนคดีอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและกลายเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือ Civil Law อย่างประเทศฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนเช่นกันทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีชื่อเสียงว่าเป็นประเทศเหมาะเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยอำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทที่น่าเชื่อถือและเป็นอิสระจากคำสั่งทางกฎหมาย ความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นโยบายที่เอื้ออำนวยแก่การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ จำกัดการแทรกแซงโดยศาลถือเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้ประเทศฝรั่งเศสยังเป็นที่ตั้งของหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) ที่มีข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นข้อบังคับที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพจำนวนคดีอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ดังได้กล่าวมาแล้วแม้ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้บทบัญญัติพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ยกเว้น 4 มาตรา แต่ยังมีประเด็นที่ยังคงต้องนำมาพิจารณาอีกดังจะกล่าวในหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้

4.2.1 รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย

ในเรื่องรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือว่ายังมีจุดที่ควรศึกษาอยู่ โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ขอบเขตทางด้านเนื้อหาของไทยจึงใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท หากไม่เป็นข้อพิพาทที่ต้องห้ามซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ได้พัฒนาเพื่อเป็นเครื่องมือเฉพาะสำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น หากจะนำไปใช้ภายในประเทศต้องดัดแปลงให้เหมาะสมก่อนนำไปบังคับใช้ แต่กฎหมายไทยไม่ได้ดัดแปลงแก้ไขให้เหมาะสมเนื่องจากใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและข้อพิพาททุกประเภท หากพิจารณาจากตารางที่ 3.2 ซึ่งเปรียบเทียบรูปแบบระบบและขอบเขตการการใช้กฎหมายจะเห็นว่าประเทศส่วนใหญ่จะมีรูปแบบระบบกฎหมายแยก แม้ฮ่องกงจะได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนจากระบบกฎหมายแยก กลับมาเป็นกฎหมายเดียว แต่ฮ่องกงยังคงมีบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไว้ให้คู่กรณีเลือกได้ นอกจากนี้ขอบเขตการใช้กฎหมายของแต่ละประเทศก็ชัดเจนคือใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าเท่านั้น

จากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีแนวความคิดเรื่องนี้แยกเป็นสองแนว คือแนวความคิดแรก ท่านศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร[434] ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่าควรแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีเหตุผลประกอบว่า การแยกกฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วกว่าทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน อีกทั้งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็เป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก

สำหรับแนวความคิดที่สอง เป็นแนวคิดของท่านศาสตราจารย์สรรเสริญ ไกรจิตติ และศาสตราจารย์พิเศษอธึก อัศวนนท์[435] กลับเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องแยกกฎหมายออกเป็นสองฉบับ โดยมีเหตุผลประกอบว่าการที่ชาวต่างชาติจะยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยหรือไม่นั้น

---

[434] สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, **รายงานการประชุมคณะอนุญาโตตุลาการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ**, ครั้งที่ 1/2538, 1 มิถุนายน 2538.

[435] *เรื่องเดียวกัน*

ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นสากลโดยเทียบเคียงกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มากกว่าการแยกกฎหมายเป็นสองฉบับ

นอกจากนี้ผู้วิจัยยังได้ศึกษาความคิดเห็นของนรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ[436] ในเรื่องนี้เช่นกัน โดยนรีลักษณ์เห็นด้วยกับแนวความคิดแรกคือควรให้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นสองฉบับและอ้างถึงคำอธิบายเพิ่มเติมของท่านศาสตราจารย์เสาวนีย์ อัศวโรจน์ไว้ว่า หากกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการในประเทศ คู่ความและทนายความอาจไม่มีความเชี่ยวชาญจึงต้องขอความอนุเคราะห์จากศาลให้ช่วยเหลือมากกว่าคู่ความระหว่างประเทศที่สามารถพึ่งพาตนเองได้มากกว่าด้วยเหตุนี้การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจึงให้ศาลมีบทบาทมากกว่า ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบทบาทศาลมีน้อยในขณะที่คู่พิพาทมีบทบาทมากกว่า ทั้งนี้การแยกกฎหมายออกจากกันก็เพื่อประโยชน์ในการนำไปปฏิบัติและบังคับใช้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง

สำหรับผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวคิดแรกเช่นกัน เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งโดยปกติกฎเกณฑ์ภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันประกอบด้วยบุคคลที่มาจากประเทศต่าง ๆ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะเข้าใจกฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากกว่ากฎเกณฑ์ภายในเฉพาะของประเทศอื่น และหากนำกฎเกณฑ์ภายในประเทศหนึ่งบังคับแก่บุคคลต่างชาติก็จะไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยออกเป็นสองฉบับ คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยให้นำบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้เหมือนเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง และสิงคโปร์

อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้ผ่านประชาวิจารณ์แล้วตามมาตรา 77 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ในร่างฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศโดยมีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) โดยบทบัญญัติทั้ง 4 มาตรานี้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นที่ใดซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หากพิจารณาจากเนื้อหาของมาตราต่าง ๆ ที่

---

[436] นรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167-168.

กล่าวมาแล้วเป็นเรื่องเกี่ยวกับบทบาทศาลในการให้ความช่วยเหลือและควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ถือเป็นก้าวสำคัญในการปรับปรุงพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยได้ในระดับหนึ่ง

4.2.2 ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้นซึ่งเป็นบทบัญญัติภายใต้มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นประเด็นที่ประเทศไทยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากจะเป็นอุปสรรคทำให้ผู้มีความรู้ความสามารถไม่ต้องการเข้ารับหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพราะเกรงจะถูกดำเนินคดีให้รับผิดโดยคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาด ซึ่งย่อมส่งผลทำให้เสียชื่อเสียง เสียเวลาและค่าใช้จ่าย แม้ภายหลังศาลได้ยกฟ้องเนื่องจากอนุญาโตตุลาการสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้กระทำผิด และสำหรับชาวต่างชาติด้วยแล้วโอกาสที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นไปได้ยาก เพราะความกังวลคงไม่ต่างจากอนุญาโตตุลาการไทยนัก คู่พิพาทที่เป็นต่างชาติย่อมต้องการอนุญาโตตุลาการที่เป็นต่างชาติ จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นอุปสรรคต่อการดึงดูดให้การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศไทย

หากพิจารณาความรับผิดอนุญาโตตุลาการกลุ่มประเทศกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ประเทศเหล่านี้ให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute Immunity) โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เปรียบเสมือนกึ่งศาลจึงสมควรได้รับความคุ้มกันเช่นกัน แต่อนุญาโตตุลาการยังคงต้องรับผิดหากเป็นกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สุจริต (โปรดดูตารางที่ 3.4)

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีแนวคิดเรื่องความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) ของผู้พิพากษา ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดอยู่ภายใต้ความคุ้มกันบางประการ (Restrict Immunity) ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่ความคุ้มกันเด็ดขาดและมิได้คุ้มกันการกระทำและการละเว้นทั้งหมด อนุญาโตตุลาการยังคงต้องรับผิดหากเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อและประพฤติมิชอบโดยจงใจ (โปรดดูตารางที่ 3.4)

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาข้างต้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้น คงมีแต่ความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น ยกเว้นมีบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐแมสซาชูเสท มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐไอดาโฮ มลรัฐเซาท์แคโรไลนา ได้กำหนดความรับผิดการประพฤติมิชอบในเรื่องการรับสินบนไว้ในกฎหมายอาญา และประเทศสิงคโปร์ที่กฎหมายอาญาสิงคโปร์บัญญัติไว้ในมาตรา 21 (e)

(Statutes of the Public of Singapore Penal Code) โดยที่อนุญาโตตุลาการอยู่ในนิยามหมวด “ข้าราชการ” (Public Servant) หากอนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบโดยการเรียกรับสินบนจะต้องรับโทษทางอาญา จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนของประเทศไทยประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีการถกเถียงกันตั้งแต่ในชั้นร่างกฎหมาย รวมถึงเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากหลายฝ่าย ทั้งนี้ในหลายงานวิจัยได้มีการแสดงความคิดเห็นซึ่งแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการบัญญัติความรับผิดทางอาญาโดยให้เหตุผลว่าเพื่อเป็นการป้องปรามผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนในการเรียกรับผลประโยชน์หรือสิ่งอื่นใด ทั้งยังป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือประชาชน ด้วยเหตุที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญ คำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันต่อคู่พิพาทและในบางกรณีรัฐก็อาจเป็นคู่สัญญาด้วยเช่นกัน จึงเห็นควรกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา เพื่อใช้เป็นกลไกป้องกันและควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าปัญหาทุจริตในประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก

งานวิจัยของเกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล ได้มีการศึกษาประเด็นความรับผิดอาญาของอนุญาโตตุลาการโดยมองว่าอนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และหากอนุญาโตตุลาการเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินเพื่อประโยชน์อื่นใดสำหรับการกระทำการ หรือการไม่กระทำการอันเนื่องจากหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าการนั้นชอบด้วยหน้าที่ของตนหรือไม่ อันมีลักษณะเป็นความผิดรับสินบนซึ่งกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการและความมั่นคงในทางเศรษฐกิจตลอดจนความสงบสุขของสังคม ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงควรกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งก็สอดรับกับกฎหมายของประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการที่ทุจริตเช่นกัน

ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย กลับมองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยทำข้อตกลงร่วมกันว่าจะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของตน แทนที่จะใช้วิธีการทางศาล ดังนั้นจึงถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของคู่กรณีในสัญญา การที่บัญญัติโทษทางอาญาอาจก้าวล่วงอำนาจได้ อีกทั้งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางกรอบกฎหมายไว้สำหรับคู่พิพาทที่สามารถตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างรัดกุม ทั้งนี้เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มไม่เป็นกลาง อคติ หรือส่อทุจริต ก็สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ดำเนินการต่อผู้นั้นได้ การบัญญัติความรับผิดเช่นนี้อาจเปิดช่องให้คู่พิพาทฝ่ายเสียประโยชน์ใช้เป็นช่องทางฟ้องร้องกลั่นแกล้งได้ นอกจากนี้จะเป็นการตัดโอกาสให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถหรือผู้เชี่ยวชาญในเรื่องการอนุญาโตตุลาการไม่อยากมาเข้าร่วมทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ประเทศไทย

ยังต้องมีการพัฒนาอีกมาก หากมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ย่อมส่งผลทำให้ประเทศไทยไม่เป็นที่ยอมรับจากเวทีโลก และผู้ใช้บริการหันไปใช้ประเทศอื่นแทน

สำหรับความเห็นของผู้วิจัยในประเด็นปัญหาความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการกำหนดความรับผิดทางอาญา แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักพื้นฐานของนิติกรรมสัญญาทางแพ่ง เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่ง การดำเนินกระบวนพิจารณาย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ อำนาจรัฐจะไม่เข้ามาก้าวก่ายตราบใดที่ข้อตกลงนั้นไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Public Policy) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกิดจากข้อตกลงที่คู่กรณีเป็นผู้กำหนด เมื่อกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดหน้าที่เช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงแล้วผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะมีความสำคัญมาก ทั้งนี้เนื่องจากเป็นผู้มีดุลพินิจในการวินิจฉัยอย่างกว้างขวางทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เป็นผู้เชี่ยวชาญและเป็นผู้ตัดสินพิพากษา จึงต้องใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรมโดยพิทักษ์สิทธิของทั้งสองฝ่ายและให้โอกาสแก่คู่ความที่จะนำสืบคดีของตน อนุญาโตตุลาการต้องไม่ลำเอียง ต้องไม่มีอคติ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีโดยการรับสินบน เพราะนอกจากผิดหลักการความเสมอภาคและความอิสระยังทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการรับสินบน อาจผลักภาระของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น และเมื่อพิจารณารวมกับข้อมูลที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากประเทศต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอมาแล้วซึ่งมีบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการเพียงแต่บัญญัติแยกไว้ในกฎหมายอาญา การจะเขียนไว้ในกฎหมายใดก็แล้วแต่วิธีคิด บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาทั่วไปเพื่อให้อยู่ในหมวดหมู่เดียวกันก็ย่อมได้ หากแต่การอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เหตุการณ์ของประชาชนคนทั่วไป หากจะเขียนไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการคงไม่ใช่เรื่องที่เป็นประเด็นที่ต้องวิตกกังวล

การที่ประเทศไทยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในเรื่องกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ในความเป็นจริงเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ เนื่องจากหากการเขียนกฎหมายไม่ตรงกับความเป็นจริงในสังคมก็คงบังคับใช้ไม่ได้ กฎหมายแต่ละประเทศต่างร่างขึ้นภายใต้บริบทที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสังคม เศรษฐกิจ หากข้อเท็จจริงมีอยู่ว่ามีการทุจริตจริง การกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องคงไว้ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรคงมาตรา 23 ไว้ดังเดิม เนื่องจากสอดคล้องกับบริบทของสังคม และการคงมาตรานี้ไว้ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย เพราะหากเราได้แก้ไขปัญหาอุปสรรคด้านอื่น ๆ ให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศย่อมเป็นการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย อีกทั้งประเทศไทยไม่ใช่ประเทศแรกและประเทศเดียวที่กำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นศูนย์กลาง

การอนุญาโตตุลาการของทางเลือกในหมู่นักธุรกิจทั่วโลก และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน

4.2.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน

ประเทศอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยได้ศึกษาต่างได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกัน นอกจากนี้ประเทศเหล่านั้นยังมีการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เพื่อทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวและเป็นกรณีเร่งด่วน (โปรดดูตารางที่ 3.10) ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) นี้ จึงเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ประเทศไทยควรจะนำมาพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างเร่งด่วน ในประเด็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่สุดเพราะเป็นผู้ที่เข้าใจปัญหาทั้งหมด ทั้งนี้การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจะต้องคำนึงถึงคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) ที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการด้วยว่า คนที่ใกล้ชิดกับเรื่องราวเหล่านี้ที่สุดไม่จำเป็นต้องศึกษาทุกเรื่องก็คือ อนุญาโตตุลาการ คนที่ให้หรือไม่ให้คนที่มีความรู้ดีที่สุดก็คืออนุญาโตตุลาการ ในเมื่ออนุญาโตตุลาการดีกว่าศาลแต่การบังคับ (Enforceability) สู้ศาลไม่ได้ เพราะถ้าหากศาลสั่งแล้วไม่ทำก็สามารถบังคับคดีได้เพราะศาลเป็นรัฏฐาธิปัตย์ หากพิจารณาสถิติที่ศาลควรจะให้หรือไม่ให้นั้น การที่ศาลไม่ทราบข้อเท็จจริงมาก่อนแล้วมาให้พิจารณาโดยทันทีโอกาสที่จะได้รับคำสั่งศาลย่อมน้อย ถึงแม้ว่ามีกฎหมายรองรับ เพราะฉะนั้นจึงควรให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว การบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) จะทำได้หรือไม่นั้น จึงจำเป็นที่ต้องให้ Enforceability กับคำสั่งคุ้มครองเช่นว่านี้ด้วย การเขียนกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการทำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measure Order) จึงจำเป็นต้องเขียนกฎหมายรองรับการให้อำนาจนี้ด้วย เหตุผลสำคัญที่ผู้วิจัยเลือกอนุญาโตตุลาการก็เพราะเขาสามารถเข้าใจเนื้อหาของเรื่องจากข้อเท็จจริงและข้อเท็จจริงก็เป็นเหตุที่จะต้องคุ้มครองชั่วคราวเพราะฉะนั้นจึงต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นคนตัดสินว่าจะให้หรือไม่ให้ ส่วนเหตุผลที่ว่ารัฐทำไมยังต้องเข้ามาช่วยเหลือประคับประคองในการบังคับเพราะทำให้รัฐมีรายได้เพิ่มขึ้นเศรษฐกิจดีขึ้นจากเม็ดเงินที่เข้ามาในประเทศ เหตุผลที่ไม่มีใครมาใช้การอนุญาโตตุลาการประเทศไทยเพราะบังคับไม่ได้ แม้แต่การคุ้มครองชั่วคราวยังทำไม่ได้เขาจึงไปใช้บริการที่ประเทศอื่น กฎหมายประเทศอื่นเขาพัฒนาเจริญแล้วทำให้มีคนใช้บริการประเทศเหล่านั้น เหตุผลว่าทำไมต้องปรับปรุงกฎหมายไม่ใช่เพียงเพราะประเทศอื่นปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย แม้แต่เรื่องภายในประเทศประชาชนที่

อยากใช้การอนุญาโตตุลาการก็ตาม ก็สะดุดไม่สามารถใช้ได้ด้วย จึงจำเป็นที่ต้องปรับปรุงเพื่อให้ประชาชนหันมารับบริการจากรัฐด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพราะการชำระหนี้เป็นประโยชน์กับระบบเศรษฐกิจ การชำระหนี้เร็ว เศรษฐกิจก็ติดขัดน้อยลง และถ้าเป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้วประเทศไทยทำได้ด้วยจะเป็นส่งผลทำให้ “การค้าที่มองไม่เห็น (Invisible Trade)” เข้ามาในประเทศ

ประเด็นเรื่องการบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) นั้นหากเราเทียบเคียงกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ อาทิเช่น ประเทศสิงคโปร์ เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหานี้ รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อทำให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใดสามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งหลังจากนั้นประเทศต่าง ๆ อาทิเช่น สวิสเซอร์แลนด์ ฮ่องกง ออสเตรีย จึงได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนตามอย่างประเทศสิงคโปร์

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมอีกว่าหากกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว สำหรับกรณีการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) เมื่อกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว หากตัดศาลออกไปใครจะเป็นผู้ตรวจสอบ เนื่องจากบทบาทศาลนอกจากให้ความช่วยเหลือแล้วยังมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบว่าการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ ซึ่งหากไม่มีการตรวจสอบแล้ว เกิดมีกรณีที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตซึ่งย่อมส่งผลต่อคำชี้ขาดที่ทำขึ้น ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณา UNCITRAL Arbitration Rules ข้อบังคับที่ 23.3 โครงสร้างทางกฎหมายในเรื่องตรวจสอบยังคงกลับไปที่ศาลจึงเท่ากับว่าศาลจะกลับเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบเช่นเดิม ไม่เช่นนั้นแล้วจะทำให้กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการขาดความโปร่งใสและเป็นธรรม อนึ่งหากพิจารณาจากข้อบังคับสถาบัน HKIAC เมื่อคู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) และใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแบบสำเร็จรูปของสถาบันด้วย สถาบัน HKIAC จะทำหน้าที่ด้านธุรการทุกอย่างให้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเรื่อยไปจนรวมถึงการตรวจสอบ ซึ่งถือว่าเป็นกลไกที่ทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาทำได้กระชับและรวดเร็วขึ้น

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่าการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการควรเป็นอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่ง เนื่องจากในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีความชำนาญจะเข้าใจประเด็นปัญหาทั้งหมดย่อมจะตัดสินใจได้เร็วกว่าผู้พิพากษาที่เพิ่งเข้ามารับคดี

การบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) จะทำได้หรือไม่นั้น จึงจำเป็นที่ต้องให้ Enforceability กับคำสั่งคุ้มครองเช่นว่านี้ด้วย การเขียนกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการทำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measure Order) จึงจำเป็นต้องเขียนกฎหมายรองรับการให้อำนาจนี้ด้วย

สำหรับกรณีการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) เมื่อกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว หากตัดศาลออกไปใครจะเป็นผู้ตรวจสอบนั้น ภายใต้ UNCITRAL Arbitration Rules โครงสร้างทางกฎหมายในเรื่องตรวจสอบยังคงกลับไปที่ศาลจึงเท่ากับว่าศาลจะกลับเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบเช่นเดิม ประเด็นเรื่องการตัดศาลออกไปจึงมีแนวทางปฏิบัติในเรื่องการตรวจสอบรองรับไว้แล้ว

4.2.4 ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้อีกประการหนึ่งคือ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการขัดหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) กฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยและคำพิพากษาของศาลมักไม่ให้คำนิยาม คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คงมีแต่นักวิชาการที่ให้คำนิยามไว้เป็นการทั่วไปและอาจสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึงมาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคมโดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งจำเป็นสำคัญในประเทศและเป็นผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคม เช่น กฎหมาย ศีลธรรม เศรษฐกิจ การเมือง ศาสนาและสังคมของประเทศ หลักความสงบเรียบร้อยเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญแก่ผลประโยชน์โดยทั่วไปของสังคม (Public Interest) ต้องมาก่อนผลประโยชน์ของเอกชน ความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศและอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและพฤติการณ์ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นตัวแปรสุดท้ายของกฎหมายที่บ่อยครั้งบัญญัติอยู่ในตัวบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นตัวชี้ความยินยอมหรือการจำกัด การอนุญาตและการห้าม เมื่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญไม่ได้พูดถึงในเรื่องนั้น ๆ

ดังได้กล่าวแล้วว่ามาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกันสำหรับเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นอ้างได้หากคำชี้ขาดนั้นมีเหตุที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เนื่องจากหลักแนวคิดเรื่องนี้มีความแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ประสิทธิภาพการบังคับคำชี้ขาดจึงขึ้นอยู่กับการใช้หลักเกณฑ์

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากศาลแปลความอย่างกว้าง โอกาสที่จะบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการก็จะน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งต้องผ่านการตรวจสอบอย่างน้อยสองประเทศ

แม้บทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จะไม่ได้จำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) แต่แนวการแปลความของศาลต่าง ๆ กลับจำแนกและการแปลความจะแตกต่างกัน กล่าวคือกรณีการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ ศาลจะแปลกว้างอย่างไรก็ได้เพราะไม่กระทบต่อหลักสากลและคำชี้ขาดภายในประเทศไม่อยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่สำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งตกอยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) หากศาลจะแปลความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยใช้เกณฑ์ในประเทศก็จะทำให้คำชี้ขาดต่างประเทศต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ภายในประเทศซึ่งน่าจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

จากการศึกษาพบว่าแนวทางปฏิบัติของศาลกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเป็นไปในแนวทางเดียว กล่าวคือ ศาลใช้ข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบและใช้ด้วยความระมัดระวังโดยแนวคิดศาลของกลุ่มประเทศเหล่านี้เป็นไปตามอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ที่สนับสนุนการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศสก็เช่นกัน ศาลฝรั่งเศสใช้ข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบและเคร่งครัด แต่ที่แตกต่างจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คือ แนวคิดศาลฝรั่งเศสในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ซึ่งไม่สามารถฝ่าฝืนได้ สภาพความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) อาจมีวิวัฒนาการหรือความเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา จึงควรพิจารณาเรื่องนี้ในขณะที่มีการขอให้รับรองหรือการบังคับคำชี้ขาด ทั้งนี้คำชี้ขาดซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ในขณะที่ทำคำชี้ขาดนั้น แต่อาจถือว่าเป็นไปตามหลักนี้ได้ในขณะที่มีการยื่นคำขอให้มีการบังคับ นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสมีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) แนวทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสใช้หลัก

เหล่านี้อย่างเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาด และบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (โปรดดูตารางที่ 3.8)

สำหรับประเทศไทยแม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มาตรฐานสากล เนื่องจากยกร่างตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และการเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ค่อยมีความชัดเจนแน่นนอน แม้ว่าโดยทั่วไปศาลค่อนข้างสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแต่ในบางคดีมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลไทยมักปฏิเสธการรับรองการบังคับคำชี้ขาดที่มีผลกระทบต่อผลส่วนได้เสียของรัฐและศาลไทยมักตรวจสอบเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยตรวจสอบการกระทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เป็นคดี และตรวจสอบหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายถูกต้องหรือไม่

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาแนวปฏิบัติเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ น่าจะคลี่คลายลงได้เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้มาตรา 40 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จึงน่าจะขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศออกไปได้ คงเหลือแต่ประเด็นเรื่องการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดโดยยกเหตุยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่ศาลไทยคงต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยยึดหลักเกณฑ์มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ มาตรา 36 กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นอกจากนี้หากลองพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญให้ทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมโดยเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวว่าจะต้องปกป้องไม่ให้รัฐสูญเสียเงินจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องให้ความเป็นธรรมกับทุกคนภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นการให้ความยุติธรรมเป็น Public Policy ที่สำคัญที่สุด ดังนั้น Public Policy จึงเป็นเรื่องการให้ความเท่าเทียมกัน การให้โอกาสในการเข้าถึงความเป็นธรรม การส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมและเสรี การส่งเสริมการแข่งขัน เมื่อเกิดกรณีที่อนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้วทำให้รัฐสูญเสียงบประมาณเป็นจำนวนมากแล้วรัฐมองว่าเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะเนื่องจากรัฐต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หากพิจารณาจากการที่รัฐต้องเสียความเป็นธรรมในกฎหมายไป ย่อมเป็นการกระทบต่อประโยชน์สาธารณะมากกว่าจำนวนเงินที่สูญเสียไป การทำความเข้าใจว่าสิ่งไหนสำคัญกว่าเป็นเรื่องที่รัฐควรตระหนักและไม่ควรเพิกเฉยเพราะเงินกับประโยชน์สาธารณะไม่ใช่เป็นเรื่องเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ศาลไทยจึงควรทำความเข้าใจนิยามของ Public Policy และแปลความอย่างแคบด้วยความระมัดระวังเหมือนดังเช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง สิงคโปร์ และฝรั่งเศส[437] ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา หากยึดแนวปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสในการตีความน่าจะช่วยทำให้ได้จำนวนคดีที่เพิ่มมากขึ้น และพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศมากขึ้นด้วย

4.3 วิเคราะห์ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ยังมีข้อกังวลบางประการ หากพิจารณาจากมาตรา 16 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติไว้ว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งให้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้ว ศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายใน ระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว”

ในขณะที่ ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ข้อบังคับที่ 39 กำหนดไว้ว่า “หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่ง ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหาประกันมาวางเพื่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้

---

[437] โปรดดูเชิงอรรถ 4, 363, 364, 365, 368, 370, 371, 374, 375, 376, 377, 378, 379 ที่แสดงให้เห็นว่าแนวปฏิบัติของศาลประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฮ่องกง สิงคโปร์ และฝรั่งเศส ที่ใช้ข้อยกเว้นเรื่อง Public Policy โดยแปลความอย่างแคบและเคร่งครัด

การร้องขอตามวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน การยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับ การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้”

จากบทบัญญัติมาตรา 16 และข้อบังคับที่ 39 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของศาล ในขณะที่ข้อบังคับสถาบัน อำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณาเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จึงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าการที่กฎหมายยังไม่แก้ไขในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา แต่ข้อบังคับสถาบันได้แก้ไขให้เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา ในความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ และข้อบังคับที่แก้ไขไปแล้วนั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่ และคู่กรณีสามารถทำอย่างใดได้บ้างหากกฎหมายยังมีบทบัญญัติเช่นเดิม

ในมุมมองของผู้วิจัยในประเด็นดังกล่าวข้างต้น มองว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันไม่มีความสอดคล้องกัน เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวทั้งก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและระหว่างพิจารณา แต่ข้อบังคับสถาบันให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งเช่นว่าระหว่างพิจารณา แต่จากการที่ได้ศึกษาในกรณีดังกล่าวข้อบังคับไม่ได้เป็นการขัดต่อตัวบทกฎหมาย แม้กฎหมายจะยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไข สิ่งที่สำคัญที่ต้องทำความเข้าใจคือประเด็นต่าง ๆ ภายใต้บังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมากกว่าเพื่อดูกฎหมายนี้มีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงเลือกใช้ และมีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่องนิติกรรมสัญญา ในเรื่องข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หากกฎหมายอนุญาโตตุลาการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นบทบังคับ (The *lex arbitri* are mandatory) ซึ่งถือว่ามีน้อยมากในเรื่องการค้าระหว่างประเทศ เช่นนั้นแล้วหากคู่กรณีได้ตกลงเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไว้แล้วไม่ว่าจะเป็นแบบเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) หรือ แบบสถาบัน (Institutional Arbitration) ในกรณีเช่นนี้ให้ใช้วิธีพิจารณาตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับแรกเสียก่อน ทั้งนี้การเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหมายถึงข้อตกลงของคู่กรณีว่าจะดำเนินกระบวนพิจารณาไปในแนวทางใด และข้อบังคับนี้เองที่ถือว่าเป็นแนวทางที่สำคัญที่สุดสำหรับวิธีพิจารณาที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

เป็นที่ทราบกันว่าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมาย หากคู่กรณีได้เลือกใช้และอ้างข้อบังคับของสถาบันเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญาย่อมทำให้ข้อบังคับเช่นว่ามีผลบังคับใช้ได้ระหว่างคู่พิพาท การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญากล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากคู่กรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ ทั้งนี้โดยทั่วไปข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

ของสถาบันอนุญาโตตุลาการมักมีหลักเกณฑ์รายละเอียดกระบวนวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและให้อำนาจบางประการแก่อนุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (Rules of Procedure) จึงเป็นไปตามข้อบังคับที่คู่กรณีเลือก ซึ่งอาจเกิดจากการที่คู่กรณีเลือกสถาบันใดเป็นผู้บริหารการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีได้เลือกข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติไว้แล้ว คู่กรณีไม่เพียงแค่ตกลงกันเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ได้ตกลงผูกพันกับข้อบังคับของสถาบันนั้นด้วยซึ่งเทียบเท่ากับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อใช้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่ง ข้อบังคับสถาบันต่าง ๆ ผูกพันคู่สัญญาที่เรียกว่า Incorporated by Reference ยกตัวอย่างเช่น อ้างว่าให้อยู่ภายใต้การจัดการของหอการค้านานาชาติ (Rules of ICC) ข้อบังคับสถาบัน ICC นี้จึงเป็นกฎหมายเฉพาะของคู่สัญญา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันได้ ดังนั้นก่อนที่จะไปพิจารณาศึกษากฎหมาย จำเป็นต้องศึกษาข้อบังคับสถาบันก่อนว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการมีประเด็นนั้น ๆ ในข้อบังคับหรือไม่ ถ้ามีต้องใช้ตามนั้นก่อน ถ้าไม่มีจึงไปดูกฎหมาย เพราะข้อบังคับเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สัญญาคือกฎหมายสูงสุด มีหลักกฎหมายเขียนไว้ชัดเลยว่าข้อตกลงของคู่กรณีเป็นดั่งกฎหมายของคู่กรณี

ดังนั้นประเด็นปัญหาที่ว่ากฎหมายยังไม่แก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว ในกรณีการให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการทำคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ในระหว่างพิจารณา จึงสามารถทำได้เนื่องจากไม่ใช่เรื่องขัดต่อต่อความสงบเรียบร้อยแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันได้ และการแก้ไขข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) ก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ได้แก้ไขในเรื่องมาตรการดังกล่าวแล้ว

4.4 วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

นอกเหนือจากประเด็นปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้น อุปสรรคอื่น ๆ ที่ไม่ควรมองข้ามและมีผลต่อการอนุญาโตตุลาการของไทยยังมีอยู่หลายประการ ในส่วนนี้จะนำเสนอให้เห็นถึงอุปสรรคอื่น ๆ ที่ควรนำมาพิจารณาเพื่อปรับปรุงพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย

จากการศึกษาข้อมูลที่รวบรวมไว้ในบทที่ 2 และบทที่ 3 สามารถสรุปปัญหาและอุปสรรคด้านอื่น ๆ ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยที่มีต่อกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ได้ดังนี้

1) ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ

2) การรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

3) การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ

สำหรับรายละเอียดของประเด็นปัญหาเหล่านี้จะขอนำเสนอในแต่ละหัวข้อพร้อมกับวิเคราะห์สภาพปัญหาเหล่านั้นเพื่อจะได้เห็นภาพชัดเจนยิ่งขึ้น

4.4.1 ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ

บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือทนายความในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่ใช้อาจร่างด้วยหลากหลายภาษา ในบางครั้งย่อมประสบกับประเด็นปัญหาเรื่องภาษาขึ้นได้ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นการผจญภัยข้ามวัฒนธรรม ซึ่งหนึ่งในความท้าท้ายคือการประสานความแตกต่างทางด้านภาษา หากไม่สำเร็จปัญหาเรื่องภาษานี้จะกลายเป็นประเด็นที่ไม่คาดคิดต่อผลที่ตามมา ความจริงก็คือในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลาย คำตัดสินที่ทำขึ้นในภาษาต่าง ๆ ต้องทำคำแปล มีหลายคดีที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องกระบวนพิจารณามิชอบด้วยเหตุเรื่องภาษา หรือการประเมินผิดพลาดประเด็นเรื่องภาษาซึ่งผลออกมามีนัยสำคัญส่งผลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาในชั้นศาล ดังเช่น

ในคดี CEEG (Shanghai) Solar Sci. & Tech. Co. v. LUMOS LLC.[438] ศาลอุทธรณ์เดนเวอร์แห่งรัฐโคโลราโดมีคำสั่งปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างคู่ความทั้งสองกำหนดให้ใช้ภาษาอังกฤษทั้งหมด สำหรับการจัดเตรียมเอกสาร หนังสือแจ้ง การดำเนินกระบวนพิจารณา การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการและให้ดำเนินการโดยสถาบัน CIETAC ประเทศจีน ตลอดระยะเวลาที่ติดต่อกันของคู่ความใช้ภาษาอังกฤษสื่อสารกัน จนกระทั่งเกิดข้อพิพาทเรื่องสินค้าชำรุดบกพร่องและการค้างชำระค่าสินค้าโดยสถาบัน CIETAC ชี้ขาดให้ผู้ร้อง CEEG เป็นฝ่ายชนะ จึงนำคำชี้ขาดมายื่นต่อศาลอุทธรณ์เดนเวอร์แห่งรัฐโคโลราโดเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ผู้คัดค้านตามคำ

---

[438] CEEG (Shanghai) Solar Sci. & Tech. Co. v. LUMOS LLC (United States Court of Appeals for 10th Circuit, 2016)

ชี้ขาด LUMOS ได้ขอให้ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดโดยให้เหตุผลว่าได้รับเอกสารทั้งหมดเป็นภาษาจีน จึงทำให้ไม่ทราบว่ามีการแจ้งเจตนาจะใช้การอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) ศาลพิจาณาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดจึงมีคำสั่งปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุเพราะการแจ้งเจตนาจะใช้การอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) เป็นภาษาจีน ทำให้ผู้ถูกร้องตามคำชี้ขาด LUMOS ไม่สามารถเข้าร่วมการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้ทำให้กระบวนพิจารณาไม่ชอบตามเหตุที่บัญญัติไว้ใน New York Convention ผลที่ตามมาคือกระบวนการพิจารณาสูญเปล่าเสียทั้งเงินและเวลา คู่พิพาทจีนที่เป็นฝ่ายชนะไม่สามารถบังคับคำชี้ขาดได้

แม้ว่าในการทำการค้าระหว่างประเทศทั่วโลกจะใช้ภาษาหลากหลาย แต่ภาษาอังกฤษถือว่าโดดเด่นที่สุด[439] โดยเฉพาะในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ภาษาอังกฤษมีสถานะเป็นเหมือนดังภาษาลาตินที่นิยมใช้เมื่อหลายร้อยปีก่อน[440] ด้วยเหตุนี้ภาษาอังกฤษจึงเป็นภาษากลาง (lingua franca) ที่นิยมใช้มากที่สุดในแวดวงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ บุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการซึ่งภาษาอังกฤษมิใช่ภาษาแม่อย่างเช่นประเทศไทย จึงมีความจำเป็นต้องมีทักษะความชำนาญทางด้านภาษาอังกฤษเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศให้เป็นที่ยอมรับในเวทีโลก

สำหรับประเทศไทยบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการได้ดีนั้น นอกเหนือจากความรู้และความเข้าใจในเรื่องอนุสัญญาต่าง ๆ กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติ ตลอดจนข้อบังคับสถาบันแล้ว ความสามารถทางด้านภาษาย่อมเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่ใช้จึงร่างด้วยหลากหลายภาษา ในบางครั้งย่อมประสบกับประเด็นปัญหาเรื่องภาษาขึ้นได้

---

[439] Tibor Varady, **Language and Translation in International Commercial Arbitration: From the Constitution of the Arbitral through Recognition and Enforcement Proceedings** (West Nyack, NY: Cambridge University Press, 2006), p. 8.

[440] Manlio Frigo, “The Linguistic Factor in the Circulation of Arbitral Awards and Some of Its Pitfalls,” In **Convergence and Divergence in International Private Law**, Liber Amicorum Kurt Siehr, Katharina Boele-Woelki et al. eds. (The Hague: Schulthess, 2010), p. 687.

4.4.2 การได้มาและรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในวงการกฎหมายผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณา เช่นทนายความจำเป็นต้องรู้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเป็นเช่นใด เขาต้องรู้ว่าเขาจะบังคับคดีได้หรือไม่ได้อย่างไร ผลของคำตัดสินควรจะให้ทนายทั่วโลกได้รับรู้ เนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการสำคัญมาก อาทิเช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรืออื่น ๆ ในกรณีดำเนินการโดยศาลคดีที่เกี่ยวข้องที่ไม่ใช่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะทำเป็นภาษาไทย จึงจำเป็นต้องแปลเป็นภาษาอังกฤษทันทีโดยไม่ชักช้า แต่ในความเป็นจริงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไทยทำเป็นภาษาไทย ทำให้ผู้เกี่ยวข้องไม่สามารถรับรู้ได้ในทันที

การเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการในทางปฏิบัติมีขั้นตอนกระบวนการภายในของศาลยุติธรรม ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอควรจึงจะดำเนินการประกาศเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่ง (กรณีที่เผยแพร่ได้) ลงในเว็บไซต์ของศาลยุติธรรมได้และจะจัดทำเป็นภาษาไทย การที่แนวปฏิบัติของประเทศไทยในเรื่องการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล เป็นดังที่อธิบายข้างต้น จึงเป็นข้อสังเกตประการหนึ่ง ผู้วิจัยจึงหยิบยกประเด็นนี้ขึ้นมาพิจารณาและวิเคราะห์ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันทนายความที่รับหน้าที่เป็นตัวแทนลูกความสามารถแปลคำพิพากษาหรือคำสั่งค่อนข้างรวดเร็วเพื่อให้คู่ความชาวต่างชาติได้รับทราบ เพียงแต่คำแปลของทนายความกับคำแปลของหน่วยงานของรัฐอันไหนน่าเชื่อถือกว่ากันในเชิงการรับฟังและไปใช้ต่อเท่านั้น

4.4.3 การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ

ในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการนั้นโดยปกติแล้วบุคคลที่เป็นอนุญาโตตุลาการคิดค่าป่วยการเรียกว่า “ค่าธรรมเนียม” แต่ในกรณีของสมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (AAA) คิดค่าป่วยการเป็นค่าเบี้ยเลี้ยงซึ่งต่ำกว่าค่าธรรมเนียมมาก การคิดธรรมเนียมนี้ ในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ต้องมีการตกลงเรื่องค่าธรรมเนียมและวิธีการชำระก่อนที่จะรับเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ในบางประเทศ เช่น อังกฤษ ค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการนี้อาจถูกศาลปรับลดลงได้ เมื่อศาลเห็นว่าเรียกสูงเกินไป (ค่าธรรมเนียมนี้เปิดเผยหมดเพราะเป็นคำชี้ขาด Award) การที่ศาลจะพิจารณาว่าสูงเกินไปหรือไม่ ศาลต้องดูจากคุณวุฒิของอนุญาโตตุลาการผู้นั้นเอง (โปรดดู คดี Appleton v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. (1922) 13 L1 LR 345)[441] การลดค่าธรรมเนียม (Taxation of Cost) เป็นการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม

---

[441] พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ**, หน้า 22.

เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป ตลอดจนห้ามไม่ให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายที่ไม่เหมาะสม ปกติการลดค่าธรรมเนียมนี้จะทำโดยเจ้าหน้าที่ของศาล แต่ตัวอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาลดค่าใช้จ่ายที่คู่กรณีเรียกร้อง[442]

การกำหนดค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการในกรณีที่สถาบันเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น บางสถาบันกำหนดตามชั่วโมงการทำงาน บางสถาบันกำหนดตามทุนทรัพย์ของคดี สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ทำการบริหารการอนุญาโตตุลาการนอกจากเรียกค่าธรรมเนียมให้แก่ตัวอนุญาโตตุลาการแล้วยังเรียกเก็บค่าบริหารการอนุญาโตตุลาการต่างหากซึ่งคำนวณจากทุนทรัพย์และอาจมีเพดานสูงหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้คงได้แก่ ค่าจ้างคณะบุคคลที่ทำงานเลขานุการของการอนุญาโตตุลาการและผู้ช่วยคนอื่น เช่น พนักงานพิมพ์ดีดและล่าม ค่าเช่าห้องประชุม อนุญาโตตุลาการอาจมีอำนาจตามกฎหมายที่จะหน่วงเหนี่ยวไม่มอบคำชี้ขาดและสำนวนแห่งคดีตลอดจนพยานหลักฐานจนกว่าจะได้รับชำระค่าธรรมเนียม[443]

สถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มักสร้างกฎเกณฑ์ในการพักหรือยุติกระบวนพิจารณาหากคู่พิพาทไม่ชำระค่าธรรมเนียมและค่าบริหารที่เรียกเก็บล่วงหน้า นอกจากนี้ข้อบังคับสถาบันยังอนุญาตให้คู่พิพาทที่ได้ชำระแล้วสามารถชำระส่วนคงค้างของคู่พิพาทอีกฝ่ายเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินต่อไป[444] ยกตัวอย่างเช่น ข้อบังคับที่ 41 แห่งข้อบังคับ UNCITRAL ที่กำหนดว่าหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งค้างชำระค่าธรรมเนียมเต็มจำนวน (ภายหลังจากอนุญาโตตุลาการได้บอกกล่าวให้ทราบถึงการค้างชำระเช่นว่าแล้ว) อนุญาโตตุลาการอาจพักหรือยุติกระบวนพิจารณาได้ ซึ่งข้อบังคับ ICDR แห่งสถาบัน AAAและLCIA[445] ต่างกำหนดหลักเกณฑ์ดังว่านี้เหมือนกันหากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งค้างชำระค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการอาจพักหรือยุติกระบวนพิจารณาได้ แต่ข้อบังคับของทั้งสองสถาบันแตกต่างจากข้อบังคับ UNCITRAL ตรงที่ว่าให้สถาบันไม่ใช่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายสามารถชำระส่วนคงค้างเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินต่อไปได้

ปกติคณะอนุญาโตตุลาการจะกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมตามข้อบังคับสถาบันที่ให้อำนาจตนทำได้ ข้อบังคับของสถาบันที่ผู้นิยมใช้ (AAA, LCIA, ICC) รวมทั้งข้อบังคับ UNCITRAL (UNCITRAL Rules) จะให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมได้

---

[442] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 169.

[443] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 23.

[444] Kiera S. Gans, "Don't Bite the Hand that Feeds You: Arbitrator Bias Based on Payment Information," **Transnational Dispute Management** 5 (July 2008): 2.

[445] ICDR International Rules of Arbitration, Article 33(3); LCIA Arbitration Rules, Article 24.3

แต่ข้อบังคับสถาบันอาจมีวิธีกำหนดที่แตกต่างกันในเรื่องของจำนวนเงินและการจัดสรรค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียม บางสถาบันให้ฝ่ายแพ้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายของฝ่ายชนะ บางสถาบันให้จ่ายเท่ากันโดยไม่คำนึงถึงผลชี้ขาด บางสถาบันไม่ได้รวมค่าธรรมเนียมทนายความ กล่าวได้ว่าแม้ว่าข้อบังคับสถาบันต่าง ๆ ต่างให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียม แต่สถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ได้ให้กำหนดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการทำให้บ่อยครั้งค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมกำหนดตามใจชอบและไม่แน่นอน

สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดค่าธรรมเนียมค่อนข้างน้อย จึงอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่อยากเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศไทย แต่ในอีกด้านหนึ่งความยุติธรรมจริง ๆ ไม่ควรมีค่าตอบแทน ถ้าปล่อยให้คู่ความซื้ออนุญาโตตุลาการ คู่ความจะซื้อตามกำลังทรัพย์ และการซื้อตามกำลังทรัพย์คนที่มีเงินมากกว่าย่อมใช้เงินทุ่มเต็มที่เพื่อซื้อทุกอย่าง ถ้าฝ่ายตรงข้ามจะต่อสู้ก็ต้องใช้เงินจำนวนใกล้ ๆ กัน ในคดี Coty Inc. v. Anchor Construction Inc. ศาลตัดสินว่าคำชี้ขาดควรถูกเพิกถอนเพราะเหตุคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการทำขึ้นโดยมิชอบ ศาลพบว่าอนุญาโตตุลาการฟังพยานเบิกความเพียงฝ่ายที่ชำระค่าธรรมเนียมเป็นการปฏิบัติไม่ชอบเกี่ยวกับสิทธิอันเท่าเทียมกันของคู่พิพาทในกระบวนพิจารณาคดี และในข้อบังคับสถาบันก็ไม่ได้กำหนดให้ไล่คู่พิพาทที่มิได้ชำระค่าธรรมเนียมออกจากกระบวนพิจารณา และอนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ทางด้านการเงินโดยตรงจากการได้รับการชำระค่าธรรมเนียม สถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำเกือบทุกแห่งต่างมีหลักเกณฑ์การชำระค่าธรรมเนียมและการปฏิบัติกับคู่พิพาทที่ค้างชำระในลักษณะเหมือนดังเช่นคดีนี้ ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีแล้วการจะรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลางไม่ควรชำระเงินผ่านมือจากคู่ความไปยังอนุญาโตตุลาการโดยตรง[446] หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีนี้สามารถเทียบเคียงกับ มาตรา 40 (2)(ข) เหตุแห่งการปฏิเสธคำชี้ขาดที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้หากบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ทำให้เห็นถึงแนวปฏิบัติที่ว่าเมื่อมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมกระทบกับความยุติธรรม มิเช่นนั้นคำตัดสินจะโอนเอียงไปตามกำลังทรัพย์ของผู้ที่มีเงินมากกว่า

สถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำเกือบทุกแห่งต่างมีหลักเกณฑ์การชำระค่าธรรมเนียมและการปฏิบัติกับคู่พิพาทที่ค้างชำระในลักษณะเหมือนดังเช่นคดีนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการบางสถาบันอย่างเช่น สถาบัน SIAC ของประเทศสิงคโปร์จะกำหนดค่าธรรมเนียมไว้เป็นตารางโดยคำนวณเป็นเงินสิงคโปร์และมีตารางลดค่าธรรมเนียม (Taxation of Cost) เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางด้าน

---

[446] Coty Inc. v. Anchor Construction Inc. (The Supreme Court of the State of New York, 2004)

กฎหมายและกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้และอนุญาโตตุลาการไม่ได้ประเมินให้[447] สถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่มักสร้างกฎเกณฑ์ในการพักหรือยุติกระบวนพิจารณาหากคู่พิพาทไม่ชำระค่าธรรมเนียมและค่าบริหารที่เรียกเก็บล่วงหน้า นอกจากนี้ข้อบังคับสถาบันยังอนุญาตให้คู่พิพาทที่ได้ชำระแล้วสามารถชำระส่วนคงค้างของคู่พิพาทอีกฝ่ายเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินต่อไป ดังเช่นข้อบังคับ ICDRแห่งสถาบัน AAA และ LCIA โดยสถาบันจะเป็นผู้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายสามารถชำระส่วนคงค้างเพื่อให้กระบวนพิจารณาดำเนินต่อไป

มีประเด็นที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าหากสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยกำหนดให้มีตารางค่าธรรมเนียมเฉกเช่นสถาบัน SIAC จะเป็นการทำลายกลไกตลาด (Market Economy) เรื่องค่าธรรมเนียมหรือไม่ เนื่องจากค่าตัวชาวต่างชาติที่เป็นอมริกัน ยุโรป ออสเตรเลียสูงมาก เมื่อต้องรับค่าธรรมเนียมเป็นไปตามตารางค่าธรรมเนียมที่สถาบันกำหนด ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมองว่าไม่เป็นการทำลายกลไกตลาด เพราะภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (Free-Market Economy) มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ (ภายใต้กฎหมาย) และ ใช้กลไกราคาในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ หากประเทศไทยกำหนดค่าธรรมเนียมให้เป็นไปตามตารางค่าธรรมเนียมย่อมทำได้ เป็นลักษณะ Pricing Competition เพียงแต่ต้องกำหนดเป็นสกุลเงินบาท ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าสำนักกฎหมายใหญ่ ๆ ในประเทศไทยคำนวณค่าธรรมเนียมเป็นเงินสกุล US$ ซึ่งโดยหลักการแล้วใช้บริการ ณ ประเทศใดควรเก็บตามสกุลเงินของประเทศนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น ใช้บริการที่ประเทศสิงคโปร์การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมก็ควรเป็นสกุล S$ หรือใช้บริการที่ประเทศอังกฤษ สกุลเงินคือ GBP เป็นต้น

ประเด็นต่อมาคือ ตามกฎผู้แพ้คดีมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด เมื่อคู่ความอีกฝ่ายทราบว่าตนเองจะชนะคดีจึงหาวิธีทำให้เกิดรายการค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นโดยไม่จำเป็น โดยสำนักงานกฎหมายบางแห่งชักชวน Partner ที่เป็นชาวต่างชาติเข้ามาร่วมทีมงานทั้ง ๆ ที่คำชี้ขาดต่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีชาวต่างชาติส่งผลให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ มักจะซ่อนคำว่า ค่าใช้จ่ายตามสมควร (Reasonably expenses) หากพิจารณาประเด็นเหล่านี้แม้ดูเป็นเรื่องเล็กน้อย แต่ในความเป็นจริงสำคัญมาก หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องแข่งขันในเรื่องค่าใช้จ่าย แต่ในขณะเดียวกันหากศาลเข้ามาตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม (Taxation of Cost) เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไปและห้ามไม่ให้เรียกเก็บค่าใช้จ่ายที่ไม่เหมาะสม ศาลย่อมเกรงว่าการทำเช่นนั้นอาจไม่เป็นไปตามหลักสากลและถูกวิจารณ์ได้ว่าไม่รู้จักคุณค่าวิชาชีพกฎหมายภาคปฏิบัติในแวดวง New York หรือ London ในเรื่องนี้ผู้วิจัยมองว่าการทำให้ค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็นดัง

---

[447] SIAC Rules: Schedule of Fees

ตัวอย่างที่กล่าวมา ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป โดยผู้วิจัยมองว่าการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเช่นว่า เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยเทียบเคียงกับการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อาจผลักภาระของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภค ทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น อีกทั้งหากพิจารณาจากคำพิพากษาคดี Appleton v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. (1922) 13 L1 LR 345 ที่ผู้วิจัยศึกษาศาลสามารถปรับลดค่าใช้จ่ายได้เมื่อศาลเห็นว่าเรียกเก็บสูงเกินไป

4.5 วิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าย่อมต้องทำการพัฒนากฎหมายของประเทศให้มีความสอดคล้องกับความเจริญและการพัฒนาประเทศ ดังนั้นการบริหารประเทศไม่อาจประสบความสำเร็จได้หากปราศจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลง กฎหมายจึงเป็นกลไกสำคัญที่มีผลต่อการขับเคลื่อนนโยบาย การขับเคลื่อนเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสังคม สถาบัน ตลอดจนชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการสรุปแนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางค้าระหว่างประเทศของไทย ให้ทัดเทียมกับสากลและเป็นที่ยอมรับในเวทีโลก โดยเริ่มจากการวิเคราะห์บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ จากนั้นเป็นการวิเคราะห์ทฤษฎีที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมายและรูปแบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมกับประเทศไทย

4.5.1 บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ท่านศาสตราจารย์ Jan Paulsson ได้ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการไว้ว่า “การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความขัดแย้งในตัวเอง คือเป็นกระบวนการที่ต้องการความร่วมมือสนับสนุนจากรัฐอย่างมากแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องการความเป็นอิสระจาก

ภาครัฐเช่นกัน”[448] ในขณะที่ท่านศาสตราจารย์ Karl-Heinz Böckstiegel กล่าวว่าบทบาทของรัฐในการอนุญาโตตุลาการคือ การตรากฎหมายประเทศตน โดยการสร้างสมดุลระหว่างการให้อิสระแก่การอนุญาโตตุลาการให้มากไปพร้อม ๆ กับการตรากฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างเที่ยงธรรม นอกจากนี้ศาลจะเข้าช่วยเหลือเฉพาะบางสถานการณ์เท่านั้นหากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถช่วยคู่พิพาทได้ อาทิเช่น ออกคำสั่งหรือคำบังคับมาตรการทางกฎหมายให้รวดเร็ว ส่วนเรื่องสถาบันอนุญาโตตุลาการ รัฐควรยอมรับความเป็นอิสระของสถาบันในการปิดช่องว่างเรื่องการเลือกข้อบังคับของสถาบัน โดยปล่อยให้เป็นหน้าที่ของสถาบันในการจัดการเรื่องดังกล่าวเพราะการเลือกข้อบังคับของสถาบันอยู่ภายใต้หลักอิสระของคู่สัญญา เช่นเดียวกับความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่ศาลควรแทรกแซงเท่าที่จำเป็น โดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองอนุญาโตตุลาการจากความรับผิดทางแพ่งและการถูกดำเนินคดี เนื่องจากมีข้อมูลว่าในบางประเทศอนุญาโตตุลาการถูกคู่พิพาทฝ่ายแพ้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการยื่นฟ้องต่อศาลในประเทศเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือการทำคำชี้ขาด[449]

เป็นที่ทราบกันว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยภาคเอกชน การจะระงับได้สำเร็จหรือล้มเหลวขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย แต่ปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งคือ ความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากผู้แพ้คดีไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ดังนั้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐช่วยเหลือ ขณะเดียวกันรัฐเองยังคงมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ด้วย ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเพื่อให้อำนาจศาลให้ความช่วยเหลือและตรวจสอบกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในประเทศของตน[450]

ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเข้ามามีบทบาทในการปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา โดยแต่ละประเทศพยายามหาจุดสมดุลระหว่างการให้อิสระในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการให้มากที่สุดและการให้ความเป็นธรรมในการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ รัฐจะเข้ามาแทรกแซงเท่าที่จำเป็นโดยผ่านอำนาจ

---

[448] Jan Paulsson, Arbitration in Three Dimensions, LSE Legal Studies Working Paper No. 1 2. 2010. p. 2. Retrieved September 28, 2017 from http://ssrn.com/abstract=1536093

[449] Karl-Heinz Böckstiegel, “Role of the State on Protecting the System of Arbitration,” **CIArb Centenary Conference**, 3 July 2015, London

[450] ธวัชชัย สุวรรณพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 26.

ศาลเพื่อแก้ไขในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถช่วยคู่พิพาทได้ การให้ความสำคัญกับการพัฒนาอนุญาโตตุลาการจะช่วยกระตุ้นธุรกิจระหว่างประเทศทั้งในระดับภูมิภาคและระดับโลกให้เกิดการไหลเวียนเงินทุนระหว่างประเทศและทำให้เศรษฐกิจโลกมีการเจริญเติบโตในหลาย ๆ ด้าน ส่วนความเชื่อมั่นจะเพิ่มขึ้นหรือลดลงซึ่งขึ้นอยู่กับขั้นตอนการระงับข้อพิพาท อุปสรรคในการดำเนินการที่เป็นไปในลักษณะที่ศาลยุติธรรมข้าไปยุ่งเกี่ยวในกระบวนการพิจารณามากเกินไป หลักการความอิสระของคู่สัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญามีอำนาจเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้นเป็นหลักที่ได้รับการรับรองสำหรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั่วโลก

จากการศึกษาการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะเห็นว่ารัฐของประเทศเหล่านั้นได้เข้ามามีบทบาทช่วยเหลือสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการอย่างเต็มที่ จึงทำให้กฎหมายของประเทศเหล่านั้นมีความทันสมัยและเป็นที่ยอมรับจากผู้ใช้บริการทั่วโลก

หากพิจารณากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนให้ทันสมัยเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศแสดงให้เห็นถึงบทบาทรัฐที่เข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนอย่างชัดเจน ดังเช่นประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (Arbitration Act 1996) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่มีอยู่หรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตย่อมได้รับผลเต็มรูปแบบเช่นเดียวกัน บทบาทรัฐของประเทศสิงคโปร์ก็เช่นกัน ตามบันทึกรายงานระหว่าง ค.ศ. 2000 - 2008 ศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (SIAC) มีการเพิ่มขึ้นของปริมาณคดีอนุญาโตตุลาการเกือบ 50% จำนวนรวม 99 คดี การที่จำนวนคดีเพิ่มขึ้นทำให้ประเทศสิงคโปร์กลายเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยม ไม่ได้เกิดเพราะความบังเอิญแต่เกิดจากความพยายามอย่างสูงของรัฐบาลสิงคโปร์ที่ดำเนินการในเชิงรุกสร้างชื่อเสียงการอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ คุณลักษณะบางประการของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ที่ทำให้ประเทศสิงคโปร์โดดเด่นนั้นมาจากการเป็นประเทศที่มีสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่เป็นอิสระและเป็นกลาง มีหลักนิติธรรมสูงในการพิจาณาโดยการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยที่สุด มีสถาบันอนุญาโตตุลาการมีชื่อเสียง มีเสรีภาพในการเลือกที่ปรึกษา ทนายความมากความสามารถอนุญาโตตุลาการและผู้เชี่ยวชาญ ในการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ซึ่งนำเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของตนด้วย นอกจากนี้รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อทำให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือ

คำสั่งที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใด สามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากก่อนหน้านั้นมีการถกเถียงกันประเด็นนี้ในแวดวงการอนุญาโตตุลาการอย่างมาก รัฐจึงยื่นมือเข้ามาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ประเทศสิงคโปร์มีการแก้ไขกฎหมายให้มีความทันสมัยสม่ำเสมอ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ฉบับเดิม ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไข ค.ศ. 2006 เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับของประเทศสิงคโปร์ในแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุด (Best Practice) เพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจากการนำเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) มาปรับใช้ในกฎหมายของตนโดยได้รับการสนับสนุนจากรัฐอย่างเต็มที่ ทำให้การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์มีความทันสมัยและโดดเด่นในเวทีโลก

ฮ่องกงก็เช่นกันมีการอนุญาโตตุลาการเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการมีความโดดเด่นทันสมัย ฮ่องกงได้ปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนสองช่วง โดยช่วงแรกเป็นช่วงก่อนเปลี่ยนผ่านจากการเป็นอาณานิคมอังกฤษมาเป็นเขตปกครองพิเศษของสาธารณรัฐประชาชนจีน การรับเอาอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายฮ่องกง แม้ภายหลังฮ่องกงกลับสู่การปกครองของสาธารณรัฐประชาชนจีน รัฐบาลจีนยังคงให้ฮ่องกงผนวกอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ใช้บังคับต่อไปได้ นอกจากนี้ฮ่องกงซึ่งมีอำนาจพิจารณาการอนุญาโตตุลาการแห่งแรกในเอเชียที่นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้สำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยกำหนดหลักการที่ว่าศาลควรสนับสนุนแต่ไม่ควรแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ฮ่องกงได้ปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการอีกครั้งซึ่งแตกต่างจากกฎหมายฉบับเดิม ซึ่งภายใต้กฎหมายเก่ามีการแบ่งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยในส่วนของระหว่างประเทศใช้บทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ภายใต้กฎหมายใหม่การแบ่งแบบกฎหมายเก่าได้ยกเลิกไปและให้อยู่ในบังคับของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เท่านั้น

กฎหมายใหม่ฮ่องกงสามารถทำให้ผู้ใช้เข้าใจได้ง่ายโดยแบ่งออกเป็น 14 หมวด จัดลำดับตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยมีบทบัญญัติทั้งหมดของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สอดแทรกในมาตราที่เกี่ยวข้องพร้อมส่วนแก้ไขหรือเพิ่มเติมเพื่อช่วยให้ผู้อ่านกฎหมายเห็นว่ามาตราใดแห่งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นำมาบังคับใช้ในฮ่องกง อย่างไรก็ตามบทบัญญัติสำคัญของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตามกฎหมายเดิมก็ไม่ได้ตัดทิ้งเป็นเพียงแต่เป็นบทบัญญัติที่ให้ผู้ใช้บริการสามารถเลือกใช้ได้ (Opt-in Provisions) ซึ่งอยู่ใน Schedule 2 ของกฎหมายใหม่ วัตถุประสงค์ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงมีสี่ประการ ประการแรกเพื่อเอื้ออำนวยแก่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในฮ่องกงและนอกฮ่องกง ประการที่สอง

การปฏิรูปทำให้ภาคธุรกิจและบุคคลที่ทำงานทางด้านอนุญาโตตุลาการฮ่องกงเป็นที่ยอมรับจากการมีแนวปฏิบัติสอดคล้องกับนานาประเทศเนื่องจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นที่คุ้นเคยสำหรับผู้ใช้บริการทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ประการที่สาม เพื่อดึงดูดนักธุรกิจให้เลือกฮ่องกงเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และประการสุดท้ายเพื่อส่งเสริมให้ฮ่องกงเป็นศูนย์ระงับข้อพิพาทระดับภูมิภาค โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง (CAP 609) เกือบทั้งหมดนำหลักการมาจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ค.ศ. 1985 และแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 ทั้งนี้สถาบัน HKIAC ได้จัดทำข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศขึ้นใหม่ โดยประสานกลมกลืนกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงฉบับใหม่ (ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่นำมาจากกฎหมายต้นแบบ ค.ศ. 1985) มีการแนะแนวทางปฏิบัติโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ฮ่องกงอยู่ในระดับแนวหน้าของการอนุญาโตตุลาการค้าระหว่างประเทศ สถาบัน HKIAC เน้นความอิสระของคู่พิพาท มีความยืดหยุ่นและมาตรการป้องกันให้ตรงกับวัตถุประสงค์ของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ คือ เพื่ออำนวยความสะดวกรวดเร็วและยุติธรรมแก้ปัญหาข้อพิพาท ไม่ให้เกิดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น เนื้อหาข้อบังคับใหม่นี้มาจากข้อมูลของผู้ปฏิบัติงานอาวุโสด้านการอนุญาโตตุลาการและการอ้างอิงจากแนวปฏิบัติที่ดี (Best Practice) นอกจากนี้กฎหมายใหม่ฮ่องกงยังมีบทบัญญัติเรื่องผู้ประนอมข้อพิพาท (Mediators) ไว้ในหมวด 2 ซึ่งหากคู่สัญญาได้มีข้อตกลงกันในเรื่องนี้ไว้ และการประนอมข้อพิพาทไม่สำเร็จ จึงเริ่มกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยผู้ประนอมพิพาทสามารถรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการได้ กล่าวได้ว่า บทบัญญัติเรื่องผู้ประนอมข้อพิพาท (Mediators) ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง ถือเป็นแนวคิดที่น่าสนใจเพราะเหมาะกับสภาพการณ์ในปัจจุบันและเอื้อประโยชน์ต่อคู่กรณีมากยิ่งขึ้นโดยพยายามดำเนินการให้คู่ความได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส ได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการสองครั้ง ทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฝรั่งเศสสนับสนุนหลักความเป็นอิสระของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ การปฏิรูปช่วงแรกอยู่ระหว่างปี ค.ศ. 1980–1981 มีการผ่านกฎหมายสองฉบับ ฉบับแรกปี ค.ศ. 1980 คือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ฉบับที่สองปี ค.ศ. 1981 ใช้บังคับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ. 1980-1981 เพื่อเป็นการยืนยันหลักอิสระของคู่พิพาทและการจำกัดการแทรกแซงของศาลโดยมีกฎหมายรองรับหลักการดังกล่าว กล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับได้ตราขึ้นก่อนกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งตราขึ้นภายหลังในปี ค.ศ. 1985 แต่บทบัญญัติมีความทันสมัยมากและมีกรอบกฎหมายที่ยืดหยุ่นสำหรับการอนุญาโตตุลาการในขณะนั้น

การปฏิรูปกฎหมายครั้งที่สองทำขึ้นอีกครั้งสิบปีต่อมา ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเครื่องบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่งเพื่อรักษาความโดดเด่นและความมีประสิทธิภาพของระบบกฎหมายประเทศตนไว้ โดยทำให้ทันสมัยใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศ (มาตรา 1442 - มาตรา 1503) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (มาตรา 1504 – มาตรา 1527) กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่นี้ได้วางหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการพิจารณาคดีและมุ่งรักษาความน่าเชื่อถือที่มีต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้แก่ผู้มาใช้บริการ เนื้อหาที่ปรับปรุงคือ การกำหนดบทบาทของศาลเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำขั้นตอนการตรวจสอบคำชี้ขาดให้ง่ายขึ้น

จากการศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ ข้างต้นทำให้ได้ข้อสรุปว่ากฎหมายของประเทศเหล่านี้ได้มีการปรับเปลี่ยนสม่ำเสมอให้ทันสมัย เน้นความเป็นอิสระของคู่พิพาทและการจำกัดการแทรกแซงของศาลโดยกำหนดหลักการที่ว่าศาลควรสนับสนุนแต่ไม่ควรแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำกฎหมายให้เอื้ออำนวยแก่คู่พิพาทการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ ทำกฎหมายให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศโดยให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งเป็นที่คุ้นเคยสำหรับผู้ใช้บริการทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ส่วนประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากการตรากฎหมายอนุญาโตตุลาการ คือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ยังคงมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ผู้วิจัยเลือกมาศึกษา โดยสามารถสรุปความแตกต่างได้เป็นหัวข้อย่อยตามที่นำเสนอไปในหัวข้อ 4.2 ซึ่งรัฐควรเข้ามามีบทบาทช่วยเหลือสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการอย่างจริงจังเพื่อทำให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับจากผู้ใช้บริการทั่วโลก

อนึ่งบทบาทรัฐในที่นี้หมายถึง องค์กรของรัฐสามฝ่าย กล่าวคือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ โดยที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำหน้าที่กำหนดนโยบายในการบริหารประเทศและมีภาระหน้าที่ที่จะดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายหลังจากประกาศบังคับใช้แล้ว ในขณะที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือรัฐสภาทำหน้าที่ออกกฎหมายมาบังคับใช้และควบคุมการบริหารแผ่นดินของรัฐบาล ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ คือศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ทำหน้าที่ของแต่ละศาลที่แตกต่างกันแต่ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

4.5.1.1 การทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law)

หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์การร่างกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) จะพบว่าร่างขึ้นเพื่อตอบสนองสภาวะปัญหาที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วจากความแตกต่างของกฎหมายภายในประเทศ คณะกรรมาธิการ UNCITRAL จึงพัฒนากฎหมายเพื่อใช้บังคับ (Applicable Law) เนื่องจากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ (Domestic Law) แตกต่างกันทำให้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีข้อจำกัด เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลภายในประเทศ (National Court) มีหน้าที่ควบคุมดูแลกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นผลที่เกิดขึ้นจากกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) ความพยายามพัฒนาการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Agreement) ให้สามารถใช้ได้หากคู่สัญญามีความต้องการใช้ตามความเหมาะสมของข้อพิพาท เหตุผลอีกประการหนึ่งของคณะกรรมาธิการ UNCITRAL คือพยายามทำให้กฎหมายเป็นมาตรฐานเดียวกัน สัญญาเป็นนิติกรรมที่ขึ้นเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่กรณีที่มีนิติสัมพันธ์กันในทางกฎหมายจึงเน้นเรื่องวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาและการแสดงเจตนาเป็นหลัก ดังนั้นปัญหาข้อพิพาทว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการค้าการระหว่างประเทศจึงควรพิจารณาแนวทางของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มากกว่ากฎหมายภายในประเทศ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ให้คู่สัญญามีอิสระในการกำหนดจำนวนคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อทำการชี้ขาดวางระเบียบกฎเกณฑ์การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการและเลือกกฎหมายสารบัญญัติที่จะใช้บังคับในสัญญาอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แม้นำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ในการยกร่างแต่ไม่ได้นำมาใช้ทั้งหมด หากเทียบกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกงหรือสิงคโปร์ ที่นำบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของตน โดยมีการปรับแก้ไขกฎหมายสม่ำเสมอเมื่อกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มีการแก้ไข นอกจากนี้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน HKIAC และ SIAC ก็มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการด้วย จากการศึกษาเหตุผลเบื้องหลังที่ทำให้สถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำอย่างสถาบัน HKIAC สถาบัน SIAC สถาบัน LCIA หรือ หอการค้านานาชาติ ICC ประสบความสำเร็จในเวทีโลกได้เพราะมีปัจจัยสนับสนุนหลายประการ คือ 1) แรงสนับสนุนจากรัฐบาลหรือประชาคมธุรกิจ 2) เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่มีโครงสร้างทางกฎหมายและระบบศาลที่มีความเป็นมิตรอำนวยความสะดวก 3) ความได้เปรียบของสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นลักษณะเฉพาะโดดเด่น ความได้เปรียบในเรื่องของที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ หรือการมีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือการมี

ข้อบังคับสถาบันที่เข้าใจง่ายและการมีรายชื่อบุคคลากรที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์และความชำนาญ อย่างเช่น สถาบัน LCIA ที่ก่อตั้งขึ้นจากความร่วมมือระหว่างนครลอนดอน (The City of London) และ หอการค้าลอนดอน (The London Chamber of Commerce) สถาบัน SIAC ก็ก่อตั้งขึ้นจากความร่วมมือจากหน่วยงานราชการหลายฝ่าย โดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจ (Economic Development Board) และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการค้า (The Trade Development Board) ส่วนสถาบัน HKIAC และ ICC ก่อตั้งขึ้นโดยภาคธุรกิจที่เห็นความจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ สถาบันเหล่านี้ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่การนั่งพิจารณาว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการโดยเคารพต่อหลักอิสระของคู่สัญญาและคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด อีกทั้งยังจัดหาผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์และความชำนาญ ภายใต้ข้อบังคับสถาบันที่เอื้ออำนวยแก่การพิจารณาคดี

สำหรับประเทศไทยแม้ว่าได้มีการปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ใหม่เมื่อต้นปี พ.ศ. 2560 และได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม แต่ถือว่ายังล่าช้าเมื่อเทียบกับประเทศอื่น ๆ ไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้เมื่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยยังไม่มีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลซึ่งยังคงเป็นปัญหาหลักอยู่ (อาทิเช่น รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น) ย่อมทำให้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการยังมีจุดที่ต้องแก้ไขปรับปรุงอีกหลายประการเช่นกัน เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายรองรับและสนับสนุนให้ทำได้ ยกตัวอย่างเช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ (Interim Measures) โดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ซึ่งเป็นกลไกที่สำคัญที่ช่วยให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้อย่างรวดเร็ว หากกฎหมายให้อำนาจให้อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งดังกล่าวและบังคับได้ (Enforceability) ย่อมส่งผลให้การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นไปอย่างราบรื่นและเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินมากกว่าใช้กระบวนการทางศาล มิเช่นนั้นย่อมทำให้การอนุญาโตตุลาการไทยไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลซึ่งย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย ทำให้ประเทศไทยขาดปัจจัยในการดึงดูดให้นักธุรกิจต่างชาติเข้ามาใช้บริการ การไม่เป็นที่ยอมรับให้ประเทศไทยเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจึงทำให้เสียโอกาสจากรายได้ในส่วนนี้ไปอย่างน่าเสียดาย ด้วยเหตุนี้จึงเห็นควรให้มีการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการให้มีความทันสมัยสม่ำเสมอ

4.5.1.2 การควบคุมกำกับดูแลของรัฐในการบริหารการอนุญาโตตุลาการ

บทบาทหน้าที่ของรัฐในการอนุญาโตตุลาการคือ การตรากฎหมายประเทศตน โดยการสร้างสมดุลระหว่างการให้อิสระแก่การอนุญาโตตุลาการให้มากไปพร้อม ๆ กับการตรากฎหมายเท่าที่จำเป็นเพื่อใช้ระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างเที่ยงธรรม รัฐจะเข้ามาแทรกแซงเท่าที่จำเป็นโดยผ่านอำนาจศาลเพื่อแก้ไขในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถช่วยคู่พิพาทได้ รัฐเองยังคงมีอำนาจตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ด้วย รวมถึงการให้ความเป็นอิสระแก่สถาบันในการปิดช่องว่างเรื่องการเลือกข้อบังคับของสถาบัน และความอิสระในการบริหารงานสถาบันโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ

ความเป็นธรรมนอกจากเป็นธรรมที่จะต้องให้แล้ว จำเป็นต้องทำให้เห็นชัดแจ้งว่าความเป็นธรรมนั้นได้ถูกนำมาปรับใช้จริง การที่สถาบันอนุญาโตตุลาการอยู่ภายใต้การบริหารของรัฐย่อมทำให้เกิดความกังวลว่า ความเป็นกลางและอิสระจะมีหรือไม่ในเมื่อสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นหน่วยงานที่บุคลากร ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณรัฐทั้งหมดรัฐสนับสนุนตลอด หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ และคู่สัญญารัฐไปใช้กลไกของรัฐในการระงับข้อพิพาทจึงไม่มีความแตกต่างจากกระบวนพิจารณาของศาล และหากให้เอกชนเข้ามาบริหารจะมีศักยภาพทำได้เพียงใด มีความน่าเชื่อถือเป็นที่ยอมรับระดับไหน

ในเรื่องนี้ฮ่องกงนับว่าเป็นหนึ่งตัวอย่างที่น่าสนใจ สถาบัน HKIAC เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรอยู่ภายใต้การรับรองโดยกฎหมายฮ่องกง แรกเริ่มก่อตั้งโดยความร่วมมือจากภาคธุรกิจและภาครัฐฮ่องกง แต่ปัจจุบัน สถาบัน HKIAC ดำเนินการด้วยงบประมาณและเงินทุนตัวเองเป็นอิสระโดยสิ้นเชิงจากภาคธุรกิจและภาครัฐฮ่องกง สถาบัน HKIAC อาศัยค่าธรรมเนียมสำหรับการบริการที่จะให้ไว้ในกองทุนเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินงานอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น สถาบัน HKIAC เป็นอิสระทางการเงินจากรัฐบาลฮ่องกง อยู่ภายใต้การบริหารจัดการของคณะกรรมการอันประกอบด้วยกลุ่มบุคคลต่างสัญชาติซึ่งเป็นสมาชิกชั้นนำขององค์กรธุรกิจและวิชาชีพ มีผู้พิพากษาศาลสูงเป็นประธาน โดยมีประธานหนึ่งท่านและคณะรองประธาน มีเลขาธิการและบุคคลากรดำเนินกิจกรรมรายวันในศูนย์การอนุญาโตตุลาการแห่งนี้ สถาบัน HKIAC ทำหน้าที่แต่งตั้งและมีอำนาจหน้าที่ของผู้ดูแลผังรายชื่ออนุญาโตตุลาการที่มีคุณภาพสูงโดยไม่จำกัดสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ของพวกเขา

ประเทศสิงคโปร์ก็เช่นกัน สถาบัน SIAC เป็นองค์กรสาธารณะที่ก่อตั้งขึ้นโดยไม่แสวงหากำไรภายใต้การค้ำประกัน โดยการค้ำประกันที่จำเป็นเริ่มต้นจากสถาบันกฎหมายสิงคโปร์ (Singapore Academy of Law) แต่ภายหลังเปลี่ยนเป็นการค้ำประกันโดยสภาธุรกิจสิงคโปร์

(Singapore Business Federation)[451] ทำให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างราบรื่น ให้บริการบริหารจัดการการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแก่องค์กรธุรกิจต่าง ๆ ทั่วโลก จนทำให้ประเทศสิงคโปร์กลายเป็นหนึ่งในศูนย์กลางชั้นนำของโลกสำหรับอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศในหลายปีที่ผ่านมา ถูกจัดอันดับให้เป็นหนึ่งในห้าอันดับแรกของตัวเลือกที่ทำการอนุญาโตตุลาการทั่วโลก

สำหรับหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce: ICC) นั้น ก่อตั้งขึ้นจากกลุ่มผู้ร่วมก่อตั้งซึ่งมีแนวคิดว่าภาคเอกชนมีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุดที่จะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานธุรกิจโดยไม่รอให้รัฐบาลมาอุดช่องโหว่แต่อย่างใด และเรียกขานตัวเองว่า “กลุ่มพ่อค้าเพื่อความสงบ” (“The Merchants of Peace) [452] การบริหารงานจึงเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ โดยอยู่ภายใต้การบริหารของเลขาธิการ (Secretary – General) และ คณะที่ปรึกษาโดยทำหน้าที่ร่วมกันในการให้คำแนะนำบริหารจัดการและให้ความช่วยเหลือแก่คณะอนุญาโตตุลาการ นับเป็นองค์กรชั้นนำของโลกที่ให้บริการบริหารจัดการเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

ส่วนประเทศไทยสถาบัน TAI ตั้งอยู่ภายในสำนักงานระงับข้อพิพาทเป็นสาขาของสำนักงานศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้การบริหารงานยุติธรรมของศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2543 หากพิจารณาการบริหารกิจการของสถาบัน TAI ในปัจจุบันพบว่า อยู่ภายใต้การบริหารงานยุติธรรมของศาลยุติธรรม บุคลากรต่าง ๆ ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณรัฐทั้งหมด รัฐสนับสนุนตลอดย่อมก่อให้เกิดความกังวลแก่ผู้มาใช้บริการโดยเฉพาะชาวต่างชาติที่มีคู่สัญญาเป็นรัฐแล้วต้องใช้กลไกของรัฐเพื่อระงับข้อพิพาทจึงไม่มีความแตกต่างจากกระบวนพิจาณาของศาล ความเป็นธรรมนอกจากเป็นธรรมที่จะต้องให้แล้ว จำเป็นต้องทำให้เห็นชัดแจ้งว่าความเป็นธรรมนั้นได้ถูกนำมาปรับใช้จริง ผู้มาใช้บริการเหล่านั้นย่อมเกรงว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย จึงกล่าวได้ว่าการบริหารกิจการของสถาบัน TAI ขาดความเป็นอิสระในการบริหารกิจการสถาบัน

ประเด็นปัญหานี้อาจต้องมีการทบทวนการบริหารกิจการของสถาบัน TAI ภายใต้การบริหารงานยุติธรรมของศาลยุติธรรม เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในหมู่ผู้ใช้บริการว่าจะได้รับความเป็นธรรมอย่างแท้จริงปราศจากความเคลือบแคลงสงสัย การที่คู่พิพาทเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการก็เพื่อหลีกเลี่ยงการแทรกแซงของรัฐเข้ามาในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

---

[451] Rolf A. Shutze, **Institutional Arbitration**: **A Commentary** (Oxford: Hart Publishing, 2013).

[452] International Chamber of Commerce (ICC). Retrieved October 22, 2017 from https://iccwbo.org › Dispute resolution services › Arbitration

หากสถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาแต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐแล้วย่อมส่งผลทำให้ไม่มีผู้อยากมาใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยซึ่งถือเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการพัฒนาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศเฉกเช่นประเทศสิงคโปร์และฮ่องกง หากพิจารณาจากการก่อตั้งและการบริหารของสถาบันชั้นนำของโลกอย่างเช่น สถาบันLCIA สถาบัน SIAC สถาบัน HKIAC และหอการค้านานาชาติ (ICC) จะเห็นได้ชัดว่าสถาบันเหล่านี้ประสบความสำเร็จในการให้บริการการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ก็เพราะได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐหรือประชาคมธุรกิจ สถาบัน LCIA ก่อตั้งขึ้นจากความร่วมมือระหว่างนครลอนดอน (The City of London) และหอการค้าลอนดอน (The London Chamber of Commerce) สถาบัน SIAC ก็ก่อตั้งขึ้นจากความร่วมมือจากหน่วยงานราชการหลายฝ่าย โดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจ (Economic Development Board) และสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการค้า (The Trade Development Board) ส่วนสถาบัน HKIAC และ ICC ก่อตั้งขึ้นโดยภาคธุรกิจที่เห็นความจำเป็นของการระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพ

4.5.1.3 ทัศนคติของรัฐที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไปหากประเด็นพิพาทเป็นประเด็นที่มีข้อกฎหมายที่ยุ่งยากซับซ้อนและมีผลสะท้อนกลับเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะมากขึ้นเท่าใดย่อมเป็นที่จับตามองของสื่อมวลชนและประชาชนทั่วไป แนวคิดเรื่องการมีอยู่ของสัญญา กรอบอำนาจ การบังคับตามสัญญาและการรักษาความลับที่เป็นองค์ประกอบโดยรวมของการอนุญาโตตุลาการอาจถูกท้าทายโดยการเรียกร้องจากประชาชนเพื่อรับรู้เกี่ยวกับธุรกรรมต่าง ๆ ที่รัฐบาลของตนได้ก่อภาระผูกพันไว้

กล่าวได้ว่าบรรดาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความสำคัญของสาธารณะและมีลักษณะโดดเด่นควบคู่ไปกับการรับรู้ของประชาชนและเรียกร้องขอมีส่วนร่วมกับรัฐบาลมากยิ่งขึ้นจึงเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้ทั้งศาลแห่งประเทศนั้นและคณะอนุญาโตตุลาการที่เข้ามาดูรายละเอียด “นโยบายสาธารณะ” และใช้เป็นข้อยกเว้นในการรักษาความลับ โดยข้อยกเว้นดังกล่าวหากเป็นกรณีใดก็ตามที่เกี่ยวโยงกับการกระทำที่เป็นสาธารณะและเป็นเรื่องผลประโยชน์แล้ว ระดับความลับในเรื่องกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะถูกจำกัด หรืออาจถูกยกเลิกหากเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ

มีหลายเหตุการณ์ที่รัฐบาลไทยได้แสดงให้เห็นถึงทัศนคติทางด้านลบที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการดังจะเห็นได้จากมติคณะรัฐมนตรีที่ออกมาในแต่ละสมัย โดยมักมีประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เข้ามาเกี่ยวข้องและมีทัศนคติที่ไม่เป็นมิตรกับการอนุญาโตตุลาการซึ่งย่อมส่งผลส่งผลกระทบต่อการพัฒนาอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประทศของไทยเช่นกันดังปรากฏในมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2547 และมติคณะรัฐมนตรี

วันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2552 อย่างไรก็ตามเมื่อ วันที่14 กรกฎาคม 2558 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC) และกระทรวงยุติธรรม ผลักดันเสนอให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีของปี 2552 เปิดทางให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เกือบทุกประเภท ยกเว้นสัญญาสัมปทานและสัญญาตามที่ พระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่จะต้องให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อน รายละเอียดดังปรากฏตามมติคณะรัฐมนตรีดังต่อไปนี้

1) มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มกราคม พ.ศ. 2547[453]

คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามสำนักนายกรัฐมนตรีเสนอผลการพิจารณาเรื่อง จ่ายค่าชดเชยในการก่อสร้างทางด่วนสายบางนา-บางพลี-บางปะกง (คดีทางด่วน) ตามข้อเสนอของคณะทำงานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ดังนี้

(1) สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้น ส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

(2) โดยสัญญาหลักที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ทำเป็นภาษาไทย ส่วนสัญญาฉบับภาษาต่างประเทศควรใช้เป็นเพียงคำแปลของสัญญาหลักเท่านั้น

(3) ควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา

2) มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2552[454]

คณะรัฐมนตรีพิจารณาเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนในกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะโครงการขนาดใหญ่หรือการให้สัมปทานของรัฐได้มีการตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ปรากฏว่าเมื่อมีเหตุต้องดำเนินการตามวิธีการอนุญาโตตุลาการแล้ว ส่วนใหญ่หน่วยงานของรัฐจะเป็นฝ่ายแพ้คดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเป็นภาระด้านงบประมาณแผ่นดิน จึงเห็นควรให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2547 (เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน)

---

[453] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.04/05/2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน**.

[454] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.28/07/2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน**.

ในส่วนของข้อ 1 จากเดิมว่า “ข้อ 1. สัญญาสัมปทานในกฎหมายปัจจุบันเป็นสัญญาทางปกครอง จึงควรนำคดีพิพาทจากสัญญาเหล่านั้นส่งไปศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ดังนั้น สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือมีความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป “เป็น ข้อ1.สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

3) มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558[455] คณะรัฐมนตรีมีมติ ดังนี้

(1) เห็นชอบตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ โดยให้แก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ 1 จากเดิม “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป” เป็น “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1.1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

(1.2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน

หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็น หรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป

(2) สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ใช้อนุญาโตตุลาการโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย

---

[455] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.14/07/2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน)**.

สำหรับทัศนคติของรัฐบาลไทยในแต่ละสมัยที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการในเรื่องประโยชน์สาธารณะ มองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีผลกระทบกับประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากคดีที่ตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการหลายคดีทำให้ประเทศไทยต้องจ่ายเงินชดเชยภายหลังจากแพ้คดีด้วยจำนวนเงินที่สูงมาก และในกรณีที่เป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะมากขึ้นเท่าใดย่อมเป็นที่จับตามองของสื่อมวลชนและประชาชนทั่วไป รัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดนโยบายเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม หากมีเรื่องใดมากระทบกับประโยชน์สาธารณะย่อมต้องหาวิธีดำเนินการเพื่อดูแลประโยชน์สาธารณะ รัฐบาลจึงหาแนวทางแก้ไขในเรื่องดังกล่าวและมีมติคณะรัฐมนตรีให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการทำเช่นนั้นย่อมทำให้ต่างประเทศมองว่ารัฐบาลไทยมีทัศนคติทางด้านลบต่อการอนุญาโตตุลาการ

กล่าวได้ว่าทัศนคติของรัฐบาลที่มีต่อการอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เป็นผลทำให้ประเทศไทยถูกมองจากการที่เป็นรัฐที่เป็นมิตรกับการอนุญาโตตุลาการ กลายเป็นรัฐที่เป็นมิตรน้อยมากกับการอนุญาโตตุลาการ เหตุการณ์ของการเปลี่ยนแปลงเช่นว่าเริ่มต้นในปี พ.ศ. 2547 เมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติว่าสัญญาที่รัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ควรเขียนมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดและควรกำหนดให้ใช้กฎหมายไทยในการตีความและบังคับตามสัญญา ในขณะที่ในปี 2552 คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้แก้ไข พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในเรื่องสัญญาที่รัฐบาลทำกับเอกชนที่มาลงทุนในประเทศโดยห้ามใช้สัญญาที่มีอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทและกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการว่าต้องไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ อย่างไรก็ตามเมื่อ 14 กรกฎาคม 2558 คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC) และกระทรวงยุติธรรม ผลักดันเสนอให้ปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีของปี 2552 เปิดทางให้ใช้การอนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เกือบทุกประเภท ยกเว้นสัญญาสัมปทานและสัญญาตามที่ พระราชบัญญัติ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่จะต้องให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อน จากมติคณะรัฐมนตรีในปี พ.ศ. 2547 และ พ.ศ. 2552 มีผลทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการหยุดชะงักลง เนื่องจากนักธุรกิจทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ เกิดความไม่มั่นใจในการทำการค้าการลงทุนในประเทศไทย ด้วยเกรงว่าจะไม่ได้รับความยุติธรรมหากเกิดข้อพิพาทในการร่วมดำเนินธุรกิจกับรัฐบาลไทย

4.6 วิเคราะห์ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ในส่วนนี้จะเป็นบทวิเคราะห์ทฤษฎีที่ใช้ในการปฏิรูปกฎหมาย เพื่อให้เห็นว่าทฤษฎีอนุญาโตตุลาการแบบใดที่ควรนำมาใช้กับการปฏิรูปกฎหมาย จากการศึกษาพบว่าทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ คือทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory)

การนำทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) มาอุดช่องว่าง ย่อมทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศสมบูรณ์โดยมีทั้งทฤษฎีการชี้ขาดข้อพิพาทเป็นอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) มาเติมเต็มซึ่งกันและกัน กล่าวได้ว่าทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) เป็นทฤษฎีประนีประนอมโดยนำข้อดีที่สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะและเป็นที่ยอมรับของแต่ละทฤษฎีมาผสมคือ เป็นการผสมผสานกัน ด้วยเหตุที่ว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นกลไกที่ประกอบไปด้วยคุณลักษณะเฉพาะสองด้าน ด้านหนึ่งเป็นสัญญาของอนุญาโตตุลาการที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อโต้แย้งว่าการอนุญาโตตุลาการ เริ่มมาจากสัญญาเอกชน ซึ่งคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกอนุญาโตตุลาการรวมถึงข้อบังคับในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่น ๆ ตามทฤษฎีผสม ด้านหนึ่งคู่สัญญาพิพาทมีอิสระที่จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ การดำเนินงานเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานที่เป็นลักษณะของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะใช้กับประเด็นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ เช่นเดียวกันกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ความถูกต้องของคำชี้ขาดจะถูกพิจารณาตรวจสอบตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของประเทศซึ่งจะต้องทำการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด

4.7 สรุปท้ายบท

ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเปลี่ยนแนวคิดทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ย่อมต้องการความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย การสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กล่าวคือ

1) ไม่มีการส่งข้อพิพาทให้ศาลแห่งท้องถิ่นพิจารณา

2) คู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ตัดสินซึ่งมีความเชี่ยวชาญและความเข้าใจในข้อเท็จจริงมากกว่าผู้พิพากษา

3) การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นความลับ

4) การบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศโดยศาลแห่งท้องถิ่นโดยไม่ต้องตรวจสอบ

นอกจากนี้ยังต้องสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากรัฐออกกฎระเบียบที่เคร่งครัดและควบคุมทุกขั้นตอนของกระบวนพิจารณาก็เป็นการขัดต่อรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการที่ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยคู่กรณีและให้รัฐเข้ามาในกระบวนพิจารณาเพียงเท่าที่จำเป็น

แต่เมื่อใดก็ตามที่รัฐเป็นคู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการ รัฐมีหน้าที่อีกด้านหนึ่งโดยทำหน้าที่ดูแลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ไปพร้อมกัน กล่าวคือ รัฐจำเป็นต้องรักษาความลับในการดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาที่ทำไว้กับเอกชน ซึ่งข้อมูลเหล่านั้นอาจเกี่ยวโยงกับประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) หากพิจารณาจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ฮ่องกง (Arbitration Ordinance (Cap 609)) มาตรา 17 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ข้อจำกัดในการเปิดเผยข้อมูลจากการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยศาล ให้นั่งพิจารณาในระบบปิด (“closed court proceedings”) หากจะเปิดเผยข้อมูลก็เปิดเผยในส่วนที่ศาลเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่คู่พิพาทอยากให้ปกปิด กฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ (International Arbitration Act (Chapter 143 A)) มาตรา 23 ก็บัญญัติหลักเกณฑ์ไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่าเพื่อให้การปฏิรูปการอนุญาโตตุลาการไทยบรรลุวัตถุประสงค์ จำเป็นจะต้องเปลี่ยนแนวคิดทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติ ต้องสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง การนำทฤษฎีที่เหมาะสมมาปรับใช้ในศาลยุติธรรมซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการทางค้าระหว่างประเทศ รายละเอียดดังได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 5.1.1

นอกจากนี้ยังพบว่าการมีส่วนร่วมและบทบาทของศาลไทยในกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายมาตรา ศาลไทยเข้าสู่กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในหลากหลายขั้นตอนเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา กฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยยังมีความบกพร่องบางประการ บทบาทศาลในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) บ่อยครั้งที่คำชี้ขาดต่างประเทศมักถูกศาลไทยปฏิเสธไม่บังคับคำชี้ขาดรวมทั้งกรณีการเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งถือเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ไม่มีผู้นิยมใช้บริการการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย รายละเอียดดังได้อธิบายไว้ในข้อ 5.1.2.1 บทบาทศาลไทย

ทั้งนี้ยังพบอีกว่ากฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันแม้ว่ามีความสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และการที่มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่...) พ.ศ. ...ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการแยก 4 มาตรา เพื่อใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่ยังคงมีประเด็นบางประการที่ไม่สอดคล้องกับนานาประเทศ อันได้แก่ รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน รายละเอียดดังได้อธิบายในหัวข้อ 5.1.2.2

แต่กลับพบว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการไม่มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ กฎหมายยังไม่มีการแก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว จากบทบัญญัติมาตรา 16 และข้อบังคับที่ 39 กฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของศาล ในขณะที่ข้อบังคับสถาบันอำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณาเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ แนวปฏิบัติคือ ต้องศึกษาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกก่อนว่ามีประเด็นนั้น ๆ ในข้อบังคับหรือไม่ก่อนที่จะไปพิจารณาศึกษาบทบัญญัติกฎหมาย รายละเอียดดังได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 5.1.2.3

อนึ่งนอกจากปัญหาทางกฎหมายและข้อบังคับสถาบันแล้ว จากการศึกษาพบว่ายังคงมีประเด็นปัญหาเรื่องความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการนอกเหนือจากความรู้และความเข้าใจในเรื่องอนุสัญญาต่าง ๆ กฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติข้อบังคับสถาบันแล้ว ความสามารถทางด้านภาษาเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งด้วย การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษา เมื่อพิจารณาคุณภาพการใช้ภาษาอังกฤษของคนไทยที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันแล้วยังอยู่ในเกณฑ์ที่น่ากังวล ประเด็นต่อมาคือเรื่องการได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่ทำเป็นภาษาไทย แม้มีการแปลเป็นภาษาอังกฤษแต่คำแปลของทนายความกับคำแปลของหน่วยงานของรัฐคำแปลจากหน่วยงานไหนน่าเชื่อถือกว่ากันในเชิงการรับฟังและไปใช้ต่อ ประเด็นปัญหาสุดท้ายคือการกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่อนุญาโตตุลาการ เมื่อมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมกระทบกับความยุติธรรม คำตัดสินอาจจะโอนเอียงไปตามกำลังทรัพย์ของผู้ที่มีเงินมากกว่าได้ รายละเอียดดังได้อธิบายในหัวข้อ 5.1.2.4

5.1.1 แนวคิดแนวคิดและทฤษฎีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเปลี่ยนแนวคิดทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ย่อมต้องการความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย การสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กล่าวคือ

1) ไม่มีการส่งข้อพิพาทให้ศาลแห่งท้องถิ่นพิจารณา

2) คู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ตัดสินซึ่งมีความเชี่ยวชาญและความเข้าใจในข้อเท็จจริงมากกว่าผู้พิพากษา

3) การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นความลับ

4) การบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศโดยศาลแห่งท้องถิ่นโดยไม่ต้องตรวจสอบ

นอกจากนี้ยังต้องสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากรัฐออกกฎระเบียบที่เคร่งครัดและควบคุมทุกขั้นตอนของกระบวนพิจารณาก็เป็นการขัดต่อรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการที่ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยคู่กรณีและให้รัฐเข้ามาในกระบวนพิจารณาเพียงเท่าที่จำเป็น

วิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติหรือเป็นยอดปรารถนาของทุกฝ่ายจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1) เป็นธรรม (Fair)

2) รวดเร็ว (Speedy)

3) ประหยัด (Cheap)

4) มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement Mechanism)

5) การรักษาความลับหรือมาตรการป้องกันความอื้อฉาวที่เกิดจากข้อพิพาท (Measure against Bad Publicity)

6) การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่ความ (Preservation of Relationship)

การพัฒนากฎหมายทั้งในเชิงเนื้อหาสาระและกระบวนการต้องเป็นการพัฒนาบนฐานขององค์ความรู้เป็นหลัก และต้องศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งเป็นกลยุทธ์ในการปฏิรูประบบ ขึ้นอยู่กับขอบเขตของการนำไปใช้และจะเป็นตัวรองรับในทางปฏิบัติ นิติวิธีทางกฎหมายทำให้นักกฎหมายอาจนำเอาหลักการและวิธีคิดของกฎหมายเอกชน (Private law) เป็นแนวทางในการถ่ายทอดแนวความคิดของกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ที่จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงเป็นการเฉพาะในหมู่อนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีพิพาท

คำชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างประเทศก่อนยื่นต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดอาจมีการอ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไป หลักทั่วไปที่มีอยู่ในระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าไม่จำเป็นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ เหตุผลหลักอยู่ที่ความแตกต่างในโครงสร้างของสังคม ระหว่างสังคมต่างประเทศกับสังคมในประเทศ ความแตกต่างนี้อาจไม่เหมาะกับสภาพสังคมภายในประเทศ เกิดความสัมพันธ์ที่ก้าวล้ำขอบเขตของสังคมในหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ใช้ภายในประเทศ ที่มาของหลักทั่วไปมีแนวโน้มอยู่ในระบบเขตเมืองซึ่งได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับและการนำกฎหมายอนุญาโตตุลาการไปปฏิบัติได้ขยายขอบเขตกว้างขวางมากขึ้นในส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาททางธุรกิจ

หลักกฎหมายทั่วไปในบางครั้งถูกมองว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเองโดยวงการพ่อค้าวาณิช (A Community of Merchants) ซึ่งในความเป็นจริงกฎเกณฑ์เหล่านี้ได้ฝังรากอยู่ในระบบกฎหมายแห่งรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงนำมาสู่การอธิบายถึงความสับสนที่รายล้อมบ่อเกิดกฎระหว่างประเทศหรือหลัก

กฎหมายทั่วไป และการต่อต้านไม่เห็นด้วยอย่างมากกับแนวคิดเช่นนี้ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศซึ่งยังคงแยกออกจากกฎหมายนายวาณิชไม่ได้ (*lex mercatoria* Doctrine) และการคัดค้านไม่เห็นด้วยกับหลักกฎหมายนี้ก็ยังคงมีอยู่ในปัจจุบัน

การคัดค้านกฎระหว่างประเทศหรือหลักทั่วไปการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นไปอย่างเข้มข้น และแตกต่างหลากหลายจนกลายเป็นความเชื่อ 3 แบบ ดังนี้

1) อนุญาโตตุลาการผู้นำเอาแนวคิดเรื่องกฎระหว่างประเทศ (Transnational Approach) จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปกับทุกสถานการณ์

2) หลักกฎหมายทั่วไป มีลักษณะคลุมเครือและคาดเดาไม่ได้

3) อนุญาโตตุลาการอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเป็นวาระซ่อนเร้น (Hidden Agenda) เพื่อใช้เป็นกฎหมายเปรียบเทียบ

ประเด็นในเรื่องความเชื่อที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะคลุมเครือและคาดการณ์ไม่ได้เป็นเรื่องที่ได้รับการวิจารณ์มาก่อน เป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการนำกฎระหว่างประเทศที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนายวาณิช (*lex mercatoria*) ซึ่งกฎดังกล่าวขัดกับกฎเกณฑ์ของระบบกฎหมายแห่งรัฐแต่ละรัฐ การนำหลักเกณฑ์เช่นว่านี้มาใช้ผ่านการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเป็นวิธีการที่เกี่ยวโยงกับกฎหมายนิติกรรมสัญญาหรือกฎหมายพาณิชย์ นักวิจารณ์มองว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง หากพิจารณาจาก หลักเกณฑ์แห่ง UNIDROIT (UNIDROIT Principles) จะพบว่าหลักเกณฑ์เช่นว่าเป็นการกล่าวซ้ำถึงกฎหมายนิติกรรมสัญญาที่มีเงื่อนไขไม่ต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายแห่งรัฐ

กฎหมายนิติกรรมสัญญาหรือเรื่องการค้าโดยทั่วไปเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกัน ความขัดแย้งของคู่กรณีพิพาทมีนิติสัมพันธ์กัน อนุญาโตตุลาการอาจใช้ทางเลือกของกฎหมายโดยวิธีการเลือกกฎหมายเดียวซึ่งจะให้คำตอบหรือประเมินบนพื้นฐานของการปรับเปลี่ยน ที่มีอยู่ของกฎข้ามชาติ อนุสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมาย คดีตัวอย่าง UNCITRAL (Case Law on UNCITRAL) หรือถ้าจำเป็นต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเฉพาะซึ่งสถานะของคู่กรณีพิพาทสอดคล้องกับการแก้ปัญหาที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป เมื่อเทียบกับกฎที่พบเป็นเรื่องเฉพาะซึ่งน้อยมากในระบบกฎหมาย ตัวเลือกแรกสอดคล้องกับการเลือกใช้กฎหมาย ตัวเลือกที่สองเป็นวิธีการของกฎหมายอนุญาโตตุลาการข้ามชาติ เลือกหลังจากสถานการณ์เกิดขึ้น และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายยังไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ ดังนั้นจึงเป็นการยากที่อนุญาโตตุลาการจะดำเนินการให้เป็นไปตามความคาดหวังของคู่กรณีพิพาทแต่ละฝ่ายได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการใช้หลักทั่วไปของกฎหมายกับข้อเท็จจริงนั้นผู้เกี่ยวข้องและผู้ได้รับผลจากกฎหมายก็อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ใช้กฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นผู้ใช้กฎหมายเช่นอนุญาโตตุลาการก็ยังต้องหาวิธีการในการอุดช่องว่างของกฎหมายให้ได้ ข้อสรุปนี้ถือว่าเป็นข้อเท็จจริง

สำหรับทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนั้น ในทางกฎหมายมีทฤษฎีต่าง ๆ ที่ใช้อธิบายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ 5 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีที่ถือว่าการชี้ขาดข้อพิพาทถือว่าเป็นอำนาจของรัฐ

(The Jurisdictional Theory) ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) ทฤษฎีผสม (The Hybrid Theory) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory) ทฤษฎีการให้สิทธิ (The Concession Theory) ทั้งนี้ทฤษฎีทางกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้ในศาลยุติธรรมซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการทางค้าระหว่างประเทศ มีผลโดยตรงต่อทัศนคติและเป็นแนวทางในการดำเนินงานทางด้านโครงสร้างของการอนุญาโตตุลาการ การศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีเพื่อดูผลกระทบในด้านต่าง ๆ ที่แตกต่างกันของการอนุญาโตตุลาการซึ่งจะได้เป็นแนวทางในการพัฒนาอนุญาโตตุลาการ

5.1.2 ข้อสรุปปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

สำหรับปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทยจากการศึกษาพบว่ายังคงมีอยู่หลายประการดังนี้

5.1.2.1 บทบาทศาลไทย

สำหรับประเทศไทยยังคงพบการมีส่วนร่วมและบทบาทของศาลในกระบวนการพิจารณาการอนุญาโตตุลาการในหลายมาตรา อาทิเช่นการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 14) การคุ้มครองชั่วคราว (มาตรา16) การตั้งอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 18) การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 20) การวินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 21) การคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 24) การออกหมายเรียกพยาน (มาตรา 33) การคัดค้านคำชี้ขาด (มาตรา 41-44) การสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ (มาตรา 46) ทั้งนี้กฎหมายไทยยังอนุญาตให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้หากมีเหตุแห่งการอุทธรณ์ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ 5 ประการ ในมาตรา 45

เมื่อเทียบกับประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา ประเทศเหล่านั้นจำกัดบทบาทศาล และให้อำนาจอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่อย่างอิสระเต็มที่ โดยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการคอยสนับสนุนช่วยเหลือเพื่อให้กระบวนพิจารณาเป็นไปอย่างราบรื่นและรวดเร็ว กล่าวได้ว่าศาลไทยเข้าสู่กระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในหลากหลายขั้นตอนเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย ความล่าช้าของศาลไทยและการแทรกแซงของศาลในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการมีผลทำให้ประเทศไทยไม่เป็นที่นิยมใช้เป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ และก่อให้เกิดความชะงักงันในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศรวมถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการไทย คู่พิพาทพยายามประวิงเวลาด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณา หรือในขั้นตอนการบังคับตามคำชี้ขาดด้วย การที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับเฉกเช่นคำพิพากษา เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่พิพาทอีกฝ่ายก็ไม่มีอำนาจบังคับฝ่ายนั้นให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ และ

ที่สำคัญและก่อให้เกิดปัญหาคือคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญามักยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อชะลอคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุคัดค้านตามมาตรา 40 วรรคสาม ซึ่งเป็นการชะลอการปฏิบัติตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตามภายหลังจากมีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... หากมีการบังคับใช้เมื่อใด มาตรา 40 จะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องการชะลอหรือประวิงคดีโดยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุคัดค้านภายใต้มาตรานี้น่าจะคลี่คลายลงได้

5.1.2.2 ความสอดคล้องกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่ากฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันมีความสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่ยังมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับนานาประเทศ อันอาจทำให้เกิดอุปสรรคและเป็นปัญหาต่อการบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่นั้นได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้กำหนดให้บทบัญญัติพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ยกเว้น 4 มาตราอันได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำขึ้นที่ใด ซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จากการศึกษาสามารถสรุปประเด็นบางประการที่ไม่สอดคล้องกับนานาประเทศที่ยังคงต้องนำมาพิจารณาอีกดังนี้

1) รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ขอบเขตทางด้านเนื้อหาของไทยจึงใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท หากไม่เป็นข้อพิพาทที่ต้องห้ามซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) จากการศึกษาค้นคว้าแนวคิดของนักวิชาการต่าง ๆ ในเรื่องการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อสรุปว่าควรแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยออกเป็นสองฉบับ คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยให้นำบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นส่วนหนึ่งของ

กฎหมายฉบับนี้เหมือนเช่นกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง และสิงคโปร์ เนื่องจากกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) บัญญัติขึ้นเพื่ออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเท่านั้น หากจะนำไปใช้ภายในประเทศต้องดัดแปลงให้เหมาะสมก่อนนำไปบังคับใช้ และลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศแตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งโดยปกติกฎเกณฑ์ภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันประกอบด้วยบุคคลที่มาจากประเทศต่าง ๆ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะเข้าใจกฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากกว่ากฎเกณฑ์ภายในเฉพาะของประเทศอื่น และหากนำกฎเกณฑ์ภายในประเทศหนึ่งบังคับแก่บุคคลต่างชาติก็จะไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย การแยกกฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วกว่าทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

2) ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ ได้ข้อสรุปว่าควรคงมาตรา 23 ไว้ดังเดิม เนื่องจากสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย กฎหมายแต่ละประเทศต่างร่างขึ้นภายใต้บริบทที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสังคม เศรษฐกิจ หากข้อเท็จจริงมีอยู่ว่ามีการทุจริตจริง และการคงมาตรานี้ไว้ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย เพราะหากเราได้แก้ไขปัญหาอุปสรรคด้านอื่น ๆ ให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศย่อมเป็นการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย อีกทั้งประเทศไทยไม่ใช่ประเทศแรกและประเทศเดียวที่กำหนดความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ อย่างเช่นประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการของทางเลือกในหมู่นักธุรกิจทั่วโลก

3) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน

จากการศึกษามาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน สรุปได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้ผู้ร้องต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ด้วยเหตุนี้กฎหมายไทยจึงไม่ได้ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการได้มีการแก้ไขข้อบังคับ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) เมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 ในประเด็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้นได้ในระหว่างพิจารณา ทำให้ประเทศไทยมีมาตรการที่สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และมาตรฐานสากล ในเรื่องการขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

แต่กลับพบว่ากรณีก่อนหรือช่วงระหว่างรอการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกับประเทศอื่น ๆ โดยทุกประเทศซึ่งผู้วิจัยเลือกศึกษาต่างมีบทบัญญัติเรื่องอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เพื่อทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างรอการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หากพิจารณาถึงลักษณะของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นวิธีการที่ได้รับความนิยมเพราะรวดเร็วกว่าการพิจารณาคดีในศาล การที่ผู้พิพากษาเข้ามาในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ เมื่อเทียบกับการให้อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญทราบถึงประเด็นปัญหาและข้อเท็จจริงทั้งหมดย่อมจะตัดสินใจได้เร็วกว่าผู้พิพากษาที่เพิ่งเข้ามารับคดี

หากกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวจำเป็นต้องให้อำนาจในการบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) ด้วยเช่นกัน การเขียนกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการทำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measure Order) จึงจำเป็นต้องเขียนกฎหมายรองรับการให้อำนาจนี้ด้วย

4) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของศาลประเทศต่าง ๆ ได้ข้อสรุปว่าแนวทางปฏิบัติของศาลไทยแม้ส่วนใหญ่เป็นไปตามมาตรฐานในการเพิกถอนหรือการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ แต่มีบางกรณีกลับตรงกับความจริงที่เป็นข้อครหาของชาวต่างชาติอาทิเช่นศาลไทยมักปฏิเสธการรับรองการบังคับคำชี้ขาดที่มีผลกระทบต่อผลส่วนได้เสียของรัฐ ซึ่งหากและศาลไทยมักตรวจสอบเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยตรวจสอบการกระทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เป็นคดี และตรวจสอบหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายถูกต้องหรือไม่ ซึ่งแนวปฏิบัติเหล่านี้ส่งผลกระทบและเป็นอุปสรรคในการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศไทยและการเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นกัน

อย่างไรก็ตามการที่ประเทศไทยได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้มาตรา 40 จะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศเท่านั้น ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องการชะลอหรือประวิงคดีโดยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุคัดค้านภายใต้มาตรานี้น่าจะคลี่คลายลงได้ภายหลังจากร่างกฎหมายมีผลบังคับใช้

5.1.2.3 ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปว่า เมื่อมีกรณีที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการไม่มีความสอดคล้องกัน แนวปฏิบัติคือ ต้องศึกษาข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกก่อนว่ามีประเด็นนั้น ๆ ในข้อบังคับหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นแบบเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) หรือ แบบสถาบัน (Institutional Arbitration) ก่อนที่จะไปพิจารณาศึกษาบทบัญญัติกฎหมาย หากมีการกล่าวถึงในเรื่องที่เป็นประเด็นต้องใช้ตามข้อบังคับก่อน หากไม่มีประเด็นเรื่องที่ต้องการจึงพิจารณากฎหมาย เพราะข้อบังคับเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สัญญาคือกฎหมายสูงสุดมีหลักกฎหมายเขียนไว้ชัดเลยว่าข้อตกลงของคู่กรณีเป็นดั่งกฎหมายของคู่กรณี ทั้งนี้การเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หมายถึงข้อตกลงของคู่กรณีว่าจะดำเนินกระบวนพิจารณาไปในแนวทางใด และข้อบังคับนี้เองที่ถือว่าเป็นแนวทางที่สำคัญที่สุดสำหรับวิธีพิจารณาที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการ

เมื่อคู่กรณีได้เลือกข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติไว้แล้ว คู่กรณีไม่เพียงแค่ตกลงกันเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ได้ตกลงผูกพันกับข้อบังคับของสถาบันนั้นด้วยซึ่งเทียบเท่ากับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อใช้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีแพ่ง ข้อบังคับสถาบันต่าง ๆ ผูกพันคู่สัญญาที่เรียกว่า Incorporated by Reference ยกตัวอย่างเช่น อ้างว่าให้อยู่ภายใต้การจัดการของหอการค้านานาชาติ (Rules of ICC) ข้อบังคับสถาบัน ICC นี้จึงเป็นกฎหมายเฉพาะของคู่สัญญา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันได้

5.1.2.4 ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยยังคงมีอยู่หลายประการโดยสามารถสรุปได้ดังนี้

1) ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ

การที่บุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยยังขาดทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษซึ่งเป็นภาษากลาง (lingua franca) ที่นิยมใช้มากที่สุดในแวดวงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการและมีผลต่อการที่ประเทศไทยจะสามารถยกระดับเป็นศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นกัน ความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษเป็นคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ที่ทำงานทางด้านนี้ นอกเหนือจากความรู้และความเข้าใจในเรื่องอนุสัญญาต่าง ๆ กฎหมาย

สารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติและข้อบังคับสถาบัน เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่ใช้จึงร่างด้วยหลากหลายภาษา ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลาย คำตัดสินที่ทำขึ้นในภาษาต่าง ๆ ต้องทำคำแปลซึ่งมักแปลเป็นภาษาอังกฤษ หากมีข้อผิดพลาดที่เกิดจากการปัญหาเรื่องภาษานี้จะกลายเป็นประเด็นที่ไม่คาดคิดต่อผลที่ตามมา มีหลายคดีที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องกระบวนพิจารณามิชอบด้วยเหตุเรื่องภาษา หรือการประเมินผิดพลาดประเด็นเรื่องภาษาซึ่งผลออกมามีนัยสำคัญส่งผลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาในชั้นศาล

2) การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย อาทิเช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรืออื่น ๆ ในกรณีดำเนินการโดยศาลคดีที่เกี่ยวข้องที่ไม่ใช่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และทุกครั้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะทำเป็นภาษาไทย จึงเป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่งต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากมีขั้นตอนกระบวนการภายในของศาลคดีที่เกี่ยวข้องซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอควรจึงจะดำเนินการประกาศเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้ ผลของคำชี้ขาดที่ศาลตัดสินเป็นเรื่องสำคัญมากสำหรับคู่ความเนื่องจากต้องการทราบว่าตนเองจะสามารถบังคับคดีได้หรือไม่ และต้องการทราบโดยเร็ว หากคู่ความเป็นชาวต่างชาติการได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่ปฏิบัติกันในปัจจุบันทนายความจะหน้าที่แปลเอกสารต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษให้กับคู่ความชาวต่างชาติเอง เพียงแต่คำแปลของทนายความกับคำแปลของหน่วยงานของรัฐอันไหนน่าเชื่อถือกว่ากันในเชิงการรับฟังและไปใช้ต่อเท่านั้น

3) การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าวิชาชีพให้แก่อนุญาโตตุลาการ

การที่ประเทศไทยมีการกำหนดค่าธรรมเนียมค่อนข้างน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ และหากสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยกำหนดให้มีตารางค่าธรรมเนียมเฉกเช่นสถาบัน SIAC ย่อมทำได้ ไม่ถือเป็นการทำลายกลไกตลาด (Market Economy) เพราะภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (Free-Market Economy) มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ (ภายใต้กฎหมาย) และใช้กลไกราคาในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ เป็นลักษณะ Pricing Competition เพียงแต่ต้องกำหนดเป็นสกุลเงินบาทให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติต่างประเทศ

ในกรณีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเกินความจำเป็น ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป เพราะการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่สูงเช่นว่า เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยเทียบเคียงกับการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดความไม่

สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อาจผลักภาระของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น

5.1.3 ข้อสรุปกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการมีแนวทางปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการUNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ถึงแม้บางประเทศเช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นำมายกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนแต่ก็มีการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สอดรับไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ UNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส ถึงแม้ไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มายกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนแต่ได้ปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการถึงสองครั้ง ทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีชื่อเสียงว่าเป็นประเทศเหมาะเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยอำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทที่น่าเชื่อถือและเป็นอิสระจากคำสั่งทางกฎหมาย ความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นโยบายที่เอื้ออำนวยแก่การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ จำกัดการแทรกแซงโดยศาลถือเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของฝรั่งเศสโดยได้รับการสนับสนุนจากศาลยุติธรรมมาเป็นเวลาช้านาน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการอังกฤษ สหพันธรัฐ ฮ่องกง สิงคโปร์ และฝรั่งเศส ต่างล้วนมีลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้นเพื่อเอื้ออำนวยให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นได้อย่างราบรื่นและรวดเร็วย่อมแสดงว่ารัฐบาลของทุกประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาต่างเล็งเห็นถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นวิธีระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน จึงให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่หากมีอุปสรรคใดก็จะช่วยแก้ไขให้ ทั้งนี้ทุกประเทศต่างพยายามลดบทบาทศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทแห่งตน

บทบาทศาลในการช่วยเหลือและการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือศาลจะไม่เข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการ แต่จะคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาเป็นส่วนสำคัญ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศสก็เช่นกัน ได้รับรองความเป็นอิสระของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการจากการแทรกแซงของศาล ทั้งยังรับรองและสนับสนุนบทบาทและอำนาจศาลเพื่อออกมาตรการต่าง ๆ ในการช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการ ขอบเขตการแทรกแซงของศาลฝรั่งเศสจำกัดอยู่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจ ศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการอย่างเคร่งครัด

ในการบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักมีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเหมือนกัน โดยการพักการพิจารณาเพื่อบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้มีคำสั่งพักพิจารณาคดี และหากศาลไต่สวนคำร้องแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ให้มีคำสั่งพักพิจารณาคดีนั้น ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อศาล ให้ศาลจำหน่ายคดีเสีย เว้นแต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการยังมิได้รับคำเสนอข้อพิพาทและกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ กล่าวโดยสรุปกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และรับเอาแนวปฏิบัติในเรื่องนี้ไปใช้ในทิศทางเดียวกัน อย่างไรก็ตามมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องศาลและศาลพบว่าเป็นคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ศาลจะมีคำสั่งพักพิจารณาคดี ในขณะที่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะจำหน่ายคดี แต่บทบาทศาลของทุกประเทศจะเข้ามาในฐานะให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้น

ในเรื่องของการคุ้มครองชั่วคราวจากการศึกษาได้ข้อสรุปว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นมาตรการที่สำคัญช่วยให้การอนุญาโตตุลาการพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวได้ ซึ่งแต่เดิมศาลเท่านั้นที่สามารถออกคำสั่งเช่นว่านั้นได้ ทั้งนี้ประเทศเหล่านี้ได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วน

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติหรือหลักทั่วไปของกฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ด้วยเหตุนี้กฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินในการออกคำสั่ง และเปิดช่องให้ยื่นคำขอวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ได้เช่นกัน ทั้งนี้ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศ มีหลักเกณฑ์เหมือนกันเนื่องจากเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ทั้งนี้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกัน กล่าวคือ เหตุที่ผู้ถูกบังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศสบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะโดดเด่นมากกว่าบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยกฎเกณฑ์ที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความเป็นมิตรมากเพราะว่ากฎหมายฝรั่งเศสยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศมากกว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ด้วยเหตุนี้อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) จึงถูกอ้างถึงในประเทศฝรั่งเศสน้อยกว่าในประเทศอื่น ๆ จึงถือเป็นเรื่องปกติที่บ่อยครั้งศาลฝรั่งเศสยอมรับและบังคับคำชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) กฎเกณฑ์ฝรั่งเศสในการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดมีความยืดหยุ่นและเคร่งครัดน้อยกว่ากฎเกณฑ์อนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention)

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างยึดแนวทางปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีลักษณะเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) โดยตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบ และสนับสนุนการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดที่สอดรับกับบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส

ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส มีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) โดยด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) กำหนดคำชี้ขาดในเรื่องใดบ้างที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและสามารถยื่นคัดค้านต่อศาลฝรั่งเศสได้ แนวทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสใช้หลักเหล่านี้อย่างเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาดและบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ส่วนด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Public Policy) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่สามารถยื่นคัดค้านได้ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากคำชี้ขาดเช่นว่าฝ่าฝืนหลักเกณฑ์พิจารณาขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา

ในเรื่องของข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปว่า ปัจจัยสำคัญที่คู่กรณีเลือกใช้บริการเฉพาะบางสถาบันนั้นมาจากผลลัพธ์ที่เลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้น ๆ ทั้งนี้หากสถาบันอนุญาโตตุลาการมีข้อบังคับที่ชัดเจน มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการย่อมส่งผลให้เป็นสถาบันที่ได้รับความนิยม ปัจจัยอื่นที่ดึงดูดให้ผู้ใช้บริการเลือกสถาบันเหล่านั้นได้แก่ สถานที่ตั้งสถาบัน ความมีชื่อเสียง ความเป็นกลาง คุณภาพของระบบกฎหมายที่สถาบันนั้นตั้งอยู่ รายชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ นโยบายค่าใช้จ่ายสำหรับการให้บริการ จากผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary สถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับความนิยมมากที่สุด ได้แก่ หอการค้านานาชาติ (The International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce: ICC Court), ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งกรุงลอนดอน (The London Court of International Arbitration: LCIA) ศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศฮ่องกง Hong Kong International Arbitration Centre: HKIAC) และศูนย์อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ (Singapore International Arbitration Centre: SIAC)

5.1.4 ข้อสรุปแนวทางการปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบัน

แนวทางการปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันมีข้อสรุปดังนี้

5.1.4.1 บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่า บทบาทรัฐในที่นี้หมายถึง องค์กรของรัฐสามฝ่าย กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ โดยที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำหน้าที่กำหนดนโยบายในการบริหารประเทศและมีภาระหน้าที่ที่จะดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายหลังจากประกาศบังคับใช้แล้ว ในขณะที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

ซึ่งก็คือรัฐสภาทำหน้าที่ออกกฎหมายมาบังคับใช้และควบคุมการบริหารแผ่นดินของรัฐบาล ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ คือศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ทำหน้าที่ของแต่ละศาลที่แตกต่างกันแต่ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

บทบาทรัฐของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ รัฐเข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมายอย่างชัดเจน มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนให้ทันสมัยเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ โดยดำเนินการในเชิงรุกสร้างชื่อเสียงการอนุญาโตตุลาการของประเทศ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จำกัดการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยที่สุด รัฐจะยื่นมือเข้ามาแก้ไขปัญหาอุปสรรคเพื่อให้เกิดความชัดเจนและทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างราบรื่น การนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน อย่างเช่นประเทศสิงคโปร์และฮ่องกง ทำให้ผู้ใช้บริการในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งคุ้นเคยกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สามารถเข้าใจกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์และฮ่องกงได้ง่าย

บทบาทรัฐของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส รัฐเข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมายอย่างชัดเจนเช่นกัน ประเทศฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการสองครั้ง การตรากฎหมายในการปฏิรูปครั้งแรกแม้ตราขึ้นก่อนกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่บทบัญญัติมีความทันสมัยมากและมีกรอบกฎหมายที่ยืดหยุ่นสำหรับการอนุญาโตตุลาการในขณะนั้น การปฏิรูปกฎหมายครั้งที่สองทำขึ้นอีกครั้งสิบปีต่อมา ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเครื่องบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่งเพื่อรักษาความโดดเด่นและความมีประสิทธิภาพของระบบกฎหมายประเทศตนไว้ โดยทำให้ทันสมัยใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ได้วางหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการพิจารณาคดีและมุ่งรักษาความน่าเชื่อถือที่มีต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้แก่ผู้มาใช้บริการ เนื้อหาที่ปรับปรุงคือ การกำหนดบทบาทของศาลเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำขั้นตอนการตรวจสอบคำชี้ขาดให้ง่ายขึ้น

5.1.4.2 ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่าทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการคือ ทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) เพราะเป็นทฤษฎีประนีประนอมโดยนำข้อดีที่สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะและเป็นที่ยอมรับของทฤษฎีการอำนาจรัฐ

(Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) มาเติมเต็มซึ่งกันและกัน คือ เป็นการผสมผสานกัน ด้วยเหตุที่ว่าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นกลไกที่ประกอบไปด้วยคุณลักษณะเฉพาะสองด้าน ด้านหนึ่งเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการ เริ่มมาจากสัญญาเอกชน ซึ่งคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกอนุญาโตตุลาการ รวมถึงข้อบังคับในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่น ๆ ตามทฤษฎีผสม ด้านหนึ่งคู่สัญญาพิพาทมีอิสระที่จะทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ การดำเนินงานเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานที่เป็นลักษณะของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจะใช้กับประเด็นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์เพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ เช่นเดียวกันกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการ ความถูกต้องของคำชี้ขาดจะถูกพิจารณาตรวจสอบตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของประเทศซึ่งจะต้องทำการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลลการศึกษาค้นคว้าการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยยังมีปัญหาและอุปสรรคบางประการ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบัน

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบัน ผู้วิจัยเห็นควรวางแนวทางการดำเนินการออกเป็น 4 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่ 1เป็นการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในระยะสั้นโดยปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเดิม ส่วนที่ 2 เป็นการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนที่ 3 เป็นการปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล และส่วนสุดท้ายคือ การสนับสนุนส่งเสริมจากรัฐ

5.2.1.1 การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในระยะสั้น: การปรับปรุงกฎหมายเดิม

รัฐต้องเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการช่วยเหลือสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการอย่างจริงจัง เพื่อทำให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับจากผู้ใช้บริการทั่วโลก อาทิเช่นการแก้ไขกฎหมายสม่ำเสมอให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) การทำโครงสร้างทางกฎหมายและระบบศาลให้มีความเป็นมิตรและอำนวยความสะดวก แม้ว่าประเทศไทยได้มีการปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ใหม่เมื่อต้นปี พ.ศ.

2560 และได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยยังคงมีประเด็นที่จำเป็นแก้ไขบางประการ

แนวทางปรับแก้ไขกฎหมายเดิม ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะแก้ไขพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เพิ่มเติมดังปรากฏตามตารางที่ 5.1

ตารางที่ 5.1 แนวทางแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับสถาบัน TAI

บทบัญญัติ/ข้อบังคับที่แก้ไขหรือเพิ่มเติม	**แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติม**
มาตรา 16 มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับสถาบัน TAI	แก้ไขเพิ่มเติมโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ และมีอำนาจบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว 1) แก้ไขข้อบังคับที่ 39 เป็น 39/1 2) เพิ่มข้อบังคับที่ 39/2 มาตรการเร่งด่วนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท 3) กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินแยกไว้ในภาคผนวกแนบท้ายข้อบังคับสถาบัน
มาตรา 23 ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ	ให้คงความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นเดิม เนื่องจากสอดคล้องกับบริบทสังคมไทย และประเทศไทยไม่ใช่ประเทศแรก ประเทศสิงคโปร์ และบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน
มาตรา 44 การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย	1) ควรจัดทำบันทึกภายในองค์กรตุลาการเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติดังต่อไปนี้ 1.1) การที่จะเข้าใจข้อยกเว้นเรื่อง Public Policy ในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศอย่างถ่องแท้ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะทราบถึง “นิยามความหมาย” Public Policy เสียก่อน หากลองพิจารณาเนื้อหารัฐธรรมนูญจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญให้ทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมโดยเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวว่าจะต้องปกป้องไม่ให้รัฐสูญเสียเงินจากการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องให้ความเป็นธรรมกับทุกคนภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นการให้ความยุติธรรมเป็น Public Policy ที่สำคัญที่สุด ดังนั้น Public Policy จึงเป็นเรื่องการให้ความเท่าเทียมกัน การให้โอกาสในการเข้าถึงความเป็นธรรม การส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมและเสรี การส่งเสริมการแข่งขัน

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

	1.2) ควรใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะคำชี้ขาดต่างประเทศเนื่องจากตกอยู่ในบังคับอนุสัญญานิวยอร์ก (The New York Convention) ซึ่งสนับสนุนให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ 1.3) ควรแปลความอย่างแคบ ไม่นำหลักเกณฑ์ภายในประเทศมาใช้ หากต้องปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ต้องเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ โดยอาจยึดแนวปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสเพื่อดึงดูดให้มีผู้มาใช้บริการในประเทศไทยและช่วยเพิ่มจำนวนคดีให้มากขึ้น 2) จัดสัมมนาอบรมแก่บุคคลากรที่เกี่ยวข้องเพื่อเสริมสร้างความเข้าใจในหลักการเรื่องนี้

5.2.1.2 การยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะสำหรับแนวทางการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยแยกออกจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เหตุผลที่ผู้วิจัยไม่ได้นำร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งจะมีการประกาศและบังคับใช้ในไม่ช้ามาปรับปรุงแก้ไข เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างฉบับแก้ไขเพิ่มเติมยังใช้คงบังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีขอบเขตทางด้านเนื้อหาใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท เพื่อต้องการให้เกิดความชัดเจนผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะว่าควรแยกกฎหมายออกเป็นสองฉบับเพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน อีกทั้งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่คณะกรรมาธิการ UNCITRAL ได้พัฒนาเพื่อเป็นเครื่องมือเฉพาะสำหรับการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น หากจะนำไปใช้ภายในประเทศต้องดัดแปลงให้เหมาะสมก่อนนำไปบังคับใช้ ในขณะที่กฎหมายไทยไม่ได้ดัดแปลงแก้ไขให้เหมาะสมเนื่องจากใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและข้อพิพาททุกประเภท กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่เกิดในประเทศต่าง ๆ มี 2 ประเภท เป็นการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องภายในประเทศ (Domestic Arbitration) กล่าวคือ คู่พิพาท ลักษณะข้อพิพาท เป็นเรื่องภายในประเทศเท่านั้น และการอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (International Arbitration) คือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ การอนุญาโตตุลาการทั้งสองมีลักษณะแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของบางประเทศ

จึงมี 2 ฉบับ คือกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration Act) ฉบับหนึ่ง และกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (International Arbitration Act) อีกฉบับหนึ่ง เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการนำเอากฎเกณฑ์ภายในประเทศไปใช้กับเรื่องระหว่างประเทศเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการนำเอากฎเกณฑ์ภายในประเทศไปใช้กับเรื่องระหว่างประเทศ และโดยปกติกฎเกณฑ์ภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันประกอบด้วยบุคคลที่มาจากประเทศต่าง ๆ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะเข้าใจกฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากกว่ากฎเกณฑ์ภายในเฉพาะของประเทศอื่น และหากนำกฎเกณฑ์ภายในประเทศหนึ่งบังคับแก่บุคคลต่างชาติก็จะไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย หากกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการในประเทศ คู่ความและทนายความอาจไม่มีความเชี่ยวชาญจึงต้องขอความอนุเคราะห์จากศาลให้ช่วยเหลือมากกว่าคู่ความระหว่างประเทศที่สามารถพึ่งพาตนเองได้มากกว่า ด้วยเหตุนี้การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศจึงให้ศาลมีบทบาทมากกว่า ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบทบาทศาลมีน้อยในขณะที่คู่พิพาทมีบทบาทมากกว่า ทั้งนี้การแยกกฎหมายออกจากกันก็เพื่อประโยชน์ในการนำไปปฏิบัติและบังคับใช้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง และการแยกกฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วกว่า ทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้จะอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อให้ผู้ใช้บริการจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่คุ้นเคยกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สามารถเข้าใจร่างกฎหมายฉบับใหม่นี้ได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น อีกทั้งได้มีการเพิ่มบทบัญญัติบางประการที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นเพื่อทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างสะดวกยิ่งขึ้น

โดยหลักการและสาระสำคัญของร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศแบ่งเป็นหมวดหมู่ดังนี้

หลักการและเหตุผล

นิยามที่สำคัญ

หมวด 1 สัญญาอนุญาโตตุลาการ

หมวด 2 การบังคับวิธีการคุ้มครองประโยชน์ฉุกเฉิน

หมวด 3 คณะอนุญาโตตุลาการ

หมวด 4 อำนาจอนุญาโตตุลาการ

หมวด 5 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น

ส่วนที่ 1 มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ส่วนที่ 2 คำสั่งเบื้องต้น

ส่วนที่ 3 บทบัญญัติที่ใช้บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น

ส่วนที่ 4 การยอมรับและบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

หมวด 6 วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

หมวด 7 คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนพิจารณา

หมวด 8 การคัดค้านคำชี้ขาด

หมวด 9 การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

หมวด 10 ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ

บทเฉพาะกาล

5.2.1.3 การปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล

ในส่วนนี้ผู้วิจัยมีข้อแนะนำว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยควรทำข้อบังคับให้ชัดเจนเข้าใจง่าย มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการและควรสอดคล้องกลมกลืนกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการและแนวปฏิบัติสากล ควรกำหนดนโยบายค่าใช้จ่ายสำหรับการให้บริการ ควรหามาตรการที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการมีค่าใช้จ่ายน้อยและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นต้นว่าการมีบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) หรือการเพิ่มภาคผนวกหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินการของตัวแทนคู่พิพาทและอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดบทลงโทษสำหรับการละเมิดหลักเกณฑ์ดังกล่าว

นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการควรจัดทำโปรแกรมการศึกษาฝึกอบรมและออกแบบระบบการระงับข้อพิพาททางเลือก สำหรับภาคธุรกิจ หน่วยงานภาครัฐ และศาล เพื่อส่งเสริมให้เข้าใจวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ดียิ่งขึ้น

5.2.1.4 การสนับสนุนส่งเสริมจากรัฐ

การที่จะพัฒนาการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากลได้นั้น ก่อนอื่นรัฐจักต้องปรับเปลี่ยนทัศนคติทำความเข้าใจและรับรู้ถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการอย่างถ่องแท้เสียก่อน เพื่อจะได้เข้ามามีบทบาทสนับสนุนให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทนี้แทนการดำเนินพิจารณาคดีในศาล

แนวทางแรกที่รัฐควรสนับสนุนเป็นการสนับสนุนส่งเสริมในเชิงของนโยบาย การให้ความเท่าเทียมกัน การให้โอกาสในการเข้าถึงความเป็นธรรม การส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรมและเสรี การส่งเสริมการแข่งขัน การทำความเข้าใจว่าระหว่างประโยชน์สาธารณะกับเงินสิ่งไหนสำคัญกว่าเป็นเรื่องที่รัฐควรตระหนักและไม่ควรเพิกเฉยเพราะเงินกับประโยชน์สาธารณะไม่ใช่เป็นตัวเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อให้ทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องหันมาศึกษาและตระหนักถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการว่าจะสามารถสร้างรายได้ให้กับประเทศได้มากและช่วยส่งเสริมการเติบโตของ

เศรษฐกิจไทยได้อย่างเห็นได้ชัด หากประเทศไทยสามารถเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ เม็ดเงินจากการเป็นผู้ให้บริการจะหลั่งไหลเข้ามาเป็น “การค้าที่มองไม่เห็น”

แนวทางที่สองที่รัฐควรสนับสนุนเข้ามามีบทบาทส่งเสริมสนับสนุนทางด้านกฎหมายโดยการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยให้ทันสมัย ทำให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศได้ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จำกัดการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้น้อยที่สุด รัฐควรลดบทบาทในการบริหารกิจการสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยควรปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารกิจการของสถาบันอนุญาโตตุลาการเสียใหม่ โดยลบภาพลักษณ์ที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการโดยรัฐ และเพิ่มความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาที่เป็นชาวต่างชาติว่าจะได้รับความเป็นธรรมหากเลือกประเทศไทยเป็นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ รัฐต้องพร้อมเสมอที่จะยื่นมือเข้ามาแก้ไขปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นโดนพลัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนและทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างราบรื่น

5.2.2 ข้อเสนอแนะต่อการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคประการอื่น

สำหรับการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคด้านอื่น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

5.2.2.1 การพัฒนาหลักสูตรกฎหมายภาคภาษาอังกฤษ

หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางนโยบายระหว่างประเทศ และเพื่อให้บุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ มีทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นภาษากลางที่นิยมใช้มากที่สุดในแวดวงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นควรส่งเสริมให้มีหลักสูตรปริญญากฎหมายเป็นภาษาอังกฤษ เพื่อปูพื้นฐานทักษะการใช้ภาษาอังกฤษทางกฎหมายแก่นักศึกษา เมื่อจบภาคการศึกษาจะสามารถนำความรู้ความสามารถนั้นมาปรับใช้กับการทำงานในภาคปฏิบัติได้ดียิ่งขึ้น

ทั้งนี้บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือทนายความในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่ใช้มักร่างด้วยภาษาอังกฤษ หากไม่มีความรู้ความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษดีพอในบางครั้งย่อมประสบปัญหาในทางปฏิบัติได้ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะให้จัดตั้งสถาบันอบรมกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและบุคคลที่มีสิทธิจะเข้ารับการอบรมควรจะผ่านการทดสอบภาษาอังกฤษเพื่อสามารถจะเรียนรู้และใช้เอกสารในการฟังจะได้ง่ายและการอบรมจะได้ผล

การกำหนดให้มี Charter Institute of Arbitrator ในประเทศไทย ผู้ที่อยากเป็นอนุญาโตตุลาการต้องผ่านการทดสอบภาษาอังกฤษ

เมื่อบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย มีทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษเป็นอย่างดี โอกาสของบุคคลเหล่านี้ในการรับทำคดีที่มีสัญญาเป็นภาษาอังกฤษย่อมมีมากขึ้น จำนวนผู้ใช้บริการที่เลือกประเทศไทยเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการย่อมเพิ่มขึ้นเช่นกัน ซึ่งส่งผลให้เศรษฐกิจไทยขยายตัวไทยเติบโตขึ้นในที่สุด

5.2.2.2 การตั้งศูนย์บริการเพื่อเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

เพื่อแก้ไขปัญหาการรับรู้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากในวงการกฎหมายสิ่งสำคัญที่คู่ความต้องการทราบคือ ตนจะบังคับคดีได้หรือไม่ ความรวดเร็วในการรับรู้ถึงคำชี้ขาดจึงเป็นเรื่องที่ต้องนำมาพิจารณาแก้ไข ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยเห็นควรจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหากเป็นเรื่องไม่เป็นความลับเผยแพร่ได้ เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษพร้อมกัน โดยให้สถาบันอนุญาโตตุลาการซึ่งมีบุคคลากรผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญ ทำหน้าที่เป็นศูนย์บริการเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นภาษาอังกฤษเพื่อให้คู่ความสามารถรับรู้ได้ทันที แนวทางปฏิบัติเช่นนี้จะช่วยลดคำครหาจากคู่ความชาวต่างชาติที่มีข้อกังวลในเรื่องกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

สำหรับช่องทางในการเผยแพร่คำพิพากษาคำชี้ขาด ควรเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพื่อลดขั้นตอนและทำให้คู่ความสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในส่วนนี้เพิ่มเพราะเป็นการบริการที่อำนวยความสะดวกแก่คู่ความอีกทั้งยังตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการได้ด้วย

5.2.2.3 การกำหนดค่าธรรมเนียมกลางสำหรับอนุญาโตตุลาการ

สำหรับการกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดค่าธรรมเนียมไว้เป็นตารางโดยคำนวณเป็นเงินบาทและมีตารางลดค่าธรรมเนียม (Taxation of Cost) เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางด้านกฎหมายและกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้และอนุญาโตตุลาการไม่ได้ประเมินให้ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความและใช้เป็นข้อมูลเบื้องต้นในการทำข้อตกลงระหว่างกัน เนื่องจากคู่ความอาจมิได้คำนึงถึงประเด็นนี้ในการเจรจาตกลงกัน นอกจากนี้ข้อบังคับสถาบันควรให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดค่าธรรมเนียมให้แก่ทนายความด้วยเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินการจัดสรร

ส่วนการแก้ปัญหาในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า การจะรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลาง อนุญาโตตุลาการไม่ควรมี

ผลประโยชน์ทางด้านการเงินโดยตรงจากการได้รับการชำระค่าธรรมเนียม จากการศึกษาคดีตัวอย่าง เมื่อมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามาทำหน้าที่บริหารจัดการในส่วนนี้

สำหรับการทำค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็นโดยคู่ความฝ่ายที่ทราบว่าตนเองชนะคดี และจากการศึกษาคดีตัวอย่าง ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป เพราะการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเช่นนั้น เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยเทียบเคียงกับการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อาจผลักภาระของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น

บรรณานุกรม

กรมศิลปากร. **กฎหมายตราสามดวง.** กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2521.

เกรียงศักดิ์ อุรุพงศ์พิศาล. **ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

ขนิษฐา เติมตฤณา. **แนวความคิดในการแบ่งแยกอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134, 11ก (25 มกราคม 2560): 24-38.

จักรพงศ์ เรืองเศรษฐการ. **หลักบทบังคับ (Mandatory Provisions) ในกฎหมายการอนุญาโตตุลาการในการพาณิชย์ระหว่างประเทศ:ศึกษากรณีกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ 1985 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

จันทนา สมพงษ์ชัยกุล. **วิวัฒนาการของความคิดบางประการของกฎหมายวิธีพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

จารุณี มณีรัตน์. **การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ในคดีที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อย: ศึกษากรณีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2555.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

จุฑาวรรณ สุทธิรัตน์. **เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545: ศึกษากรณีตามมาตรา 40(2)(ข).** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ฉันชาย โรจนสโรช. รัฐกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ. **วารสารอนุญาโตตุลาการ.** 4 (2552): 87-98.

ชิตพล ลิขิตภูมิสถิต. **บทบาทของศาลยุติธรรมในกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ธนกร กิตติสาเรศ. **ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548.

ธวัชชัย สุวรรณพานิช. **คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558.

ธารทิพย์ จงจักรพันธ์. กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการ. **วารสารดุลพาห.** (กรกฎาคม-กันยายน 2539): 33-43.

นรีลักษณ์ แพรไชยภูมิ. **ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. **เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.

พระนิติการณ์ประสม. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: แสงทอง, 2515.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534. **ราชกิจจานุเบกษา.** 108 (15 พฤศจิกายน 2534).

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การระงับข้อพิพาทการค้าที่มองไม่เห็น. **จดหมายข่าวอนุญาโตตุลาการ.** 1 (ตุลาคม 2558-มีนาคม 2559): 6.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี.** กรุงเทพมหานคร: สำนักอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2535.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ.** กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเอเชีย, 2535.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการ: ความรู้เบื้องต้นในทางทฤษฎี. ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ข้อพิจารณาด้านกฎหมาย: ลักษณะทางกฎหมายของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ. **จุฬาลงกรณ์วารสาร.** 17 (มกราคม-มีนาคม): 66-68.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **พจนานุกรมอนุญาโตตุลาการ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

มนู รักวัฒนกุล. หลักการพื้นฐานในการควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณาตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. **วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์.** 32, 4 (ธันวาคม 2545): 783-785.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ. ใน **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร.** หน่วยที่ 1-8. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2552.

มาโนช จรมาศ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับตามคำหรือคำสั่ง.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเพมหานคร: บรรณาคม, 2521.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560. **ราชกิจจานุเบกษา.** 134 (6 เมษายน 2560).

ลำพลอย ปันธินวน. **จริยธรรมของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการค้า.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550.

วิกรม เมาลานนท์. “ตุลาการ,”ใน **สารานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน**, ปราณบุรี: ศูนย์การทหารราบ, พ.ศ. 2516.

วิชัย อริยะนันทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1). **วารสารดุลพาห.** 44 (กรกฎาคม-กันยายน 2540): 105-128.

ศักรินทร์ บุญรอด. **การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สรวิศ ลิมปรังษี. **อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายใหม่กับการระงับข้อพิพาท.** กรุงเทพมหานคร: นิติรัฐ, 2545.

สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. **แผนแม่บทการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2558-2561.** ค้นวันที่ จาก http://www.oja.go.th/TH/แผนแม่บทการ/#1481797766780-0c2361a9-e6fe

สำนักงานระงับข้อพิพาท สำนักศาลยุติธรรม. **คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน.** พิมพ์ครั้งที่ 5. นนทบุรี: เพชรรุ่งการพิมพ์, 2552.

สำนักงานอนุญาโตตุลาการ. **รายงานการประชุมคณะอนุญาโตตุลาการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ.** ครั้งที่ 1/2538. 1 มิถุนายน 2538.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.04/05/2547 เรื่อง การทำสัญญาสัมปทานระหว่างรัฐกับเอกชน.** 27 มกราคม 2547.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.14/07/2558 เรื่อง ขอแก้ไขมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 28 กรกฎาคม 2552 (เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน).** 4 กรกฎาคม 2558.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **มติคณะรัฐมนตรีเลขที่ นร.28/07/2552 เรื่อง การทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน.** 28 กรกฎาคม 2552.

สำนักเลขาธิการวุฒิสภา. **บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ...ครั้งที่ 6.** 6 มิถุนายน 2544.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 21 ปีที่ 1 ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญทั่วไป).** 25 เมษายน 2544.

สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. **หลักการและเหตุผลแห่งการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ).** ค้นวันที่ 21 พฤศจิกายน 2560 จาก www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1496284178.pdf

สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการ. **คู่มือการอนุญาโตตุลาการ แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ.** ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2560 จาก http://www.tai.coj.go.th/doc/data/tai/tai_1504077976.pdf

สิทธิพงศ์ ตัญญพงศ์ปรัชญ์. การอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่: ข้อสังเกตลางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. **วารสารกฎหมายศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.** (2545): 369-385.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท. ใน **อาจาริยบูชาศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภานุพงศ์.** จตุรนต์ ถิระวัฒน์, บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. ความรับผิดทางแพ่งของอนุญาโตตุลาการ: หลักการใหม่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย. **วารสารนิติศาสตร์.** 32 (มิถุนายน 2545): 206-226.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ.** ค้นวันที่ 3 ตุลาคม 2560 จาก http://thac.or.th/2015/01/13/thac-article-001

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. **คำอธิบายวิชากฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. บทบาทของศาลในการอนุญาโตตุลาการ. ใน **รวมบทความ ข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ เล่ม 1.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. **รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันอนุญาโตตุลาการ.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการรับรองคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ. **วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช.** 29 (กันยายน 2560-มีนาคม 2561): 17-55.

หัสยา นุ่นแจ้ง. **ศึกษาระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเปรียบเทียบ : ประเทศมาเลเซีย สิงคโปร์ และไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2552.

อนันต์ จันทรโอภากร. **กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.

อนันต์ จันทรโอภากร. **กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

อนันต์ จันทรโอภากร. การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ. **วารสารดุลพาห.** 37 (มีนาคม-เมษายน 2533): 70-71.

อนันต์ จันทรโอภากร. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ. ใน **รายงานการสัมมนา เรื่องการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายและข้อบังคับใหม่.** 12 กันยายน 2546 ณ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม.

อาจารีย์ บุนนาค. **ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

Ali, Shahla F. The Morality of Conciliation: An Empirical Examination of Arbitrator Role Moralities in East Asia and the West. **Harvard Negotiation Law Review.** 16 (Spring 2011): 1-19.

Al-Malahmeh, Firas Abdel-Karim. **The Deficiencies of the New York Convention of 1958 Relating to the Enforcement Refusal Ground and their Effects on the Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards.** Doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Leicester, 2007.

Anan Chantara-Opakorn. Investment Arbitration: Remarks for Thailand. **Law Journal, Thammasat University.** 39 (December 2010): 858-884.

Anusornsena Veena. **Arbitrability and Public Policy in Regard to the Recognition and Enforcement of Arbitral Award in International Arbitration: the United States, Europe, Africa, Middle East and Asia.** Doctoral dissertation, Golden Gate University School of Law, 2012.

Ashman, Vivienne M. The UNCITRAL Arbitration Rules and A Review of Certain Practices and Procedures. **International Business Litigation and Arbitration.** 1 (2001): 765-780.

Bantekas, Ilias. **An Introduction to International Arbitration.** Cambridge: University Press, 2015.

Bao, Chiann. International Arbitration in Asia on the Rise: Cause & Effect. **The Arbitration Brief.** 4 (2014): 31-51.

Barrett, J. T. and Barrett, J. P. A. **History of Alternative Dispute Resolution: The Story of Political, Cultural, and Social Movement.** San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

Bastida, Bruno Manzanares. The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration. **Mercatoria.** 6 (2007): 1-15.

Berger, Klaus P. Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?. In **ICCA Congress Series No.13.** Albert Jan Van den Berg, ed. Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2006.

Berger, Klaus P. **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Meditation, Arbitration.** Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2006.

Bergsten, Eric E. **Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property.** New York: UNCTAD, 2005.

Bermann, George A. **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts.** Cham: Springer International Publishing, 2017.

Bezant, Mark; Nicholson, James and Rosen, Howard. Trends in International Arbitration: A New World Order. **FTI Journal.** 25 (February 2015): 1-6.

Blackman, Jonathan and London, Ellen. Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road from Chromalloy to Termorio. **Dispute Resolution Journal**. 63 (August-October 2008): 70-75.

Böckstiegel, Karl-Heinz. Role of the State on Protecting the System of Arbitration. In **CIARB Centenary Conference.** 3 July 2015. London.

Bompard, Consorts C. et al. Tribunal de Grande Instance de Paris. **Review Arbitration.** 2 (June 1990): 475–476.

Born, Gary B. **International Commercial Arbitration.** 3rd ed. Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

Born, Gary B. **International Commercial Arbitration Commentary and Materials.** 2nd ed. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2001.

Born, Gary B. **International Commercial Arbitration in the United States Commentary and Materials.** Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Branson, David J. and Wallace, Jr., Richard E. Immunity of Arbitrator under United States Law. In **The Immunity of Arbitrators.** Lew Julian D. M., ed. London: Lloyd's of London Press, 1990.

Brekoulakis, Stavros. Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making. **Journal of International Dispute Settlement.** 4 (2013): 553-585.

Bucy, Dana Renee. How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration under the Amended UNCITRAL Model Law. **American University International Law Review.** 25 (May-June 2010): 579-609.

Buchanan, Mark A. Public Policy and International Commercial Arbitration. **American Business Law Journal** 26 (1988): 511-531.

Byrnes, Jaime Dodge and Pollman, Elizabeth. Arbitration, Consent and Contractual Theory: The Implications of EEOC V. Waffle House. **Harvard Negotiation Law Review.** 8 (Spring 2003): 289-312.

Caher, Charlie and Mc Millan, John. Emergency Arbitration: The Default Option for Pre-Arbitral Relief?. In **International Comparative Legal Guide to International Arbitration 2015.** 12th ed. London: Global Legal Group, 2015. Pp. 1-6.

Calrton, Kenneth S. Theory of the Arbitration Process. **Law and Contemporary Problems.** 17 (October 1952): 631-651.

Carbonneau, Thomas E. The Ballad of Transborder Arbitration. **University Miami Law Review.** 56 (July 2002): 773-829.

Chan, Helena H. M. Introduction to the Singapore Legal System**. Singapore Malayan Law Journal**, 1986.

Chik, Warren B. Recent Developments in Singapore on International Commercial Arbitration. **Singapore Year Book of International Law and Contributors**. (2005): 259-273.

Chong, Chee Leong. **International Arbitration in Asia**. Singapore: Jones Day Publication, 2004.

Cordero-Moss, Giuditta. **Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration.** Retrieved April 11, 2018 from https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=jlia

Croft, Jane. Singapore is becoming a World Leader in arbitration. **Financial Times** (June 2, 2016). Retrieved September 22, 2017 from https://www.ft.com/content/704c5458-e79a-11e5-a09b-1f8b0d268c39

Douglas, Joel M. The Scope of Arbitrator Immunity. **The Arbitration Journal.** 36 (June 1981): 35-38.

Ferguson, Stephen M. Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results. **Currents International Trade Law Journal.** 12 (January 2003): 55

Fishburne, Benjamin P. and Lian, Chuncheng. Commercial Arbitration in Hong Kong and China: A Comparative Analysis. **Journal of International Law.** 18 (Spring 1997): 297-332.

Forde, M. The 'Ordre Public' Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions. **The International and Comparative Law Quarterly.** 29 (1980): 259-273.

Frigo, Manlio. The Linguistic Factor in the Circulation of Arbitral Awards and Some of Its Pitfalls. In **Convergence and Divergence in Private International Law.** Liber Amicorum Kurt Siehr, Katharina Boele-Woelki et al., eds. The Hague: Schulthess, 2010.

Gadelshina, Elvira R. What plays the key role in the success of an arbitration institution?. **Financier Worldwide Magazine.** (February 2013). Retrieved December 26, 2017 from https://www.financierworldwide.com/what-plays-the-key-role-in-the-success-of-an-arbitration-institution/#.WK5vClV96M8>

Gaillard, Emmanuel. International Arbitration as a Transnational System of Justice. In **Arbitration: The Next Fifty years.** ICCA Congress Series No. 16, 2012. Pp. 66-73.

Gaitis, James A. The Federal Arbitration Act: Risks and Incongruities Relating to the Issuance of Interim and Partial Awards in Domestic and International Arbitrations. **Review International Arbitration.** 16 (January 2005): 54-55.

Gaja, Giorgio. General Principles of Law. In **Max Planck Encyclopedia of Public International Law.** R Wolfrum, ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Gans, Kiera S. Don't Bite the Hand that Feeds You: Arbitrator Bias Based on Payment Information. **Transnational Dispute Management.** 5 (July 2008): 1-4.

Garner, Bryan A. **Black's Law Dictionary.** 10th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2014.

Gerardi, Melissa. Jumpstarting APEC in The Race to Open Regionalism : A Proposal for the Multilateral Adoption of UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration. **Northwestern Journal of International Law & Business.** 15 (Spring 1995): 668-697.

Gertz, Craig M. The Selection of Choice of Law Provisions in International Commercial Arbitration: A Case for Contractual Depecage. **Northwestern Journal of International Law & Business.** 12 (January 1991): 163-186.

Giaretta, Ben. Duties of Arbitrators and Emergency Arbitrators under the SIAC Rules. **Asian International Arbitration Journal.** 8 (2012): 196-221.

Goldman Fouchard Gaillard. **International Commercial Arbitration.** The Hague, Netherlands: Kuwer Law International, 1999.

González, Daniel E. and Lorenzo, Richard C. **Getting the Deal through-Arbitration (United State).** London, UK: Law Business Research, 2010.

Habib, Sadaff. **Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the Interplay of the Delocalization Theory in Different Legal Systems.** Master's thesis, The British University, Dubai, 2013.

Hacking, Lord. D. Dispute Resolution in London. **The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators.** 66 (2000): 1-17.

Hannan, Neil Francis. **A Comparative Analysis of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Australia, Canada, New Zealand, United Kingdom and United State of America.** Doctoral dissertation, The University of Western Australia, School of Law, 2015.

Harris, Bruce et al. **The Arbitration Act 1996: A Commentary.** Australia: Blackwell Science, 1996.

Harold Potter. **An Historical Introduction to English Law and Its Institution.** 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1943.

Hausmaninger, Christian. Civil Liability of Arbitrators-Comparative Analysis and Proposals for Reform. **Journal of International Arbitration.** 7 (December 1990): 7-48.

Hosseraye Jean de la, Giovanni Stéphanie de and Huard-Bourgois Juliette. **Arbitration in France**, **CMS Guide to Arbitration.** Retrieved September 22, 2017 from https://Eguides.CMSlegal.Com/Arbitration

Howarth, Richard J. Lex Mercatoria: Can General Principles of Law Govern International Commercial Contracts?. **Canterbury Law Review.** 36 (2004): 43-49.

Jarvin, Sigvard. The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers. **Arbitration International.** 2 (April 1986): 140–163.

Karton, Joshua. The Arbitral Role in Contractual Interpretation. **Journal of International Dispute Settlement.** 6 (January 2015): 4-41.

Kaye, Judith and Strong, S. I. International Commercial Arbitration Coming to a Courthouse near You. **The Judges' Journal.** 53 (Summer 2014): 19-23.

Kerr, Michael. Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law. **International and Comparative Law Quarterly.** 34 (1985): 1-24.

Kojovic, Tijana. Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief. **Journal of International Arbitration.** 18 (October 2001): 511-532.

Lew, Julian D M. Does National Court Involvement Undermine The International Arbitration Processes?. **American University International Law Review.** 24 (2009): 489-537.

Lew, Julian D. M. Immunity of Arbitrators under English Law. In **The Immunity of Arbitrators.** Julian D. M. Lew, ed. New York: Lloyd's of London Press, 1990.

Lew, Julian D. M.; Mistelis, Loukas A. and Kroll, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration.** Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

Lorenzen, Ernest G. **Commercial Arbitration: International and Interstate Aspect.** Faculty Scholarship Series Paper 4588. New Haven: Yale Law School, 1934. Retrieved August 22, 2017 from https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.th/&httpsredir=1&article=5589&context=fss_papers

Ly, Filip De. The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning. **Northwestern Journal of International Law & Business.** 12 (Spring/Summer 1991): 48-85.

Lynch, Katherine. **The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration.** Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

Maniruzzaman, Munir. State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques: A Critical Appraisal. **Journal of International of Arbitration.** 15 (1998): 65-92.

Mclaughlin, Joseph T. and Genevro, Laurie. Enforcement of Arbitral Awards under The New York Convention - Practice In U.S. Courts. **Berkeley Journal of International Law.** 3 (Winter 1986): 249-272.

McNerney, Mary E. and Esplugues, Carlos A. International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law. **Boston College International and Comparative Law Review.** 9 (1986): 47-71.

Menon, Sundaresh. The Future of Maritime Dispute Resolution. In **Singapore Chamber of Maritime Arbitration Annual Conference.** 23 October, 2015. Singapore.

Mettler, Andrea. Immunity vs. Liability in Arbitral Adjudication. **Arbitration Journal**. (March 1992): 24-35.

Mills, William P. State International Arbitration Statutes and the U.S. Arbitration Act: Unifying the Availability of Interim Relief. **Fordham International Law Journal.** 13 (1989): 604-648.

Mohmeded, Shadat. **Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales.** Doctoral dissertation, School of Law, Brunel University, 2014.

Moses, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Mustill, Michael J. A. New Arbitration Act for the United Kingdom?: The Response of the Departmental Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law. **Arbitration International.** 6 (1990): 3.

Naimark, Richard W. and Keer, Stephanie E. Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief. **Mealey's International Arbitration Report.** 16 (March 2001): 23-27.

Natov, Nikolay. Effectiveness of International Commercial Arbitration. In **The Hague Hosted The 74th International Law Association Conference.** 15-20 August 2010, The Hague, Netherlands.

Nguyen, Manh Dzung. **An Attempt to Identify the Essential Characteristics of Major Regional Arbitration Institutions and Trends in the Asia – Pacific Region.** Master's thesis, Queen Mary, University of London, 2008.

Nottage, Luke R. and Thanitcul, Sakda. **The Past, Present and Future of International Investment Arbitration in Thailand.** Sydney Law School Research Paper No. 16/31(2016). Sydney, Australia.

Onyema, Emilia. **International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract.** London: Routledge, 2012.

Paraguacuto-Maheo, Diana and Lécuyer-Thieffry, Christine. Emergency Arbitrator: A New Player in the Field-the French Perspective. **Fordham International Law Journal.** 40 (2017): 749-778.

Park, William W. **Arbitration of International Business Disputes; Studies in Law and Practice.** Oxford: Oxford University Press, 2006.

Paulsson, Jan. **Arbitration in Three Dimensions.** LSE Legal Studies Working Paper No. 2. 2010. Retrieved September 28, 2017 from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536093

Prasad, Piyush. **Arbitration in Singapore and Hong Kong.** International Immersion Program Papers , Chicago Unbound, University of Chicago Law School, 2017.

Raissi, Jahan P. Arbitrating In Thailand. **Hasting International and Comparative Law Review.** 16 (Fall 1992): 99-121.

Rene, David. **Arbitration in International Trade.** The Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1985.

Resnik, Judith. Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, The Private in Courts, and The Erasure of Rights. **The Yale Law Journal.** 124 (2015): 2804-2830.

Roberto Adrian and Aleman Villagomez. Review of the Principles and Practice of International Commercial Arbitration by Margaret L. Moses. **The Berkeley Journal of International Law.** 31 (2013): 461-471.

Redfern Alan and Hunter Martin. **The Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

Roy, Michael H. Le. Are Arbitrators Above The Law? The 'Manifest Disregard of the Law' Standard. **Boston College Law Review.** 52 (2011): 137-187.

Rubino-Sammartano, Mauro. **International Arbitration Law and Practice.** 2nd ed. Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

Samuel, Adam Jurisdictional Problems. In **International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law.** Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.

Sandeep, Adhipathi. **Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future.** Master's thesis, School of Law, University of Georgia 2003.

Sanders, Peter. **Quo Vadis Arbitration? : Sixty Years of Arbitration Practice Comparative Study.** Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

Sathyapalan, Harisankar K. Contemporary International Arbitration in Asia: a Stock Take. **Indian Journal of International Arbitration Law.** 3 (May 2013): 1-5.

Sathyapalan, Harisankar K. International Commercial Arbitration in Asia and the Choice of Law Determination. **Journal of International Arbitration.** 31 (January 2014): 621-637.

Sathyapalan, Harisankar K. Contemporary International Arbitration in Asia: a Stock Take. **Indian Journal of Arbitration Law.** 31 (May 2013): 1-5.

Saud,Turki Al. **A Comparison Between The Dispute Settlement Procedures in the International Court of Justice and the World Trade Organization.** Master's thesis, Brunel University, 2009.

Sauzier, Eric and Yu, Hong-Lin. From Arbitrator's Immunity to the Fifth Theory of International Commercial Arbitration. **International Arbitration Law Review.** 3 (2000): 120.

Savadkouhi, Saber Habibi and Ramesh. The Development of International Commercial Arbitration in Recent Decades. **The International Scenario, Golden Research Thoughts.** 3 (2013): 31-43.

Savadkouhi, Saber Habibi; Savadkouhi, Sadegh Habibi and Bashiri, Akbars. The Four Legal Theories of International Commercial Arbitration. **Asian Journal of Research in Social Sciences and Humanities.** 4 (2014): 421-430.

Saville, Lord Justice. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill. **Arbitration International.** 13 (September 1997): 275-316.

Schaefer, Jan K. New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared. **Electronic Journal of Comparative Law.** 2 (August 1998). Retrieved August 22, 2017 from http://www.ejcl.org/ejcl/22/art22-2.html

Schill, Stephan. International Investment Law and Comparative Public Law. **The European Journal of International Law.** (September 2011): 917-925.

Sgard, Jérôme. A Tale of Three Cities: The Construction of International Commercial Arbitration. In **Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets.** Jérôme Sgard, ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Pp. 153-184.

Shutze, Rolf A. **Institutional Arbitration: A Commentary.** Oxford: Hart Publishing, 2013.

Sigvard, Jarvin. The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers. **Arbitration International.** 2 (April 1986): 140-163.

Smith, Hans and Pechota, Vratislav. **Arbitration Rules Issued By International Institutions.** United States: Sweet & Maxwell, 1997.

Söderlund, Christer. Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings. **Journal of International Arbitration.** 22 (2005): 301-322.

Stipanowich, Thomas J. Rethinking American Arbitration. **Indiana Law Journal.** 63 (1988): 425-487.

Sugarda, Paripurna P. Applicable Law and Dispute Resolution, International Institute for the Unification of Private Law. In **Unidroit and the European Law Institute Organised Meetings, Italy Rome**, 17 – 20 November 2014.

Tucker, Lee Anna. Interim Measures under Revised UNCIRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty. **International Commercial Arbitration Brief.** 1 (2011): 15-23.

Tweedale, Karen and Tweedale, Andrew. **A Practical Approach to Arbitration Law.** London: Blackstone Press, 2002.

van den Berg, Albert Jan. Enforcement of Annulled Awards?. **The ICC International Court of Arbitration Bulletin.** 9 (November 1998): 15-21.

Varady, Tibor. **Language and Translation in International Commercial Arbitration: From the Constitution of the Arbitral through Recognition and Enforcement Proceedings.** West Nyack, NY: Cambridge University Press, 2006.

Vichai Ariyanuntaka. Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards: A Thai Perspective. In **Singapore Conference on International Business Law.** November 1996, Shangri-La, Singapore.

Wang, William. International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief. **Brook Journal International Law.** 28 (2002): 1058-1099.

Wong, Ronald J.. Interim Relief in aid of International Commercial Arbitration. **Singapore Academy of Law Journal.** 24 (2012): 499-532.

Yang, Xiaodong. **State Immunity in International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Yesilirmak, Ali. **Provisional Measures in International Commercial Arbitration.** Hague Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

Yoshida. Ikko. **Comparative Study of International Commercial Arbitration in England, Japan and Russia.** Doctoral dissertation, Faculty of Law, University of Edinburgh, 2000.

Yu, Hong-Lin. Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration Contemporary. **Asia Arbitration Journal.** 1 (Quarter 2 2008): 255-286.

Zavodna, Martina. **The European Convention on Human Rights and Arbitration.** Diploma thesis, Faculty of Law, Masaryk University, 2014.

Zeynalova Yuliya. The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Is It Broken and How Do We Fix It?. **Berkeley Journal of International Law**, 31 (January 2013): 150-205.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

บันทึกหลักการและเหตุผล
ประกอบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ
พ.ศ. ....

หลักการ
ให้มีกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

เหตุผล

โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งการกำหนดลักษณะการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นภายในประเทศหรือต่างประเทศมีผลต่อการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับการอนุญาโตตุลาการ

การแยกกฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วกว่า ทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน

นอกจากนี้ขอบเขตทางด้านเนื้อหาของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท ในขณะที่กฎหมายต้นแบบมีขอบเขตการใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น ทั้งนี้การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นเหตุให้เกิดการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ซึ่งมีวิธีการยอมรับและบังคับแตกต่างจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

เพื่อพัฒนาและส่งเสริมให้การอนุญาโตตุลาการไทยมีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากยิ่งขึ้น และสามารถเป็นศูนย์กลางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่าง

พระราชบัญญัติ

อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

พ.ศ. ....

.....

.....

.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

.....

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ พ.ศ. ...”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศใน ราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำในประเทศ

มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

มาตรา ๕ ให้นำบทบัญญัติกฎหมายต้นแบบมาตรา ๑ ขอบเขตการใช้มาบังคับใช้เฉพาะการอนุญาโตตุลาการทางการค้าเท่านั้น

มาตรา ๖ ในพระราชบัญญัตินี้

“การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ” หมายความว่า การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่

(ก) คู่สัญญาอนุญาโตตุลาการมีสถานประกอบการอยู่ในประเทศต่างกันในขณะทำสัญญา หรือ

(ข) สถานที่ใดสถานที่หนึ่งดังต่อไปนี้ตั้งอยู่นอกประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานประกอบการอยู่

(๑) สถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือตามข้อตกลงให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือ

(๒) สถานที่การปฏิบัติการชำระหนี้ในส่วนสำคัญของการค้าระหว่างประเทศ หรือสถานที่ใกล้ชิดกับมูลเหตุที่พิพาทมากที่สุด

(ค) คู่สัญญาได้ตกลงไว้โดยชัดแจ้งว่าข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับประเทศมากกว่าหนึ่งประเทศ หรือให้ถือว่าการดำเนินการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นตามสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างประเทศ หรือ

(ง) การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นทำเป็นภาษาต่างประเทศ

“คณะอนุญาโตตุลาการ” หมายความว่า อนุญาโตตุลาการคนเดียว หรือ อนุญาโตตุลาการหลายคน

“ศาล” หมายความว่า องค์กรหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งที่มีอำนาจตุลาการตามกฎหมายของประเทศซึ่งเป็นที่ตั้งของศาลนั้น

“ข้อเรียกร้อง” หมายความรวมถึงข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ข้อเรียกร้องตาม มาตรา ๔๒ (๑) และมาตรา ๕๐ วรรคสอง (๑)

“คำคัดค้าน” หมายความรวมถึง คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่คำคัดค้านแก้ข้อเรียกร้องแย้งตามมาตรา ๔๒ (๒) และมาตรา ๕๐ วรรคสอง (๑)

“กฎหมายต้นแบบ” หมายถึง กฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.๑๙๘๕ และฉบับแก้ไข ค.ศ. ๒๐๐๖

มาตรา ๗ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๖ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจคู่สัญญาในการตัดสินใจเรื่องใด คู่สัญญานั้นมีอำนาจมอบหมายให้บุคคลที่สามหรือ หน่วยงานใด หน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ตัดสินใจเรื่องนั้นแทนได้ด้วย

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้ข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาจะหรืออาจจะตกลงกันได้ หรือกำหนดถึงข้อตกลงของคู่สัญญาไม่ว่าด้วย ประการใด ๆ ข้อตกลงเช่นว่านั้นให้รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการที่ระบุไว้ในข้อตกลงนั้นด้วย

มาตรา ๘ ในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การส่งเอกสารตาม พระราชบัญญัตินี้ ถ้าได้ส่งให้แก่บุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้นหรือได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน ภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ของบุคคลซึ่งระบุไว้ในเอกสารนั้น หรือในกรณีที่ไม่ปรากฏที่อยู่ ข้างต้นแม้ได้สืบหาตามสมควรแล้วถ้าได้ส่งไปยังสำนักทำการงาน หรือภูมิลำเนา หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์แห่งสุดท้ายที่ทราบโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ถ้าเป็น การส่งภายในประเทศ หรือโดยวิธีอื่นใดที่แสดงถึงความพยายามในการจัดส่ง ให้ถือว่าบุคคลซึ่ง ระบุไว้ในเอกสารนั้นได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับการส่งเอกสารในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล

มาตรา ๙ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดรู้ว่าบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ซึ่ง คู่สัญญาอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยังดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นต่อไปโดยไม่คัดค้านการไม่ปฏิบัติของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กำหนดไว้ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นสละสิทธิ์ในการคัดค้าน

มาตรา ๑๐ ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๑ ให้ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด ๑
สัญญาอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๑๒ สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการโดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

มาตรา ๑๓ ความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการและการตั้งอนุญาโตตุลาการย่อมไม่เสียไปแม้ในภายหลังคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือสิ้นสุดสภาพความเป็นนิติบุคคลถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาดหรือถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

มาตรา ๑๔ เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดใดสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย

มาตรา ๑๕ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาลตามวรรคหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ หรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปและมีคำชี้ขาดในข้อพิพาทนั้นได้

มาตรา ๑๖ คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หมวด ๒
การบังคับวิธีการคุ้มครองประโยชน์ฉุกเฉิน

มาตรา ๑๗ อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน หมายถึง อนุญาโตตุลาการคนเดียวที่แต่งตั้งภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาได้ตกลงกันหรือนำมาใช้ในกรณีที่เป็นข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนแบบฉุกเฉินก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๑๘ คำสั่งวิธีการคุ้มครองฉุกเฉินที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าทำขึ้นในประเทศใดเมื่อศาลเห็นชอบแล้ว สามารถบังคับได้ดังเช่นคำสั่งศาลและมีผลผูกพันเช่นเดียวกัน

ศาลอาจปฏิเสธการบังคับคำสั่งวิธีการคุ้มครองแบบฉุกเฉินต่างประเทศ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายประสงค์บังคับตามคำสั่งวิธีการคุ้มครองฉุกเฉินสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการฉุกเฉินสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทำดังต่อไปนี้

(๑) จัดเก็บหรือรักษาทรัพย์สินให้คงสภาพที่เป็นอยู่ ในระหว่างรอคำตัดสินข้อพิพาท

(๒) กระทำการเพื่อป้องกัน หรือละเว้นกระทำการอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

(๓) หาวิธีรักษาทรัพย์สินภายหลังจากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว

(๔) รักษาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและสำคัญใช้ในการระงับข้อพิพาท

(๕) จัดหาหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับกรณีตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔)

(๖) จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่ศาลเห็นชอบตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจทำคำพิพากษาเป็นวิธีการคุ้มครองฉุกเฉิน ทั้งนี้ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษายอมรับหรือปฏิเสธการบังคับคำสั่งวิธีการคุ้มครองฉุกเฉิน

หมวด ๓
คณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๑๙ ให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคี่

ในกรณีที่คู่พิพาทกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ ให้อนุญาโตตุลาการ ร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มอีกหนึ่งคนเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ วิธีการตั้งประธาน คณะอนุญาโตตุลาการ ให้เป็นไปตามมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง (๒)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการได้ ให้มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว

มาตรา ๒๐ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ หรือหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทตกลงกันให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(๒) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ มากกว่าหนึ่งคนให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากัน และให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบ วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน

ในกรณีที่การตั้งอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดวิธีการอื่นใดที่ทำให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ให้ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามที่ศาลเห็นสมควรได้ หากปรากฏว่า

(๑) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

(๒) คู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ได้ หรือ

(๓) บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

มาตรา ๒๑ อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตน และนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้าเว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้ว

อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัย ถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

มาตรา ๒๒ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑ วรรคสามและหากอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านไม่ถอนตัวจากการเป็น อนุญาโตตุลาการหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับข้อคัดค้านนั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการ เป็นผู้วินิจฉัยคำคัดค้านนั้น

ถ้าการคัดค้านโดยวิธีตามที่คู่พิพาทตกลงกันหรือตามวิธีที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ไม่บรรลุผล หรือในกรณีมีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านอาจยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำวินิจฉัยคำคัดค้านนั้น หรือ นับแต่วันที่รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือรู้ถึงข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑ วรรคสาม แล้วแต่กรณีและเมื่อศาลไต่สวนคำคัดค้านนั้นแล้วให้มีคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น และในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งถูกคัดค้านอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น คณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งออกไปได้อีกไม่เกินสิบห้าวัน

มาตรา ๒๓ การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ในกรณีที่บุคคลซึ่งจะได้รับหรือได้รับการตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่ว่าโดยไม่ยินยอมรับการตั้ง ถูกพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือ

เสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาอันสมควรด้วยเหตุอื่น ให้การเป็นอนุญาโตตุลาการของผู้นั้นสิ้นสุดลงเมื่ออนุญาโตตุลาการผู้นั้นขอถอนตัว หรือ คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง แต่ถ้ายังมีข้อโต้แย้งในเหตุดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการได้

ภายใต้บังคับวรรคสองหรือมาตรา ๒๒ วรรคหนึ่ง การที่อนุญาโตตุลาการขอถอนตัวหรือการที่คู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลง ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเหตุตามวรรคสองหรือมาตรา ๒๑ วรรคสาม

มาตรา ๒๔ ถ้าการเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงตามมาตรา ๒๒ หรือมาตรา ๒๓ หรือเพราะเหตุ การถอนตัวของอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทตกลงกันให้การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงหรือในกรณีที่การเป็นอนุญาโตตุลาการสิ้นสุดลงด้วยเหตุอื่นให้ตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามวิธีการที่ได้กำหนดไว้สำหรับการตั้งอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๒๕ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องรับผิดทางแพ่งในการกระทำตามหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่จะกระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย

อนุญาโตตุลาการผู้ใด เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่อนุญาโตตุลาการ เพื่อจูงใจให้กระทำการไม่กระทำการหรือประวิงการกระทำการใดอันมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หมวด ๔
อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๒๖ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึง ความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญา

หลักคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะ หรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาข้อพิพาทใดจะต้องถูกยกขึ้นว่ากล่าวไม่ช้ากว่าวันยื่นคำคัดค้านต่อสู้ในประเด็นข้อพิพาท และคู่พิพาทจะไม่ถูกตัดสิทธิที่จะคัดค้านเพราะเหตุที่คู่พิพาทนั้นได้ตั้งหรือมีส่วนร่วมในการตั้งอนุญาโตตุลาการ และในการคัดค้านว่าคณะอนุญาโตตุลาการกระทำเกินขอบเขตอำนาจ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องยกขึ้นว่ากล่าวในทันทีที่เรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเห็นว่าการที่ล่าช้านั้นมีเหตุสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจอนุญาตให้คู่พิพาทยกขึ้นว่ากล่าวภายหลังระยะเวลาที่กำหนดไว้ก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการอาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนโดยการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น หรือในคำชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทก็ได้ แต่ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดเบื้องต้นว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำชี้ขาดเบื้องต้นนั้น และในขณะที่คำร้องยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและทำคำชี้ขาดต่อไปได้

หมวด ๕
มาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น
ส่วนที่ ๑ มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรา ๒๗ หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท

มาตรการระหว่างกาล หมายถึง มาตรการชั่วคราวใดก็ตามซึ่งอาจทำเป็นคำชี้ขาดหรือรูปแบบอื่น เมื่อใดก็ได้แต่ต้องก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาดถึงที่สุด ทั้งนี้ให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทำดังต่อไปนี้

(๑) จัดเก็บหรือรักษาทรัพย์สินให้คงสภาพที่เป็นอยู่ ในระหว่างรอคำตัดสินข้อพิพาท

(๒) กระทำการเพื่อป้องกัน หรือละเว้นกระทำการอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

(๓) หาวิธีรักษาทรัพย์สินภายหลังจากคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว

(๔) รักษาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและสำคัญใช้ในการระงับข้อพิพาท

(๕) จัดหาหลักประกันที่เกี่ยวข้องกับกรณีตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔)

มาตรา ๒๘ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา ๒๗ วรรคสอง อนุมาตรา (๑) (๒) และ (๓) หากคู่พิพาทฝ่ายร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว สามารถแสดงให้อนุญาโตตุลาการเห็นดังนี้ว่า

(๑) หากไม่มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมากกว่าความเสียหายของคู่พิพาทฝ่ายที่ตกอยู่ภายใต้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

(๒) คู่พิพาทฝ่ายร้องขอมีโอกาสชนะ และคำตัดสินเช่นว่าย่อมไม่มีผลต่อคำสั่งที่

อนุญาโตตุลาการได้ตัดสิน

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดตามวรรคหนึ่งอนุมาตรา (๑) และ (๒) กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทตามที่เห็นสมควร

ส่วนที่ ๒ คำสั่งเบื้องต้น

มาตรา ๒๙ ผู้ยื่นคำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อาจยื่นคำร้องพร้อมกับคำสั่งเบื้องต้นสั่งห้ามมิให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งขัดขวางมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ทั้งนี้การยื่นคำร้องเช่นว่าสามารถทำได้โดยมิต้องบอกกล่าวกับคู่พิพาทฝ่ายใด เว้นแต่ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งเบื้องต้นหากพิจารณาเห็นว่าการเปิดเผยคำขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งอาจเกิดความเสียหายกระทบต่อวัตถุประสงค์ของ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้

ทั้งนี้ให้นำเงื่อนไขภายใต้บทบัญญัติมาตรา ๒๘ มาบังคับใช้แก่คำสั่งเบื้องต้น หากความเสียหายที่ประเมินภายใต้มาตรา ๒๘ (๑) เป็นความเสียหายที่อาจเป็นผลจากการทำคำสั่งหรือไม่ทำคำสั่ง

มาตรา ๓๐ เมื่อได้ทำคำสั่งเบื้องต้น อนุญาโตตุลาการต้องบอกกล่าวคู่พิพาททุกฝ่ายโดยพลันให้ทราบถึงการขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คำขอคำสั่งเบื้องต้นอื่นใดถ้ามี และการติดต่อสื่อสารทั้งหมดรวมถึงเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารด้วยวาจาระหว่างคู่พิพาทฝ่ายใด ๆ กับคณะอนุญาโตตุลาการ

คณะอนุญาโตตุลาการต้องให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งเบื้องต้นมีโอกาสนำเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้โดยเร็วภายในระยะเวลาที่สมควร ในกรณีต้องปฏิเสธการออกคำสั่งเบื้องต้น คณะอนุญาโตตุลาการจักต้องทำโดยพลัน

คำสั่งเบื้องต้นจะสิ้นสุดลงภายในยี่สิบวันภายหลังจากวันที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเช่นว่านั้น ทั้งนี้คณะอนุญาโตตุลาการอาจสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือแก้ไขคำสั่งเบื้องต้นได้ภายหลังจากที่ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งเบื้องต้นได้รับการบอกกล่าวและมีโอกาสนำเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนแล้ว

คำสั่งเบื้องต้นผูกพันคู่พิพาททุกฝ่าย แต่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับโดยศาล คำสั่งเบื้องต้นเช่นว่าไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด

ส่วนที่ ๓
บทบัญญัติที่ใช้บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น

มาตรา ๓๑ ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะบอกกล่าวให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งเบื้องต้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจใช้ดุลยพินิจแก้ไข ระงับ หรือเพิกถอนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งเบื้องต้นที่ทำแล้ว เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องหรือในพฤติการณ์พิเศษ

มาตรา ๓๒ คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้ผู้ยื่นคำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมสอดคล้องกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้ผู้ยื่นคำร้องขอคำสั่งเบื้องต้นจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมสอดคล้องกับคำสั่งเบื้องต้น เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดหาหลักประกันเช่นว่าไม่เป็นการสมควรหรือไม่มีความจำเป็น

มาตรา ๓๓ คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปิดเผยข้อมูลทุกอย่างที่มีการเปลี่ยนแปลงจากมาตรการเดิมที่ได้รับการร้องขอหรือยอมรับไปแล้ว

ผู้ยื่นคำร้องขอคำสั่งเบื้องต้นอาจเปิดเผยพฤติการณ์ทั้งหมดที่มีผลต่อการยอมรับหรือปฏิเสธของคณะอนุญาโตตุลาการ และผลแห่งคำสั่งเช่นว่ามีผลผูกพันจนกว่าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำสั่งได้มีโอกาสนำเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนแล้ว ให้นำบทบัญญัติวรรคหนึ่งมาใช้บังคับ

มาตรา ๓๔ ผู้ยื่นคำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งเบื้องต้นมีหน้าที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งเบื้องต้น หากภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการได้วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นการไม่สมควรที่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่ง

เบื้องต้น คณะอนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเมื่อใดก็ได้ในระหว่างกระบวนการพิจารณา

ส่วนที่ ๔
การยอมรับและการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรา ๓๕ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการภายหลังจากได้รับความเห็นชอบของศาล ย่อมมีผลผูกพันและบังคับได้เช่นเดียวกันกับคำสั่งหรือคำแนะนำของศาล

ความเห็นชอบของศาลต่างประเทศในการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่อาจยอมรับได้ เว้นแต่ผู้ยื่นคำร้องขอบังคับสามารถแสดงได้ว่าความเห็นชอบการบังคับเช่นว่าเป็นลักษณะหรือมีรายละเอียดเช่นเดียวกันกับคำสั่งหรือคำแนะนำของศาลที่มีเขตอำนาจให้ความเห็นชอบในประเทศไทยในระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

เมื่อศาลได้ให้ความเห็นชอบแล้วตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจทำคำพิพากษาตัดสินในรูปแบบของคำสั่งหรือคำแนะนำก็ได้ คำตัดสินของศาลที่เห็นชอบหรือปฏิเสธภายใต้วรรคหนึ่งไม่สามารถอุทธรณ์ได้

คำสั่งหรือคำแนะนำที่อ้างถึงในมาตรานี้ให้รวมถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย

หมวด ๖
วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

มาตรา ๓๖ ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

มาตรา ๓๗ คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้นให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือเพื่อสืบพยาน บุคคลผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้

มาตรา ๓๘ ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการให้ถือว่ามีการมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(๒) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(๓) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(๔) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันไว้

มาตรา ๓๙ คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนด และถ้ามิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นอย่างอื่นข้อตกลงหรือข้อกำหนดเช่นว่านี้ให้ใช้บังคับถึงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องที่ทำเป็นหนังสือของคู่พิพาท การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัยหรือการสื่อสารใด ๆ ที่ทำโดยหรือทำต่อคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้แนบคำแปลเอกสารที่คู่พิพาทอ้างเป็นพยาน เป็นภาษาตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้หรือตามที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดก็ได้

มาตรา ๔๐ ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้อง ต้องแสดงในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้คู่พิพาทอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่สมควรเมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น

มาตรา ๔๑ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่าจะสืบพยานหรืออฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ หรือจะดำเนินกระบวนพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสืบพยานตามวรรคหนึ่งในระหว่างดำเนินกระบวนพิจารณาในช่วงใด ๆ ตามที่เห็นสมควรถ้าได้รับคำร้องขอจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ในกรณีที่คู่พิพาทได้ตกลงไม่ให้มีการสืบพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ

ให้คณะอนุญาโตตุลาการแจ้งกำหนดนัดสืบพยานและนัดพิจารณาเพื่อตรวจสอบ วัตถุ สถานที่ หรือเอกสารอย่างอื่นให้คู่พิพาททราบล่วงหน้าเป็นเวลาพอสมควร

ข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้อง เอกสาร หรือข้อมูลทั้งหมดที่คู่พิพาทฝ่ายใดเสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องส่งให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ทั้งนี้ให้รวมถึงรายงานของผู้เชี่ยวชาญหรือเอกสารหลักฐานใด ๆ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องใช้ระกอบการชี้ขาด้วย

มาตรา ๔๒ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) มีคำสั่งยุติกระบวนพิจารณา ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องไม่ยื่นข้อเรียกร้องตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง

(๒) ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องไม่ยื่นคำคัดค้านตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง แต่ทั้งนี้ มิให้ถือว่าการไม่ยื่นคำคัดค้านดังกล่าวเป็นการ ยอมรับตามข้อเรียกร้องนั้น

(๓) ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดไม่มาในวันนัดสืบพยานหรือนัดพิจารณาหรือไม่เสนอพยานหลักฐานใด ๆ และให้มีคำชี้ขาดต่อไป

ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจไต่สวนตามที่เห็นสมควรก่อนดำเนินการตาม วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ให้รวมถึงเหตุที่ทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องขาดนัดยื่นคำคัดค้านหรือขาดนัดพิจารณา แล้วแต่กรณี

มาตรา ๔๓ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(๑) แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งหรือหลายคน เพื่อให้ทำความเห็นเฉพาะในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่จะต้องชี้ขาดก็ได้

(๒) เรียกให้คู่พิพาทให้ข้อเท็จจริงแก่ผู้เชี่ยวชาญ หรือจัดทำหรือดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งเอกสาร หรือวัตถุใด ๆ ที่เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทเพื่อให้ผู้เชี่ยวชาญสามารถตรวจสอบได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อผู้เชี่ยวชาญได้ทำความเห็นเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาแล้ว หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือคณะอนุญาโตตุลาการ เห็นสมควรให้ผู้เชี่ยวชาญนั้นมาให้ข้อเท็จจริงเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสซักถาม หรือคู่พิพาทฝ่ายนั้นอาจนำพยานผู้เชี่ยวชาญของตนมาสืบในประเด็นดังกล่าวได้

มาตรา ๔๔ คณะอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่ง หรือ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยความยินยอมของคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ออกหมายเรียกพยาน หรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดก็ได้

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาตามคำร้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลอาจทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๕ ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ คู่พิพาทอาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือหลายคนและอาจแต่งตั้งบุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่เป็นผู้รับหมอบอำนาจเพื่อดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแทนตนในการยื่นข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน รวมถึงการเสนอพยานหลักฐานและการซักถามพยานในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณา และสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามกฎหรือข้อบังคับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกัน

ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ให้ถือว่าอนุญาโตตุลาการ และผู้รับมอบอำนาจในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองตามวรรคสามมสิทธิปฏิบัติหน้าที่ได้ตามข้อบังคับนั้น ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว และได้รับอนุญาตให้ทำงานในฐานะผู้เชี่ยวชาญตามตำแหน่งหน้าที่ของตนในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้

การรับรองการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศตามความวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาและให้มีหนังสือแจ้งการรับรองดังกล่าวไปยังนายทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

หมวด ๗
คำชี้ขาดและการสิ้นสุดกระบวนพิจารณา

มาตรา ๔๖ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติมิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้

คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาท โดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

มาตรา ๔๗ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาด คำสั่ง และคำวินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้าไม่อาจหาเสียงข้างมากได้ ให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำคำชี้ขาด มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพียงผู้เดียว

ให้ประธานคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดในกระบวนวิธีพิจารณา ถ้าคู่พิพาท หรืออนุญาโตตุลาการทุกคนได้ให้อำนาจไว้เช่นนั้น

มาตรา ๔๘ ในระหว่างดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่พิพาทประนีประนอมยอมความกันให้คณะอนุญาโตตุลาการยุติกระบวนพิจารณา หากคู่พิพาทร้องขอและคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าข้อตกลงหรือการประนีประนอมยอมความกันนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดไปตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความนั้น

คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๔๙ และ ให้มีสถานะและผลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดที่วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาท

มาตรา ๔๙ คำชี้ขาดต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ ถ้า

คณะอนุญาโตตุลาการมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน การลงลายมือชื่อของอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมาก ถือว่าเพียงพอแล้ว แต่ต้องจดแจ้งเหตุขัดข้องของอนุญาโตตุลาการผู้ซึ่งไม่ลงลายมือชื่อนั้นไว้ด้วย

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอม ยอมความตามมาตรา ๔๘ หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๕๙

คำชี้ขาดต้องระบุวันและสถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง และให้ถือว่าคำชี้ขาดดังกล่าวได้ทำขึ้น ณ สถานที่เช่นว่านั้น

เมื่อทำคำชี้ขาดเสร็จแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้นให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย

มาตรา ๕๐ การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการตามวรรคสอง

คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งให้ยุติกระบวนพิจารณา เมื่อ

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(๒) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนพิจารณา

(๓) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป หรือไม่อาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๒ วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการยุติของกระบวนพิจารณา

มาตรา ๕๑ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ภายในสามสิบวันนับ แต่วันที่ได้รับคำชี้ขาด

(๑) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจยื่นคำร้องขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไข ข้อผิดพลาดในการคำนวณตัวเลข ข้อผิดพลาดหรือการพิมพ์ที่ผิดพลาดหรือข้อผิดหลงเล็กน้อยในคำชี้ขาดให้ถูกต้องได้ ทั้งนี้ให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย หรือ

(๒) ในกรณีที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องขอให้

คณะอนุญาโตตุลาการตีความ อธิบายข้อความหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ ให้ส่งสำเนาคำร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย

ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องตาม (๑) และ (๒) มีเหตุผลสมควร ให้แก้ไข หรือตีความให้เสร็จสิ้นภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง คำตีความ อธิบายความดังกล่าวให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดด้วย

คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อผิดหลงตาม (๑) ได้เองภายในสามสิบวันนับแต่วันมีคำชี้ขาด

เว้นแต่คู่พิพาทจะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้อง ภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำชี้ขาดและเมื่อได้แจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว ให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อเรียกร้องที่ยังมิได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำชี้ขาด ถ้าคณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคำร้องดังกล่าวมีเหตุผลสมควร ให้ทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้อง

ในกรณีมีเหตุจำเป็นคณะอนุญาโตตุลาการอาจขยายระยะเวลาการแก้ไข การตีความ การอธิบายความหรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองและวรรคสี่ได้

ให้นำมาตรา ๔๙ มาใช้บังคับแก่การแก้ไข การตีความ การอธิบายความ หรือการทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมตามมาตรานี้

หมวด ๘
การคัดค้านคำชี้ขาด

มาตรา ๕๒ การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้ เป็นอย่างอื่นองค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(๒) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข)การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามีเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป

หมวด ๙
การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด

มาตรา ๕๓ ภายใต้บังคับมาตรา ๕๔ มาตรา ๕๕ และมาตรา ๕๖ คำชี้ขาดของ

คณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น

ในกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมี

คำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญา หรือ

ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

มาตรา ๕๔ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รีบทำการไต่สวน และมีคำพิพากษาโดยพลัน

ผู้ร้องขอบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีเอกสารดังต่อไปนี้มาแสดงต่อศาล

(๑) ต้นฉบับคำชี้ขาด หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(๒) ต้นฉบับสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสำเนาที่รับรองถูกต้อง

(๓) คำแปลเป็นภาษาไทยของคำชี้ขาดและสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมีผู้แปลซึ่งได้สาบานตัวแล้วหรือปฏิญาณตนต่อหน้าศาลหรือต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในการรับคำสาบานหรือปฏิญาณหรือรับรองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการรับรองคำแปล หรือผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลไทยในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาดหรือสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น

มาตรา ๕๕ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการไม่ว่าคำชี้ขาดนั้นจะได้ทำขึ้นในประเทศใด ถ้าผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำขี้ขาดพิสูจน์ได้ว่า

(๑) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(๒) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(๓) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้ง

คณะอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

(๔) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่

วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้วศาลอาจบังคับตามคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยอยู่ในขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงนั้นก็ได้

(๕) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(๖) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีที่ยังอยู่ในระหว่างการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจทำการเพิกถอนหรือระงับใช้ซึ่งคำชี้ขาด ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดไปได้ตามที่เห็นสมควร และถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ขอบังคับตามคำชี้ขาดร้องขอ ศาลอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่จะถูกบังคับวางประกันที่เหมาะสมก่อนก็ได้

มาตรา ๕๖ ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้ขาดตามมาตรา ๕๕ ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา ๕๗ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้
เว้นแต่

(๑) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(๒) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(๓) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นไม่ตรงกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ

(๔) ผู้พิพากษา หรือตุลาการซึ่งพิจารณาคดีนั้นได้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษา หรือ

(๕) เป็นคำสั่งเกี่ยวด้วยการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทตามมาตรา ๑๖ การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกา

หมวด ๑๐
ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายและค่าป่วยการ

มาตรา ๕๘ ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ค่าธรรมเนียมและ ค่าใช้จ่ายใน

ชั้นอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่รวมถึงค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายของทนายความ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ

ในกรณีที่มิได้กำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการไว้ในคำชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจยื่นคำร้องให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการและค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการได้ตามที่เห็นสมควร

มาตรา ๕๙ หน่วยงานซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และค่าป่วยการในการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการก็ได้

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๖๐ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์แห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ได้กระทำไปก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการใดที่ยังมิได้กระทำและยังไม่ล่วงพ้นกำหนดเวลาที่จะต้องกระทำตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ ให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นได้ภายในกำหนดเวลาตามพระราชบัญญัตินี้

ภาคผนวก ข

ตารางเปรียบเทียบบทบาทศาลด้านอื่น ๆ

ตารางที่ ข.1 เปรียบเทียบอำนาจการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการกรณีคู่พิพาทตกลงกันไม่ได้

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law		✓	✓
Common Law			
อังกฤษ		✓	✓
สหรัฐอเมริกา		✓	✓
ฮ่องกง		✓	
สิงคโปร์		✓	
Civil Law			
ฝรั่งเศส		✓	✓
ไทย		✓	✓

หมายเหตุ: Model Law มาตรา 6 เปิดช่อง เพราะฉะนั้นบางประเทศจึงเป็นอำนาจสถาบัน

ตารางที่ ข.2 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law		✓	✓
Common Law			
อังกฤษ			✓
สหรัฐอเมริกา		✓	
ฮ่องกง		✓	
สิงคโปร์		✓	
Civil Law			
ฝรั่งเศส		✓	
ไทย			✓

หมายเหตุ: Model Law มาตรา13 กำหนดให้เป็นอำนาจศาล หรือ องค์กรอื่น

ตารางที่ ข.3 เปรียบเทียบการวินิจฉัยถึงการสิ้นสุดของการเป็นอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		
Common Law			
อังกฤษ		✓	
สหรัฐอเมริกา	✓		
ฮ่องกง	✓		
สิงคโปร์	✓		
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓		
ไทย			✓

ตารางที่ ข.4 เปรียบเทียบการคัดค้านอำนาจอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		✓
Common Law			
อังกฤษ		✓	
สหรัฐอเมริกา		✓	
ฮ่องกง	✓		✓
สิงคโปร์	✓		✓
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓	✓	
ไทย	✓		✓

ตารางที่ ข.5 เปรียบเทียบอำนาจการออกหมายเรียกพยาน

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		
Common Law			
อังกฤษ	✓		
สหรัฐอเมริกา	✓		
ฮ่องกง	✓		
สิงคโปร์	✓		
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓		
ไทย	✓		✓

ตารางที่ ข.6 เปรียบเทียบอำนาจการสั่งเรื่องค่าธรรมเนียม

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law	✓		
Common Law			
อังกฤษ			
สหรัฐอเมริกา	✓		
ฮ่องกง	✓		
สิงคโปร์	✓		
Civil Law			
ฝรั่งเศส	✓		
ไทย			✓

ตารางที่ ข. 7 เปรียบเทียบการอุทธรณ์

กลุ่มประเทศ	คณะอนุญาโตตุลาการ	สถาบันอนุญาโตตุลาการ	ศาล
Model Law			-
Common Law			
อังกฤษ			✓
สหรัฐอเมริกา			✓
ฮ่องกง			✓
สิงคโปร์			✓
Civil Law			
ฝรั่งเศส			✓
ไทย			✓

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นามสกุล	นางสาวรติมา นิรันพรพุทธา
ประวัติการศึกษา	ศิลปศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2526
	Master of Business Administration Royal Melboune Institute of Technology (RMIT), Australia, 1990.
	นิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2550
	ประกาศนียบัตร หลักสูตรวิชาว่าความของ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ พ.ศ. 2552
	ประกาศนียบัตร หลักสูตรทนายความผู้ทำ คำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร พ.ศ. 2557
ประสบการณ์การทำงาน	พ.ศ. 2526-2535 เจ้าหน้าที่อำนวยสินเชื่อ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่

พ.ศ. 2535-2537
Chief of Representative Office
Hanoi and Hochimin, Vietnam
Lorin Co., Ltd.

พ.ศ. 2537-2544
Assistant Vice President
The Sumitomo Bank, Ltd.

พ.ศ. 2544-2556
Vice President
Sumitomo Mitusui Banking Corporation
(SMBC)

พ.ศ. 2556-2559
First Vice President and
Department Head
Sumitomo Mitsui Banking Corporation
(SMBC)