

แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนา
การอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย*
Guidelines for Reforming of International Commercial
Arbitration Law and Institutional Rules for Thailand

ผศ. ดร.วริยา ล้ำเลิศ***
Asst. Prof. Dr. Wariya Lamlert
รติมา นรินพรพุดา**
Ratima Nirunpornputta

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้เป็นผลงานวิจัยของการศึกษาแนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เพื่อนำเสนอแนวทางการปรับปรุงกฎหมายและข้อบังคับสถาบันรวมถึงข้อจำกัดบางประการ เพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น เนื่องจากกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันแม้ว่าในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยอยู่นี้ได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังคงมีประเด็นปัญหาบางประการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลอันเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ ในการศึกษาได้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยนำทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) กฎหมายต้นแบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL Model

* บทความนี้เรียบเรียงมาจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “แนวทางปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันเพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย” ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561

*** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

*** Dissertation Advisor

** นักศึกษาปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** Student, LL.D. Program, Faculty of law, National Institute of Development Administration (NIDA)

Law”) ค.ศ. 1985 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2006 กฎหมายอนุญาโตตุลาการกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์รวมถึงแนวปฏิบัติของสถาบันอนุญาโตตุลาการชั้นนำของประเทศเหล่านั้นเป็นฐานเพื่อใช้ในการวิเคราะห์ศึกษา

บทความในกระบวนพิจารณาการอนุญาโตตุลาการกรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และกรณีการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ บทบาทรัฐในการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงประเด็นปัญหาอื่น ๆ อันได้แก่ ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านอนุญาโตตุลาการ การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาคำชี้ขาด การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าวิชาชีพให้แก่อนุญาโตตุลาการ ประเด็นเหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

คำสำคัญ: อนุญาโตตุลาการทางการค้า, ปฏีรูป, กฎหมายอนุญาโตตุลาการ, ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

Abstract

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.

Keywords: Commercial Arbitration, Reforms, Arbitration Law, Arbitration Institutional Rules

1. บทนำ

ประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าย่อมต้องทำการพัฒนากฎหมายของประเทศให้มีความสอดคล้องกับ ความเจริญและการพัฒนาประเทศ ดังนั้นการบริหารประเทศไม่อาจประสบความสำเร็จได้หากปราศจากการ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลง กฎหมายจึงเป็นกลไกสำคัญที่มีผลต่อการขับเคลื่อน นโยบาย การขับเคลื่อนเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสังคม สถาบัน ตลอดจนชีวิตความเป็นอยู่ของ ประชาชนในประเทศ

การอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศเป็นกระบวนการที่เกิดจากความยินยอมของกลุ่มพิพาท โดย คู่สัญญาสามารถตกลงที่จะใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration agreement) ได้เฉพาะคดีแพ่งที่เกี่ยวข้อง กับธุรกิจและการค้า และสามารถแต่งตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ Arbitrator(s)¹ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับตามคำชี้ขาดได้ทั้งใน และต่างประเทศ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเกิดจากข้อตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการจึง เกิดจากสัญญา² ข้อพิพาทแบบไหนที่จะระงับโดยอนุญาโตตุลาการได้นั้นย่อมเป็นไปตามนโยบายของกฎหมาย แต่ละประเทศว่ากิจการใดบ้างที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ที่ต้องการให้ศาลเท่านั้น เป็นผู้พิจารณาและตัดสินข้อพิพาทในกิจการดังกล่าว ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องเป็น บุคคลภายนอกที่เป็นกลาง เพื่อทำการชี้ขาดข้อพิพาทในเรื่องใดโดยเฉพาะ ขอบเขตอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นไปตามข้อตกลงของคู่กรณี ดังนั้นอนุญาโตตุลาการ จะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่กรณีกำหนดไว้ในสัญญาไม่ได้ ส่วนคู่พิพาทจะดำเนินการในสัญญาได้มาก

¹ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, ศ.ดร., “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ,” <http://thac.or.th/2015/01/13/thac-article-001>, (last visited 3 October 2017).

² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ” เอกสารการสอน ชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร หน่วยที่ 1-8 พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร อรุณการพิมพ์ 2552).

น้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายนิติกรรมสัญญาของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ อนุญาโตตุลาการต้องทำการชี้ขาดข้อพิพาทตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ อนุญาโตตุลาการไม่ต้องผูกติดอยู่กับตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาโดยเคร่งครัดเหมือนศาล เพราะเจตนารมณ์ของการอนุญาโตตุลาการคือ ความต้องการที่จะลดความยุ่งยากในเรื่องของพิธีการและขั้นตอนที่ซับซ้อนของกระบวนการพิจารณาคดีในศาล การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทอันเป็นกระบวนการพิจารณาที่เอกชนทำกันเอง³

ดังนั้นกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงพยายามให้เสรีภาพแก่เอกชนมากที่สุดเพื่อให้ตกลงกันในเรื่องของวิธีพิจารณาความ การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะมีบทบาทในฐานะที่เป็นผู้คอยช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยดีและพยายามหลีกเลี่ยงการแทรกแซงที่ไม่จำเป็น โดยปกติแล้วศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องก็เพียงกรณีที่เป็นเพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญา อนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีและบังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งขอบเขตการแทรกแซงของศาลอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศเมื่อการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่จะทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันมากขึ้น ดังนั้นคณะกรรมการว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law: “UNCITRAL”) จึงจัดทำกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ขึ้น ซึ่งยังคงยึดถือแนวความคิดตามบทบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (เรียกสั้น ๆ ว่าอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์ก: the New York Convention) และ ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (UNCITRAL Arbitration Rules 1976) เพื่อแก้ไขความหลากหลายของกฎหมายในคดีข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ ทั้งนี้ประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกภาคีอนุสัญญาฉบับกรุงนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ต่างรับเอากฎหมายต้นแบบเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน

เมื่อพิจารณาการอนุญาโตตุลาการไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับปัจจุบันที่ยกร่างตามกฎหมายต้นแบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law) และแม้ว่าในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษางานวิจัยนี้อยู่ก็ได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แต่ยังคงมีประเด็นปัญหาบางประการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล อาทิเช่น บทบาทศาล ความสอดคล้อง

³ วริญญา นกุลมหาพงศ์, เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 23 (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556).

กฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ และปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย เมื่อพิจารณาจากสภาพปัญหาข้างต้นจึงนำไปสู่วัตถุประสงค์ในการศึกษาดังต่อไปนี้

1. ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้เข้าใจหลักการพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการอันจะนำไปสู่ความเข้าใจในประเด็นที่จะทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (harmonization and unification)

2. ศึกษากฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศทั้งที่เป็นกฎหมายภายใน กฎหมายต้นแบบ ตลอดจนข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับของไทยอันจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้อง

3. ศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการนำอนุญาโตตุลาการนอกศาลมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ โดยทำการศึกษาบทบัญญัติบางประการที่อาจเป็นอุปสรรค หรือก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้พร้อมกับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกัน

4. ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ อเมริกา ฮอลแลนด์ สิงคโปร์ กับ กลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) อันได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและไทย ดูความเป็นมาตรฐานสากล การพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขข้อกฎหมายและข้อบังคับต่างๆของอนุญาโตตุลาการ

5. ศึกษาแนวทางในการปรับปรุงข้อกฎหมายและข้อบังคับเพื่อให้อนุญาโตตุลาการของไทยเป็นที่ยอมรับและน่าเชื่อถือยิ่งขึ้น

2. แนวคิดและทฤษฎีวิธีการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องเปลี่ยนแนวคิดทางกฎหมายและวิธีปฏิบัติ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ย่อมต้องการความร่วมมือจากผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย การสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงความสำคัญของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ลักษณะเด่นของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สรุปได้ดังนี้

1. ไม่มีการส่งข้อพิพาทให้ศาลแห่งท้องถิ่นพิจารณา
2. คู่กรณีเป็นผู้เลือกผู้ตัดสินซึ่งมีความเชี่ยวชาญและความเข้าใจในข้อเท็จจริงมากกว่าผู้พิพากษา
3. การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นความลับ
4. การบังคับตามคำชี้ขาดต่างประเทศโดยศาลแห่งท้องถิ่นโดยไม่ต้องตรวจสอบ

นอกจากนี้ยังต้องสร้างความเข้าใจและการรับรู้ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพราะหากรัฐออกกฎระเบียบที่เคร่งครัดและควบคุมทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาก็เป็นการขัดต่อรูปแบบของการอนุญาโตตุลาการที่ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยคู่กรณีและให้รัฐเข้ามาในกระบวนการพิจารณาเพียงเท่าที่จำเป็น

วิธีการระงับข้อพิพาทที่เป็นอุดมคติหรือเป็นยอดปรารถนาของทุกฝ่ายจะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติ ดังนี้ (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)⁴

3. ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศ

สำหรับปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่ใช้ในการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศของประเทศไทย จากการศึกษาค้นคว้ายังคงมีอยู่หลายประการดังนี้

3.1 บทบาทศาล

การช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศส่วนใหญ่ได้รับแนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทของศาลตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ว่าศาลจะไม่เข้าแทรกแซงเว้นแต่จะบัญญัติไว้ในกฎหมาย⁵ 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

⁴ วิชัย อริยะนันท์กะ, ศ (พิเศษ), “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1),” วารสารดุลพินิจ 3 (2540): หน้า 106.

⁵ ชิตพล ลิขิตภูมิสถิต, บทบาทของศาลยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 1.

46) ทั้งนี้กฎหมายไทยยังอนุญาตให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้หากมีเหตุแห่งการอุทธรณ์ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ 5 ประการ ในมาตรา 45

เมื่อเทียบกับประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาอันได้แก่ ประเทศอังกฤษ อเมริกา ฮอลแลนด์ สิงคโปร์ และฝรั่งเศส ประเทศเหล่านั้นจำกัดบทบาทศาล และให้อำนาจอนุญาตตุลาการทำหน้าที่อย่างอิสระเต็มที่ โดยมีสถาบันอนุญาตตุลาการคอยสนับสนุนช่วยเหลือเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วและรัดกุม กล่าวได้ว่าศาลไทยเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการในหลากหลายขั้นตอนเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ๆ ซึ่งย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาตตุลาการของไทย ความล่าช้าของศาลไทยและการแทรกแซงของศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการมีผลทำให้ประเทศไทยไม่เป็นที่นิยมใช้เป็นสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการ และก่อให้เกิดความชะงักงันในการพัฒนาการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงสถาบันอนุญาตตุลาการไทย คู่พิพาทพยายามประวิงเวลาด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือในขั้นตอนการบังคับตามคำชี้ขาดด้วย การที่คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไม่มีสภาพบังคับเช่นคำพิพากษา เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด คู่พิพาทอีกฝ่ายก็ไม่มีอำนาจบังคับฝ่ายนั้นให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ และที่สำคัญและก่อให้เกิดปัญหาคือคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญามักยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้เพื่อชะลอคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการโดยอ้างเหตุคัดค้านตามมาตรา 40 วรรคสาม ซึ่งเป็นการชะลอการปฏิบัติตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการเนื่องจากต้องเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตามภายหลังจากมีร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. หากมีการบังคับใช้เมื่อใด มาตรา 40 จะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่การอนุญาตตุลาการในประเทศเท่านั้น ดังนั้นประเด็นปัญหาเรื่องการชะลอหรือประวิงคดีโดยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยอ้างเหตุคัดค้านภายใต้มাত্রานี้น่าจะคลี่คลายลงได้ สำหรับการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการ และการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ ซึ่งเป็นบทบาทศาลเช่นกัน และเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ ผู้วิจัยจึงได้อธิบายแยกต่างหากในภายหลัง

3.2 ความสอดคล้องกฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันกับกฎหมายต้นแบบและมาตรฐานสากล

กฎหมายไทยและข้อบังคับสถาบันมีความสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยข้อความส่วนมากอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่ยังมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับนานาประเทศอันอาจทำให้เกิดอุปสรรคและเป็นปัญหาต่อการบังคับใช้ได้ จากการศึกษาสามารถสรุปประเด็นบางประการที่ไม่สอดคล้องกับนานาประเทศที่ยังคงต้องนำมาพิจารณาอีกดังนี้

1) รูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมาย

ในเรื่องรูปแบบระบบและขอบเขตการใช้กฎหมายของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถือว่ายังมีจุดที่ควรศึกษาอยู่ โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ขอบเขตทางด้านเนื้อหาของไทยจึงใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท หากไม่เป็นข้อพิพาทที่ต้องห้ามซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ในขณะที่กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (International Commercial Arbitration) และประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาส่วนใหญ่ อาทิเช่น ประเทศสิงคโปร์ สหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส จะมีรูปแบบระบบกฎหมายแยก แม้ฮ่องกงจะได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตนจากระบบกฎหมายแยก กลับมาเป็นกฎหมายเดียว แต่ฮ่องกงยังคงมีบทบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไว้ให้คู่กรณีเลือกได้ นอกจากนี้ขอบเขตการใช้กฎหมายของแต่ละประเทศก็ชัดเจนคือใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าเท่านั้น

จากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มีแนวความคิดเรื่องนี้แยกเป็นสองแนว คือแนวความคิดแรก ท่านศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร⁶ ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่าควรแยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีเหตุผลประกอบว่า การแยกกฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วว่าทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ เพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน อีกทั้งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็เป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก

สำหรับแนวความคิดที่สอง เป็นแนวคิดของท่านศาสตราจารย์สรเสรีญ ไกรจิตติ และศาสตราจารย์พิเศษอึ้ง อิศวนนท์⁷ กลับเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องแยกกฎหมายออกเป็นสองฉบับ โดยมีเหตุผลประกอบว่าการที่ชาวต่างชาติจะยอมรับกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นสากลโดยเทียบเคียงกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มากกว่าการแยกกฎหมายเป็นสองฉบับ

⁶ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ “รายงานการประชุมคณะอนุญาโตตุลาการวิชาการและพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการ ครั้งที่ 1/2538” 1 มิถุนายน 2538.

⁷ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, เรื่องเดิม

นอกจากนี้ผู้วิจัยยังได้ศึกษาความคิดเห็นของนริลักษณ์ แพรไชยภูมิ⁸ ที่เห็นด้วยกับแนวความคิดแรกคือควรให้แยกกฎหมายอนุญาโตตุลาการออกเป็นสองฉบับและอ้างถึงคำอธิบายเพิ่มเติมของท่านศาสตราจารย์ เสาวนีย์ อัครโรจน์ไว้ว่า หากกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) คู่ความและทนายความอาจไม่มีความเชี่ยวชาญจึงต้องขอความอนุเคราะห์จากศาลให้ช่วยเหลือมากกว่าคู่ความระหว่างประเทศที่สามารถพึ่งพาตนเองได้มากกว่าด้วยเหตุนี้การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) จึงให้ศาลมีบทบาทมากกว่า ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) บทบาทศาลมีน้อยในขณะที่คู่พิพาทมีบทบาทมากกว่า ทั้งนี้การแยกกฎหมายออกจากกันก็เพื่อประโยชน์ในการนำไปปฏิบัติและบังคับใช้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง

สำหรับผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวคิดแรกเช่นกัน เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) แตกต่างจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) ซึ่งโดยปกติกฎเกณฑ์ภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันประกอบด้วยบุคคลที่มาจากประเทศต่างๆ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะเข้าใจกฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากกว่ากฎเกณฑ์ภายในเฉพาะของประเทศอื่น และหากนำกฎเกณฑ์ภายในประเทศหนึ่งบังคับแก่บุคคลต่างชาตาก็จะไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษา งานวิจัยนี้อยู่ก็ได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้ผ่านพระราชพิจารณ์แล้วตามมาตรา 77 วรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ในร่างฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) โดยมีสาระสำคัญคือกำหนดให้พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา 14 (การบังคับสัญญาอนุญาโตตุลาการ) มาตรา 16 (การคุ้มครองชั่วคราว) มาตรา 43 (การปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุผู้ถูกบังคับต้องพิสูจน์) และมาตรา 44 (การปฏิเสธการบังคับด้วยเหตุที่ศาลยกขึ้นเอง) โดยบทบัญญัติทั้ง 4 มาตรานี้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ใดซึ่งรวมถึงการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หากพิจารณาจากเนื้อหาของมาตราต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วเป็นเรื่องเกี่ยวกับบทศาลในการให้ความช่วยเหลือและควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ถือเป็นก้าวสำคัญในการปรับปรุงพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทยได้ในระดับหนึ่ง

⁸ นริลักษณ์ แพรไชยภูมิ, ข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 2.

2) ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบทบัญญัติภายใต้มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นประเด็นที่ประเทศไทยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากจะเป็นอุปสรรคทำให้ผู้มีความรู้ความสามารถไม่ต้องการเข้ารับหน้าที่อนุญาโตตุลาการ เพราะเกรงจะถูกดำเนินคดีให้รับผิดโดยคู่ความฝ่ายที่ไม่พอใจคำชี้ขาด และสำหรับชาวต่างชาติด้วยแล้วโอกาสที่จะมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเป็นไปได้ยาก เพราะความกังวลคงไม่ต่างจากอนุญาโตตุลาการไทยนัก คู่พิพาทที่เป็นชาวต่างชาติย่อมต้องการอนุญาโตตุลาการที่เป็นชาวต่างชาติมากกว่า จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้เป็นอุปสรรคต่อการดึงดูดให้การอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศไทย

หากพิจารณาความรับผิดของอนุญาโตตุลาการกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อันได้แก่ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และฮ่องกง ประเทศเหล่านี้ให้ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด (Absolute Immunity) โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เปรียบเสมือนกึ่งศาลจึงสมควรได้รับความคุ้มกันเช่นกัน แต่อนุญาโตตุลาการยังคงต้องรับผิดหากเป็นกรณีที่มีการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สุจริต ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีแนวคิดเรื่องความคุ้มกันอย่างเด็ดขาด (Absolute Immunity) ของผู้พิพากษา ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดอยู่ภายใต้ความคุ้มกันบางประการ (Restrict Immunity) ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ความคุ้มกันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสไม่ใช่ความคุ้มกันเด็ดขาดและมีได้คุ้มกันการกระทำและการละเว้นทั้งหมด อนุญาโตตุลาการยังคงต้องรับผิดหากเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อและประพฤติดมิชอบโดยจงใจ

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามาข้างต้นไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศเหล่านั้น คงมีแต่ความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น ยกเว้นมีบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐแมสซาชูเซต มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐโอไฮโอ มลรัฐเซาท์แคโรไลนา ได้กำหนดความรับผิดการประพฤติดมิชอบในเรื่องการรับสินบนไว้ในกฎหมายอาญา และประเทศสิงคโปร์ที่กฎหมายอาญาสิงคโปร์บัญญัติไว้ในมาตรา 21 (e) (Statutes of the Public of Singapore Penal Code) โดยที่อนุญาโตตุลาการอยู่ในนิยามหมวด “ข้าราชการ” (Public Servant) หากอนุญาโตตุลาการประพฤติดมิชอบโดยการเรียกรับสินบนจะต้องรับโทษทางอาญา จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนของประเทศไทยประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้นมีการถกเถียงกันตั้งแต่ในชั้นร่างกฎหมาย รวมถึงเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากหลายฝ่าย ทั้งนี้ในหลายงานวิจัยได้มีการแสดงความ

คิดเห็นซึ่งแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการบัญญัติความรับผิดทางอาญา โดยให้เหตุผลว่าเพื่อเป็นการป้องปรามผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการไม่ให้ใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนในการเรียกรับผลประโยชน์หรือสิ่งอื่นใด ทั้งยังป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือประชาชน ด้วยเหตุที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญ คำชี้ขาดที่สร้างขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันต่อคู่พิพาทและในบางกรณีรัฐก็อาจเป็นคู่สัญญาด้วยเช่นกัน จึงเห็นควรให้กำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา เพื่อใช้เป็นกลไกป้องกันและควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าปัญหาทุจริตในประเทศไทยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก โดยมองว่าอนุญาโตตุลาการมีสถานะคล้ายผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และหากอนุญาโตตุลาการเรียกรับ หรือยอมรับทรัพย์สินเพื่อประโยชน์อื่นใดสำหรับการกระทำการ หรือการไม่กระทำการอันเนื่องจากหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นนั้นชอบด้วยหน้าที่ของตนหรือไม่ อันมีลักษณะเป็นความผิดรับสินบนซึ่งกระทบต่อการอนุญาโตตุลาการและความมั่นคงในทางเศรษฐกิจตลอดจนความสงบสุขของสังคม ซึ่งเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงควรกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการ⁹ ซึ่งก็สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการที่ทุจริตเช่นกัน

ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย กลับมองว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกัน โดยทำข้อตกลงร่วมกันว่าจะใช้การอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของตน แทนที่จะใช้วิธีการทางศาล ดังนั้นจึงถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ของคู่กรณีในสัญญา การที่บัญญัติโทษทางอาญาอาจก้าวล่วงอำนาจได้ อีกทั้งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้วางกรอบกฎหมายไว้สำหรับคู่พิพาทที่สามารถตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ค่อนข้างรัดกุม ทั้งนี้เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มไม่เป็นกลาง อคติ หรือส่อทุจริต ก็สามารถใช้มาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ดำเนินการต่อผู้นั้นได้ การบัญญัติความรับผิดเช่นนี้อาจเปิดช่องให้คู่พิพาทฝ่ายเสียประโยชน์ใช้เป็นช่องทางฟ้องร้องกันแก่กันได้ นอกจากนี้จะเป็นการตัดโอกาสให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถหรือผู้เชี่ยวชาญในเรื่องการอนุญาโตตุลาการไม่ยอมมาเข้าร่วมทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ประกอบกับวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่ประเทศไทยยังต้องมีการพัฒนาอีกมาก หากมีบทบัญญัติในเรื่องนี้ย่อมส่งผลทำให้ประเทศไทยไม่เป็นที่ยอมรับจากเวทีโลก และผู้ใช้บริการหันไปใช้ประเทศอื่นแทน

⁹ เกียรติศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล, ความรับผิดของอนุญาโตตุลาการ (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 148.

สำหรับความเห็นของผู้วิจัยในประเด็นปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา แม้ว่าการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงของคู่สัญญา ซึ่งเป็นไปตามหลักพื้นฐานของนิติกรรมสัญญาทางแพ่ง เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่ง การดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อมเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ อำนาจอรรถจะไม่เข้ามาก้าวล่วงตราบใดที่ข้อตกลงนั้นไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (Public Policy) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกิดจากข้อตกลงที่คู่กรณีเป็นผู้กำหนด เมื่อกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดหน้าที่เช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงแล้วผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะมีความสำคัญมาก ทั้งนี้เนื่องจากเป็นผู้มีดุลพินิจในการวินิจฉัยอย่างกว้างขวางทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เป็นผู้เชี่ยวชาญและเป็นผู้ตัดสินพิพากษา จึงต้องใช้วิธีพิจารณาที่เป็นธรรมโดยพิทักษ์สิทธิของทั้งสองฝ่ายและให้โอกาสแก่คู่ความที่จะนำสืบคดีของตน อนุญาโตตุลาการต้องไม่ลำเอียง ต้องไม่มีอคติ ดังนั้นอนุญาโตตุลาการต้องไม่ตัดสินคดีโดยการรับสินบน เพราะนอกจากผิดหลักการความเสมอภาคและความอิสระยังทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการรับสินบน อาจผลกระทบของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น และเมื่อพิจารณารวมกับข้อมูลที่ผู้วิจัยได้ศึกษาจากประเทศต่างๆ ที่ได้นำเสนอมมาแล้วซึ่งมีบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการเพียงแต่บัญญัติแยกไว้ในกฎหมายอาญา การจะเขียนไว้ในกฎหมายใดก็แล้วแต่วิธีคิด บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาทั่วไปเพื่อให้อยู่ในหมวดหมู่เดียวกันก็ย่อมได้ หากแต่การอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เหตุการณ์ของประชาชนคนทั่วไป หากจะเขียนไว้ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการคงไม่ใช่เรื่องที่เป็นประเด็นที่ต้องวิตกกังวล

การที่ประเทศไทยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในเรื่องกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการว่าไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทยนั้น ในความเป็นจริงเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ เนื่องจากหากการเขียนกฎหมายไม่ตรงกับความเป็นจริงในสังคมก็คงบังคับใช้ไม่ได้กฎหมายแต่ละประเทศต่างร่างขึ้นภายใต้บริบทที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสังคม เศรษฐกิจ หากข้อเท็จจริงมีอยู่ว่ามีการทุจริตจริง การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นต้องคงไว้ ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรคงมาตรา 23 ไว้ดังเดิม เนื่องจากสอดคล้องกับบริบทของสังคม และการคงมาตรานี้ไว้ไม่น่าจะเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย เพราะหากเราได้แก้ไขปัญหามลรัฐด้านอื่น ๆ ให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศย่อมเป็นพัฒนาการอนุญาโตตุลาการไทย อีกทั้งประเทศไทยไม่ใช่ประเทศแรกและประเทศเดียวที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการอย่างเช่นประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นศูนย์กลางการอนุญาโตตุลาการของทางเลือกในหมู่นักธุรกิจทั่วโลก

3) มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน

ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ ฮองกง และฝรั่งเศสที่ผู้วิจัยได้ศึกษาต่างได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนรวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกัน และยังมีกรณีให้อำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) เพื่อทำหน้าที่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนหรือในระหว่างรอกการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าวและเป็นกรณีเร่งด่วน ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) นี้ จึงเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ต้องตั้งเป็นข้อสังเกตว่า หากประเทศไทยไม่นำมาพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ในประเด็นการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนหรือในระหว่างรอกการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่กฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นๆ ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา ต่างรับแนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติทั้งสิ้นเพื่อให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความสะดวกและกระชับรวดเร็วยิ่งขึ้น ทำให้มีค่าใช้จ่ายน้อยลงและมีประสิทธิภาพมากขึ้น หากประเทศไทยยังไม่ปรับปรุงดังเช่นประเทศอื่นๆ ย่อมเป็นจุดด้อยที่ไม่สามารถดึงดูดให้มีผู้มาใช้บริการอันจะทำให้ประเทศสูญเสียโอกาสในการเสริมสร้างเศรษฐกิจให้เติบโตแข็งแกร่ง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่สุดเพราะเป็นผู้ที่เข้าใจปัญหาทั้งหมด ทั้งนี้การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจะต้องคำนึงถึงคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) ที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการด้วยว่า คนที่ใกล้ชิดกับเรื่องราวเหล่านี้ที่สุดไม่จำเป็นต้องศึกษาทุกเรื่องก็คือ อนุญาโตตุลาการคนที่ให้หรือไม่ให้คนที่มีความรู้ดีที่สุดก็คืออนุญาโตตุลาการ ในเมื่ออนุญาโตตุลาการดีกว่าศาลแต่การบังคับ (Enforceability) ผู้ศาลไม่ได้ เพราะถ้าหากศาลสั่งแล้วไม่ทำ ก็สามารถบังคับคดีได้เพราะศาลเป็นรัฐอธิปไตย หากพิจารณาสถิติที่ศาลควรจะให้หรือไม่ให้นั้น การที่ศาลทราบข้อเท็จจริงมาก่อนแล้วมาให้พิจารณาโดยทันทีโอกาสที่จะได้รับคำสั่งศาลย่อมน้อยถึงแม้ว่ามีกฎหมายรองรับเพราะฉะนั้นจึงควรให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามหากกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว การบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) จะทำได้หรือไม่นั้น จึงจำเป็นต้องให้ enforceability กับคำสั่งคุ้มครองเช่นนี้ด้วย การเขียนกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการทำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Provisional Measure Order) จึงจำเป็นต้องเขียนกฎหมายรองรับการให้อำนาจนี้ด้วยเหตุผลสำคัญที่ผู้วิจัยเลือกอนุญาโตตุลาการก็เพราะเขาสามารถเข้าใจเนื้อหาของเรื่องจากข้อเท็จจริงและข้อเท็จจริงก็เป็นเหตุที่จะต้องคุ้มครองชั่วคราวเพราะฉะนั้นจึงต้องให้อนุญาโตตุลาการเป็นคนตัดสินว่าจะให้หรือไม่ให้ ส่วนเหตุผลที่ว่ารัฐทำไมยังต้องเข้ามาช่วยเหลือประคับประคองในการบังคับเพราะทำให้รัฐมีรายได้เพิ่มขึ้น เศรษฐกิจดีขึ้นจากเม็ดเงินที่เข้ามาในประเทศ เหตุผลที่ไม่มีใครมาใช้อนุญาโตตุลาการประเทศไทย

เพราะบังคับไม่ได้ แม้แต่การคุ้มครองชั่วคราวยังทำไม่ได้เขาจึงไปใช้บริการที่ประเทศอื่น กฎหมายประเทศอื่นเขาพัฒนาเจริญแล้วทำให้มีคนใช้บริการประเทศเหล่านั้น เหตุผลว่าทำไมต้องปรับปรุงกฎหมายไม่ใช่เพียงเพราะประเทศอื่นปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย แม้แต่เรื่องภายในประเทศประชาชนที่อยากใช้การอนุญาโตตุลาการก็ตาม ก็สะดวกไม่สามารถใช้ได้ด้วย จึงจำเป็นต้องปรับปรุงเพื่อให้ประชาชนหันมารับบริการจากรัฐด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพราะการชำระหนี้เป็นประโยชน์กับระบบเศรษฐกิจ การชำระหนี้เร็ว เศรษฐกิจก็ติดขัดน้อยลง และถ้าเป็นเรื่องอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้วประเทศไทยทำได้ด้วยจะเป็นส่งผลทำให้ “การค้าที่มองไม่เห็น (Invisible Trade)”¹⁰ เข้ามาในประเทศ

ประเด็นเรื่องการบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว (Provisional Measure Award) นั้นหากเราเทียบเคียงกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศต่างๆ อาทิเช่น ประเทศสิงคโปร์ เพื่อแก้ไขประเด็นปัญหานี้ รัฐสภาแห่งประเทศสิงคโปร์ได้เสนอให้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของประเทศตน เพื่อให้ชัดเจนว่า คำชี้ขาดหรือคำสั่งที่ทําขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency arbitrator) ไม่ว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศสิงคโปร์ หรือที่อื่นใด สามารถบังคับได้ในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งหลังจากนั้นประเทศต่าง ๆ อาทิเช่น สวิสเซอร์แลนด์ ฮองกง ออสเตรเลีย จึงได้แก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนตามอย่างประเทศสิงคโปร์

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมอีกว่าหากกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว สำหรับกรณีการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) เมื่อกฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแล้ว หากตัดสินออกไปใครจะเป็นผู้ตรวจสอบ เนื่องจากบทบาทศาลนอกจากให้ความช่วยเหลือแล้วยังมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบว่าการดำเนินการต่าง ๆ ของการอนุญาโตตุลาการว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่สำคัญ ๆ หรือไม่ ซึ่งหากไม่มีการตรวจสอบแล้ว เกิดมีกรณีที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตซึ่งย่อมส่งผลต่อคำชี้ขาดที่ทําขึ้น ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณา UNCITRAL Arbitration Rules ข้อบังคับที่ 23.3 โครงสร้างทางกฎหมายในเรื่องตรวจสอบยังคงกลับไปศาลจึงเท่ากับว่าศาลจะกลับเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบเช่นเดิม ไม่เช่นนั้นแล้วจะทำให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการขาดความโปร่งใสและเป็นธรรม อนึ่งหากพิจารณาจากข้อบังคับสถาบัน HKIAC เมื่อคู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) และใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแบบสำเร็จรูปของสถาบันด้วย สถาบัน HKIAC จะทำหน้าที่ด้านธุรการทุกอย่างให้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดจำนวนอนุญาโตตุลาการ

¹⁰ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, ศ., “การระงับข้อพิพาทการค้าที่มองไม่เห็น” จดหมายข่าวอนุญาโตตุลาการ สำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม 1,1 (2558- 2559)

เรื่อยไปจนรวมถึงการตรวจสอบ ซึ่งถือว่าเป็นกลไกที่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาทำได้กระชับและรวดเร็วขึ้น

4) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)

อนุสัญญานิวยอร์ก มาตรา V ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธชี้ขาดไว้เจ็ดประเด็นซึ่งศาลมีอำนาจในการปฏิเสธการยอมรับและบังคับคำชี้ขาด¹¹ ในบรรดาเหตุทั้งเจ็ดประเด็นนั้นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ¹² ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลสามารถยกขึ้นเอง กฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยและคำพิพากษาของศาลมักไม่ให้นิยาม คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คงมีแต่นักวิชาการที่ให้คำนิยามไว้เป็นการทั่วไปและอาจสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึงมาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคมโดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขอันเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งจำเป็นสำคัญในประเทศและเป็นผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไปเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคม เช่นกฎหมาย ศีลธรรม เศรษฐกิจ การเมือง ศาสนาและสังคมของประเทศ¹³

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและระบบกฎหมายที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศและอาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและพฤติกรรม ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นตัวแปรสุดท้ายของกฎหมายที่บ่อยครั้งบัญญัติอยู่ในตัวบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นตัวชี้ความยินยอมหรือการจำกัด การอนุญาตและการห้าม เมื่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญไม่ได้พูดถึงในเรื่องนั้น ๆ

มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาตรา 36 ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกันสำหรับเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นอ้างได้หากคำชี้ขาดนั้นมีเหตุที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

¹¹ The New York Convention: Article V.

¹² Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. (3rd ed. Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2009), pp.3321-3326.

¹³ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, ศ. ดร., “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการรับรองคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ” *วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมาธิราช* 29, 1 (2560-2561): 26.

ประชาชน (Public Policy) เนื่องจากหลักแนวคิดเรื่องนี้มีความแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ประสิทธิภาพการบังคับคำชี้ขาดจึงขึ้นอยู่กับการใช้หลักเกณฑ์ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากศาลแปลความอย่างกว้างโอกาสที่จะบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการก็จะน้อยลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention) ซึ่งต้องผ่านการตรวจสอบอย่างน้อยสองประเทศ

แม้บทบัญญัติอนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention) จะไม่ได้จำแนกความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ (Domestic Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) แต่แนวทางการแปลความของศาลต่าง ๆ กลับจำแนกและการแปลความจะแตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีการบังคับคำชี้ขาดภายในประเทศ ศาลจะแปลกว้างอย่างไรก็ได้เพราะไม่กระทบต่อหลักสากลและคำชี้ขาดภายในประเทศไม่อยู่ในบังคับอนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention) แต่สำหรับคำชี้ขาดต่างประเทศซึ่งตกอยู่ในบังคับอนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention) หากศาลจะแปลความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยใช้เกณฑ์ในประเทศก็จะทำให้คำชี้ขาดต่างประเทศต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศซึ่งน่าจะขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention)¹⁴

จากการศึกษาพบว่าแนวทางปฏิบัติของศาลกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะเป็นไปในแนวทางเดียว กล่าวคือ ศาลใช้ข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบและใช้ด้วยความระมัดระวังโดยแนวคิดศาลของกลุ่มประเทศเหล่านี้เป็นไปตามอนุสัญญานิววยอร์ก (the New York Convention) ที่สนับสนุนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจนสำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศสก็เช่นกัน ศาลฝรั่งเศสใช้ข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบและเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาด และบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International

¹⁴ รัชชัย สุวรรณพานิช, รศ.ดร., คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 359.

Public Policy) ดังเช่นในคดี *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd*¹⁵ แต่ที่แตกต่างจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์คือ แนวคิดศาลฝรั่งเศสในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ซึ่งไม่สามารถฝ่าฝืนได้ สภาพความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) อาจมีวิวัฒนาการหรือความเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา จึงควรพิจารณาเรื่องนี้ในขณะที่มีการขอให้รับรองหรือการบังคับคำชี้ขาด ทั้งนี้คำชี้ขาดซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ในขณะที่ทำคำชี้ขาดนั้นแต่อาจถือว่าเป็นไปตามหลักนี้ได้ในขณะที่มีการยื่นคำขอให้มีการบังคับ นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสมีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านวิธีบัญญัติ (Procedural Public Policy)

สำหรับประเทศไทยแม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติการอนุญาโตตุลาการและการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่ได้มาตรฐานสากลเนื่องจากยกร่างตามกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และการเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ค่อยมีความชัดเจนแน่นอน แม้ว่าโดยทั่วไปศาลค่อนข้างสนับสนุนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแต่ในบางคดีมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลไทยมักปฏิเสธการรับรองการบังคับคำชี้ขาดที่มีผลกระทบต่อผลส่วนได้เสียของรัฐและศาลไทยมักตรวจสอบเนื้อหาสาระของคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยตรวจสอบการกระทำหน้าที่ในชั้นพิจารณาอนุญาโตตุลาการทั้งการรับฟังข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่เป็นคดี และตรวจสอบหลักกฎหมายในการทำคำชี้ขาดว่าอนุญาโตตุลาการใช้หลักกฎหมายถูกต้องหรือไม่¹⁶

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาแนวปฏิบัติเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศ น่าจะคลี่คลายลงได้เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

¹⁵ Case No. Paris Regional Court of Appeal, (Decision date September 30, 1993) เป็นคดีที่ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสได้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากมีประเด็นเรื่องอำนาจครอบงำการตัดสินบนทำให้คณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดเอื้อประโยชน์กับเจ้าหนี้ตามคำชี้ขาด

¹⁶ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, ศ.ดร., รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันอนุญาโตตุลาการ, 2560), หน้า 85.

อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้บัญญัติให้มาตรา 40 ใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ จึงน่าจะจัดปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องการเพิกถอนคำชี้ขาดต่างประเทศออกไปได้ คงเหลือแต่ประเด็นเรื่องการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดโดยยกเหตุยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่ศาลไทยคงต้องมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นโดยยึดหลักเกณฑ์มาตรา V แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) และ มาตรา 36 กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) โดยแปลความอย่างแคบเหมือนดังกลุ่มประเทศต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษา เพื่อพัฒนาการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ

3.3 ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

ความสอดคล้องกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยกับข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ยังมีข้อกังวลบางประการ หากพิจารณาจากมาตรา 16 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติไว้ว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งให้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้ว ศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายใน ระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว”

ในขณะที่ ข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) พ.ศ. 2560 ข้อบังคับที่ 39 กำหนดไว้ว่า “หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่ง ให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหาประกันมาวางเพื่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้

การร้องขอตามวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน การยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับ การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้”

จากบทบัญญัติมาตรา 16 และข้อบังคับที่ 39 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของศาล ในขณะที่ข้อบังคับสถาบัน อำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณาเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการ จึงมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าการที่กฎหมายยังไม่แก้ไขในเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่ง

วิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา แต่ข้อบังคับสถาบันได้แก้ไขให้เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา ในความเป็นจริงสามารถทำได้หรือไม่ และข้อบังคับที่แก้ไขไปแล้วนั้นจะใช้บังคับได้หรือไม่ และคู่กรณีสามารถทำอะไรได้บ้างหากกฎหมายยังมีบทบัญญัติเช่นเดิม

ในมุมมองของผู้วิจัยในประเด็นดังกล่าวข้างต้น มองว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับสถาบันไม่มีความสอดคล้องกัน เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวทั้งก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและระหว่างพิจารณา แต่ข้อบังคับสถาบันให้อำนาจแก่นุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งเช่นว่าระหว่างพิจารณา แต่จากการที่ได้ศึกษาในกรณีดังกล่าวข้อบังคับไม่ได้เป็นการขัดต่อตัวบทกฎหมาย แม้กฎหมายจะยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไข สิ่งที่สำคัญที่ต้องทำความเข้าใจคือประเด็นต่างๆ ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายอนุญาโตตุลาการมากกว่าเพื่อดูกฎหมายนี้มีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีตกลงเลือกใช้ และมีปฏิสัมพันธ์อย่างไรกับกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยเรื่องนิติกรรมสัญญา ในเรื่องข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หากกฎหมายอนุญาโตตุลาการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นบทบังคับ (the lex arbitri are mandatory) ซึ่งถือว่ามีน้อยมากในเรื่องการชำระระหว่างประเทศ เช่นนั้นแล้วหากคู่กรณีได้ตกลงเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการไว้แล้วไม่ว่าจะเป็นแบบเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) หรือ แบบสถาบัน (institutional arbitration) ในกรณีเช่นนี้ให้ใช้วิธีพิจารณาตามข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเป็นลำดับแรกเสียก่อน ทั้งนี้การเลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ หมายถึงข้อตกลงของคู่กรณีว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในแนวทางใด และข้อบังคับนี้เองที่ถือว่าเป็นแนวทางที่สำคัญที่สุดสำหรับวิธีพิจารณาที่จะใช้ในการอนุญาโตตุลาการ¹⁷

เมื่อคู่กรณีได้เลือกข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ อาทิเช่น ข้อบังคับของหอการค้านานาชาติไว้แล้ว คู่กรณีไม่เพียงแต่ตกลงกันเลือกสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น หากแต่ได้ตกลงผูกพันกับข้อบังคับของสถาบันนั้นด้วยซึ่งเทียบเท่ากับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อใช้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่ง ข้อบังคับสถาบันต่าง ๆ ผูกพันคู่สัญญาที่เรียกว่า incorporated by

¹⁷ เป็นที่ทราบกันว่าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการนั้นไม่มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมายหากคู่กรณีได้เลือกใช้และอ้างข้อพิพาทของสถาบันเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญาย่อมทำให้ข้อบังคับเช่นว่ามีผลบังคับใช้ได้ระหว่างคู่พิพาท การอนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่สำคัญส่วนหนึ่งเป็นสัญญา กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากคู่กรณีเสมอ มิได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้คู่กรณีต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทชนิดนี้ ทั้งนี้โดยทั่วไปข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการมักมีหลักเกณฑ์รายละเอียดกระบวนการวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการและให้อำนาจบางประการแก่นุญาโตตุลาการ วิธีพิจารณาของการอนุญาโตตุลาการ (Rules of Procedure) จึงเป็นไปตามข้อบังคับที่คู่กรณีเลือก ซึ่งอาจเกิดจากการที่คู่กรณีเลือกสถาบันใดเป็นผู้บริหารการอนุญาโตตุลาการ

reference ยกตัวอย่างเช่น อ้างว่าให้อยู่ภายใต้การจัดการของหอการค้านานาชาติ (Rules of ICC) ข้อบังคับสถาบัน ICC นี่จึงเป็นกฎหมายเฉพาะของคู่สัญญา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันได้ ดังนั้นก่อนที่จะไปพิจารณาศึกษากฎหมาย จำเป็นต้องศึกษาข้อบังคับสถาบันก่อนว่าสถาบันอนุญาตตุลาการมีประเด็นนั้น ๆ ในข้อบังคับหรือไม่ ถ้าต้องใช้ตามนั้นก่อน ถ้าไม่มีจึงไปดูกฎหมาย เพราะข้อบังคับเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สัญญาคือกฎหมายสูงสุด มีหลักกฎหมายเขียนไว้ชัดเลยว่าข้อตกลงของคู่กรณีเป็นดังกฎหมายของคู่กรณี

ดังนั้นประเด็นปัญหาที่ว่ากฎหมายยังไม่แก้ไข แต่ข้อบังคับสถาบันว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการแก้ไขแล้ว ในกรณีการให้อำนาจแก่นุญาโตตุลาการในการทำคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ในระหว่างพิจารณาจึงสามารถทำได้เนื่องจากไม่ใช่เรื่องขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีตกลงกันได้ และการแก้ไขข้อบังคับสำนักอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute: TAI Rules) ก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ที่ได้แก้ไขในเรื่องมาตรการดังกล่าวแล้ว

3.4 ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย

ปัญหาและอุปสรรคอื่นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย ยังคงมีอยู่หลายประการโดยสามารถสรุปได้ดังนี้

1) ความสามารถทางภาษาของบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการ

การที่บุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยยังขาดทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษซึ่งเป็นภาษากลาง (lingua franca) ที่นิยมใช้มากที่สุดในแวดวงการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการและมีผลต่อการที่ประเทศไทยจะสามารถยกระดับเป็นศูนย์การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเช่นกัน ความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษเป็นคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ที่ทำงานทางด้านนี้ นอกเหนือจากความรู้และความเข้าใจในเรื่องอนุสัญญาต่าง ๆ กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติและข้อบังคับสถาบัน เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่ใช้จึงร่างด้วยหลากหลายภาษา ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศทั้งหลาย คำตัดสินที่สร้างขึ้นในภาษาต่าง ๆ ต้องทำคำแปลซึ่งมักแปลเป็นภาษาอังกฤษ หากมีข้อผิดพลาดที่เกิดจากการปัญหาเรื่องภาษานี้จะกลายเป็นประเด็นที่ไม่คาดคิดต่อผลที่ตามมา มีหลายคดีที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องกระบวนการพิจารณามิชอบด้วยเหตุเรื่องภาษา หรือการประเมินผิดพลาดประเด็นเรื่องภาษาดังเช่นในคดีในคดี CEEG (Shanghai) Solar Sci.

& Tech. Co. v. LUMOS LLC¹⁸ ซึ่งผลออกมาเป็นัยสำคัญส่งผลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล

2) การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาคำชี้ขาด

การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย เป็นอุปสรรคอีกประการหนึ่งต่อการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการของไทย เนื่องจากมีขั้นตอนกระบวนการภายในของศาลยุติธรรม ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอควรจึงจะดำเนินการประกาศเผยแพร่คำพิพากษาลงในเว็บไซต์ของศาลยุติธรรมได้และจัดทำเป็นภาษาไทย ผลของคำชี้ขาดที่ศาลตัดสินเป็นเรื่องสำคัญมากสำหรับคู่ความเนื่องจากต้องการทราบว่าตนเองจะสามารถบังคับคดีได้หรือไม่ และต้องการทราบโดยเร็ว หากคู่ความเป็นชาวต่างชาติ การได้มาและการรับรู้ถึงคำพิพากษาคำชี้ขาดที่ปฏิบัติกันในปัจจุบันย่อมก่อให้เกิดข้อครหาถึงความโปร่งใสของกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการไทย

3) การกำหนดค่าใช้จ่ายและการจ่ายค่าวิชาชีพให้แก่อนุญาโตตุลาการ

การที่ประเทศไทยมีการกำหนดค่าธรรมเนียมค่อนข้างน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ และหากสถาบันอนุญาโตตุลาการไทยกำหนดให้มีตารางค่าธรรมเนียมเฉกเช่นสถาบัน SIAC ย่อมทำได้ ไม่ถือเป็นการทำลายกลไกตลาด (Market economy) เพราะภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเสรี (free-market economy) มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ (ภายใต้กฎหมาย) และใช้กลไกราคาในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ เป็นลักษณะ Pricing Competition เพียงแต่ต้องกำหนดเป็นสกุลเงินบาทให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติต่างประเทศ

ในกรณีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเกินความจำเป็น ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป เพราะการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่สูง เช่นว่า เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยเทียบเคียงกับการรับสินบนของอนุญาโตตุลาการ ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดี

¹⁸ Case No.15-1256, United States Court of Appeals for 10th Circuit (Date of Decision July 19, 2016) ศาลอุทธรณ์เดนเวอร์แห่งรัฐโคโลราโดมีคำสั่งปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการด้วยเพราะเหตุ การแจ้งเจตนาจะใช้การอนุญาโตตุลาการ (Notice of Arbitration) เป็นภาษาจีนไม่สมเหตุสมผลทั้งที่การติดต่อกันระหว่างคู่พิพาทที่ผ่านมาใช้แต่ภาษาอังกฤษ ผลที่ตามมาคือกระบวนการพิจารณาสูญเสียทั้งเงินและเวลา คู่พิพาทจีนที่เป็นฝ่ายชนะไม่สามารถบังคับคำชี้ขาดได้

จากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อาจผลกระทบของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น

4. กฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ และข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการมีแนวทางปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการUNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ถึงแม้บางประเทศเช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) นำมาร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการของตน แต่ก็มีมีการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศและข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการUNCITRAL (UNCITRAL Arbitration Rules) ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส ถึงแม้ไม่ได้รับเอากฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตน แต่ได้ปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการถึงสองครั้ง ทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีชื่อเสียงว่าเป็นประเทศเหมาะสมเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ โดยอำนวยความสะดวกแก่การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศภายใต้กลไกการระงับข้อพิพาทที่น่าเชื่อถือและเป็นอิสระจากคำสั่งทางกฎหมาย ความเป็นอิสระของข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ นโยบายที่เอื้ออำนวยแก่การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จำกัดการแทรกแซงโดยศาลถือเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของฝรั่งเศสโดยได้รับการสนับสนุนจากศาลยุติธรรมมาเป็นเวลานาน

กฎหมายอังกฤษ สหพันธรัฐ ออสเตรเลีย สิงคโปร์ และฝรั่งเศส ต่างล้วนมีลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการทั้งสิ้นเพื่อเอื้ออำนวยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นได้อย่างราบรื่นและรวดเร็วย่อมแสดงว่ารัฐบาลของทุกประเทศที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาต่างเล็งเห็นถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาทว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการว่าเป็นวิธีระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน จึงให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่หากมีอุปสรรคใดก็จะช่วยแก้ไขให้ ทั้งนี้ทุกประเทศต่างพยายามลดบทบาทศาลในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเนื่องจากต้องการให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณีที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ระงับข้อพิพาทของตน

บทบาทศาลในการช่วยเหลือและการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักเป็นไปในทิศทางเดียวกัน กล่าวคือศาลจะไม่เข้าแทรกแซงการอนุญาโตตุลาการแต่จะคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของคู่สัญญาเป็นส่วนใหญ่ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่าง

ประเทศฝรั่งเศสก็เช่นกัน ได้รับรองความเป็นอิสระของกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการจากการแทรกแซงของศาล ทั้งยังรับรองและสนับสนุนบทบาทและอำนาจศาลเพื่อออกมาตรการต่างๆในการช่วยเหลือการอนุญาตตุลาการ ขอบเขตการแทรกแซงของศาลฝรั่งเศสจำกัดอยู่ในกรณีที่คณะอนุญาตตุลาการไม่มีอำนาจ ศาลฝรั่งเศสมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมการอนุญาตตุลาการทางการค้าโดยรับหลักปฏิบัติเรื่องการไม่เข้าแทรกแซงในกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการอย่างเคร่งครัด

ในการบังคับสัญญาอนุญาตตุลาการของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักมีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเหมือนกัน โดยการพักการพิจารณาเพื่อบังคับตามสัญญาอนุญาตตุลาการ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกฟ้องเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการ อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้มีคำสั่งพักพิจารณาคดี และหากศาลได้สวนคำร้องแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ให้มีคำสั่งพักพิจารณาคดีนั้น ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศส เมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการต่อศาล ให้ศาลจำหน่ายคดีเสีย เว้นแต่กรณีที่อนุญาตตุลาการยังมิได้รับคำแนะนำข้อพิพาทและกรณีที่สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ กล่าวโดยสรุปกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างเป็นภาคีสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) และรับเอาแนวปฏิบัติในเรื่องนี้ไปใช้ในทิศทางเดียวกัน อย่างไรก็ตามมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันอยู่บ้างระหว่างประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยที่กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องศาลและศาลพบว่าเป็นคดีที่อยู่ภายใต้บังคับของสัญญาอนุญาตตุลาการ ศาลจะมีคำสั่งพักพิจารณาคดี ในขณะที่ศาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะจำหน่ายคดี แต่บทบาทศาลของทุกประเทศจะเข้ามาในฐานะให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนการอนุญาตตุลาการทั้งสิ้น

ในเรื่องของการคุ้มครองชั่วคราวจากการศึกษาได้ข้อสรุปว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทุกประเทศต่างให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นมาตรการที่สำคัญช่วยให้การอนุญาตตุลาการพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการให้อำนาจคณะอนุญาตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวได้ ซึ่งแต่เดิมศาลเท่านั้นที่สามารถออกคำสั่งเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ประเทศเหล่านี้ได้ให้อำนาจอนุญาตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) อย่างประเทศฝรั่งเศส การขอคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติหรือหลักทั่วไปของ

กฎหมายอนุญาโตตุลาการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ด้วยเหตุนี้กฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในเรื่องอำนาจอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินในการออกคำสั่ง และเปิดช่องให้ยื่นคำขอวิธีพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) ได้เช่นกัน ทั้งนี้ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ

สำหรับการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปว่ากลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทุกประเทศ มีหลักเกณฑ์เหมือนกันเนื่องจากเป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) ทั้งนี้อนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) และ กฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ต่างวางหลักเกณฑ์เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดไว้เหมือนกัน กล่าวคือ เหตุที่ผู้ถูกให้บังคับตามคำชี้ขาดต้องพิสูจน์ และเหตุที่ศาลสามารถยกขึ้นเองได้ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อย่างประเทศฝรั่งเศส บทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสมีลักษณะโดดเด่นมากกว่าบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) โดยกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีความเป็นมิตรมากเพราะว่ากฎหมายฝรั่งเศสยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศมากกว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) ด้วยเหตุนี้อนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) จึงถูกอ้างถึงในประเทศฝรั่งเศสน้อยกว่าในประเทศอื่นๆ จึงถือเป็นเรื่องปกติที่บ่อยครั้งศาลฝรั่งเศสยอมรับและบังคับคำชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) กฎเกณฑ์ฝรั่งเศสในการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดมีความยืดหยุ่นและเคร่งครัดน้อยกว่ากฎเกณฑ์อนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention)

เหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดที่ศาลมีอำนาจยกขึ้นเองได้ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) เป็นประเด็นที่ถูกกล่าวบ่อยที่สุดและเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากที่สุดที่ใช้ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดระหว่างประเทศ จากการศึกษาได้ข้อสรุปว่าประเทศในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทุกประเทศต่างยึดแนวทางปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยเหตุแห่งการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) มีลักษณะเหมือนกับประเทศอื่นๆ ที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) โดยตีความเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อย่างแคบและสนับสนุนการยอมรับและการบังคับคำชี้ขาดที่สอดคล้องกับบทบัญญัติอนุสัญญานิวยอร์ก (the New York Convention) ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ อย่างประเทศฝรั่งเศส ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส มีการแบ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนออกเป็น ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

ประชาชนด้านวิธีบัญญัติ (Procedural Public Policy) โดยด้านสารบัญญัติ (Substantive Public Policy) กำหนดคำชี้ขาดในเรื่องใดบ้างที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและสามารถยื่นคัดค้านต่อศาลฝรั่งเศสได้ แนวทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสใช้หลักเหล่านี้อย่างเคร่งครัด โดยคดีส่วนใหญ่ศาลมักปฏิเสธคำขอการเพิกถอนคำชี้ขาด และบังคับตามคำชี้ขาด ยกเว้นกรณีที่ศาลเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนระหว่างประเทศ (International Public Policy) ส่วนด้านวิธีบัญญัติ (Procedural Public Policy) คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการที่สามารถยื่นคัดค้านได้ด้วยเหตุขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) หากคำชี้ขาดเช่นว่าฝ่าฝืนหลักเกณฑ์พิจารณาขั้นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา

ในเรื่องของข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ข้อสรุปว่า ปัจจัยสำคัญที่คู่กรณีเลือกใช้บริการเฉพาะบางสถาบันนั้นมาจากผลลัพธ์ที่เลือกข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันนั้น ๆ ทั้งนี้หากสถาบันอนุญาโตตุลาการมีข้อบังคับที่ชัดเจน มีประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการย่อมส่งผลให้เป็นสถาบันที่ได้รับความนิยม ปัจจัยอื่นที่ดึงดูดให้ผู้ใช้บริการเลือกสถาบันเหล่านั้นได้แก่ สถานที่ตั้งสถาบัน ความมีชื่อเสียง ความเป็นกลาง คุณภาพของระบบกฎหมายที่สถาบันนั้นตั้งอยู่ รายชื่อคณะอนุญาโตตุลาการ นโยบายค่าใช้จ่ายสำหรับการให้บริการ จากผลสำรวจของมหาวิทยาลัย Queen Mary¹⁹ 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. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แนวทางการปฏิรูปกฎหมายและข้อบังคับสถาบันมีข้อสรุปดังนี้

5.1 บทบาทรัฐในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

บทบาทรัฐในที่นี้หมายถึง องค์กรของรัฐสามฝ่าย กล่าวคือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ โดยที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำหน้าที่กำหนดนโยบายในการบริหาร

¹⁹ ผลสำรวจผลสำรวจของ Queen Mary University of London and White & Case LLP 2015 “International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (สืบค้นวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560)

ประเทศและมีภาระหน้าที่ที่จะดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายหลังจากประกาศบังคับใช้แล้ว ในขณะที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือรัฐสภาทำหน้าที่ออกกฎหมายมาบังคับใช้และควบคุมการบริหารแผ่นดินของรัฐบาล ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ คือศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ทำหน้าที่ของแต่ละศาลที่แตกต่างกันแต่ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเพื่อประโยชน์สาธารณะด้วย

บทบาทของรัฐของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ รัฐเข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมายอย่างชัดเจน มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการประเทศตนให้ทันสมัยเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศ โดยดำเนินการในเชิงรุกสร้างชื่อเสียงการอนุญาโตตุลาการของประเทศให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิภาพของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อตกลงของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จำกัดการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการน้อยที่สุด รัฐจะยื่นมือเข้ามาแก้ไขปัญหาลดอุปสรรคเพื่อให้เกิดความชัดเจนและทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างราบรื่น การนำกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน อย่างเช่น ประเทศสิงคโปร์และฮ่องกง ทำให้ผู้ใช้บริการในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งคุ้นเคยกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สามารถเข้าใจกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์และฮ่องกงได้ง่าย

บทบาทของรัฐของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์อย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส รัฐเข้ามาช่วยเหลือสนับสนุนการปฏิรูปกฎหมายอย่างชัดเจนเช่นกัน ประเทศฝรั่งเศสได้มีการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการสองครั้ง การตรากฎหมายในการปฏิรูปครั้งแรกแม้ตราขึ้นก่อนกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) แต่บทบัญญัติมีความทันสมัยมากและมีกรอบกฎหมายที่ยืดหยุ่นสำหรับการอนุญาโตตุลาการในขณะนั้น การปฏิรูปกฎหมายครั้งที่สองทำขึ้นอีกครั้งสิบปีต่อมา ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเครื่องบัญญัติกฎหมายอนุญาโตตุลาการอีกครั้งหนึ่งเพื่อรักษาความโดดเด่นและประสิทธิภาพของระบบกฎหมายประเทศตนไว้ โดยทำให้ทันสมัยใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ได้วางหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการพิจารณาดีและมุ่งรักษาความน่าเชื่อถือที่มีต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้แก่ผู้มาใช้บริการ เนื้อหาที่ปรับปรุงคือ การกำหนดบทบาทของศาลเป็นการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทำขั้นตอนการตรวจสอบคำชี้ขาดให้ง่ายขึ้น

5.2 ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีที่เหมาะสมกับประเทศไทยเพื่อใช้ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการทฤษฎีผสม (The Mixed or Hybrid Theory) เพราะเป็นทฤษฎีประนีประนอมโดยนำข้อดีที่สามารถอธิบายได้ด้วยตรรกะและ

เป็นที่ยอมรับของทฤษฎีการอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory) และทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) มาเติมเต็มซึ่งกันและกันคือ เป็นการผสมผสานกัน ด้วยเหตุที่ว่า การอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเป็นกลไกที่ประกอบไปด้วยคุณลักษณะเฉพาะสองด้าน ด้านหนึ่งเป็นสัญญาของอนุญาตตุลาการที่สะท้อนให้เห็นถึงข้อโต้แย้งว่าอนุญาตตุลาการ เริ่มมาจากสัญญาเอกชน ซึ่งคู่สัญญามีอิสระที่จะเลือกอนุญาตตุลาการรวมถึงข้อบังคับในการควบคุมกระบวนการอนุญาตตุลาการและสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่นๆ ตามทฤษฎีผสม ด้านหนึ่งคู่สัญญาพิพาทมีอิสระที่จะทำสัญญาอนุญาตตุลาการ แต่งตั้งอนุญาตตุลาการและเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ การดำเนินงานเหล่านี้อยู่บนพื้นฐานที่เป็นลักษณะของสัญญาอนุญาตตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ขอบเขตอำนาจของอนุญาตตุลาการจะใช้กับประเด็นที่เกี่ยวข้องในกระบวนการอนุญาตตุลาการ และสัญญาอนุญาตตุลาการที่สมบูรณ์เพื่อให้เป็นไปตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ เช่นเดียวกันกับการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ ความถูกต้องของคำชี้ขาดจะถูกพิจารณาตรวจสอบตามข้อบังคับและนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของประเทศซึ่งจะต้องทำการรับรองและบังคับตามคำชี้ขาด

จากผลการศึกษาจากผลการศึกษาค้นคว้าการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของไทย ยังมีปัญหาและอุปสรรคบางประการ ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.3 แนวทางการปฏิรูปกฎหมายอนุญาตตุลาการและข้อบังคับสถาบัน

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปฏิรูปกฎหมายอนุญาตตุลาการและข้อบังคับสถาบัน เห็นควรวางแผนทางการดำเนินการออกเป็น 4 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรกเป็นการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในระยะสั้นโดยปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเดิม ส่วนที่ 2 เป็นการยกร่างกฎหมายอนุญาตตุลาการฉบับใหม่เป็นกฎหมายอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ ส่วนที่ 3 เป็นการปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล และส่วนสุดท้ายคือ การสนับสนุนส่งเสริมจากรัฐ

1) การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในระยะสั้น: การปรับปรุงกฎหมายเดิม

รัฐต้องเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการช่วยเหลือสนับสนุนการอนุญาตตุลาการอย่างจริงจัง เพื่อให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับจากผู้ให้บริการทั่วโลก อาทิเช่นการแก้ไขกฎหมายสม่าเสมอให้ทันสมัยและสอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) การทำโครงสร้างทางกฎหมายและระบบศาลให้มีความเป็นมิตรและอำนวยความสะดวก แม้ว่าประเทศไทยได้มีการปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI Rules) ใหม่เมื่อต้นปี พ.ศ. 2560 และได้มีร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้วก็ตาม กฎหมายอนุญาตตุลาการไทยยังคงมีประเด็นที่จำเป็นต้องแก้ไขบางประการ ดังสรุปในตารางด้านล่างนี้

แนวทางแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และข้อบังคับสถาบัน TAI

บทบัญญัติ/ ข้อบังคับที่แก้ไข หรือเพิ่มเติม	แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติม
มาตรา 16 มาตรการ คุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับที่ 39	แก้ไขเพิ่มเติมโดยให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ได้ และมีอำนาจบังคับคำชี้ขาดมาตรการชั่วคราว 1) แก้ไขข้อบังคับที่ 39 เป็น 39/1 2) เพิ่มข้อบังคับที่ 39/2 มาตรการเร่งด่วนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท 3) กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินแยกไว้ในภาคผนวกแนบ ท้ายข้อบังคับสถาบัน
มาตรา 23 ความรับ ผิดทางอาญาของ อนุญาโตตุลาการ	ให้คงความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการไว้เช่นเดิม เนื่องจากสอดคล้องกับ บริบทสังคมไทย และประเทศไทยไม่ใช่ประเทศแรก ประเทศสิงคโปร์ และบางมล รัฐของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติโทษทางอาญาแก่อนุญาโตตุลาการไว้เช่นกัน
มาตรา 44 การ ปฏิเสธการบังคับคำ ชี้ขาดที่ขัดต่อความ สงบเรียบร้อย	1) ควรจัดทำบันทึกภายในองค์กรตุลาการเพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติดังต่อไปนี้ 1.1) ควรใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่าง เคร่งครัด โดยเฉพาะ คำชี้ขาดต่างประเทศเนื่องจากตกอยู่ในบังคับอนุสัญญา นิวยอร์ก (the New York Convention) ซึ่งสนับสนุนให้บังคับตามคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการ 1.2) ควรแปลความอย่างแคบ ไม่นำหลักเกณฑ์ภายในประเทศมาใช้ หากต้อง ปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดต่างประเทศ ต้องเป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนระหว่างประเทศ 2) จัดสัมมนาอบรมแก่บุคลากรที่เกี่ยวข้องเพื่อเสริมสร้างความเข้าใจหลักการนี้

2) การยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่เป็นกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะสำหรับแนวทางการยกร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ โดยแยกออกจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เหตุผลที่ผู้วิจัยไม่นำร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

พ.ศ. 2545 ซึ่งจะมีการประกาศและบังคับใช้ในไม่ช้ามาปรับปรุงแก้ไข เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และร่างฉบับแก้ไขเพิ่มเติมยังใช้บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการทุกกรณี ทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีขอบเขตทางด้านเนื้อหาใช้บังคับกับข้อพิพาททุกประเภท เพื่อต้องการให้เกิดความชัดเจนผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะว่าควรแยกกฎหมายออกเป็นสองฉบับเพราะโดยสภาพแล้วกฎหมายทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกัน อีกทั้งกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) ก็เป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นหลัก

โดยปกติกฎหมายภายในประเทศย่อมมีความเข้มงวดมากกว่าและย่อมส่งผลกระทบต่อ การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอันประกอบด้วยบุคคลที่มาจากประเทศต่าง ๆ บุคคลเหล่านี้ย่อมจะเข้าใจ กฎเกณฑ์ที่เป็นสากลมากกว่ากฎหมายภายในเฉพาะของประเทศอื่น และหากนำกฎหมายภายในประเทศหนึ่ง บังคับแก่บุคคลต่างชาตาก็จะไม่เป็นธรรมแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย หากกรณีเป็นการอนุญาโตตุลาการในประเทศ (Domestic Arbitration) คู่ความและทนายความอาจไม่มีความเชี่ยวชาญจึงต้องขอความอนุเคราะห์จากศาล ให้ช่วยเหลือมากกว่าคู่ความระหว่างประเทศที่สามารถพึ่งพาตนเองได้มากกว่า ด้วยเหตุนี้การอนุญาโตตุลาการ ภายในประเทศ (Domestic Arbitration) จึงให้ศาลมีบทบาทมากกว่า ส่วนการอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศ (International Arbitration) บทบาทศาลมีน้อยในขณะที่คู่พิพาทมีบทบาทมากกว่า ทั้งนี้การแยก กฎหมายออกจากกันก็เพื่อประโยชน์ในการนำไปปฏิบัติและบังคับใช้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง และการแยก กฎหมายลักษณะนี้จะทำให้สะดวกแก่การบังคับใช้และสามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ภายในประเทศได้ง่ายและรวดเร็วกว่า ทั้งยังไม่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้จะอิงกับบทบัญญัติของกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) เพื่อให้ผู้ใช้บริการจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ คู่กันเคยกับกฎหมายต้นแบบ (UNCITRAL Model Law) สามารถเข้าใจร่างกฎหมายฉบับใหม่ได้ง่ายและ รวดเร็วขึ้น อีกทั้งได้มีการเพิ่มบทบัญญัติบางประการที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นเพื่อให้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างสะดวกยิ่งขึ้น

3) การปรับปรุงข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติสากล

ในส่วนนี้ผู้วิจัยการมีข้อเสนอแนะว่า สถาบันอนุญาโตตุลาการไทยควรทำข้อบังคับให้ชัดเจนเข้าใจง่าย มี ประสิทธิภาพและยืดหยุ่นตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการและควรสอดคล้องกลมกลืนกับกฎหมาย อนุญาโตตุลาการและแนวปฏิบัติสากล ควรกำหนดนโยบายค่าใช้จ่ายสำหรับการให้บริการ ควรหามาตรการที่ ทำให้การอนุญาโตตุลาการมีค่าใช้จ่ายน้อยและมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นต้นว่าการมีบทบัญญัติ อนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) หรือการเพิ่มภาคผนวกหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการ

ดำเนินการของตัวแทนคู่พิพาทและอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะกำหนดบทลงโทษสำหรับการละเมิดหลักเกณฑ์ดังกล่าว นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการควรจัดทำโปรแกรมการศึกษาฝึกอบรมและออกแบบระบบการระงับข้อพิพาททางเลือก สำหรับภาคธุรกิจ หน่วยงานภาครัฐ และศาล เพื่อส่งเสริมให้เข้าใจวิธีการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ดียิ่งขึ้น

4) การสนับสนุนส่งเสริมจากรัฐ

การที่จะพัฒนาการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศของไทยให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากลได้นั้น ก่อนอื่นรัฐก็ต้องปรับเปลี่ยนทัศนคติทำความเข้าใจและรับรู้ถึงความสำคัญของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการอย่างถ่องแท้เสียก่อน เพื่อจะได้เข้ามามีบทบาทสนับสนุนให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทนี้แทนการดำเนินพิจารณาคดีในศาล

แนวทางแรกที่รัฐควรสนับสนุนเป็นการสนับสนุนส่งเสริมในเชิงของนโยบาย ทั้งนี้เพื่อให้ทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องหันมาศึกษาและตระหนักถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการพัฒนาการอนุญาโตตุลาการว่าจะสามารถสร้างรายได้ให้กับประเทศได้อย่างมหาศาลและช่วยส่งเสริมการเติบโตของเศรษฐกิจไทยได้อย่างเห็นได้ชัด หากประเทศไทยสามารถเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ เม็ดเงินจากการเป็นผู้ให้บริการจะหลั่งไหลเข้ามาเป็น “การค้าที่มองไม่เห็น”

แนวทางที่สองที่รัฐควรสนับสนุนเข้ามามีบทบาทส่งเสริมสนับสนุนทางด้านกฎหมายโดยการปฏิรูปกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยให้ทันสมัย ทำให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันเพื่อที่จะก้าวขึ้นเป็นสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศได้ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา เน้นความมีประสิทธิภาพของสัญญาอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท จำกัดการแทรกแซงโดยศาลยุติธรรมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้น้อยที่สุด รัฐควรลดบทบาทในการบริหารกิจการสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยควรปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารกิจการของสถาบันอนุญาโตตุลาการเสียใหม่ โดยลบภาพลักษณ์ที่อยู่ภายใต้การบริหารจัดการโดยรัฐ และเพิ่มความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาที่เป็นชาวต่างชาติว่าจะได้รับความเป็นธรรมหากเลือกประเทศไทยเป็นที่ทำการอนุญาโตตุลาการ รัฐต้องพร้อมเสมอที่จะยื่นมือเข้ามาแก้ไขปัญหาอุปสรรคที่เกิดขึ้นโดนพลัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนและทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างราบรื่น

5.4 ข้อเสนอแนะต่อการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคประการอื่น

สำหรับการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคด้านอื่น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

1) การพัฒนาหลักสูตรกฎหมายภาคภาษาอังกฤษ

หากประเทศไทยต้องการเป็นศูนย์กลางนโยบายระหว่างประเทศ และเพื่อให้บุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาตตุลาการ มีทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นภาษากลางที่นิยมใช้มากที่สุดในแวดวงการอนุญาตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นควรส่งเสริมให้มีหลักสูตรการเรียนภาคมัธยมเป็นภาคภาษาอังกฤษ และหลักสูตรปริญญาโทเป็นภาษาอังกฤษ เพื่อปูพื้นฐานทักษะการใช้ภาษาอังกฤษทางกฎหมายแก่นักศึกษา เมื่อจบภาคการศึกษาจะสามารถนำความรู้ความสามารถนั้นมาปรับใช้กับการทำงานในภาคปฏิบัติได้ดียิ่งขึ้น ทั้งนี้บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการหรือนายความในการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีผู้เข้าร่วมปฏิบัติหน้าที่พูดภาษาแตกต่างกัน เอกสารที่เข้มงวดด้วยภาษาอังกฤษ หากไม่มีความรู้ความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษดีพอในบางครั้งย่อมประสบปัญหาในทางปฏิบัติได้ ดังนั้นผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ทางด้านนี้ต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติผ่านการสอบวัดระดับความสามารถทางการใช้ภาษาอังกฤษ อาทิเช่น TOEFL IELTS ด้วยคะแนนตามเกณฑ์ที่กำหนด หรือผ่านการทดสอบ English Proficiency Test รูปแบบอื่น หรือผ่านหลักสูตรภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย หรือมีประสบการณ์การทำงานที่ใช้ความรู้ทางด้านภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเพราะอนุญาตตุลาการต้องมีความรู้ทางด้านกฎหมายมิใช่เพียงความรู้ทางด้านภาษาอังกฤษแบบทั่วไป เมื่อบุคคลที่ทำงานทางด้านการอนุญาตตุลาการในประเทศไทย มีทักษะความสามารถทางด้านภาษาอังกฤษเป็นอย่างดี โอกาสของบุคคลเหล่านี้ในการรับทำคดีที่มีสัญญาเป็นภาษาอังกฤษย่อมมีมากขึ้น จำนวนผู้ใช้บริการที่เลือกประเทศไทยเป็นสถานที่ทำการอนุญาตตุลาการย่อมเพิ่มขึ้นเช่นกัน ซึ่งส่งผลให้เศรษฐกิจไทยขยายตัวไทยเติบโตขึ้นในที่สุด

2) การตั้งศูนย์บริการเพื่อเผยแพร่คำพิพากษาคำชี้ขาด

เพื่อแก้ไขปัญหาการรับรู้คำพิพากษาคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการ ซึ่งคู่ความถือว่าเป็นเรื่องสำคัญมาก ทั้งนี้ในวงการกฎหมายสิ่งสำคัญที่คู่ความต้องการทราบคือ ตนจะบังคับคดีได้หรือไม่ ความรวดเร็วในการรับรู้ถึงคำชี้ขาดจึงเป็นเรื่องที่ต้องนำมาพิจารณาแก้ไข ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยเห็นควรจัดทำคำพิพากษาเป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษพร้อมกัน โดยให้สถาบันอนุญาตตุลาการซึ่งมีบุคลากรผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญ ทำหน้าที่เป็นศูนย์บริการเผยแพร่คำพิพากษาคำชี้ขาดเป็นภาษาอังกฤษ เพื่อให้คู่ความสามารถรับรู้คำพิพากษาดังกล่าวได้ทันที แนวทางปฏิบัติเช่นนี้จะช่วยลดค่าครหาจากคู่ความชาวต่างชาติที่มีข้อกังวลในเรื่องความโปร่งใสของกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการในประเทศไทย สำหรับช่องทางในการเผยแพร่คำพิพากษาคำชี้ขาด ควรเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ของสถาบันอนุญาตตุลาการ เพื่อลดขั้นตอนและทำให้คู่ความสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ซึ่งสถาบันอนุญาตตุลาการอาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในส่วนนี้เพิ่มเพราะเป็นการบริการที่อำนวยความสะดวกแก่คู่ความอีกทั้งยังตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการได้ด้วย

3) การกำหนดค่าธรรมเนียมกลางสำหรับอนุญาตตุลาการ

สำหรับการกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับอนุญาตตุลาการ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดค่าธรรมเนียมไว้เป็นตารางโดยคำนวณเป็นเงินบาทและมีตารางลดค่าธรรมเนียม (Taxation of Cost) เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางด้านกฎหมายและกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้และอนุญาตตุลาการไม่ได้ประเมินให้ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความและใช้เป็นข้อมูลเบื้องต้นในการทำข้อตกลงระหว่างกัน เนื่องจากคู่ความอาจมีได้ คำนึงถึงประเด็นนี้ในการเจรจาตกลงกัน

ส่วนการแก้ปัญหาในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าการจะรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลาง อนุญาตตุลาการไม่ควรมีผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการได้รับการชำระค่าธรรมเนียม จากการศึกษาคดีตัวอย่างเมื่อมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระและความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการอย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรให้สถาบันอนุญาตตุลาการเข้ามาทำหน้าที่บริหารจัดการในส่วนนี้

สำหรับการทำค่าใช้จ่ายที่สูงเกินความจำเป็นโดยคู่ความฝ่ายที่ทราบว่าตนเองชนะ และจากการศึกษาคดีตัวอย่าง ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า ศาลควรเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม เพื่อที่จะลดการเรียกค่าธรรมเนียมที่เรียกสูงเกินไป เพราะการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเช่นนั้น เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) โดยเทียบเคียงกับการรับสินบนของอนุญาตตุลาการ ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยทางด้านเศรษฐกิจ อันเป็นผลจากผู้แพ้คดีจากผลคำชี้ขาดที่เกิดจากการต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อาจผลกระทบของความเสียหายไปสู่ผู้บริโภคทำให้ราคาสินค้าสูงขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น

บรรณานุกรม

หนังสือ

รัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2558).

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. แนวคิด คำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการอนุญาโตตุลาการ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายธุรกิจและภาษีอากร. หน่วยที่ 1-8. พิมพ์ครั้งที่ 16. (กรุงเทพมหานคร: อรุณการพิมพ์, 2552).

เสาวนีย์ อัครโรจน์, รายงานเรื่องแนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545. (กรุงเทพมหานคร: สถาบันอนุญาโตตุลาการ).

อนันต์ จันทร์โอภากร, กฎหมายอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538).

Born, Gary B, International Commercial Arbitration (3rd Ed. Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 2009).

บทความในวารสาร

วิชัย อริยะนันท์, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ (ตอนที่ 1)” วารสารดุลพินิจ. 3 (2540).

พิชัยศักดิ์ หทรายกูร, ศ., “การระงับข้อพิพาทการค้าที่มองไม่เห็น” จดหมายข่าวอนุญาโตตุลาการ 1 (2558-2559).

เสาวนีย์ อัครโรจน์, “หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการรับรองคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการ” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช 29 (2560- 2561).

วิทยานิพนธ์

เกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล, ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543).

ชิตพล ลิขิตภูมิสถิต, บทบาทของศาลยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

นริลักษณ์ แพร่ไชยภูมิ, ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความเป็นสากลของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546).

วรัญญา นกุลมหาพงศ์, เหตุเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามมาตรา 23 (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556).

เอกสารประกอบการประชุม สัมมนา

สำนักงานอนุญาโตตุลาการ, “รายงานการประชุมคณะอนุญาโตตุลาการวิชาการและพัฒนาระบบ อนุญาโตตุลาการ,” ครั้งที่ 1/2538. 1 มิถุนายน 2538.

เอกสารข้อมูลสารสนเทศในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์

เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ”,
<http://thac.or.th/2015/01/13/thac-article-001>, (last visited 3 October 2017).

ผลสำรวจผลสำรวจของ Queen Mary University of London and White & Case LLP 2015
“International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration”
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (สืบค้นวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560)