

การคัดค้านอนุญาตตุลาการ



นายวโรดม ศิริมนีธรรม

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2549

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHALLENGE OF ARBITRATORS

Mr. Varodom Sirimaneetham

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws, Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2006


หัวข้อวิทยานิพนธ์                      การคัดค้านอนุญาตตุลาการ  
โดย    นายวโรดม ศิริมนิธรรม  
สาขาวิชา                                      นิติศาสตร์  
อาจารย์ที่ปรึกษา                              ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ นรยางกูร

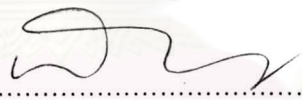
---


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์

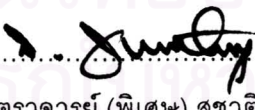
  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

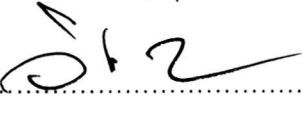
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
..... ประธานกรรมการ  
(อาจารย์นพดล อินทรลิม)

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
(ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ นรยางกูร)

  
..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์)

  
..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์วิชัย อริยะนันท์กะ)


นายวโรตม ศิริมณีธรรม : การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ. (CHALLENGE OF ARBITRATORS)

อ. ที่ปรึกษา : ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, 133 หน้า.

การอนุญาโตตุลาการ คือ การระงับข้อพิพาทซึ่งเกิดจากความตกลงของคู่กรณีที่มีมอบอำนาจให้แก่บุคคลที่สามที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยการทำคำชี้ขาดที่ถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี อนุญาโตตุลาการจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาในการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์หลักของการอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ อนุญาโตตุลาการจึงควรมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม รวมถึงมีความสามารถในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่ในบางกรณี คู่กรณีอาจเห็นว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร จนอาจเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งขัดต่อความประสงค์ของคู่กรณีที่เลือกใช้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายแห่งจึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านและถอนอนุญาโตตุลาการได้ด้วยเหตุดังกล่าว

อย่างไรก็ดี กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น ดังนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายแห่งจึงได้กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันไม่คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการประวิงการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การห้ามไม่ให้คู่กรณีใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหากได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น การกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อและทำคำชี้ขาดได้ในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้าน หรือการกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดโดยไม่สามารถอุทธรณ์ได้ เป็นต้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต..... 

ปีการศึกษา.....2549..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา..... 

# # 4686309934 : MAJOR LAWS

KEY WORD: ARBITRATION / ARBITRATOR / CHALLENGE

VARODOM SIRIMANEETHAM : CHALLENGE OF ARBITRATORS.

THESIS ADVISOR : PROFESSOR PIJAISAKDI HORAYANGURA, 133 pp.

Arbitration is a dispute resolution which arises from an agreement of parties, to submit their dispute to a third party, an arbitrator, who will decide the dispute by rendering a final and binding award to the parties. Arbitrator is thus the most crucial factor to just and effective proceedings, which is the main object of arbitration. Arbitrator, therefore, should be impartial and independent to ascertain just proceedings, and be capable to settle a dispute in effective way.

Nevertheless, in some cases, parties may be of a view that the arbitrator is not impartial and independent, does not possess qualifications as agreed to by parties or unable to perform his functions in timely and appropriate manner, which may cause unjust or ineffective proceedings which is contrary to the will of the parties to settle their disputes by arbitration rather than litigation in court of law. Hence, many arbitration laws and rules grant to the parties their right to challenge and remove arbitrator on such grounds.

The process of challenging an arbitrator may, however, cost the parties more time and expense. Therefore, many arbitration laws and rules provide various measures in order to prevent the process from being used as a dilatory tactic by parties in bad faith, e.g. barring a party to challenge the arbitrator whom he appointed or participated in appointing on grounds which he was or should be aware of when such arbitrator was appointed, fixing a time limit for parties to exercise their right to challenge, allowing the arbitral tribunal to continue proceedings and render an award while the challenge is pending, imposing time limit for making decision on challenge or providing that court decision on challenge shall be final and subject to no appeal.

Field of study.....Laws.....

Academic year.....2006.....

Student's signature..........

Advisor's signature..........

## กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี โดยความกรุณาอย่างยิ่งของ ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านเพื่อรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยกรุณาให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งให้แก่ผู้เขียน ตั้งแต่การค้นคว้าหาข้อมูลตลอดจนแนวทางในการเรียบเรียงเนื้อหาวิทยานิพนธ์ ทั้งยังได้กรุณาตรวจสอบและแก้ไขเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร เป็นอย่างสูง มา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์นพดล อินทรลืป ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ศาสตราจารย์ (พิเศษ) เข็มชัย ชูติวงศ์ และอาจารย์วิชัย อริยะนันท์กะ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านเพื่อรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ความเห็นและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณ นายอุกฤษฏ์ ศรีอำดี และนายชิตพล ลิขิตภูมิสถิตย์ สำหรับ ข้อมูล ความคิดเห็น และคำแนะนำต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียนขอยกให้เป็น กตเวทิตุลาแก่เหล่าบูรพาจารย์แห่งวิชานิติศาสตร์ทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญ

|   |    |
|---|----|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....  | ง  |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....   | จ  |
| กิตติกรรมประกาศ.....  | ฉ  |
| สารบัญ .....  | ช  |
| <br>  |    |
| บทที่ 1 บทนำ.....   | 1  |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....                                | 1  |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....  | 3  |
| 1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....  | 3  |
| 1.4 ขอบเขตของการวิจัย .....   | 3  |
| 1.5 วิธีการวิจัย .....  | 4  |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....                                      | 4  |
| <br>  |    |
| บทที่ 2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตไต่สวนการ.....                      | 5  |
| 2.1 ความหมายของการอนุญาตไต่สวนการ.....                                  | 6  |
| 2.2 ลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการ.....            | 7  |
| 2.2.1 เกิดจากความตกลงของคู่กรณี.....                                    | 8  |
| 2.2.2 มีการมอบอำนาจให้อนุญาตไต่สวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท .....       | 10 |
| 2.2.3 คำชี้ขาดของอนุญาตไต่สวนการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณี ..... | 13 |
| 2.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการ.....    | 14 |
| 2.3.1 ความตกลงของคู่กรณี .....  | 14 |
| 2.3.2 ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการที่คู่กรณีเลือกใช้ .....                  | 16 |
| 2.3.2.1 ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการสำหรับการอนุญาตไต่สวนการเฉพาะกิจ .....  | 17 |
| 2.3.2.2 ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการสำหรับการอนุญาตไต่สวนการโดยสถาบัน ..... | 18 |
| 2.3.3 กฎหมายภายในประเทศ .....   | 21 |
| 2.3.4 กฎหมายระหว่างประเทศ .....   | 23 |
| 2.4 ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาตไต่สวนการ .....                          | 27 |
| 2.4.1 ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory).....                        | 27 |
| 2.4.2 ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory) .....                             | 29 |

|  |    |
|--|----|
| 2.4.3 ทฤษฎีผสม (Mixed or Hybrid Theory) .....  | 30 |
| 2.4.4 ทฤษฎีอิสระ (Autonomous or sui juris Theory) .....  | 32 |
| 2.5 คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการ.....  | 33 |
| 2.5.1 คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ .....   | 34 |
| 2.5.2 คุณสมบัติตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการ .....  | 36 |
| 2.5.2.1 ความสามารถตามกฎหมาย.....   | 36 |
| 2.5.2.2 สัญชาติ .....  | 37 |
| 2.5.2.3 เพศ .....  | 38 |
| 2.5.2.4 การเป็นบุคคลธรรมดา.....  | 38 |
| 2.5.2.5 ผู้พิพากษา .....   | 38 |
| 2.5.2.6 ความรู้หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง .....   | 39 |
| บทที่ 3 หลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ .....  | 41 |
| 3.1 เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ .....   | 45 |
| 3.1.1 เหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ .....                         | 45 |
| 3.1.1.1 ความหมายของความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ .....                             | 47 |
| 3.1.1.2 ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณี. ....                   | 49 |
| 3.1.1.3 หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการ .....                                      | 55 |
| 3.1.1.4 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นกลางและความเป็นอิสระของ<br>อนุญาโตตุลาการ.....                | 62 |
| 3.1.1.5 การเปรียบเทียบความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการและ<br>ผู้พิพากษา .....         | 70 |
| 3.1.2 การขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน.....   | 74 |
| 3.1.3 อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายใน<br>ระยะเวลาอันสมควร ..... | 77 |
| 3.1.4 การประพฤติไม่ชอบ .....   | 79 |
| 3.1.5 เหตุอื่นๆ .....  | 80 |
| 3.2 กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ .....  | 81 |
| 3.2.1 ผู้มีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการ .....  | 82 |
| 3.2.2 ผู้พิจารณาคัดค้าน .....  | 85 |
| 3.2.2.1 คณะอนุญาโตตุลาการ .....  | 86 |



|   |     |
|---|-----|
| 3.2.2.2 สถาบันอนุญาตตุลาการ.....  | 89  |
| 3.2.2.3 ศาล.....  | 89  |
| 3.2.2.4 บุคคลอื่น .....   | 96  |
| 3.2.3 กำหนดระยะเวลาในการคัดค้าน.....  | 96  |
| 3.2.4 การพิจารณาการคัดค้าน.....   | 100 |
| 3.2.5 การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อในระหว่างการคัดค้านอนุญาตตุลาการ .....                                | 102 |
| 3.3 ผลภายหลังการคัดค้านอนุญาตตุลาการ.....   | 103 |
| 3.3.1 การตั้งอนุญาตตุลาการแทน.....  | 104 |
| 3.3.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ.....   | 106 |
| 3.3.3 การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะภายหลังการ<br>คัดค้านอนุญาตตุลาการ ..... | 109 |
| 3.3.4 ความรับผิดชอบของอนุญาตตุลาการภายหลังการคัดค้านอนุญาตตุลาการ .....                                 | 113 |
| บทที่ 4 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....   | 120 |
| 4.1 สรุป.....   | 120 |
| 4.2 ข้อเสนอแนะ .....  | 126 |
| รายการอ้างอิง.....  | 129 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....   | 133 |

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) คือ การระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปทำความตกลงกันยื่นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างกันให้แก่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ (arbitrator) เพื่อทำการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ทำคำชี้ขาด (award) ซึ่งมีผลผูกพันและเป็นที่สุดต่อคู่พิพาท ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ เพราะหากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีคุณธรรมสูง มีความรู้ความชำนาญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทและภาษาที่ใช้ในการพิจารณา ก็เป็นที่น่าเชื่อได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ และเป็นที่น่าพอใจแก่คู่กรณี แต่หากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ไม่มีคุณธรรม ไม่มีความรู้ความชำนาญที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาก็อาจจะดำเนินไปอย่างไม่เป็นธรรมและขาดประสิทธิภาพ

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น โดยปกติ คู่กรณีสามารถกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) คู่กรณีจึงมีสิทธิเลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทของตนได้ด้วย ซึ่งคู่กรณีก็ควรเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม รวมถึงมีความสามารถในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่ในบางกรณี คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจใช้สิทธิในการเลือกบุคคลที่จะมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการดังกล่าวไปในทางที่ไม่ควร โดยให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับตนหรือมีส่วนได้เสียในการวินิจฉัยข้อพิพาทมาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจส่งผลให้การระงับข้อพิพาทดำเนินไปโดยไม่เป็นธรรม หรือในบางกรณี อนุญาโตตุลาการอาจจะไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการวินิจฉัยข้อพิพาท จนเป็นเหตุให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

ในกรณีที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาตตุลาการดังกล่าว คู่กรณีสามารถแก้ไขเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาตตุลาการดังกล่าวได้ โดยขอให้อนุญาตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาจนกระทั่งมีคำชี้ขาดเสียก่อน แล้วจึงร้องขอให้ศาลทำลายคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ โดยอ้างว่าตนไม่สามารถต่อสู้คดีในชั้นอนุญาตตุลาการ หรือองค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา หรือกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่การแก้ไขเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาตตุลาการโดยการร้องขอให้ศาลทำลายคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้น อาจไม่ใช่วิธีการที่เป็นประโยชน์สำหรับคู่กรณีเสมอไป เพราะการปล่อยให้อนุญาตตุลาการที่ไม่เหมาะสมทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาด ย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากโดยไม่สมควรเพื่อการพิจารณาที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ

ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการในหลายประเทศและข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการหลายแห่งจึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถแก้ไขเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาตตุลาการได้อีกทางหนึ่ง คือ การคัดค้านอนุญาตตุลาการก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา เพื่อป้องกันไม่ให้ความไม่เหมาะสมของอนุญาตตุลาการเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาในทางกลับกัน กระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการก็อาจกลายเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาเสียเอง เนื่องจากการคัดค้านอนุญาตตุลาการก็มีกระบวนการและขั้นตอนที่ต้องดำเนินการแยกต่างหากจากการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี การคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงอาจทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น และในกรณีที่การคัดค้านอนุญาตตุลาการบรรลุผลก็ย่อมจะเป็นเหตุให้ตำแหน่งอนุญาตตุลาการว่างลง ทำให้ต้องดำเนินการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการแทน และยังเป็นผลให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ซึ่งทำให้คู่กรณีเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอีกเช่นกัน ดังนั้น การคัดค้านอนุญาตตุลาการจึงอาจกลายเป็นเครื่องมือให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้ในการทำลายหรือประวิงการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

ปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาตตุลาการ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านอนุญาตตุลาการ

เพื่อส่งเสริมกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการให้ดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ และในขณะเดียวกันก็ต้องศึกษาวิธีป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการทำลายหรือประวิงกระบวนการพิจารณาด้วย

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงเหตุผลและความจำเป็นของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ
2. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการต่างๆ
3. เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นมาตรการสำคัญในการส่งเสริมให้กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจึงควรดำเนินไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเช่นกัน เพื่อป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการทำลายหรือประวิงกระบวนการพิจารณา

## 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการต่างๆ ซึ่งได้แก่

1. กฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ
2. English Arbitration Act 1996
3. United States Federal Arbitration Act
4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี

5. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส
6. รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์
7. พระราชบัญญัติอนุญาตไต่สวนการ พ.ศ. 2545
8. ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ
9. ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการของสภาหอการค้านานาชาติ
10. ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการของศาลอนุญาตไต่สวนการระหว่างประเทศ ณ กรุงลอนดอน
11. ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการของสมาคมอนุญาตไต่สวนการอเมริกัน
12. ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการของศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ
13. ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาตไต่สวนการ สถาบันอนุญาตไต่สวนการ

### 1.5 วิธีการวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร โดยทำการศึกษาและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในประเทศ ข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการ กฎหมายระหว่างประเทศ ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ จากหนังสือ บทความ และสิ่งตีพิมพ์ในรูปแบบอื่นๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นของการคัดค้านอนุญาตไต่สวนการในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตไต่สวนการ
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ วิธีการ และปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการคัดค้านอนุญาตไต่สวนการตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการและข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการต่างๆ
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตไต่สวนการและข้อบังคับอนุญาตไต่สวนการในประเทศไทย ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคัดค้านอนุญาตไต่สวนการ

## บทที่ 2

### หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติ วิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีก็คือการฟ้องคดีต่อศาล โดยมีองค์คณะผู้พิพากษาผู้ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทำหน้าที่วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายนำสืบพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนและปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการฟ้องคดีต่อศาลก็มีข้อเสียอยู่มาก กล่าวคือ

1. การพิจารณาคดีของศาลมีขั้นตอนการดำเนินคดีหลายขั้นตอนและมีความซับซ้อนยุ่งยาก จึงทำให้คดีเกิดความล่าช้า และคู่กรณีก็อาจประวิงเวลาได้โดยง่าย
2. โดยปกติ การพิจารณาคดีในศาลต้องกระทำโดยเปิดเผย คู่กรณีจึงไม่สามารถรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทของตนจากบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องได้
3. การพิจารณาคดีในศาลที่ต้องมีการซักถามพยาน ถามค้าน หรือถามถึง อาจทำให้คู่กรณีเกิดความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และไม่อาจรักษาความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันได้
4. เสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ ค่าป่วยการพยาน และค่าใช้จ่ายอื่นๆ
5. ไม่สมประโยชน์ของคู่กรณี เพราะในบางกรณี ค่าเสียหายหรือค่าทนายความที่คู่กรณีได้รับตามคำพิพากษาของศาลอาจไม่ตรงกับจำนวนที่คู่กรณีต้องจ่ายไปจริง

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยการฟ้องคดีต่อศาลมีข้อเสียเป็นจำนวนมากดังกล่าว ในปัจจุบันจึงมีวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) นอกเหนือไปจากการฟ้องคดีต่อศาลที่คู่กรณีเลือกใช้เพื่อระงับข้อพิพาทของตน เช่น การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (compromise) การเจรจาตนเองระหว่างคู่กรณี (negotiation) การไกล่เกลี่ยกันโดยการชักจูงของบุคคลที่สาม (mediation) การประนีประนอมข้อพิพาทตามความเห็นของบุคคลที่สาม (conciliation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นต้น

การระงับข้อพิพาททางเลือกแต่ละวิธีดังกล่าวมีวิธีการ ขั้นตอน และรูปแบบในการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะพยายามหลีกเลี่ยงข้อเสียของการฟ้องคดีต่อศาล

ดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีความสำคัญที่สุดวิธีหนึ่งคือ การอนุญาโตตุลาการ เนื่องด้วยรูปแบบในการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการฟ้องคดีต่อศาลแต่มีข้อเสียน้อยกว่า โดยมีกฎหมายรองรับการดำเนินกระบวนการ และมีผลบังคับทางกฎหมายมากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีอื่นๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

## 2.1. ความหมายของการอนุญาโตตุลาการ

โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศมิได้กำหนดความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” เอาไว้ นักกฎหมายหลายท่านจึงได้ให้คำนิยามความหมายของการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ดังนี้

Martin Domke “การอนุญาโตตุลาการ คือ กระบวนการที่คู่กรณีสมัครใจยื่นข้อพิพาทของตนให้แก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลาง เรียกว่าอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถูกเลือกโดยคู่กรณี ให้วินิจฉัยข้อพิพาทตามหลักฐานและข้อโต้แย้งที่เสนอต่อคณะอนุญาโตตุลาการ โดยคู่กรณีได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเรียกว่า คำชี้ขาด จะเป็นที่ยอมรับว่าเป็นที่สุดและผูกพันตน”<sup>1</sup>

ศ. ดร. เสาวนีย์ อัครวโรจน์ “การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่คู่กรณีตกลงกันเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตให้บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ ให้ทำการพิจารณาชี้ขาดตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในการพิจารณา และคู่กรณีผูกพันที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นจากการระงับข้อพิพาทนั้น”<sup>2</sup>

ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร “กระบวนการพิจารณาเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งอาจมีมากกว่าสองฝ่าย ด้วยการส่งข้อพิพาทไปให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ได้รับแต่งตั้ง เพื่อให้

<sup>1</sup> Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration (Mundelein, Illinois: Callaghan, 1968), p. 1.

<sup>2</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 9.

เป็นผู้วินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า อนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาด (Award) ของ อนุญาโตตุลาการนั้นผูกมัดคู่กรณีเสมือนหนึ่งคำพิพากษาของศาล”<sup>3</sup>

Black's Law Dictionary “วิธีการระงับข้อพิพาทโดยบุคคลที่สามที่เป็นกลาง จำนวนหนึ่งคนหรือมากกว่า ตามที่คู่กรณีพิพาทตกลงกัน โดยให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของบุคคลเช่นว่า นั้นมีผลผูกพัน”<sup>4</sup>

อนึ่ง English Arbitration Act 1996 Section 1 ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการ ระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยสังเขป ดังนี้

“(ก) วัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการ คือ เพื่อได้รับการระงับข้อพิพาทที่ เป็นธรรมโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลาง โดยปราศจากความล่าช้าหรือค่าใช้จ่ายที่ไม่ จำเป็น

(ข) คู่กรณีย่อมมีเสรีภาพในการตกลงเกี่ยวกับวิธีการระงับข้อพิพาทของตน ทั้งนี้ ภายใต้อาตรการที่จำเป็นต่อการรักษาประโยชน์สาธารณะเท่านั้น...”<sup>5</sup>

## 2.2. ลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

จากนิยามความหมายของคำว่า “การอนุญาโตตุลาการ” ของนักกฎหมายหลายๆ ท่านดังกล่าว จึงอาจสรุปลักษณะสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้ว่าเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงของคู่กรณี โดยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณี ดังจะ กล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้

<sup>3</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 19.

<sup>4</sup> Bryan A. Garner (ed.), Black's Law Dictionary, 8<sup>th</sup> ed. (St. Paul: Thomson/ West, 2004), p. 112.

<sup>5</sup> English Arbitration Act 1996, Section 1

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

(b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguard as are necessary in the public interest...



### 2.2.1. เกิดจากความตกลงของคู่กรณี

โดยปกติ วิธีการระงับข้อพิพาททางกฎหมายโดยทั่วไปก็คือ การฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถใช้สิทธิเริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลได้โดยฝ่ายเดียว และเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายแล้ว ก็จะเป็นผลให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิเสธอำนาจของศาลที่มีเหนือข้อพิพาทนั้นได้ ดังนี้ ลักษณะสำคัญของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเหมือนกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ ก็คือ คู่กรณีทุกฝ่ายต้องมีความตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล กล่าวคือ ต้องมีสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement) ระหว่างคู่กรณีนั่นเอง

อย่างไรก็ดี กฎหมายในบางประเทศอาจกำหนดให้คู่กรณีในข้อพิพาทบางประเภทต้องทำการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล แม้ว่าคู่กรณีมิได้สมัครใจจะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและไม่มีสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีก็ตาม จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยผลบังคับของกฎหมาย (Compulsory Arbitration) ซึ่งศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้ให้ข้อสังเกตเอาไว้ว่า:

“รากศัพท์ของคำว่า Arbitration, Arbitrator ในภาษาอังกฤษ หรือ Arbitrage, Arbitre ในภาษาฝรั่งเศสนั้น แสดงถึงอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทตามใจของอนุญาโตตุลาการ ส่วนคำว่าอนุญาโตตุลาการในภาษาไทยนั้น แสดงถึงการตกลงกันของคู่กรณี ดังนั้น กระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทที่เรียกว่า Compulsory Arbitration อันเป็นการบังคับให้คู่กรณีต้องส่งเรื่องให้คณะบุคคลชี้ขาด ไม่ว่าจะสมัครใจหรือไม่ เช่น กรณีของการชี้ขาดข้อพิพาทแรงงานจึงไม่ใช่การอนุญาโตตุลาการ แต่เป็นการยืมศัพท์ไปใช้ซึ่งบางครั้งก็เรียกว่า Labor Arbitration ทั้งนี้ เพราะเทียบเคียงกับกรณีการอนุญาโตตุลาการปกติ คือ มีการชี้ขาดโดยบุคคลที่มีอำนาจและคำชี้ขาดนั้นผูกมัด แต่ขาดองค์ประกอบเรื่องความสมัครใจของคู่กรณี คำว่า Compulsory Arbitration นั้นหากแปลเป็นภาษาไทย คือ การอนุญาโตตุลาการโดยการบังคับแล้ว ก็จะทำให้เห็นได้ชัดว่ามีความขัดกันเองอยู่ในตัว”<sup>6</sup>

เกี่ยวกับรูปแบบของการทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศส่วนใหญ่จะบังคับให้สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็น

<sup>6</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สยามวิทยาลัยพัฒนา, 2540), หน้า 38.

หนังสือ<sup>7</sup> ซึ่งอาจหมายความรวมถึงการสื่อสารโต้ตอบกันทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยคู่กรณีอาจตกลงกันทำสัญญาอนุญาโตตุลาการกันล่วงหน้าก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณี หรืออาจตกลงกันภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้นแล้วก็ได้ (submission to arbitration) โดยสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏอยู่ในสัญญาหลัก (arbitration clause) หรืออาจเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถตกลงกันให้นำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหลักหรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้

เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการต้องอาศัยสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาท สัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีจึงต้องอยู่ในบังคับของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาในแต่ละประเทศด้วย เช่น ความสามารถในการทำสัญญาของคู่กรณี ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การตีความสัญญา เป็นต้น รวมถึงต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย

เมื่อเกิดสัญญาอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ระหว่างคู่กรณีแล้ว ย่อมเป็นการตัดสิทธิคู่กรณีในการนำข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนตามสัญญาอนุญาโตตุลาการไปฟ้องคดีต่อศาล และต้องดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแทน ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาล คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถคัดค้านการฟ้องคดีและขอให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อบังคับให้คู่กรณีปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการได้

อนึ่ง มีหลักกฎหมายสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ควรกล่าวถึง คือ หลักการแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลัก (Doctrine of Separability หรือ Severability) ที่ถือว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาหลัก แม้ว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีจะมีลักษณะเป็นข้อสัญญา

---

<sup>7</sup> Model Law, Article 11; English Arbitration Act 1996, Section 5; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1443; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1035; รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 178; United States Federal Arbitration Act, Section 2 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11

อนุญาโตตุลาการที่อยู่ในสัญญาหลักก็ตาม ความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงเป็นอิสระจากความสมบูรณ์ของสัญญาหลัก ดังนี้ แม้ในกรณีที่สัญญาหลักตกเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด คู่กรณีก็ยังคงผูกพันและมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการต่อไป

ผลของการแยกสัญญาอนุญาโตตุลาการออกจากสัญญาหลักดังกล่าว ทำให้เกิดประโยชน์ในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณี กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอ้างความเป็นโมฆะหรือการไม่สามารถบังคับได้ของสัญญาหลักเพื่อทำลายความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการได้โดยฝ่ายเดียว ซึ่งการกล่าวอ้างดังกล่าวอาจเป็นการกระทำเพื่อประวิงเวลาในการระงับข้อพิพาท หรือเพื่อตัดอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรแล้วนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลแทน

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อพิพาทที่คู่กรณีจะตกลงให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่า ข้อพิพาทนั้นต้องเป็นข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ (arbitrability) เท่านั้น ทั้งนี้ การพิจารณาข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการอาจแตกต่างกันไปตามแต่กฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งโดยปกติ ประเทศส่วนใหญ่จะถือว่าข้อพิพาททางการค้าเป็นข้อพิพาทที่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ ส่วนข้อพิพาทที่ไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการ (non-arbitrability) อาจได้แก่ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา หรือข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของรัฐ เช่น สถานะของบุคคล การผูกขาดทางการค้า หรือการลงทุนในสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานและทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ เป็นต้น

## 2.2.2. มีการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

นอกจากคู่กรณีในข้อพิพาทแล้ว การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการยังจำเป็นต้องมีบุคคลที่สาม ที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ (arbitrator) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคู่กรณีเพื่อเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทด้วย

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้หลายวิธี เช่น การระบุชื่อโดยชัดเจนว่าจะให้บุคคลใดเป็นอนุญาโตตุลาการ การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นอนุญาโตตุลาการ การกำหนดวิธีการ

เลือกอนุญาโตตุลาการ หรือตกลงกันให้บุคคลอื่นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน คู่กรณี (appointing authority) และในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันเรื่องการแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการได้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็อาจกำหนดให้คู่กรณีสามารถยื่นคำ ร้องต่อศาลให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณีก็ได้<sup>8</sup> อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์ในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย ผู้ที่จะทำ หน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการควรเป็นบุคคลภายนอกที่มีความอิสระและความเป็นกลาง มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีคุณสมบัติเท่าที่จำเป็นในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่ คู่กรณีได้อย่างเหมาะสม

คณะอนุญาโตตุลาการ (arbitral tribunal) อาจมีจำนวนเพียงหนึ่งคนหรือ มากกว่า ทั้งนี้ ข้อดีของอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator) ก็คือการประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจากคู่กรณีไม่ต้องจ่ายค่าปฎิการให้อนุญาโตตุลาการหลายคน และกระบวนการอาจมี ความรวดเร็ว เพราะการนัดหมายอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวย่อมง่ายกว่าการนัดหมาย อนุญาโตตุลาการหลายคน แต่หากข้อพิพาทที่ต้องพิจารณามีประเด็นพิพาทมากหรือมีปัญหา ซับซ้อน การพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการคนเดียวก็อาจเป็นการลำบากและก่อให้เกิดความล่าช้า ได้เช่นกัน ในทางตรงกันข้าม คณะอนุญาโตตุลาการหลายคนอาจทำให้คู่กรณีต้องเสียค่าปฎิการ อนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้น ซึ่งอาจไม่เหมาะสมต่อข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์พิพาทเป็นจำนวนไม่มากนัก ทั้งยังอาจต้องใช้เวลาในกระบวนการพิจารณามากกว่า แต่ก็มีข้อดี คือ การวินิจฉัยข้อพิพาท ย่อมจะดำเนินไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากกว่าอนุญาโตตุลาการคนเดียว เพราะ อนุญาโตตุลาการสามารถปรึกษากันในระหว่างการดำเนินการพิจารณาได้

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็น จำนวนเลขคู่ หากอนุญาโตตุลาการมีความเห็นต่างกันเป็นสองฝ่ายเท่าๆ กัน ก็อาจเป็นปัญหาให้ การดำเนินการพิจารณาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ดังนี้ กฎหมายว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการในบางประเทศจึงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วย

<sup>8</sup> Model Law, Article 11; English Arbitration Act 1996, Section 18; ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1444 และ 1493; ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1035; รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชน ระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 179; United States Federal Arbitration Act, Section 5 และ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 18.

อนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ และแม้ว่าคู่กรณีจะได้ตกลงกันให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนเลขคู่ก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็อาจกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนเพื่อทำหน้าที่เป็นประธานอนุญาโตตุลาการ<sup>9</sup>

กล่าวถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น โดยปกติอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นไปตามที่คู่กรณีกำหนด ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ทำให้คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการ นับตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนภาษาที่ใช้ในการพิจารณา<sup>10</sup>

อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาของคู่กรณีดังกล่าว เป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมมากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกรื่นๆ เนื่องจากทำให้กระบวนการพิจารณามีความยืดหยุ่น ไม่เคร่งครัด คู่กรณีจึงสามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาให้เกิดความสะดวกแก่คู่กรณีและเหมาะสมต่อข้อพิพาทได้ อย่างไรก็ตาม อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาของคู่กรณีดังกล่าวมิใช่อำนาจโดยเด็ดขาด กล่าวคือกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอาจมีบทบัญญัติอันเป็นบทบังคับ (mandatory provisions) เป็นข้อจำกัดอำนาจดังกล่าว ทำให้คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาให้ขัดต่อบทบัญญัติอันเป็นบทบังคับดังกล่าวได้

หากคู่กรณีไม่ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการว่าจะให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเพียงใด อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจดำเนินกระบวนการได้ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ หลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการของอนุญาโตตุลาการ คือ หลักการดำเนินกระบวนการโดยชอบหรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) ซึ่งหมายความว่า การดำเนินกระบวนการโดยพิทักษ์สิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ ต้องรับฟังคดีของทั้งสองฝ่าย คือ ให้โอกาสคู่ความในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนอย่างเสมอกัน แต่ไม่

<sup>9</sup> English Arbitration Act 1996, Section 15; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1454 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 17.

<sup>10</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 138.

จำเป็นต้องใช้เวลาเท่าๆ กันในการนำสืบคดี เพราะความจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาอาจไม่เท่ากัน ข้อสำคัญต้องให้โอกาสเพียงพอแก่คู่ความที่จะสืบคดีข้างของตน<sup>11</sup>

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น เช่น ข้อพิพาทนั้นไม่อยู่ในบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณี การตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ชอบ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นโมฆะหรือไม่สามารถบังคับได้นั้น อนุญาโตตุลาการก็ยังมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อโต้แย้งดังกล่าวได้ ตามหลักอำนาจในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (*competence de la competence*) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประวิงเวลาในการระงับข้อพิพาทหรือพยายามนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลแทนโดยไม่มีเหตุอันสมควร

### 2.2.3. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพันคู่กรณี

ลักษณะประการสำคัญที่ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นๆ ก็คือ ความเป็นที่สุดและผูกพันของคำชี้ขาด (*final and binding of arbitral awards*) ทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำชี้ขาดทันที โดยไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดต่อศาลได้ ทั้งนี้ หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจหรือเหตุผลในการวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้

ในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อสังเกตว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นในประเทศหนึ่งสามารถนำไปบังคับในต่างประเทศได้ด้วย โดยผลของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) ซึ่งทำสำเร็จลงในที่ประชุมของสหประชาชาติ เมื่อ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ณ นครนิวยอร์ก จึงมักเรียกสั้นๆ ว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (*New York Convention*) โดยในปัจจุบันมีรัฐภาคีถึง 142 ประเทศ<sup>12</sup>

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

<sup>12</sup> ข้อมูลจาก [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html) เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2550.

อนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลในรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการรวมถึงคำชี้ขาดที่ทำขึ้นในต่างประเทศ โดยมีข้อยกเว้นเพียงบางประการเท่านั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในประเทศหนึ่งจึงผูกพันคู่กรณีและสามารถนำไปบังคับในต่างประเทศได้ด้วย ส่วนข้อยกเว้นที่ศาลสามารถปฏิเสธการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดก็ถูกจำกัดเอาไว้เพียงกรณีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (Due Process) หรือข้อพิพาทนั้นไม่สามารถระงับได้โดยการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายของประเทศที่ขอให้มีการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาด (non-arbitrability) หรือการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย (Public Policy) ของประเทศนั้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปบังคับในต่างประเทศได้ดีกว่าคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้รับความนิยมมากกว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ

### 2.3. กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะมีผลผูกพันและสามารถบังคับต่อคู่กรณีได้มากน้อยเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทั้งหลาย โดยการพิจารณาว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการนั้นๆ หรือไม่

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งออกได้เป็น 4 ระดับ ได้แก่ ความตกลงของคู่กรณี ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้ กฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนี้

#### 2.3.1. ความตกลงของคู่กรณี

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างคู่กรณี โดยคู่กรณีสามารถตกลงกันกำหนดขั้นตอนและรายละเอียดของการ

ดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เอง ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ หรือภาษาที่ใช้ในการพิจารณา ตามหลักการมีอำนาจในตัวเอง ของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา ที่คู่กรณีได้ตกลงกันเอาไว้จึงถือเป็นกฎเกณฑ์ที่สูงที่สุดในการดำเนินกระบวนการ อนุญาโตตุลาการ และต้องได้รับการพิจารณาและปฏิบัติตามเป็นประการแรก

อย่างไรก็ดี หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าว ไม่ใช่อำนาจโดยเด็ดขาดของคู่กรณี แต่การกำหนดขั้นตอนและรายละเอียดของการดำเนิน กระบวนการพิจารณาระหว่างคู่กรณียังต้องอยู่ใต้ข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการ เช่น หลัก กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (public policy) และหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดย ซอบ (due process) ของกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งเป็นผลบังคับทางอ้อมของอนุสัญญา นิวยอร์กดังจะกล่าวต่อไป ดังนี้ หากความตกลงของคู่กรณีขัดต่อหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยและหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยซอบ ก็อาจทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการ การ ดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถบังคับแก่คู่กรณีได้

นอกจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และหลักการดำเนินกระบวนการ พิจารณาโดยซอบแล้ว กฎหมายภายในของแต่ละประเทศยังอาจมีบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ (mandatory provisions) ซึ่งคู่กรณีไม่สามารถทำความตกลงกันให้ต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติ ได้ ตัวอย่างเช่น English Arbitration Act 1996 ซึ่งได้กำหนดเอาไว้ใน Section 4(1) และ Schedule 1 ว่าบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ ได้แก่ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

1. การหยุดกระบวนการพิจารณาในศาล (stay of legal proceedings)
2. อำนาจของศาลในการขยายระยะเวลาที่คู่กรณีตกลงกัน (power of court to extend agreed time limits)
3. การใช้กฎหมายว่าด้วยอายุความ (application of Limitation Acts)
4. อำนาจศาลในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ (power of court to remove arbitrator)
5. ผลของการตายของอนุญาโตตุลาการ (effect of death of arbitrator)
6. ความรับผิดชอบของคู่กรณีในค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ (liability of parties for fees and expenses of arbitrators)
7. ความคุ้มกันของอนุญาโตตุลาการ (immunity of arbitrator)



8. การคัดค้านอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (objection to substantive jurisdiction of tribunal)
9. การกำหนดอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในเบื้องต้น (determination of preliminary point of jurisdiction)
10. หน้าที่โดยทั่วไปของคณะอนุญาโตตุลาการ (general duty of tribunal)
11. ค่าใช้จ่ายที่ถือเป็นค่าใช้จ่ายของอนุญาโตตุลาการ (items to be treated as expenses of arbitrators)
12. หน้าที่โดยทั่วไปของคู่กรณี (general duty of parties)
13. การเรียกพยาน (securing the attendance of witnesses)
14. อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการยึดถือคำชี้ขาดในกรณีที่ไม่ได้รับค่าป่วยการ (power to withhold award in case of non-payment)
15. ผลบังคับของข้อตกลงในการรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายไม่ว่าในกรณีใด (effectiveness of agreement for payment of costs in any event)
16. การบังคับตามคำชี้ขาด (enforcement of award)
17. การคัดค้านคำชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการและการผิดระเบียบร้ายแรง (challenging the award: substantive jurisdiction and serious irregularity)
18. ซ้อยกเว้นเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่ไม่มีส่วนในกระบวนการพิจารณา (saving for rights of person who takes no part in proceedings)
19. การเสียสิทธิในการคัดค้าน (loss of right to object)
20. ความคุ้มกันของสถาบันอนุญาโตตุลาการและผู้ที่เกี่ยวข้อง (immunity of arbitral institutions, &c.)
21. การเรียกเก็บเงินเป็นประกันค่าทนายความ (charge to secure payment of solicitors' costs)

### 2.3.2. ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกใช้

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น นอกจากการดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาตามความตกลงของคู่กรณีเป็นการเฉพาะกิจ (ad hoc arbitration) แล้ว เพื่อประโยชน์ในการกำหนดกระบวนการพิจารณาให้มีความสะดวกและรวดเร็ว คู่กรณียังสามารถดำเนินการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ได้ (institutional arbitration) โดยการเลือกใช้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (arbitration rules) ที่

สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างๆ กำหนดขึ้น และเมื่อคู่กรณีเลือกให้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการใดแล้ว ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีด้วย<sup>13</sup>

### 2.3.2.1. ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสำหรับการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ

ในอดีต การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจในแต่ละข้อพิพาทนั้น คู่กรณีต้องทำความตกลงกันเกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกขั้นตอน ซึ่งมีข้อดี คือ คู่กรณีสามารถตกลงในรายละเอียดของการดำเนินกระบวนการได้ตามความต้องการของตนและตามความเหมาะสมของข้อพิพาท และสามารถรักษาความลับระหว่างคู่กรณีได้ง่าย เพราะมีผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาน้อยกว่า ทั้งยังประหยัดค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียให้กับสถาบันอนุญาโตตุลาการ แต่มีข้อเสียคือ การตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอาจทำให้คู่กรณีเสียเวลามากและอาจเปิดช่องให้มีการประวิงเวลาได้ง่าย เพราะการตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีรายละเอียดปลีกย่อยเป็นจำนวนมากจำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากคู่กรณีทุกฝ่าย และหากคู่กรณีไม่สามารถทำความตกลงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ คู่กรณีก็ต้องย้อนกลับไปใช้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศบังคับแก่การดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งอาจจะไม่สะดวกแก่คู่กรณีหรือไม่เหมาะสมต่อข้อพิพาทของตน

ด้วยข้อเสียของการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจดังกล่าว คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) จึงได้จัดทำข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนขึ้น (UNCITRAL Rules) เมื่อวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 1976 โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเอาไว้โดยละเอียดทุกขั้นตอน ตั้งแต่การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และการทำคำชี้ขาด รวมถึงตัวอย่างข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการนำไปอ้างอิงหรือดัดแปลงแก้ไขเพื่อใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจได้โดยสะดวก

ผู้ที่ยกร่างของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL คือ Pieter Sanders ศาสตราจารย์กฎหมายชาวเนเธอร์แลนด์ แห่งมหาวิทยาลัย Erasmus เมือง Rotterdam การที่ศาสตราจารย์ Sanders ยกร่างข้อบังคับนี้ โดยให้ทำเป็นข้อบังคับสำหรับการอนุญาโตตุลาการ

<sup>13</sup> Model Law, Article 2(e) และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 6

เฉพาะกิจ เป็นการเปิดช่องให้สามารถลดค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียให้กับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคิดค่าบริการในการบริหารการอนุญาโตตุลาการ นอกเหนือจากค่าธรรมเนียมของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนับว่าเป็นการสมประโยชน์ของประเทศด้อยพัฒนา ซึ่งไม่ประสงค์จะจ่ายและมีกำลังที่จะจ่ายน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่ามีค่าใช้จ่ายแฝงซ่อนอยู่ในการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจมาก เพราะในที่สุดคู่กรณีก็ต้องควักเงินจ่ายให้กับผู้ที่มาทำหน้าที่เลขานุการของการอนุญาโตตุลาการเอง อีกทั้งการอนุญาโตตุลาการอาจกินเวลานานกว่าที่ทำโดยสถาบัน ทำให้ต้องเสียเวลาของคนที่มีความสามารถ ซึ่งต้องมาติดอยู่ในการอนุญาโตตุลาการที่ยืดออกไป เพราะความหย่อนสมรรถภาพของการบริหารการอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ<sup>14</sup>

แม้ว่า UNCITRAL Rules จะถูกร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อใช้ในการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ แต่ศาสตราจารย์ Pieter Sanders ก็ได้ร่าง UNCITRAL Rules ขึ้นโดยให้มีลักษณะที่เป็นสากล และคาดว่าจะเป็นที่ยอมรับทั้งในประเทศทุนนิยมและประเทศสังคมนิยม ทั้งในประเทศพัฒนาแล้วหรือประเทศกำลังพัฒนา รวมถึงทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์<sup>15</sup> สถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งทั่วโลกจึงได้นำ UNCITRAL Rules ไปดัดแปลงเป็นข้อบังคับของตน นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งยังรับบริหารการอนุญาโตตุลาการหรือรับเป็นผู้นำที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (appointing authority) ให้แก่คู่กรณีที่เลือกใช้ UNCITRAL Rules อีกด้วย

### 2.3.2.2. ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสำหรับการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบัน

การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันนั้น ทำได้โดยคู่กรณีเลือกข้อบังคับ (Rules) ของสถาบัน สถาบันก็จะเข้ามาช่วยตั้งแต่ตอนรับฟ้อง แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดี ทำสำนวนเก็บสำนวน ช่วยติดต่อตัวความและอนุญาโตตุลาการ บันทึกการพิจารณาคดี จนถึงขั้นมีคำตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการ แล้วเก็บค่าชี้ขาดเข้าสำนวน ตลอดจนจนเอาคำชี้ขาดนั้นไปจดทะเบียนเพื่อผลบังคับทางกฎหมายของประเทศนั้นเอง และยังช่วยในกรณีของการบังคับตามคำชี้ขาดโดยจัดหาเอกสารอันจำเป็นแก่คู่ความ เช่น สำเนาคำชี้ขาด คำแปลถ้ามี สถาบันปกติเก็บค่าธรรมเนียมใน

<sup>14</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 175.

<sup>15</sup> Pieter Sanders, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules" in Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), p. 173.

การช่วยทำงานเหล่านี้ให้แก่คู่ความ เรียกว่า ค่าบริหาร (Administration Fee) และบางครั้งก็ยังช่วยกำหนดและเรียกเก็บค่าปวดยการของอนุญาโตตุลาการ<sup>16</sup>

ลักษณะการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว ทำให้การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันมีความสะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีสถาบันคอยกำกับดูแลกระบวนการพิจารณาให้ดำเนินไปโดยราบรื่น โดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเชี่ยวชาญ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจึงไม่อาจประวิงเวลาได้โดยง่าย และในบางครั้ง สถาบันอนุญาโตตุลาการยังคอยตรวจสอบความถูกต้องของการดำเนินกระบวนการให้อีกด้วย แต่การอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอาจมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจมาก เนื่องจากต้องเสียค่าบริหารให้แก่สถาบัน รวมถึงค่าปวดยการอนุญาโตตุลาการก็มักจะสูงกว่าการอนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ เนื่องจากสถาบันส่วนใหญ่จะคำนวณค่าปวดยการอนุญาโตตุลาการจากทุนทรัพย์พิพาท (*ad valorem*)

ทั้งนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ได้แก่

1. สภาหอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce หรือ ICC) การอนุญาโตตุลาการโดยสภาหอการค้านานาชาติอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสภาหอการค้านานาชาติ (International Court of Arbitration หรือ ICC Court) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในกรุงปารีส ตั้งแต่ ค.ศ. 1923 ทั้งนี้ ศาลดังกล่าวมิใช่ศาลภายในของประเทศ แต่เป็นเพียงหน่วยงานที่ทำหน้าที่บริหารการระงับข้อพิพาทให้แก่สภาหอการค้านานาชาติเท่านั้น

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้านานาชาติฉบับล่าสุด (ICC Rules of Arbitration หรือ ICC Rules) ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1998 มีลักษณะเด่นสองประการ ประการแรก คือ การจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Terms of Reference)<sup>17</sup> เพื่อประโยชน์ในการกำหนดแนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ระบุรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับข้อพิพาท เช่น ชื่อและที่

<sup>16</sup> พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ข้อพิจารณา ด้านกฎหมาย: ลักษณะทางกฎหมายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ, จุฬาลงกรณ์วารสาร 17, 66 (มค. - มีค. 2548), หน้า 71-72.

<sup>17</sup> ICC Rules, Article 18.

อยู่ของคู่กรณีและอนุญาโตตุลาการ ข้อเรียกร้องและคำขอของคู่กรณีโดยย่อ สถานที่ทำการ อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดประเด็นข้อพิพาทเอาไว้ใน ข้อตกลงดังกล่าวได้ หากเห็นว่าเป็นการเหมาะสม และประการที่สอง คือการตรวจสอบคำชี้ขาด (Scrutiny of the Award)<sup>18</sup> โดยศาลอนุญาโตตุลาการแห่งสหภาพการค้านานาชาติ ทั้งนี้ การ ตรวจสอบคำชี้ขาดดังกล่าวจำกัดเฉพาะการตรวจสอบรูปแบบของคำชี้ขาดหรือความถูกต้องใน การพิมพ์หรือการคำนวณเท่านั้น โดยไม่มีการแทรกแซงเหตุผลในการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ แต่อย่างใด<sup>19</sup>

2. ศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ณ กรุงลอนดอน (London Court of International Arbitration หรือ LCIA) เดิมใช้ชื่อว่า สภาอนุญาโตตุลาการแห่งกรุงลอนดอน (The City of London Chamber of Arbitration) ก่อตั้งขึ้นในกรุงลอนดอนตั้งแต่ ค.ศ. 1892 จึงนับเป็น สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เก่าแก่ที่สุด มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการฉบับล่าสุด (LCIA Arbitration Rules หรือ LCIA Rules) ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1998

3. สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกัน (American Arbitration Association หรือ AAA) ก่อตั้งขึ้นในค.ศ. 1926 มีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (AAA Commercial Arbitration Rules หรือ AAA Rules) แก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 2005 และยังมี ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสำหรับข้อพิพาทต่างๆ เป็นการเฉพาะอีกจำนวนมาก เช่น ข้อพิพาททาง แรงงาน ประกันภัย การก่อสร้าง ทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น และยังเปิดศูนย์ระงับข้อพิพาท ระหว่างประเทศ (International Centre of Dispute Resolution หรือ ICDR) ในกรุงนิวยอร์กและ ดับลิน เพื่อสนับสนุนการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยเฉพาะ

นอกจากนี้ สมาคมอนุญาโตตุลาการอเมริกันยังได้ร่วมมือกับสมาคมทนายความ อเมริกัน (American Bar Association หรือ ABA) ในการจัดทำประมวลจริยธรรม อนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ (Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes หรือ ABA/AAA Code) ขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1977 และแก้ไขครั้งล่าสุดให้มีผล

<sup>18</sup> ICC Rules, Article 27.

<sup>19</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2004), pp. 62-63.

บังคับเมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2004 เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกาภายใต้การดูแลของสถาบันอีกด้วย

4. สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thai Arbitration Institute) เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งแรกของประเทศไทย ก่อตั้งขึ้นใน พ.ศ. 2533 เดิมชื่อ สำนักงานอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในขณะนั้นอยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงยุติธรรม ต่อมามีการแยกสถาบันศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม ปัจจุบันจึงอยู่ภายใต้การบริหารโดยสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม และมีข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ เริ่มใช้เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2546 และยังสามารถจัดทำประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการภายใต้การดูแลของสถาบันเช่นกัน

5. ศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (International Centre for Settlement of Investment Disputes หรือ ICSID) ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1966 ตามอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ทำให้นักลงทุนสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการกับรัฐได้ด้วยตนเองโดยตรง และไม่จำเป็นต้องขอความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) จากรัฐที่ตนมีสัญชาติอยู่เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตนกับรัฐ<sup>20</sup> โดยศูนย์ฯ ดังกล่าวมีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings หรือ ICSID Rules) แก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 2006

### 2.3.3. กฎหมายภายในประเทศ

หากจะพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการทุกประเภทแล้ว จะพบว่า กฎหมายภายในประเทศเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการเพียงประเภทเดียวที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย ดังนี้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการประเภทอื่นๆ จะมีผลบังคับต่อคู่กรณีได้มาน้อยเพียงโดยอ้อมเป็นไปตามที่กฎหมายภายในประเทศบัญญัติเอาไว้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศจึงมี

<sup>20</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 65-66.

หน้าที่บังคับให้ความตกลงระหว่างคู่กรณีมีผลผูกพันตามกฎหมายประการหนึ่ง และมีหน้าที่ในการทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้ต่อคู่กรณีได้จริง อีกประการหนึ่ง หน้าที่ดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศส่วนใหญ่ประกอบด้วยเนื้อหาดังต่อไปนี้

1. การรับรองความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ
2. ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยกำหนดการดำเนินกระบวนการพิจารณาเอาไว้ในกฎหมาย เพื่อให้บังคับในกรณีที่คู่กรณีไม่สามารถทำความตกลงกันในกระบวนการพิจารณาได้
3. ให้สถาบันศาลผู้ใช้อำนาจทางตุลาการสนับสนุนการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การแต่งตั้งและถอดถอนอนุญาโตตุลาการ การใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว การสืบพยาน และการบังคับตามคำชี้ขาด โดยไม่เป็นการแทรกแซงการวินิจฉัยข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ

แม้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศส่วนใหญ่จะบัญญัติถึงเนื้อหาดังกล่าวเอาไว้ แต่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่มาก เนื่องด้วยความแตกต่างทางระบบกฎหมายและประวัติศาสตร์ของการอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศ แต่ในปัจจุบัน เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการถูกนำไปใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก การอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทระหว่างประเทศจึงอาจต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งประเทศ และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกันก็ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ จึงเกิดแนวคิดในการจัดทำกฎหมายภายในของแต่ละประเทศให้มีรูปแบบที่สอดคล้องกัน เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว คณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) จึงได้จัดทำกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ (Model Law on International Commercial Arbitration หรือ Model Law) เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1985 เพื่อให้ประเทศต่างๆ นำไปใช้เป็นเครื่องมือในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนให้ทันสมัยและมีความเป็นเอกภาพ

กฎหมายต้นแบบดังกล่าวรองรับหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) เพื่อให้คู่กรณีสามารถกำหนดวิธีพิจารณาให้ตรงกับความต้องการของตนเองและเหมาะสมแก่ข้อพิพาท ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่เคร่งครัดตายตัวเกินไป แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายต้นแบบยังเปิดโอกาสให้ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ด้วยหลักความสงบเรียบร้อย (Public Policy) และหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (Due Process) จึงมีประเทศต่างๆ นำกฎหมายต้นแบบไปใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของตนเป็นจำนวนมากถึง 58 ฉบับ<sup>21</sup> ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยด้วย นอกจากนี้ กฎหมายต้นแบบยังมีอิทธิพลต่อการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศอื่นๆ ที่มีได้นำกฎหมายต้นแบบไปใช้โดยตรงอีกด้วย

#### 2.3.4. กฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือสำคัญในการทำให้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศมีความสอดคล้องกัน ดังที่มีผู้กล่าวว่า วิธีที่มีประสิทธิภาพที่สุดในการสร้างระบบกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศก็คือ การใช้อนุสัญญาระหว่างประเทศ (และโดยวิธีใหม่ คือ การใช้กฎหมายต้นแบบ) อนุสัญญาระหว่างประเทศจึงทำหน้าที่เชื่อมระบบกฎหมายภายในของรัฐเข้าด้วยกันจนเป็นเครือข่ายทางกฎหมาย ซึ่งแม้จะมีถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>22</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ ได้แก่

1. พิธีสารว่าด้วยข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1923 หรือพิธีสารเจนีวา (Protocol on Arbitration Clauses, 1923 หรือ Geneva Protocol) จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 24

<sup>21</sup> ข้อมูลจาก [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985\\_Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration_status.html) เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2550.

<sup>22</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 78.



กันยายน ค.ศ. 1923 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1924<sup>23</sup> นับเป็นสนธิสัญญา ระหว่างประเทศฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ เริ่มร่างขึ้นโดยสภาหอการค้านานาชาติ (ICC) และได้รับการสนับสนุนจากองค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้รัฐภาคียอมรับและบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ<sup>24</sup>

2. อนุสัญญาว่าด้วยการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่าง ประเทศ หรืออนุสัญญาเจนีวา (Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, 1927 หรือ Geneva Convention) จัดทำขึ้นโดยองค์การสันนิบาตชาติ เมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1927 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1929<sup>25</sup> มีวัตถุประสงค์เพื่อขยายผลในการ บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำใน ต่างประเทศด้วย

ตามอนุสัญญาดังกล่าว รัฐภาคีต้องรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำลงในรัฐ ภาคีอื่น เมื่อคำชี้ขาดนั้นทำขึ้นตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่สมบูรณ์ และเป็นคำชี้ขาดในเรื่อง ซึ่งตามกฎหมายของประเทศที่มีการขอให้บังคับตามนั้น อาจระงับข้อพิพาทนั้นได้ด้วยการ อนุญาโตตุลาการ ตัวคณะอนุญาโตตุลาการต้องตั้งตามความประสงค์ของคู่กรณีและคำชี้ขาดนั้น ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดนั้นถึงที่สุดแล้วในประเทศที่มี คำชี้ขาด และต้องไม่มีกระบวนการพิจารณาว่าด้วยการทำลายคำชี้ขาดนั้นค้างอยู่ในศาล อีกทั้งคำชี้ ขาดนั้นเองไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศที่จะมีการบังคับตาม ควรสังเกตด้วยว่าหากมี ข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาก่อนทำคำชี้ขาด คำชี้ขาดนั้นอาจไม่ได้รับการรับรองและบังคับ ตาม<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Hans Smit and Vratislav Pechota, International Arbitration Treaties (USA: Sweet & Maxwell, 1998), p. 4.

<sup>24</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., pp. 79-80.

<sup>25</sup> Hans Smit and Vratislav Pechota, International Arbitration Treaties (USA: Sweet & Maxwell, 1998), p. 22.

<sup>26</sup> พิชัยศักดิ์ หรยวงกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 48-49.

อย่างไรก็ดี ในการบังคับตามคำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวยังมีปัญหาในทางปฏิบัติคือ การบังคับซ้ำสอง (*double exequatur*) เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะนำคำชี้ขาดไปบังคับในต่างประเทศ ต้องนำคำชี้ขาดไปรับการรับรองโดยศาลของประเทศที่คำชี้ขาดนั้นได้ทำขึ้นเสียก่อน ว่าเป็นคำชี้ขาดที่ถึงที่สุดแล้ว จึงจะสามารถนำคำชี้ขาดไปขอบังคับในศาลต่างประเทศได้<sup>27</sup> โดยคู่กรณีที่จะขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามอนุสัญญาดังกล่าว<sup>28</sup>

3. อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญานิวยอร์ก (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958 หรือ New York Convention*) จัดทำขึ้นเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1956 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1959<sup>29</sup> โดยองค์การสหประชาชาติ จากการริเริ่มของสภาหอการค้านานาชาติ (ICC) เพื่อแก้ไขปัญหาในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพิธีสารเจนีวาและอนุสัญญาเจนีวา<sup>30</sup> ทั้งนี้ ประเทศที่เป็นรัฐภาคีตามอนุสัญญานิวยอร์กจะสิ้นความผูกพันตามพิธีสารเจนีวาและอนุสัญญาเจนีวาทันที<sup>31</sup>

ตามอนุสัญญาดังกล่าว รัฐภาคีจะรับรองและบังคับตามคำชี้ขาดที่ทำขึ้นตามกฎหมายวิธีพิจารณาของดินแดนที่มีการทำคำชี้ขาด ฝ่ายที่ขอให้บังคับตามคำชี้ขาดเพียงแต่ยื่นสำเนาคำชี้ขาดที่มีการรับรองว่าถูกต้อง อีกทั้งตัวสำเนาของข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการก็พอแล้ว กล่าวคือ การรับรองคำชี้ขาดนั้นไม่ต้องทำโดยคำพิพากษาในศาลในประเทศที่มีคำชี้ขาดเกิดขึ้น จึงเป็นการหลีกเลี่ยงข้อบกพร่องที่มีอยู่ในอนุสัญญากรุงเจนีวา 1927 ซึ่งต้องมีคำบังคับสองซ้ำ ส่วนหลักอื่นๆ โดยทั่วไปเหมือนกับอนุสัญญานครเจนีวา ค.ศ. 1927<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Hans Smit and Vratislav Pechota, *International Arbitration Treaties*, p. 19.

<sup>28</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4<sup>th</sup> ed., p. 80.

<sup>29</sup> Hans Smit and Vratislav Pechota, *International Arbitration Treaties*, p. 42.

<sup>30</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4<sup>th</sup> ed., p. 80.

<sup>31</sup> New York Convention, Article VII

<sup>32</sup> พิษัยศักดิ์ หรยางกูร, *พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ*, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 49.

4. อนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States หรือ ICSID Convention) จัดทำเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1965 โดยความอนุเคราะห์จากธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา หรือธนาคารโลก (International Bank for Reconstruction and Development, IBRD หรือ World Bank) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 อนุสัญญานี้ได้ก่อตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (ICSID) ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่นโดยไม่ใช้กฎหมายภายในของรัฐนั้นและเพื่อไม่ให้รัฐปฏิบัติมาตรการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญาวอชิงตันจึงถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี โดยรัฐภาคีต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดเสมือนหนึ่งเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลภายในรัฐนั้น<sup>33</sup>

ศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้อธิบายถึงผลบังคับของอนุสัญญานี้เอาไว้ว่า “อนุสัญญานี้ไม่มีผลเป็นการผูกมัดโดยการให้รัฐต้องยอมรับการอนุญาโตตุลาการตามสัญญานี้ และรัฐต้องยอมรับโดยความตกลงชัดแจ้งกับผู้ลงทุนอีกชั้นหนึ่ง การอนุญาโตตุลาการภายใต้สัญญานี้จึงจะมีผลบังคับ แต่ครั้งหนึ่งเมื่อมีการอนุญาโตตุลาการตามสัญญานี้แล้ว รัฐภาคีทั้งหลายต้องบังคับตาม ต่อมาในระยะหลังได้มีความพยายามจากกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วผลักดันให้มีการใช้การอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญานี้โดยการระบุไว้ในความตกลงทวิภาคีเพื่อสนับสนุนหรือคุ้มครองการลงทุนว่าการระงับข้อพิพาทในการลงทุนต้องทำตามอนุสัญญากรวงวอชิงตันนี้ จึงทำให้รัฐมีข้อผูกพันต้องทำความตกลงกับผู้ลงทุนเพื่อใช้การอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญากรวงวอชิงตัน

ลักษณะเด่นสำคัญของประการของอนุสัญญากรวงวอชิงตันก็คือ ประการแรก ผู้ลงทุนที่ถือสัญชาติต่างประเทศอาจเป็นกิจการที่มาจดทะเบียนในประเทศของผู้รับการลงทุน แต่คู่กรณีตกลงให้เป็นนิติบุคคลต่างประเทศ และประการที่สอง ประเทศเจ้าของการลงทุนได้สละสิทธิที่จะใช้วิธีการทางทฤษฎีเพื่อจะคุ้มครองผู้ลงทุน แต่ต้องใช้การอนุญาโตตุลาการตามอนุสัญญากรวงวอชิงตันแทน”<sup>34</sup>

<sup>33</sup> ICSID Convention, Article 53 และ 54.

<sup>34</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 50.

## 2.4. ลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การอนุญาโตตุลาการ เป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากความตกลงของคู่กรณี โดยการมอบอำนาจให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณี จึงมีปัญหว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะทางกฎหมายเป็นประการใด กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการจะถือเป็นกฎหมายประเภทใดและมีความสัมพันธ์อย่างไรต่อระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ การกำหนดลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการย่อมส่งผลต่อการศึกษาและการบังคับใช้สัญญาอนุญาโตตุลาการ รวมถึงความสมบูรณ์ของการดำเนินกระบวนการพิจารณา และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการด้วย

ในปัจจุบัน มีทฤษฎีที่อธิบายถึงลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอำนาจรัฐ ทฤษฎีสัญญา ทฤษฎีผสม และทฤษฎีอิสระ ดังนี้

### 2.4.1. ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Jurisdictional Theory)

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า อำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ เป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของรัฐ โดยมีศาลภายในของรัฐเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าว การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเพียงกระบวนการยุติธรรมที่อาศัยการรับมอบอำนาจจากรัฐหรือเป็นเพียงกระบวนการยุติธรรมคู่ขนานเท่านั้น (delegated justice หรือ parallel justice)<sup>35</sup> กล่าวคือ เป็นเรื่องที่รัฐอนุญาตให้กระทำได้ และมีสิทธิโดยเด็ดขาดของคู่กรณี

ทฤษฎีนี้มองว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ เป็นกรณีที่รัฐอนุญาตให้คู่กรณีกระทำภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายภายในของรัฐกำหนดเอาไว้ ดังนี้ คู่กรณีจึงสามารถตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้เฉพาะแต่ข้อพิพาทที่กฎหมายอนุญาตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสิน (Arbitrability) เท่านั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องใช้กฎหมายภายในของรัฐในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีผลบังคับในตัวเอง ในกรณีที่คู่กรณีไม่สมัครใจปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็

---

<sup>35</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 75.

จำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐในการบังคับตามคำชี้ขาด โดยการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดตามที่กฎหมายของรัฐกำหนด

อนึ่ง ศาสตราจารย์ Frederick Alexander Mann ได้กล่าวถึงการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการในเชิงสนับสนุนทฤษฎีอำนาจรัฐเอาไว้ว่า รัฐแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีสิทธิในการบริหารงานยุติธรรม ดังนั้น หากกฎหมายยินยอมให้คู่กรณีเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ อนุญาโตตุลาการก็สามารถที่จะทำหน้าที่ของรัฐ (public function) ซึ่งหมายความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะเป็นคำตัดสินในความหมายอย่างเดียวกับคำพิพากษาซึ่งทำโดยผู้พิพากษาของรัฐ<sup>36</sup>

Julian D. M. Lew ได้สรุปหลักการของทฤษฎีอำนาจรัฐเอาไว้ว่า “โดยที่อนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจหน้าที่จากกฎหมายภายในของรัฐเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงได้รับการพิจารณาว่ามีความคล้ายคลึงกับผู้พิพากษาอย่างมาก ความแตกต่างเพียงประการเดียวระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการ คือ ผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งและได้รับอำนาจจากรัฐโดยตรง ในขณะที่อนุญาโตตุลาการได้รับอำนาจจากรัฐ แต่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี”<sup>37</sup>

จากแนวความคิดดังกล่าว อนุญาโตตุลาการจึงถูกมองว่าเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ (exercise a public function) เช่นเดียวกับผู้พิพากษา ทำให้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศ กำหนดให้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้พิพากษา และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็มีผลเป็นที่สุดและผูกพันคู่กรณีเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการยังอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาเช่นเดียวกับผู้พิพากษาด้วย

<sup>36</sup> Frederick Alexander Mann, “Lex Facit Arbitrum” in International Arbitration - Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders (Hague: Martinus Nijoff, 1967), p. 158 อ้างถึงใน อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), หน้า 21.

<sup>37</sup> Julian D. M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (USA: Oceana, 1978), p.53.

#### 2.4.2. ทฤษฎีสัญญา (Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นและดำเนินไปได้ด้วยความตกลงของคู่กรณี จึงควรถือว่าการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการยุติธรรมของเอกชนโดยเฉพาะ (private justice system) ตามที่ René David ได้เสนอคำนิยามของการอนุญาโตตุลาการว่า “การอนุญาโตตุลาการ คือ วิธีระงับปัญหาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของบุคคลสองฝ่ายหรือมากกว่า โดยมอบหมายให้แก่บุคคลอื่นหนึ่งคนหรือมากกว่า ซึ่งเรียกว่าอนุญาโตตุลาการ ผู้ได้รับอำนาจจากความตกลงของคู่กรณี มิใช่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ และเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยปัญหาตามความตกลงนั้น”<sup>38</sup>

ความเห็นของทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ที่ทำให้คู่สัญญาในข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ สามารถตกลงกันกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการได้ เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การเลือกใช้กฎหมาย สถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการพิจารณา เป็นต้น ทำให้บทบัญญัติต่างๆ เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการกำหนดเอาไว้มีผลบังคับเฉพาะในกรณีที่คู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นเท่านั้น จนมีผู้กล่าวว่า ข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการระหว่างคู่กรณีก็คือเครื่องยืนยันการปฏิเสธการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศ และในหลายๆ กรณีก็รวมไปถึงกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เคร่งครัดด้วย (The simple agreement of the parties to refer disputes to arbitration is a positive rejection of the national courts and in many cases strict national law procedure.)<sup>39</sup>

ทฤษฎีสัญญานี้ปฏิเสธการอ้างถึงอำนาจรัฐในการควบคุมการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการของคู่กรณี และถือว่าสิ่งสำคัญที่สุดที่ควรปฏิบัติตามในการอนุญาโตตุลาการก็คือเจตนาและความสมัครใจของคู่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายภายในของรัฐในการวินิจฉัยข้อพิพาทเสมอไป ดังที่คู่กรณีสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

<sup>38</sup> René David, Arbitration in International Trade, (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1985) p. 7.

<sup>39</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. v.

โดยไม่ต้องใช้กฎหมาย (*amiable composition*) โดยสามารถวินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักความเป็นธรรม (*ex aequo et bono* หรือ according to what is equitable and good) และไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทก็ได้

นอกจากนี้ แม้ในกรณีที่คู่กรณีไม่สมัครใจจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีสัญญาก็มองว่าการร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นการฟ้องร้องให้บังคับตามสัญญาเช่นกัน ด้วยเหตุที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ โดยอนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี (*representatives* หรือ *proxies*) เท่านั้น<sup>40</sup> ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการให้แก่คู่กรณีเช่นเดียวกับสัญญาประเภทอื่นๆ

### 2.4.3. ทฤษฎีสผสม (Mixed or Hybrid Theory)

เมื่อพิจารณาทฤษฎีที่ว่าด้วยลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาโตตุลาการทั้งสองข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าทฤษฎีทั้งสองมีข้อบกพร่องอยู่บางประการ กล่าวคือ

ในทฤษฎีสัญญา แม้คู่กรณีจะมีอำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการตามหลัก Party Autonomy ก็ตาม แต่คู่กรณีก็ไม่สามารถกำหนดวิธีพิจารณาให้ขัดต่อหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (*mandatory rules*) หรือขัดต่อหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (*public policy*) หรือขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการโดยชอบ (*due process*) ได้ มิฉะนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก็อาจจะถูกศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่รับบังคับตาม ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า คู่กรณีมีอำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาดังกล่าวแต่เพียงจำกัดเท่านั้น นอกจากนี้ ในการตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยไม่ต้องใช้กฎหมาย (*amiable composition*) หรือให้วินิจฉัยชี้ขาดได้ตามหลักความเป็นธรรม (*ex aequo et bono*) นั้น กฎหมายของประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการต้องยอมรับหลักดังกล่าวด้วย<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 79.

<sup>41</sup> น่าสังเกตว่าคำชี้ขาดแบบนี้มีผลผูกมัดในประเทศที่ยอมรับและนำไปบังคับในประเทศที่ไม่ยอมรับก็บังคับได้ เพราะเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอย่างหนึ่ง ซึ่งประเทศที่แม้ไม่ยอมรับวิธีการนี้ ก็จำเป็นต้องยอมรับในฐานะภาคีของอนุสัญญาอนุญาโตตุลาการนิวยอร์ก 1958 หรือเพราะเห็นว่าเป็น

ส่วนที่ทฤษฎีอำนาจรัฐเห็นว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเช่นเดียวกับผู้พิพากษานั้น หากพิจารณาขอบเขตในการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการแล้วจะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการนั้นถูกเลือกโดยความตกลงของคู่กรณี และคู่กรณีก็สามารถตกลงกันจำกัดอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการได้ ทั้งยังอาจตกลงกันถอดถอนอนุญาโตตุลาการออกจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อีกด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจากรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้คู่กรณีจะไม่ได้ตกลงกันจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการและทำให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจครบถ้วนตามกฎหมายทุกประการก็ตาม แต่ล้าพังอำนาจตามกฎหมายของอนุญาโตตุลาการก็ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยสมบูรณ์เสมอไป เพราะการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในบางกรณี ก็ยังจำเป็นต้องร้องขออำนาจจากศาลเพื่อสนับสนุนให้กระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการดำเนินไปได้โดยสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ เช่น การขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานเพื่อกำหนดการต่ออนุญาโตตุลาการ หรือใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณี เป็นต้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่อาจเทียบได้เสมอไปกับอำนาจของผู้พิพากษา แต่อาจกล่าวได้เพียงว่าอนุญาโตตุลาการมีบทบาทและอำนาจหน้าที่แค่เพียงเสมือนกับผู้พิพากษา (quasi-judicial manner) เท่านั้น

เมื่อทฤษฎีอำนาจรัฐและทฤษฎีสัญญาต่างก็มีข้อบกพร่องดังกล่าว จึงเกิดทฤษฎีผสมระหว่างทฤษฎีทั้งสองขึ้น โดยทฤษฎีผสมนี้มีความเห็นว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น มีพื้นฐานมาจากความตกลงระหว่างคู่กรณีและอำนาจของรัฐรวมกัน ความตกลงระหว่างคู่กรณีย่อมจะเห็นได้จากสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกิดจากเจตนาของคู่สัญญาเช่นเดียวกับสัญญาประเภทอื่นๆ การใช้อำนาจของรัฐก็ย่อมจะเห็นได้จากการใช้อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการรวมถึงการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาโดยศาล<sup>42</sup> การอนุญาโตตุลาการจึงเป็นทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และเป็น การระงับข้อพิพาทที่ต้อง

---

เรื่องสิทธิที่ได้มาแล้ว (พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4, หน้า 11-12.).

<sup>42</sup> Clive M. Schmitthoff, "The Jurisdiction of the Arbitrator" in The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz and Albert Jan van den Berg (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1981), p. 285.



อาศัยทั้งความตกลงของคู่กรณีและอำนาจในการระงับข้อพิพาทของรัฐ โดยไม่สามารถแยกออกจากกันได้

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์ Sauser Hall ผู้เสนอทฤษฎีผสมนี้ในรายงานที่ท่านเสนอต่อสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Institut de Droit International) ในค.ศ. 1952 ได้นิยามถึงการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการว่าเป็น สถาบันพิเศษที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแบบผสม ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากความตกลงของคู่กรณีและได้รับอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจากกฎหมายแพ่ง (a mixed juridical institution *sui generis* which has its origin in the [parties] agreement and draws its jurisdictional effects from the civil law)<sup>43</sup>

#### 2.4.4. ทฤษฎีอิสระ (Autonomous or *sui juris* Theory)

จากทั้งสามทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าทฤษฎีทั้งสามพยายามกำหนดความสัมพันธ์ของการอนุญาตตุลาการที่มีต่อระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แต่ Jacqueline Rubellin-Devichi ได้เสนอทฤษฎีอิสระนี้ขึ้นในค.ศ. 1965 และให้ความเห็นว่าคุณลักษณะทางกฎหมายของการอนุญาตตุลาการนั้น ควรพิจารณาจากการใช้และวัตถุประสงค์ของการอนุญาตตุลาการเองทั้งในแง่ของกฎหมายและข้อเท็จจริง ดังนั้น การอนุญาตตุลาการจึงไม่ใช่การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจอรัฐ จากสัญญา หรือจากการผสมผสานของทั้งสองสิ่ง แต่การอนุญาตตุลาการมีลักษณะทางกฎหมายเป็นการเฉพาะตัว (*sui generis* หรือ of its own kind) และเป็นอิสระจากกฎหมายลักษณะอื่นๆ

ทฤษฎีอิสระมองว่า ในเบื้องต้น การอนุญาตตุลาการเกิดขึ้นจากความต้องการของคู่กรณีที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างตน โดยใช้วิธีที่นอกเหนือไปจากการฟ้องคดีต่อศาลภายในของรัฐ โดยมีความประสงค์จะให้การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มีความเป็นสากล สะดวกรวดเร็ว มีผลผูกพันคู่กรณี และสามารถบังคับได้จริงในระดับระหว่างประเทศ กฎหมายที่ออกมาภายหลังจึงควรจะมีคามมุ่งหมายเพื่อทำให้ความประสงค์ดังกล่าวของคู่กรณีมีผลในทางปฏิบัติ มิใช่เพื่อควบคุมหรือกำหนดแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาตตุลาการไปในทางที่ขัดต่อความต้องการของคู่กรณีดังกล่าว

<sup>43</sup> อนันต์ จันทโรภากร, กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนอกศาล, หน้า 23.

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีนี้ไม่ให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีต่อกฎหมายภายในของรัฐ และมองว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าการอนุญาโตตุลาการไม่ควรถูกจำกัดโดยกฎหมายภายในของรัฐ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการสามารถตอบสนองความต้องการของคู่กรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ การอนุญาโตตุลาการจึงควรมีอิสระในตัวเองและไม่จำเป็นต้องยึดติดกับกฎหมายภายในของรัฐ ทำให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการในปัจจุบันถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและถูกเรียกด้วยถ้อยคำที่แสดงถึงความเป็นอิสระจากกฎหมายภายในของรัฐมากขึ้นเรื่อยๆ เช่น คำว่า international arbitration, non-national arbitration, transnational arbitration หรือ delocalized arbitration เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แนวคิดในการแบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการออกจากกฎหมายภายในของรัฐตามทฤษฎีนี้ก็ยังไม่อาจทำได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการยังมีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory rules) หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (public policy) และหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (due process) ของแต่ละรัฐ เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย

อนึ่ง ศ. พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร ได้วิจารณ์แนวความคิดของทฤษฎีอิสระนี้ว่า “ข้อบกพร่องของสำนักนี้ ก็คือ การไม่อิงกฎหมายภายในและไม่อิงสัญญา ทำให้อำนาจของการอนุญาโตตุลาการไม่มีสิ่งรองรับ การอ้างความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศหรือความจำเป็นเพื่อความราบรื่นในการค้าระหว่างประเทศ เป็นการอธิบายในเชิงผลมากกว่าต้นเหตุแห่งอำนาจของการอนุญาโตตุลาการ”<sup>44</sup>

## 2.5. คุณสมบัติของการอนุญาโตตุลาการ

ความแตกต่างประการสำคัญประการหนึ่งระหว่างการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการและการฟ้องคดีต่อศาลก็คือ ในการอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงสามารถเลือกบุคคลที่

<sup>44</sup> พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร, รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า, หน้า 48.

ตนเห็นว่ามิใช่ประสบการณ์และมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาทของตน หรือบุคคลที่ตนไว้วางใจว่าจะทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ เพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของตนได้ แต่ในการฟ้องคดีต่อศาลนั้น คู่ความไม่สามารถเลือกผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่ตัดสินคดีของตนได้ แม้คู่ความจะเห็นว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีของตนไม่มีประสบการณ์และความรู้ความเชี่ยวชาญในข้อพิพาทของตนก็ตาม ดังนี้ สิทธิของคู่กรณีในการเลือกและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงถูกมองว่าเป็นข้อดีของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ ในบางครั้ง อนุญาโตตุลาการจึงถูกเรียกว่าเป็น ผู้พิพากษาเอกชน (private judge)<sup>45</sup> หรือ ผู้พิพากษาที่คู่กรณีเลือก (judges of their own choice)<sup>46</sup>

### 2.5.1. คุณสมบัติทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อมีการตกลงระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแล้ว ไม่มีสิ่งใดสำคัญยิ่งไปกว่าการเลือกคณะอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสม ซึ่งถือเป็นการเลือกที่มีความสำคัญต่อทั้งคู่กรณีในข้อพิพาทนั้น รวมถึงชื่อเสียงและสถานะของกระบวนการพิจารณา และคุณภาพของคณะอนุญาโตตุลาการก็ถือเป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาเป็นผลหรือไร้ผล<sup>47</sup> อนุญาโตตุลาการจึงเป็นปัจจัยที่ขาดไม่ได้ (*sine qua non*) ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาก็ไม่อาจเหนือไปกว่าคุณลักษณะของผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ<sup>48</sup>

คุณภาพของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับคุณภาพและความสามารถของอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนใหญ่ ข้อพิพาทที่อาจจะระงับได้ด้วยความรวดเร็ว

<sup>45</sup> Cameron K. Wehringer, Arbitration: Precepts and Principles, (New York: Oceana, 1969) p. 34.

<sup>46</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 216.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> R. B. Von Mehren “Concluding Remarks” in The Status of the Arbitrator, ICC Bulletin Special Supplement, ed. ICC (Paris: ICC, 1995) อ้างถึงใน Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 223

เป็นที่น่าพอใจ และประหยัดค่าใช้จ่าย เมื่อได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ดี อาจกลายเป็นการอนุญาโตตุลาการที่ยืดเยื้อและยุ่งยาก หากได้รับการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความสามารถ ทั้งยังอาจทำให้คำชี้ขาดถูกคัดค้านหรือถูกปฏิเสธการบังคับตามได้<sup>49</sup>

อนุญาโตตุลาการคือรากฐานที่สำคัญของการอนุญาโตตุลาการ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และความเป็นธรรมของอนุญาโตตุลาการย่อมเป็นพื้นฐานของการดำเนินกระบวนการพิจารณา ความสำเร็จและความล้มเหลวของการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงขึ้นอยู่กับผู้ที่เป็นอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการที่มีความสามารถและมีความรับผิดชอบมิได้เพียงแต่ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยความถูกต้องชอบธรรมและทำคำชี้ขาดที่ยุติธรรมเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเท่านั้น แต่อนุญาโตตุลาการยังเป็นผู้พัฒนาความสัมพันธ์ทางธุรกิจและธรรมเนียมปฏิบัติในทางการค้าอีกด้วย<sup>50</sup>

ในอดีต อนุญาโตตุลาการถูกเลือกโดยความคาดหวังในตัวบุคคล (intuitu personae) เนื่องจากคู่กรณีไว้วางใจหรือพร้อมที่จะมอบอำนาจให้แก่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นผู้มีฐานะทางสังคม เป็นผู้มีสัมพันธไมตรี เป็นเพื่อนของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย หรือเป็นผู้มีความรู้ ซึ่งคู่กรณีคาดว่าเป็นผู้ที่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยวิธีที่น่าพอใจ<sup>51</sup>

ทั้งนี้ มีผู้อธิบายถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการที่ประสบความสำเร็จเอาไว้ว่า<sup>52</sup>

1. ไม่เป็นคนเจ้าอารมณ์ อนุญาโตตุลาการควรมีความเด็ดขาดในการตัดสินใจข้อโต้แย้งและคำร้องโดยไม่ใช้อารมณ์ และต้องแยกการใช้อารมณ์ออกจากข้อเท็จจริง
2. เป็นผู้มีเหตุผล สามารถไต่สวนข้อเท็จจริงในข้อพิพาท ตัดสินโดยพิจารณาจากความถูกต้องและความน่าเชื่อถือ
3. ไม่ใช้ความเห็นส่วนตัว ปราศจากความรู้สึกส่วนตัวหรืออคติ

<sup>49</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 232.

<sup>50</sup> Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, p. 189.

<sup>51</sup> René David, Arbitration in International Trade, p. 29

<sup>52</sup> Cameron K Wehringer, Arbitration: Precepts and Principles, pp. 34-35.

4. เป็นผู้เปิดใจกว้าง ครอบอมรับข้อโต้แย้งหรือความเห็นใหม่
5. สามารถลำดับความสำคัญของข้อมูลที่เกี่ยวข้อง
6. มีความแน่วแน่มั่นคง แต่มีใช้ว่าจะขึ้นำกระบวนการพิจารณาทั้งหมด หากแต่ควรควบคุมแนวทางและขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาให้ได้
7. แสดงความอดทน มีความสุขุมและสงบในขณะที่มีการสืบพยาน
8. คู่ันเคยกับกระบวนการพิจารณา เคยศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือมีประสบการณ์ที่เกี่ยวข้อง และคู่ันเคยกับหลักการสืบพยานเป็นอย่างน้อย
9. มีความรอบคอบ
10. ไม่อาศัยการอนุญาตใดตุลาการจนเป็นอาชีพ

ดังนี้ จะเห็นได้ว่าการเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่ง และมักจะส่งผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการเป็นอย่างมาก คู่กรณีจึงควรเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความเป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อการดำเนินกระบวนการที่เป็นธรรม รวมถึงมีความสามารถในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้อง

## 2.5.2. คุณสมบัติตามกฎหมายของอนุญาตตุลาการ

โดยทั่วไป คู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการสามารถจะแต่งตั้งบุคคลใดๆ ที่ตนเห็นว่ามีความเหมาะสมเพื่อทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการได้ ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาตตุลาการ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการดังกล่าวอาจตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการในแต่ละประเทศ โดยการกำหนดคุณสมบัติพื้นฐานหรือข้อห้ามของบุคคลที่จะเป็นอนุญาตตุลาการเอาไว้บางประการ ดังนี้

### 2.5.2.1. ความสามารถตามกฎหมาย

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการส่วนใหญ่จะไม่ได้กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าอนุญาตตุลาการต้องมีความสามารถตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติก็มีผู้ให้ความเห็นว่า เงื่อนไขพื้นฐานในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการประการหนึ่งที่ต้องยึดถือก็คือ บุคคลที่จะรับหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการต้องมีความสามารถตามกฎหมายเป็นอย่างน้อย<sup>53</sup> กฎหมายว่าด้วย

<sup>53</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 230.

การอนุญาโตตุลาการในบางประเทศจึงกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า บุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมาย<sup>54</sup> แต่ในบางประเทศก็อาจกำหนดให้บุคคลที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการต้องมีความสามารถเพียงการอ่านออกเขียนได้เท่านั้น<sup>55</sup>

### 2.5.2.2. สัญชาติ

ในอดีต กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในแถบละตินอเมริกา<sup>56</sup> ได้กำหนดเอาไว้ว่า ผู้จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการต้องเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศตนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา ประเทศส่วนใหญ่ได้ยกเลิกข้อห้ามดังกล่าว เนื่องจากอิทธิพลของกฎหมายต้นแบบที่กำหนดเอาไว้ใน Article 11(1) ว่า “No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.” ดังนั้น ในปัจจุบันจึงมีกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่ยังคงบัญญัติข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของอนุญาโตตุลาการเอาไว้<sup>57</sup>

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์ของประเทศอาร์เจนตินา มาตรา 743; ประมวลกฎหมายตุลาการของประเทศเบลเยียม มาตรา 1680; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1451; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศกรีซ มาตรา 871; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 792; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 1023; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปรตุเกส มาตรา 1514; พระราชบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดน มาตรา 5 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศอูรุกวัย มาตรา 480

<sup>55</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศปารากวัย มาตรา 782

<sup>56</sup> Martin Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, p. 202.

<sup>57</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปรตุเกส มาตรา 1514 และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของราชอาณาจักรออสเตรีย ข้อ 3

### 2.5.2.3. เพลศ

ในประเทศมุสลิมบางประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลาม (Sharia) เพลศของบุคคลยัง เป็นปัญหาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการอยู่ เนื่องจากหลักกฎหมายอิสลาม (Fiqh) ได้สงวนการ เป็นผู้พิพากษาและการเป็นอนุญาโตตุลาการเอาไว้สำหรับผู้ชายเท่านั้น<sup>58</sup>

### 2.5.2.4. การเป็นบุคคลธรรมดา

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศได้กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้ง ว่า บุคคลที่สามารถทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ ต้องเป็นบุคคลธรรมดา<sup>59</sup> คู่กรณีจึงไม่อาจ แต่งตั้งนิติบุคคลเป็นอนุญาโตตุลาการได้ และแม้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศ อื่นๆ จะไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องเป็นบุคคลธรรมดาก็ตาม แต่ในการแต่งตั้งนิติ บุคคลเป็นอนุญาโตตุลาการก็ควรต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งนิติบุคคลนั้นด้วย เพราะในบางกรณี อาจมีปัญหาวานิติบุคคลไม่สามารถรับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นๆ (*ultra vires*)

### 2.5.2.5. ผู้พิพากษา

กฎหมายในหลายๆ ประเทศมีข้อกำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการ โดยข้อกำหนดดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ แต่ละประเทศ<sup>60</sup> หรืออาจปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการหรือประมวล

<sup>58</sup> Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2001), p. 327.

<sup>59</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1451; ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศกรีซ มาตรา 871 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 1023

<sup>60</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์ของประเทศอาร์เจนตินา มาตรา 765; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศออสเตรเลีย มาตรา 578; ประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศปารากวัย มาตรา 782 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการ อนุญาโตตุลาการของประเทศสวีเดน มาตรา 5

จริยธรรมของผู้พิพากษาในประเทศนั้นๆ เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น<sup>61</sup> แต่ในทางตรงกันข้าม English Arbitration Act 1996 Section 93 กำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลพาณิชย์ (Commercial Court) สามารถทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้ หากได้รับอนุญาตจาก Lord Chief Justice แต่ทั้งนี้ ค่าปวญการที่ได้รับจากการเป็นอนุญาโตตุลาการจะตกเป็นของศาล High Court

สำหรับในประเทศไทย ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 32 กำหนดเอาไว้ว่า “ผู้พิพากษาไม่พึงรับเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ประนอมข้อพิพาท” โดยมีคำอธิบายเหตุผลของข้อกำหนดดังกล่าวเอาไว้ว่า “การทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ประนอมข้อพิพาท ไม่ใช่การพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะผู้พิพากษา จึงอาจถูกโต้แย้งหรือวิพากษ์วิจารณ์ในทำนองที่ทำให้เสื่อมเสียถึงเกียรติศักดิ์ของผู้พิพากษาได้และหากมีกรณีที่คำชี้ขาดหรือข้อตกลงนั้นเป็นคดีขึ้นสู่ศาล คู่ความบางฝ่ายอาจหันเหว่าศาลยอมเกรงใจอนุญาโตตุลาการหรือผู้ประนอมข้อพิพาทซึ่งเป็นผู้พิพากษาดด้วยกัน หรือถ้าคู่กรณีไม่ยอมรับคำชี้ขาดหรือข้อตกลงนั้นก็อาจกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงของผู้พิพากษาที่ร่วมเป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ประนอมข้อพิพาทได้ ผู้พิพากษาจึงควรละเว้นไม่รับเป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ประนอมข้อพิพาททั้งในศาลและนอกศาล”<sup>62</sup>

#### 2.5.2.6. ความรู้หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง

แม้ว่าข้อพิพาทส่วนใหญ่ในการอนุญาโตตุลาการมักจะเป็นข้อพิพาททางกฎหมายก็ตาม แต่ประเทศที่มีข้อจำกัดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความรู้ทางกฎหมายก็มีเป็นจำนวนน้อย<sup>63</sup> และเป็นที่น่าสังเกตว่าข้อจำกัดดังกล่าวจะใช้บังคับเฉพาะกับอนุญาโตตุลาการที่ต้องใช้กฎหมายในการชี้ขาดข้อพิพาท (*de jure arbitrator*) เท่านั้น ส่วนอนุญาโตตุลาการที่ไม่ต้องใช้กฎหมายในการชี้ขาดข้อพิพาท (*amiable compositeur*) นั้น คู่กรณีสามารถแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ใช่ นักกฎหมายเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้

<sup>61</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed. (USA: Transnational and Kluwer Law International, 2001), p. 625.

<sup>62</sup> สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ (กรุงเทพฯ: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2529), หน้า 68.

<sup>63</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศปารากวัย มาตรา 782 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเวเนซุเอลา มาตรา 619



นอกจากความรู้ทางกฎหมายแล้ว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาติตตฺลาการอาจ กำหนดให้อนุญาติตตฺลาการต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในด้านอื่นๆ อีก ตัวอย่างเช่น ข้อบังคับอนุญาติตตฺลาการออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาติตตฺลาการของประเทศ ซาอุดีอาระเบีย ข้อ 3 ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่จะเป็นอนุญาติตตฺลาการต้องมีสัญชาติซาอุดีอาระเบีย หรือ เป็นชาวมุสลิมที่ประกอบวิชาชีพอิสระ ส่วนผู้ที่จะเป็นผู้ชี้ขาดต้องมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย อิสลาม (Sharia) รวมถึงกฎหมาย ธรรมเนียม และประเพณีปฏิบัติทางการค้าที่ใช้ในประเทศ ซาอุดีอาระเบียด้วย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### บทที่ 3

#### หลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น คู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) คู่กรณีจึงสามารถเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าสามารถทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างมีเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ

แต่ในบางกรณี คู่กรณีอาจจะพยายามใช้เสรีภาพในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไปในทางที่ผิดเพื่อให้ตนได้เปรียบในกระบวนการพิจารณา โดยการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีอคติ (biased arbitrator)<sup>1</sup> ซึ่งในกรณีดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่กรณีอาจร้องขอให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ โดยอ้างเหตุที่ตนไม่สามารถต่อสู้คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือองค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา หรือกระบวนการพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อย<sup>2</sup>

อย่างไรก็ดี การร้องขอให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพื่อแก้ไขเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการในกรณีดังกล่าวนั้น อาจไม่ใช่วิธีการที่เป็นประโยชน์สำหรับคู่กรณีเสมอไป เพราะการปล่อยให้อนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการเสร็จสิ้นจนกระทั่งมีคำชี้ขาดย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากโดยไม่สมควรเพื่อการพิจารณาที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ

---

<sup>1</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 224.

<sup>2</sup> New York Convention, Article V และ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 43 และ 44.

เมื่อเปรียบเทียบปัญหาดังกล่าวในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการกับการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว จะพบว่ากฎหมายในหลายประเทศทั่วโลกได้ให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านผู้พิพากษาในระหว่างการพิจารณาคดีในศาล หากปรากฏว่าผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดีนั้นๆ หรือมีความไม่เหมาะสมในประการอื่นๆ ระบบกฎหมายในหลายๆ ประเทศจึงได้นำเอาหลักเกณฑ์ในการคัดค้านผู้พิพากษามาใช้กับการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการด้วย

ดังนั้น คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการจึงยังมีวิธีการแก้ไขปัญหากับความไม่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการได้อีกทางหนึ่ง คือ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพื่อถอดถอนอนุญาโตตุลาการออกก่อนหรือระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งสิทธิดังกล่าวอาจถูกมองว่าเป็นภาพสะท้อนของสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาของคู่ความในกระบวนการพิจารณาในศาลซึ่งเป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานานในระดับสากล<sup>3</sup> สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจึงถูกมองว่ามีความสำคัญเช่นเดียวกับสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา และเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศได้กำหนดให้คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ภายใต้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา<sup>4</sup>

อนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศ รวมถึงกฎหมายต้นแบบว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (Model Law) ยังให้ความสำคัญต่อสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการมากเป็นพิเศษ โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นการเฉพาะให้ต่างไปจากหลักเกณฑ์ในการคัดค้านผู้พิพากษา

<sup>3</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in *Essays on International Commercial Arbitration*, ed. Petar Sarcevic (Great Britain: Martinus Nijoff, 1989), p. 79.

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งและพาณิชย์ของประเทศอาร์เจนตินา มาตรา 746; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศกรีซ มาตรา 883; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 792; กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของประเทศเกาหลี มาตรา 6; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปรตุเกส มาตรา 13 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศอุรุกวัย มาตรา 485 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย มาตรา 213

เช่นเดียวกับที่สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตน โดยมีผู้ให้ความเห็นว่า การที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้าน ถอดถอน หรือเปลี่ยนอนุญาโตตุลาการเอาไว้ นั่นถือเป็นการสร้างหลักประกันให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยชอบ<sup>5</sup> นอกจากนี้ สมาคมทนายความระหว่างประเทศ (International Bar Association หรือ IBA) ยังได้จัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Ethics for International Arbitrators) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ และเพื่อให้คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการนำมาใช้เป็นแนวทางในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอีกด้วย

อย่างไรก็ดี มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า การคัดค้านอนุญาโตตุลาการอาจกลายเป็นเครื่องมือให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้ในการทำลายหรือประวิงการอนุญาโตตุลาการได้ เพราะการคัดค้านอนุญาโตตุลาการย่อมจะทำให้กระบวนการพิจารณาถูกรบกวน เนื่องจากการเปลี่ยนประเด็นที่ต้องพิจารณาจากข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีไปยังคณะอนุญาโตตุลาการเอง<sup>6</sup> จึงมีผู้เห็นว่า การคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่ใช่กระบวนการที่จำเป็นแต่อย่างใด เนื่องจากมีกระบวนการในการอุทธรณ์ การคัดค้าน และการบังคับตามคำชี้ขาด อันเป็นกระบวนการในการแก้ไขเยียวยาและป้องกันคู่กรณีจากคำชี้ขาดที่บกพร่อง และทำให้คู่กรณีสามารถมั่นใจได้ว่าตนจะได้รับความพอใจจากคำชี้ขาดอยู่แล้ว<sup>7</sup> และแม้แต่ศาสตราจารย์ Pieter Sanders ก็ยังเห็นว่ากระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เป็นสิ่งที่ไม่น่าจะเกิดขึ้นบ่อยนัก เพราะคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งน่าจะเห็นด้วยกับการคัดค้านหรือมิฉะนั้นอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านก็น่าจะยอมถอนตัวเองอยู่แล้ว<sup>8</sup> ดังนี้

<sup>5</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 301.

<sup>6</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration 20, 4 (2003), p. 325.

<sup>7</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, pp. 79-80.

<sup>8</sup> Pieter Sanders, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules" ใน Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), pp. 189-190

กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศจึงไม่กำหนดให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น Federal Arbitration Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยศาลในคดี Marc Rich & Co v Transmarine Seaways Corp of Monrovia 443 F Supp 386 (SDNY 1978) ได้ปฏิเสธคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการของกลุ่มกรณี โดยให้เหตุผลว่า Federal Arbitration Act มิได้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาคำร้องดังกล่าว ทั้งยังได้กล่าวต่อไปว่า การคัดค้านอนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณาอาจก่อให้เกิดการคัดค้านโดยไม่รู้จบและความล่าช้าที่ไม่มีที่สิ้นสุด เพราะไม่มีหลักประกันใดจะรับรองได้ว่าคู่กรณีจะไม่คัดค้านอนุญาโตตุลาการอื่นอีก<sup>9</sup>

แม้จะปฏิเสธไม่ได้ว่าการคัดค้านอนุญาโตตุลาการย่อมจะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้าหรือถูกทำลายลง แต่ศาสตราจารย์ Karl-Heinz Böckstiegel ก็เห็นว่าผลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ เพราะการให้อนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการและทำคำชี้ขาดให้แก่คู่กรณี ย่อมเป็นเรื่องที่สำคัญกว่า<sup>10</sup> และยังมีผู้เห็นว่าการให้สิทธิแก่คู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นการสอดคล้องกับหลักในการอำนวยความสะดวกที่ Lord Hewart ได้กล่าวเอาไว้ในคดี R v Sussex Justices, ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256 ว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่การอำนวยความสะดวกนั้น ไม่ควรแสดงให้เห็นแต่เพียงว่ายุติ แต่ต้องแสดงให้เห็นด้วยว่ายุติโดยชัดแจ้งและปราศจากข้อสงสัย ([I]t is of fundamental importance, that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.)<sup>11</sup> นอกจากนี้ ศาลในประเทศเยอรมนียังเคยวินิจฉัยว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่ไม่มีการเปิดเผยชื่อต่อคู่กรณีนั้น ถือเป็นกา

---

และ Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2004), p. 9.

<sup>9</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed. (USA: Transnational and Kluwer Law International, 2001), pp. 645-648.

<sup>10</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1991), p. 132.

<sup>11</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 325.

ขัดต่อความสงบเรียบร้อย เพราะการไม่เปิดเผยชื่อของอนุญาโตตุลาการนั้น ทำให้คู่กรณีไม่สามารถใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้<sup>12</sup>

### 3.1 เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

สิ่งสำคัญประการแรกในการพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก็คือ เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ (grounds for challenge) เพราะคู่กรณีจะสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงของคู่กรณีกำหนดเอาไว้เท่านั้น แต่หากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหรือข้อตกลงของคู่กรณีไม่ปรากฏเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีก็ไม่มีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณา แม้คู่กรณีจะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เหมาะสมประการใดก็ตาม คู่กรณีก็ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เสร็จสิ้น จนคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเสียก่อน จึงจะสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านหรือปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ในภายหลัง

#### 3.1.1. เหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่มีความสำคัญที่สุดเหตุหนึ่งก็คือ ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีผู้กล่าวว่าเป็นหนึ่งในหลักพื้นฐานของธรรมนูญแห่งการอนุญาโตตุลาการ (Magna Carta of Arbitration)<sup>13</sup> ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงถูกมองว่ามีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับที่ศาลต้องพิจารณาคดีโดยมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง<sup>14</sup> จึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถ

<sup>12</sup> Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), pp. 258-260.

<sup>13</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 95.

<sup>14</sup> Model Law, Article 12; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1036; พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 19; UNCITRAL Arbitration

คัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ หากมีเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ (justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence)

ความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (mandatory) คู่กรณีจึงไม่สามารถทำความตกลงล่วงหน้าเพื่อสละสิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลางและไม่เป็นอิสระได้<sup>15</sup> ดังที่ศาลอุทธรณ์แห่งซูริกได้วินิจฉัยว่าความตกลงดังกล่าวขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยในระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ กล่าวคือ ในการอนุญาโตตุลาการเรื่องหนึ่งในประเทศตุรกี ทนายของคู่กรณีฝ่ายชาวตุรกีเป็นผู้ร่างสัญญาให้ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศตุรกี โดยสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ทนายผู้นั้นเป็นอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว และยังกำหนดว่าคู่กรณีไม่สามารถถอนอนุญาโตตุลาการได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด หากคู่กรณีฝ่ายใดละเมิดข้อตกลงดังกล่าวต้องจ่ายเบี้ยปรับให้แก่อนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนหนึ่งล้านฟรังก์สวิตเซอร์แลนด์ และอนุญาโตตุลาการคนดังกล่าวก็ได้มีคำชี้ขาดให้เป็นประโยชน์แก่คู่กรณีฝ่ายชาวตุรกี แม้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะคัดค้านคำชี้ขาดดังกล่าวต่อศาลในตุรกีไม่สำเร็จ แต่ศาลในสวิตเซอร์แลนด์ได้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ร่างสัญญาดังกล่าวและยังเป็นตัวแทนของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง โดยที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถคัดค้านได้ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของสวิตเซอร์แลนด์<sup>16</sup>

Rules, Article 10; AAA Rules, Article R-17 และ ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, ข้อ 16.

<sup>15</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1989), p. 409.

<sup>16</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 314-315.

### 3.1.1.1. ความหมายของความเป็นกลางและความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการ

โดยเหตุที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระเอาไว้ จึงมีผู้อธิบายถึงความ  
ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า<sup>17</sup>

ความเป็นกลาง (impartiality) ของอนุญาโตตุลาการนั้น ต้องพิจารณาจากการมีอคติหรือความเอนเอียง (bias and prejudice) ของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่กรณีหรือต่อประเด็นพิพาท ดังนั้น ความเป็นกลางจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจ (state of mind) และเป็นนามธรรม อีกทั้งยังเป็นเกณฑ์ทางอัตวิสัย (subjective test) ซึ่งยากแก่การพิสูจน์ ดังนั้น IBA Ethics for International Arbitrators จึงได้อธิบายถึงความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ใน Article 3 ว่า ได้แก่ กรณีที่อนุญาโตตุลาการเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีอคติต่อประเด็นพิพาท (Partiality arises where an arbitrator favors one of the parties or where he is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute.)

ส่วนการพิจารณาถึงความเป็นอิสระ (independence) ของอนุญาโตตุลาการนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่า ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีทั้งในอดีตและปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ทางการเงิน ทางสังคม หรือทางอื่นๆ ดังนั้น ความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (objective test) ที่สามารถพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณี โดย IBA Ethics for International Arbitrators Article 3 ได้อธิบายว่า ความไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณี และยังรวมถึงผู้ที่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับคู่กรณีด้วย (Dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties.)

แม้จะมีผู้ให้ความเห็นว่าความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการมีความหมายที่แตกต่างกัน<sup>18</sup> และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับ

<sup>17</sup> Ibid, pp. 258-265.

<sup>18</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed. (Netherlands: Kluwer Law International, 2001), pp. 330-331.



อนุญาโตตุลาการบางแห่งก็ยังสามารถกำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้โดยอ้างถึงเฉพาะแต่เพียงเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลาง<sup>19</sup> หรือเฉพาะแต่เพียงเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นอิสระ<sup>20</sup> แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า ความแตกต่างระหว่างความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่สาระสำคัญในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ<sup>21</sup> และความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ก็หมายความว่ารวมถึง ความเป็นอิสระจากคู่กรณีเช่นกัน<sup>22</sup> การพิจารณาถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงเปรียบเสมือนการมองด้านตรงข้ามของเหรียญเดียวกัน (opposite side of the same coin) จึงควรพิจารณาความเป็นกลางและความเป็นอิสระว่าเป็นสิ่งเดียวกัน เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการประเมินอคติของอนุญาโตตุลาการ<sup>23</sup> ดังที่ IBA Ethics for International Arbitrators ได้กำหนดเอาไว้ว่าอนุญาโตตุลาการต้องปราศจากอคติโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์สองประการก็คือ ความเป็นกลางและเป็นอิสระนั่นเอง<sup>24</sup>

<sup>19</sup> English Arbitration Act 1996, Section 24.

<sup>20</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวีเดน มาตรา 180 และ ICC Rules, Article 11

<sup>21</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), pp. 327–332.

<sup>22</sup> Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1981), p. 377. และ William Henry Gill, “National Reports: United Kingdom” in Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), pp. 97-98.

<sup>23</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., pp. 238-239.

<sup>24</sup> IBA Ethics for International Arbitrators

1. Fundamental Rule

Arbitrator shall proceed diligently and efficiently to provide the parties with a just and effective resolution of their disputes, and shall be and shall remain free from bias.

3. Element of Bias

The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence...

### 3.1.1.2. ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้ง โดยคู่กรณี

ในทางปฏิบัติ การระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน อาจประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีโดยตรง (party-appointed arbitrators) และประธานอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยทางอื่น ตัวอย่างเช่น คณะอนุญาโตตุลาการที่มีจำนวนสามคน อาจมาจากการแต่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายละหนึ่งคน และประธานอนุญาโตตุลาการซึ่งอาจได้รับการแต่งตั้งโดยความตกลงร่วมกันของคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี หรืออาจได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลภายนอก เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือศาล ซึ่งมีผู้อธิบายถึงสิทธิของคู่กรณีในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยตรงเอาไว้ว่า

“ข้อดีของการที่คู่กรณีสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้เองก็คือ ทำให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องมีความมั่นใจในคณะอนุญาโตตุลาการ เพราะคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะมีผู้ตัดสินที่ตนเลือกเอาไว้คอยรับฟังเหตุผลของตนอย่างน้อยหนึ่งคน อันเป็นเหตุผลที่สำคัญยิ่งในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ซึ่งนอกจากความเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นพิพาทแล้ว คู่กรณีและคณะอนุญาโตตุลาการเองก็มักจะมีความแตกต่างทางภาษา ธรรมเนียม และวัฒนธรรม ซึ่งอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีจะสามารถทำให้คณะอนุญาโตตุลาการรับฟังและเข้าใจเหตุผลของคู่กรณีที่แต่งตั้งตนได้อย่างถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีจะสามารถแก้ไขความเข้าใจผิดที่เกิดขึ้นจากความสับสนทางกฎหมาย ทางวัฒนธรรม หรือทางภาษา ให้ถูกต้องได้ก่อนที่จะเกิดความยุติธรรมขึ้น

แม้จะดูเป็นการยากในทางปฏิบัติ แต่ก็เป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการจะสามารถทำหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบให้แก่คู่กรณีที่แต่งตั้งตนได้ โดยไม่ขาดจากความเป็นกลางและเป็นอิสระ”<sup>25</sup>

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ รวมถึงประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ จึงกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่

<sup>25</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., pp. 219-220.

ร่วมกันในการปฏิบัติต่อคู่กรณีอย่างเท่าเทียมกัน<sup>26</sup> โดยอนุญาโตตุลาการทุกคนย่อมมีหน้าที่ในการรักษาความเป็นกลางและเป็นอิสระเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะอนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีโดยตรงหรือไม่ก็ตาม เช่น ประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 8 ที่ได้กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า “อนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งของคู่พิพาทฝ่ายใด จะต้องวางตนเป็นกลางและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระ และให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย” หรือ ICC Rules Article 7(1) ที่ได้กำหนดว่า “Every arbitrator must be and remain independent of the parties involved in the arbitration.”

อนึ่ง ก่อนที่คู่กรณีจะใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนนั้น ในทางปฏิบัติ คู่กรณีอาจติดต่อกับผู้ที่ตนเสนอชื่อให้เป็นอนุญาโตตุลาการ เพื่อพิจารณาถึงความเชี่ยวชาญ ความรู้ความสามารถ ความเป็นกลาง และความเป็นอิสระของผู้ที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการ และยังสามารถปรึกษากันเกี่ยวกับการตั้งประธานอนุญาโตตุลาการได้ เพื่อให้เป็นที่แน่ใจว่าประธานอนุญาโตตุลาการจะได้รับการยอมรับจากคู่กรณีทุกฝ่าย และภายหลังจากที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีย่อมไม่สามารถติดต่อกับอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งได้อีกต่อไป<sup>27</sup> ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับใน Article 5 ของ IBA Ethics for International Arbitrators เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ในบางครั้ง คู่กรณีอาจใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของตนเพื่อแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ทำหน้าที่เป็นทนายความหรือที่ปรึกษาของฝ่ายตน (advocate) มากกว่าที่จะให้บุคคลนั้นเป็นอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางและเป็นอิสระ ซึ่งมีแนวปฏิบัติในประเทศอังกฤษ ก่อนที่จะมีการตรา Arbitration Act 1996 ว่า ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีอนุญาโตตุลาการสองคน และมีบุคคลที่สามเป็นผู้ชี้ขาด (umpire) อนุญาโตตุลาการอาจทำหน้าที่เป็นทนายความหรือที่ปรึกษาให้แก่คู่กรณีที่แต่งตั้งตนได้ ในระหว่างการพิจารณาของผู้ชี้ขาด<sup>28</sup> แต่ต่อมา Section 33 ของ Arbitration Act 1996 ได้กำหนดหน้าที่โดยทั่วไปของคณะอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่าต้อง

<sup>26</sup> Model Law, Article 18; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1042 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25.

<sup>27</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 232-235.

<sup>28</sup> Enid A. Marshall, Gill: The Law of Arbitration, 4<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2001), p. 31.

ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการและเป็นกลางต่อคู่กรณี<sup>29</sup> อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ (mandatory provision) ตาม Section 4 และ Schedule 1 ซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ และนอกจากนี้ LCIA Rules ก็ได้กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าห้ามมิให้อนุญาตตุลาการทำหน้าที่เป็นทนายความหรือที่ปรึกษาให้แก่คู่กรณี หรือให้คำแนะนำคู่กรณีเกี่ยวกับประเด็นหรือผลลัพธ์ของข้อพิพาทเช่นกัน<sup>30</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถูกเรียกรวมกันว่า ความเป็นกลาง (neutrality) และแนวทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการในสหรัฐอเมริกานั้นมีอยู่ว่า คู่กรณีสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความเอนเอียง (predisposed) ต่อคู่กรณีหรือต่อข้อพิพาทได้ โดยจะเป็นที่ยอมรับและเข้าใจกันระหว่างคู่กรณี คณะอนุญาโตตุลาการ และผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหลายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาว่าอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีดังกล่าว ถือเป็นอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลาง (non-neutral arbitrator หรือ partisan arbitrator) ส่วนอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการจะต้องทำหน้าที่อย่างเป็นทางการเสมอ (neutral arbitrator) ดังที่ศาลในคดี Cia de Navigation Omsil SA v Hugo Neu Corp 359 F Supp 898 (SDNY 1973) ได้กล่าวไว้ว่า

---

<sup>29</sup> English Arbitration Act 1996, Section 33

(1) The tribunal shall -

(a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and

(b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

<sup>30</sup> LCIA Rules, Article 5.2

All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocates for any party. No arbitrator, whether before or after appointment, shall advise any party on the merits or outcome of the dispute.

อนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีคือส่วนผสม (amalgam) ระหว่างผู้พิพากษาและทนายความ<sup>31</sup>

ทั้งนี้ ศาลในคดี Modern Brokerage Corp v Massachusetts B & I Co, 56 F Supp 696, 697 (SDNY 1944) ได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า คู่กรณีอาจตกลงให้อนุญาตตุลาการในข้อพิพาทของตนเป็นอนุญาตตุลาการที่มีอคติก็ได้ แต่ต้องเปิดเผยอคตินั้นด้วย<sup>32</sup> ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993) ว่า การที่อนุญาตตุลาการได้แจ้งต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งก่อนได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งว่า ตนได้ปรึกษากับคู่กรณีและพยานของคู่กรณีดังกล่าวมาแล้ว และประสงค์จะดำเนินการดังกล่าวต่อไปอีกในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา จึงไม่ถือเป็นเหตุให้กระบวนการและคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการเสียไป และพฤติการณ์ดังกล่าวของอนุญาตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีก็ไม่ใช่เหตุในการโต้แย้งคัดค้าน (unobjectionable) และถือเป็นเรื่องปกติธรรมดา (commonplace)<sup>33</sup> และศาลในคดี Astoria Medical Group v Health Insurance Plan of Greater New York (1962) ก็เคยวินิจฉัยว่า คู่กรณีย่อมมีอิสระในการแต่งตั้งอนุญาตตุลาการได้ตามที่ตนต้องการ แม้ว่าอนุญาตตุลาการนั้นจะเป็นกรรมการบริหารและเป็นที่ปรึกษาของคู่กรณีก็ตาม เพราะหากคู่กรณีเลือกที่จะให้คณะอนุญาตตุลาการที่ไม่เป็นกลางสองคนกับอนุญาตตุลาการที่เป็นกลางอีกหนึ่งคนทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทให้ ก็ถือเป็นธุระของคู่กรณีซึ่งศาลไม่อาจแก้ไขสัญญาให้คู่กรณีได้<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 342.

<sup>32</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 876.

<sup>33</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 342.

<sup>34</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, p. 266 และ Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration (Mundelein, Illinois: Callaghan, 1968), pp. 197-198.

อนึ่ง มีผู้อธิบายถึงการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาเอาไว้ว่า “อนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลางส่วนใหญ่ มิได้ปล่อยให้การได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีมีผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณา แม้ว่าพวกเขาอาจจะมีแนวโน้มเอียง (favourably disposed) ต่อคู่กรณีที่แต่งตั้งตนอยู่บ้าง แต่พวกเขาจะไม่ปล่อยให้เหตุผลดังกล่าวครอบงำการใช้จิตสำนึกและวิชาชีพของตนในการตัดสินข้อพิพาท หากพวกเขาเห็นว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีเหตุผลที่ดีกว่า

เช่นเดียวกัน อนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางส่วนใหญ่ อาจจะมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมีความเห็นอกเห็นใจ (sympathy) คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนมากกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากอนุญาโตตุลาการอาจจะมีภูมิหลัง ธรรมเนียม และวัฒนธรรมเหมือนกับคู่กรณีที่แต่งตั้งตน อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางก็จะไม่ปล่อยให้เหตุผลดังกล่าวครอบงำการใช้จิตสำนึกและวิชาชีพของตนในการตัดสินข้อพิพาทเช่นเดียวกัน”<sup>35</sup>

อย่างไรก็ดี ในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกาที่อยู่ภายใต้การบริหารโดย AAA นั้น แม้ AAA Rules จะกำหนดเอาไว้ใน Section R-12 ว่าคู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถตกลงกันให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีโดยตรงไม่จำเป็นต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ<sup>36</sup> และเป็นผลให้คู่กรณีไม่สามารถอ้างเหตุผลความไม่เป็นกลางและเป็นอิสระเพื่อคัดค้านอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ แต่ Section R-17 ก็ยังเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลางได้ หากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการนั้น ไม่สามารถหรือไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ด้วยความตั้งใจและโดยสุจริต (inability or refusal to perform his or her duties with diligence and in good faith)<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 239.

<sup>36</sup> AAA Rules, Section R-12 Direct Appointment by a Party

(b) Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17(a) that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards.

<sup>37</sup> AAA Rules, Section R-17 Disqualification of Arbitrator

นอกจากนี้ ABA/AAA Code ยังได้เสนอแนะว่าในการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ในสหรัฐอเมริกา อนุญาตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ เว้นแต่คู่กรณีจะตกลงกันให้อนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีไม่ต้องมีความเป็นกลาง ซึ่งในกรณีดังกล่าว ABA/AAA Code ก็วางแนวทางเอาไว้ใน Canon X ว่า อนุญาตตุลาการที่ไม่เป็นกลางอาจจะมีความเอนเอียงต่อคู่กรณีที่แต่งตั้งตนก็ได้ แต่จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ภายใต้ความถูกต้องและเป็นธรรม ยกตัวอย่างเช่น อนุญาตตุลาการที่ไม่เป็นกลางไม่ควรมีส่วนร่วมในการประวิงเวลาหรือแทรกแซงคู่กรณีและพยาน และไม่ควรแถลงข้อความที่ไม่เป็นจริงหรืออาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่ออนุญาตตุลาการอื่น<sup>38</sup>

ในการพิจารณาถึงความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคู่กรณีนั้น มีผู้ให้ข้อสังเกตว่า หากคณะอนุญาตตุลาการประกอบด้วยอนุญาตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีแล้ว ก็เป็นเรื่องสำคัญยิ่งที่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการ

---

(a) Any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for

(i) partiality or lack of independence,

(ii) inability or refusal to perform his or her duties with diligence and in good faith,

and

(iii) any grounds for disqualification provided by applicable law. The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Section R-12 shall be nonneutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence.

<sup>38</sup> ABA/AAA Code, Canon X Exemptions for arbitrators appointed by one party who are not subject to rules of neutrality

(1) Canon X arbitrators may be predisposed toward the party who appointed them but in all other respects are obligated to act in good faith and with integrity and fairness. For example, Canon X arbitrators should not engage in delaying tactics or harassment of any party or witness and should not knowingly make untrue or misleading statements to the other arbitrators.

อนุญาโตตุลาการต้องรับรู้ตั้งแต่เริ่มต้นว่า อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีควรวางตัวเป็นกลางหรือทำหน้าที่เป็นทนายความหรือที่ปรึกษาให้แก่คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตน และการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลางจะเป็นเรื่องที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ เพราะประธานอนุญาโตตุลาการจะรับรู้ถึงความไม่เป็นกลางได้ในไม่ช้า และอิทธิพลของอนุญาโตตุลาการที่ไม่เป็นกลางที่มีต่อกระบวนการพิจารณาจะหายไปที่สุดในที่สุด แนวทางที่ดีกว่า ก็คือ การแต่งตั้งบุคคลที่อาจมีความเห็นอกเห็นใจ (sympathy) ต่อคู่กรณีเพราะมีวัฒนธรรมและภูมิหลังเช่นเดียวกัน แต่จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางในการพิจารณาข้อเท็จจริงและตัดสินข้อโต้แย้งตามข้อเท็จจริงและกฎหมายโดยเคร่งครัด<sup>39</sup>

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าควรตั้งสมมุติฐานเอาไว้ในเบื้องต้นว่าอนุญาโตตุลาการทุกคนต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระจากคู่กรณีตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณา เว้นแต่คู่กรณีจะได้ทำความตกลงกันโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตามก็ดี ความตกลงดังกล่าวต้องไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับแก่กรณีด้วย

### 3.1.1.3. หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาโตตุลาการ

ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายแห่งได้กำหนดให้บุคคลซึ่งจะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของตน (Duty of Disclosure)<sup>40</sup> โดยหน้าที่ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการแต่งตั้งบุคคลที่ไม่เหมาะสมเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ<sup>41</sup> และเพื่อช่วยรับรองว่าการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะไม่

<sup>39</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 237 และ 239.

<sup>40</sup> Model Law, Article 12; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส, มาตรา 1452; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1036; พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 19; UNCITRAL Arbitration Rules, Article 9; AAA Rules, Section R-16; ICC Rules, Article 7; ICSID Rules, Rule 6; LCIA Rules, Article 5 และข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ, ข้อ 15.

<sup>41</sup> Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1990), p. 61.



เกิดขึ้นบ่อยจนเกินไป<sup>42</sup> ดังที่ศาลอุทธรณ์แห่งปารีสเคยวินิจฉัยว่า เมื่ออนุญาโตตุลาการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีมิได้โต้แย้ง การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์<sup>43</sup>

Article 9 ของ UNCITRAL Arbitration Rules ได้กำหนดให้บุคคลซึ่งจะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของตนต่อผู้ที่ทาบทามให้ตนเป็นอนุญาโตตุลาการ (those who approach him in connection with his possible appointment) ต่อเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว อนุญาโตตุลาการต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อคู่กรณีทุกฝ่าย แต่ Article 12 ของกฎหมายต้นแบบ มิได้กำหนดว่าการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องเปิดเผยต่อใคร จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ในเบื้องต้น บุคคลซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการควรจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อผู้ที่ทาบทามให้ตนเป็นอนุญาโตตุลาการได้ทราบเสียก่อน ไม่ว่าจะเป็คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการ บุคคลที่สาม หรือศาล และเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ควรเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อคู่กรณีทุกฝ่ายอีกครั้งหนึ่ง<sup>44</sup>

อนึ่ง Article 12 ของกฎหมายต้นแบบ ได้กำหนดให้หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นหน้าที่โดยต่อเนื่องซึ่งต้องปฏิบัติโดยไม่ชักช้า กล่าวคือ ภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ยังมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวตลอดระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วย

ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้น สถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งอาจจะกำหนดและจัดเตรียม

<sup>42</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 80.

<sup>43</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 335.

<sup>44</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 80.

แบบพิมพ์เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่อนุญาตให้ตุลาการควรเปิดเผยเอาไว้ เพื่อเป็นแนวทางให้ อนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลของตนได้โดยสะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น<sup>45</sup> ส่วน Canon II ของ ABA/AAA Code ก็ได้กำหนดแนวทางในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาตให้เปิดเผยเอาไว้โดยละเอียด ดังนี้

(1) ส่วนได้เสียทางการเงินหรือทางส่วนตัวในผลของการอนุญาตให้เปิดเผยเอาไว้ โดยตรงหรือโดยอ้อม

(2) ความสัมพันธ์ทางการเงิน ทางธุรกิจ ทางวิชาชีพ หรือทางส่วนตัว ไม่ว่าจะในปัจจุบันหรืออดีต ซึ่งอาจกระทบต่อความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระในสายตาของคู่กรณี ตัวอย่างเช่น บุคคลซึ่งจะถูกแต่งตั้งเป็นอนุญาตให้เปิดเผยความสัมพัทธ์ที่ตนมีต่อ คู่กรณีหรือทนายความของคู่กรณี อนุญาตให้เปิดเผยร่วมกับคนอื่น ๆ หรือบุคคลที่จะเป็นพยาน และ ควรเปิดเผยความสัมพัทธ์ที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกในครอบครัว นายจ้าง หุ้นส่วน เพื่อนร่วมวิชาชีพ หรือธุรกิจของตนเท่าที่จะสามารถทำได้

(3) ลักษณะและขอบเขตของข้อพิพาทที่ตนได้ทราบมาก่อนเป็นการล่วงหน้า

(4) ข้อเท็จจริง ความสัมพันธ์ หรือ ส่วนได้เสียอื่นใด ซึ่งตนมีหน้าที่ต้องเปิดเผย ตามข้อตกลงของคู่กรณี ข้อบังคับและธรรมเนียมปฏิบัติของสถาบันอนุญาตให้เปิดเผย หรือ กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อเท็จจริงของอนุญาตให้เปิดเผย<sup>46</sup>

<sup>45</sup> ICC Rules, Article 7; LCIA Rules, Article 5 และ ICSID Rules, Rules 6.

<sup>46</sup> ABA/AAA Code, Canon II An arbitrator should disclose any interest or relationship likely to affect impartiality or which might create an appearance of partiality.

A. Persons who are requested to serve as arbitrators should, before accepting, disclose:

(1) any known direct or indirect financial or personal interest in the outcome of the arbitration;

(2) any known existing or past financial, business, professional or personal relationships which might reasonably affect impartiality or lack of independence in the eyes of any of the parties. For example, prospective arbitrators should disclose any such relationships which they personally have with any party or its lawyer, with any co-arbitrator, or with any individual whom they have been told will be a witness. They should also disclose any such relationships involving their families or household

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของตน แต่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเหล่านี้กลับมิได้กำหนดว่า หากอนุญาโตตุลาการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวแล้ว จะก่อให้เกิดผลประการใดบ้าง จึงมีปัญหาที่ควรพิจารณาว่า หากอนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของตนแล้ว จะเกิดผลประการใดต่อกระบวนการพิจารณาและอนุญาโตตุลาการบ้าง

IBA Ethics for International Arbitrators ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวเอาไว้ว่า การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจแสดงให้เห็นถึงอคติของอนุญาโตตุลาการ และอาจเป็นเหตุในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงที่มีได้เปิดเผยนั้นจะไม่มีเหตุผลเพียงพอต่อการถอดถอนอนุญาโตตุลาการก็ตาม<sup>47</sup>

ศาลอังกฤษได้เคยวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอาไว้ในคดี Bithrey Construction v Edmunds [1996] 35 BLISS 1 ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า อนุญาโตตุลาการและทนายของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต่างก็เป็นสมาชิกในสภาอนุญาโตตุลาการในสาขาเดียวกัน (members of the same branch of Chartered Institute of Arbitrators) ทนายคนดังกล่าวจึงมีหนังสือเสนอแนะให้

---

members or their current employers, partners, or professional or business associates that can be ascertained by reasonable efforts;

(3) the nature and extent of any prior knowledge they may have of the dispute; and

(4) any other matters, relationships, or interests which they are obligated to disclose by the agreement of the parties, the rules or practices of an institution, or applicable law regulating arbitrator disclosure.

<sup>47</sup> IBA Ethics for International Arbitrators, Article 4.1

Failure to make such disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualifications.

อนุญาโตตุลาการเปิดเผยความสัมพันธ์ดังกล่าวให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ และควรเปิดเผยด้วยว่าอนุญาโตตุลาการเคยเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีอื่นซึ่งทนายคนดังกล่าวว่าความอยู่ด้วย แต่อนุญาโตตุลาการกลับเพิกเฉยต่อหนังสือเสนอแนะดังกล่าว ภายหลังจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาไปแล้วไม่นานนัก ทนายคนดังกล่าวจึงเสนอให้อนุญาโตตุลาการผู้นั้นลาออก แต่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นกลับเกิดโทสะและเสนอแนะให้ทนายผู้นั้นลาออกแทน ทั้งยังกล่าวว่า ทนายคนดังกล่าวพยายามอย่างยิ่งที่จะรบกวนการดำเนินกระบวนการพิจารณา (anxious to frustrate the progress of the arbitration) ทั้งยังขาดความตั้งใจและความเชี่ยวชาญ (lack of attention and expertise) ศาลจึงได้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลว่า กรณีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอคติที่เป็นอันตรายในสายตาของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้มีเหตุมีผล (to a reasonable outsider there would appear to be a real danger of bias)<sup>48</sup>

ในคดี AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v Saudi Cable Company [2000] 2 All ER (Comm) 625 มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำสัญญาร่วมกันประมูลงานจากรัฐบาลซาอุดีอาระเบีย แต่ต่อมาได้เกิดข้อพิพาทจากสัญญาดังกล่าวขึ้น คู่กรณีจึงได้ยื่นข้อพิพาทให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยประธานอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งโดยความตกลงของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ต่อมาคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้คัดค้านประธานอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่ประธานอนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนเป็นกรรมการและผู้ถือหุ้นในบริษัทที่แพ้การประมูลงานดังกล่าวเนื่องด้วยความผิดพลาดโดยมิได้ตั้งใจ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศอังกฤษได้ปฏิเสธการคัดค้านอนุญาโตตุลาการดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวยังไม่เพียงพอต่อการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ<sup>49</sup>

ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ในคดี Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty Co 393 US 145 (1968) เนื่องจากประธานอนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบริษัทที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ค้าประกันในข้อพิพาทดังกล่าว กล่าวคือเป็นที่ปรึกษาทางวิศวกรรม (engineering consultant) และได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวนกว่า 12,000 เหรียญสหรัฐ

<sup>48</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed. (Great Britain: LLP, 2002), pp. 183-184.

<sup>49</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), pp. 329-331.

ภายในเวลาสี่ถึงห้าปี ซึ่งรวมถึงโครงการที่เป็นข้อพิพาทในการอนุญาโตตุลาการนี้ด้วย โดยผู้พิพากษา Mr. Justice Black ผู้ทำความเห็นหลัก ได้กล่าวว่า การที่ประธานอนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางที่ชัดเจน (evident impartiality) และถือเป็นเหตุผลที่เพียงพอต่อการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการแล้ว แม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏแก่ศาลล่างว่าคณะอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบและมีมติในคำชี้ขาดเป็นเอกฉันท์ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Mr. Justice Fortas ผู้ทำความเห็นแย้ง รวมถึง Mr. Justice Harlan และ Mr. Justice Stewart ก็เห็นว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวยังไม่น่าจะถือได้ว่าเป็นความไม่เป็นกลางที่ชัดเจนจนเป็นเหตุให้ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการได้มีมติในคำชี้ขาดเป็นเอกฉันท์ อีกทั้งยังไม่ปรากฏพฤติการณ์อื่นที่แสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลาง ความไม่เป็นธรรม อคติ หรือการฉ้อฉล (actual partiality, unfairness, bias or fraud) ของอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด<sup>50</sup>

ต่อมา ในคดี Fertilizer Corporation of India v IDI Management Inc, 517 F.Supp.948 (SD Ohio 1981) คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีมติเป็นเอกฉันท์ โดยอ้างว่าอนุญาโตตุลาการมิได้เปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนเคยทำหน้าที่เป็นทนายความ (counsel) ให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหลายครั้ง โดยคู่กรณีอีกฝ่ายโต้แย้งว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นเป็น Senior Advocate ในประเทศอินเดียซึ่งไม่ได้รับว่าความให้แก่ลูกความโดยตรง แต่จะได้รับการว่าจ้างจาก Advocate ผู้ได้รับการว่าจ้างจากคู่กรณีอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเทียบได้กับตำแหน่ง Barrister และ Solicitor ในประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลแขวงแห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้ปฏิเสธการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยให้เหตุผลว่า การไม่เปิดเผยความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่กรณีตามข้อเท็จจริงนี้ ยังไม่พอจะใช้เป็นเหตุในการเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว<sup>51</sup> และในเวลาต่อมา ผู้พิพากษา Posner ก็ได้กล่าวเอาไว้ในคดี Merit Insurance Company v Leatherby Insurance Company 714 F.2d 673 (7th Cir. 1983) ว่า แม้การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควร

<sup>50</sup> Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution (St. Paul: West, 1985), pp. 680-686.

<sup>51</sup> W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed. (USA: Oceana and ICC, 1990), pp. 220-221 และ Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 866-868.

สงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจะขัดต่อมาตรฐานทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการ แต่การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวก็มีใช้เหตุผลที่จะทำให้ศาลต้องเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเสมอไป<sup>52</sup>

ในข้อพิพาทอีกเรื่องหนึ่ง ภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด คู่กรณีฝ่ายหนึ่งพบว่าสำนักงานกฎหมายของอนุญาโตตุลาการเป็นตัวแทนในการแปรรูปคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจให้เป็นกิจการเอกชน แต่อนุญาโตตุลาการอ้างว่าตนไม่ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าว คู่กรณีจึงร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนคำชี้ขาด ศาลแขวงกลางแห่งแคลิฟอร์เนียได้วินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการสืบหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interests) ที่จะเกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการเอง ดังนั้น ศาลจึงถือว่าอนุญาโตตุลาการได้ละเมิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริง และได้เพิกถอนคำชี้ขาดตามคำร้อง<sup>53</sup>

นอกจากนี้ ศาลสวิตเซอร์แลนด์เคยวินิจฉัยเอาไว้ในคดีหนึ่งว่า การที่อนุญาโตตุลาการไม่ยอมเปิดเผยว่าภรรยาของตนเป็นผู้ช่วยทนายของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ถือเป็นเหตุผลเพียงพอต่อการถอดถอนอนุญาโตตุลาการผู้นั้นแล้ว<sup>54</sup> เช่นเดียวกับที่ศาลอุทธรณ์แห่งปารีสได้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการโดยให้เหตุผลว่า การที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงแก่คู่กรณีว่าตนได้สมรสกับมารดาของทนายของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ย่อมทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจเชื่อมั่นในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้อีกต่อไป<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution, pp. 687-696.

<sup>53</sup> Henri C. Alvarez, Neil Kaplan and David W. Rivkin, Model Law Decisions. Case Applying to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 – 2001, (Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p.162 อ้างถึงใน Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., p. 92.

<sup>54</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 248.

<sup>55</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 337.

ข้อสังเกตประการต่อไปก็คือ การที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของตนนั้น อาจเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ ดังที่ศาลสูงสุดแห่งออสเตรเลียได้วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องคดี (immunity) ที่อนุญาโตตุลาการได้รับในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงการละเมิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงด้วย อนุญาโตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบผิดฐานผิดหน้าที่ตามสัญญา เช่นเดียวกับที่ศาลสูงสุดแห่งฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่อนุญาโตตุลาการไม่ยอมเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนจะเริ่มเข้าร่วมงานกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งภายหลังการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นเหตุให้คู่กรณีสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน<sup>56</sup>

#### 3.1.1.4. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะกำหนดให้ คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ หากมีเหตุอันควรสงสัย (justifiable doubts) ถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ เหตุอันควรสงสัยที่คู่กรณียกขึ้นอ้างนั้น อาจไม่เป็นเหตุผลเพียงพอต่อการถอดถอนอนุญาโตตุลาการ แต่การอ้างเหตุอันควรสงสัยดังกล่าวควรจะต้องแสดงให้เห็นถึงอคติที่มีอยู่จริงหรือตามที่ปรากฏโดยชัดแจ้ง (actual or apparent bias) ของอนุญาโตตุลาการด้วย จึงมีผู้กล่าวว่า ภาระในการพิสูจน์ถึงอคติของอนุญาโตตุลาการนั้น เป็นภาระที่ยากลำบากสำหรับคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างยิ่ง<sup>57</sup>

ศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐานในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในคดี Bithrey Construction v Edmunds [1996] 35 BLISS 1 ว่า ศาลจะใช้อำนาจถอดถอนอนุญาโตตุลาการก็ต่อเมื่อเป็นกรณี que แสดงให้เห็นถึงอคติที่เป็นอันตราย (real danger of bias) ในสายตาของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้มีเหตุมีผล (a reasonable outsider) เท่านั้น ดังนี้ ข้อเท็จจริง

<sup>56</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 271.

<sup>57</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 871-872.

ที่ว่า ผู้ซึ่งขาดเคยเป็นพยานให้แก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งในข้อพิพาทอื่นมาก่อน<sup>58</sup> อนุญาตต่อตุลาการเคยรู้จักกับทนายของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง<sup>59</sup> อนุญาตต่อตุลาการเคยตัดสินข้อพิพาทอื่นระหว่างคู่กรณีเดิม<sup>60</sup> อนุญาตต่อตุลาการถามถึงสุขภาพของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ภายหลังจากที่ภรรยาของคู่กรณีแจ้งต่อ อนุญาตต่อตุลาการทางโทรศัพท์ว่าคู่กรณีป่วยและขอเลื่อนนัด<sup>61</sup> หรืออนุญาตต่อตุลาการเคยเป็นพยานที่เป็นประโยชน์ของทนายความของคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง<sup>62</sup> จึงยังไม่เป็นเหตุผลเพียงพอที่จะถอดถอน อนุญาตต่อตุลาการ

ในคดี *Re The Owners of the Steamship "Catalina" and Others and The Owners of the Motor Vessel "Norma"* (1938) 61 LI L Rep 360 อนุญาตต่อตุลาการได้แสดงอคติที่ตนมีโดยชัดแจ้งในข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีชาวโปรตุเกสและชาวอเมริกัน โดยการกล่าวว่า "คนโปรตุเกสเป็นคนซื่อโกหก" (Portuguese people were liars.) ทำให้ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง อนุญาตต่อตุลาการ<sup>63</sup> และในคดี *Veritas Shipping Ltd v Anglo-Canadian Cement Ltd.* [1966] Lloyds L Rep 76 (QB 1965) คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้แต่งตั้งกรรมการผู้จัดการของตนเป็น อนุญาตต่อตุลาการเสียเอง จึงเป็นเหตุให้ศาลถอดถอน อนุญาตต่อตุลาการผู้นั้นออกไป<sup>64</sup>

ในคดี *Lakers Airways Inc v FLS Aerospace Ltd & Burton* [1999] 2 Lloyd's Rep 45 คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ยื่นคำร้องคัดค้าน อนุญาตต่อตุลาการต่อศาลอังกฤษ โดยอ้างว่า อนุญาตต่อตุลาการผู้นั้นเป็นทนายความจากสำนักงานเดียวกันกับทนายความของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (barristers from the same chamber) แต่ศาลได้ยกคำร้องคัดค้านดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า อนุญาตต่อตุลาการไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทดังกล่าว เนื่องจากในระบบกฎหมายอังกฤษ

<sup>58</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed. (Great Britain: LLP, 2002), p. 183.

<sup>59</sup> Ibid, p. 185.

<sup>60</sup> Ibid, pp. 189-190.

<sup>61</sup> Ibid, pp. 190-191.

<sup>62</sup> Ibid, pp. 193-194.

<sup>63</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 259.

<sup>64</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 644-645.



ทนายความไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลอื่นได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติ ทนายความหลายคนอาจร่วมกันจัดตั้งสำนักงานทนายความขึ้นได้ แต่ทนายความแต่ละคนก็ต้องประกอบวิชาชีพตามลำพังโดยไม่มีการแบ่งลูกความหรือค่าตอบแทน ในกรณีดังกล่าว อนุญาตให้ตุลาการจึงไม่อาจมีส่วนได้เสียทางการเงินในผลแห่งคดีของทนายความที่มาจากสำนักงานเดียวกับตนได้<sup>65</sup> อนึ่ง มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจกลายเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาตให้ตุลาการในข้อพิพาทระหว่างประเทศได้ เนื่องจากคู่กรณีอาจไม่เข้าใจถึงมาตรฐานทางวิชาชีพทนายความของประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ศาลฝรั่งเศสก็ได้เคยวินิจฉัยว่า การที่อนุญาตให้ตุลาการเป็นทนายความที่มาจากสำนักงานเดียวกับทนายความของคู่กรณีนั้น ยังไม่อาจถือได้ว่า อนุญาตให้ตุลาการไม่เป็นอิสระจากคู่กรณี<sup>66</sup>

ในสหรัฐอเมริกา Federal Arbitration Act Section 10(2) ได้กำหนดเอาไว้ว่า ความไม่เป็นกลางของอนุญาตให้ตุลาการที่จะทำให้อัตราพิจารณาและคำชี้ขาดของอนุญาตให้ตุลาการเสียไปนั้น ต้องเป็นความไม่เป็นกลางที่ชัดแจ้ง (evident partiality) ซึ่งศาลในคดี ANR Coal Co v Cogentrix of North Carolina Inc 173 F.3d 493 (4th Cir 1999) ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความไม่เป็นกลางที่ชัดแจ้ง เอาไว้ 4 ข้อ คือ

1. ขอบเขตและลักษณะของส่วนได้เสียของอนุญาตให้ตุลาการที่มีในกระบวนการพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นการเงินหรือด้านอื่น (the extent and character of the personal interest, pecuniary or otherwise, of the arbitrator in the proceeding)
2. ความใกล้ชิดของความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาตให้ตุลาการและคู่กรณีฝ่ายที่อนุญาตให้ตุลาการถูกกล่าวหาว่าเข้าข้าง (the directness of the relationship between the arbitrator and the party he is alleged to favor)
3. ความเชื่อมโยงระหว่างความสัมพันธ์ดังกล่าวกับการอนุญาตให้ตุลาการ (the connection of that relationship to the arbitration)

<sup>65</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., pp. 194-196.

<sup>66</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 328.

4. ความต่อเนื่องของระยะเวลาระหว่างความสัมพันธ์ดังกล่าวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา (the proximity in time between the relationship and the arbitration proceeding)<sup>67</sup>

ตัวอย่างของกรณีศาลในสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการมีความไม่เป็นกลางที่ชัดแจ้ง ได้แก่ การที่อนุญาโตตุลาการเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในระหว่างการพิจารณา<sup>68</sup> หรือการที่อนุญาโตตุลาการมาจากสำนักงานกฎหมายซึ่งอยู่ในเครือเดียวกันหรือได้ร่วมงานกับสำนักงานกฎหมายที่เป็นตัวแทนของคู่กรณี และการที่ประธานอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้ขายได้อยู่ร่วมห้องในโรงแรมกับผู้หญิงที่เป็นทนายของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายชนะตามคำชี้ขาดเป็นเวลาสองคืน ก็เป็นเหตุที่ทำให้ศาลสหรัฐอเมริกาเพิกถอนคำชี้ขาดเช่นกัน<sup>69</sup> และในคดี Pacific & Arctic Ry 952 F.2d ศาลได้ตัดสินว่าการที่ประธานอนุญาโตตุลาการเป็นเพื่อนสนิทกับอนุญาโตตุลาการที่แต่งตั้งโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง และอนุญาโตตุลาการทั้งสองเคยทานอาหารร่วมกันระหว่างการพิจารณาโดยให้คู่กรณีฝ่ายนั้นจ่ายค่าอาหารให้ นั่นถือได้ว่าเป็นการฉ้อฉล (fraud) ของอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>70</sup>

นอกจากนี้ ศาลในออสเตรเลียยังเคยวินิจฉัยว่า การที่อนุญาโตตุลาการทะเลาะกับทนายของคู่กรณีเสียเองย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ<sup>71</sup> แต่ลำพังข้อเท็จจริงที่ว่าอนุญาโตตุลาการเคยให้ความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีนั้น ศาลสูงสุดแห่งฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ายังไม่อาจกระทบถึงความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการได้<sup>72</sup> และศาลสูงสุดแห่งเยอรมนีก็เคยวินิจฉัยว่า ศาลจะสามารถ

<sup>67</sup> Keisha I. Patrick, A New Era of Disclosure: California Judicial Council Enacts Arbitrator Ethics Standards, *Journal of Dispute Resolution*, 1 (2003), p. 277.

<sup>68</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 872.

<sup>69</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 263-264.

<sup>70</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 339.

<sup>71</sup> Ibid, p. 338.

<sup>72</sup> Ibid, p. 336.

ปฏิเสศคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อการละเมิดหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม  
 อย่างเป็นทางการนั้น เกิดผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาอย่างเห็นได้ชัด (where a violation of the  
 duty of impartial administration of justice had a real impact on the arbitral proceedings)<sup>73</sup>

ในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี  
 ต่างสัญชาตินั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของ  
 อนุญาโตตุลาการที่สำคัญประการหนึ่ง ก็คือ สัญชาติของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคู่กรณีแต่ละ  
 ฝ่ายมักจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติเดียวกับตน อย่างไรก็ตามก็ดี มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ  
 กรณียังกล่าวเอาไว้ว่า บทบาทของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีนั้น ไม่ใช่การ  
 ปกป้องความเห็นของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนหรือเข้าข้างคู่กรณี แต่อนุญาโตตุลาการดังกล่าว  
 ย่อมจะทราบถึงหลักความยุติธรรมในประเทศของตน โดยหลักความยุติธรรมในประเทศที่ร่ำรวย  
 และประเทศที่ยากจน หรือประเทศทุนนิยมและประเทศสังคมนิยมนั้น อาจมีความแตกต่างกัน  
 ฉะนั้น การให้อนุญาโตตุลาการชี้แจงแก่คณะอนุญาโตตุลาการว่า สิ่งใดคือความยุติธรรมใน  
 ประเทศที่คู่กรณีมีสัญชาติอยู่นั้น ย่อมจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง<sup>74</sup> และการที่อนุญาโตตุลาการมี  
 สัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีนั้น สัญชาติของอนุญาโตตุลาการอาจมีความสำคัญต่อการเป็นคน  
 กลางในการสื่อความหมายทางวัฒนธรรม (cultural interpreter) และการปฏิบัติตามคำชี้ขาดใน  
 ภายหลัง<sup>75</sup> ดังนั้น การที่คู่กรณีแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติเดียวกันกับตน จึงยังไม่อาจถือ  
 เป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้

อนึ่ง มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่กรณีมีสัญชาติ  
 ต่างกันต่อไปอีกว่า ในโลกอุดมคตินั้น สัญชาติของอนุญาโตตุลาการคนเดียว (sole arbitrator)  
 หรือประธานอนุญาโตตุลาการ ก็ไม่ถือเป็นประเด็นสำคัญเช่นกัน สิ่งที่สำคัญก็คือคุณสมบัติ  
 ประสิทธิภาพ และคุณธรรมของอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะเกิดในประเทศใด

<sup>73</sup> Yearbook Commercial Arbitration XII, ed. Albert Jan van den Berg  
 (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1987), p. 490.

<sup>74</sup> René David, Arbitration in International Trade, (Netherlands: Kluwer Law &  
 Taxation, 1985) p. 254.

<sup>75</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative  
 International Commercial Arbitration, p. 259.

หรือถือหนังสือเดินทางของประเทศใดโดยอมไม่ใช้ประเด็นสำคัญ<sup>76</sup> อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีมีสัญชาติต่างกัันนั้น มักจะมีความเห็นว่า หากอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการมีสัญชาติตรงกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแล้ว อนุญาโตตุลาการก็อาจจะไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระและทำให้คู่กรณีฝ่ายนั้นได้เปรียบในการพิจารณาได้ เพราะอนุญาโตตุลาการอาจเข้าข้างคู่กรณีที่มีสัญชาติเหมือนกับตนเป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากจึงได้กำหนดเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนว่า อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการต้องมีสัญชาติต่างไปจากคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น เช่น ICC Rules Article 9 และ AAA Rules Section R-14 นอกจากนี้ LCIA Rules ยังได้วางหลักเกณฑ์เฉพาะเอาไว้อีกว่า การพิจารณาสัญชาติของคู่กรณีให้พิจารณาไปถึงการเป็นผู้ถือหุ้นและการได้รับผลประโยชน์ด้วย และผู้ที่มีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปให้ถือว่ามีสัญชาติของประเทศ ส่วนผู้มีสัญชาติของประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ให้ถือว่ามีสัญชาติของประเทศที่เป็นสมาชิก โดยไม่ถือว่าเป็นสัญชาติเดียวกัน<sup>77</sup> ส่วนการอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของ ICSID นั้น คณะอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ต้องมีสัญชาติต่างไปจากคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 240.

<sup>77</sup> LCIA Rules, Article 6 Nationality of Arbitrators

6.1 Where the parties are of different nationalities, a sole arbitrator or chairman of the Arbitral Tribunal shall not have the same nationality as any party unless the parties who are not of the same nationality as the proposed appointee all agree in writing otherwise.

6.2 The nationality of parties shall be understood to include that of controlling shareholders or interests.

6.3 For the purpose of this Article, a person who is a citizen of two or more states shall be treated as a national of each state; and citizens of the European Union shall be treated as nationals of its different Member States and shall not be treated as having the same nationality.

<sup>78</sup> ICSID Convention, Article 39

The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a

ในบางกรณี รัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐก็ตกเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการ และคู่กรณีฝ่ายรัฐก็อาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติของประเทศตน หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็่่นลูกจ้าง ที่ปรึกษา หรือศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย ซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้<sup>79</sup> แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่ประเทศกำลังพัฒนาเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการนั้น ประเทศกำลังพัฒนาอาจจำเป็นต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐ หรือบุคคลที่เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเป็นอนุญาโตตุลาการให้แก่ตน เนื่องจากการยากที่จะหาผู้ที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในการเป็นอนุญาโตตุลาการพร้อมทั้งมีความเข้าใจในระบบกฎหมายของประเทศดังกล่าว<sup>80</sup> เช่นในคดี Imperial Ethiopian Government v Baruch Foster Corp (U.S. no.10) ที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้คัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่า ศาสตราจารย์ René David ชาวฝรั่งเศส ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทดังกล่าว เคยทำหน้าที่ร่างประมวลกฎหมายแพ่งให้แก่รัฐบาลของประเทศเอธิโอเปียซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ตั้งแต่ ค.ศ. 1954 ถึง ค.ศ. 1958 แต่รัฐบาลของประเทศเอธิโอเปียได้โต้แย้งว่า ตั้งแต่ ค.ศ. 1958 เป็นต้นมา ศาสตราจารย์ David ไม่ได้รับหน้าที่ใดจากรัฐบาลเอธิโอเปียอีกเลย นอกจากนี้ คุุณธรรมและชื่อเสียงที่ได้รับการยอมรับไปทั่วโลกของศาสตราจารย์ David ก็เป็นที่พิสูจน์ได้ ดังนั้น ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้ปฏิเสธคำร้องคัดค้านคำชี้ขาดดังกล่าว<sup>81</sup>

ในบางกรณี ปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ อาจเกิดขึ้นในการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การบริหารของสมาคมการค้า (trade

---

party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.

<sup>79</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 244.

<sup>80</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (Netherlands: Kluwer Law International 1999), pp. 298-299.

<sup>81</sup> Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 377.

associations) เนื่องจากอนุญาโตตุลาการของสมาคมการค้าบางแห่งถูกเลือกมาจากผู้ประกอบการค้าซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมที่มีแวดวงไม่กว้างนัก และมักจะประกอบธุรกิจระหว่างกันเอง ปัญหาดังกล่าวจึงเกิดขึ้นในกรณีที่มีผู้ที่มีได้เป็นสมาชิกของสมาคมต้องเข้ามาเป็นคู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การบริหารของสมาคม

ในข้อพิพาทหนึ่ง คู่กรณีชาวสวิสเซอร์แลนด์ได้ปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการของสมาคมผู้ค้าหนังสัตว์และหนังฟอกแห่งเนเธอร์แลนด์ (Netherlands Hide and Leather Exchanges Association) ต่อศาลอุทธรณ์แห่งเมืองบาเซิล โดยอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นอิสระ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการทุกคนมาจากแวดวงผู้ประกอบการค้าวัตถุดิบ แต่ไม่มีผู้แทนจากกลุ่มอุตสาหกรรมหนังฟอกซึ่งตนเป็นสมาชิกได้รับการเสนอชื่อเป็นอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลได้ปฏิเสธคำคัดค้านดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่า คำพิงข้อเท็จจริงเพียงว่าอนุญาโตตุลาการเป็นสมาชิกของกลุ่มเศรษฐกิจกลุ่มหนึ่งนั้น ไม่อาจถือเป็นที่ยุติได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นไม่เป็นอิสระ แต่ต้องมีข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะที่แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นอิสระจากคู่กรณี และในคดีนี้ก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวในคณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด<sup>82</sup> นอกจากนี้ ศาลสูงสุดแห่งเยอรมนียังเคยกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวไว้ว่า การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการเหนือกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ยังไม่ถือเป็นเหตุผลที่เพียงพอสำหรับการปฏิเสธคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย เว้นแต่จะมีเหตุอันมิชอบอื่นใดเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการหรือการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ<sup>83</sup>

นอกจากนี้ ความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของสถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้าในประเทศยุโรปตะวันออกก็เป็นปัญหาเช่นเดียวกัน ดังที่มีผู้กล่าวว่า ในประเทศที่เป็นสมาชิกของสภาเพื่อความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจร่วมกัน (Council for Mutual Economic Assistance หรือ CMEA) นั้น อนุญาโตตุลาการจะถูกคัดเลือกมาจากรายชื่อที่สภาหอการค้าของประเทศสังคมนิยมเหล่านั้นได้จัดทำเอาไว้ล่วงหน้า ซึ่งรายชื่อดังกล่าวจะมีรายชื่อของบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศนั้นๆ และสภาหอการค้าผู้จัดทำ

<sup>82</sup> Ibid, p. 378.

<sup>83</sup> Yearbook Commercial Arbitration XII, ed. Albert Jan van den Berg (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1987), pp. 490-491.

รายชื่อดังกล่าวก็อยู่ภายใต้การควบคุมของประเทศดังกล่าว นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการในระบอบสังคมนิยมก็จรรโลงดีต่อประเทศของตนจนไม่อาจถือได้ว่ามีความเป็นอิสระ

อย่างไรก็ดี มีคดีเป็นจำนวนมากที่ศาลแห่งประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้ปฏิเสธคำกล่าวหาที่ว่า การตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เป็นสมาชิกของ CMEA เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งประเด็นสำคัญที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยก็คือ อนุญาโตตุลาการมิได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เป็นกลางแต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลยังได้ให้เหตุผลว่า หลักเกณฑ์และวิธีการตั้งอนุญาโตตุลาการในประเทศยุโรปตะวันออกเหล่านี้เป็นที่รับรู้ของคู่กรณีอยู่แล้ว และคู่กรณีชาวต่างชาติก็สมควรใจเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง<sup>84</sup> และเป็นที่น่าสังเกตว่าศาลในสหรัฐอเมริกาที่เคยวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอาไว้ในคดี Amtorg Trading Corp v Camden Fibre Mills โดยตัดสินและให้เหตุผลเช่นเดียวกับศาลแห่งประเทศสวิตเซอร์แลนด์ด้วย<sup>85</sup>

### 3.1.1.5. การเปรียบเทียบความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาเป็นอย่างมาก จึงทำให้ความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการถูกนำไปเทียบเคียงกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานดังที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Declaration of Human Rights)<sup>86</sup> และสนธิสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)<sup>87</sup> ดังนี้ จึงเกิดปัญหาที่สมควรพิจารณา

<sup>84</sup> Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, pp. 378-379.

<sup>85</sup> Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, p. 213-214.

<sup>86</sup> Universal Declaration of Human Rights, Article 10

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

<sup>87</sup> European Convention on Human Rights, Article 6(1)

เกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการว่า ควรมีมาตรฐานเดียวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือไม่

ในระบบกฎหมายอังกฤษ เป็นที่ยอมรับกันว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระเช่นเดียวกับผู้พิพากษา<sup>88</sup> ดังจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษใช้ในการพิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการในคดี Bithrey Construction v Edmunds [1996] 35 BLISS 1 คดี AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v Saudi Cable Company [2000] 2 All ER (Comm) 625 และคดี Save and Prosper Pensions Ltd v Homebase Ltd & Another [2001] L & TR, 107, Ch D นั้น เป็นหลักเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (objective test) ที่ศาลอังกฤษใช้ในการพิจารณาถอดถอนผู้พิพากษาในคดี R. v. Gough [1993] AC 646 คดี Locabail (UK) Ltd v Bayfield Properties Ltd [2000] 11 All ER 65; NLC 299119901 และคดี Director General of Fair Trading v Proprietary Association of Great Britain (2001)<sup>89</sup> กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นถึงอคติที่เป็นอันตราย (real danger of bias) ในสายตาของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้มีเหตุมีผล (a reasonable outsider)

ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้เคยวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอาไว้ในคดี Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty Co 393 US 145 (1968) โดยผู้พิพากษา Mr. Justice Black ผู้ทำความเห็นหลัก ได้กล่าวว่า ศาลควรจะมีมาตรฐานในการรักษา

---

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

<sup>88</sup> William Henry Gill, "National Reports: United Kingdom" in Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), p. 97 และ B. W. Vigrass, "The Training of Arbitrators at the Institute of Arbitrators (U.K.)" in Yearbook Commercial Arbitration IV, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1979), p. 380.

<sup>89</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration 20, 4 (2003), p. 329, Lord Mustill and Stewart C Boyd, Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume to the Second Edition (London: Butterworths, 2001), pp. 97-98 และ D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., pp. 187-188.



ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการมากกว่าของผู้พิพากษา เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีอิสระในการตัดสินข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง โดยไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยการอุทธรณ์ใดๆ ทั้งยังได้เข้าถึงประมวลจริยธรรมผู้พิพากษาข้อหนึ่ง และวินิจฉัยว่าอนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้ประมวลจริยธรรมผู้พิพากษาดังกล่าวด้วย<sup>90</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Mr. Justice White ผู้ทำความเห็นพ้องในคดีดังกล่าว และ Mr. Justice Marshall ก็มิได้เห็นด้วยกับการที่ Mr. Justice Black นำหลักการที่ปรากฏในประมวลจริยธรรมผู้พิพากษามาใช้กับอนุญาโตตุลาการ และยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า ศาลควรใช้อำนาจของตนในการวินิจฉัยความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการให้น้อยที่สุด และควรให้คู่กรณีผู้เปรียบเสมือนสถาปนิกของการอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทของตน ซึ่งมีความตระหนักในมาตรฐานทางจริยธรรมและคุณธรรมในธุรกิจของตนมากกว่าศาล เป็นผู้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอง ดังนี้ ประเด็นปัญหาทางจริยธรรมของอนุญาโตตุลาการที่ Mr. Justice Black วินิจฉัยเอาไว้จึงไม่อาจถือเป็นที่ยุติ และในเวลาต่อมาก็มีคำพิพากษาศาลสหรัฐเป็นจำนวนมากที่วินิจฉัยไปในทางตรงกันข้ามว่า มาตรฐานในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการไม่อาจเทียบเท่ากับมาตรฐานของผู้พิพากษาได้<sup>91</sup> ตัวอย่างเช่น คดี Merit Insurance Company v Leatherby Insurance Company 714 F.2d 673 (7th Cir. 1983) ที่ผู้พิพากษา Posner ได้กล่าวเอาไว้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการย่อมต้องมีการแลกเปลี่ยนระหว่างความเป็นกลางและความรู้ความชำนาญของอนุญาโตตุลาการ (tradeoff between impartiality and expertise)<sup>92</sup>

อนึ่ง ABA/AAA Code ได้กล่าวเอาไว้โดยชัดแจ้งในบทนำว่า “แม้อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นเดียวกับผู้พิพากษา แต่อนุญาโตตุลาการ

<sup>90</sup> Judicial Ethics, Canon 33 Social Relations

“... [A judge] should, however, in pending or prospective litigation before him be particularly careful to avoid such action as may reasonably tend to awaken the suspicion that his social or business relations or friendships, constitute an element in influencing his judicial conduct.”

<sup>91</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 870-871.

<sup>92</sup> Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution, pp. 687-696.

ก็ยังมีความแตกต่างจากผู้พิพากษา เนื่องจากอนุญาโตตุลาการมักจะประกอบอาชีพการงานในด้านอื่นทั้งก่อน ระหว่าง และภายหลังการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ บ่อยครั้งที่อนุญาโตตุลาการถูกเลือกมาจากแวดวงการค้าหรืออุตสาหกรรมเช่นเดียวกับคู่กรณี เพื่อใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในการตัดสินข้อพิพาท ประมวลจริยธรรมนี้จึงตระหนักในความแตกต่างที่สำคัญระหว่างอนุญาโตตุลาการและผู้พิพากษาดังกล่าว”<sup>93</sup>

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการจะได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระก็ตาม แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า ในทางปฏิบัติ การพิจารณาถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการก็ไม่เคร่งครัดเท่ากับผู้พิพากษา<sup>94</sup> เนื่องจากผู้พิพากษาเป็นข้าราชการซึ่งมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบเกินกว่าอนุญาโตตุลาการ<sup>95</sup> ซึ่งถูกแต่งตั้งและได้รับค่าปฎิการจากคู่กรณี ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและชื่อเสียงในแวดวงที่เกี่ยวข้องมักจะเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง แม้ว่าเหตุผลดังกล่าวอาจหมายความว่าความสัมพันธ์ในอดีตระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่กรณีไปโดยปริยาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณี ซึ่งอาจมีความสัมพันธ์ที่ไม่ลึกซึ้งกับคู่กรณีหรือทนายของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนเป็นพิเศษ บ่อยครั้งที่ทนายมีความคุ้นเคยกับอนุญาโตตุลาการเป็นอย่างดีประกอบกับประสบการณ์ที่ผ่านมา ทำให้อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง ดังนี้ การตีความในความหมาย

---

<sup>93</sup> Arbitrators, like judges, have the power to decide cases. However, unlike full-time judges, arbitrators are usually engaged in other occupations before, during, and after the time that they serve as arbitrators. Often, arbitrators are purposely chosen from the same trade or industry as the parties in order to bring special knowledge to the task of deciding. This Code recognizes these fundamental differences between arbitrators and judges.

<sup>94</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 328.

<sup>95</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 236.

ของคำว่าความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการจึงต้องพิจารณาปัจจัยและความจำเป็นเหล่านี้ด้วย<sup>96</sup>

### 3.1.2. การขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน

นอกจากเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้ว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายๆ ประเทศ ยังได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน<sup>97</sup> อันเป็นการรับรองหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy)<sup>98</sup> ทำให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้หากเห็นว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน ซึ่งอาจได้แก่ ประสิทธิภาพหรือความรู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาท หรือภาษาที่ใช้ในการพิจารณา เป็นต้น

ข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่อนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติก็คือ ต้องเป็นคุณสมบัติที่คู่กรณีทำความตกลงเอาไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งคาดหมายเอาเองฝ่ายเดียวว่าอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งจึงไม่ถือเป็นเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ<sup>99</sup> นอกจากนี้ คู่กรณีก็ควรกำหนดคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการตามที่ตนต้องการให้ชัดเจน เพราะหากคู่กรณีใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนแล้ว การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ ดังที่ศาลอังกฤษต้องตีความถ้อยคำที่

<sup>96</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 258.

<sup>97</sup> Model Law, Article 12; English Arbitration Act 1996, Section 24; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1036; รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 180 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19

<sup>98</sup> Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, p. 60.

<sup>99</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., p. 2.

คู่กรณีตกลงกันว่าให้อนุญาตตุลาการและผู้ชี้ขาดต้องเป็น บุคคลในวงการค้าขาย (commercial man) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวมีความคลุมเครือและอาจตีความได้ต่างกันอย่างน้อยแปดความหมาย<sup>100</sup>

ทั้งนี้ คุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกันอาจหมายความรวมถึงคุณสมบัติตามที่กำหนดอยู่ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการที่คู่กรณีเลือกเอาไว้ด้วย<sup>101</sup> ดังที่สถาบันอนุญาตตุลาการบางแห่งได้กำหนดคุณสมบัติของอนุญาตตุลาการเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาตตุลาการของตนเป็นพิเศษ เช่น ข้อบังคับอนุญาตตุลาการของสมาคมผู้ค้าธัญญาหารและอาหารสัตว์ (Grain and Feed Trade Association หรือ GAFTA) กำหนดเอาไว้ว่า อนุญาตตุลาการต้องเป็นผู้ได้รับการรับรองจากสมาคมเท่านั้น (GAFTA qualified arbitrator)<sup>102</sup> ส่วนสถาบันอนุญาตตุลาการแห่งเยอรมนี (German Institution of Arbitration) กำหนดเอาไว้ว่า หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ประธานอนุญาตตุลาการหรืออนุญาตตุลาการคนเดียวต้องเป็นนักกฎหมาย<sup>103</sup> และ ICSID ได้กำหนดว่า บุคคลที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการ ต้องเป็นผู้มีคุณธรรมสูง และได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมาย การพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือการเงิน และเป็นที่น่าไว้วางใจได้ว่าจะเป็นผู้มีอิสระในการทำคำตัดสิน (persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment.)<sup>104</sup>

อนึ่ง มีผู้ให้ข้อสังเกตว่า ในการอนุญาตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศนั้น มักจะมีอนุญาตตุลาการในคณะอนุญาตตุลาการอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นนักกฎหมายหรือบุคคลที่มีความรู้เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการในทางกฎหมายหรือทางปฏิบัติ แม้ว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะดูไม่ซับซ้อนนักก็ตาม เนื่องจากข้อพิพาทระหว่างประเทศนั้นมักจะมีปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับกระบวนการ

<sup>100</sup> Michael J Mustill and Stewart C Boyd, Commercial Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Butterworths, 1989), p. 248.

<sup>101</sup> Model Law, Article 2; รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ มาตรา 180 และพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19.

<sup>102</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 230.

<sup>103</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 234.

<sup>104</sup> ICSID Convention, Article 14 และ Article 57

พิจารณาและการขัดกันของกฎหมายอยู่เสมอ การให้นักกฎหมายเป็นผู้ตัดสินปัญหาเหล่านี้จึงจะเป็นการดีกว่าการให้ผู้เชี่ยวชาญในด้านอื่นๆ เป็นผู้ตัดสิน และหากคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีนักกฎหมายเลย ก็อาจเกิดปัญหาดังที่ศาลสูงสุดแห่งอิตาลีได้เคยวินิจฉัยคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดเรื่องหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับงานก่อสร้างและไม่มีอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ทางกฎหมายเลย คณะอนุญาโตตุลาการจึงมอบอำนาจให้นักกฎหมายซึ่งถูกแต่งตั้งเป็นผู้เชี่ยวชาญทำหน้าที่ร่างคำชี้ขาด เนื่องจากพวกตนเห็นว่าไม่สามารถทำหน้าที่ได้เอง ศาลสูงสุดแห่งอิตาลีจึงได้เพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถมอบอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่ผู้อื่นได้<sup>105</sup>

คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการที่เป็นปัจจัยสำคัญในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศอีกประการหนึ่งก็คือ สัญชาติของอนุญาโตตุลาการ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมักจะไม่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีสัญชาติตรงกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการ แต่ในกรณีดังกล่าว คู่กรณีก็ไม่สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากการที่อนุญาโตตุลาการมีสัญชาติเดียวกันกับคู่กรณีนั้น ยังไม่อาจถือได้ว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระ อย่างไรก็ตาม คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีสัญชาติตรงกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งก็สามารถทำความตกลงกันได้ โดยกำหนดให้การมีสัญชาติต่างจากคู่กรณีเป็นคุณสมบัติอย่างหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ ดังจะเห็นได้จากการที่สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากก็ได้กำหนดเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนโดยชัดแจ้งว่า อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการต้องมีสัญชาติต่างไปจากคู่กรณี เว้นแต่คู่กรณีจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น<sup>106</sup> ซึ่งถือเป็นข้อตกลงที่สามารถกระทำได้ตามที่กฎหมายต้นแบบ ได้กำหนดเอาไว้ใน Article 11(1) ว่า “No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.”

<sup>105</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, pp. 234-235.

<sup>106</sup> ICC Rules, Article 9; AAA Rules, Section R-14 และ LCIA Rules, Article 6.

### 3.1.3. อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร

มีผู้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า อนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องระลึกลักษณะที่ตนได้รับค่าจ้างสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ ฉะนั้น นอกจากความสามารถและการตัดสินใจอย่างผู้มีความชำนาญแล้ว อนุญาโตตุลาการยังต้องมีความอิสระและความเป็นกลาง รวมถึงสามารถดำเนินกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็วด้วย<sup>107</sup> ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการอย่างมีประสิทธิภาพและด้วยความรวดเร็ว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง จึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่กรณีเห็นว่า อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร จนทำให้กระบวนการพิจารณาไม่มีประสิทธิภาพและเกิดความล่าช้า ซึ่งอาจจะมีสาเหตุมาจากข้อกฎหมาย (*de jure*) หรือข้อเท็จจริง (*de facto*) ก็ได้<sup>108</sup>

ศาสตราจารย์ Pieter Sanders ได้กล่าวถึงความจำเป็นในการกำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรว่า กรณีเช่นนี้ต่างจากกรณีที่อนุญาโตตุลาการตายหรือถอนตัวเพราะถือว่าอนุญาโตตุลาการยังอยู่ในตำแหน่ง หากคู่กรณีประสงค์จะให้บุคคลอื่นทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการแทน คู่กรณีก็ต้องดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเสียก่อน ทั้งยังได้ยกตัวอย่างของเหตุที่ทำให้อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรว่า เหตุที่เกิดจากข้อเท็จจริงอาจได้แก่ภาวะสงคราม ส่วนเหตุที่เกิดจากข้อเท็จจริงอาจได้แก่กรณีที่อนุญาโตตุลาการถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ เป็นต้น<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Netherlands: Kluwer Law International, 2003), p. 232.

<sup>108</sup> Model Law, Article 14; English Arbitration, Section 24; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1038; พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21; AAA Rules, Section R-17; LCIA Rules, Article 10; ICC Rules, Article 11-12 และ ICSID Rules, Rule 8.

<sup>109</sup> Pieter Sanders, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules" ใน *Yearbook Commercial Arbitration II*, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), pp. 191-192.

ในการพิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการโดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรนั้น ศาลอังกฤษเคยวางหลักเกณฑ์เอาไว้ในคดี *Kelsey Association Ltd v Ruddy Development Ltd* [1998] ADR LJ6<sup>110</sup> และคดี *Lovell Partnerships Northern Ltd v A W Construction plc* (1996)<sup>111</sup> ว่าต้องพิจารณาปัญหาดังกล่าวในเชิงภาวะวิสัย (objective test) โดยพิจารณาว่ากรณีที่ปัญหานั้นจะทำให้บุคคลผู้มีเหตุมีผลสูญเสียความมั่นใจที่มีต่อความสามารถของอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมไปแล้วหรือไม่ (whether a reasonable person would no longer have confidence in the present arbitrator's ability to come to a fair and balance on the issues if remitted) ทั้งนี้ English Arbitration Act 1996 Section 24 ยังได้กำหนดเงื่อนไขในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรเอาไว้อีกว่า ต้องเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดหรือจะก่อให้เกิดความอยุติธรรมขั้นร้ายแรง (substantial injustice) แก่คู่กรณีด้วย<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Karen Tweeddale and Andrew Tweeddale, A Practical Approach to Arbitration Law (Great Britain: Blackstone, 1999), p. 108

<sup>111</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., p. 1082.

<sup>112</sup> English Arbitration Act 196 Section 24 - Power of court to remove arbitrator  
 (1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds -  
 (c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so;  
 (d) that he has refused or failed -  
 (i) properly to conduct the proceedings, or  
 (ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award,  
 and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant.

### 3.1.4. การประพฤติไม่ชอบ

Commercial Arbitration Act ของทุกรัฐในออสเตรเลียได้กำหนดให้คู่กรณีในการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ หากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการประพฤติไม่ชอบ (misconduct) อันได้แก่ การรับสินบน การฉ้อฉล ความไม่เป็นกลาง อคติ และการละเมิดหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (corruption, fraud, partiality, bias and a breach of the rules of natural justice) ทั้งนี้ การประพฤติไม่ชอบของอนุญาโตตุลาการอาจเป็นการประพฤติไม่ชอบต่อหน้าที่ของตนหรือต่อกระบวนการพิจารณาก็ได้<sup>113</sup>

ศาลออสเตรเลียเคยวินิจฉัยเอาไว้ในคดี Van Dongen v Cooper [1967] WAR 143 ว่า การที่อนุญาโตตุลาการมาเข้าร่วมการดำเนินกระบวนการพิจารณาสายและได้กีดกันให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งสละพยานเนื่องจากเวลาไม่พอนั้น ถือเป็น การประพฤติมิชอบ เพราะอาจทำให้กระบวนการพิจารณาเสียความยุติธรรมไป<sup>114</sup> ทั้งนี้ มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าในกรณีที่อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบนั้น อาจเป็นผลให้อนุญาโตตุลาการต้องคืนค่าปวยการที่ตนได้รับมาจากการพิจารณา และชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการพิจารณารวมถึงค่าใช้จ่ายในการเพิกถอนคำชี้ขาดด้วย<sup>115</sup>

ศ. พิชัยศักดิ์ หรยางกูร ได้อธิบายความหมายและตัวอย่างของการประพฤติไม่ชอบเอาไว้ว่า “ได้แก่ การทำผิดหน้าที่และมักเป็นเรื่องที่ว่าตัวอนุญาโตตุลาการไม่ได้วางตัวอย่างเป็นกลาง ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าวางตัวเป็นกลางเป็นอย่างน้อย การไม่เป็นกลางเช่นว่าจะทำให้เสียความยุติธรรม ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่หมายถึงการพลาดในทางวิธีพิจารณา และไม่ได้หมายความว่าตัวอนุญาโตตุลาการมีความบกพร่องในแง่ความสามารถหรือความประพฤติ แต่บางครั้งก็หมายความว่าเช่นนั้น

<sup>113</sup> Hans Smit and Vratislav Pechota, National Arbitration Laws (USA: Sweet & Maxwell, 1998), pp. AUS B-16 - AUS B-67.

<sup>114</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, p. 143.

<sup>115</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., p. 343.



การตัดสินใจเท็จจริงหรือข้อกฎหมายผิดไป ไม่เป็นการประพฤติไม่ชอบ การตั้งเงื่อนไขในข้อชี้ขาดระหว่างกาลก็ดี การไม่ให้มีการเบิกความในการตัดสินใจพิพาทก็ดี ไม่ใช่การประพฤติไม่ชอบ การให้มีพยานมาช่วยในการเตรียมคำชี้ขาดหลังจากได้ข้อสรุปแล้ว ก็ไม่ใช่การประพฤติไม่ชอบ แม้ทั้งว่าพยานนั้นจะเป็นพยานที่คู่ความตั้งขึ้นมากก็ตาม การไม่ให้คู่ความมาปรากฏในการพิจารณาก็เช่นกัน เว้นแต่คู่ความต้องการจะมาและได้แสดงเจตนาเช่นนั้นออกมาแล้ว การตัดพยานหรือการตัดสินใจชี้ขาดในเรื่องค่าใช้จ่าย หรือแม้แต่นองเหนียวการให้คำชี้ขาดก็ไม่เป็นการประพฤติไม่ชอบ

เมื่อคู่กรณีต้องการให้การพิจารณาแบบไม่มีแบบพิธีและมีคำชี้ขาดที่ไม่ให้เหตุผล การที่อนุญาตตุลาการชี้ขาดไปในเรื่องที่ว่าคู่ความไม่ได้กล่าวถึงไม่ทำให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ประพฤติไม่ชอบ การที่คำชี้ขาดส่วนหนึ่งขัดกับคำชี้ขาดอีกส่วนหนึ่งก็ไม่พอที่จะแสดงว่าอนุญาตตุลาการประพฤติไม่ชอบ การไม่ยอมเลื่อนการพิจารณาก็ไม่เป็นการประพฤติไม่ชอบเช่นกัน

การที่อนุญาตตุลาการไม่ให้คำเตือนที่ชัดเจนในการชี้ขาดข้อพิพาทไปโดยมีคู่ความฝ่ายหนึ่งขาดนัดเป็นการประพฤติไม่ชอบ การทำตัวไม่ยุติธรรมหรือทำตัวโดยปราศจากความไม่เอนเอียงยอมเป็นการประพฤติไม่ชอบ การที่ไม่สามารถใช้ความสามารถเบื้องต้นของอนุญาตตุลาการเองอาจแสดงถึงการประพฤติไม่ชอบ การเข้าไปตรวจสอบทรัพย์สินโดยคู่ความฝ่ายเดียวอยู่ด้วยก็อาจเป็นการประพฤติไม่ชอบ

การคิดค่าธรรมเนียมของตัวอนุญาตตุลาการมากเกินไป ก็เป็นการประพฤติไม่ชอบอย่างหนึ่งได้”<sup>116</sup>

### 3.1.5. เหตุอื่น ๆ

นอกจากการกำหนดเหตุในการคัดค้านเอาไว้โดยชัดแจ้งดังได้กล่าวมาแล้ว กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการและข้อบังคับอนุญาตตุลาการบางแห่งอาจกำหนดเหตุในการคัดค้านเอาไว้เป็นการทั่วไป ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสที่ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดถึงเหตุในการคัดค้านอนุญาตตุลาการเอาไว้ แต่มาตรา 1452

<sup>116</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 121-122.

ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ตนเห็นว่าอาจเป็นเหตุให้ตนถูกคัดค้านได้<sup>117</sup> จึงทำให้เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสถูกเปิดกว้างเอาไว้<sup>118</sup> หรือในกรณี ICC Rules Article 11 ที่กำหนดว่าคู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นอิสระหรือเหตุอื่นใด (whether for an alleged lack of independence or otherwise) ทำให้ศาลอนุญาโตตุลาการแห่งสหภาพการค้านานาชาติสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาถึงเหตุแห่งการคัดค้านได้อย่างกว้างขวาง<sup>119</sup> นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถกำหนดเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเหตุอื่นๆ ได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy)

### 3.2 กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

โดยทั่วไป คู่กรณีในสัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดวิธีพิจารณาที่จะใช้กับการอนุญาโตตุลาการได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) ซึ่งรวมถึงกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วย<sup>120</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากก็ได้กำหนดกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยละเอียดในฐานะที่เป็นกระบวนการเสริม

<sup>117</sup> Article 1452 The establishment of the arbitral tribunal is complete only if the arbitrator or arbitrators accept the mission entrusted to them.

An arbitrator who suspects that he may be recusable must so inform the parties. In this case, he may accept his mission only with the consent of these parties.

<sup>118</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 326.

<sup>119</sup> W. Laurence Craig, William W. Park and Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2<sup>nd</sup> ed., p. 227.

<sup>120</sup> Model Law, Article 13; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี, มาตรา 1037; รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 180; และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20.

(supplementary procedure)<sup>121</sup> ซึ่งคู่กรณีสามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ เว้นแต่ในกรณีที่ เป็น บพบัญญัติที่เป็นบังคับ (mandatory provisions) เท่านั้น

### 3.2.1. ผู้มีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติ คู่กรณีสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้หากปรากฏ เหตุในการคัดค้านขึ้น แต่หากคู่กรณีได้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการทั้งๆ ที่ตนรู้ถึงเหตุอันควรสงสัยถึง ความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการอยู่แล้ว คู่กรณีฝ่ายนั้นก็ไม่ควรมีสิทธิ คัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่ตนรู้อยู่แล้ว ในขณะที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ<sup>122</sup> ดังนี้ UNCITRAL Arbitration Rules Article 10(2) จึงได้จำกัดสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า คู่กรณีจะสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้แต่งตั้งได้เฉพาะ เหตุที่คู่กรณีทราบภายหลังจากการแต่งตั้งเท่านั้น<sup>123</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายต้นแบบ ยังได้กำหนดเอาไว้ใน Article 12(2) ว่า การจำกัด สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น ให้รวมไปถึง อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเป็นผู้ ร่วมตั้งด้วย<sup>124</sup> ซึ่งอาจหมายความว่ารวมถึง การแต่งตั้งโดยความตกลงร่วมกันของคู่กรณี (joint

<sup>121</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 406.

<sup>122</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 309.

<sup>123</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, Article 10

2. A party may challenge the arbitrator appointed by him only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

<sup>124</sup> Model Law, Article 12 Grounds for Challenge

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

appointment) และการแต่งตั้งที่คู่กรณีมีส่วนเกี่ยวข้องโดยอ้อม เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคู่กรณีสามารถใช้สิทธิปฏิเสธ (veto) การเสนอชื่อโดยคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้ง (appointing authority) ตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งโดยระบบบัญชีรายชื่อ (list-procedure) ตาม UNCITRAL Arbitration Rules Article 6(3) เป็นต้น<sup>125</sup>

การจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้ง ดังกล่าว เป็นที่ยอมรับในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก<sup>126</sup> ส่วนในประเทศอังกฤษ แม้ว่า English Arbitration Act 1996 จะมีได้กำหนดหลักการดังกล่าวเอาไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า คู่กรณีย่อมถูกจำกัดสิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งตามหลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)<sup>127</sup> นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ Emmanuel Gaillard ยังได้กล่าวว่า ไม่ว่าจะมีการบัญญัติถึงหลักการดังกล่าวเอาไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ ระบบกฎหมายส่วนใหญ่ก็ยอมรับว่า การที่คู่กรณีหนึ่งเฉยๆ ที่ตนรู้ถึงเหตุในการคัดค้าน ย่อมเป็นเหตุให้คู่กรณีเสียสิทธิในการยกเหตุดังกล่าวขึ้นอ้าง ทั้งในขั้นตอนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและการคัดค้านคำชี้ขาด<sup>128</sup>

อย่างไรก็ดี กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจจะกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวต่างไปจากที่ปรากฏใน UNCITRAL Arbitration Rules และกฎหมาย

---

<sup>125</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, pp. 390-391.

<sup>126</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1463 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1036 รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 180 LCIA Rules, Article 10 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19

<sup>127</sup> Robert Merkin, Arbitration Act 1996 - An Annotated Guide (Great Britain: Informa, 1998), pp. 9.5-9.6 อ้างถึงใน D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., p. 2.

<sup>128</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, p. 138.

ต้นแบบ อยู่บ้าง เช่น Commercial Arbitration Act ของรัฐในออสเตรเลียที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถยกเหตุที่แสดงถึงความไม่เป็นกลาง ความไม่เหมาะสม หรือการไม่มีความสามารถของอนุญาโตตุลาการขึ้นอ้างในชั้นตอนใดๆ ในระหว่างกระบวนการพิจารณาก็ได้ แม้ว่าคู่กรณีฝ่ายนั้นจะเป็นผู้ตั้งอนุญาโตตุลาการ และารู้หรือควรรู้ถึงเหตุดังกล่าวในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการก็ตาม<sup>129</sup> ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศโปรตุเกส มาตรา 1514(2) กำหนดเอาไว้ว่า คู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนตั้งไม่ได้ แม้ว่าเหตุที่ยกขึ้นอ้างนั้นจะเกิดขึ้นภายหลังการแต่งตั้งก็ตาม (The arbitrators chosen by agreement of the parties may not be challenged even on supervening grounds.)

นอกจากการให้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแก่คู่กรณีแล้ว สถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งยังได้กำหนดเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนอีกด้วยว่า อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านโดยอนุญาโตตุลาการอื่นได้ เช่น LCIA Rules Article 10<sup>130</sup> หรือ

---

<sup>129</sup> Commercial Arbitration Act, Article 45 Party not prevented from alleging that arbitrator appointed by that party is not impartial, suitable or competent.

(1) A party to an arbitration agreement is not prevented from alleging in any legal proceedings with respect to the agreement that an arbitrator is not or may not be impartial, suitable or competent by reason of a power of appointment having been exercised by that party in relation to the appointment of that arbitrator or by reason of facts or circumstances that that party knew or ought to have known when exercising that power.

<sup>130</sup> LCIA Rules, Article 10 Revocation of Arbitrator's Appointment

10.1 If either (a) any arbitrator gives written notice of his desire to resign as arbitrator to the LCIA Court, to be copied to the parties and the other arbitrators (if any) or (b) any arbitrator dies, falls seriously ill, refuses, or becomes unable or unfit to act, either upon challenge by a party or at the request of the remaining arbitrators, the LCIA Court may revoke that arbitrator's appointment and appoint another arbitrator. The LCIA Court shall decide upon the amount of fees and expenses to be paid for the former arbitrator's services (if any) as it may consider appropriate in all the circumstances.

ในบางกรณี สถาบันอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้เองด้วย เช่น AAA Rules Section R-17<sup>131</sup> หรือ ICC Rules Article 12<sup>132</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า โดยปกติแล้วการคัดค้านอนุญาโตตุลาการย่อมจะทำให้ คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจึงควรเป็นสิทธิของ คู่กรณีซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทโดยตรงเท่านั้น และไม่ควรให้สิทธิในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการแก่บุคคลอื่นๆ เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการอื่น เพราะ การให้บุคคลอื่นสามารถคัดค้านและถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้เองนั้น อาจทำให้กระบวนการ พิจารณาล่าช้าและเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น ซึ่งอาจขัดแย้งกับความประสงค์ของคู่กรณีในการระงับข้อ พิพาทด้วยความรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น แต่ในกรณีที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการอื่นได้รู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านประการใด ก็ควรแจ้งให้คู่กรณีทราบ เพื่อให้ คู่กรณีเป็นผู้ตัดสินใจเองว่าจะตนประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการหรือจะดำเนินกระบวนการ พิจารณาต่อไป

### 3.2.2. ผู้พิจารณาการคัดค้าน

เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้ว หากคู่กรณีอีก ฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้านหรือหากอนุญาโตตุลาการยอมถอนตัว ก็จะเป็นผลให้ไม่ต้องมีการ

<sup>131</sup> AAA Rules, Section R-17 Disqualification of Arbitrator

(b) Upon objection of a party to the continued service of an arbitrator, or on its own initiative, the AAA shall determine whether the arbitrator should be disqualified under the grounds set out above, and shall inform the parties of its decision, which decision shall be conclusive.

<sup>132</sup> ICC Rules, Article 12 Replacement of Arbitrators

(2) An arbitrator shall also be replaced on the Court's own initiative when it decides that he is prevented *de jure* or *de facto* from fulfilling his functions, or that he is not fulfilling his functions in accordance with the Rules or within the prescribed time limits.

พิจารณาการคัดค้านต่อไปโดยไม่จำเป็น<sup>133</sup> แต่หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยหรืออนุญาตตุลาการไม่ยอมถอนตัวแล้ว การพิจารณาการคัดค้านอนุญาตตุลาการก็ต้องดำเนินต่อไปโดยผู้มีอำนาจพิจารณา ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านอนุญาตตุลาการในแต่ละกรณีอาจแตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับความตกลงของคู่กรณี ข้อบังคับอนุญาตตุลาการ หรือกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ ซึ่งอาจได้แก่

### 3.2.2.1. คณะอนุญาตตุลาการ

กฎหมายต้นแบบ ได้กำหนดเอาไว้ใน Article 13 ว่า การคัดค้านอนุญาตตุลาการโดยอ้างเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือการขาดคุณสมบัตินั้น หากคู่กรณีมิได้ทำความตกลงเกี่ยวกับผู้พิจารณาการคัดค้านเอาไว้ ผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านย่อมได้แก่คณะอนุญาตตุลาการ ซึ่งรวมถึงอนุญาตตุลาการที่ถูกคัดค้านด้วย<sup>134</sup> ต่อเมื่อการคัดค้านต่อคณะอนุญาตตุลาการนั้นไม่บรรลุผล คู่กรณีจึงจะสามารถคัดค้านอนุญาตตุลาการต่อศาลได้อีกชั้นหนึ่ง จึงมีผู้เรียกกระบวนการคัดค้านอนุญาตตุลาการในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น การดำเนินการคัดค้านสองขั้น (two-step process)<sup>135</sup> โดยมีผู้โต้แย้งเป็นจำนวนมากว่าการให้อนุญาตตุลาการที่ถูกคัดค้านมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านของตนเองนั้น เป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีการคัดค้านอนุญาตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาตตุลาการส่วนใหญ่ เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ไม่มีใครควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in causa sua* หรือ *No man shall be the judge of his own cause.*)<sup>136</sup>

<sup>133</sup> Model Law, Article 13; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี, มาตรา 1037; พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545, มาตรา 20; UNCITRAL Arbitration Rules, Article 12 และ ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาตตุลาการ สถาบันอนุญาตตุลาการ, ข้อ 17.

<sup>134</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, pp. 406-407.

<sup>135</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 338.

<sup>136</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 85 และ Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, *Journal of International Arbitration* 20, 4 (2003), p. 337.

โดยเหตุที่มีผู้โต้แย้งหลักการดังกล่าวเป็นจำนวนมาก กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในนานาประเทศจึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาการคัดค้านของตนเองต่างกันไป เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1037 จะมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายต้นแบบ ส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 18 ได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ว่า ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านโดยไม่จำเป็นต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาการคัดค้านก่อน แต่ English Arbitration Act 1996 Section 24 และ รัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 180 กำหนดว่า คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ทันที เว้นแต่คู่กรณีจะทำความตกลงเกี่ยวกับผู้พิจารณาการคัดค้านเอาไว้เป็นอย่างอื่น

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรนั้น กฎหมายต้นแบบ Article 14 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1038 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 กำหนดให้ศาลเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านโดยไม่ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยก่อนแต่อย่างใด<sup>137</sup> ดังนี้ ผู้พิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายดังกล่าวจึงอาจแตกต่างกันไป โดยขึ้นอยู่กับเหตุที่คู่กรณีอ้างขึ้นเพื่อใช้ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ แต่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการตาม English Arbitration Act 1996 และรัฐบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้น

---

<sup>137</sup> อย่างไรก็ตาม มีผู้ให้ความเห็นว่า อย่างน้อยที่สุด คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุดังกล่าวก็ควรแจ้งให้อนุญาโตตุลาการที่ตนประสงค์จะคัดค้านทราบเสียก่อน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงการถอนตัว รวมถึงแจ้งให้อนุญาโตตุลาการคนอื่นและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย เพื่อให้แสดงความเห็นว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการคัดค้าน นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถทำความตกลงเกี่ยวกับกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรให้ต่างไปจากกระบวนการที่ปรากฏในกฎหมายต้นแบบ ได้ (Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 438-441.)



ไม่ว่าคู่กรณีจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุใด ผู้พิจารณาการคัดค้านย่อมได้แก่ ศาล เว้นแต่ คู่กรณีจะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น

การอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของ ICSID ได้พยายามหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับการให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาการคัดค้านของตนเองดังกล่าว โดยกำหนดเอาไว้ในข้อบังคับของตนว่า ผู้พิจารณาการคัดค้านได้แก่ อนุญาโตตุลาการที่มีได้ถูกคัดค้านเท่านั้น ส่วนอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่สามารถวินิจฉัยการคัดค้านตนเองได้ และในกรณีที่เป็นการคัดค้านอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือคัดค้านอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาการคัดค้านแบ่งเป็นสองฝ่ายเท่าๆ กัน ผู้ที่จะทำหน้าที่พิจารณาการคัดค้านคือ ประธานสภาบริหารของศูนย์ฯ (Chairman of the Administrative Council)<sup>138</sup> ซึ่งก็คือ ประธานของธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา (President of the International Bank for Reconstruction and Development) โดยตำแหน่ง<sup>139</sup>

<sup>138</sup> ICSID Rules, Rule 9 Disqualification of Arbitrators

(1) A party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the Convention shall promptly, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General, stating its reasons therefor.

(2) The Secretary-General shall forthwith:

(a) transmit the proposal to the members of the Tribunal and, if it relates to a sole arbitrator or to a majority of the members of the Tribunal, to the Chairman of the Administrative Council; and

(b) notify the other party of the proposal.

(3) The arbitrator to whom the proposal relates may, without delay, furnish explanations to the Tribunal or the Chairman, as the case may be.

(4) Unless the proposal relates to a majority of the members of the Tribunal, the other members shall promptly consider and vote on the proposal in the absence of the arbitrator concerned. If those members are equally divided, they shall, through the Secretary-General, promptly notify the Chairman of the proposal, of any explanation furnished by the arbitrator concerned and of their failure to reach a decision.

<sup>139</sup> ICSID Convention, Article 5

### 3.2.2.2. สถาบันอนุญาโตตุลาการ

ในการอนุญาโตตุลาการภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitration) นั้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่งได้กำหนดให้สถาบันหรือผู้แทนของสถาบันเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ<sup>140</sup> ซึ่งถือเป็นหน้าที่ในการบริหารการอนุญาโตตุลาการที่สำคัญประการหนึ่ง อันจะช่วยป้องกันปัญหาและข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกต้องคัดค้านมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเองได้ทางหนึ่ง

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสหภาพการค้าระหว่างประเทศประการหนึ่ง คือ ICC Rules Article 7.4<sup>141</sup> ได้กำหนดห้ามมิให้ ICC Court แสดงเหตุผลในคำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วย โดยมีผู้กล่าวว่า การห้ามแสดงเหตุผลในคำวินิจฉัยของ ICC Court นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นที่สุจริตของคำชี้ขาดและเพื่อปกป้องอนุญาโตตุลาการจากความอับอายที่อาจเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั่นเอง<sup>142</sup>

### 3.2.2.3. ศาล

ศาลจะมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับแก่กรณี กล่าวคือ หากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ศาลก็ไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ และแม้ในกรณี

<sup>140</sup> ICC Rules, Article 7; AAA Rules, Section R-17; LCIA Rules, Article 10 และ ICSID Rules, Rule 9.

<sup>141</sup> ICC Rules, Article 7.4

The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final and the reasons for such decisions shall not be communicated.

<sup>142</sup> Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration 20, 4 (2003), p. 339.

ที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ศาลก็จะมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเฉพาะเหตุแห่งการคัดค้านที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เท่านั้น

ในสหรัฐอเมริกา Federal Arbitration Act มิได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ ศาลในสหรัฐอเมริกามีจำนวนมากจึงวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันโดยตลอดว่า ศาลไม่มีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าคู่กรณีจะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอคติ ขาดความเป็นกลาง ขาดความเป็นอิสระ หรือปกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของตนก็ตาม คู่กรณีจึงต้องดำเนินการระบวนพิจารณาต่อไปจนกระทั่งอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเสียก่อน จึงจะสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดต่อศาลได้ ยกเว้นแต่เพียงกฎหมายในบางมลรัฐเท่านั้น ที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจถอดถอนอนุญาโตตุลาการระหว่างการพิจารณาคดีได้ เช่น มลรัฐนิวยอร์ก เป็นต้น ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีอำนาจในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการก่อนที่จะมีคำชี้ขาดได้ หากปรากฏว่าการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามที่คู่กรณีตกลงกันในสัญญาอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจตาม Federal Arbitration Act Section 4 เพื่อบังคับให้การดำเนินการระบวนพิจารณาเป็นไปตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ<sup>143</sup> (Failure to arbitrate under agreement; petition to United States court having jurisdiction for order to compel arbitration; notice and service thereof; hearing and determination)

อย่างไรก็ดี ในการอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งอาจกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ โดยให้ถือคำวินิจฉัยของสถาบันเป็นที่สุด เช่น ICC Rules Article 7.4 และ AAA Rules Section R-17 เป็นต้น ดังนี้ จึงมีปัญหาค่าควรพิจารณาว่า ในกรณีที่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการกำหนดให้คำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบันเป็นที่สุดนั้น คู่กรณีจะมีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวให้ศาลพิจารณาอีกหรือไม่

<sup>143</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 648-650.

ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวนั้น จำเป็นต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่า กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับแก่กรณีได้ให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการหรือไม่ หากกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการมิได้ให้อำนาจในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแก่ศาล ศาลก็ไม่สามารถพิจารณาการอุทธรณ์คำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบันได้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในกรณี Federal Arbitration Act ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลเอาไว้ ก็จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลนั้น เป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ (mandatory provision) หรือไม่ เพราะหากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ ความตกลงของคู่กรณีหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ต่างไปจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวย่อมใช้บังคับไม่ได้ ศาลจึงสามารถพิจารณาการอุทธรณ์คำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบันได้เสมอ แต่หากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ คู่กรณีก็อาจตกลงกันจำกัดอำนาจของศาลในการพิจารณาการอุทธรณ์คำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบันได้<sup>144</sup>

ในประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก็ตาม<sup>145</sup> แต่ในคดี Société Opinter France v. S.à.r.l. Dacomex (1987) ศาลสูงสุดแห่งฝรั่งเศสได้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไว้ว่า ศาลไม่สามารถพิจารณาคำอุทธรณ์คำตัดสินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการได้ เพราะคำตัดสินดังกล่าวของศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสหภาพการค้าระหว่างประเทศนั้น ถือเป็นเพียงคำสั่งในการบริหารการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไม่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางตุลาการแต่อย่างใด จึงไม่อาจถือเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ และในคดี Société Chérifienne des Pétroles v Société Mannesmann Industria Iberica et al (1991) ศาลชั้นต้น

<sup>144</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., p. 9. และ Pieter Sanders, "Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules" ใน Yearbook Commercial Arbitration II, ed. Pieter Sanders (Great Britain: Kluwer, 1977), p. 189.

<sup>145</sup> Article 1463 An arbitrator may not abstain or be recused except on a ground for recusal which may be revealed or may occur after his designation.

Difficulties relating to the application of the present article are brought before the president of the competent tribunal.

แห่งกรุงปารีสก็วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไปในทางเดียวกัน โดยให้เหตุผลว่า เมื่อมีการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขึ้นแล้ว ศาลก็ไม่อาจแทรกแซงกระบวนการพิจารณาได้อีกต่อไป เว้นเสียแต่ว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีเลือกจะเพิกเฉยไม่ยอมดำเนินการใดๆ ดังนี้ ศาลจึงไม่สามารถตรวจสอบการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือพิจารณาการคัดค้านการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่จะเป็นการอุทธรณ์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในภายหลัง<sup>146</sup>

ในสวิตเซอร์แลนด์ Swiss Federal Tribunal ได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี Westland Helicopters Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Arab Organization for Industry, Arab British Helicopters Company (1976) ว่า ศาลย่อมมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เสมอ และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการใดๆ ที่ขัดต่อหลักดังกล่าวก็ไม่สามารถจำกัดอำนาจของศาลได้<sup>147</sup>

ศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษเคยวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอาไว้ในคดี AT&T Corporation and Lucent Technologies Inc. v Saudi Cable Company [2000] ซึ่งคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้คัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลอังกฤษตาม English Arbitration Act 1950 Section 23<sup>148</sup> ภายหลังจากที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งสหราชอาณาจักรระหว่างประเทศไม่บรรลุผล โดยศาลอุทธรณ์แห่งอังกฤษวินิจฉัยว่า คู่กรณีไม่

<sup>146</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 391-392.

<sup>147</sup> Ibid, pp. 392-393.

<sup>148</sup> English Arbitration Act 1950, Section 23 Removal of an arbitrator and setting aside an award

1. Where an arbitrator or umpire has misconducted himself or the proceedings, the High Court may remove him.

2. Where an arbitrator or umpire has misconducted himself or the proceedings, or an arbitration or award has been improperly procured, the High Court may set the award aside.

สามารถตกลงจำกัดอำนาจของศาลในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการและเพิกถอนคำชี้ขาดตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้<sup>149</sup>

ในเวลาต่อมา English Arbitration Act 1996 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ อำนาจของศาลในการถอดถอนอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยละเอียดใน Section 24 ซึ่งกำหนดให้ ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่ในกรณีที่คู่กรณีตกลงให้ สถาบันอนุญาโตตุลาการหรือผู้อื่นมีอำนาจในการพิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ศาลก็ไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้จนกว่าคู่กรณีจะได้ดำเนินการคัดค้านตามข้อตกลงนั้นเสียก่อน<sup>150</sup> บทบัญญัติดังกล่าวจึงยอมรับหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) และทำให้คู่กรณีสามารถตกลงมอบอำนาจในการพิจารณาถอดถอนอนุญาโตตุลาการให้แก่บุคคลอื่น นอกจากศาลได้ แต่ทั้งนี้ คู่กรณีไม่สามารถตกลงยกเว้นอำนาจของศาลในการพิจารณาถอดถอน อนุญาโตตุลาการได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ (mandatory provision) ตาม Section 4(1) และ Schedule 1

เป็นที่น่าสังเกตว่า LCIA Court ก็ได้กำหนดหลักการดังกล่าวเอาไว้ในข้อบังคับ ของตนซึ่งสอดคล้องกับ English Arbitration Act 1996 เป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ ในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของ LCIA Court นั้น LCIA Court จะเป็นผู้วินิจฉัยการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการตาม LCIA Rules Article 10.4 ซึ่งถือเป็นที่สุดและผูกพันทั้งคู่กรณีและคณะ อนุญาโตตุลาการตาม Article 29.1 อย่างไรก็ตาม Article 29.2 ก็กำหนดเอาไว้ว่า คู่กรณียังมีสิทธิใน การอุทธรณ์คำคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ หากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีได้กำหนด รับรองสิทธิดังกล่าวของคู่กรณีเอาไว้ในบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ<sup>151</sup>

<sup>149</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 650 และ Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration 20, 4 (2003), pp. 329–331.

<sup>150</sup> English Arbitration Act 1996, Section 24 Power of court to remove arbitrator

(2) If there is an arbitral or other institution or person vested by the parties with power to remove an arbitrator, the court shall not exercise its power of removal unless satisfied that the applicant has first exhausted any available recourse to that institution or person.

<sup>151</sup> LCIA Rules, Article 29 Decisions by the LCIA Court

กฎหมายต้นแบบ ได้กำหนดเอาไว้ใน Article 13 ว่า สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลนี้ ถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความเสี่ยงจากการเพิกถอนคำชี้ขาดในภายหลังและเพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะเป็นกรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย<sup>152</sup> แต่การใช้สิทธิดังกล่าวมีเงื่อนไขอยู่ว่า คู่กรณีต้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามกระบวนการที่คู่กรณีตกลงกันเสียก่อน หรือหากไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ก็ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาการคัดค้านเสียก่อน<sup>153</sup> ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่ากฎหมายต้นแบบได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถใช้สิทธิในการคัดค้าน

---

29.1 The decisions of the LCIA Court with respect to all matters relating to the arbitration shall be conclusive and binding upon the parties and the Arbitral Tribunal. Such decisions are to be treated as administrative in nature and the LCIA Court shall not be required to give any reasons.

29.2 To the extent permitted by the law of the seat of the arbitration, the parties shall be taken to have waived any right of appeal or review in respect of any such decisions of the LCIA Court to any state court or other judicial authority. If such appeals or review remain possible due to mandatory provisions of any applicable law, the LCIA Court shall, subject to the provisions of that applicable law, decide whether the arbitral proceedings are to continue, notwithstanding an appeal or review.

<sup>152</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, pp. 407-408.

<sup>153</sup> Model Law, Article 13 Challenge procedure

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

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

อนุญาโตตุลาการต่อศาลได้เฉพาะกรณีที่การคัดค้านตามกระบวนการที่คู่กรณีตกลงกันหรือการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผลเท่านั้น ดังนี้ หากคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินเห็นชอบด้วยการคัดค้าน คำตัดสินนั้นย่อมเป็นที่สุด<sup>154</sup> หรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวภายหลังจากถูกคัดค้าน คู่กรณีก็ไม่สามารถคัดค้านการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการให้ศาลพิจารณาได้เช่นกัน<sup>155</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายต้นแบบยังได้กำหนดเอาไว้ใน Article 13 และ 14 ว่า คำวินิจฉัยของศาลในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถอุทธรณ์ได้ (subject to no appeal) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>156</sup> อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวก็ไม่ใช่ที่ยอมรับมากนัก ดังจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศที่มีที่มาจากกฎหมายต้นแบบ ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวเอาไว้ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1037 และ 1038 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 และ 21 เป็นต้น ทำให้คู่กรณียังสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยการคัดค้านอนุญาโตตุลาการของศาลต่อศาลสูงได้อีก

---

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

<sup>154</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 86.

<sup>155</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 650

<sup>156</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 407.



อนึ่ง มีผู้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้ศาลเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการว่า เหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้คู่กรณีเลือกใช้การอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาลก็คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สามารถรักษาความลับได้ แต่การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลนั้นต้องกระทำโดยเปิดเผย ดังนี้ การให้ศาลเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ จึงอาจขัดต่อความประสงค์ของคู่กรณีดังกล่าว<sup>157</sup>

#### 3.2.2.4. บุคคลอื่น

นอกจากการพิจารณาการคัดค้านโดยคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ และศาล แล้ว ผู้พิจารณาการคัดค้านยังอาจเป็นบุคคลอื่นอีกก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างคู่กรณี ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ หรือกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ เช่น UNCITRAL Arbitration Rules Article 12 ที่กำหนดว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ผู้มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ (appointing authority) หรือกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจกำหนดให้ ประธานสภาหอการค้าและอุตสาหกรรมของประเทศตน (President of the Chamber of Commerce and Industry) เป็นผู้พิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแทนศาล หากการคัดค้านตามกระบวนการที่คู่กรณีตกลงกันหรือการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการไม่บรรลุผล<sup>158</sup> เป็นต้น

#### 3.2.3. กำหนดระยะเวลาในการคัดค้าน

เพื่อป้องกันการใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการถ่วงเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงกำหนดให้คู่กรณีสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้ภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้เท่านั้น

<sup>157</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 408.

<sup>158</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศไทย ค.ศ. 1993 มาตรา 13 และรัฐบัญญัติว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของประเทศยูเครน ค.ศ. 1994, มาตรา 13

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านต่างกันไป เช่น LCIA Rules, Article 10.4 และ UNCITRAL Rules, Article 11 กำหนดเอาไว้ 15 วัน ICC Rules, Article 11(2) กำหนดเอาไว้ 30 วัน ส่วน ICSID Rules, Rule 9 มิได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ตายตัว แต่กำหนดเอาไว้ว่าคู่กรณีต้องคัดค้านโดยเร็ว ก่อนที่กระบวนการพิจารณาจะสิ้นสุดลง (promptly, and in any event before the proceeding is declared closed)

กฎหมายต้นแบบ Article 13 ได้กำหนดเอาไว้ว่า การคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระหรือการขาดคุณสมบัตินั้น คู่กรณีต้องดำเนินการคัดค้านต่ออนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลา 15 วัน นับแต่ได้รู้ถึงการตั้งอนุญาโตตุลาการหรือนับแต่ได้รู้ถึงเหตุในการคัดค้าน ส่วนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลต้องดำเนินการภายในระยะเวลา 30 วัน ซึ่งเป็นระยะเวลาเดียวกับที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 และข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 18 ส่วนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1037 กำหนดระยะเวลาเอาไว้ในลักษณะเดียวกัน แต่ต่างกันเล็กน้อยคือ สองสัปดาห์สำหรับการคัดค้านต่ออนุญาโตตุลาการ และหนึ่งเดือนสำหรับการคัดค้านต่อศาล

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ผู้จัดทำกฎหมายต้นแบบ ได้วางแนวทางเอาไว้ว่า Article 13 ของกฎหมายต้นแบบ จะยังไม่ใช้บังคับในกรณีที่ยังไม่มีการกำหนดสถานที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ<sup>159</sup> และการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรนั้น กฎหมายต้นแบบ Article 14 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1037 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 มิได้กำหนดระยะเวลาในการคัดค้านโดยอ้างเหตุดังกล่าวเอาไว้

หากคู่กรณีไม่ใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการหรือข้อบังคับอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีย่อมเสีย

<sup>159</sup> Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, p. 65.

สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ดังเช่นกรณีที่ประธานอนุญาโตตุลาการได้แจ้งต่อคู่กรณีว่า ตนจำเป็นต้องรับว่าความในคดีหนึ่งต่อจากหุ้นส่วนในสำนักงานกฎหมายของตน ซึ่งเป็นข้อพิพาท ระหว่างบุคคลภายนอกกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งในข้อพิพาทนั้น โดยข้อบังคับอนุญาโตตุลาการที่ใช้บังคับ ในข้อพิพาทกำหนดให้คู่กรณีต้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการภายในสองสัปดาห์นับแต่คู่กรณีได้รับ ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุในการคัดค้าน แต่คู่กรณีได้ยื่นคำคัดค้านภายหลังจากที่ตนได้รับข้อเท็จจริงดังกล่าวถึงสี่สัปดาห์ ศาลสูงแห่งเมืองโคโลญจน์จึงไม่รับพิจารณาคำคัดค้านดังกล่าว<sup>160</sup> หรือในคดี Imperial Ethiopian Government v Baruch Foster Corp (U.S. no.10) ที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ คัดค้านประธานอนุญาโตตุลาการภายหลังจากที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเป็นเวลาหลาย เดือน ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาจึงปฏิเสธคำคัดค้านดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าคู่กรณีฝ่ายที่ คัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าตนได้ใช้สิทธิในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการล่าช้าโดยสุจริตและมีเหตุผลอันสมควร<sup>161</sup>

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ หากคู่กรณีได้รู้ถึงเหตุในการคัดค้าน อนุญาโตตุลาการในระหว่างกระบวนการพิจารณาแล้ว แต่กลับไม่คัดค้านอนุญาโตตุลาการภายใน กำหนดระยะเวลา นั้น คู่กรณีฝ่ายนั้นจะสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดในภายหลังได้ หรือไม่ ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นเป็นจำนวนมากว่า คู่กรณีไม่น่าจะมีสิทธิอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อคัดค้าน คำชี้ขาดในภายหลังได้ โดยมีคำพิพากษาของศาลในหลายประเทศสนับสนุนแนวความเห็น ดังกล่าว เช่น คดี Ghiradosi v Minister of Highways (BC) (1996) 56 DLR (2d) 469 โดยศาล สูงสุดแห่งแคนาดา และ Bundesgerichtshof, 1 February 2001 RPS 1 (2001) 16, 17(8) Mealeys IAR 34 ในเยอรมนี ซึ่งวินิจฉัยเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า คู่กรณีไม่สามารถคัดค้านคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการได้ หากตนได้รู้ถึงเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ก่อนกระบวนการ พิจารณาแล้วยังเข้าร่วมกระบวนการโดยไม่คัดค้านแต่ประการใด และในประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรย่อมเป็นผลให้คู่กรณี เสียสิทธิในการคัดค้านคำชี้ขาดตามหลักสุจริตในระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ด้วย<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 308.

<sup>161</sup> Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, p. 240.

<sup>162</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and

ในประเทศอังกฤษ แม้ว่า Arbitration Act 1996 Section 24 จะมีได้กำหนดระยะเวลาในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า<sup>163</sup> การที่คู่กรณีรู้ถึงเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้ว แต่ยังเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาโดยมิได้ทำการโต้แย้งเพื่อเป็นการสงวนสิทธิของตนเอาไว้ ก็อาจเป็นเหตุให้คู่กรณีฝ่ายนั้นเสียสิทธิในการอ้างเหตุดังกล่าวในภายหลังตาม Section 73(1)(d) เช่นกัน<sup>164</sup>

ในสหรัฐอเมริกา แม้ว่าคู่กรณีจะไม่มีสิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่คำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมากก็วางหลักเกณฑ์ในการใช้สิทธิคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า คู่กรณีต้องดำเนินการโต้แย้งเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาอันสมควรเพื่อสงวนสิทธิของตนในการอ้างเหตุดังกล่าวเสียก่อน มิฉะนั้น คู่กรณีจะอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อคัดค้านคำชี้ขาดใน

---

Commentary, pp. 408-410, Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 315-316, Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 251 และ Christopher Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, Journal of International Arbitration 20, 4 (2003), p. 335.

<sup>163</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., p. 1175.

<sup>164</sup> Section 73 - Loss of right to object

(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection...

(d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings,

he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection.

ภายหลังไม่ได้<sup>165</sup> โดยศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้เหตุผลเอาไว้ในคดี AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroyexport v International Development and Trade Services Inc, 139 F3d 980 (2d Cir 1999) ว่า หากคู่กรณีได้รู้ถึงเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีจะรอกระทั่งคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดที่ไม่เป็นผลดีแก่ตน แล้วจึงยกเหตุดังกล่าวเพื่อปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่ได้ และควรถือว่าการนิ่งเฉยดังกล่าวเป็นการที่คู่กรณีสละสิทธิในการคัดค้านแล้ว<sup>166</sup>

### 3.2.4. การพิจารณาการคัดค้าน

ในการเริ่มต้นดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น UNCITRAL Rules Article 11 และ LCIA Rules Article 10 กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านต้องมีหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อผู้พิจารณาการคัดค้าน รวมถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านและอนุญาโตตุลาการอื่นด้วย ส่วนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตาม ICSID Rules Rule 9 นั้น คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการเพียงแต่มีหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านถึงเลขาธิการของศูนย์ฯ (Secretary-General) เท่านั้น แล้วเลขาธิการของศูนย์ฯ ก็จะทำเนิการส่งหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการหรือประธานสภาบริหารของศูนย์ฯ เพื่อพิจารณาการคัดค้าน พร้อมทั้งแจ้งให้คู่กรณีอีกฝ่ายทราบถึงการคัดค้านเอง

แม้ว่ากฎหมายต้นแบบ Article 13 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1037 และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 กำหนดแต่เพียงว่า คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น แต่ศาสตราจารย์ Pieter Sanders ก็มีความเห็นว่า คู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการควรส่งสำเนาให้แก่คู่กรณีอีกฝ่าย และคณะอนุญาโตตุลาการก็ควรให้โอกาสแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายในการแสดงความคิดเห็นของตนด้วย<sup>167</sup> ส่วน ICC Rules Article 11 และ 12 ก็เปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>165</sup> Gary B. Born, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2<sup>nd</sup> ed., p. 651 & 878.

<sup>166</sup> Ibid, pp. 639-641.

<sup>167</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., p. 92.

และอนุญาโตตุลาการคนอื่นสามารถทำหนังสือแสดงความเห็นเกี่ยวกับการคัดค้านได้ภายในระยะเวลาอันสมควร

ส่วนวิธีการพิจารณาคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยศาลนั้น ย่อมเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่พิจารณาคัดค้าน ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นพิเศษ เช่น English Arbitration Act 1996 Section 24 ที่ได้กำหนดเอาไว้ว่า คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลต้องแจ้งการคัดค้านต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน และอนุญาโตตุลาการอื่นก่อน และอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านย่อมมีสิทธิในการเข้าร่วมการพิจารณาคัดค้านอนุญาโตตุลาการก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวด้วย<sup>168</sup>

ในการพิจารณาคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้น มีข้อสังเกตว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดว่าการพิจารณาคัดค้านต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาเท่าใด มีเพียงข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาคัดค้านให้เสร็จภายใน 15 วัน<sup>169</sup> ส่วน ICSID Rules ก็กำหนดระยะเวลาสำหรับการพิจารณาคัดค้านเฉพาะในกรณีที่ประธานสภาบริหารของศูนย์ฯ เป็นผู้พิจารณาเท่านั้น โดยต้องวินิจฉัยคำคัดค้านให้เสร็จภายในเวลา 30 วัน นับแต่ได้รับคำคัดค้าน<sup>170</sup>

<sup>168</sup> English Arbitration Act 1996 Section 24 Power of court to remove arbitrator

(5) The arbitrator concerned is entitled to appear and be heard by the court before it makes any order under this section.

<sup>169</sup> ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 18

<sup>170</sup> ICSID Rules, Rule 9 Disqualification of Arbitrators

(5) Whenever the Chairman has to decide on a proposal to disqualify an arbitrator, he shall use his best efforts to take that decision within 30 days after he has received the proposal.

### 3.2.5. การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อในระหว่างการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้นนั้น กฎหมายต้นแบบ Article 13 ได้กำหนดว่า คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งรวมถึงอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ ทั้งนี้ เพื่อลดความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>171</sup> โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1038 และ English Arbitration Act 1996 Section 24 ก็ให้ดุลพินิจแก่อนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของฝรั่งเศสจะมีได้กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลในประเทศฝรั่งเศสก็เคยวินิจฉัยว่าคณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำคำชี้ขาดได้ แม้ว่าการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะยังไม่สิ้นสุดก็ตาม เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีมิได้ห้ามเอาไว้<sup>172</sup>

อย่างไรก็ดี กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้นแตกต่างกันไป เช่น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 ที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาด ยกเว้นในกรณีที่ศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ส่วน ICSID Rules กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องหยุดกระบวนการพิจารณาเอาไว้จนกว่าการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะเสร็จสิ้น<sup>173</sup>

<sup>171</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 407.

<sup>172</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 311.

<sup>173</sup> ICSID Rules, Rule 9 Disqualification of Arbitrators

(6) The proceeding shall be suspended until a decision has been taken on the proposal.

อนึ่ง มีผู้ให้ข้อสังเกตว่า การให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำคำชี้ขาดในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้นนั้น อาจทำให้เกิดกรณีที่คู่กรณีต้องดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและคัดค้านคำชี้ขาดไปพร้อมๆ กัน และในกรณีที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล ก็ต้องพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของคำชี้ขาดต่อไปอีก<sup>174</sup> ยกตัวอย่างเช่นในคดี Bithrey Construction v Edmunds [1996] 35 BLISS 1 ซึ่งศาลต้องมีคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้น ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการมาแล้วครั้งหนึ่ง<sup>175</sup>

### 3.3. ผลภายหลังจากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ภายหลังจากที่มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้ว หากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล อนุญาโตตุลาการยอมถอนตัว หรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน กรณีดังกล่าวย่อมทำให้ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงก่อนที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเสร็จสิ้น ดังนี้ เพื่อประโยชน์ในการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนและการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อเอาไว้ ซึ่งจะใช้บังคับเมื่อตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลง แม้ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการได้ระบุชื่อบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม<sup>176</sup> อนึ่ง กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจกำหนดผลภายหลังจากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นประการอื่น เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดว่า ในกรณี

<sup>174</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic (Great Britain: Martinus Nijhoff, 1989), p. 87.

<sup>175</sup> D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., pp. 1110-1111.

<sup>176</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 465.



ที่อนุญาตให้ตุลาการถอดถอน หากคู่กรณีไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การอนุญาตให้ตุลาการยอม  
สิ้นสุดลงทันที<sup>177</sup>

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการแทนหรือการ  
ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อ นั้น ไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับ (non-mandatory provision)  
คู่กรณีจึงสามารถทำความตกลงเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างอื่น หรืออาจตกลงกัน  
ยกเลิกการอนุญาตให้ตุลาการก็ได้<sup>178</sup> หมายความว่าด้วยการอนุญาตให้ตุลาการในบางประเทศจึงได้  
กำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าคู่กรณีสามารถทำความตกลงเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้  
ต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติได้<sup>179</sup>

### 3.3.1. การตั้งอนุญาตให้ตุลาการแทน

โดยปกติ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้ตุลาการและข้อบังคับอนุญาตให้ตุลาการ  
ส่วนใหญ่จะกำหนดให้กระบวนการแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการแทนต้องดำเนินไปตามกระบวนการ  
เดิมในการแต่งตั้งอนุญาตให้ตุลาการคนก่อน<sup>180</sup> กระบวนการดังกล่าวจึงทำให้คู่กรณีที่เคยเสียสิทธิ

<sup>177</sup> Article 1464 The arbitral proceeding ends, subject to special agreements of the parties:

1. By the discharge, death or disability of an arbitrator as well as by the loss of the full exercise of his civil rights;
2. by the abstention or recusal of an arbitrator;
3. by the expiration of the time-limit for arbitration.

<sup>178</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, pp. 464-466 และ Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, pp. 70-72.

<sup>179</sup> English Arbitration Act 1996, Section 27 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1039

<sup>180</sup> Model Law, Article 15; ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1039; English Arbitration Act 1996, Article 27 พระราชบัญญัติอนุญาตให้ตุลาการ พ.ศ.

ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนก่อนกลับมา มีสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่อีกครั้ง อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่าหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนดังกล่าวมีข้อเสียคือ คู่กรณีอาจใช้กระบวนการดังกล่าวไปในทางที่ไม่ควรเพื่อถ่วงให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าได้ง่าย โดยคู่กรณีที่เคยจงใจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีอคติหรือไม่เหมาะสมมาแล้วครั้งหนึ่ง อาจกระทำการดังกล่าวอีกภายหลังจากที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล ทำให้ต้องมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นครั้งที่สอง<sup>181</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการจงใจขัดขวางกระบวนการพิจารณาหรือถอนตัวโดยไม่มีเหตุอันสมควรนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่า ไม่ควรให้คู่กรณีที่เคยแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนอีก<sup>182</sup>

ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งจึงกำหนดให้เป็นดุลพินิจของสถาบันอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยว่าควรจะต้องตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเดิมหรือไม่ เช่น LCIA Rules Article 11 และ ICC Rules Article 12 เป็นต้น นอกจากนี้ LCIA Rules Article 11 ยังให้อำนาจแก่ LCIA Court ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน หากปรากฏว่าคู่กรณีไม่สามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนได้ภายใน 15 วันหรือภายในระยะเวลาอื่นที่ LCIA Court กำหนด<sup>183</sup>

---

2545 มาตรา 22 UNCITRAL Rules, Article 11; AAA Rules, Section R-19 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 17

<sup>181</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 319.

<sup>182</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 94-95.

<sup>183</sup> LCIA Rules, Article 11 Nomination and Replacement of Arbitrators

11.1 In the event that the LCIA Court determines that any nominee is not suitable or independent or impartial or if an appointed arbitrator is to be replaced for any reason, the LCIA Court shall have a complete discretion to decide whether or not to follow the original nominating process.

11.2 If the LCIA Court should so decide, any opportunity given to a party to make a re-nomination shall be waived if not exercised within 15 days (or such lesser time as the LCIA Court may fix), after which the LCIA Court shall appoint the replacement arbitrator.

ส่วน ICSID Rules<sup>184</sup> กำหนดเอาไว้ว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนต้องดำเนินไปตามกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเดิม ยกเว้นแต่ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งถอนตัวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการเสียก่อน หรือในกรณีที่ไม่สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการแทนได้ภายใน 45 วันนับแต่เลขานุการของศูนย์ฯ ได้แจ้งให้คู่กรณีทราบถึงการว่างลงของตำแหน่งอนุญาโตตุลาการและมีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ซึ่งในกรณีดังกล่าวเลขานุการของศูนย์ฯ จะทำหน้าที่เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนเอง

### 3.3.2. การดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ

ในกรณีที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงตั้งแต่ยังไม่เริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณา เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการที่ประกอบกันขึ้นใหม่ก็สามารถเริ่มการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ทันที แต่หากตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงภายหลังจากที่กระบวนการพิจารณาได้ดำเนินไปแล้ว ย่อมเกิดปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการที่ประกอบกันขึ้นใหม่ควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ เพียงใด

<sup>184</sup> ICSID Rules, Rule 11 Filling Vacancies on the Tribunal

(1) Except as provided in paragraph (2), a vacancy resulting from the disqualification, death, incapacity or resignation of an arbitrator shall be promptly filled by the same method by which his appointment had been made.

(2) In addition to filling vacancies relating to arbitrators appointed by him, the Chairman of the Administrative Council shall appoint a person from the Panel of Arbitrators:

(a) to fill a vacancy caused by the resignation, without the consent of the Tribunal, of an arbitrator appointed by a party; or

(b) at the request of either party, to fill any other vacancy, if no new appointment is made and accepted within 45 days of the notification of the vacancy by the Secretary-General.

(3) The procedure for filling a vacancy shall be in accordance with Rules 1, 4(4), 4(5), 5 and, mutatis mutandis, 6(2).

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไปที่มีการเก็บรวบรวมเอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทเอาไว้เป็นหลักฐานนั้น อาจไม่จำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการที่เข้ามาแทนที่อนุญาโตตุลาการเดิมย่อมจะสามารถพิจารณาเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทได้ แต่หากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปก่อนหน้านี้เป็นกระบวนการพิจารณาโดยปากเปล่า (oral proceedings) โดยไม่มีการบันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษร ก็อาจจำเป็นต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำ<sup>185</sup> นอกจากนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาก็อาจจำเป็นในกรณีที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการเดิมขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือคุณธรรมอันดีฝ่ายหนึ่งไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ในภายหลังตาม New York Convention Article V

ดังนั้น AAA Rules Section R-19 จึงได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยว่าควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ เพียงใด แต่ UNCITRAL Rules Article 14 ได้จำกัดดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อเอาไว้บางประการ กล่าวคือ หากเป็นกรณีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนที่อนุญาโตตุลาการคนเดียวหรือประธานอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ทั้งหมด<sup>186</sup> ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับที่ปรากฏในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการสถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 19 ส่วน ICSID Rules Rule 12 กำหนดให้ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อทันที แต่อนุญาโตตุลาการคนใหม่จะร้องขอให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปากเปล่าซ้ำอีกครั้งก็ได้<sup>187</sup>

<sup>185</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 320.

<sup>186</sup> UNCITRAL Rules, Article 14

If under articles 11 to 13 the sole or presiding arbitrator is replaced, any hearings held previously shall be repeated; if any other arbitrator is replaced, such prior hearings may be repeated at the discretion of the arbitral tribunal.

<sup>187</sup> ICSID Rules, Rules 12 Resumption of Proceeding after Filling a Vacancy

As soon as a vacancy on the Tribunal has been filled, the proceeding shall continue from the point it had reached at the time the vacancy occurred. The newly

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำนั้น ย่อมจะเป็นผลให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากขึ้น จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาว่าควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ เพียงใดนั้น ควรได้รับการพิจารณาร่วมกันระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณี รวมถึงทนายความของคู่กรณีด้วย ทั้งนี้ เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่กรณี<sup>188</sup> ดังนี้ ICC Rules Article 12 จึงได้กำหนดว่า ก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะวินิจฉัยว่าควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ เพียงใดนั้น คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องรับฟังความเห็นจากคู่กรณีเสียก่อน

ในทางตรงกันข้าม กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจกำหนดให้คู่กรณีเป็นผู้พิจารณาเองว่าควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ เพียงใด เช่น English Arbitration Act 1996 Section 27 ที่กำหนดว่า ในเบื้องต้น คู่กรณีสามารถทำความตกลงกันได้เองว่าจะยอมรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กระทำไปแล้วหรือไม่ เพียงใด ต่อเมื่อคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้และมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนแล้ว จึงจะให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวเอง ทั้งนี้ การที่คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กระทำไปแล้วนั้น ไม่ถือเป็นการตัดสิทธิคู่กรณีในการคัดค้านกระบวนการพิจารณาที่กระทำไปแล้ว ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม<sup>189</sup> และแม้กฎหมายต้นแบบจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนิน

---

appointed arbitrator may, however, require that the oral procedure be recommenced, if this had already been started.

<sup>188</sup> Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4<sup>th</sup> ed., p. 255.

<sup>189</sup> English Arbitration Act 1996, Section 27 Filling of vacancy, &c.

(1) Where an arbitrator ceases to hold office, the parties are free to agree -

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

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

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

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

กระบวนการพิจารณาต่อเอาไว้ แต่ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า<sup>190</sup> ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาตาม Article 19 ซึ่งคู่กรณีสามารถทำความตกลงกันได้ หรือหากคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควร<sup>191</sup>

### 3.3.3. การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะภายหลังการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

โดยปกติ การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะ (truncated tribunal) นั้น เป็นมาตรการที่ใช้เพื่อป้องกันความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้น ในกรณีที่มิใช่อนุญาโตตุลาการอยู่ในตำแหน่ง แต่อนุญาโตตุลาการกลับปฏิเสธการเข้าร่วมในกระบวนการ

---

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

(4) The tribunal (when reconstituted) shall determine whether and if so to what extent the previous proceedings should stand. This does not affect any right of a party to challenge those proceedings on any ground which had arisen before the arbitrator ceased to hold office.

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

<sup>190</sup> Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 466.

<sup>191</sup> Model Law, Article 19 Determination of Rules of Procedure

(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

พิจารณาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร<sup>192</sup> กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งจึงกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า อนุญาโตตุลาการจะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่ครบองค์คณะได้เฉพาะในกรณีที่อนุญาโตตุลาการปฏิเสธการเข้าร่วมพิจารณาเท่านั้น<sup>193</sup> แต่ในกรณีที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงโดยมีเหตุผลอันสมควร เช่น อนุญาโตตุลาการตายหรือการคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผลนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่า หากไม่มีความตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นอย่างอื่น ก็สมควรที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป<sup>194</sup>

อย่างไรก็ดี เพื่อป้องกันความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นทั้งในระหว่างการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนและในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่งจึงได้กำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะในกรณีที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลง เช่น AAA Rules Section R-19 ซึ่งจะใช้เฉพาะในกรณีที่ตำแหน่งของอนุญาโตตุลาการที่เป็นกลาง (neutral arbitrator) ว่างลง<sup>195</sup> และ ICC Rules Article 12 ซึ่งใช้เฉพาะในกรณีที่ตำแหน่งของอนุญาโตตุลาการว่างลงหลังจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว และหาก ICC Court เห็นว่าเป็นการสมควรแก่กรณี ก็สามารถสั่งให้อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่ทำคำชี้ขาดได้โดยไม่ต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน โดย ICC Court ต้องพิจารณาความเห็นจากอนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่และคู่กรณี รวมถึงพฤติการณ์อื่นๆ ประกอบด้วย<sup>196</sup>

<sup>192</sup> Stephen M Schwebel, International Arbitration: Three Salient Problems (Great Britain: Grotius, 1987), pp. 143-296.

<sup>193</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1052 และ LCIA Rules Article 12

<sup>194</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., p. 176 และ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 322-323.

<sup>195</sup> AAA Rules, Section R-19 Vacancies

(b) In the event of a vacancy in a panel of neutral arbitrators after the hearings have commenced, the remaining arbitrator or arbitrators may continue with the hearing and determination of the controversy, unless the parties agree otherwise.

<sup>196</sup> ICC Rules, Article 12 Replacement of Arbitrators

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาที่ควรพิจารณาก็คือ กรณีที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงโดยไม่มีเหตุอันสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีถอนตัวเพื่อประวิงกระบวนการพิจารณานั้น สมควรจะให้อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป หรือควรที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนย่อมจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าออกไป และอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งใหม่ยังต้องอาศัยเวลาในการพิจารณาข้อพิพาทและกระบวนการพิจารณา ทั้งยังอาจร้องขอให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ด้วย จึงสมควรให้อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้<sup>197</sup> เพราะหากคู่กรณีได้ทำความตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการโดยเสียงข้างมากย่อมมีอำนาจในการกำหนดวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ตามที่เห็นสมควร<sup>198</sup>

ตัวอย่างของการดำเนินกระบวนการโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะในกรณีที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลง ได้แก่ คดี Republic of Colombia v Cauca Company 106

---

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

<sup>197</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 175-177, Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, p. 466 และ Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, pp. 277-278.

<sup>198</sup> Model Law Article 19 29 English Arbitration Act 1996 Section 20 33 รัฐบาลบัญญัติว่าด้วยกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 182 189 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1042 1052 และ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25 35



Fed 524 (1903) ซึ่งสัญญาอนุญาตตุลาการได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำคำชี้ขาดภายในระยะเวลา 210 วัน แต่หลังจากคณะอนุญาโตตุลาการได้ดำเนินกระบวนการพิจารณามาแล้ว 203 วัน อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งกลับถอนตัวทิ้งๆ ที่การทำคำชี้ขาดกำลังจะเสร็จสมบูรณ์ อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่สองคนจึงได้ทำคำชี้ขาดโดยเสียงข้างมากของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อปฏิบัติหน้าที่ให้เสร็จสิ้นตามกำหนดเวลาดังกล่าว แม้ว่าสัญญาอนุญาตตุลาการจะกำหนดให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนก็ตาม โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า คำชี้ขาดดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้ เนื่องจากคู่กรณีในสัญญาอนุญาตตุลาการประสงค์จะผูกพันตนต่อเสียงข้างมากของอนุญาโตตุลาการ และอนุญาโตตุลาการทั้งสามก็ได้เข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยตลอด ยกเว้นแต่ในการประชุมครั้งสุดท้ายเท่านั้น<sup>199</sup>

อย่างไรก็ดี ศาลในบางประเทศอาจไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวจนเป็นเหตุให้ศาลทำลายคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลง เช่น คดี Ivan Milutinovic PLM v Deutsche Babcock AG โดย Swiss Federal Tribunal และคดี Agence Transcongolaise des Communications - Chemin de fer Congo Océan v Compagnie Minière de l'Ogooué - Comilog SA (Gabon) โดยศาลอุทธรณ์แห่งปารีส ซึ่งวินิจฉัยว่า คำชี้ขาดที่ทำขึ้นในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงนั้น ถือเป็นกรณีที่ยังประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อข้อตกลงของคู่สัญญา แม้ว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งจะถอนตัวภายหลังจากที่ยังดำเนินกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นและเหลือเพียงการทำคำชี้ขาดก็ตาม<sup>200</sup> จึงมีผู้ให้ความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อยอมรับคำชี้ขาดที่ทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะในขณะที่ยังดำรง

<sup>199</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), *ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases*, pp. 270-271.

<sup>200</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, pp. 323-328.

อนุญาโตตุลาการว่างลง<sup>201</sup> และอนุญาโตตุลาการที่ถอนตัวโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรก็ควรต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนด้วย<sup>202</sup>

อนึ่ง การอนุญาโตตุลาการภายใต้การบริหารของ ICSID จะไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในระหว่างที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลง เนื่องจาก ICSID Rules Rule 10 ได้กำหนดให้หยุดกระบวนการพิจารณาจนกว่าจะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนเสียก่อน อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่จึงไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้<sup>203</sup> แต่หากอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งถอนตัวโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้นจะเสียสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนโดยเลขานุการของศูนย์ฯ จะทำหน้าที่เป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน ตาม ICSID Rules Rule 11 ซึ่งเป็นวิธีป้องกันมิให้อนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีแต่งตั้งถอนตัวเพื่อประวิงกระบวนการอีกแนวทางหนึ่ง<sup>204</sup>

### 3.3.4. ความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการภายหลังการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทนั้น เปรียบได้กับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา (judicial task) ซึ่งหลายๆ ประเทศได้ให้

<sup>201</sup> Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 349-350.

<sup>202</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 95-96.

<sup>203</sup> ICSID Rules, Rule 10 Procedure during a Vacancy on the Tribunal

(1) The Secretary-General shall forthwith notify the parties and, if necessary, the Chairman of the Administrative Council of the disqualification, death, incapacity or resignation of an arbitrator and of the consent, if any, of the Tribunal to a resignation.

(2) Upon the notification by the Secretary-General of a vacancy on the Tribunal, the proceeding shall be or remain suspended until the vacancy has been filled.

<sup>204</sup> Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, pp. 70-71 และ Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, Guide to ICSID Arbitration (Netherlands: Kluwer Law International, 2004), p.81.

ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องคดีแก่ผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว เพื่อรักษาผลแห่งความ เป็นที่สุดของคำพิพากษาและเพื่อให้ผู้พิพากษาสสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ จึงมีแนว ความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการควรได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกับที่ผู้ พิพากษาได้รับด้วย<sup>205</sup> กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหลาย แห่งจึงกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งให้อนุญาโตตุลาการได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติหน้าที่ใน สถานะอนุญาโตตุลาการ<sup>206</sup> อย่างไรก็ตามก็ดี ความคุ้มกันที่อนุญาโตตุลาการได้รับอาจไม่ใช่ความคุ้มกัน โดยเด็ดขาด กล่าวคือ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการอาจ กำหนดข้อยกเว้นให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในบางประการ เช่น กรณีที่อนุญาโตตุลาการ ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต<sup>207</sup> กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงทำให้คู่พิพาท ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียหาย<sup>208</sup> เป็นต้น

อย่างไรก็ดี นอกจากหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ ของอนุญาโตตุลาการยังถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่มีต่อกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น หาก อนุญาโตตุลาการละเมิดหน้าที่ตามสัญญา อนุญาโตตุลาการก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่ เกิดขึ้นแก่คู่กรณี และการไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการปฏิบัติหน้าที่ก็อาจทำให้ อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีฐานผิดสัญญาหรือละเมิด ตามหลักความรับผิดของผู้ ประกอบวิชาชีพ (principles of professional liability) ด้วย<sup>209</sup> ทั้งนี้ หน้าที่ตามสัญญาของ อนุญาโตตุลาการย่อมรวมไปถึงหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ซึ่งอาจได้แก่ หน้าที่ในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและรวดเร็ว หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุ อันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของตน หน้าที่ในการรักษาความเป็นกลางและเป็น

<sup>205</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 282-283.

<sup>206</sup> English Arbitration Act 1996 Section 29 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 ICC Rules Article 34 LCIA Rules Article 31 AAA Rules Section R-48 ICSID Convention Article 21

<sup>207</sup> English Arbitration Act 1996 Section 29

<sup>208</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 23 และ LCIA Rules Article 31

<sup>209</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, p. 282 และ David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill, Russell on Arbitration, 21<sup>st</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), p. 169.

อิสระในระหว่างการพิจารณา หรือหน้าที่ในการรักษาความลับ เป็นต้น ดังที่ ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี Baar v Tigerman (1983) ว่า การที่อนุญาตโตตุลาการไม่สามารถทำคำชี้ขาดได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ นั่นถือเป็นการผิดสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการ อนุญาตโตตุลาการจึงไม่ได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดในกรณีดังกล่าว<sup>210</sup>

นอกจากความรับผิดของอนุญาตโตตุลาการที่มีต่อคู่กรณีแล้ว สถาบันอนุญาตโตตุลาการยังอาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบต่อคู่กรณีได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่สถาบันอนุญาตโตตุลาการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมอันอาจเป็นเหตุให้มีการคัดค้านอนุญาตโตตุลาการ และเป็นผลให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพิ่มมากขึ้น<sup>211</sup> ดังที่ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี Baar v Tigerman (1983) ว่า การที่สถาบันอนุญาตโตตุลาการแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการโดยไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (reasonable care) นั้น ย่อมเป็นเหตุให้สถาบันอนุญาตโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีด้วย<sup>212</sup> อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาตโตตุลาการหลายแห่งได้กำหนดให้สถาบันอนุญาตโตตุลาการได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับอนุญาตโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สถาบันอนุญาตโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการ<sup>213</sup> และศาสตราจารย์ Pieter Sanders ก็ได้เสนอให้มีการกำหนดหลักการให้ความคุ้มครองแก่ทั้งอนุญาตโตตุลาการ สถาบันอนุญาตโตตุลาการ และผู้มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาตโตตุลาการ (appointing authority) เอาไว้ในกฎหมายต้นแบบด้วย เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการกระทำการโดยไม่สุจริต<sup>214</sup> อนึ่ง ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาเคยกล่าวถึงหลักการให้ความคุ้มครอง

<sup>210</sup> Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution, pp. 737-742.

<sup>211</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 296-297.

<sup>212</sup> Leo Kanowitz, Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution, pp. 737-742.

<sup>213</sup> English Arbitration Act 1996 Section 74 ICC Rules Article 34 LCIA Rules Article 31 AAA Rules Section R-48 ICSID Convention Article 21

<sup>214</sup> Pieter Sanders, The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, 2<sup>nd</sup> ed., pp. 161-165.

แก่อนุญาโตตุลาการและสถาบันอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในคดี *Corey v New York Stock Exchange* (1982) ว่า การให้ความคุ้มกันแก่อนุญาโตตุลาการจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่การดำเนินกระบวนการพิจารณา หากสถาบันอนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบอนุญาโตตุลาการ<sup>215</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล แม้อนุญาโตตุลาการจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าอนุญาโตตุลาการได้ละเมิดหน้าที่ตามสัญญา อนุญาโตตุลาการที่ถูกถอดถอนก็ยังคงมีความรับผิดชอบต่อคู่กรณีอยู่ เช่นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งออสเตรเลียได้วินิจฉัยว่า ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องคดี (immunity) ที่อนุญาโตตุลาการได้รับในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงการละเมิดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและเป็นอิสระของตนด้วย อนุญาโตตุลาการจึงต้องรับผิดชอบฐานผิดหน้าที่ตามสัญญา เช่นเดียวกับที่ศาลสูงสุดแห่งฝรั่งเศสได้วินิจฉัยเอาไว้ว่า การที่อนุญาโตตุลาการไม่ยอมเปิดเผยข้อเท็จจริงว่าตนจะเริ่มเข้าร่วมงานกับคู่กรณีฝ่ายหนึ่งภายหลังการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ย่อมเป็นเหตุให้คู่กรณีสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากอนุญาโตตุลาการได้เช่นกัน<sup>216</sup> และในกรณีที่อนุญาโตตุลาการประพฤติมิชอบ (misconduct) ศาลในประเทศอังกฤษก็เคยมีคำสั่งไว้เอาไว้ในคดี *Bithrey Construction v Edmunds* [1996] 35 BLISS 1 ให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการถอดถอนอนุญาโตตุลาการรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเพิกถอนคำสั่งชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการได้ทำขึ้นในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่เสร็จสิ้นด้วย<sup>217</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการได้ละเมิดหน้าที่ตามสัญญา นอกจากความรับผิดชอบที่มีต่อคู่กรณีแล้ว อนุญาโตตุลาการยังอาจต้องเสียสิทธิในการรับค่าป่วยการของตนด้วย ไม่

<sup>215</sup> Leo Kanowitz, *Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution*, pp. 727-735.

<sup>216</sup> Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 271.

<sup>217</sup> D. Mark Cato, *Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems*, 3<sup>rd</sup> ed., pp. 1110-1111.

ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน<sup>218</sup> ดังนี้ English Arbitration Act 1996 จึงได้กำหนดว่า ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการแล้ว ศาลอาจมีคำสั่งใดๆ เกี่ยวกับสิทธิของอนุญาโตตุลาการในการรับค่าป่วยการและค่าใช้จ่าย หรือให้อนุญาโตตุลาการคืนค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายที่ได้รับมาแล้วก็ได้ตามที่เห็นสมควร<sup>219</sup>

อนึ่ง แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมากจะกำหนดว่า การที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน ไม่ถือว่าเป็นการยอมรับเหตุที่คู่กรณีฝ่ายที่คัดค้านกล่าวอ้าง<sup>220</sup> และมีผู้กล่าวว่าหลักการดังกล่าวทำให้การตัดสินใจถอนตัวโดยอนุญาโตตุลาการและการเห็นด้วยกับการคัดค้านโดยคู่กรณีนั้นง่ายขึ้น<sup>221</sup> แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ปลดเปลื้องความรับผิดชอบหรือให้ความคุ้มครองใดๆ แก่อนุญาโตตุลาการภายหลังการคัดค้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวนั้น มีผู้ให้ความเห็นว่าถือเป็นการผิดสัญญาในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการอย่างหนึ่ง และอาจเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีด้วย เพราะความคุ้มครองที่อนุญาโตตุลาการได้รับในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอนุญาโตตุลาการนั้นไม่ครอบคลุมไปถึงการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการ<sup>222</sup> ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการที่ถอนตัวอาจจะต้องรับผิดชอบต่อคู่กรณีใน

<sup>218</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, p. 297.

<sup>219</sup> English Arbitration Act 1996 Section 24 - Power of court to remove arbitrator  
(4) Where the court removes an arbitrator, it may make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses, or the repayment of any fees or expenses already paid.

<sup>220</sup> Model Law Article 14 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศเยอรมนี มาตรา 1038 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 21 UNCITRAL Rules Article 11 ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 17

<sup>221</sup> C.C.A. Voskuil and Judith Ann Freedberg-Swartzburg, "Composition of the Arbitral Tribunal" in Essays on International Commercial Arbitration, ed. Petar Sarcevic, p. 89.

<sup>222</sup> Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases, pp.

ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนรวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำด้วย<sup>223</sup>

อย่างไรก็ดี มีผู้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการว่า อนุญาโตตุลาการที่ตัดสินใจถอนตัวก่อนที่จะถูกคัดค้านนั้นสมควรจะได้รับการยกย่อง แม้ในกรณีที่ มีการเริ่มกระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการที่ถอนตัวโดยความสมัครใจ ของตนเองก็ยังคงสมควรได้รับการชื่นชม เนื่องจากเป็นการแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานทางจริยธรรมใน ระดับหนึ่ง<sup>224</sup> ดังนี้ นอกเหนือจากความคุ้มกันโดยทั่วไปในการปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการตาม Section 29 แล้ว<sup>225</sup> English Arbitration Act 1996 จึงได้กำหนดให้มีการปลดเปลื้องความรับผิดชอบ ให้แก่อนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวเอาไว้ใน Section 25<sup>226</sup> ว่า ภายหลังจาก

---

277-278, Lord Mustill and Stewart C Boyd, Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume to the Second Edition, pp. 109-112 และ D. Mark Cato, Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems, 3<sup>rd</sup> ed., pp. 263-271.

<sup>223</sup> David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill, Russell on Arbitration, 21<sup>st</sup> ed., p. 362.

<sup>224</sup> Ottoarndt Glossner, "Sociological Aspects of International Commercial Arbitration" in The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultsz and Albert Jan van den Berg (Netherlands: Kluwer Law & Taxation, 1981), p. 145.

<sup>225</sup> English Arbitration Act 1996 Section 29 - Immunity of arbitrator

(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 mission is shown to have been in bad faith.

(2) Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself.

(3) This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning (but see section 25).

<sup>226</sup> English Arbitration Act 1996 Section 25 - Resignation of arbitrator

(1) The parties are free to agree with an arbitrator as to the consequences of his resignation as regards -

จากการถอนตัวของอนุญาโตตุลาการ ในเบื้องต้น อนุญาโตตุลาการสามารถทำความตกลงกับ คู่กรณีเกี่ยวกับสิทธิในการรับค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของตน รวมถึงความรับผิดที่ตนมีต่อคู่กรณี ได้ แต่หากไม่มีความตกลงเช่นนั้น อนุญาโตตุลาการสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการ ปลดเปลื้องความรับผิด สิทธิในการรับค่าป่วยการและค่าใช้จ่าย หรือหน้าที่ในการคืนค่าป่วยการ และค่าใช้จ่ายของตนได้ ทั้งนี้ ตามที่ศาลเห็นสมควร




---

(a) his entitlement (if any) to fees or expenses, and

(b) any liability thereby incurred by him.

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

(3) An arbitrator who resigns his appointment may (upon notice to the parties) apply to the court -

(a) to grant him relief from any liability thereby incurred by him, and

(b) to make such order as it thinks fit with respect to his entitlement (if any) to fees or expenses or the repayment of any fees or expenses already paid.

(4) If the court is satisfied that in all the circumstances it was reasonable for the arbitrator to resign, it may grant such relief as is mentioned in subsection (3)(a) on such terms as it thinks fit.

(5) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.



## บทที่ 4

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 4.1. สรุป

ในการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการนั้น ปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพก็คือ อนุญาโตตุลาการ แต่ในบางกรณี คู่กรณีอาจเห็นว่าอนุญาโตตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่นั้น ขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ ขาดความสามารถในการดำเนินกระบวนการได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร และอาจเป็นเหตุให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปไม่ได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ซึ่งขัดต่อความประสงค์ของคู่กรณีที่เลือกให้การระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการแทนการฟ้องคดีต่อศาล

แม้ว่าคู่กรณีจะสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนหรือปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดเพื่อแก้ไขเยียวยาปัญหาเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมของอนุญาโตตุลาการดังกล่าวได้ แต่มาตรการในการเพิกถอนหรือปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวอาจไม่ใช่วิธีการที่เป็นประโยชน์สำหรับคู่กรณีเสมอไป เพราะการปล่อยให้อนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการเสริ่งสิ้นจนกระทั่งมีคำชี้ขาด ย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากโดยไม่สมควรเพื่อการพิจารณาที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในประเทศส่วนใหญ่จึงได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะโดยการนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามาใช้กับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอนุโลม หรือโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้เป็นการเฉพาะ และสถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของตนเช่นกัน นอกจากนี้ คู่กรณียังสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เอง ตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญา (Party Autonomy) อีกด้วย สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจึงเป็นหลักประกันให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยชอบได้อีกทางหนึ่ง

เหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ได้แก่ เหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากคู่กรณีให้ทำหน้าที่เป็นคนกลางและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีได้อย่างเป็นธรรม อนุญาโตตุลาการจึงต้องไม่มีอคติต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือต่อประเด็นพิพาท ต้องไม่มีความสัมพันธ์กับคู่กรณีและผู้ที่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับคู่กรณี ทั้งในทางการเงิน ทางสังคม หรือทางอื่นๆ และต้องไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้นๆ หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีก็สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการนั้นได้ เพราะเป็นที่น่าเชื่อได้ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นไม่สามารถจะดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมได้อีกต่อไป ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระตลอดระยะเวลาที่ปฏิบัติหน้าที่ และยังมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุอันควรสงสัยในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตนตลอดระยะเวลาที่ดำเนินกระบวนการด้วย

โดยปกติ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องปฏิบัติหน้าที่โดยให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายอนุญาโตตุลาการทุกคนจึงต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ ไม่ว่าจะได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีหรือไม่ และไม่ควรทำหน้าที่เป็นทนายความหรือที่ปรึกษาของคู่กรณีฝ่ายที่แต่งตั้งตนเองอย่างไรก็ดี การอนุญาโตตุลาการในบางประเทศอาจมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างออกไป เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการยอมรับกันว่า อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณีไม่จำเป็นต้องมีความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระจากคู่กรณีเสมอไป แต่ต้องมีความตกลงโดยชัดแจ้งระหว่างคู่กรณีและต้องมีการเปิดเผยถึงความไม่เป็นกลางและไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและอนุญาโตตุลาการอื่นทราบด้วย แต่ทั้งนี้ อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่กรณียังต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต และไม่ควรมีส่วนร่วมในการประวิงเวลาหรือแทรกแซงคู่กรณีและพยาน และไม่ควรแถลงข้อความที่ไม่เป็นจริงหรืออาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่ออนุญาโตตุลาการอื่นๆ ด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการอีกประการหนึ่งก็คือ ความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการนั้นควรมีมาตรฐานเทียบเท่ากับความเป็นกลางและเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบสถานะและลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างผู้พิพากษาและอนุญาโตตุลาการแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้พิพากษาเป็นข้าราชการซึ่งมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบต่อรัฐ ส่วน

อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งและรับค่าปวยการจากคู่กรณี ซึ่งอาจได้รับการแต่งตั้งเนื่องจากคู่กรณีเห็นว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการก็อาจจะประกอบอาชีพการงานในด้านอื่นทั้งก่อน ระหว่าง และภายหลังการปฏิบัติหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการ ดังนี้ การอนุญาโตตุลาการในบางกรณีจึงมีความเป็นไปได้ที่อนุญาโตตุลาการอาจจะเคยมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีอยู่บ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแวดวงธุรกิจการค้าเฉพาะด้าน นักกฎหมายหลายฝ่ายจึงมีความเห็นว่า การพิจารณาถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการต้องคำนึงถึงเหตุผลดังกล่าวด้วย และไม่ควรนำเอามาตรฐานเกี่ยวกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของผู้พิพากษามาเทียบเคียงกับความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ

อนึ่ง แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะกำหนดให้คู่กรณีสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการหากปรากฏเหตุอันควรสงสัย (justifiable doubts) ในความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ แต่ศาลในหลายๆ ประเทศได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยถึงความเป็นกลางและเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการเอาไว้ว่า กรณีที่ศาลจะถอดถอนอนุญาโตตุลาการได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นถึงอคติที่มีอยู่จริงหรือตามที่ปรากฏโดยชัดแจ้งของอนุญาโตตุลาการ (actual or apparent bias) มิใช่แต่เพียงเป็นเหตุอันควรสงสัยเท่านั้น

นอกจากความไม่เป็นกลางและไม่เป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังมีเหตุในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอื่นๆ เช่น การที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควร หรือการประพฤติไม่ชอบของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งถือเป็นเหตุที่ทำให้กระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงให้สิทธิแก่คู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุดังกล่าวเช่นกัน

นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่กรณีได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการเอาไว้ เช่น อนุญาโตตุลาการต้องมีประสบการณ์หรือความรู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อพิพาท หรือภาษาที่ใช้ในการพิจารณา หากปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีคุณสมบัติตามที่คู่กรณีกำหนดเอาไว้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ก็ได้กำหนดให้คู่กรณีก็สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุผลดังกล่าวได้ด้วย เพื่อเป็นการรับรองหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy)

ปัญหาประการสำคัญเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือ ความล่าช้าที่เกิดขึ้นในระหว่างการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เพราะเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน และอนุญาโตตุลาการอื่นย่อมต้องใช้เวลาในการพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไปด้วย ดังนั้นกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการจึงได้กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นเครื่องมือในการประวิงการดำเนินกระบวนการพิจารณา อันได้แก่ การห้ามไม่ให้คู่กรณีใช้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการที่ตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งหากได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น การกำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิคัดค้านอนุญาโตตุลาการ การให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อและทำคำชี้ขาดได้ในระหว่างการคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้าน หรือการกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเป็นที่สุดท้ายโดยคู่กรณีไม่สามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงได้ เป็นต้น

อนึ่ง ก่อนที่คู่กรณีจะดำเนินการคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านนั้น คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการควรแจ้งให้อนุญาโตตุลาการที่ตนประสงค์จะคัดค้านทราบเสียก่อน เพื่อให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาถึงการถอนตัว รวมถึงแจ้งให้อนุญาโตตุลาการคนอื่นและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบด้วย เพื่อให้แสดงความเห็นว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการคัดค้าน เพราะหากอนุญาโตตุลาการยอมถอนตัวหรือหากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน ก็จะเป็นผลให้ไม่ต้องการพิจารณาการคัดค้านต่อไปโดยไม่จำเป็น

ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการก็คือ การที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งได้กำหนดให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเอง ซึ่งมีแนวความเห็นว่าเป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ไม่มีใครควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in causa sua* หรือ *No man shall be the judge of his own cause.*) ดังนั้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จึงกำหนดให้สถาบันหรือผู้แทนของสถาบันเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ เพื่อป้องกันปัญหาและข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการให้อนุญาโตตุลาการที่ถูก

คัดค้านมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเอง และกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในอีกหลายประเทศยังได้รับรองสิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ โดยกำหนดให้สิทธิในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลนี้ ถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้

เมื่อมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ หากการคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล อนุญาโตตุลาการยอมถอนตัว หรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน กรณีดังกล่าวยอมทำให้ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงก่อนที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเสร็จสิ้น หากคู่กรณีมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ก็ต้องมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทน ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ได้กำหนดให้กระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนต้องดำเนินไปตามกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเดิม แต่ก็มีความเห็นว่าการคัดค้านฝ่ายหนึ่งเคยแจ้งแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีอคติหรือไม่เหมาะสมมาแล้วครั้งหนึ่ง ก็ไม่ควรให้คู่กรณีฝ่ายนั้นได้รับสิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนอีกครั้งหนึ่ง ดังนี้ ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการบางแห่งจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้คู่กรณีที่ไม่สุจริตใช้กระบวนการในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนเป็นเครื่องมือในการถ่วงให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าได้โดยง่าย ซึ่งอาจได้แก่ การกำหนดให้คู่กรณีดำเนินการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนภายในระยะเวลาที่กำหนด การให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนหากเห็นว่าคู่กรณีแจ้งใจประวิงกระบวนการพิจารณา หรืออาจกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าควรที่จะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตามกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเดิมหรือไม่ เป็นต้น

ภายหลังจากที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนแล้ว ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าคณะอนุญาโตตุลาการที่ประกอบกันขึ้นใหม่ควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่หรือไม่ เพียงใด เพราะหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปก่อนหน้านี้เป็นกระบวนการพิจารณาโดยปากเปล่า (oral proceedings) หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคณะอนุญาโตตุลาการเดิมขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ ก็อาจจำเป็นต้องมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ทั้งนี้ ปัญหาที่ว่าคณะอนุญาโตตุลาการควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่หรือไม่ เพียงใดนั้น ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งโดยปกติ คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควร อย่างไรก็ตาม การดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ย่อมจะทำให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและ

ค่าใช้จ่ายมากขึ้น ปัญหาดังกล่าวจึงควรได้รับการพิจารณาร่วมกันระหว่างคณะอนุญาโตตุลาการ คู่กรณี รวมถึงทนายความของคู่กรณีด้วย

อนึ่ง ในระหว่างที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงและยังไม่มีแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการแทนนั้น มีแนวความเห็นที่เห็นว่าควรให้อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่สามารถดำเนิน กระบวนพิจารณาต่อไปจนกระทั่งมีคำชี้ขาดได้ เพื่อมิให้คู่กรณีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายที่อาจ เกิดขึ้นจากกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนและการดำเนินกระบวนพิจารณาใหม่ อย่างไรก็ตาม ศาลในบางประเทศอาจไม่ยอมรับการดำเนินกระบวนพิจารณาและคำชี้ขาดที่ทำโดย อนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะ (truncated tribunal) ดังกล่าว โดยเหตุที่ว่า คำชี้ขาดที่สร้างขึ้น ในขณะที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงนั้น ถือเป็นกรณีที่ต้องปิดประกอบของคณะ อนุญาโตตุลาการขัดต่อข้อตกลงของคู่สัญญา และอาจเป็นเหตุให้ศาลทำลายคำชี้ขาดดังกล่าวได้ กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการจึงควรกำหนดให้ อนุญาโตตุลาการที่เหลืออยู่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาและทำคำชี้ขาดโดย อนุญาโตตุลาการที่ไม่ครบองค์คณะในขณะที่ตำแหน่งอนุญาโตตุลาการว่างลงได้ เพื่อรักษา ประโยชน์ของคู่กรณี หรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ในกรณีที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล อนุญาโตตุลาการถอนตัว หรือ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้านอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะพ้นจาก ตำแหน่งไปแล้วก็ตาม แต่อนุญาโตตุลาการยังอาจมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบคู่กรณีอยู่ เพราะกรณีดังกล่าวมิได้ทำให้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อคู่กรณี ลินสุดลงแต่อย่างใด ดังนี้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัว หรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ควรทำความตกลงกับคู่กรณีเกี่ยวกับสิทธิในการ รับค่าป่วยการและค่าใช้จ่ายของตน รวมถึงความรับผิดชอบที่ตนมีต่อคู่กรณีได้ แต่หาก อนุญาโตตุลาการไม่สามารถทำความตกลงกับคู่กรณีในเรื่องดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่ อนุญาโตตุลาการถูกถอดถอนเนื่องจากการคัดค้านบรรลุผล ก็จำเป็นต้องให้ศาลวินิจฉัยปัญหา ดังกล่าวต่อไป

#### 4.2. ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ยังมีปัญหาที่สมควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

1. ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20 กำหนดให้คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือขาดคุณสมบัติตามที่คู่กรณีตกลงกัน ต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาเสียก่อน โดยอนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านย่อมมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเองด้วย ต่อเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธการคัดค้าน คู่กรณีจึงจะสามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้ ส่วนมาตรา 21 กำหนดให้การคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสมหรือภายในระยะเวลาอันสมควรนั้น คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้ทันที โดยไม่ต้องยื่นหนังสือแสดงเหตุแห่งการคัดค้านให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาก่อน ดังนี้ การคัดค้านอนุญาโตตุลาการโดยอ้างเหตุในการคัดค้านที่ต่างกันอาจเป็นผลให้กระบวนการคัดค้านแตกต่างกันด้วย

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่มาตรา 20 ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านในการพิจารณาการคัดค้านตนเองนั้น เป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการคนเดียวหรืออนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ไม่มีใครควรเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in causa sua* หรือ *No man shall be the judge of his own cause.*) แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดข้อยกเว้นให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้โดยไม่ต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาก่อน เฉพาะแต่ในกรณีที่มีอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียวเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการในการคัดค้านตามมาตรา 20 เป็นกระบวนการที่อาจจะใช้เวลาเกินสมควร เนื่องจากคู่กรณีต้องดำเนินการคัดค้านสองขั้นตอน (two-step process) เมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการในการคัดค้านตามมาตรา 21 ที่มีเพียงขั้นตอนเดียว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรแก้ไขกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 20 ให้มีขั้นตอนเช่นเดียวกับมาตรา 21 กล่าวคือ กำหนดให้คู่กรณี

สามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาการคัดค้านก่อน เพื่อหลีกเลี่ยงข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเอง และเพื่อลดขั้นตอนการพิจารณาการคัดค้านจากสองขั้นตอนให้เหลือเพียงขั้นตอนเดียว

2. แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในหลายประเทศจะได้กำหนดกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ก็กำหนดกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในฐานะที่เป็นเพียงกระบวนการเสริม (supplementary procedure) เท่านั้น โดยไม่ถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นบังคับ (mandatory provisions) ดังนี้ คู่กรณีจึงสามารถกำหนดกระบวนการในการคัดค้านอนุญาโตตุลาการได้เองตามหลักการมีอำนาจในตัวเองของคู่สัญญาอนุญาโตตุลาการ (Party Autonomy) โดยอาจตกลงกันให้บุคคลอื่นเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านแทนศาลได้ด้วย ทั้งนี้ หากคู่กรณีตกลงกันให้บุคคลอื่นเป็นผู้พิจารณาการคัดค้าน บุคคลที่จะทำหน้าที่พิจารณาการคัดค้านนั้นก็ควรเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีความสัมพันธ์กับคู่กรณีหรืออนุญาโตตุลาการ และต้องไม่มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทนั้นด้วย

อนึ่ง ในกรณีที่การอนุญาโตตุลาการนั้นอยู่ภายใต้การดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการ (institutional arbitration) ผู้เขียนเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการควรทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาการคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วย เพื่อป้องกันปัญหาและข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นจากการให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้านมีอำนาจในการพิจารณาการคัดค้านตนเอง และควรแจ้งการคัดค้านให้อนุญาโตตุลาการที่ถูกคัดค้าน อนุญาโตตุลาการอื่น และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในการอนุญาโตตุลาการทุกฝ่ายสามารถแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการคัดค้านได้ภายในระยะเวลาอันสมควร

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้บุคคลอื่นเป็นผู้พิจารณาการคัดค้านแทนศาลแล้ว หากการคัดค้านตามที่คู่กรณีตกลงกันไม่บรรลุผล ก็ควรให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านอนุญาโตตุลาการต่อศาลได้อีก เพื่อป้องกันความเสี่ยงจากการเพิกถอนคำชี้ขาดในภายหลังและเพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจะเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่าย แต่ในขณะเดียวกัน ก็ควรให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อและทำคำชี้ขาดได้ในระหว่างที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการยังไม่สิ้นสุด เพื่อป้องกันมิให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาล่าช้า นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่กรณีตกลงกันให้บุคคลอื่น



เป็นผู้พิจารณาการคัดค้าน ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาการคัดค้านด้วย เพื่อให้มีการพิจารณาการคัดค้านโดยเร็ว และหากผู้พิจารณาการคัดค้านไม่สามารถวินิจฉัยการคัดค้านได้ภายในระยะที่กำหนด ก็สมควรให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลได้ทันที เพื่อให้กระบวนการคัดค้านอนุญาโตตุลาการดำเนินไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ และไม่ใช่อุปสรรคต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณา

3. ในกรณีที่การคัดค้านอนุญาโตตุลาการบรรลุผล อนุญาโตตุลาการยอมถอนตัวหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแทนตำแหน่งที่ว่างลงแล้ว หากมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าควรจะดำเนินกระบวนการใหม่หรือไม่ เพียงใดนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ในเบื้องต้น สมควรให้คู่กรณีทำความเข้าใจความตกลงกันในปัญหาดังกล่าวเสียก่อน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาทที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่จำเป็น ต่อเมื่อคู่กรณีไม่สามารถตกลงในเรื่องดังกล่าวได้ จึงให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นใหม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไปตามที่เห็นสมควร

นอกจากนี้ ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการถอนตัวหรือคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเห็นด้วยกับการคัดค้าน หากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถตกลงกับคู่กรณีเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตนที่มีต่อคู่กรณีได้ ก็ควรให้สิทธิแก่อนุญาโตตุลาการในการขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของ หรือปลดเปลื้องความรับผิดชอบให้แก่ตนเองได้ และในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ถอดถอนอนุญาโตตุลาการ ก็ควรให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งใดๆ เกี่ยวกับสิทธิของอนุญาโตตุลาการในการรับค่าปวยการและค่าใช้จ่าย หรือมีคำสั่งให้อนุญาโตตุลาการคืนค่าปวยการและค่าใช้จ่ายที่ได้รับมาแล้วด้วย

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศ ข้อพิจารณาด้าน  
กฎหมาย: ลักษณะทางกฎหมายของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ. จุฬาลงกรณ์วารสาร  
17, 66 (มค. - มีค. 2548): 66-86.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่ง  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. รวมข้อคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในทางการค้า. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
สยามยานวิทย์พัฒนา, 2540.
- ยุติธรรม, กระทรวง สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ. ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ.  
กรุงเทพฯ : ศรีสมบัติการพิมพ์, 2529.
- เสาวนีย์ อัครโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการ  
อนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล.  
กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2536.

### ภาษาอังกฤษ

- Born, Gary B.. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. 2<sup>nd</sup> ed.  
USA : Transnational and Kluwer Law International, 2001.
- Broches, Aron. Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial  
Arbitration. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1990.
- Cato, D. Mark. Arbitration Practice and Procedure: Interlocutory and Hearing Problems.  
Great Britain : LLP, 2002.
- Craig, W. Laurence, William W. Park and Jan Paulsson. International Chamber of  
Commerce Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. USA : Oceana and ICC, 1990.
- David, René. Arbitration in International Trade. Netherlands : Kluwer Law & Taxation,  
1985.

- Domke, Martin. The Law and Practice of Commercial Arbitration. Mundelein, Illinois : Callaghan, 1968.
- Garner, Bryan A. (ed.). Black's Law Dictionary. 8<sup>th</sup> ed.. St. Paul : Thomson/ West, 2004.
- Gill, William Henry. National Reports: United Kingdom. ใน Pieter Sanders, Yearbook Commercial Arbitration II, Great Britain : Kluwer, 1977.
- Glossner, Ottoarndt. Sociological Aspects of International Commercial Arbitration. ใน Jan C. Schultsz and Albert Jan van den Berg, The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders,. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1981.
- Holtzmann, Howard M. and Joseph E. Neuhaus. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1989.
- Kanowitz, Leo. Cases and Materials on Alternative Dispute Resolution. St. Paul : West, 1985.
- Koch, Christopher. Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators. Journal of International Arbitration 20, 4 (2003): 325-353.
- Lew, Julian D. M.. Applicable Law in International Commercial Arbitration. USA : Oceana, 1978.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll. Comparative International Commercial Arbitration. Netherlands : Kluwer Law International, 2003.
- Marshall, Enid A.. Gill: The Law of Arbitration. 4<sup>th</sup> ed. London : Sweet & Maxwell, 2001.
- Mustill, Lord and Stewart C. Boyd. Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume to the Second Edition. London : Butterworths, 2001.
- Mustill, Michael J. and Stewart C. Boyd. Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. London : Butterworths, 1989.
- Patrick, Keisha I.. A New Era of Disclosure: California Judicial Council Enacts Arbitrator Ethics Standards. Journal of Dispute Resolution 1 (2003): 271-300.
- Redfern, Alan., Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4<sup>th</sup> ed. London : Sweet & Maxwell, 2004.

- Reed, Lucy, Jan Paulsson and Nigel Blackaby. Guide to ICSID Arbitration. Netherlands : Kluwer Law International, 2004.
- Rubino-Sammartano, Mauro. International Arbitration Law and Practice. 2<sup>nd</sup> ed. Netherlands : Kluwer Law International, 2001.
- Sanders, Pieter. Commentary on UNCITRAL Arbitration Rules. ใน Pieter Sanders, Yearbook Commercial Arbitration II, Great Britain : Kluwer, 1977.
- Sanders, Pieter. The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation. 2<sup>nd</sup> ed. Netherlands : Kluwer Law International, 2004.
- Schmitthoff, Clive M.. The Jurisdiction of the Arbitrator. ใน Jan C. Schultz and Albert Jan van den Berg, The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders,. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1981.
- Schwebel, Stephen M. International Arbitration: Three Salient Problems. Great Britain : Grotius, 1987.
- Smit, Hans and Vratislav Pechota. International Arbitration Treaties. USA : Sweet & Maxwell, 1998.
- Smit, Hans and Vratislav Pechota. National Arbitration Laws. USA : Sweet & Maxwell, 1998.
- Sutton, David St. John, John Kendall and Judith Gill. Russell on Arbitration. 21<sup>st</sup> ed. London : Sweet & Maxwell, 1997.
- Tweeddale, Karen and Andrew Tweeddale. A Practical Approach to Arbitration Law. Great Britain : Blackstone, 1999.
- Wehringer, Cameron K.. Arbitration: Precepts and Principles. New York : Oceana, 1969.
- van den Berg, Albert Jan. ICCA Congress Series No. 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention. Netherlands: Kluwer Law International 1999.
- van den Berg, Albert Jan. ICCA Congress Series No. 5: I Preventing Delay and Disruption of Arbitration II Effective Proceedings in Construction Cases. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1991.
- van den Berg, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1981.

van den Berg, Albert Jan. Yearbook Commercial Arbitration XII. Netherlands : Kluwer Law & Taxation, 1987.

Vigrass, B. W.. The Training of Arbitrators at the Institute of Arbitrators (U.K.). ใน Pieter Sanders, Yearbook Commercial Arbitration IV, Great Britain : Kluwer, 1979.

Voskuil, C.C.A. and Judith Ann Freedberg-Swartzburg. Composition of the Arbitral Tribunal. ใน Petar Sarcevic, Essays on International Commercial Arbitration,. Great Britain : Martinus Nijoff, 1989.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายวโรดม ศิริมนีธรรม เกิดเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2523 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นนิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2544 สอบได้ผ่านเป็นเนติบัณฑิต สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545 และได้เข้าศึกษาต่อที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต เมื่อปีการศึกษา 2546 และสำเร็จการศึกษาในปีการศึกษา 2549



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย