



บทที่ 3

หลักพื้นฐานในการพิจารณาความสงบเรียบร้อยในการเพิกถอนคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ

จากบทบาทและความสำคัญของความสงบเรียบร้อยที่ปรากฏในคดีต่างๆ แสดงให้เห็นว่าศาลจะไม่บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหากกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดละเมิดความสงบเรียบร้อยของรัฐ ดังนั้น ความสงบเรียบร้อยจึงครอบคลุมหลักการพื้นฐานของกฎหมายและความยุติธรรมในกระบวนการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่าความสงบเรียบร้อยด้านกระบวนการ (procedural public policy) และในเนื้อหาของคำชี้ขาดที่เรียกว่าความสงบเรียบร้อยด้านสาระ (substantive public policy) ตามที่คณะกรรมการของ UNCITRAL ได้พิจารณาว่า ข้อ 5(2)(b) แห่งอนุสัญญาอนุเวียนวอร์ค ค.ศ. 1958 ควรตีความถึงความบกพร่องของความสงบเรียบร้อยทั้งด้านสารบัญญัติและกระบวนการและคณะกรรมการได้ระบุว่าคำว่า "ความสงบเรียบร้อย" (public policy) ครอบคลุมสถานการณ์หรือเหตุการณ์ที่มีความสัมพันธ์กับการทำคำชี้ขาด เช่น การกระทำที่เป็นการทุจริต การรับสินบน การฉ้อฉลและกรณีอื่นที่มีความร้ายแรงในระดับที่ใกล้เคียงกัน¹

ความสงบเรียบร้อยด้านสารบัญญัติและด้านกระบวนการมีสาระสำคัญดังนี้

1. ความสงบเรียบร้อยด้านสาระ (substantive public policy)

¹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (1985), A/40/17, par.297.

ความสงบเรียบร้อยด้านสาระมีเป้าหมายเพื่อปกป้องมิให้สาระของคำชี้ขาดขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของรัฐ ประกอบไปด้วยหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับ หลักการพื้นฐานของกฎหมาย หลักศีลธรรมอันดี และหน้าที่ในทางระหว่างประเทศ อันอธิบายสาระสำคัญในแต่ละส่วนได้ดังนี้

1.1 หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับ (mandatory rules)

หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับมีความสำคัญต่อคู่สัญญาทั้งในส่วนของความสัมพันธ์ภายในประเทศ (domestic mandatory rules) อันเป็นกฎข้อบังคับที่คู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาหลีกเลี่ยงได้และในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (internationally mandatory rules, lois de police) อันเป็นแนวคิดสำคัญในหลักกฎหมายขัดกัน² ซึ่งในบางครั้งอาจเรียกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับโดยทันที (laws of immediate application)³ โดยหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับจะเป็นกฎหมายของรัฐที่แทรกแซงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของคู่สัญญา โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกมาใช้บังคับกับสัญญาหรือกฎหมายที่ตัดสินให้ใช้บังคับโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ⁴ หรืออธิบายในอีกทางหนึ่งได้ว่า หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยที่มีผลบังคับใช้แม้ว่ากฎหมาย

² Nathalie Voser, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration" The American Review of International Arbitration, 13 (2002), p.1.

³ Thomas G. Guedj, "The theory of the lois de police, a functional trend in continental private international law-a comparative analysis with modern American theories" American Journal of Comparative Law, 39(1991), p. 604.

⁴ Marc Blessing, "Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration", Journal of International Arbitration, 14(1997), p. 23.

นั้นจะไม่อาจนำมาใช้ได้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ถูกเลือกโดยหลักกฎหมายขัดกัน⁵ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ อาจเป็นหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับของศาลหรือกฎหมายในระดับเหนือรัฐ ดังที่ศาสตราจารย์ Mayer ได้ยกตัวอย่างหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่มีการนำมาใช้ ได้แก่ กฎหมายปกป้องสิ่งแวดล้อม มาตรการห้ามการค้าขายระหว่างประเทศ มาตรการปิดล้อมหรือ มาตรการตัดสัมพันธ์ไมตรี กฎหมายที่ปกป้องคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า⁶ ทั้งนี้ แสดงให้เห็นถึงการเพิ่มความสำคัญของหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับในอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐในปัจจุบันที่ต้องการให้ผลประโยชน์ด้านสังคม เศรษฐกิจของตนประสบความสำเร็จ โดยการเข้าแทรกแซงความสัมพันธ์ทางการค้าของเอกชน นอกจากนี้ หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับยังแสดงให้เห็นว่าสัญญาไม่จำเป็นต้องผูกพันกับกฎหมายที่ใช้บังคับเท่านั้นและเสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา อาจถูกจำกัด⁷

กฎหมายอันเป็นบทบังคับที่แทรกแซงในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอาจเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายของประเทศที่บังคับค้าซื้อหรือกฎหมายในระดับเหนือรัฐ เช่น กฎหมายการแข่งขันของยุโรป (EU competition laws) ทั้งนี้ กฎหมายเหล่านั้นจะต้องมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (close connection) ระหว่างเรื่องที่พิพาทของคู่สัญญาและเขตอำนาจหรือรัฐที่ออกกฎหมายอันเป็นบทบังคับนั้นและประการสำคัญ กฎหมายอันเป็นบทบังคับที่นำมาใช้กับความสัมพันธ์ทางสัญญาต้องเป็นการใช้อย่างมีคุณค่า (application-worthy)⁸ กล่าวคือ นโยบายพื้นฐานของกฎหมายอันเป็นบทบังคับมี

⁵ Nina Gumzej, "Global Development : New York Convention – Reconsidered : Contribution to the 45th Anniversary of the Convention : Certain Aspects of Public Policy in Enforcement of Foreign Arbitral Awards", Croatian Arbitration Yearbook, 2003, p.4.

⁶ Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, London Conference, www.ila-hq.org. p.17.

⁷ Nathalie Voser, p.2.

⁸ Marc Blessing, p.32.

ความสำคัญในระดับที่สามารถตระหนักได้ถึงคุณประโยชน์ของการบังคับใช้กฎข้อบังคับในอันที่จะปกป้องประโยชน์สาธารณะทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ในแง่ที่มีความสำคัญมากกว่าผลประโยชน์ของคู่สัญญา ทั้งนี้ผลของการแทรกแซงของกฎข้อบังคับจะก่อให้เกิดประโยชน์ตามเป้าหมายที่วางไว้ เช่น เป้าหมายในการปกป้องผลประโยชน์ด้านการเงินของรัฐ จำพวกกฎเกณฑ์ในการควบคุมการนำเข้าหรือส่งออกหรือเป้าหมายในการปกป้องผลประโยชน์สำคัญของรัฐหรือที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐจำพวกมาตรการในการตัดสัมพันธ์ไมตรี มาตรการปิดล้อม มาตรการห้ามการค้าขายระหว่างประเทศอีกทั้งเป้าหมายในการปกป้องการค้าเสรีและโครงสร้างตลาดที่มีประสิทธิภาพจำพวกกฎหมายการแข่งขัน กฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านการผูกขาด⁹

ในหลักกฎหมายขัดกัน ความสงบเรียบร้อยจะแทรกแซงภายหลังจากการใช้หลักกฎหมายขัดกันเพื่อเลือกกฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ทางสัญญา อันเป็นการจัดการใช้กฎหมายต่างประเทศที่ขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายและคุณค่าทางศีลธรรมของศาล ซึ่งเป็นโครงสร้างด้านลบ (negative function)¹⁰ ในขณะที่หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับมีความสำคัญในฐานะที่เป็นกฎข้อบังคับของรัฐที่ใช้บังคับในชั้นเริ่มแรกของกระบวนการกฎหมายขัดกันก่อนที่จะมีการตัดสินกฎหมายที่ใช้บังคับ โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายต่างประเทศที่จะใช้บังคับกับสัญญาในกระบวนการของกฎหมายขัดกัน¹¹ ด้วยเหตุดังกล่าว กฎเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

ดูหลักเกณฑ์ที่หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับจะมีผลบังคับใช้ ที่ The Rome Convention Art.7, The Swiss Private International Act, Art.19

⁹ Nathalie Voser, p.5.

¹⁰ Vesselina Shaleva, "The public policy exception to the recognition and enforcement of arbitral awards in the theory and jurisprudence of the Central and East European States and Russia" *.Arbitration International.*(2003). p.72.

¹¹ Nelson Enonchong, "Public policy in the conflict of laws : a chinese wall around little England", *International and Comparative Law Quarterly*, 45(1996), p.635

ทุกข้อจึงมีลักษณะที่บังคับเพราะสะท้อนแนวคิดพื้นฐานของศีลธรรมและความยุติธรรม ขณะที่บทกฎหมายอันเป็นบทบังคับเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทเป็นสำคัญ ซึ่งมีผู้เห็นว่ากฎข้อบังคับบางข้อเท่านั้นที่จะมีคุณค่าในระดับที่เป็นความสงบเรียบร้อย ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นกฎว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (public policy rules)¹² ทั้งนี้มีกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่ปกป้องผลประโยชน์สาธารณะจำนวนเล็กน้อยที่จะมีคุณค่าในระดับความสงบเรียบร้อย เพื่อหลีกเลี่ยงการขยายขอบเขตข้อยกเว้นเรื่องความสงบเรียบร้อยภายใต้หลักอคติก่อนการบังคับแห่งอนุสัญญาครีนิวยอร์ก ค.ศ.1958

กฎความสงบเรียบร้อยจะมีโครงสร้างในด้านลบตามที่กล่าวถึงข้างต้นในกระบวนการบังคับคำชี้ขาดตามอนุสัญญาครีนิวยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งในกรณีคำชี้ขาดที่ละเมิดแต่เพียงกฎหมายอันเป็นบทบังคับจะไม่เป็นเหตุของการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดแม้ว่าบทกฎหมายนั้นจะเป็นส่วนของกฎหมายของศาล กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา กฎหมายของสถานที่ปฏิบัติตามสัญญาหรือกฎหมายของสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการก็ตาม เว้นแต่คำชี้ขาดที่ละเมิดกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่เป็นส่วนของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศของรัฐเท่านั้นที่จะเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดของศาล¹³ ซึ่งกฎความสงบเรียบร้อยที่ศาลจะนำมาพิจารณาในกระบวนการบังคับคำชี้ขาดนั้น ต้องเป็นกฎความสงบเรียบร้อยที่มีขอบเขตครอบคลุมสถานการณ์แห่งข้อพิพาทนั้นและศาลต้องตรวจสอบเพื่อทำให้เกิดความมั่นใจว่าการบังคับคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการทำลายผลประโยชน์ที่สำคัญด้านการเมือง สังคม หรือเศรษฐกิจที่ถูกปกป้องโดยกฎนั้น

กรณีกฎความสงบเรียบร้อยที่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับคำชี้ขาด อาจเกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา อันมีความสำคัญในการปกป้องและพัฒนานโยบาย

¹¹⁰ Nina Gumzej, p. 5.

¹³ Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, International Law Association, New Delhi Conference (2002), www.ila-hq.org, p.2.

ด้านการเงินภายในรัฐ เช่น บทบัญญัติใน Foreign Exchange Regulation Act 1973 (FERA) ของประเทศอินเดียมีขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจของอินเดียและค่าขีดที่ละเมิดบทบัญญัตินี้จะขัดแย้งกับความสงบเรียบร้อยของอินเดีย¹⁴ และกรณีสัญญาอนุญาตตุลาการที่ละเมิดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเข้าของอินโดนีเซีย ถือว่าขัดแย้งต่อความสงบเรียบร้อยของ อินโดนีเซีย¹⁵ รวมทั้งในกรณีที่รัฐบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตัดสัมพันธ์ไมตรี การปิดล้อม หรือห้ามการค้าขายระหว่างประเทศ เพื่อจำกัดการค้าขายกับรัฐอื่นหรือกลุ่มของรัฐ อันแสดงให้เห็นถึงความ เป็นปรปักษ์ต่อรัฐอื่นและแผนนโยบายด้านการเมือง ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่นในกรณีที่ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะบังคับค่าขีดที่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดการส่งออกให้กับรัฐที่สนับสนุนการก่อการร้าย¹⁶ อย่างไรก็ตาม ศาลสหรัฐอเมริกาจะตีความข้อต่อสู้เรื่องความสงบเรียบร้อยอย่างจำกัดไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีที่นโยบายของรัฐเข้ามา เกี่ยวข้อง(คดี parson,อ้างถึงในบทที่ 2 หน้า 40)

หลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของ อนุญาตตุลาการในกรณีที่บทกฎหมายอันเป็นบทบังคับเป็นกฎหมายของรัฐที่จำกัดเสรีภาพของคู่ สัญญาในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ ทำให้อนุญาตตุลาการปราศจากอำนาจในการ ระวังข้อพิพาทนั้นและศาลเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเนื่องจากรัฐมีอำนาจที่จะวาง หลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาตตุลาการที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือในดินแดนของตนตามทฤษฎี อำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory) ซึ่งบทกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่รัฐกำหนดให้ศาลของ รัฐมีอำนาจเฉพาะในการตัดสินข้อพิพาทอันเกิดจากบทกฎหมายเหล่านั้น มักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการปกป้องผู้บริโภค การต่อต้านการผูกขาด การแข่งขัน สิทธิในทางอุตสาหกรรมและทรัพย์สิน ทางปัญญา การจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตรา การจำกัดการค้าขายระหว่างประเทศและเรื่องที่

¹⁴ คดี Renusaga Power Co.Ltd. v. General Electric Co., Nina Gumszej, p. 6.

¹⁵ คดี E.D. and F.Man (Sugar) Ltd. V. Yani Haryanto (1990), Ibid., p.9.

¹⁶ คดี Ministry of Defense of the Isalamic Republic of Iran v. Gould, Inc. (1992), Ibid., P.10.

เกี่ยวกับหลักทรัพย์ ดังจะเห็นได้ว่า ส่วนมากแล้วจะเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายอันเป็นบทบังคับที่มีลักษณะเป็นความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามจากแนวความคิดที่ว่า กฎความสงบเรียบร้อยเป็นกฎข้อบังคับเสมอแต่ไม่ใช่กฎข้อบังคับทุกข้อจะเป็นส่วนของความสงบเรียบร้อย ทำให้มีผู้เห็นว่า กฎหมายที่จำกัดเรื่องที่สามารถระงับโดยอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องอยู่ในระดับเดียวกับความสงบเรียบร้อยแม้ว่ากฎหมายนั้นจะมีลักษณะที่เป็นบทบังคับเสมอก็ตาม เนื่องจาก การจำกัดเช่นนั้นอาจจะไม่สะท้อนนโยบายพื้นฐานของรัฐที่มีคุณสมบัติเป็นหลักความสงบเรียบร้อย¹⁷

1.2 หลักการพื้นฐานของกฎหมาย (fundamental principle of law)

หลักความสงบเรียบร้อยในแต่ละรัฐ อาจมีความแตกต่างกันอันเนื่องมาจากปัจจัยแวดล้อมที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น วัฒนธรรม ประเพณี ศาสนา สภาพสังคม เศรษฐกิจของแต่ละรัฐ อย่างไรก็ตาม หลักความสงบเรียบร้อยของรัฐล้วนมีลักษณะที่สะท้อนถึงหลักการพื้นฐานในชุมชนระหว่างประเทศ ซึ่งมีความสำคัญต่อศาลในการใช้เป็นเครื่องมือชี้วัดการตัดสินการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักการพื้นฐานอันเป็นเหตุที่สมควรในการตัดสินของศาลจะต้องเป็นหลักการที่มีความสอดคล้องภายในชุมชนระหว่างประเทศ ซึ่งเรียกความสอดคล้องนั้นได้ว่า ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริง (truly international หรือ transnational public policy)¹⁸ อันมีความหมายถึง มาตรฐาน หลักการ กฎเกณฑ์ ธรรมเนียมปฏิบัติ ที่เป็นที่ยอมรับและได้รับการปฏิบัติในชุมชนของรัฐ การละเมิดกฎและหลักการเหล่านี้ จะถือว่าเป็นการละเมิดความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริง¹⁹ ประกอบไปด้วยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ กฎหมายบทบังคับตายตัว (jus cogens)²⁰ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับโดยชุมชนระหว่างประเทศว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจทำให้เสื่อมเสียได้และจะถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยกฎหมาย

¹⁷ Karl-Heinz Bockstiegel, p.183.

¹⁸ New Delhi Conference, p.9.

¹⁹ Jay R. Sever, "The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on U.S. and Foreign Arbitration Out of Control?", Tulane Law Review, Vol.65(1991), p. 1687.

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 94.

ระหว่างประเทศที่มีลักษณะเหมือนกันเท่านั้น²¹ และหลักทางศีลธรรมที่เห็นที่ยอมรับโดยชนชาติที่เจริญแล้ว (civilized)²² ทั้งนี้ สามารถยกตัวอย่างหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่มีแนวคิดจากหลักการดังกล่าว ได้แก่ หลักความสุจริต การห้ามใช้สิทธิในทางที่ผิด หลักที่กำหนดว่าบุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา (pacta sunt servanda) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น²³

ความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศของรัฐมีลักษณะเฉพาะเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญซึ่งมีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับและได้รับการปฏิบัติในชุมชนของรัฐในขณะความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริงจะมุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ของชุมชนในระดับที่เหนือกว่าผลประโยชน์ของรัฐ ดังนั้นจึงไม่อาจกำหนดความเกี่ยวพันของความสงบเรียบร้อยทั้งสองประเภทได้อย่างแน่นอน เนื่องจากคุณค่าและผลประโยชน์พื้นฐานในระดับรัฐและชุมชนยากที่จะสอดคล้องกันได้ทั้งหมด²⁴ อย่างไรก็ตามในบางคดีศาลได้อธิบายความสงบเรียบร้อยว่าเป็นหลักการสากลที่ใช้ร่วมกันโดยชนชาติที่เจริญแล้ว มีเป้าหมายเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและมักอยู่รวมกันในอนุสัญญาระหว่างประเทศ²⁵ ซึ่งสะท้อนถึงแนวคิดของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริงและแสดงให้เห็นถึงการยอมรับแนวคิดของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศในระดับสากลให้ครอบคลุมถึงศีลธรรมและหลักกฎหมายพื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับในอารยประเทศ²⁶ ที่มากขึ้น

²¹ Mark A. Buchanan, p.530.

²² Julian Lew, Applicable Law in International Arbitration. p.534.

²³ New Delhi Conference, p.9.

²⁴ Pierre Lalive, "Transnational (or Truly International) public policy and international arbitration", Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. p.314.

²⁵ Court of Appeal of Milan, Interim Report, p.6.

²⁶ Swiss Federal Tribunal in W. v. F. and V.(1994), Interim report, p.7

หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริงจะมีโครงสร้างในการนำมาใช้เช่นเดียวกับความสงบเรียบร้อยประเภทอื่นเนื่องมาจากลักษณะสำคัญของความสงบเรียบร้อยที่เป็นที่เข้าใจว่าเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในการสร้างสมดุลของความต้องการเสรีภาพจากการจำกัดของกฎหมายภายในของรัฐที่ต้องการให้รัฐและชุมชนระหว่างประเทศปกป้องและสงวนแนวคิดพื้นฐานของศีลธรรมและความยุติธรรม การใช้หลักความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริงจึงใช้ควบคุมการกระทำของคู่สัญญาและอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ โครงสร้างในทางลบของความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศโดยแท้จริง มีขึ้นเพื่อให้ศาลปฏิเสธการใช้กฎหมายต่างประเทศที่นำมาใช้จากหลักของกฎหมายขัดกันของศาลหรือปฏิเสธการยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศเมื่อไรก็ตามที่การใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศหรือการยอมรับคำชี้ขาดต่างประเทศนั้นจะขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานของศาล²⁷ และโครงสร้างในทางบวกอันมีความหมายถึง หลักการที่มีอิทธิพลทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อการตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเกิดจากแนวคิดของความถูกต้องชอบธรรมของสัญญาหรือเมื่อผลประโยชน์พื้นฐานทางการค้าระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องเพราะอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อชุมชนระหว่างประเทศแม้ว่าจะได้รับอำนาจมาจากคู่สัญญาก็ตาม²⁸

1.3 หลักศีลธรรมอันดี (good morals, public order)

การดำเนินการตามหลักศีลธรรมอันดีเป็นมาตรฐานทางกฎหมายเบื้องต้นที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและต้องได้รับการเคารพอย่างชัดเจนในชั้นของการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำชี้ขาดที่ตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาในกิจกรรมที่มีขอบด้วยกฎหมายหรือคำชี้ขาดที่ยังผลให้เกิดการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เป็นคำชี้ขาดที่มีอาจมีผลบังคับได้บนพื้นฐานของการละเมิดต่อหลักความสงบเรียบร้อย เนื่องจากคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาเกี่ยวกับกิจกรรมที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ได้แก่ การกระทำที่เป็นโจรสลัด การก่อการร้าย การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การนำคนลงเป็นทาส การลักลอบนำสินค้าเข้าหรือออกโดยผิดกฎหมาย การค้า

²⁷ Pierre Lalive, p. 261.

²⁸ Mark A. Buchanan, p.530.

ขายยาเสพติด การกระทำทางเพศต่อเด็ก²⁹ การลักพาตัว การฆาตกรรม³⁰ ซึ่งส่งผลให้สัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและไม่มีผลบังคับ คำชี้ขาดที่ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดจากกิจกรรมเหล่านั้นจึงไม่อาจบังคับได้ ดังจะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถือว่าขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีมีลักษณะร่วมกันในแง่ของความร้ายแรงที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิทธิมนุษยชน สังคม เศรษฐกิจของชุมชนระหว่างประเทศในภาพรวมอันเป็นพฤติกรรมที่ควรได้รับการประณามและยอมเป็นที่ประจักษ์อย่างชัดแจ้งต่อศาลถึงความร้ายแรงเหล่านั้นอันส่งผลให้ศาลมีอาจบังคับคำชี้ขาดที่เกิดจากสัญญาที่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีได้ ดังจะเห็นได้จากคดี Sion Soleimany v. Abner Soleimany เป็นคดีที่เกี่ยวกับสัญญาที่พ่อและลูกได้ทำขึ้นเพื่อลบลอบส่งพรหมจากประเทศอิหร่านไปยังประเทศอังกฤษซึ่งเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายการควบคุมการส่งออกของประเทศอิหร่าน ซึ่งในกระบวนการอนุญาตตุลาการ คู่สัญญาฝ่ายลูกได้เรียกร้องได้เรียกร้องให้มีการชำระเงินตามสัญญา อนุญาตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดโดยไม่คำนึงถึงสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะตามกฎหมาย Jewish ที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นกำหนดไว้ว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการอนุญาตตุลาการซึ่งในการบังคับคำชี้ขาดที่ประเทศอังกฤษ ศาลของประเทศอังกฤษได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นโดยให้เหตุผลว่า "ศาลอังกฤษจะไม่บังคับสัญญาที่ควบคุมโดยกฎหมายอังกฤษหรือมีการปฏิบัติตามสัญญาในประเทศอังกฤษ หากสัญญานั้นขัดต่อกฎหมายอังกฤษและจะไม่บังคับสัญญาที่ควบคุมโดยกฎหมายต่างชาติหรือสัญญาที่มีการปฏิบัติตามสัญญาในประเทศอื่น หากการปฏิบัติตามสัญญาจะขัดต่อกฎหมายของประเทศนั้น"³¹

1.4 หน้าที่ในทางระหว่างประเทศ (international obligation)

²⁹ New Delhi Conference, p.7.

³⁰ Julian Lew, Applicable Law in International Arbitration. p.2.

³¹ คดี sion soleimany v abner soleimany, nina gumzej, p.12.

กรณีรัฐใดให้สัตยาบันสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศหรือเป็นสมาชิกองค์การระหว่างประเทศ รัฐนั้นก็มีหน้าที่ต้องเคารพข้อปฏิบัติในอนุสัญญาระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่ตนเป็นสมาชิกซึ่งอาจเป็นหน้าที่ที่มีต่อรัฐอื่นหรือหน้าที่ในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หากการบังคับคำชี้ขาดจะเป็นการละเมิดอย่างชัดเจนต่อหน้าที่เหล่านั้น คำชี้ขาดนั้นอาจมีผลบังคับ ดังเช่น รัฐสมาชิกของ UN มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามแนวทางการแก้ปัญหาของสภาความมั่นคง³²หรือในกรณีที่รัฐใดให้สัตยาบัน OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Official in International Transactions ทำให้รัฐมีหน้าที่ในการไม่ให้เกิดการสนับสนุนและดำเนินคดีกับการกระทำที่เป็นการรับสินบน

2. ความสงบเรียบร้อยด้านกระบวนการ

การละเมิดความสงบเรียบร้อยด้านกระบวนการแบ่งได้เป็นสามกลุ่มตามขั้นตอนของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ กลุ่มที่หนึ่ง ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หลักการพื้นฐานด้านกระบวนการต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางและอิสระ กลุ่มที่สอง ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การปฏิบัติต่อคู่สัญญาที่เท่าเทียมกัน กรณีการแจ้งที่เป็นธรรมและโอกาสที่เท่าเทียมกันของคู่สัญญาในการเสนอข้อต่อสู้ เป็นหลักการด้านกระบวนการที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความสงบเรียบร้อยและกลุ่มที่สาม ในส่วนของคำชี้ขาด ความสงบเรียบร้อยอาจถูกยกขึ้นมาในคำคัดค้านที่เกี่ยวกับการตีความกฎหมายผิดพลาดหรือคำชี้ขาดที่ไม่ได้ระบุเหตุผล³³อันอธิบายสาระสำคัญในแต่ละส่วนได้ดังนี้

2.1 ความเป็นกลางและอิสระของอนุญาโตตุลาการ

³² UN Charter Chapter V Art.25, final report, p.11.

³³ Stephen M. Schwebel and Susan G. Lahne, "Public policy and arbitral procedure", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. p 224.

หลักการที่เป็นพื้นฐานในอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ คือ ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยอันเป็นรากฐานที่สำคัญของระบบกฎหมายทุกระบบที่มีจุดมุ่งหมายในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับสมาชิกของชุมชน ผู้ที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายต้องตระหนักถึงคุณค่าและสงวนรักษาให้หลักการเหล่านั้นยังคงอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่มีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยตรงอันได้แก่ ศาลอันเป็นองค์กรของรัฐ รวมไปถึงอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทเช่นเดียวกับศาลและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นที่สิ้นสุดและมีผลผูกพันเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาล จึงกล่าวได้ว่า การอนุญาโตตุลาการตลอดจนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการจึงต้องถูกควบคุมด้วยหลักความยุติธรรม ดังจะเห็นได้จาก ความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาเกิดจากสัญญาอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาตกลงกันว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างกัน จะมอบข้อพิพาทนั้นให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดี เสรีภาพของคู่สัญญาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการถูกจำกัดด้วยหลักความสงบเรียบร้อย³⁴ ในกรณีของการทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการที่อนุญาโตตุลาการจะต้องมีความอิสระและเป็นกลางและเปิดเผยข้อเท็จจริงที่จะนำมาสู่ความสงสัยในความอิสระและความเป็นกลางนั้น หากอนุญาโตตุลาการละเมิดหน้าที่เหล่านั้น จะเป็นเหตุให้มีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดจะถูกเพิกถอนหรือไม่อาจบังคับได้เพราะคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อย

ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ มีความหมายว่าอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ให้การสนับสนุนคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดและไม่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาท³⁵ หรือกล่าวในอีกทางหนึ่งได้ว่า อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่มีผลประโยชน์ในคดีและเป็นอิสระจากคู่สัญญา³⁶ ความไม่เป็นกลางหรืออคติเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการให้การสนับสนุนหรือมีอคติต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมี

³⁴ Schwebel and Lahne, p. 209.

³⁵ Julian Lew, Comparative International Commercial Arbitration, p.258.

³⁶ van den berg, The New York Convention of 1958, p.377.

ความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท³⁷ ซึ่งความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญา มักไม่ประสบความสำเร็จในการพิสูจน์ว่าอนุญาโตตุลาการนั้นขาดความเป็นกลาง เรียกอคติประเภทนี้ว่า อคติตามความเป็นจริง (actual bias) ได้แก่ กรณีที่อนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาแต่งตั้งมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับคู่สัญญามาก่อนและยังคงดำเนินธุรกิจนั้นต่อไป เช่น อนุญาโตตุลาการเป็นพนักงาน เป็นผู้จัดการบริษัทของคู่สัญญา หรืออนุญาโตตุลาการเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทของคู่สัญญา หลักการที่ใช้วัดอคติประเภทนี้จะให้ความรู้สึกของวิญญูชนซึ่งจะเป็นสิ่งที่ตัดสินว่าความสัมพันธ์นั้น มีความใกล้ชิดถึงขนาดที่จะทำให้อนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางหรือไม่ (subjective test) หากอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาแต่งตั้งรู้ว่าเขามีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาและเป็นเหตุที่วิญญูชนโดยทั่วไปรู้ถึงความไม่เป็นกลางนี้ได้ อนุญาโตตุลาการผู้นั้นควรจะปฏิเสธที่จะเป็นอนุญาโตตุลาการต่อไป แต่ถ้าอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความสัมพันธ์นั้นยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือไม่ อนุญาโตตุลาการควรเปิดเผยเหตุการณ์ที่จะนำมาสู่ความสงสัยนั้น เพราะการเปิดเผยข้อเท็จจริงย่อมเป็นหนทางที่ดีที่สุดในการป้องกันการเข้าใจผิดที่อาจจะเกิดขึ้นได้³⁸ อย่างไรก็ตาม ความรู้สึกของวิญญูชนจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานของอคติตามความเป็นจริงแต่มีเหตุอันควรสงสัยถึงความอคติของอนุญาโตตุลาการที่เรียกว่าอคติที่ถูกกล่าวหา (imputed bias) ในระหว่างการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ศาลจะทดสอบว่าเกิดอคติที่ร้ายแรงขึ้นหรือไม่ โดยจะสมมติตัวเองให้อยู่ในตำแหน่งของผู้กล่าวหาว่ามีเหตุอันควรสงสัยนั้นประกอบกับความรู้อของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับการค้าและลักษณะของข้อพิพาทนั้นๆ³⁹ หากมีเหตุอันควรสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลาง อนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องพ้นจากการเป็นอนุญาโตตุลาการ⁴⁰ การตัดสินเหตุอันควรสงสัย (objective test) มักจะได้รับอิทธิพลมาจากหลายปัจจัยที่เกี่ยวข้อง

³⁷ Michael J. Mustill, The law and practice of commercial arbitration in England. p.215.

³⁸ Ibid., p.216

³⁹ Sutton, Kendall and Gill, Russell on Arbitration. p.121

⁴⁰ UNCITRAL Arbitration Rules Art. 10(1), UNCITRAL Model Law Art.12(2), LCIA Rules, Art.5.3.

เช่น ความต้องการผู้เชี่ยวชาญในอนุญาโตตุลาการ บทบาทของอนุญาโตตุลาการที่ถูกแต่งตั้งซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁴¹

อนุญาโตตุลาการที่อิสระ (Independence) คืออนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดทางการเงิน อาชีพ หรือส่วนบุคคลกับคู่สัญญาหรือที่ปรึกษาของคู่สัญญา อนุญาโตตุลาการจะขาดความอิสระเมื่อมีความสัมพันธ์ต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือต่อบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับคู่สัญญา⁴² ที่จะมีผลกระทบต่อคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความอิสระจะมีความเป็นนามธรรมน้อยกว่าความเป็นกลางและความอิสระจะพิจารณาได้จากแง่มุมทั้งทางด้าน objective และ subjective กล่าวคือทางด้าน objective แสดงออกได้จากกรณีที่บุคคลจะถูกปฏิเสธความเป็นอนุญาโตตุลาการเนื่องจากบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ด้านอาชีพโดยตรงกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีผลประโยชน์ด้านการเงินในผลของการอนุญาโตตุลาการ เช่น การเป็นผู้ถือหุ้นของคู่สัญญา เป็นต้น สำหรับในแง่ของ subjective ที่ตัดสินได้ยากกว่า พิจารณาได้จากสถานการณ์ที่อนุญาโตตุลาการทั่วไปหรืออนุญาโตตุลาการที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรมีสัญชาติเดียวกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จึงกลายเป็นหลักทั่วไปในทางอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศว่าบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกับคู่สัญญาไม่ควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการถ้าคู่สัญญาไม่ได้ทำความตกลงกันก่อน⁴³ ทั้งนี้ ความอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการไม่อาจใช้ทดแทนกันได้ ไม่จำเป็นที่อนุญาโตตุลาการที่เป็นอิสระจะมีความเป็นกลางด้วย แต่ทั้งสองแนวความคิดนี้มีความเกี่ยวพันกัน ในกรณีที่มีการขาดความอิสระอาจเป็นจุดเริ่มต้นของเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁴⁴

⁴¹Naser Alam, "Independence and impartiality in international arbitration-an assessment", Transnational Dispute Management. 1(2004), p.3.

⁴² IBA's Ethics Art.3.

⁴³ Alan Redfern and Martin Hunter, Law and practice of international commercial arbitration. pp.222-223.

⁴⁴ Naser Alam, p.4.

พิจารณาได้จากกฎของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งได้กำหนดแต่เพียงความอิสระของอนุญาโตตุลาการแต่ไม่ได้หมายความว่าในทางปฏิบัติจะละเลยความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ ICC rules ที่อ้างถึงเฉพาะความอิสระของอนุญาโตตุลาการ⁴⁵ เพราะความอิสระมีความเป็นรูปธรรมที่พิสูจน์ได้ง่ายกว่าความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่เป็นนามธรรมและยากที่จะพิสูจน์ในตอนเริ่มต้นของกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะในชั้นของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาจะต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและ ICC จะรับรองอนุญาโตตุลาการที่อิสระเท่านั้น⁴⁶ อย่างไรก็ตาม ในชั้นของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านเพราะขาดความอิสระหรือประการอื่น⁴⁷ ซึ่งคำว่าประการอื่นนี้มีความหมายรวมถึงแนวคิดของความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการในอีกทางหนึ่งด้วยแม้ว่า ICC rules จะให้ความสำคัญกับความอิสระของอนุญาโตตุลาการมากกว่าก็ตาม⁴⁸

กรณีของการขาดความอิสระของอนุญาโตตุลาการที่มีความเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการได้รับการสนับสนุนโดยกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษที่กำหนดแต่เพียงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะหลุดพ้นจากการเป็นอนุญาโตตุลาการเมื่อมีสถานการณ์ที่จะนำมาสู่เหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ การขาดความอิสระของอนุญาโตตุลาการจะไม่เป็นเหตุของการคัดค้านอนุญาโตตุลาการจนกว่าการขาดความอิสระนั้นจะเป็นเหตุอันควรสงสัยว่าอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลาง⁴⁹ ทั้งนี้ผู้ร่างกฎหมายมีแนวความคิดว่าการตีความความอิสระของอนุญาโตตุลาการอย่างจำกัดว่าหมายถึงกรณีที่อนุญาโตตุลาการจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาอย่างสิ้นเชิงนั้น จะ

⁴⁵ ICC rules, Art. 2.7.

⁴⁶ Ibid., Art.7(1).

⁴⁷ Ibid., Art.11(1).

⁴⁸ Doak Bishop and Lucy Reed, "Practical guidelines for interviewing, selecting and challenging party-appointed arbitrators in international commercial arbitration", *Arbitration International*, 14(1998), p. 399.

⁴⁹ Sutton, Kendall and Gill, p. 122.

ไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ในการคงไว้ซึ่งคุณสมบัติและประสบการณ์ของอนุญาโตตุลาการดังจะเห็นได้จาก ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในคดีต่างๆ นั้น อนุญาโตตุลาการที่เป็นกลางแต่ไม่อิสระโดยสิ้นเชิงอาจจะมีคุณสมบัติในการเป็นอนุญาโตตุลาการได้ในขณะที่อนุญาโตตุลาการที่อิสระแต่ไม่เป็นกลางจะขาดคุณสมบัติในการเลือกให้เป็นอนุญาโตตุลาการในอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น ความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเป็นมาตรฐานที่มีความสำคัญและหลีกเลี่ยงมิได้⁵⁰

ระดับของความอิสระและความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ⁵¹ อย่างไรก็ตาม ในกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ศาลมักจะไม่สมัครใจที่จะยอมรับหลักฐานที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาทั้งก่อนหรือหลังจากการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการมาเป็นข้อพิสูจน์ที่พอเพียงว่าอนุญาโตตุลาการขาดความอิสระหรือไม่เป็นกลางอันจะเป็นเหตุของการไม่ยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาด⁵² ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาที่จะบ่งชี้ถึงความไม่เป็นกลางหรือขาดความอิสระของอนุญาโตตุลาการอันเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการผู้นั้นขาดคุณสมบัติในการเป็นอนุญาโตตุลาการมักจะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่จะส่งผลกระทบต่อคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน เช่น ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีผลประโยชน์ด้านการเงินต่อคู่สัญญาหรือในข้อพิพาทนั้น เนื่องจากอนุญาโตตุลาการจะตัดสินข้อพิพาทอย่างไม่เป็นกลางเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่น ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเป็นหุ้นส่วนหรือลูกจ้างของบริษัทกฎหมายที่เป็นผู้แทนของคู่สัญญา แม้ว่าบริษัทนั้นจะไม่ได้กระทำการเป็นที่ปรึกษาของคู่สัญญาในเรื่องที่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการจะไม่ได้เป็นที่ปรึกษาโดยตรงให้กับคู่สัญญาก็ตาม อนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทให้กับคู่สัญญาอาจตัดสินให้เป็นผลร้ายต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพื่อผลประโยชน์ในผลแห่งคดีที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับจากความเกี่ยวพันระหว่างบริษัทกฎหมายและ

⁵⁰ Doak Bishop and Lucy Reed, p.400.

⁵¹ Schwebel and Lahne, p. 210.

⁵² Hrvoje Sikiric, "Arbitration and Public Policy : Arbitration Proceedings and Public Policy", *Croatian Arbitration Yearbook*, 7 (2002), p.7.

อนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับความสำคัญของอนุญาโตตุลาการต่อคู่สัญญาในฐานะผู้ถือหุ้นใหญ่ เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ร่วมกิจการ ลูกจ้างของคู่สัญญาหรือความเกี่ยวพันของอนุญาโตตุลาการกับที่ปรึกษาของคู่สัญญาเป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลาง นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการจะขาดความเป็นกลางในกรณีที่อนุญาโตตุลาการจะตัดสินข้อพิพาทสนับสนุนคู่สัญญาที่แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหากคู่สัญญาฝ่ายนั้นให้สัญญาที่จะว่าจ้างอนุญาโตตุลาการในอนาคต⁵³

อนุญาโตตุลาการอาจมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับด้านการเงินกับคู่สัญญาในอดีตมาก่อนการได้รับแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะอยู่ในระดับที่ถือว่าอนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาทนั้นหรือไม่หรือความสัมพันธ์นั้นจะมีอิทธิพลต่อการประกอบธุรกิจในอนาคตของอนุญาโตตุลาการหรือไม่ พิจารณาได้จากความสัมพันธ์ในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการเป็นที่ปรึกษาของคู่สัญญา ในกรณีดังกล่าว มีความจำเป็นที่ต้องตรวจสอบขอบเขต ระยะเวลา ความสม่ำเสมอของความสัมพันธ์นั้นเพื่อพิสูจน์ความเป็นไปได้ของผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการที่มีต่อการประกอบธุรกิจในอนาคตของอนุญาโตตุลาการหรือสภาพการณ์ของความสัมพันธ์ในอดีตที่จะมีผลต่อการตัดสินคดีของอนุญาโตตุลาการ เช่น นักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกาเป็นที่ปรึกษาให้กับบริษัทของคู่สัญญาเมื่อ 5 ปีก่อน ไม่ถือว่าอนุญาโตตุลาการขาดคุณสมบัติเพราะความสัมพันธ์ในอดีตนั้น⁵⁴ ในทางกลับกัน ศาลสูงสหรัฐเพิกถอนคำชี้ขาดเพราะอนุญาโตตุลาการเป็นที่ปรึกษาให้กับคู่สัญญาที่แต่งตั้งเขาในช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมาและเพิ่งจะหยุดการเป็นที่ปรึกษา 1 ปีก่อนที่การอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นและอนุญาโตตุลาการไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงนี้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

55

⁵³ Doak Bishop and Lucy Reed, p. 409.

⁵⁴ คดี Universal Pictures v. Inex Films & Inter-Export (1978), Doak Bishop and Lucy Reed. *Arbitration International*. 14(1998). p. 417.

⁵⁵ คดี commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.(1986), Schwebel and Lahne, p.211.

ในการประกอบธุรกิจของอนุญาโตตุลาการที่มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาในอดีตเพียงเล็กน้อยไม่กระทบต่อการตัดสินของอนุญาโตตุลาการในปัจจุบัน ไม่อาจเป็นหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าอนุญาโตตุลาการผู้นั้นขาดความเป็นกลาง เช่น ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเคยเป็นที่ปรึกษาให้กับคู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการสำหรับคดีอื่น⁵⁶ รวมไปถึง กรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญา ไม่ถือเป็นเหตุของการเพิกถอนคำชี้ขาดเนื่องจากความสัมพันธ์นั้นไม่อาจแสดงถึงความเกี่ยวข้องทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาโดยตรงอันจะเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ⁵⁷

ในการอนุญาโตตุลาการ คุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการเป็นสิ่งสำคัญในกรณีที่คู่สัญญามักเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีประสบการณ์ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับเรื่องที่พิพาทนั้น การกล่าวอ้างว่าอนุญาโตตุลาการผู้ใดขาดความเป็นกลางจึงต้องมีเหตุผลที่สมควรและมีน้ำหนักเพียงพอที่จะลบล้างคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการได้ ในทางตรงกันข้าม สถานการณ์ในกรณีของบริษัทกฎหมายที่อนุญาโตตุลาการเป็นเจ้าของได้เคยเป็นตัวแทนของบริษัทเรือที่ยกข้อต่อสู้ต่อคู่สัญญาที่คัดค้านการบังคับคำชี้ขาด ไม่แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องโดยตรงระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาด้านการเงินหรือการประกอบอาชีพอันจะทำให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับว่ามีประสบการณ์ทางด้านการเดินเรือขาดคุณสมบัติของการเป็นอนุญาโตตุลาการ⁵⁸ เช่นเดียวกับคดีที่อนุญาโตตุลาการได้เคยเข้าร่วมเป็นคณะกรรมการร่างกฎหมายของประเทศคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐ ไม่อาจลบล้างคุณสมบัติของอนุญาโตตุลาการผู้ที่ได้รับการยอมรับในชื่อเสียงและความซื่อสัตย์ในการอนุญาโตตุลาการของเขา⁵⁹

⁵⁶ คดี Fertilizer Corp of India v I.D.I. Management, Inc., Schwebel and Lahne (1981), p.211.

⁵⁷ คดี Andros Compania Maritime S.A. v. Marc Rich & Co. A.G. (1978), Schwebel and Lahne (1978), p. 211.

⁵⁸ คดี Transmarine seaways Corp. of Monrovia v. Marc Rich & Co. A.G. (1979), van den berg, p.377.

⁵⁹ คดี Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster Corp., Ibid

คู่สัญญาจะสามารถคัดค้านอนุญาโตตุลาการด้วยเหตุของความไม่เป็นกลางหรือขาดความอิสระของอนุญาโตตุลาการได้เมื่อคู่สัญญาได้รับการแจ้งชื่อของอนุญาโตตุลาการที่ตัดสินข้อพิพาทซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่คู่สัญญาต้องได้รับในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Art. v(1)(b)) ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้รับการแจ้งรายชื่อของอนุญาโตตุลาการที่มีส่วนร่วมในการตัดสินข้อพิพาท คู่สัญญาจะสูญเสียสิทธิในการตรวจสอบว่าอนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางหรือไม่และไม่มีสิทธิในการป้องกันมิให้ความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการมีผลกระทบต่อการทำคำชี้ขาด คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการอนุญาโตตุลาการเช่นนี้จะขัดแย้งต่อความสงบเรียบร้อยและเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาด⁶⁰

จำนวนอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการเป็นบทบังคับในหลายประเทศที่ต้องการให้อนุญาโตตุลาการมีจำนวนเลขคี่เพราะอนุญาโตตุลาการจำนวนเลขคู่จะทำให้อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะตัดสินข้อพิพาทโน้มเอียงไปทางคู่สัญญาฝ่ายที่ตั้งตนขึ้นมา อาจเกิดภาวะของการขาดความเป็นกลางได้ ในขณะที่บางประเทศไม่มีข้อกำหนดห้ามมิให้จำนวนอนุญาโตตุลาการเป็นเลขคู่ เช่น ประเทศอังกฤษ⁶¹ ข้อตกลงแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเพียง 2 คนมีผลสมบูรณ์ ซึ่งในกรณีที่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายอังกฤษอันเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับสัญญา คำชี้ขาดที่เกิดจากกระบวนการเช่นนั้น จะมีผลบังคับในประเทศที่บังคับคำชี้ขาดแม้ว่าประเทศนั้นจะไม่ยอมรับให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ 2 คนเพื่อพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทก็ตาม⁶² เพราะความแตกต่างระหว่างความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและความสงบเรียบร้อยระหว่างประเทศ อันเป็นนโยบายของศาลที่ต้องการขจัดอคติก่อนการบังคับและให้อคติก่อนการบังคับนั้นเป็นอุปสรรคต่อ

⁶⁰ ค ดี Danish buyers and German seller, oberlandesgericht of Cologne(1976), Schwebel and Lahne, p.212.

⁶¹ van den berg, p.380.

⁶² คดี Pando Compania Naviera V. S.a.S.(1976) Filmo, Efxinod Shipping Co.Ltd. v. Rawi Shipping Lines Ltd. (1980), Rocco Giusepp e Figli s.n.c. v. Federal Commerce and Navigation Ltd. (1982) , Shewebel and Lahne, p.214.

การบังคับคำชี้ขาดเฉพาะกรณีที่น่าร้ายแรงเท่านั้นซึ่งเป็นการสอดคล้องกับความต้องการทางการค้าระหว่างประเทศ

กรณีความแตกต่างระหว่างความสงบเรียบร้อยทั้งสองประเภทดังกล่าว มักถูกยกขึ้นมาในคดีที่มีความสงสัยในความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อของอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติเฉพาะของรัฐนั้นเท่านั้น เห็นได้จาก กรณีที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่ออนุญาโตตุลาการของหอการค้าของประเทศยุโรปตะวันออก อนุญาโตตุลาการจึงมีสัญชาติของประเทศสังคมนิยมเท่านั้น แม้ว่าผู้คัดค้านคำชี้ขาดจะกล่าวอ้างว่าหอการค้าได้รับการควบคุมจากรัฐและอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ต้องจงรักภักดีต่อรัฐนั้น อนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจึงขาดความเป็นกลางก็ตาม⁶³ ศาลได้ตัดสินว่า สัญชาติของอนุญาโตตุลาการไม่สำคัญไปกว่าความประพฤติของอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นกลางในการตัดสินข้อพิพาท⁶⁴ จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะยอมรับข้อคัดค้านว่าการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งคดีนี้แสดงให้เห็นว่าการรับรู้ถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการของผู้สัญญาเป็นสิ่งสำคัญ พิจารณาได้จากคู่สัญญาสมัครใจที่จะเลือกสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศใด ย่อมแสดงถึงการยอมรับให้ข้อพิพาทตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการที่มีสัญชาติของประเทศนั้น จึงไม่ถือว่าคำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด⁶⁵

2.2 การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (due process)

⁶³ van den berg, p.379.

⁶⁴ คดีBillerbeck Cie v. Bergbau Handel GmbH (1967), Shewebel and Lahne, p.213.

⁶⁵ คดี oberster Gerichtshof, oberlandesgericht of Hamburg, van den berg, p.379

การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบเป็นหลักการพื้นฐานที่ควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีความยุติธรรมเนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทโดยเอกชนที่ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของคู่สัญญา หากไม่มีกฎหมายที่ควบคุมความยุติธรรมของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อาจเปิดโอกาสให้คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองมากกว่ากำหนดกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการที่มีหน้าที่ในการทำคำชี้ขาดที่เป็นที่ยอมรับและบังคับได้ในเกือบจะทุกประเทศทั่วโลก⁶⁶ ด้วยเหตุดังกล่าว กฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ (Model Law in International Commercial Arbitration) จึงได้กำหนดหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบซึ่งจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาและอำนาจการตัดสินใจของอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ หลักการปฏิบัติต่อคู่สัญญาที่เท่าเทียมกันและคู่สัญญามีสิทธิที่จะได้รับโอกาสในการเสนอคดีของตน⁶⁷ ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับความยุติธรรมขั้นพื้นฐานที่คู่สัญญาจะใช้เป็นหลักในการทำข้อตกลงอนุญาโตตุลาการและเป็นหลักที่อนุญาโตตุลาการต้องปฏิบัติในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนั้น คู่สัญญาต้องมีสิทธิในการรับฟัง กล่าวคือ คู่สัญญาจะมีสิทธิได้รับการแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการตลอดจนสิทธิที่จะได้รับรู้ข้อมูลที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ติดต่อสื่อสารกับอนุญาโตตุลาการและรายงานผู้เชี่ยวชาญหรือเอกสารพยานหลักฐานที่อนุญาโตตุลาการใช้ในการทำคำชี้ขาด⁶⁸

ตามที่ Professor Berthold Goldman ได้ตั้งข้อสังเกตว่า "รายละเอียดของความต้องการความสงบเรียบร้อยในอนุญาโตตุลาการเกี่ยวข้องกับการรับฟังอย่างชัดเจน หลักความสงบเรียบร้อยจะกำหนดสิทธิของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการเสนอคดีของตนและสิทธิในการรับทราบคดีของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สิทธิประการแรก คู่สัญญาจะมีโอกาสที่จะเสนอข้อเรียกร้องและคัดค้านข้อต่อสู้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเต็มที่ขณะที่สิทธิ

⁶⁶ Gerold Herrmann, "The Uncitral Model Law on international commercial arbitration : introduction and general provisions", Petar Sarcevic, *Essays on International Commercial Arbitration*, p. 13.

⁶⁷ Model Law Art.18.

⁶⁸ Model Law Art.24.

ประการที่สอง มีความหมายว่า อนุญาโตตุลาการจะไม่ตัดสินข้อพิพาทจนกว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่าย จะมีโอกาสแสดงความคิดเห็นในคดีนั้น"⁶⁹ จึงกล่าวได้ว่า หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบเป็นหลักความสงบเรียบร้อยในกระบวนการอนุญาโตตุลาการในความหมายที่การดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานอันประกอบไปด้วยหลักการเคารพสิทธิในการต่อสู้ของคู่สัญญาและหลักความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา

นักกฎหมายในการอนุญาโตตุลาการทั้งภายในและระหว่างประเทศได้ยอมรับว่าหลักการพื้นฐานด้านกระบวนการเหล่านี้มีความสำคัญและจำเป็นต่อการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็พบว่าในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาในการกำหนดในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบที่แน่นอนตายตัวเนื่องจากในแต่ละระบบกฎหมายมีมาตรฐานของความยุติธรรมที่แตกต่างกัน⁷⁰ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การไม่ให้โอกาสคู่สัญญาในการเสนอคดีและมีคำสั่งด้วยวาจาในการพิจารณาหรือในการชี้ขาด(oral hearing)⁷¹ เป็นการละเมิดหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบและเป็นพื้นฐานของการเพิกถอนคำชี้ขาดหรือการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญาอนุสัญญาครีนิวยอร์ก⁷² นอกจากนี้ ในกรณีของความผิดพลาดในการเปิดเผยเอกสารอาจจะไม่ถือว่าเป็นความผิดปกติด้านกระบวนการที่ร้ายแรงอันจะเป็นเหตุของการคัดค้านคำชี้ขาด⁷³

⁶⁹ Schwebel and Lahn, p. 210.

⁷⁰ Lew, Comparative International Commercial Arbitration. (Kluwer Law International), p. 675.

⁷¹ พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, พจนานุกรมการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 135.

⁷² Alan Redfern and Martin Hunter, p.426.

⁷³ Lew, Comparative International Commercial Arbitration. p. 675.

อย่างไรก็ตามในกฎหมายแม่แบบอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศมีการกำหนดกรณีที่เป็นการละเมิดมาตรฐานการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบอันเกี่ยวกับการแจ้งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและการแจ้งเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่เหมาะสมและการปฏิเสธโอกาสของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการเสนอข้อต่อสู้ของตนและตอบโต้ข้อต่อสู้ของคู่สัญญาอีกฝ่าย⁷⁴ ซึ่งการละเมิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบเป็นข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาฝ่ายที่คัดค้านว่ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบต้องเป็นผู้พิสูจน์

การได้รับการแจ้งที่เหมาะสมเป็นขั้นตอนแรกของการดำเนินการอนุญาโตตุลาการซึ่งคำว่า "เหมาะสม" สามารถแปลความหมายได้ว่า การแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและกระบวนการอนุญาโตตุลาการต้องพอเพียง⁷⁵ ทั้งนี้คำว่า "พอเพียง" ของการแจ้งการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการพิจารณาได้จากรูปแบบของการแจ้งในการอนุญาโตตุลาการที่ไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบที่เป็นทางการเพียงแต่เป็นการแจ้งที่มีรูปแบบที่เป็นไปตามกฎอนุญาโตตุลาการที่คู่สัญญาเลือกใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ถือว่าการแจ้งที่สมบูรณ์เนื่องจากเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงเกี่ยวกับวิธีและรูปแบบการแจ้งแล้ว จะถือว่าคู่สัญญาได้สละรูปแบบการแจ้งที่กฎหมายภายในกำหนดโดยปริยาย⁷⁶ ทั้งนี้ จดหมายที่แจ้งการเริ่มต้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีข้อความเกี่ยวกับเรื่องพิพาทถือว่าการแจ้งที่เพียงพอที่จะทำให้คู่สัญญาทราบว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอให้เริ่มต้นการอนุญาโตตุลาการ⁷⁷

⁷⁴ Model Law Art.34(2)(a)(ii).

⁷⁵ van den berg, p. 303

⁷⁶ คดี Press Office S.A.v. Centro Editorail Hoy S.A., คดี Malden Mills Inc. v. Hilaturas Lourdes S.A., Schwebel and Lahn, p. 218.

⁷⁷ van den berg, p. 304.

การแจ้งที่มีกำหนดระยะเวลาในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่จำกัดไม่เป็นความผิดปกติด้านกระบวนการที่ร้ายแรงอันเป็นการละเมิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบเนื่องจากในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทบางประเภท เช่น ข้อพิพาทที่ใช้กฎอนุญาโตตุลาการของสมาคมการค้าซึ่งต้องการความรวดเร็วในการทำคำตัดสินและในการรวบรวมพยานหลักฐานที่สมบูรณ์ในคดี⁷⁸ ทั้งนี้ ระยะเวลาที่กำหนดในการแจ้งนั้นจะต้องเพียงพอที่คู่สัญญาสามารถใช้สิทธิในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือเตรียมข้อต่อสู้ของตนได้⁷⁹

นอกจากการแจ้งที่เหมาะสมจะมีความหมายถึงการแจ้งเกี่ยวกับกระบวนการที่เหมาะสมแล้วยังมีความมายรวมถึงกรณีการแจ้งรายชื่อของอนุญาโตตุลาการในอีกทางหนึ่งด้วยพิจารณาได้จากคดีที่ศาลเยอรมันปฏิเสธที่จะบังคับคำชี้ขาดของ Copenhagen Arbitration Committee for Grain and Feedstuff Trade เพราะผู้ขายชาวเยอรมันไม่ทราบรายชื่อของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ทราบเพียงรายชื่อของประธานคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้รับการแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสม⁸⁰

การไม่สามารถเสนอข้อต่อสู้ (unable to present his case) เป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบดังที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “กรณีที่คู่สัญญาไม่ได้รับโอกาสที่จะรับฟังในเวลาและลักษณะที่มีความสำคัญเป็นการสอดคล้องกับข้อต่อสู้ด้านกระบวนการพื้นฐาน ดังนั้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะถูกปฏิเสธหรือเพิกถอนถ้าคู่สัญญาที่คัดค้านคำชี้ขาดพิสูจน์ได้ว่าเขาไม่ได้รับโอกาสในการรับฟังที่มีความสำคัญ...มีความชัดเจนที่อนุญาโตตุลาการจะต้องให้สิทธิในการรับฟังแก่คู่สัญญาอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งถือเป็นความต้องการความยุติธรรมขั้นต่ำสุดอันมีความหมายครอบคลุมการแจ้งที่พอเพียง การรับฟังพยานหลักฐานและคำตัดสินที่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการ” ดังนั้น พื้นฐานของการคัดค้านคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับการขาดโอกาสในการเสนอคดีจะถูกยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ของคู่สัญญาเมื่อ

⁷⁸ obergericht of Basle(1971), van den berg, p. 304.

⁷⁹ Schwebel and Lahn,p. 219.

⁸⁰ คดี Oberlandesgericht of Cologne (1976), Alan Redfern and Martin Hunter, p.427.

เกิดกรณีข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาไม่สามารถเข้าร่วมในการรับฟังพยานหลักฐาน คู่สัญญาไม่ได้รับสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานหรือแสดงความเห็นต่อรายงานของผู้เชี่ยวชาญที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม สาระสำคัญของกรณีดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบคือ อนุญาโตตุลาการต้องให้อีกคู่สัญญาในการเสนอคดีของตน⁸¹

กรณีที่อนุญาโตตุลาการต้องแจ้งให้คู่สัญญาทราบเกี่ยวกับข้อต่อสู้และพยานหลักฐานของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและให้อีกคู่สัญญาที่จะแสดงความคิดเห็นในข้อมูลที่ได้รับทราบนั้น มียอมรับกันว่าการที่มีการละเมิดหลักการนี้จะเป็นกรณีร้ายแรงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยดังเช่นคดีที่ศาลเยอรมันได้วินิจฉัยว่าการที่อนุญาโตตุลาการไม่ได้ส่งจดหมายของคู่สัญญาชาวเยอรมันไปยังคู่สัญญาชาวอเมริกันทำให้คู่สัญญาชาวเยอรมันไม่มีโอกาสรับรู้ข้อมูลในจดหมายนอกจากนั้น อนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ให้ความสำคัญต่อจดหมายของคู่สัญญาชาวเยอรมันอีกด้วย ศาลจึงวินิจฉัยว่าการกระทำของอนุญาโตตุลาการเป็นกรณีที่ร้ายแรงเนื่องจากคู่สัญญาไม่สามารถเสนอคดีของตนได้อันเป็นการละเมิดหลักความสงบเรียบร้อยของเยอรมัน⁸²

คู่สัญญาจะมีโอกาสในการเสนอข้อต่อสู้อย่างสมบูรณ์เมื่อคู่สัญญาได้เข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากคู่สัญญาได้รับการแจ้งว่าจะมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการแต่คู่สัญญาที่ได้รับการแจ้งนั้นไม่เข้าร่วมกระบวนการอนุญาโตตุลาการก็ไม่เป็นเหตุให้ศาลปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดด้วยเหตุที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบ⁸³ ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะกล่าวอ้างว่าตามข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาจะยังไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจน

⁸¹ Lew, Comparative International Commercial Arbitration, pp. 712-713.

⁸² คดี Oberlandesgericht of Hamburg (1975), Schwebel and Lahn, p. 220.

⁸³ คดี Geotech Lizenz AG v. Evergreen systems.Inc., Osamu Inoue, "The due process defense to recognition and enforcement of foreign arbitral awards in United States Federal courts : a proposal for a standard". The American Review of International Arbitration .11(2000), p.3.

กว่าสัญญาจะสิ้นอายุ ดังนั้น คู่สัญญาจึงไม่สามารถเสนอคดีของตนได้หลังจากที่ได้รับการแจ้งการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลของการปฏิเสธข้อคัดค้านของคู่สัญญาว่าองค์ประกอบสำคัญของหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบคือ การแจ้งการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการและโอกาสในการรับฟัง ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อคู่สัญญาได้รับการแจ้งแล้ว คู่สัญญามีโอกาสที่จะเสนอพยานหลักฐานที่สนับสนุนสถานะของตนเองตามสัญญา ดังกล่าวได้แต่คู่สัญญาไม่ได้กระทำการเช่นนั้นด้วยความสมัครใจ คู่สัญญาจึงไม่อาจยกเหตุของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้⁸⁴

คู่สัญญาไม่อาจกล่าวอ้างว่าได้รับเอกสารจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในวันที่มีการเสนอคดีด้วยวาจาจึงไม่สามารถอ่านเอกสารได้ทันเวลาเพราะส่วนที่จะส่งเสริมให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบเป็นไปอย่างสมบูรณ์คือการเข้าร่วมในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ การไม่เปิดเอกสารที่ได้รับจึงเป็นความสมัครใจของคู่สัญญาที่ไม่รับรู้ข้อมูลของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง⁸⁵

กรณีที่ศาลไม่ให้คู่สัญญาตรวจสอบพยานหลักฐานของคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่จำเป็นต้องเป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้และสิทธิในการรับฟังของคู่สัญญาเนื่องจากอนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ในการตัดสินว่าพยานหลักฐานใดมีความเกี่ยวข้องหรือไม่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องรับฟังพยานหลักฐานทุกชนิดที่คู่สัญญาเสนอเว้นแต่ในกรณีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการได้ไตร่ตรองพยานหลักฐานในทางที่ผิด⁸⁶ แม้ว่าจะได้มีการเสนอพยานหลักฐานเพิ่มเติมภายหลังจากการรับฟังพยานหลักฐานของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสร็จสิ้นก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะทำคำชี้ขาด อนุญาโตตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องรับฟังพยานหลักฐานนั้น จึงอาจ

⁸⁴ คดี Biotronik Mess-Und Therapiegeraete Gmbh & Co. v. Medford Medical Instrument Co., Osamu Inoue, p. 3.

⁸⁵ คดี Oberlandesgericht of Hamburg (1978), van den berg, p. 307.

⁸⁶ คดี Laminor-Trefileries-Cableries de Lens, S.A.(LTCL) v. Southwire Co., คดี Generica Ltd. V. Pharmaceutical Basics Inc. (PBI), Osamu Inoue, pp. 4-5.

กำหนดมาตรฐานการทบทวนคำตัดสินของศาลที่เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานได้ว่า ศาลจะไม่เพิกถอนคำชี้ขาดที่ได้มาจากพยานหลักฐานที่ไม่เหมาะสมหรือขาดพยานหลักฐานที่เหมาะสม⁸⁷

การขาดพยานบุคคลที่สำคัญในคดีอันเนื่องมาจากเหตุส่วนตัวของพยานบุคคลผู้นั้นไม่เป็นเหตุให้ต้องมีการเลื่อนการรับฟังพยานหลักฐานในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ว่าตนเองไม่ได้รับโอกาสในการเสนอคดีเพราะความติดขัดในขั้นตอนการเสนอพยานหลักฐานย่อมเกิดขึ้นได้เสมอในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาต้องอยู่ในภาวะที่ตระหนักถึงความราบรื่นในการระงับข้อพิพาทมากกว่าผลประโยชน์ส่วนตัวของคู่สัญญา⁸⁸

2.3 การประพฤติมิชอบในการอนุญาโตตุลาการ (Wrongful Conduct in Arbitral Proceedings)

การประพฤติมิชอบในการอนุญาโตตุลาการจะมีผลต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการอันเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นได้ทั้งในส่วนของอนุญาโตตุลาการ พยาน และคู่สัญญา ซึ่งการกระทำที่มิชอบอาจนำมาสู่การดำเนินคดีอาญา ความรับผิดทางแพ่ง หรือการละเมิดความสงบเรียบร้อย ทั้งนี้ การประพฤติมิชอบมักจะปรากฏภายหลังจากที่อนุญาโตตุลาการได้ทำคำชี้ขาดเมื่อคู่สัญญาคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดหรือขอให้เพิกถอนคำชี้ขาด

⁸⁷ คดี Petroleum Transport Ltd. V. Yacimiento Petroliferos Fiscales (1976), Scheweibel and Lahne, p. 22.

⁸⁸ คดี Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. RAKTA, Osamu Inoue, p. 4.

การประพุดมิชอบในการอนุญาตตุลาการครอบคลุมกรณีการทุจริต (corruption) ของอนุญาตตุลาการ เช่น กรณีที่อนุญาตตุลาการรับสินบนจากคู่สัญญาเพื่อช่วยเหลือให้คู่สัญญาชนะคดีและการทุจริตของพยาน เช่น กรณีที่พยานรับสินบนจากคู่สัญญาเพื่อให้การเป็นพยานเท็จเพราะพยานมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการบางประเทศได้กำหนดให้คำชี้ขาดที่เกิดจากการทุจริตเป็นเหตุให้คำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอน⁸⁹ ขณะที่กฎหมายการอนุญาตตุลาการของบางประเทศได้กำหนดให้เพิกถอนคำชี้ขาดที่เกิดจากการฉ้อฉล⁹⁰ อันมีความหมายในทำนองเดียวกับการทุจริตและในทางปฏิบัติคู่สัญญามักจะยกเหตุที่เกี่ยวกับการประพุดมิชอบในการอนุญาตตุลาการโดยกล่าวอ้างว่ามีการฉ้อฉลในการทำคำชี้ขาด ทั้งนี้ การกล่าวอ้างว่ามีการทุจริตเกิดขึ้นในการอนุญาตตุลาการจะต้องมีพยานหลักฐานยืนยันว่ามีการทุจริตที่ชัดเจนและเชื่อถือได้และการทุจริตต้องไม่ปรากฏก่อนหรือระหว่างการอนุญาตตุลาการตลอดจนผู้คัดค้านจะต้องพิสูจน์ว่าการทุจริตนั้นมีความสัมพันธ์กับกระบวนการอนุญาตตุลาการ

ศาลสหรัฐอเมริกาในคดี National Oil Corp v. Libyan Sun Oil Co. ได้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการต่างประเทศที่ตัดสินให้บริษัทน้ำมันของประเทศไทยชดเชยค่าเสียหายให้บริษัทน้ำมันของประเทศไทยเนื่องจากบริษัทน้ำมันของประเทศไทยไม่ปฏิบัติตามสัญญาภายหลังจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาห้ามชาวอเมริกันเดินทางไปประเทศไทยและปฏิเสธคำคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดที่ผู้คัดค้านกล่าวอ้างว่าพยานหลักฐานของบริษัทของประเทศไทยมีความผิดพลาดจึงเป็นการตัดสิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบของบริษัทสหรัฐอเมริกาจึงขัดแย้งต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศไทยเนื่องจากศาลได้วินิจฉัยว่าการฉ้อฉลที่จะเป็นเหตุแห่งการคัดค้านคำชี้ขาดนั้นจะต้องไม่ปรากฏก่อนที่จะมีการอนุญาตตุลาการซึ่ง

⁸⁹ FAA Art. 10(2).

⁹⁰ The United Kingdom Arbitration Act 1996, Art.68(2), The Belgium Judicial Code, Art.1704.

ในคดีนี้ บริษัทน้ำมันของประเทศลิเบียได้แจ้งว่าจะพิสูจน์พยานหลักฐานไต่ถามเป็นระยะเวลา 6 เดือนล่วงหน้าก่อนที่จะดำเนินการอนุญาตตุลาการ⁹¹

ศาลสหรัฐอเมริกาในคดี AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroy export (Techno) v. International Development & Trade Services, Inc. (IDTS) ได้บังคับคำชี้ขาดที่ตัดสินให้ IDTS จ่ายค่าเสียหายให้ Techno และปฏิเสธการคัดค้านการบังคับคำชี้ขาดของ IDTS ที่กล่าวอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการรับสินบนจึงเป็นการทุจริตในการดำเนินการอนุญาตตุลาการ ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า IDTS รู้ข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงการทุจริตของคณะอนุญาโตตุลาการแต่ไม่ได้คัดค้านต่อคณะอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด IDTS จึงถูกตัดสิทธิในการยกเหตุของการทุจริตขึ้นคัดค้านการบังคับคำชี้ขาด⁹²

กรณีที่อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางดังรายละเอียดที่กล่าวในข้อ 1.2.1 ถือเป็นความประทุพติมิชอบอีกประการหนึ่งของอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้การขาดความเป็นกลางจะต้องมีพยานหลักฐานสนับสนุนที่ชัดเจน (Evident partiality)⁹³ อันมีความหมายว่า การขาดความเป็นกลางของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ในระดับที่วิญญูชนรู้สึกได้และความไม่เป็นกลางจะต้องแน่นอนและสามารถยืนยันได้ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะรับฟังข้อกล่าวอ้างเรื่องความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการเมื่อข้อกล่าวอ้างนั้นมีพื้นฐานมาจากการที่อนุญาโตตุลาการไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลประโยชน์หรือความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาหรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการให้การสนับสนุนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตลอดจนกรณีที่อนุญาโตตุลาการติดต่อสื่อสารกับคู่สัญญาฝ่ายที่แต่งตั้งตนแต่เพียงฝ่ายเดียว

⁹¹ Bernard Hanotiau, Misdeeds Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings, 16th ICCA Congress, London(2000), p.279.

⁹² Bernard Hanotiau, pp.280-281.

⁹³ FAA Art.10(2).

ศาลสหรัฐอเมริกาในคดี York Hanover Holding AG v. American Arbitration Association ได้ปฏิเสธคำคัดค้านที่กล่าวอ้างว่าประธานคณะอนุญาโตตุลาการไม่เป็นกลางเพราะให้ความเอาใจใส่แต่เพียงสมาชิกของคณะอนุญาโตตุลาการที่เป็นนักกฎหมายและไม่ใส่ใจสมาชิกที่เป็นนักธุรกิจโดยศาลได้ให้เหตุผลว่า คู่สัญญาที่คัดค้านการบังคับคำชี้ขาดต่อแสดงให้ศาลเห็นว่าความไม่เป็นกลางของอนุญาโตตุลาการอยู่ในระดับที่วิญญูชนเห็นพ้องตรงกัน⁹⁴

คู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการอาจกระทำการที่เป็นความประพฤติมิชอบในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างหลากหลาย อาทิเช่น ลักพาตัวอนุญาโตตุลาการ ต่อสายตักฟังการสนทนาของกลุ่มคู่สัญญาฝ่ายตรงข้าม ช่มชู้อนุญาโตตุลาการ ใช้อิทธิพลในทางที่มีขอบเพื่อชักจูงให้พยานเบิกความเท็จ ให้สินบนอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีมีความสำคัญคือ การประพฤติมิชอบของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานในคดี ได้แก่ การเสนอพยานหลักฐานเท็จต่ออนุญาโตตุลาการหรือการปิดบังเอกสารที่มีความสำคัญในการตัดสินคดี

กรณีที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับพยานหลักฐานเท็จพิจารณาได้จากคดีของศาลฝรั่งเศส ระหว่าง European Gas Turbines S.A.(EGT) v. Westman International Ltd. ซึ่งเป็นคดีที่ EGT ได้ทำสัญญากับ Westman โดยมีข้อตกลงว่า Westman จะช่วยเหลือ EGT ให้เป็นบริษัทที่ได้รับคัดเลือกให้ทำสัญญาจัดหาแก๊สสำหรับโครงการปิโตรเคมีคอลในประเทศอิหร่านซึ่งสัญญามีระยะเวลา 3 ปีและกำหนดว่า Westman จะได้รับค่านายหน้ารวมถึงค่าใช้จ่ายที่ Westman ใช้ในการปฏิบัติตามสัญญา ต่อมาจำนวนค่านายหน้าได้รับการตัดสินโดยความตกลงร่วมกันก่อนที่ EGT จะยื่นข้อเสนอ เมื่อ EGTได้รับการคัดเลือกตามสัญญา ปรากฏว่า Westman ไม่ได้รับเงินค่านายหน้า จึงร้องขอให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาซึ่งได้มีการพิจารณาที่กรุงปารีสซึ่งอนุญาโตตุลาการได้ขอให้ Westman เปิดเผยค่าใช้จ่ายอันประกอบไปด้วยเงินเดือนและค่าเช่าสำนักงานในกรุงเดหะรานและตัดสินให้ Westman ชนะคดี ต่อมา EGT ได้ร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดต่อศาลอุทธรณ์ของปารีสโดยกล่าวอ้างว่าคำชี้ขาดละเมิดความสงบเรียบร้อยด้วยเหตุ

⁹⁴ Bernard Hanotiau, pp.280-281.

ผลสองประการคือประการแรก สัญญาอนุญาตโตตุลาการเกิดจากการรับสินบนจึงเป็นโมฆะและประการที่สอง Westman เสนอพยานหลักฐานที่เป็นรายงานค่าใช้จ่ายเท็จ ทั้งนี้ปรากฏข้อเท็จจริงจากรายงานของบริษัทบัญชีที่เสนอโดย EGT ว่า Westman ไม่ได้จ่ายค่าเช่าหรือเงินเดือนแต่อย่างใด ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธคำคัดค้านของ EGT ในประการแรกเนื่องจากไม่มีการพิสูจน์ว่าสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลรับฟังข้อคัดค้านประการที่สองและศาลได้เพิกถอนคำชี้ขาดเนื่องจากเป็นคำชี้ขาดที่เกิดจากการฉ้อฉลของ Westman⁹⁵

กรณีที่คู่สัญญาปิดบังเอกสารจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาปฏิเสธที่จะส่งเอกสารที่มีข้อมูลที่เป็นผลร้ายต่อตนเองให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือต่ออนุญาโตตุลาการและคู่สัญญาอาจจะอ้างว่าไม่สามารถหาเอกสารเหล่านั้นพบหรือเอกสารนั้นกระจัดกระจายในที่ต่างๆ ทำให้ไม่อาจรวบรวมได้ซึ่งการปิดบังเอกสารของคู่สัญญาอันจะเป็นเหตุผลที่เหมาะสมในการเพิกถอนคำชี้ขาดจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าเอกสารเหล่านั้นมีข้อมูลที่มีความสำคัญต่อการทำคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ

2.4 การเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจน (Manifest disregard of law)

กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในส่วนของรูปแบบและเนื้อหาสาระสำคัญของการทบทวนคำชี้ขาดของศาลประการหนึ่งคือ การทบทวนเนื้อหาของคำชี้ขาดนั้นว่าเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทหรือไม่และด้วยหลักการที่ศาลจะทบทวนคำชี้ขาดอย่างจำกัด อำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของศาลจึงจำกัดตามไปด้วย ดังนั้น กรณีการตีความกฎหมายของอนุญาโตตุลาการที่ผิดพลาดอันจะเป็นเหตุของการเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่ยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดจึงต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบ ดังคดี Wilco & Swan ที่เป็นมาตรฐานของการตัดสินการตีความกฎหมายที่ผิดพลาดของ

⁹⁵ Bernard Hanotiau, pp.269.

อนุญาโตตุลาการซึ่งศาลกล่าวว่า “เป็นความจริงที่ศาลอุทธรณ์มีความคิดว่าการที่อนุญาโตตุลาการไม่ตัดสินข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ เป็นพื้นฐานของการคัดค้านคำชี้ขาดตาม Sect.10 ของ Federal Arbitration Act ซึ่งความผิดพลาดนี้ต้องเกิดขึ้นอย่างชัดเจน การตีความกฎหมายของอนุญาโตตุลาการในทางที่ขัดแย้งกับการเพิกเฉยที่ชัดเจนไม่ถือเป็นการตีความกฎหมายผิดพลาดอันเป็นเหตุที่ศาลจะทบทวน”⁹⁶ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การตีความกฎหมายของอนุญาโตตุลาการที่ผิดพลาดในขนาดที่เป็นการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนจึงจะเป็นเหตุที่ศาลจะทบทวนคำชี้ขาดนั้น

แนวคิดของการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนที่จำกัดอำนาจในการทำคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนของความสงบเรียบร้อยแต่ในการรับเอามาตรฐานของการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนมาใช้ย่อมเหมาะสมยังคงมีความคลุมเครือซึ่งศาลได้พยายามที่จะอธิบายสถานการณ์ที่สอดคล้องกับมาตรฐานของหลักการนี้อันอาจกล่าวได้ว่า เป็นสิ่งที่อยู่เหนือและแตกต่างจากความผิดพลาดของอนุญาโตตุลาการในการทำความเข้าใจหรือใช้กฎหมาย⁹⁷ หรือเป็นความเข้าใจกฎหมายอย่างถูกต้องแต่ละเลยที่จะใช้กฎหมายนั้น⁹⁸ หรืออธิบายได้อีกทางหนึ่งว่า กรณีที่อนุญาโตตุลาการใช้กฎหมายผิดพลาดหรือตัดสินข้อเท็จจริงของคดีผิดพลาด จะไม่เป็นเหตุของการปฏิเสธการยอมรับหรือบังคับคำชี้ขาดบนพื้นฐานของการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจน⁹⁹ จากลักษณะของมาตรฐานของการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่ว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรได้รับการคล้อยตามให้มากที่สุด การขยายการทบทวนคำชี้ขาดของศาลจะขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์พื้นฐานของการอนุญาโตตุลาการที่ต้องการ

⁹⁶ Schwebel and Lanne, p. 222.

⁹⁷ คดี Siegel v. Titan Industrial Corp., Jessica L. Galender, “Judicial review of international arbitral awards : preserving independence in international commercial arbitration” , Marquette Law Review 80(1997), p. 6.

⁹⁸ คดี Bell Aerospace Company Division of Textron, Inc. v. Loscal (1973), ibid.

⁹⁹ คดี South East Atlantic Shipping Ltd. V. Garnac Grain Co., Inc., Ibid.

ให้ข้อพิพาทระงับอย่างรวดเร็ว หลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายและความล่าช้าในกระบวนการทางศาล อย่างไรก็ตาม ศาลจะเพิกถอนคำชี้ขาดเพราะมีการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนในกรณีที่อนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดที่มีสาระให้คู่สัญญาละเมิดระเบียบของศาล¹⁰⁰

อย่างไรก็ตาม ศาลในหลายประเทศได้ปฏิเสธที่จะใช้หลักการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนเป็นพื้นฐานของการปฏิเสธการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพราะอนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลในคำชี้ขาด ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจประเมินคำชี้ขาดโดยใช้หลักการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนได้¹⁰¹ และการใช้มาตรฐานของการเพิกเฉยต่อกฎหมายอย่างชัดเจนจะเป็นเหตุให้คู่สัญญาที่แพ้คดีนำคำชี้ขาดให้ศาลทบทวนอีกครั้งซึ่งไม่สอดคล้องกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการสมัยใหม่¹⁰²

2.5 การไม่ให้เหตุผลในคำชี้ขาด (Lack of reason in Award)

การขาดเหตุผลในคำชี้ขาดจะถือเป็นความบกพร่องด้านกระบวนการอันส่งผลให้คำชี้ขาดนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่นั้น ได้มีการยอมรับกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ไม่มีเหตุผลจะได้รับการยอมรับถ้าคำชี้ขาดนั้นทำในประเทศที่กฎหมายของการอนุญาโตตุลาการอนุญาตให้ทำคำชี้ขาดเช่นนั้น¹⁰³ ซึ่งมีความหมายในทางตรงกันข้ามว่า ในกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ คำชี้ขาดที่ไม่มีเหตุผลจะถูกเพิกถอนในประเทศที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการมีบทบังคับให้ต้องมีการระบุเหตุผลในคำชี้ขาด ดังเช่น ประเทศเบลเยียมมีบท

¹⁰⁰ คดี Sea Dragon, Inc. v. Grbr.van Weelde Scheepvaarkantoor B.V., Schwebel and Lahn, p. 223.

¹⁰¹ คดี Railford v. Merrill Lynch, Jessica L. Galender, p. 7.

¹⁰² คดี Bavarati v. Josephthal & Ross, Inc., Ibid.

¹⁰³ Hrvoje Sikiric, "Arbitration proceedings and public policy", Croatian Arbitration Yearbook, 7(2000), p.17.

บังคับให้คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผล¹⁰⁴ และคำชี้ขาดที่ไม่ได้ระบุเหตุผลจะถือเป็นเหตุประการหนึ่งที่ทำให้คำชี้ขาดถูกเพิกถอน¹⁰⁵ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษได้มีบทบังคับให้คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลเว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงให้คำชี้ขาดไม่ต้องระบุเหตุผล¹⁰⁶ และคำชี้ขาดที่ไม่ได้ระบุเหตุผลในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงไว้เป็นอย่างอื่นจะเป็นเหตุให้คำชี้ขาดนั้นถูกเพิกถอน¹⁰⁷

¹⁰⁴ Belgium Arbitration Code 1998, Art.1701.6.

¹⁰⁵ Belgium Arbitration Code 1998, Art.1704.

¹⁰⁶ English Arbitration Act 1996, Art. 52(4).

¹⁰⁷ English Arbitration Act 1996, Art. 68(2)(h).